



Avances y prospectiva en la protección jurídico-social de las personas en condición de vulnerabilidad

**Cristóbal Torres Fernández
Wilbemis Jerez Rivero
Juan Moisés de la Serna Tuya
Marcos García Vidal (Coords.)**

Dykinson, S.L.

© Cristóbal Torres Fernández, Wilbermis Jerez Rivero, Juan Moisés De la Serna Tuya y Marcos García Vidal (coordinación) 2022.

© De los textos, las personas autoras 2022.

El presente libro ha contado con el asesoramiento de profesionales en el tema objeto de estudio y ha seguido un proceso de revisión por pares ciegos antes de su publicación.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970 / 932720407

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1122-405-5

Índice

Prólogo	7
Capítulo 1. Acceso a la justicia y personas en condición de vulnerabilidad: claves procedimentales desde la implementación de las Reglas de Brasilia.....	14
Capítulo 2. Protección a la vulnerabilidad en tiempos del COVID-19.....	38
Capítulo 3. Las clínicas jurídicas en Cuba: un espacio prudente para la protección de los más vulnerables	47
Capítulo 4. La protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género. Medidas contempladas en la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo.....	63
Capítulo 5. Vulnerabilidad, capacidad y discapacidad como una cuestión de derechos humanos: pasado, presente y futuro, a propósito de la nueva reforma familiar y civil en Cuba.	82
Capítulo 6. La proyección e incidencia de la justicia restaurativa en la prevención de los delitos de odio	97
Capítulo 7. Una aproximación a las obligaciones de la empresa en materia de protección jurídica de las personas en situaciones de vulnerabilidad.	120
Capítulo 8. Importancia de la <i>voluntas testatoris</i> del causante-testador enfermo de COVID-19 y posibles testamentos sin intervención notarial en caso de pandemia	151
Capítulo 9. Si no estás en la mesa estás en el menú: el derecho a la participación política de las personas con discapacidad en España	168

Capítulo 10. Reconfiguraciones teóricas en la formación docente para atender Infancias Vulnerables desde la Educación Inclusiva	187
Capítulo 11. Necesidad de protección jurídica a la pareja homosexual constitutiva de familia en Cuba a las puertas de un nuevo Código de las Familias	205
Capítulo 12. Vulnerabilidad de las personas mayores ante la brecha digital: análisis bibliométrico	223
Capítulo 13. La intervención socioeducativa del tercer sector en la protección jurídico-social de las personas drogodependientes privadas de libertad	240
Bionota de las personas coordinadoras del libro	258

Prólogo

Con el título *“Avances y prospectiva en la protección jurídico-social de las personas en condición de vulnerabilidad”* se compilan trece artículos, escritos por juristas procedentes de distintas latitudes de la geografía hispanoamericana que tiene como clave las miradas desde las distintas ramas del Derecho a las personas en situación de vulnerabilidad. Convergen así publicistas y privatistas pasando revistas a los distintos sectores del Derecho, pero desde el horizonte que ofrecen las personas en situación de vulnerabilidad, ya sea por la orientación sexual, por el género, por la situación de discapacidad, por situaciones de violencia familiar, por la adicción a sustancias psicotrópicas, por la edad u otras y en una buena parte de ellas agravadas por la interseccionalidad, o sea, por la convergencia de varias situaciones en una misma persona. Los autores buscan desde el área del conocimiento del Derecho en que se desenvuelven alternativas, oportunidades, soluciones que permitan el ejercicio de los derechos de aquellos en igualdad de condiciones con los demás, a partir de herramientas legales que tienden a la inclusión familiar, comunitaria y social.

Desde un enfoque de derechos humanos ha de partirse de la necesidad de protección de los grupos en situación de vulnerabilidad, protección que el Derecho perfila desde un fin tuitivo no solo personal, sino también patrimonial. La vulnerabilidad es un concepto que ha atravesado el umbral del Derecho público para insertarse también en los distintos subsectores del Derecho privado. Ha pasado a ser vista como una condición humana que puede ser violada en el contacto entre personas; de ahí que se ha abandonado la antigua visión limitada de la vulnerabilidad como adjetivo para asumir un sentido sustantivo, constitutiva de la persona. El Derecho debe prever las herramientas útiles para combatir la situación en la que puede sumergirse un sector variopinto de personas que muchas veces resultan marginadas, excluidas socialmente, a partir de ciertos prejuicios, estereotipos o modelos familiares y sociales tradicionales que a lo largo de la historia se han erigido no solo en exclusivos sino también en excluyentes. Por eso es por lo que las normas jurídicas se deben alinear en la búsqueda de alternativas o paliativos que hagan dúctil la vida de

dichas personas, por respeto a su dignidad inherente y al ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.

Es importante acotar en esta presentación -a modo de pórtico- de la obra que, si bien en ocasiones se suele intercambiar los términos de discapacidad -situación personal más recurrente en los trabajos contenidos en este libro- con vulnerabilidad, son dos términos que evocan un significado disímil. Si bien, las personas en situación de discapacidad pueden devenir personas en situación de vulnerabilidad, concretamente vulnerabilidad económica, ambas categorías interactúan como círculos concéntricos. La vulnerabilidad es el género. No toda persona debido a su discapacidad necesita del financiamiento patrimonial de un tercero y en esto radica la vulnerabilidad, no en la escasez de recursos económicos del pretense beneficiario por sí sola, sino la especial situación en que se encuentra la persona que le imposibilita obtenerlos, procurarlos *per se*. En la propia medida en que las personas en situación de discapacidad se incluyen social y económicamente, en ese mismo sentido su situación patrimonial le permitirá atender sus más apremiantes necesidades. Proteger a las personas en situación de discapacidad por la sola razón de la discapacidad es tan discriminatorio como abstenerse de hacerlo.

Ciertamente, tras la aprobación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006), las miradas hacia dichas personas han sido mucho más intensas. El enfoque de la discapacidad se hace desde los derechos humanos, con una proyección social hasta entonces no vista. Es la vulnerabilidad, resultado de esa discapacidad; no siempre ambas situaciones vienen de la mano. Ya en una proyección social los matices son diferentes, pues la vulnerabilidad en ese orden viene catalizada por la situación de discapacidad.

Esta vulnerabilidad está asociada – entre otros factores- con la accesibilidad que hace a las personas en situación de discapacidad en peor condición de esta índole. Empero, es dable apuntar que la accesibilidad en su concepción inclusiva, no solo se circunscribe a la movilidad, sino que incluye a la comprensión e interacción en un entorno

cualquiera que este sea, donde desempeñan un papel trascendental las formas de comunicación que se empleen, el diseño universal y los ajustes razonables. Todos ellos tributan a la accesibilidad cognitiva de las personas con discapacidad intelectual, de modo que se facilite el conocimiento y la comprensión, y con ello su inclusión y participación en la sociedad. Conciernen entonces a los operadores del Derecho, potenciar la eliminación de las barreras jurídicas cognitivas, pues son definitorias no solo para el acceso a la justicia de aquellas, sino también para el ejercicio y defensa de sus derechos en general. En este orden juega un papel decisivo las sentencias de lectura fácil que también pudieran hacerse extensiva a los instrumentos públicos notariales.

Conciernen entonces a los operadores del Derecho, potenciar la eliminación de las barreras jurídicas cognitivas, pues son definitorias no solo para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, sino también para el ejercicio y defensa de sus derechos en general. En este panorama es fundamental, el uso de un lenguaje comprensible, a partir de términos, estructuras gramaticales y construcciones sintácticas simples, sin perjuicio de su rigor técnico. La adaptación de la categoría “lectura fácil” al ámbito jurídico y más específicamente al judicial – y por qué no en un futuro al notarial-, es sin dudas un importante desafío para los juristas, y especialmente para los jueces -y en ciernes también para los notarios-. Las “sentencias de lectura fácil”, como su máxima expresión, constituyen un elemento que tributa en primer orden al acceso a la justicia, así como también a la accesibilidad en su concepción global, y *a posteriori* posibilitan el desarrollo de una vida independiente y el libre desarrollo de la personalidad de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás.

Por la importancia del tema, es conveniente acotar – tal y como se reflejan en algunos trabajos contenidos en esta obra- que es dable hoy día hablar de un *derecho a la educación inclusiva de calidad*, o sea, de un derecho a la educación en un escenario sustentado en la pluralidad de personas, sin que la discapacidad sea motivo para segregarlas del entorno educativo general. El derecho a la educación ha sido consagrado como un derecho fundamental en convenios y tratados internacionales y receptado igualmente en la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales

del continente. De este modo se ha abierto un camino, cuyo sendero será de largo recorrido, en pos de cambiar paradigmas en la educación de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Con ello se busca que sean las escuelas las que creen las condiciones con los ajustes razonables para que todo niño, niña y adolescente, cualquiera sea su discapacidad, pueda desarrollar un proceso de formación en igualdad de condiciones con aquellos que no tienen discapacidad, en un panorama volcado hacia la cultura de la pluralidad, la diversidad y la inclusión.

Sin dudas, la educación inclusiva confiere importantes ventajas psicológicas, en tanto atiende las necesidades intelectuales, sociales y emocionales del alumno a través de la interacción con un grupo sustentado en la diversidad, promoviéndose conciencia sobre las capacidades y potencialidades de la persona. “Es de vital importancia entender que una educación inclusiva, que valora la diferencia en detrimento de la homogeneidad, como también el aprendizaje a través de la cooperación que promueve prácticas y posturas en sintonía con el marco de los derechos humanos, ofrece a todos los/as estudiantes mayores y mejores oportunidades de aprendizaje y por lo tanto beneficia a todo el colectivo. La convivencia en la diversidad, ambiente que representa la pluralidad de la sociedad, es la que mejor logra impulsar el pleno desarrollo de la persona, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la convivencia y la paz, sentido último de la educación según la Declaración Universal de los Derechos Humanos”¹.

No menos sensible resulta tampoco la vulnerabilidad que opera hacia lo interno de las familias, en supuestos de violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones. La violencia en el entorno familiar ha existido siempre, en toda época y en todas circunstancias. En las últimas décadas a nivel internacional la sistematicidad con la que se reportan casos de esta naturaleza, sobre todo los más graves que conducen a la muerte o lesiones graves de las personas han hecho sonar la alarma y preocupado

¹ Al decir de CROSSO, Camila, “El derecho a la educación de personas con discapacidad: impulsando el concepto de educación Inclusiva”, en *Revista Latinoamericana de educación inclusiva*, p. 84, en [http://centroderecursos.alboan.org/ebooks/0000/0983/5 COR DER.pdf](http://centroderecursos.alboan.org/ebooks/0000/0983/5_COR_DER.pdf), consultado el 26 de agosto de 2019.

seriamente a los Estados, de modo que ocupa la agenda de decisores políticos a la hora de trazar las líneas de las políticas sociales. Y el Derecho no ha quedado atrás. La academia ha llamado la atención en la necesidad de visibilizar el fenómeno y de establecer políticas correctoras de tales comportamientos y herramientas legales que contrarresten y disuadan tales conductas dado que como aduce González Ferrer “es un tema que se afronta cada vez más por los juristas, pues resulta totalmente perturbador que el trato abusivo o deshonesto, el daño o la falta de consideración y de respeto queden impunes en un ambiente que se supone de confianza, apoyo y solidaridad”². La coercibilidad y coactividad de las normas legales suele ser un instrumento sancionatorio, desde todos los ámbitos del Derecho frente a comportamientos que en nada condicen con el respeto a la dignidad humana. Pero el Derecho también es educativo, motivo por el cual el efecto sancionatorio tiene valor ejemplarizante para terceros y a la vez supone la aplicación justa de las instituciones jurídicas. La protección en el orden judicial de las personas en situación de vulnerabilidad, víctimas de la violencia familiar que suponga mecanismos procesales, dotados de garantías y de celeridad que hagan factible la tutela de sus derechos ha de ser una meta para los Estados, a la par del dictado de normas jurídicas sustantivas con consecuencias jurídicas precisas para el agresor o maltratador que le conlleva a la cercenación de derechos en el orden jurídico-familiar de la más diversa índole personal y patrimonial a los fines de reprimir las conductas constitutivas de maltrato o violencia. No obstante, el balance, en este orden, avizora que nos queda camino por recorrer.

En otro orden, pensar la familia en plural, no supone únicamente agregar la letra “s” a una palabra, sino llevar la visión que tradicionalmente se ha tenido de familia al nuevo escenario tan diverso, plural, democrático que hoy se impone. Se trata de sumar derechos y visibilizar modelos familiares hasta entonces no reconocidos desde el prisma jurídico en el que quienes desean formar familia con personas de su mismo sexo ha sido tradicionalmente marginadas, constituyendo un supuesto de vulnerabilidad

² Vid. GONZÁLEZ FERRER, Yamila, *Discriminación por estereotipos de género. Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 132.

que hoy día es necesario superar al reconocer el derecho de toda persona a formar una familia, ya sea hetero u homoafectiva. Lograr el justo equilibrio entre el proyecto de vida de cada persona a partir de su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida familiar en común es uno de los cometidos que ha de emprender el Derecho en estos tiempos. Se trata de lograr normas concebidas con un profundo sentido ético y con vocación de pluralidad, desde perfiles cada vez más inclusivos. Para ello es necesario entonces construir herramientas legales desde los afectos, sobre la base del respeto a la diferencia y la visibilización de los sectores más vulnerables en el orden familiar.

No hay dudas de que el Derecho de las familias se debe proponer garantizar los derechos a todas las personas que tienen el ánimo en sí de formar una familia, cualquiera sea la estructura o forma de organización de esta, de modo que sean preservados valores como el respeto mutuo, la lealtad, la solidaridad, la asistencia recíproca, así como el afecto entre sus miembros para que no deje de ser la familia una entidad moral, reconocida eso sí, como una entidad plural que posee un único objetivo: hacer felices a aquellos que la componen.

Por último, y en modo alguno menos trascendente, se hace necesario volcar la mirada hacia las personas adultas mayores, sensible sector poblacional que también resultan sujetos en situación de vulnerabilidad. El envejecimiento demográfico es una verdad irrefutable. Las estadísticas reflejan además que en gran parte de Europa, Norteamérica y en algunos países de América Latina, amén de otros situados en otros lares de la geografía mundial, hay un incremento considerable de las personas adultas mayores, e incluso de personas mayores de 85 años, a lo cual también habría que adicionar el número de personas en situación de discapacidad, las que no necesariamente coinciden con aquellas que arriban a dicha franja etaria, si bien no puede dudarse de que la senectud es una de las causas que incrementa el número de personas con discapacidades, sobre todo intelectuales, sensoriales y físico-motoras. No puede dejarse de tomar en cuenta tampoco el aumento de la cronicidad de las enfermedades, como las neurodegenerativas, que llevan a largos periodos de tiempo en que la persona las padece, dado incluso, en algunas ocasiones, su prematuro diagnóstico.

Si bien la dependencia no es un fenómeno nuevo en cuanto siempre han existido personas dependientes, la convergencia de diferentes factores como son, entre otros, el envejecimiento demográfico, el aumento de la esperanza de vida y los cambios en la estructura familiar, han propiciado que se convierta en un fenómeno que requiere respuestas urgentes y adecuadas para hacerle frente desde los ámbitos políticos, tecnológicos, sociales, sanitarios, psicológicos, familiares y económicos y por supuesto también jurídicos. La persona dependiente requiere recibir una asistencia por parte de otros durante un periodo prolongado. Compete a las ciencias jurídicas pues diseñar mecanismos que incentiven la inclusión social de las personas adultas mayores, el reconocimiento de sus derechos, ello a partir de una mirada gerontológica de los juristas que implique la transversalidad y universalidad con la que se ha de dibujar las alternativas legales para la protección de las personas adultas mayores y el financiamiento de esa etapa de la vida, tan trascendente como las que le precedieron.

Quede el lector invitado a sumergirse en cada uno de los capítulos de esta obra. Estoy seguro de que, tras su lectura, constatará que las personas en situación de vulnerabilidad no le son tan ajenas. A fin de cuentas, esas personas en algún momento de nuestras vidas pueden ser nuestros familiares, amigos e incluso nosotros mismos.

La Habana, 5 de junio de 2022

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Universidad de La Habana
Notario

Capítulo 1. Acceso a la justicia y personas en condición de vulnerabilidad: claves procedimentales desde la implementación de las Reglas de Brasilia

Dr. Cristóbal Torres Fernández

Universidad Internacional de La Rioja

Wilbemis Jerez Rivero

Universidad de Sevilla

I. Introducción

El constitucionalismo moderno reconoce el acceso a la justicia como un derecho humano instrumental indispensable para la tutela de los demás derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En voz de García (2021, p.2), “el derecho de acceso a la justicia tiene gran relevancia dentro de cualquier sistema jurídico en la medida que, a través de él, se garantiza a las personas que puedan someter sus controversias a resolución ante las autoridades competentes”.

Di Salvo (2021, p.3) sostiene que:

Cada sistema judicial necesita instrumentos que puedan asegurar el acceso a la justicia y la defensa de los derechos que las leyes reconocen. La cuestión del acceso ante los órganos jurisdiccionales se plantea de manera general para todas las personas que son víctimas de una lesión de sus derechos y, ante ello, acuden al sistema de justicia o se defienden en un proceso; en ese sentido, para que un sistema judicial sea efectivo, debe englobar mecanismos que garanticen la posibilidad de concretar la protección jurídica.

Así pues, estamos de acuerdo en la necesidad de adecuar las políticas públicas, las normas jurídicas y el actuar jurisdiccional a los nuevos postulados en materia de acceso a la justicia, en aras de modernizar los sistemas de administración de justicia y labrar caminos jurisdiccionales certeros para la defensa de los derechos e intereses legítimos de todos los ciudadanos.

En el X Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia y Responsables del Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia, celebrado el 2 de diciembre de 2021, la jueza suprema Janet Tello Gilardi, presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia e integrante de la Comisión de Seguimiento de las 100 Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, señaló la necesidad de crear mecanismos eficaces que contribuyan a alcanzar las pretensiones de los justiciables, siendo uno de los desafíos más apremiantes, el de garantizar la protección de las personas vulnerables en los espacios judiciales y extrajudiciales.

Asimismo, desde las agendas nacionales e internacionales se advierte un cambio de paradigma que ha logrado visibilizar los obstáculos o barreras arraigadas que se generan en el acceso a la justicia y, particularmente, para las personas en condición de vulnerabilidad.

Ligado a lo anterior, debemos reconocer la existencia de importantes instrumentos internacionales cuyos vértices están dirigidos a la salvaguarda y protección de determinados segmentos de personas, grupos y colectivos vulnerables.

En cuanto al tema analizado, resaltan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 7 y 8; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 2 y 14; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 2; la Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 12, 37 y 40.1; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en sus artículos 8 y 25; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 13; la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores, en su artículo 31; la Convención de Belém do Pará, en su artículo 7 y los Objetivos de Desarrollo Sostenibles, en su meta 16.3.

Pese al amplio repertorio de normativas jurídicas que abordan temáticas conexas al derecho de acceso a la justicia, advertimos, fehacientemente, que el mero reconocimiento de este derecho no genera su desarrollo

material y que, por ende, si bien constituye su peldaño inicial, resulta insuficiente cuando su titular se encuentra impedido o limitado para acceder al sistema de judicial.

Relacionado con los inconvenientes que produce la deficiente efectividad en el acceso para todas las personas en sentido general, conviene señalar cuán problemática suele ser la situación para las personas vulnerables, quienes experimentan situaciones particulares que hacen más difícil su ejercicio y que las coloca, invariablemente, en un estado que intensifica aún más la(s) vulnerabilidad(es) que ya padecen.

Precisamente, estas premisas motivaron la realización del presente artículo que tiene como objetivo fundamentar los obstáculos jurídico-normativos que experimentan las personas en condición de vulnerabilidad y argumentar posibles alternativas desde la aplicabilidad de las Reglas de Brasilia.

II. Las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

2.1. Antecedentes

En el marco de la VII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en el 2002, se aprobó la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia” en el Espacio Judicial Iberoamericano, instrumento que abogaba por la protección de los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, y las víctimas. Asimismo, se expuso la necesidad de garantizar el acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa que protegiera los derechos que son inalienables cuando las personas demandaran la justicia.

En ese orden, se lanzaba el reto a los sistemas judiciales de reformular sus manuales de procedimiento e identificar aquellos obstáculos que frenaban la posibilidad real de acceso a la justicia de las personas vulnerables. A continuación, se expondrán brevemente los intercambios académicos y prácticos que surgen como antecedente directo del instrumento analizado.

La primera reunión preparatoria se celebró del 8 al 10 de noviembre de 2006 en la Isla Margarita (Venezuela) y tuvo como título de encuentro: “Modernización, seguridad jurídica, acceso y cohesión social: una justicia preparándose para el futuro”. Las discusiones centrales estuvieron dirigidas a la elaboración de reglas mínimas sobre el acceso a la justicia de las personas y grupos vulnerables. Como resultado directo se creó un Grupo de Trabajo para la conformación de las Reglas, coordinado por Guatemala, Colombia, Bolivia, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Cuba, Argentina y Costa Rica.

Por su parte, la primera ronda de talleres se desarrolló del 26 de febrero al 2 de marzo de 2007 en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). Para ello, se establecieron siete grupos de trabajo que se encargaron de identificar a las personas vulnerables y los factores de mayor incidencia. Conjuntamente se implementó un correo electrónico denominado *comunidad virtual* que permitió el envío actualizado y sistemático de los resultados y observaciones obtenidas en las mesas de trabajo.

La segunda ronda de talleres se llevó a cabo del 22 al 27 de julio de 2007 en Cartagena de Indias (Colombia). En esta sesión se aprobó un borrador de las “Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, que posteriormente fue sometido a votación en la ciudad de Cuzco (Perú) en la segunda reunión preparatoria.

Finalmente, la tercera ronda de talleres tuvo lugar del 6 al 11 de noviembre de 2007 en San José (Costa Rica). El principal objetivo fue adaptar las observaciones realizadas durante la segunda reunión preparatoria y modificar el tratamiento previsto para las personas privadas de libertad, a los miembros de las comunidades indígenas, etc.

En busca de obtener ese enfoque diferenciador adecuado a las nuevas aspiraciones judiciales, el 8 de marzo del año 2008, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se aprobaron las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (en adelante, Reglas).

Las Reglas constituyen un instrumento de *soft law* que enuncian una serie de recomendaciones destinadas a garantizar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Para ello, se propone un conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que contribuyen a mejorar los servicios del sistema judicial.

2.2. Beneficiarios de las Reglas

Según apunta Salierno (2021, p.1), “la vulnerabilidad es un concepto abierto que exorbita las categorías jurídicas de capacidad e incapacidad. Requiere un análisis multidisciplinario, pues plantea la humanización de la aplicación de los derechos humanos fundamentales y una resignificación de los operadores jurídicos”.

Vinculado a ello, Giulia (2022, p.7) sostiene que:

En los últimos años la reflexión crítica sobre la vulnerabilidad ha destacado los riesgos que lleva aparejado el uso de la presunción según la cual algunos sujetos (eso es, los que pertenecen a grupos históricamente discriminados, excluidos y/o oprimidos) son vulnerables y, por tanto, necesitan protección.

Cierto es que en el presente siglo ha existido una tendencia hacia la categorización de aquellas personas, grupos o colectivos vulnerables que, real o potencialmente pueden ostentar tal condición. En este sentido, Baquerizo et al. (2021) arguyen que la vulnerabilidad se encuentra dada por razones inherentes a las condiciones biológicas, físicas o mentales, pudiéndose identificar como grupos excluidos o en especial riesgo a las personas adultas mayores; las personas privadas de libertad; las mujeres; los pueblos indígenas; las personas en situación de movilidad humana; las niñas, los niños y los adolescentes; las personas afrodescendientes, las personas con discapacidad, las personas que viven en la pobreza, entre otros.

A razón de lo mencionado en las Reglas (sección 2, regla número 3), “se consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los

derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". En consecuencia, conteste a la actualización de las Reglas realizada en el 2018, se señalan como motivos para ser beneficiarios: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y desplazamientos internos, la pobreza, el género, la privación de libertad, la orientación sexual y las personas afrodescendientes.

Tal definición permite identificar progresivamente los factores o causas que pueden generar vulnerabilidad, siendo novedoso, en este orden, la inexistencia de un catálogo *numerus clausus* de personas o grupos vulnerables. Ello genera que, conforme a la realidad sociológica de un país o región determinada, podamos encontrar otros causales puntuales como la pertenencia a la comunidad LGBTIQ+ o a otras diversidades étnico-culturales diferentes a las comunidades; las personas marginadas; los involucrados en el derecho a la vivienda; la población sin techo y los que viven en barrios sin regularización o no urbanizados; las personas con VIH y/o SIDA, entre otros.

2.3. Relevancia de las Reglas ¿realidad tangible o imposibilidad práctica?

Las Reglas constituyen el primer instrumento (aunque de carácter blando) que estructura un marco referencial compuesto por una serie de principios y recomendaciones que facilitan las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Desde el ámbito académico se reconoce que su surgimiento llega vinculado a la necesidad de contar con un instrumento de carácter transnacional que no se ciñera a un grupo vulnerable, sino que estableciera pautas de actuación efectiva para todas las personas en condición de vulnerabilidad.

Abreu-Guzmán (2008) expone que las Reglas tienen un gran enfoque en materia de derechos humanos, dado que reconocen el acceso a la justicia como derecho fundamental; promueven la actuación estatal para eliminar las barreras de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de sus titulares, y recalcan que la obligación de potenciar los derechos de los ciudadanos es una tarea social.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Redondo (2018, p. 2736) afirma que:

Cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas en sus formas más extremas (...) deberán tomarse políticas internacionales que protejan de una manera más efectiva sus Derechos, para que no sufran una doble vulnerabilidad. Sería de suma importancia el reconocimiento de las 100 Reglas de Brasilia a nivel mundial, dado a que es un gran avance jurídico y promueve la capacitación en estas Reglas, de todas aquellas personas que entren en contacto con cualquier grupo que se considere en situación de vulnerabilidad.

Palabras que son reforzadas por autores como Bermúdez (2021, p.1) al decir que:

Las Reglas de Brasilia han mejorado los parámetros judiciales y procesales en los últimos años al regular mecanismos de acción judicial a favor de las personas en situación de vulnerabilidad, a quienes se brinda una mejor atención en la protección de sus derechos, por cuanto sus condiciones particulares y especiales son evaluadas bajo una perspectiva que mejora la regla establecida por la ley.

A todas luces, para combatir las desigualdades y el quebrantamiento de la igualdad en el acceso, requerimos de políticas y actuaciones urgentes que se encuentren comprometidas con la realidad social. Como bien enuncia Ribotta (2012), poca utilidad se le puede atribuir a cualquier Estado que se autodenomine Estado de Derecho, pero sus ciudadanos no puedan acceder sin restricciones al sistema de justicia y, por ende, queden desprovistos de la tutela de sus derechos e intereses legítimos. Ello conlleva que los sistemas judiciales sean capaces de identificar las causas y limitaciones que enfrentan los grupos vulnerables y conforme a tal análisis, tomen medidas que mejoren el acceso a la justicia de los grupos en condición de vulnerabilidad (Almela, 2020).

Hoy, a más de una década de la aprobación de las Reglas, vislumbramos los cambios que ha generado su aplicación directa en los sistemas judiciales y desde esta noción advertimos los derroteros legales y prácticos que han de solventarse paulatinamente para alcanzar la efectiva protección de las personas más vulnerables.

III. El derecho de acceso a la justicia y su configuración relacional desde la óptica de la Reglas

El derecho de acceso a la justicia, desde su concepción genérica, constituye un derecho y una garantía de los ciudadanos ante el Estado. Autores como Martínez (2009, p.46), lo asocian a:

Un acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad.

Cabe destacar que el derecho analizado garantiza la posibilidad de obtener un pronunciamiento posterior en correspondencia con la pretensión que se haya planteado. No obstante, advertimos la poca utilidad práctica de tal elemento, si dentro del propio sistema de justicia no se respetan las garantías del debido proceso, ni se toman las medidas pertinentes para lograr la efectividad de lo dispuesto por la autoridad actuante.

Santis (2020, p. 13) refiere que:

El derecho de acceso a la justicia no se conformará con la no interferencia estatal, como su par moderno, sino que exige que se remuevan obstáculos que impiden el goce y ejercicio legal, y así propender a que las personas puedan alcanzar su máxima realización y espiritual posible. De esta forma, la dignidad y los derechos fundamentales conforman el fundamento del orden político y de la paz social.

Lillo y Vargas (2017, p. 363) señalan que:

El acceso a la justicia (...) debe contemplar la generación de acciones de diverso tipo, tendientes a dar respuestas satisfactorias a las necesidades jurídicas sobrevinientes, especialmente de las personas que ni siquiera tienen la posibilidad de acudir a un tribunal, dentro de las cuales contar con un abogado gratuito y con todas las garantías de un debido proceso, si bien es fundamental, no reviste el carácter, de única y excluyente.

A pesar de que las Reglas están destinadas a garantizar el acceso a la justicia, en el cuerpo legal no se hace referencia a qué entender por acceso, pudiendo entonces conforme a una posición reduccionista del concepto, plantearse que se refiere solamente al ámbito jurisdiccional

judicial. Sin embargo, no consideramos que se avenga a su cometido, en tanto en la regla 47 se promueve la adopción de medidas particulares que permitan a las personas en condición de vulnerabilidad utilizar los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) autorizados en las diferentes legislaciones. Yendo más lejos, en la propia narrativa de las Reglas, se enuncian ejemplos evidentes de la asistencia de profesionales e intérpretes, la intervención de la autoridad parental para las personas menores de edad cuando sea necesaria, así como la asistencia, apoyo o representación legal cuando su condición lo amerite.

Ligado a lo anterior, en la sección 6ª, la regla 48 plantea la necesidad de estimular las formas propias de justicia indígena, la comunidad afrodescendiente y otras diversidades étnicas y culturales que se encaminan a la solución de sus controversias. Todo ello, en sinergia con la aplicabilidad de instrumentos internacionales en la materia, requiere de la sincronía de los sistemas de administración de justicia y las formas utilizadas en tales comunidades.

Consideramos que la cuestión principal radica en crear bases sólidas y procedimientos adecuados que no supongan situaciones de indefensión para los más vulnerables. La aplicabilidad de las MASC debe generarse en ambientes propicios, adecuados y, ciertamente, deberán adaptarse a las situaciones de las personas vulnerables que participen.

Es preciso destacar que la finalidad plasmada en las Reglas, *prima facie*, está dirigida a garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa o indirecta. Por lo que, el derecho de acceso a la justicia se erige como ese vehículo/paraguas/salvavidas que potencia la instrumentalización y efectividad de los restantes derechos e intereses legítimos que pertenecen a los ciudadanos.

Siguiendo esta línea, las Reglas vislumbran el acceso como instrumento de alcance de la tutela judicial efectiva, idea que, a nuestro entender, ha de ser comprendida desde el espectro de la globalidad, es decir, que la tutela judicial efectiva vista como mega principio de configuración legal, arropa bajo su amparo al acceso a la justicia, el debido proceso y la

ejecutabilidad. *Ergo*, entrelazado con su finalidad, el enfoque deberá encaminarse a eliminar los obstáculos procesales pre, intra y post procesales; a armonizar el desarrollo de principios, pautas y actuaciones jurisdiccionales que concuerden con los postulados analizados; a velar porque las resoluciones judiciales sean certeras, estén correctamente motivadas, apegadas a los términos legales y, por último, que sean capaz de ejecutarse satisfactoriamente (Gutiérrez y Hierro, 2019).

Indiscutiblemente, cuando se tornen tangibles las ideas anteriormente esbozadas y se tomen medidas, facilidades e implementen sistemas de apoyos que permitan el pleno disfrute de los derechos de todas las personas y, particularmente, de las personas en condición de vulnerabilidad, se estará cumpliendo con el verdadero sentido de la justicia y haciendo eco de los principios de igualdad y no discriminación.

IV. Barreras de acceso desde la dinámica de las Reglas de Brasilia

Problematizar sobre las barreras que enfrentan las personas y colectivos vulnerables deviene una tarea ardua y compleja, pero sumamente necesaria. Siguiendo el pensamiento de Casal et al., (2005, p. 35) las barreras de acceso a la justicia son “obstáculos para llegar al órgano jurisdiccional formulando alguna pretensión, sino también y sobre todo como las dificultades para obtener una pronta y justa resolución de la disputa en que una persona se vea envuelta”.

Por su parte, Barriffi (2012, p. 10), sostiene que deben ser entendidas como “toda distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

En este orden, razonamos que el sentido negativo otorgado a las barreras permite enmarcarlas como una limitación real o potencial que restringe el ejercicio de cualquier derecho subjetivo. Pese a ello, resulta imprescindible destacar que las normas, las operaciones y las actitudes no constituyen *per se* barreras, sino que su apreciación ha de estar marcada por las condiciones del contexto y las capacidades de interacción/reacción de las personas (Pérez-Castro, 2019).

Habiendo introducido la temática, nos proponemos enumerar los principales obstáculos que cercenan el efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. *Grosso modo*, encontramos como principales barreras: las económicas, las institucionales, las procesales, las arquitectónicas, las culturales, las legales y las comunicativas. A efectos de nuestra investigación, nos centraremos en las tres primeras referenciadas.

4.1. Barreras económicas

La pobreza como estado al que puede estar sometido el ser humano genera fácticamente situaciones de exclusión y segregación social para las personas que la sufren o padecen. No es casual entonces que, al vivir en condiciones de precariedad, las personas deban elegir entre sufragar determinados bienes, prestaciones o servicios y no puedan priorizar el acceder a la justicia. *Ergo*, la ausencia de medios económicos para contratar los servicios jurídicos de un abogado suele ser una de las problemáticas más comunes que limitan, desmesuradamente, el acceso a la justicia y el culto a los derechos subjetivos reconocidos. No es un secreto que la vulnerabilidad por motivos económicos, como indican Torres y Jerez (2022, p.11), “incide transversalmente en el aprovechamiento y goce de los derechos de las personas, grupos, comunidades o pueblos que viven en situaciones de pobreza y extrema pobreza”.

En este orden de ideas, se hace evidente la necesidad de configurar mecanismos que permitan a las personas con bajos recursos obtener una justicia de calidad, sin dilaciones y con todas las garantías correspondientes. De esta forma, a modo de ejemplo, resalta la existencia de normativas jurídicas que pautan la asistencia o defensa jurídica de las personas con bajos recursos económicos, tal es el caso de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita en España, la Ley N° 19.718/ 2001, de la Defensoría Pública Penal en Chile y la Ley N° 34/2004, sobre el régimen de acceso a la ley y a los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, el mero reconocimiento constitucional o la existencia de normas complementarias no son suficientes para agotar la problemática. Por ende, razonamos pertinente la adopción de acciones efectivas que

logren garantizar la asistencia legal y la defensa pública en todos los ámbitos jurisdiccionales.

4.2. Barreras institucionales

Cuando se abordan las barreras institucionales, se hace referencia al conjunto de actos, pautas, procedimientos y normativas legales o procesales vinculadas al aspecto formal que generan o pueden generar una limitación para las personas en condición de vulnerabilidad.

En este orden, aludimos a la excesiva burocracia, la falta de iniciativa legislativa y judicial y, la insuficiencia de políticas públicas que permitan acceder a la justicia sin trabas ni dilaciones. Igualmente, consideramos que las cuestiones estructurales dentro del propio sistema de justicia que crean inaccesibilidad, irregularidades o deficiencias formales fungen como barreras palpables dentro de la dinámica de la administración de justicia. Todo ello invita a generar políticas públicas y modificaciones judiciales que eliminen los obstáculos que puedan padecer las personas vulnerables cuando interactúan con los sistemas de justicia y requieran de una tutela de sus derechos.

4.3. Barreras procesales

Las barreras procesales se enmarcan como el conjunto de pautas, actuaciones, requisitos y normativas procesales que suponen una desventaja para las personas en condición de vulnerabilidad. Así pues, entendemos que al juzgar no se adecuan los procedimientos o no se aplican ajustes razonables que permitan colocar a las personas vulnerables en iguales condiciones procesales (igualdad procesal). Nótese que los códigos procesales modernos brindan a los jueces la oportunidad de interpretar las normas en favor de generar justicia para las partes, pero esas aspiraciones no se aplican por la quietud judicial, el desinterés, la falta de compromiso, la ausencia de sensibilidad y la carencia de un enfoque juzgador desde los derechos humanos.

Por ello, entendemos que los excesos de formalismos, el desconocimiento y el uso de procedimientos genéricos inadaptados a las particularidades de los sujetos vulnerables deben ser reformulados. Debe entenderse que

adecuar, corregir, simplificar, no significa parcializar, ni inclinar la balanza, sino potenciar la igualdad en la diversidad y reconocer la existencia de barreras que suponen desventajas para acceso a la justicia.

Resulta imperioso que al impartir justicia seamos capaces de realizar análisis puntuales y casuísticos que no transgredan el verdadero sentido de la justicia. Por tanto, debemos centrarnos en la persona y las limitaciones reales que frenen la igualdad en el proceso. En este caso, la elaboración de estrategias con enfoques sociales ayuda a mitigar los obstáculos que las personas vulnerables encuentran en el ejercicio de sus derechos, ya sea en la esfera judicial o extrajudicial.

V. Pautas procedimentales para la remoción de obstáculos

Hemos abordado con énfasis la importancia de un cambio de paradigma para conseguir la plena inclusión social o el reconocimiento de las personas y grupos vulnerables (Argento y Vega, 2022). Consecuentemente, para alcanzar este fin será necesario la remoción de las barreras económicas, culturales, procesales, arquitectónicas, comunicaciones, legales y políticas que limitan, restringen o impiden el acceso efectivo de las personas a la administración de justicia.

Así, en este epígrafe esbozaremos cómo podemos eliminar las barreras aludidas y qué pautas ejecutar para lograrlo. Si bien se aborda desde el enfoque de los sistemas judiciales, nada obsta que pueda trascender a la aplicación de las MASC (en correspondencia al tratamiento individual implementado en el orden interno).

Nos preguntamos, pues, qué pautas procedimentales podemos aplicar desde la oficialidad para eliminar el impacto de las barreras económicas, las barreras institucionales y las barreras procesales en el acceso a la justicia. Para resolver esta interrogante queremos apoyarnos en las máximas enarboladas en las Reglas y, sobre todo, en un enfoque garantista de protección. Siguiendo esta dinámica, no puede soslayarse la conceptualización funcional que respecto a la pobreza se refrenda en la regla 15 del instrumento, vista como una causa de exclusión que supone un obstáculo evidente para el acceso a la justicia desde el plano económico, social, cultural e incluso judicial.

¿Cómo podemos mitigar el impacto de la falta de recursos económicos para que las personas en situaciones de precariedad puedan acceder a las formas jurisdiccionales de resolución de controversias? Una alternativa mundialmente reconocida es, sin lugar a duda, el establecimiento de normativas jurídicas que protejan a las personas con vulnerabilidad económica; estamos invocando, como aludíamos anteriormente, a las Leyes de Asistencia Jurídica y las Leyes de Defensa Jurídica. Tales normativas estipulan un conjunto de requisitos, actos y procedimientos que permiten disfrutar de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas que la requieren, pero no cuentan con los medios económicos para proveérselas *per se*.

Vinculado a lo anterior, se hace necesaria la existencia de instituciones de asistencia que permitan a los vulnerables solicitar tales servicios. Hablamos propiamente de los reconocidos bufetes de oficios, las defensorías públicas, las consultorías jurídicas especializadas en asuntos pro-bono, las secciones de consulta regentes en las facultades de Derecho, las clínicas jurídicas enfocadas en la protección de los más vulnerables, las casas de justicia, la intervención de colegios, entre otros.

Si comprendemos que la pobreza es condicional, afecta circunstancialmente a la persona vulnerable y le añadimos el rol de la justicia como servicio público que debe ser garantizado por el Estado, irremediablemente, llegaremos a la conclusión de que este, bajo una égida aspiracional que desplaza las nociones de la justicia privada, no puede, aunque quiera, dejar de incidir en la protección de las personas que requieren de un pronunciamiento jurisdiccional, pero no saben o no tienen como lograrlo.

Puntualmente, advertimos que el desconocimiento y la falta de preparación jurídica también constituyen cortapisas de freno, dado que la persona puede tener una vaga idea del derecho que se le ha vulnerado, pero no sabe qué tipo de proceso podrá interponer, desconoce si requiere de la vía judicial para resarcirlo y obvia los métodos más efectivos para encauzarlos. Ante ello, el asesoramiento previo debe estar contemplado como componente accesorio de las funciones dimanantes de la asistencia

jurídica. Y, por supuesto, abogamos por la gratuidad del acto para quienes lo necesiten.

Respecto al tópico, la Regla 16 plantea la promoción de la alfabetización jurídica y posteriormente, en su numeral 28 evidencia:

La relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, sin retrasos innecesarios e incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial. En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente. Y en materia de asistencia letrada a la persona privada de libertad (Reglas, 2008, p.7).

Además de ello, es preciso resaltar que contamos con normativas específicas para que las personas puedan solicitar la asistencia jurídica gratuita. También existe la presencia de instituciones sólidas que trabajan por garantizar el derecho de acceso a la justicia y trazan claves efectivas para que no se cercene dicho derecho. Por tanto, nos preguntamos qué más necesitamos deontológicamente para lograr tal cometido.

Asimismo, reconocemos que las condiciones económicas pueden ser puntos conflictivos, tanto para acceder al sistema judicial como para los actos sucesivos del proceso. Advertimos así, las consecuencias derivadas de la demora judicial, el coste de determinados procedimientos para la práctica de los medios de prueba, los gastos de transporte, vestimenta y alimentación asociados al proceso. Pese a ello, consideramos que, en atención al grado de solvencia de la persona, estos gastos pueden ser asumidos total o parcialmente por una entidad designada al efecto.

La existencia de barreras institucionales genera inconvenientes visibles para las personas en situación de vulnerabilidad. Precisamente, el sistema judicial configura una serie de limitaciones a lo interno y externo que restringe o impide el efectivo desarrollo de la justicia. Entre los ejemplos que podemos señalar resalta la excesiva carga judicial que provoca, no solo afectaciones económicas para los justiciables, sino también la frustración de un determinado derecho motivado por la imposibilidad de

ejecutar lo resuelto. Abordábamos que las personas carentes de recursos podían solicitar la asistencia jurídica gratuita, pero ¿qué sucede cuando las personas no cumplen con esos requisitos y deben elegir entre continuar el proceso (a sabiendas de las consecuencias económicas que ello genera) o desistir del mismo?

Frente a esta situación, conforme al enfoque que venimos desarrollando, la Regla 38 promueve la agilidad y prioridad en los asuntos en que intervengan las personas vulnerables, debiéndose, en todo caso, adoptar medidas que eviten los retrasos y las demoras innecesarias desde la tramitación hasta la ejecución de lo dispuesto.

Otro elemento de peso es el relativo a la especialización de los jueces, los fiscales, los abogados y el resto de personal que se vincule a las personas vulnerables. Nos encontramos en una época de cambios y desafíos pendientes para la administración de justicia y ello supone adecuarse a los nuevos avatares de la realidad. No vislumbramos coherente, por ende, un juicio que no tome en cuenta las particularidades a las que se enfrentan o las circunstancias que se generan desde o como consecuencia del proceso.

En medio de este escenario se requieren profesionales especializados con conocimientos de temas asociados a la vulnerabilidad que sepan juzgar con perspectiva de género, elaboren estrategias puntuales cuando existan menores o personas mayores de edad involucrados y dicten fallos razonables, humanos, provisorios y certeros que no pongan en tela de juicio la imparcialidad de la justicia, pero realcen la sensibilidad y la capacidad de proteger a todas las personas.

Tal postura coincide con lo refrendado en la Regla 40 cuando se expresa como posible solución la especialización de las personas que operan el sistema judicial y de quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Yendo más lejos, no descartamos la vinculación de este particular con la existencia de barreras actitudinales, es decir, lo vinculamos a la inaptitud o incapacidad de las personas involucradas en la resolución del asunto para atender y satisfacer las necesidades y derechos

de las personas en condición de vulnerabilidad, ya sea por desconocimiento o por evidentes prejuicios.

La búsqueda de soluciones que coadyuven a eliminar las barreras procesales durante las fases pre, intra y post procesal no es una tarea nueva, pero constituye un importante reto para los sistemas de justicia. Los códigos procesales modernos abogan por la prestación de una justicia de calidad que no deje a nadie atrás y sepa configurar garantías que trasciendan el reconocimiento formal. Así, caben perfectamente los supuestos donde a las personas carentes de recursos se les prevéa de asistencia jurídica gratuita que le permitan acceder a los tribunales, pero una vez incoado el proceso, la ausencia de procedimientos adecuados a la vulnerabilidad presente, genere un desequilibrio en la igualdad procesal.

Tampoco descartamos que la expansión de estas barreras esté marcada por la estaticidad judicial y la falta de sensibilización e innovación en cuanto a la temática. Resulta conocido por todos que la mayoría de los países han suscrito instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos y, por ende, han recepcionado de forma directa o indirecta estos tratados en sus legislaciones internas. En consecuencia, no observamos obstáculos para que los jueces siguiendo la propia hermenéutica jurídica arropen tales preceptos y los apliquen en la tramitación y resolución de los asuntos que se le someten. Puede que las leyes de procesamiento o enjuiciamiento no contengan, por ejemplo, nombramientos directos sobre los ajustes razonables o nuevas instituciones como los apoyos o los diseños universales. No obstante, los jueces en función de aplicar justicia conforme a los estándares y reivindicaciones actuales deben saber navegar por otros senderos que la norma no contemple y sean viables.

Consecuentemente y unido a lo antepuesto, deviene necesario realizar adecuaciones normativas que se nutran de los preceptos esgrimidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención de los Derechos del Niño o la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por citar algunos ejemplos. Desde este panorama, se apoya la utilización de ajustes procedimentales cuando sean necesarios y se entiende que el

mayor reto se acentúa en utilizar las herramientas procesales y adecuarlas a las particularidades que se susciten el proceso.

¿Mediante qué actos concretos podremos realizar los ajustes procedimentales? ¿Deberán estar taxativamente estipulados en la norma? ¿Los jueces pueden jerarquizar los principios procesales y procedimentales para ofrecer una función tuitiva a los intereses de los más vulnerables? Estas interrogantes nos llegan cuando pensamos en la necesidad de replantear conceptual y prácticamente los procesos en los que intervengan los sujetos en condición de vulnerabilidad. A continuación, se analizan algunos aspectos viables desde la propia narrativa de las Reglas.

Quizás el elemento más cercano a tener en cuenta sea mejorar las condiciones de los actos del proceso; hacemos referencia con ello a garantizar entornos accesibles, cómodos y tranquilos (Regla 66). Además, se debe procurar acortar plazos y frenar las dilaciones evidentes de las partes intervinientes de tal manera que la persona vulnerable se vea involucrado la menor cantidad de tiempo en proceso. La Regla 68 se refiere también a la premura en los actos y la posibilidad de otorgarse prelación o preferencia a la celebración del acto judicial en el que participen los vulnerables.

Se recomienda evitar actos innecesarios como las comparencias, vistas o audiencias que no aportan al resultado final. En este sentido, es aconsejable que solo comparezcan cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica (Regla 69). Otra posibilidad es planificar la celebración de actos o diligencias asociadas al asunto en el mismo día o el menor marco temporal posible.

Equivalentemente, acontece efectiva la regulación de las denominadas tutelas urgentes, las cuales ciertamente han de ser vistas como instrumentos que garantizan la tutela jurisdiccional de determinados derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y en especial de las personas en situación de vulnerabilidad que requieren de una respuesta rápida y certera ante conductas que afectan sus intereses de forma inminente. No obstante, compartimos la idea de que sean aplicadas solo

para situaciones especiales y ante la inaplicabilidad de otra vía ordinaria más idónea.

La utilización de las herramientas audiovisuales, los sistemas de conferencias y las tecnologías de la información y la comunicación asociadas al proceso pueden ser otro método de ayuda siempre que se facilite su manejo y se generen condiciones adecuadas de seguridad. La Regla 71 prevé que en determinadas ocasiones los actos puedan grabarse en soporte audiovisual para evitar las posibles reiteraciones en otras instancias judiciales.

Como enuncia Delgado (2021), los sistemas de justicia deberán aplicar medidas tecnológicas que se traducen en la realización de trámites y suministro de información por vía electrónica; juicios telemáticos, teletrabajo y deliberaciones telemáticas; automatización de actuaciones procesales; inteligencia artificial y plataformas online de resoluciones de litigios. Sin embargo, su aplicación no podrá suponer un ensanchamiento de la brecha digital para los vulnerables.

Por la vinculación a las barreras procesales y la trascendencia en cuanto al tema, dejaremos plasmadas algunas impresiones relativas a las barreras comunicacionales. Así, advertimos que cuando en un proceso o un procedimiento participe alguna persona en condición de vulnerabilidad, esta deba ser debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención, de tal manera que pueda comprender la naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar, su papel dentro de ella, el tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como los derechos que puede ejercitar y las implicaciones que se derivan del acto.

El justiciable debe estar al corriente de todas las particularidades del proceso, por lo cual dependerá inexorablemente del asesoramiento de su abogado y de la labor del tribunal, quien a través de los actos de comunicación pondrá en conocimiento de las partes o de terceros sus decisiones y las exigencias que deberán cumplimentar.

El lenguaje jurídico empleado por los jueces en sus resoluciones y en actos judiciales se erige en muchas ocasiones como barreras al

entendimiento. La práctica jurídica nos demuestra que los ciudadanos, generalmente, no poseen un conocimiento técnico- jurídico capaz de comprender el sentido y alcance de los términos empleados judicialmente, todo lo cual podría limitar su visión general en cuanto en el proceso.

Por consiguiente, se hace imprescindible la utilización de un lenguaje claro, sencillo y comprensible que permita entender todo el contenido de la información sin necesidad de un asesoramiento posterior. No puede soslayarse que lo dispuesto en la resolución judicial deberá ser cumplido por los ciudadanos y ello obliga a la utilización de palabras llanas desprovistas de un refinado vocabulario jurídico.

Una propuesta a considerar sería dedicar un segmento dentro de la resolución judicial que explique brevemente la decisión adoptada y los motivos que tributaron a la decisión. La redacción de los formularios deberá tener en cuenta las particularidades de las personas vulnerables; por lo cual, en relación con lo enunciado en los párrafos precedentes, se requiere de la utilización de un léxico sencillo y lineal, sin perjuicio de su rigor técnico. Además, deberán ser accesibles y gratuitos para los usuarios, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

En cuanto a la celebración de los actos judiciales en correspondencia al caso que se analice y las particularidades propias de las personas en situación de vulnerabilidad, sería provechosa la presencia de asistencia profesional, dígame intérpretes, psicólogos u otros que fueren necesarios. Siguiendo la postura de las Reglas en su numeral 32, toda persona debería tener la posibilidad de contar con una persona intérprete o traductora cuando la situación lo amerite, extendiéndolo también cuando se ostenta la condición de tercero interesado o testigo.

En resumen, conforme a los reclamos de una justicia ágil y sin dilaciones, compartimos la idea de la desformalización de los requerimientos innecesarios que solo contribuyen a entorpecer la tramitación del proceso y requerimos la oportuna la simplificación de determinados requisitos y actos. Los jueces tienen un compromiso judicial y social de gran envergadura, no solo deben aplicar el Derecho, sino que también deben

ajustar sus razonamientos a los estándares humanos de justicia y protección de las personas en condición de vulnerabilidad.

VI. Conclusiones

Las controversias relativas al acceso a la justicia y los grupos vulnerables han generado la puesta en marcha de una serie de normativas, políticas públicas, actitudes, mecanismos y reformas que tributen a alcanzar la pretensión de igualdad y no discriminación entre todas las personas. En este orden, Carvacho et al., (2021, p. 5) sostienen que:

Para acceder a la justicia depende de la autonomía individual de las personas, cuya configuración puede verse impedida por falta de conocimiento de derechos y medios para hacerlos valer (necesidades sistémicas), falta de recursos (necesidades instrumentales) o por la inhabilidad del sistema de justicia de proveer respuestas justas y oportunas (necesidades sustantivas).

Ello convoca a identificar los problemas que en cuanto al acceso a la justicia padecen las personas en condición de vulnerabilidad y consecuentemente, estructurar mecanismos efectivos de salvaguarda, en tanto, los obstáculos hallados en el arduo derrotero que significa acceder a la justicia crean situaciones de sistemática vulneración y exclusión de de sus derechos fundamentales.

Sin lugar a duda, la configuración de garantías que eliminen las barreras económicas, arquitectónicas, culturales, comunicacionales, institucionales, legales y procesales supone un reto para los códigos procesales modernos. Pese a ello, consideramos que existen un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que viabilizan las vías más efectivas para proteger a los grupos vulnerables y no son totalmente aprovechados tanto en la tramitación procesal como en la propia fundamentación de las resoluciones judiciales.

En este orden, resaltamos el valor que ostentan las Reglas de Brasilia para la obtención de una justicia celera, efectiva y de calidad que toma en cuenta las necesidades de los grupos vulnerables y que, aun teniendo máximas de garantías revolucionarias, no genera situaciones de

desequilibrio, ni frustra el desenvolvimiento de los principios de imparcialidad e igualdad procesal.

Referencias

- Adreu-Guzmán, F. y Courtis, Ch. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. En *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires (pp. 131-146). Editorial Ministerio Público de la Defensa.
- Almela, C. (2020). *Manual para la Construcción de políticas públicas sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad*. Euro social.
- Argento Nasser, A. y Vega, J. P. (2022). Un nuevo abordaje para la discapacidad: el modelo de comunicación y reconocimiento legítimo. *Astrolabio Nueva Época: Revista digital del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Cultura y Sociedad*, 28, 139-169.
- Baquerizo Suárez, P. J., Zamora Baquerizo, D.A. y Moreira Cedeño, L. D. (2021). Búsqueda activa de personas vulnerables para garantizar una atención integral en tiempos de pandemia. *RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento*, 5(1), 2021, 90-98.
- Barriffi, F. (2014). Barreras en el ejercicio de los derechos de familia de las personas con discapacidad. En P. O. Rosales, *Discapacidad, Justicia y Estado* (pp. 71-81). INFOJUS.
- Bermúdez Tapia, M. (2021). Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal. *Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú*, 3(3), 131-156.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica.

- Carvacho, P., Arriagada Gajewski, I. y Cofré Pérez, L. (2022). Acceso a la justicia: Una revisión conceptual de sus componentes. *Oñati socio-legal*, 12(2), 354-382.
- Casal, J. M., Roche, C. L., Ritcher, J. y Chacón Hanson, A. (2005). *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis).
- Colectivo de Autores. (2012). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad comentada*. Editorial Abeledo-Perrot.
- Delgado Martín, J. (2021). Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia. *Diario La Ley*, 9781, 1-6.
- García Mayo, M., Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y Pérez Gallardo, L.B. (2021). *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*. Olejnik.
- García Sánchez, A. (2021). La importancia de las Reglas de Brasilia para un efectivo acceso a la justicia en materia familiar en México. *Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú*, 3(3), 53-76.
- Giulia Bernardini, M. (2022). ¿No tengo (aún o ya) la edad? (In)visibilidad, vulnerabilidad y violencia de las personas menores y ancianas. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (46), 273-295.
- Lillo, R y Vargas, M. (2017). El derecho de acceso a la justicia civil en Chile. En VV.AA., *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2017* (pp. 353-382). Ediciones Universidad Diego Portales
- Martínez Álvarez, R. (2009). *El derecho al acceso a la justicia*. Editorial Jurídica.
- Pérez Castro, J. (2019). Entre barreras y facilitadores: las experiencias de los estudiantes universitarios con discapacidad. *Revista Electrónica de Educación Sinéctica*, (53), 1-22.

Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L.A. (2019). *La tutela judicial efectiva en el Proceso Civil*. Editorial Leyer.

Redondo, M. B. (2018). Sujetos en condición de vulnerabilidad: los excluidos del acceso a la justicia. Reflexiones sobre los refugiados. *E-Universitas: UNR Journal*, 2(20), 2725-2737.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 4 a 6 de marzo de 2008, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Recuperado de http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/Regla_sdeBrasilia-2008.pdf

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador. <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>

Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Vulnerabilidad, Pobreza y Acceso a la Justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6(2), 1-37.

Salierno, K. V. (2021). Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Infancias vulnerables y acceso a la justicia. *Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú*, 3(3), 103-129.

Santis Poblete, A. (2020). El acceso a la justicia y la asistencia jurídica gratuita de los grupos vulnerables en Chile: diseño jurídico constitucional, adecuación convencional e institucionalidad [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca].

Capítulo 2. Protección a la vulnerabilidad en tiempos del COVID-19

Dr. Juan Moisés de la Serna
Universidad Norbert Wiener

I. Introducción

A pesar de que la Constitución Española en su artículo 14 en el Capítulo II sobre Derechos y Libertades indica “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, existen personas o colectivos que reciben una regulación específica en atención a sus circunstancias en lo que se denomina vulnerabilidad.

Pero si preguntamos a cada persona sobre qué entiende por vulnerabilidad y qué persona o colectivo se considera vulnerable, las respuestas van a ser diversas en función del área de especialidad en que se piense, por ejemplo, en el laboral, familiar, económico..., lo que queda reflejado en el amplio abanico legislativo que trata de delimitar lo que se entiende por vulnerabilidad y qué derechos u obligaciones trae asociado.

Así en el ámbito económico la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital indica:

En todo caso el derecho a la prestación se configura en función de la situación de vulnerabilidad económica. A estos efectos, se va a considerar que se da esta situación cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, sea al menos 10 euros inferior al nivel de renta garantizada para cada supuesto previsto, en función de las características de la persona beneficiaria individual o la unidad de convivencia, requiriéndose además que su patrimonio, excluida la vivienda habitual, sea inferior a los límites establecidos en esta Ley. Asimismo, se permite la solicitud de la prestación cuando no se reúna el requisito de

vulnerabilidad económica en el ejercicio anterior, pero ésta haya sobrevenido durante el año en curso.

Son de destacar los avances realizados en los últimos años en cuanto a la protección de la mujer ante las situaciones de violencia de género, así en la exposición de motivos de la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género como garantía de sus derechos y en particular del derecho a la asistencia social integral contemplado en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se especifica:

Las mujeres víctimas de violencia de género son un colectivo especialmente vulnerable en situaciones de aislamiento domiciliario, por verse forzadas a convivir con su agresor, lo que las sitúa en una situación de mayor riesgo, como se ha venido demostrando con motivo de situaciones parcialmente análogas, como los periodos vacacionales sin situación de permanencia en domicilios, periodos en los que se disparan los casos de violencia de género y de violencia doméstica.

II. Discriminación positiva vs vulnerabilidad

Si bien hasta el momento se ha tratado el tema de la vulnerabilidad como personas o colectivos de especial protección por parte del ordenamiento jurídico, este no tendría sentido sin que existiesen medidas encaminadas a la prevención o intervención para compensar dicha vulnerabilidad, medidas que se encuadran dentro de la denominación de discriminación positiva.

Si bien, por ley todos los ciudadanos gozamos de los mismos derechos y obligaciones, la discriminación positiva permite que a determinados colectivos o personas se les apliquen unas normas más beneficiosas o restrictivas atendiendo a sus peculiaridades; así en el caso de las restrictivas y en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, todos los ciudadanos en el desempeño de sus funciones en el ámbito laboral tienen derecho a formar y participar de movimientos, organizaciones y grupos en defensa de sus intereses contemplados en el artículo 28 de la Constitución española:

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o

a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

En desarrollo de este mandato constitucional la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas establece:

Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas.

En el caso de la Guardia Civil, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil establece en su artículo 11 sobre el Derecho de sindicación. “Los Guardias Civiles no podrán ejercer el derecho de sindicación” y en su artículo 12 sobre el Derecho de huelga. “Los Guardias Civiles no podrán ejercer el derecho de huelga ni realizar acciones sustitutivas o similares a la misma, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”; es decir, y tal y como se ha ejemplificado determinadas personas o colectivos, dada la discriminación positiva van a verse limitados en sus derechos con respecto al resto de la ciudadanía en atención a alguna peculiaridad propia o de su desempeño como en los casos expuestos. En el caso de la vulnerabilidad por su naturaleza se justifica la discriminación positiva con respecto a los derechos y deberes frente al resto de la ciudadanía, tal y como se ha ejemplificado en el caso del ingreso mínimo vital o la atención a las víctimas de violencia de género.

III. Vulnerabilidad en tiempos de COVID-19

Si bien la sociedad española ha vivido varias pandemias a lo largo de su historia, no ha sido sino en esta donde se ha mostrado cómo determinados colectivos y personas estaban en mayor grado expuestos a las consecuencias del COVID-19.

Aunque al principio se trataba de un dato epidemiológico, en donde se informaba en qué colectivo se estaba produciendo un mayor número de decesos, afirmándose al principio de la pandemia que el colectivo más vulnerable era la población de adultos mayores, rápidamente este criterio se vio superado por una realidad inesperada.

El propio desconocimiento de cómo se contagiaba y difundía el virus hizo que se fuesen cambiando de criterios en cuanto a la consideración de lo que a colectivo vulnerable se refiere, y si bien esto sucedía en el ámbito de la salud, la regulación legislativa iba detrás, pero sin poder seguir el ritmo de tantos cambios como se estaban introduciendo en tan poco tiempo, es decir, y debido a la urgencia del momento se adoptaron determinadas medidas desde distintos ámbitos, incluido el legislativo, que luego se vieron como imoperantes o injustificadas.

Cabe realizarse la distinción entre tres conceptos en este ámbito: la vulnerabilidad clínica, la vulnerabilidad social y la vulnerabilidad epidemiológica, cada una de las cuales requiere de una protección jurídica diferente.

-Vulnerabilidad clínica, hace referencia al perfil del paciente con mayor posibilidad de contagio y peor pronóstico en atención a sus características. Tal y como se comentó al principio se pensó que eran los adultos mayores, para con posterioridad ampliarlo al colectivo de inmunodeprimidos; enfermos con patologías previas o crónicas; embarazadas... Un ejemplo de ello sería el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, donde se adoptan medidas en el capítulo II en cuanto a prevención e higiene; en el capítulo III en cuanto al transporte; en el IV en cuanto a medicamentos, productos sanitarios y

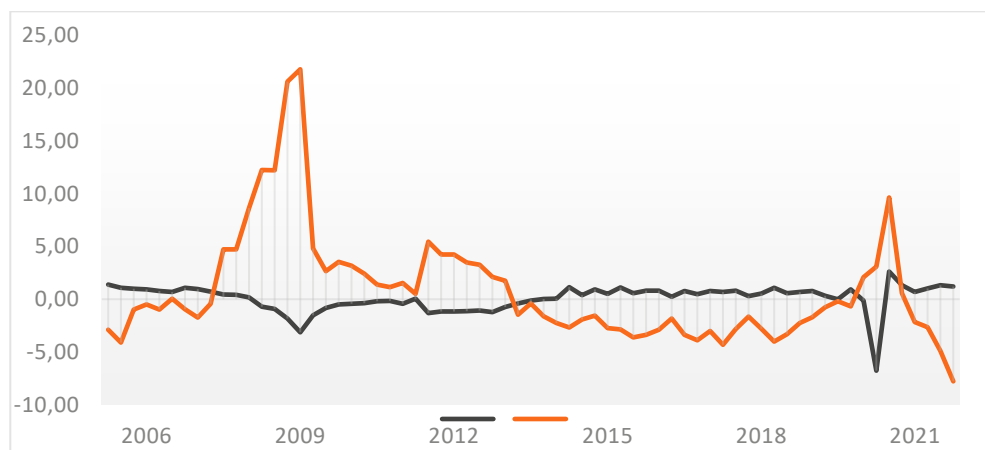
productos necesarios para la protección de la salud; y en el VI para garantizar las capacidades del sistema sanitario.

-Vulnerabilidad social, da cuenta de la inseguridad y la indefensión que determinados colectivos o familias van a sufrir en el ámbito económico o en su vida diaria; en donde muchas familias han perdido sus puestos de trabajo (ver Figura 1) o se han visto imposibilitados para cumplir con sus obligaciones económicas adquiridas antes de la pandemia. Un ejemplo de ello sería el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo; o las del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 donde en el artículo 7:

Se establecen medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19 desde este artículo y hasta el artículo 16 de este real decreto-ley, ambos incluidos.

Figura 1.

Representación de la tasa desestacionalizada de paro (naranja) frente a la tasa desestacionalizada de ocupación (negro) en España (2005 a 2021)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística de España

Igualmente, y en el ámbito de los consumidores la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica establece:

El artículo 51.1 de la Constitución Española establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de las personas consumidoras y usuarias, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Para el efectivo cumplimiento de dicho mandato, se han de considerar las consecuencias provocadas en el ámbito social y económico por la pandemia del COVID-19, con graves repercusiones en diferentes ámbitos sectoriales, que han afectado especialmente a las relaciones de consumo y, en consecuencia, a la protección de las personas consumidoras y usuarias, cuya garantía en estas condiciones incumbe prioritariamente a los poderes públicos y obliga a la adopción de actuaciones específicas.

Queda fuera de las consideraciones jurídicas de este capítulo el asunto concerniente a la proclamación de la excepción en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo del 2020 y su posterior calificación de inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional.

-Vulnerabilidad epidemiológica, muy vinculada a la vulnerabilidad clínica, no solo abarca la gravedad de los casos entre los colectivos más vulnerables, sino también los relativos a la mayor exposición a la infección así como los asuntos relacionados con el diagnóstico y las reinfecciones. Como en el caso del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, donde además de regular el teletrabajo se establecen las disposiciones encaminadas al fortalecimiento del personal sanitario por parte de las comunidades autónomas para reforzar la atención hospitalaria a los pacientes de COVID-19, tal y como se establece en el artículo 3:

De forma excepcional y transitoria, la comunidad autónoma correspondiente podrá destinar al personal estatutario de enfermería y médico facultativo especialista de área de cualquier especialidad, dentro de su centro hospitalario, a unidades asistenciales de otra especialidad distinta de la suya cuando el número de profesionales de dichas unidades

no sea suficiente, como consecuencia de la pandemia por COVID-19, para la atención de los pacientes de dichas áreas y siempre que quede garantizada la asistencia sanitaria de sus unidades asistenciales de origen.

Medidas, algunas de ellas, que se han visto insuficientes o innecesarias, aunque es cierto que realizar un análisis hacia atrás permite tener una perspectiva diferente a la que se tenía en medio de la pandemia y no se sabía cómo iba a evolucionar ni hacia dónde.

IV. Conclusiones

Si bien la temática de la vulnerabilidad es extensa, en este capítulo se ha tratado de presentar cómo el legislativo ha ido cambiando en cuanto al colectivo que protege en función de las prioridades políticas y sociales del momento, mostrando cómo durante la pandemia, el desconocimiento de cómo iba a evolucionar el COVID-19 ha hecho que se adoptasen medidas legislativas que con la perspectiva del tiempo se han mostrado como insuficientes o innecesarias.

Referencias

Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, Boletín Oficial del Estado, núm. 304, de 21/12/2021. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/12/20/19/con>

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29/12/1978. Recuperado de [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, Boletín Oficial del Estado, núm. 72, de 25/03/2021. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/03/24/1>

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, núm. 313, de 29/12/2004. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>

Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, Boletín Oficial del Estado, núm. 180, de 28 de julio de 2011, páginas 85320 a 85345 (26 págs.). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2011/07/27/9>

Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, Boletín Oficial del Estado, núm. 254, de 23/10/2007. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/10/22/11/con>

Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, Boletín Oficial del Estado, núm. 163, de 10/06/2020. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/06/09/21>

Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, Boletín Oficial del Estado, núm. 233, de 29 de septiembre de 2021, páginas 119345 a 119382 (38 págs.). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/09/28/18>

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, Boletín Oficial del Estado, núm. 73, de 18/03/2020. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8/con>

Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica., Boletín Oficial del Estado, núm. 51, de 1 de marzo de 2022, páginas 23787 a 23817 (31 págs.). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/02/25/4>

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Boletín Oficial del Estado, núm. 67, de 14/03/2020. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>

Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, Boletín Oficial del Estado, núm. 259, de 30/09/2020. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/09/29/29/con>

Capítulo 3. Las clínicas jurídicas en Cuba: un espacio prudente para la protección de los más vulnerables

Dr. Cristóbal Torres Fernández

Universidad Internacional de La Rioja

Wilbemis Jerez Rivero

Universidad de Sevilla

Yoana Hernández Alvarez

Abogada de la ONBC

I. Introducción

Una de las grandes metas que enfrenta la educación en el presente siglo, es, sin lugar a duda, potenciar la formación de valores humanos en los estudiantes y encaminarlos hacia la construcción de una sociedad inclusiva e igualitaria. En consecuencia, los educadores deben ser capaces de crear metodologías y aptitudes que permitan incidir en los alumnos y potenciar no solo su desarrollo profesional, sino también que tengan un elevado componente humano (Limón et al., 2022).

En este orden, Milheiro et al., (2022, p.172) alegan que:

Los planes de estudio han de ser amplios y flexibles, adaptarse a una educación centrada en competencias. Sobre todo, en términos pedagógicos se considera que las estrategias de enseñanza y aprendizaje como el trabajo cooperativo y el aprendizaje basado en proyectos son formas adecuadas de promover competencias para el siglo XXI. (...). En definitiva, las pautas educativas invaden la dinámica de la escuela y reclaman nuevas formas organizativas. Es importante que los centros educativos de las regiones periféricas coordinen su acción educativa a nivel local (respondiendo a las dificultades y aprovechando su potencial), integrando al mismo tiempo las pautas educativas compartidas por las escuelas de otros territorios.

No puede rebatirse, pues, el rol que desempeña la educación en la formación de valores y principios de los futuros transformadores de la sociedad. Desde esta perspectiva, se hace necesario implementar acciones de impacto que permitan invertir en la capacitación de los estudiantes (Volman et al., 2020) y coloquen a la escuela como agencia de cambio y progreso.

Vinculado a la temática de las Clínicas Jurídica (en lo adelante CJ) y su influencia en la preparación de los futuros juristas, Mascareño (2013, p.4) asiente que:

Una de las metodologías que llamo mucho mi atención cuando comencé a estudiar una alternativa posible para mejorar la enseñanza del derecho tradicional es la metodología de las “clínicas jurídicas” (...). Desde mi punto de vista, una clínica jurídica es una metodología de enseñanza de la práctica jurídica que permite la concientización del rol del abogado en los alumnos a través de la vivencia misma de la actividad profesional, y también es una herramienta académica con fines sociales, ya que facilita el ejercicio del derecho de acceso a la justicia a los grupos más vulnerables de la sociedad.

Siguiendo esta idea, Teruel (2013, p.9) apunta que:

A través de las clínicas jurídicas se promueven actividades de contenido asimilable con las matizaciones ya hechas al “voluntariado social” y, por tanto, que ofrecen a los sectores en general más desamparados una “asistencia” (...) que supone una clara externalidad de lo que es la actividad académica ordinaria.

Así pues, las CJ surgen como el resultado de la búsqueda de un traslado del modelo de las prácticas estudiantiles implementadas en las facultades de medicina hacia el ámbito jurídico, y luego se vincula al proceso de formación del jurista con el fortalecimiento de cierta deontología profesional. No puede rebaritarse que el método clínico enfocado hacia la profesión del abogado propicia en los estudiantes la obtención de una mejor formación técnica jurídica desde una perspectiva más práctica, lo cual despierta en los alumnos un mayor grado de sensibilización social y profundiza en la lucha por la efectividad de los derechos de todas las personas.

En voz de Almaza (2020), las CJ permiten a los estudiantes enfrentarse a casos reales y complejos, en cuya resolución actúan en forma directa y activa. Este desarrollo sobre situaciones reales les brinda la posibilidad de desarrollar destrezas, habilidades y actitudes que no podrían adquirirse en las asignaturas tradicionales de la carrera.

Ciertamente, las CJ han constituido una oportunidad inigualable mediante la cual los futuros profesionales del Derecho logran apreciar y valorar en su amplitud la trascendencia de la ciencia jurídica y sobre todo, el compromiso ético y la responsabilidad que implica ejercer debidamente el Derecho (Cárdenas et al., 2019).

Precisamente, la presente investigación realiza un análisis teórico-doctrinal relativo a las clínicas jurídicas y, desde este enfoque, se aportan fundamentos prácticos que permiten sustentar la importancia de insertar las clínicas jurídicas en las facultades y carreras de Derecho del país.

II. Estructura de las Clínicas Jurídicas (CJ)

Debe explicitarse que las CJ, al crearse, han de tener un modelo definido que puede ser, o bien uno de los cuatro reconocidos en la doctrina, o propiamente mixtos. Al delimitarse el tipo utilizable, corresponderá definir el marco de actuación de los integrantes de la clínica y los objetivos que persigue para con la sociedad o sector social al que se dirija.

Siguiendo este orden, resulta necesaria la determinación de los objetivos académicos que se persiguen con los estudiantes, la atribución de tareas y organización del trabajo. Además de ello, se requiere la delimitación de los métodos de enseñanza; las actividades de aprendizaje que se desarrollarán, la estructura y la organización interna, así como los criterios de elegibilidad de los estudiantes miembros y de los asuntos a atender.

Cada clínica debe contar con un manual que constituya su documento base en el que deben quedar reflejados todos elementos anteriormente relacionados. Asimismo, deberán aparecer los deberes y derechos de los estudiantes miembros; los requisitos y funciones de los supervisores (que serían los profesores y abogados asociados a la clínica); el sistema de evaluación y supervisión; los acuerdos de confidencialidad; los principios que han de regir en el funcionamiento; las estrategias de comunicación y cualquier otra previsión que resulte útil atendiendo al modelo y alcance de la clínica que será constituida.

2.1 Modelos de clínicas jurídicas

Existen cuatro modelos reconocidos de CJ con objetos de atención y de funcionamiento definidos. A continuación, se realiza una breve reseña de ellos:

-Clínicas de alfabetización jurídica: En estas, los estudiantes de Derecho se convierten en educadores, formadores o divulgadores jurídicos en relación con un colectivo determinado y en una materia concreta (García, 2018).

Son clínicas que poseen dos objetivos fundamentales: Por un lado, ayudan al alumnado a adquirir conocimientos jurídicos sobre materias concretas y por otro, sirven para transmitir dicho conocimiento y educar a colectivos en aquellas materias legales sobre las que están interesados.

De este modo, la metodología *Street law* o alfabetización jurídica le permite al alumnado tener un contacto directo con la realidad social y con los problemas cotidianos de trascendencia jurídica que afectan a los integrantes de los diversos colectivos (Fernández-Artiach y Colás, 2018).

-Clínicas de asesoramiento jurídico: Destaca en este modelo que los estudiantes, supervisados por profesores y apoyados por abogados, atienden de manera gratuita las dudas y consultas del público. Además, preparan borradores de solicitudes o demandas (García, 2018).

-Clínicas de interés público: Se refiere a aquellos casos en los que se incorporan prácticas y estrategias jurídicas y judiciales encaminadas a utilizar el derecho como instrumento de transformación social. Incluye la realización de diversas actividades de investigación jurídica, *amicus curiae*, litigio estratégico, etc. (García, 2018).

El objetivo es producir un cambio social en el sentido más garantista para los derechos humanos. No se trata de ganar un caso de un cliente, sino que el proceso produzca el máximo impacto positivo posible sobre un grupo social y que este, a su vez, sirva como precedente relevante a ser tomado en cuenta por otros órganos jurisdiccionales y provoque cambios normativos, etc. (Mestre y Garcia, 2018).

-Clínicas de servicios jurídicos comunitarios: Refiere García Añón (2018) que este modelo brinda apoyo interdisciplinar a los problemas de un colectivo o comunidad desfavorecida.

En este sentido, las CJ comunitarias adoptan múltiples formatos. Algunas se dedican a representar legalmente a empresas de la comunidad, organizaciones sin ánimo de lucro y pequeñas empresas que dan servicios a comunidades de bajos ingresos. Otras están enraizadas en comunidades particulares con las que despachan una variedad de asuntos y su carga de trabajo se nutre de las necesidades que los miembros de la comunidad consideran más urgentes. Igualmente, se observan las que se centran en problemas específicos como asuntos de vivienda, la habitabilidad o en estrategias particulares como la de movilizar a las comunidades construyendo coaliciones pensadas para dar más poder a grupos marginales (Cody y Schatz, 2013).

III. Análisis metodológico desde el proceso de enseñanza aprendizaje y la formación de valores humanos.

Conforme a lo enunciado anteriormente, las clínicas jurídicas se erigen como un método alternativo de enseñanza del Derecho que logra establecer una sinergia entre la teoría y la práctica. Pero, tal y como afirma García (2019), la enseñanza en el contexto de las CJ deberá hacerse bajo la supervisión, dirección y orientación de profesores.

Mediante la implementación del método clínico en las facultades de Derecho, los estudiantes aprenden a realizar un proceso de asociación de los conocimientos adquiridos con las situaciones fácticas, a reconocer el problema que envuelve al caso, a identificar los aspectos y elementos de hecho y de derecho que sean relevantes para la situación planteada. Todo esto, para finalmente escoger la opción de resolución del conflicto más adecuada a la situación planteada. (Almaza, 2010).

Las CJ configuran una metodología de enseñanza que cumple con los estándares de calidad exigidos por los procesos de acreditación académica, teniendo como base la enseñanza de la parte práctica, el análisis y estudio de los casos, la interdisciplinariedad y las competencias investigativas.

Se entiende que la aplicación de estas metodologías ofrece a los estudiantes la oportunidad de aprender observando la forma de trabajar que tiene el abogado supervisor; de trabajar en colaboración; de ver cómo se cierran operaciones complejas y, tal vez, de adquirir un entendimiento más profundo de los objetivos y las luchas de determinadas comunidades y grupos sociales. La cuestión a examinar es si estos beneficios sobrepasan la experiencia, a menudo transformadora, de tener la responsabilidad real de una relación plena entre cliente y abogado. Al final, el asunto es decidir cómo los estudiantes actúan mejor o aprenden a servir mejor a la justicia social y, respecto a esto, no hay duda de que nadie tiene la única respuesta correcta (Cody y Schatz, 2013).

Molina (2008, p. 7) señala en cuanto a los fundamentos que han dado lugar al surgimiento del método clínico de enseñanza del Derecho lo siguiente:

Se hace necesario en momentos en que la educación universitaria debe contribuir a la formación de profesionales comprometidos con la solución de problemas sociales relevantes, con espíritu investigativo y garantes de un orden democrático respetuoso de las libertades y las garantías constitucionales.

Vásquez (2008), en su artículo “Fundamentos para la creación de una clínica jurídica como apoyo en la enseñanza práctica del Derecho”, sostiene que por medio de la enseñanza tradicional del Derecho se han generado múltiples críticas, entre los argumentos sostenidos encontramos: no brindar a los estudiantes la opción de desempeñar una verdadera práctica del Derecho; limitar la posibilidad de desarrollar habilidades para el litigio; no inculcar de manera completa a los estudiantes el rol de los abogados en la sociedad, ni enseñar o incentivar la implementación y desarrollo de métodos de análisis crítico y de litigio estratégico.

El esquema clínico de enseñanza del derecho (contrario al método anterior) busca conjurar de manera ágil las críticas y señalamientos que el modelo tradicional recibe en la actualidad. Este concibe la experiencia y la práctica del Derecho como herramientas didácticas relevantes que en la mayoría de las oportunidades no son incluidas por los sistemas de educación legal que se imparte de forma clásica, ya sea porque en muchas

ocasiones las instituciones se conforman con los modelos implementados cotidianamente para la formación de nuevos abogados, o porque bien desconocen métodos alternativos y novedosos como el método clínico, y no buscan otros recursos para llenar las falencias de sus sistemas. (Almaza, 2010)

Las escuelas y facultades de Derecho como parte de su responsabilidad social están obligadas a mantener planes y programas de estudio actuales y pertinentes que incluyan los métodos y técnicas empleados a través de las CJ, ya que esas representan una fortaleza institucional de impacto social. La selección, contratación, capacitación y definición de actividades de los docentes encargados de la atención de clínicas jurídicas, es uno de los principales retos que deben asumir las universidades (Cárdenas et al., 2019).

Finalmente, nos mostramos de acuerdo con el pensamiento del profesor García (2019), quien considera que estas herramientas de cambio poseen una importante misión en la justicia social, pues adquieren un compromiso con las necesidades de las comunidades locales; proporcionando asesoramiento jurídico a grupos desfavorecidos y desarrollando la función social de la Universidad y de otras instituciones.

IV. Análisis comparado desde el ámbito latinoamericano

En este epígrafe realizaremos un breve acercamiento al desarrollo de las CJ en el ámbito iberoamericano. Para ello, se analizan los principales antecedentes, el impacto generado en los diferentes sistemas, así como las ventajas que se observan de manera global.

Barrena y Pinkus (2018, p. 43) manifiestan que:

Una versión común de la historia de la enseñanza clínica en América Latina involucra la creación de espacios donde se promueven acciones que impactan profundamente a la sociedad, mediante la transformación del sistema jurídico, donde estudiantes de derecho se involucran con profesores u organizaciones no gubernamentales. Estos proyectos han generado grandes logros en el continente.

Venezuela constituye uno de los primeros países latinoamericanos que, durante la década de los 60, inició los estudios en la temática de las CJ.

Así, se observan como precedente la incorporación de los Centros Jurídicos para la recepción, estudios y resolución de situaciones jurídicas reales en la Universidad Central de Venezuela e igualmente en la Universidad Católica Andrés Bello. Posteriormente, en 1985, se fundó la Asociación Nacional de Clínicas y Asistencia Jurídica Voluntaria (ASOCLIVA) (Almaza, 2010).

En Colombia, la propuesta de las CJ de interés público se desarrolla desde el año 1999 por el Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario. Esta experiencia se implementa a partir de un grupo de investigación en Derecho Público y dentro de la línea de derechos humanos.

El auge de las CJ en la nueva formación de abogados permitió la conformación de la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas en 1997. Inicialmente pertenecían Universidades de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y México. Según estudios de la profesora María Lucía Torres Villarreal (2021), el origen de las clínicas en Latinoamérica se ubica en la creación de la clínica de la alianza CELS-UBA en Argentina (1994) y de otras dos clínicas financiadas por la Fundación Ford (Movimiento de Derecho al Desarrollo). A ello, le siguió la clínica de interés público y DDHH de la UDP (Chile, 1997), el GAP (Colombia, 1999) y la clínica de acción de interés público (Perú, 1999).

A todas luces, el año 2000 marcó una nueva etapa para clínicas de México, Bolivia y Ecuador. En 2005, surge el movimiento clínico en España que explora un litigio estratégico más próximo al trabajo con OSC y las organizaciones internacionales. En 2010 se produjo un desarrollo de las clínicas tendentes a la especialización temática y de interés por conferir respuesta a necesidades del contexto y cambios pedagógicos en proceso formativo.

En Latinoamérica existen clínicas jurídicas en 6 países, siendo un total de 72 clínicas. De ellas, el 67% consolidadas y el 33% en formación. La mayor cantidad han nacido y se desarrollan en Universidades privadas, siendo Colombia y Chile los pioneros en esa modalidad. Desde las

Universidades Públicas, los países pioneros en la creación de clínicas han sido España, Argentina y Perú (Torres, 2021).

El modelo norteamericano de clínicas jurídicas data de la década de los sesenta y fue adoptado siguiendo el sistema empleado por las clínicas de enseñanza médica respecto a procurar el aprendizaje en escenarios reales. Previamente, la educación jurídica se desarrollaba mediante el sistema de “aprendices”, insertos en despachos jurídicos, el estudio teórico del derecho y el método de estudio de casos.

Actualmente, vemos un fuerte posicionamiento mundial de las facultades de Derecho y las clínicas jurídicas estadounidenses en el ranking internacional. Conforme a tales criterios, se encuentran en entre los primeros diez lugares: Yale, Stanford, New York y Michigan Ann Arbor.

Las clínicas jurídicas americanas asesoran y representan a clientes en diversos ámbitos del Derecho. Ello ha permitido que sus estudiantes se perfilen hacia el conocimiento profesional especializado de una o varias ramas del Derecho. La dinámica institucional de las universidades norteamericanas ha motivado la creación de más y mejores CJ que inciden en problemas legales locales, estatales e inclusive federales o internacionales. Llegando a entenderse que las CJ representan una fortaleza y una ventaja para las universidades (Cárdenas et al., 2019).

Repasando brevemente la información obtenida, podemos afirmar que las CJ han permitido la construcción de alianzas entre las diversas instituciones con las que se vinculan en su hacer diario e indiscutiblemente ha supuesto para los estudiantes, la adquisición de habilidades y competencias no jurídicas e investigadoras, así como su apertura mental sobre la función social de la profesión y su impacto. Por su parte, las debilidades se asocian, entre otras razones, al tema financiero, pues existe limitación de recursos (no se invierte en formación de docentes) por la forma en que se entiende y se ve la clínica. Existe, además, un débil apoyo institucional para las labores de litigio estratégico de las clínicas (Torres, 2021).

V. Implementación de las Clínicas jurídicas en Cuba

En el entorno académico y jurídico de Cuba no ha sido incluida la figura de la clínica jurídica como modelo de formación de los estudiantes de la carrera de Derecho. La ausencia o demora en la implementación de esta modalidad se asocia al hecho cierto de que en el modelo de enseñanza se encuentran insertas las prácticas pre-profesionales desde el segundo año de la carrera, vinculando a los estudiantes a la mayoría de las instituciones jurídicas donde podrán ejercer en el futuro, dígase los Tribunales Populares, las dependencias de la Fiscalía General de la República, los Bufetes Colectivos, las Notarías y Registros, entre otros.

No se trata de un modelo similar de aprendizaje, pues estas prácticas son de corta duración en una etapa del curso escolar y las dinámicas de las clínicas jurídicas requieren la vinculación constante del estudiante a la clínica durante el año académico.

Desde 2020 se ha comenzado a realizar acercamientos a la figura de las clínicas jurídicas a raíz de un convenio de colaboración desarrollado entre La Universidad de la Habana y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, desde Cuba, y desde fuera lo auspician la Universidad de Valencia, España y el Instituto Raoul Wallenberg (RWI) de Suecia, siendo útil denotar que profesores de facultades de Derecho de otras universidades del mundo también integran el proyecto.

Por ende, el proceso de creación e implementación de los proyectos de clínicas se encuentra en desarrollo, habiéndose creado los manuales que constituirán la salvaguarda en el nacimiento de cada una de estas clínicas, cuya llegada se espera sea pronta y útil para los estudiantes en su proceso de formación como profesionales del Derecho.

En 2021, se realizó un trabajo destinado a la especialización de profesionales del derecho, profesores universitarios y abogados en la educación jurídica clínica para la proyección de clínicas que responderán a diferentes modelos y atenderán temáticas útiles y sensibles en la sociedad cubana. Por sólo ejemplificar, se ha proyectado una CL dirigida a la atención de los adultos y víctimas de delito en situación de vulnerabilidad. Respecto al último grupo vulnerable mencionado, entendemos que

cuentan con poca protección y que a la luz de la nueva Ley 143 de 28 de octubre de 2021 “Ley del Proceso Penal” adquiere una relevancia y protección como parte en el Proceso Penal, de ahí que sea prioritario, crear herramientas de apoyo y salvaguarda.

5.1. La víctima en Cuba. Proyecciones y Alcance de la Clínica Jurídica

La víctima en la legislación penal cubana vigente hasta el 31 de diciembre de 2021 no era parte en el proceso penal, pues tenía condición de mero testigo. Su actuación en el proceso se limitaba a la participación en las diligencias de instrucción para las que fuere convocada por el ente investigador y a concurrir al juicio oral a brindar su declaración como el resto de los testigos. Incluso ante inconformidad con el fallo que el Tribunal dictase en su día, la persona víctima no podía establecer recurso de manera directa, sino que debía solicitar al Fiscal que lo presentase en su lugar. Así, el ente acusador podría negarse a interponer el recurso por encontrarse conforme con la decisión judicial, todo lo cual, a todas luces, generaba un estado de estado de indefensión.

En el nuevo proceso penal cubano, una de las modificaciones más trascendentales se asocia a la ponderación de la víctima en el proceso, a la posibilidad de aquella de ser parte y al derecho de esta a designar a un abogado para que represente sus intereses durante la sustanciación del proceso, pudiendo proponer pruebas y participar en todas las diligencias del proceso si lo deseara.

Pero siempre habrá víctimas cuya capacidad económica no les permita la designación de un abogado, y el legislador sólo previó el defensor de oficio para el acusado del proceso. Para estos casos es para lo que ha nacido el Proyecto de Clínica Jurídica de Atención a las Víctimas de delito en situación de vulnerabilidad. Consideramos que la principal función será brindar asesoría y acompañamiento legal a estas personas durante la sustanciación del proceso penal.

Hemos de esclarecer que, conforme a propia dinámica planteada, no todas las víctimas podrán recibir atención en la clínica. Se han establecido varios requisitos para seleccionar los casos que serán atendidos. Entre tales requerimientos encontramos: que han de ser víctimas mayores de edad,

pues en opinión de los creadores del proyecto, que en el entorno jurídico-social cubano existen mecanismos e instituciones que confieren apoyo y acompañamiento a las víctimas menores de edad, siendo un hecho cierto que, desde la vigencia de la legislación anterior, era la tipología más protegida. Asimismo, deberán encontrarse en situación de vulnerabilidad (personas de la tercera edad, personas con discapacidad, víctimas de violencia intrafamiliar, racial o de género) y que a razón de la propia condición de vulnerables hayan sido víctimas de delito.

Habiendo explicado el procedimiento y sin ánimos de extendernos en cuanto al tema, sobresale aludir que, la categoría “vulnerabilidad” ha sido incorporada en los últimos años a los discursos y análisis de las políticas sociales en el país. No debe entenderse que estas personas requieran más protección que otras víctimas de delito, sino que aquellas ostentan mejores condiciones para enfrentar el proceso penal solas si así lo deciden, o de designar al abogado de su elección para que las represente.

La atención de casos de forma simultánea será limitada, teniendo en cuenta la cantidad de estudiantes que integren la clínica y la complejidad de los asuntos que se asuman. Los miembros podrán tener acceso a las actuaciones de proceso, estudiarlas y dar descargos a los clientes, acompañar a las víctimas durante la práctica de alguna diligencia de instrucción cuya presente resulte necesaria, redactar escritos de proposición de pruebas, diligenciar cualquier otro objeto para su presentación durante el proceso, concurrir al juicio oral en acompañamiento a la víctima, e incluso, en fase de ejecución de la sentencia penal, podrá dar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la resolución judicial.

Cabe resaltar que en caso de que la víctima decida contratar posteriormente a un abogado para su representación, las personas encargadas del caso en la clínica podrán continuar trabajando con aquel para contribuir a la satisfacción de sus intereses y necesidades en el proceso.

En cuanto a la tipología o modelo, se concibe que sea mixta en cuanto a su naturaleza, pues ostenta rasgos de las clínicas de alfabetización jurídica y de asesoramiento jurídico. Relativo a la alfabetización, los miembros de la clínica concurrirán a los sitios donde pudieren hallarse personas en situación de vulnerabilidad y a los que esta condición coloque como posibles víctimas de delito. Realizarán charlas y seminarios orientativos dirigidos a la previsión de conductas delictivas y a poner en conocimiento la existencia de la clínica y las vías para solicitar de sus servicios y apoyos.

Se trata de un objeto que no es atendido hoy por ninguna institución y ello lo dota de novedad y exclusividad. Es probable que no puedan ser tratados desde la clínica todos los casos que a ella concurren, pero siempre recibirán el asesoramiento inicial y las orientaciones tendentes a su mejor entendimiento del proceso penal y consecuentemente a su actuación durante su tramitación.

Finalmente, comprendemos los retos que supone adentrarnos en esta nueva práctica jurídico-social, que, si bien es sumamente extendida en el mundo, hasta la fecha no había llegado a concreción. Consecuentemente, apostamos porque logre desempeñarse con buenas prácticas y que funja como catalizador de cambio a favor de las personas y grupos más vulnerables.

VI. Conclusiones

La educación a través del tiempo ha sufrido cambios importantes por medio de los nuevos métodos de estudio y, en gran medida, por la implementación de herramientas tecnológicas y virtuales, los cuales han sido fundamentales para su desarrollo, así como lo es la implementación del método clínico aplicado a la enseñanza del derecho (Gil et al., 2021, p.136). En este orden, no puede negarse el impacto generado por las CJ en los estudiantes, quienes logran acercar los conocimientos aprendidos en la carrera a los vericuetos prácticos que se suscitan durante su formación.

Las clínicas permiten potenciar no solo las capacidades jurídicas de los estudiantes, sino también su ámbito más humano y comprometido hacia la sociedad. Siguiendo lo enunciado por Recale et al. (2017, p.4) “los

consultorios jurídicos, además, articulan sus proyectos de manera que puedan contribuir a la materialización del derecho al acceso a la justicia de las personas de bajos recursos socioeconómicos”. Así pues, se entiende que estas herramientas fomentan la innovación constante de los estudiantes y muestran la realidad fáctica que, lejos de ser aislada e inocua, irradia como fenómeno divergente de cambio.

Los principales retos que enfrentan las CJ de nuestro continente, se enmarcan en lograr un mayor compromiso institucional de las universidades para consolidar y sostener las clínicas; capacitar a los docentes clínicos y darles mayor participación en espacios académicos y publicaciones; generar adecuadas condiciones de vinculación laboral a docentes clínicos; promover cambios normativos en los países en aras de su reconocimiento y buscar herramientas educativas de cambio que permitan a los estudiantes capacitarse, educarse y servir a la sociedad.

En Cuba, la temática de las CJ es relativamente nueva en cuanto a su concepción e implementación. Pese a ello, estamos de acuerdo en la necesidad de adoptarlas, *ipso facto*, en nuestras enseñanzas, sobre todo, cuando advertimos los beneficios que generan para los estudiantes y las personas en condición de vulnerabilidad. La cuestión principal estriba en crear marcos efectivos de protección que aseguren los resultados esperados y potencien la obtención tanto de una educación alternativa y moderna con enfoque social como la protección de los derechos e intereses legítimos de los más vulnerables.

Referencias

- Almanza Iglesia, M. (2010). Las Clínicas Jurídicas y su pertinencia en la formación de abogados. *Justicia*, 18, 74-79.
- Cárdenas Briseño, M. E., Castro Pérez, R. y Mora Aguirre, D. (2019). La implementación de las clínicas jurídicas en las facultades de derecho en México. En R. Castro Pérez, M. E. Cárdenas Briseño y D. Mora Aguirre (Coords.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* (pp. 687-700). UNAM.

- Cody, A y Schatz, B. Clínicas jurídicas comunitarias. Enseñar a los estudiantes y trabajar con comunidades desfavorecidas. (2013). En F. S. Bloch (Edit.), *El Movimiento Global de Clínicas Jurídicas. Formando Juristas en la Justicia Social* (pp. 261-282). Tirant lo Blanch.
- Fernández-Artiach, P y Colás, A. (2018). Street Law. En R. Mestre (Coord.), *Guía práctica para la enseñanza del derecho a través de las clínicas jurídicas* (pp.119-125). Tirant Lo Blanch. Disponible en <https://lu.box.com/s/08qbc5gss1gigcm1vuqkfv3n6acj7h45>
- García Añón, J. (2018). Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho. En C. García Pascual (Coord.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos* (301-328). Tirant lo Blanch.
- Gil Osorio, J., Rodríguez Ortegón, D. y Páez Roa, C. (2021). Las clínicas jurídicas como fenómeno convergente en los consultorios jurídicos de Colombia. *Revista Innova Educación*, 3(3), 123-137.
- Limón Domínguez, D., Torres Fernández, C., Jerez Rivero, W. y Propuesta de intervención en el aula sobre el ods 5: una necesidad fundamentada en el análisis comparado de un ecofeminismo desde la ruralidad. (2022). En D. Limón Domínguez, C. Torres Fernández, R. Domínguez . J Diéguez Marquez (Coors), *Experiencias innovadoras en el marco de las políticas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (p. 9-24).Octaedro.
- Mascareño Varas, T. L. (2013). Clínicas jurídicas: alternativa posible para una educación de acceso a la justicia. Disponible en https://www.academia.edu/6691386/Cl%C3%ADnicas_jur%C3%ADnicas_alternativa_posible_para_una_educaci%C3%B3n_de_acceso_a_la_justicia
- Mestre, M. y Garcia, J. A. (2021). *Clínica de interés público*. En M. Mestre (Coord.), *Guía Práctica para la Enseñanza del Derecho a través de las Clínicas Jurídicas* (39-44).Tirant Lo Blanch. Disponible en <https://lu.box.com/s/08qbc5gss1gigcm1vuqkfv3n6acj7h45>

- Milheiro Silva, A., García-Docampo, L., Marques Silva, S., y Lorenzo-Moledo, M.^a del M. (2022). Retos de los centros educativos transfronterizos de Portugal y España a favor de las «competencias para el siglo XXI». *Teoría de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 34(1), 167-187. <https://doi.org/10.14201/teri.25682>
- Molina Saldarriaga, C.A. (2008). Fundamentos teóricos y metodológicos del método clínico de enseñanza del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 187-214.
- Teruel Lozano, G. M. (2013). Las clínicas jurídicas como medio para estimular la dimensión social y cívica en la enseñanza universitaria. Una propuesta para la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. En D. L Morillas Fernández (Dir), *Innovación Docente y Derecho Penal* (152-172). EDITUM.
- Torres Villarreal, M. L. (2021) La educación legal clínica en Colombia: un movimiento que llegó para quedarse. *En La educación legal clínica en Colombia: un movimiento que llegó para quedarse (pp.275-319)*. Universidad del Rosario.
- Vásquez, J. E. (2008). *Fundamentos para la creación de una Clínica Jurídica en la FUNLAM como apoyo en la enseñanza práctica del derecho*. IIEC, 2(3), 11-21.
- Volman, M., Karszen, M., Emmelot, Y. y Heemskerk, I. (2020). The focus of schools on twenty-first-century competencies and students' experience of these competencies. *The Curriculum J.*, 31, 648-665. <https://doi.org/10.1002/curj.57>

Capítulo 4. La protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género. Medidas contempladas en la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo

Dra. Francisca Ramón Fernández
Universitat Politècnica de València

I. Introducción

Tras la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 son numerosas las normas encaminadas a la protección de las víctimas en diversos aspectos.

No obstante, en el ámbito de la violencia doméstica se producen una serie de víctimas denominadas invisibles, que sufren bien de forma directa o indirecta esa violencia que se ejerce sobre el progenitor. Es por ello, que el ordenamiento jurídico debe articular una serie de medidas para proteger a esas víctimas, que en el caso de fallecimiento del progenitor víctima de la violencia de género, se convierten en huérfanas. La lucha por los derechos de carácter sucesorio, así como en el ámbito fiscal y laboral, deben privilegiarse para evitar una serie de consecuencias negativas derivadas de la situación que les afecta.

En este estudio nos proponemos analizar la legislación existente tanto a nivel estatal como autonómico, e incidir en la situación de orfandad de las hijas e hijos víctimas de violencia de género, haciendo especial análisis de la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, que modifica las siguientes normas:

a) La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se añade una nueva letra h) en el apartado 2 del artículo 87 ter.

b) La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se modifican los artículos 807, 808 y 810.

c) El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Se modifica el apartado 3 del artículo 104.

d) El Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Se introduce un nuevo número 33 en la letra B, apartado I, del artículo 45.

e) El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Se modifican los artículos 216 y 224.

f) El Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Se añade un nuevo apartado 10 al artículo 42.

La Ley Orgánica 2/2022 se aplicará, según indica la disposición transitoria única, a todos los procesos o procedimientos tributarios que estén actualmente en tramitación independientemente del estado en el que se encuentren. Con la sola excepción de las previsiones sobre competencia judicial que se prevén en el artículo primero y en el apartado uno del artículo segundo, seguirán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme.

También se contempla que el Gobierno, mediante el cumplimiento del Eje 4 del Pacto de Estado contra la violencia de género (Gobierno de España, 2017), en cuyo documento refundido de medidas de Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso + Senado (Gobierno de España, 2019), se dispone lo siguiente: «La intensificación de la asistencia y protección de menores. La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de

orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo y de impulsar la especialización de los Puntos de Encuentro Familiar para los casos relacionados con la violencia de género, impulsará en el plazo de tres meses una campaña de difusión sobre este derecho, que se dirigirá a la sociedad en general, y a los organismos y departamentos que trabajan en el ámbito social y la violencia de género.

Estas medidas posteriormente se materializaron en el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, y en la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género. También interesa mencionar la Resolución de 13 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, así como el Real Decreto 1023/2020, de 17 de noviembre, por el que se actualizan las cuantías, los criterios y el procedimiento de distribución de las transferencias para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el Pacto de Estado en materia de violencia de género.

La metodología que vamos a utilizar es la habitual en el ámbito jurídico, con el análisis de la legislación aplicable y la doctrina científica que se ha pronunciado sobre la misma, así como la postura de la jurisprudencia sobre la materia. Con ello, obtendremos unas conclusiones válidas para la comunidad científica internacional en la que mostraremos la solución a los distintos conflictos que se hayan planteado de forma previa.

II. La regulación y protección de las víctimas de violencia de género

La regulación y protección contra la violencia de género se contempla en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, modificada por la Ley Orgánica

8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dicha violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. También se incluye la violencia que con el objetivo de causar perjuicio a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aunque no haya habido convivencia. Esta última inclusión dentro del concepto de violencia de género es tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2004 por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Interesa resaltar que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 dispone la necesidad de que los poderes públicos se impliquen en la adopción de medidas:

«Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud».

Previamente se había aprobado la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materias de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; el Real Decreto 972/2007, de 13 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a determinadas comunidades autónomas y entidades locales para el desarrollo de

proyectos innovadores que garanticen el derecho a la asistencia social integral a las mujeres víctimas de violencia de género.

Otras normas que podemos indicar es la Orden INT/68/2008, de 23 de enero, por la que se modifica la Orden INT/1911/2007, de 26 de junio, por la que se crea el fichero de datos de carácter personal «Violencia doméstica y de género»; el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género; la Orden JUS/375/2015, de 26 de febrero por la que se modifica la Orden JUS/242/2009, de 10 de febrero, por la que se aprueban los modelos de remisión al Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica de la información que debe inscribirse en el mismo; la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer; la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género.

También ha sido regulada a nivel foral y autonómico en la siguiente normativa:

- a) Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género de la Comunidad Autónoma de Canarias, modificada por Ley 1/2017, de 17 de marzo;
- b) Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 3/2018, de 22 de junio;
- c) Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia, modificada por Ley 3/2008, de 3 de julio, por Ley 11/2016, de 15 de junio, y por Ley 3/2019, de 20 de marzo;
- d) Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, modificada por Ley 12/2016, de 22 de julio, por Ley 14/2021, de 20 de julio y por Ley 15/2021, de 3 de diciembre;

- e) Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de la Comunidad Autónoma de Andalucía, modificada por la Ley 7/2018, de 30 de julio;
- f) Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León;
- g) Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura;
- h) Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias;
- i) Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una sociedad libre de violencia de género en Castilla-La Mancha.

III. La situación de orfandad de las víctimas de la violencia de género: la monoparentalidad sobrevenida

Hemos indicado que la violencia de género puede afectar a otras personas además de a la propia víctima directa. Son las denominadas víctimas indirectas, que se ven en un escenario en el que sufren las consecuencias de una violencia que les afecta (Reyes, 2015; Tagar, 2019; Parada, Verde y González, 2020). En el caso de que la persona que ejerce la violencia de género ingrese en prisión se produce una situación de monoparentalidad sobrevenida, y también se puede producir, en el caso de fallecimiento de uno o de los dos progenitores una situación de orfandad de las víctimas.

Esta situación también afecta al entorno social del menor y también a su ámbito afectivo y educativo (Cánovas, Riquelme, Orellana y Sáez, 2019), ocasionando distintas situaciones traumáticas (Nieva y Climent, 2022). Nos encontramos con personas muy vulnerables (Puente, 2021) y especialmente sensibles que necesitan en muchas ocasiones una asistencia médica y psicológica para poder superar la situación sobrevenida, ya que se ven expuestos a una violencia de género (Díez, 2019).

Pueden ser testigos de los delitos cometidos contra su progenitor, además de poder convertirse también en las propias víctimas (Casals, 2019). Esta situación produce un escenario de desamparo y desprotección (Carrillo, 2020) que el ordenamiento jurídico debe atender y establecer instrumentos y medidas para la mejora de dicha situación (Ramón, 2013; Ramón, 2018; Ramón, 2021)). Es decir, debe ordenarse una estructura de protección social para las personas que quedan huérfanas fruto de la violencia de género, y son menores de edad, o bien son mayores, pero no han accedido al mercado laboral y no tienen recursos para la vida (García, Romero 2018; García Sánchez, 2018).

También la situación de violencia de género afecta a la custodia sobre el hijo o hija menor de edad (Guirado y Ramón, 2020), estableciendo la legislación una restricción sobre la misma tras la modificación del artículo 94.2 del Código civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, respecto de la situación de la custodia individual y el régimen de visitas (Peral, 2017) al indicar el precepto lo siguiente:

«No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior».

También hay que tener en cuenta que la situación de violencia de género y las víctimas indirectas de la misma pueden tener dificultades en las relaciones con la familia del progenitor que ejerce dicha violencia. Los huérfanos van a necesitar de las herramientas de la mediación familiar y del coordinador de parentalidad para establecer dichas relaciones (Méndez, Seijo y Mohamed, 2018).

La mencionada Ley 3/2019, de 1 de marzo, introdujo una serie de mejoras para paliar la situación de orfandad de las personas víctimas de la violencia de género (Rodríguez, 2019). En este sentido, se modificó el Real Decreto Legislativo 8/2015, también referido, para contemplar el derecho a una prestación de orfandad, en el caso de muerte, para los hijos e hijas de la causante fallecida por violencia contra la mujer, siempre que se hallen circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad.

Se diferencia, pues, la prestación y la pensión de orfandad con estas características:

Se reconoce el derecho a la pensión de orfandad a los hijos del causante o de la causante fallecida, independiente de la filiación, ya sean biológicos o adoptivos, pero que sean menores de 21 años en el momento del fallecimiento, o sufran una discapacidad que les impida la trabajar (la redacción del texto hace alusión a «estén incapacitados para el trabajo», pero hay que tener en cuenta lo indicado en la Ley 8/2021, de 2 de junio, referida con anterioridad), y el causante se encontrase en situación de alta o asimilable o percibiera una pensión.

La prestación de orfandad, en situación de igualdad, se reconoce a los hijos, independientemente también de su filiación, ya sea biológica o adoptiva, en el caso de que el fallecimiento se haya producido por violencia contra la mujer, siempre que se hallen en circunstancias que sean equiparables a la orfandad absoluta, y no reúnan los requisitos para una pensión de orfandad.

Se podrá percibir la pensión o la prestación de orfandad siempre que en la fecha del fallecimiento del causante sea menor de 25 años, el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o en los

casos en que los realice, los ingresos sean inferiores en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional computado anualmente.

En el caso de que la persona huérfana se encuentre cursando estudios y cumpliera los 25 durante el periodo escolar, la pensión o prestación de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente al curso académico.

La pensión o la prestación de orfandad se le abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios de esta.

La prestación de orfandad se calcula aplicando el porcentaje correspondiente a la base mínima de cotización de entre todas las existentes vigente en el momento del hecho que la cause.

Se contempla la compatibilidad de la pensión y la prestación de orfandad con cualquier renta del trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, así como la pensión de viudedad que aquel perciba.

Y tal y como determina el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 8/2015, «será de aplicación a las pensiones de orfandad lo previsto, respecto de las pensiones de viudedad, en el segundo párrafo del artículo 223.1, salvo que el fallecimiento se hubiera producido como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, en cuyo caso será compatible con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social».

Esta regulación, como después veremos, ha quedado modificada en parte por la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género.

También se modificó el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, para contemplar el derecho al incremento para los casos de orfandad absoluta

de las hijas e hijos que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima de violencia contra la mujer.

III. La Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género

Junto a la anterior normativa expuesta en el punto previo, recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 2/2022 que se orienta a la mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género. Vamos a continuación a exponer las líneas principales de esta norma, así como un breve análisis de las modificaciones que se introducen.

Es una realidad el incremento de cifras, tal y como pone de manifiesto el Preámbulo y la doctrina (Gayá, 2013) respecto del número de menores que se han quedado huérfanos por culpa de la violencia de género.

Cuando una persona sufre una situación de violencia de género que se ejerce sobre su progenitor con resultado de fallecimiento, se convierte en una persona con una alta vulnerabilidad, ya que ha vivido en un entorno de violencia que le ha afectado a su ámbito personal y familiar. Puede desarrollar trastornos de conducta y de salud, y se encuentran con la realidad de que su madre ha fallecido por la violencia ejercida por su padre. A ello se une también la pérdida del progenitor violento que ingresa en prisión, con lo que la situación es de orfandad agravada por el comportamiento del otro progenitor, y la falta de referentes paternos y maternos. También esta situación les provoca un estigma en su entorno social, que los lleva a un ocultamiento de la situación, ya que no quieren ser identificados como hijos o hijas de un asesino, y ello les provoca efectos negativos también a la hora de socializar con otras personas.

Su forma de vida cambia de forma radical ya que se quedan sin ambos progenitores, ya por fallecimiento, ya por ingreso en prisión y deben enfrentarse a la vida en una situación de soledad, y con ausencia de un entorno familiar. Ello se traduce en un abandono de ese hogar, ya que tendrán que vivir con familiares, o bien ser acogidos por los servicios sociales. Se abren numerosas incógnitas no solo en el ámbito del procedimiento penal, sino también civil con la sucesión, la guarda y

custodia, la filiación por parte de los familiares. También se traduce en un contexto económico, la falta de recursos propios, y las secuelas psicológicas y emocionales de quien ha vivido un crimen tan atroz.

Con la pérdida de la madre, el huérfano o huérfana se encuentran ante la situación de proceder a la gestión de los derechos hereditarios y del patrimonio materno. También se enfrentan a las dificultades para la obtención de una indemnización por responsabilidad civil derivada del delito, las gestiones con aseguradoras, y también a recibir los bienes y derechos de la herencia materna.

Hay que mencionar la Ley Orgánica 1/2004 que ya hemos mencionado, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, las hijas e hijos de mujeres víctimas de violencia de género tienen la condición de víctimas.

La Ley Orgánica 2/2022 tiene como finalidad la eliminación de las incertidumbres normativas y los obstáculos que tienen los huérfanos de la violencia de género, para paliar, en parte, la situación de extrema vulnerabilidad que se produce por su condición de víctimas de la violencia de género, y así, como dice el Preámbulo, «contribuir a que se den las circunstancias para que puedan desarrollar una vida plena, en condiciones de libertad e igualdad».

En el ámbito del régimen económico matrimonial, si el régimen aplicable a la madre de las personas huérfanas por violencia de género es la sociedad de gananciales, que es el régimen por defecto en el ordenamiento común, salvo pacto en capitulaciones matrimoniales de un régimen diferente, preciso que se liquide el mismo para que los herederos, en este caso, los huérfanos por violencia de género puedan acceder a la herencia.

En los casos en que no exista acuerdo, la liquidación se podrá realizar de forma extrajudicial, ante Notario, y como indica el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022, «sin que exista, entonces, certeza sobre cuál es el procedimiento a seguir en estos supuestos», y sigue precisando el texto legal que, «aunque el régimen aplicable a la liquidación de cualquier régimen matrimonial que determine la existencia de una masa común, en supuestos de falta de acuerdo, está previsto en el Capítulo II («Del

procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial”), del Título II (“De la división judicial de patrimonios”), del Libro IV (“De los procesos especiales”) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la literalidad de esta norma no aclara si este régimen se aplica también en caso de fallecimiento de alguno de los integrantes del régimen matrimonial que se pretende liquidar, y algunos Juzgados y Tribunales se están pronunciando en contra de ello (por ejemplo, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, en Sentencia de 15 de abril de 2015, nº. 70/2015)».

Sin embargo, otros pronunciamientos de la jurisprudencia sí que admiten la posibilidad de que los herederos lo puedan realizar, ya que actúan en representación del cónyuge premuerto. El Preámbulo menciona las sentencias de «la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, en Sentencia de 27 de junio de 2017; la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª., en Auto de 19 de septiembre de 2008, nº. 72/2008; o la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, en Auto de 24 de junio de 2003, nº. 57/2002)».

La no aplicación del procedimiento especial que establece la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en los casos de fallecimiento de uno de los cónyuges, se apoya en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª., de 5 de octubre de 2016, nº. 336/2016.

También hay que tener en cuenta lo indicado en los artículos 852, 855.4 y 756.1 del Código civil respecto a las causas de incapacidad para que el cónyuge superviviente pueda heredar por indignidad, por haber atentado contra la vida del cónyuge causante y desde el momento de su condena por sentencia firme.

En conclusión, y según precisa el Preámbulo, «la incertidumbre sobre el procedimiento aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en los casos de mujeres víctimas mortales de la violencia de género y, en particular, la imposibilidad de acceder en algunos casos al régimen previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, está perjudicando a las huérfanas y los huérfanos que se encuentran en esta situación, pues está retrasando que puedan

acceder a la liquidación del régimen matrimonial de sus madres y, con ello, a la determinación de su herencia, sin el acuerdo de los asesinos de aquellas, con las consecuencias negativas que esto puede generarles.

Por ello, y en aras de unificar los pronunciamientos judiciales en la materia y evitar esta incertidumbre, se hace necesario reformar el régimen previsto en los artículos 807 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para regular expresamente la legitimación de los herederos de la víctima fallecida para instar a la liquidación del régimen matrimonial conforme al procedimiento allí contemplado».

Otro de los aspectos regulados en la Ley Orgánica 2/2022 se centra en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, o a los bienes y derechos de la herencia materna. La percepción de dichos bienes pretende paliar, en parte, el daño sufrido por la pérdida, y también afrontar el futuro con unos recursos económicos. En el caso de percepción dineraria está exenta de tributación de directa en aplicación del subapartado 4), artículo 45.1, apartado B) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. En el caso de que se trate de otro tipo de bienes, los huérfanos estarán sujetos al impuesto en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Es por ello que en la mayoría de las ocasiones el padre condenado no dispone de dinero para hacer frente a la responsabilidad y los huérfanos se ven sujetos al impuesto anteriormente mencionado, ya que se ejecuta sobre los bienes no dinerarios esa responsabilidad. Para mejorar dicha situación, se introduce en esta norma un nuevo beneficio fiscal de naturaleza objetiva, que consisten en la exención de la modalidad de gravamen que indica el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a las transmisiones de bienes o derechos en beneficio de hijas, hijos, menores o personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela o con medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo ejercicio se llevará a cabo por las mujeres fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer, cualquiera que sea el título en virtud del cual se efectúen, y siempre que sirvan para satisfacer indemnizaciones que se hayan reconocido judicialmente. Ello se

produce con la incorporación de un nuevo supuesto en el artículo 45.1.B), con el número 33, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Otro de los casos que también es objeto de modificación es la transmisión de ciertos bienes y derechos que se perciben como herencia materna, como puede ser la vivienda habitual, que estaría sujeto al devengo del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana y el pago por parte de los huérfanos. Esta carga económica impositiva puede producir dificultades para la adquisición del bien. Por eso, se ha incluido en la regulación de la Ley Orgánica 2/2022, una modificación incluyendo un nuevo supuesto de no sujeción, que como indica el Preámbulo consiste en que «en las transmisiones a título lucrativo realizadas en beneficio de hijas, hijos, menores o personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela, o con medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo ejercicio se llevará a cabo por las mujeres fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer, y que traigan causa del referido fallecimiento». Se incorpora un supuesto de no sujeción al apartado 3 del artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

También se produce otro supuesto que ha motivado una modificación del artículo 224 y el artículo 216 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas. Es el caso que indica el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022, al precisar que: «igualmente, cuando el agresor por violencia de género es distinto de la persona progenitora de los niños y niñas huérfanos y esta se hace cargo de la responsabilidad parental, al no tratarse de una orfandad absoluta, el menor no tiene acceso ni al incremento de la pensión, en su caso, ni a la prestación, sin tener en cuenta que el progenitor superviviente puede encontrarse en situación de vulnerabilidad económica, lo que aconseja permitir la percepción de la pensión en tanto los ingresos de aquél no superen el límite establecido, suspendiéndose en otro caso.

De otra parte, se introduce en la ley una presunción de abandono de responsabilidad familiar en determinados casos que se instituyen en indiciarios de ese abandono».

Tal y como hemos visto en el punto anterior, la Ley 3/2019 contemplada una serie de medidas para mejorar la situación de orfandad como consecuencia de la violencia de género. Se creó una prestación de orfandad para los casos en que la mujer fallecida no estuviera dada de alta o en situación asimilada a la misma o no hubiera cotizado lo suficiente para generar una pensión. Tras la implantación de esta medida, se observó que la medida no cumplía ese propósito y no llegaba de forma adecuada a todas personas potenciales beneficiarias. Se hace necesario, a través de la Ley Orgánica 2/2022 un ajuste de los supuestos, para que puedan acceder a las pensiones y prestaciones el mayor número de personas huérfanas por violencia de género, y especialmente incidiendo en los casos de una situación de pobreza y de mayor vulnerabilidad.

Se considera preciso realizar una adaptación de las reglas para acceder a la cobertura a la institución de la adopción en los supuestos de los huérfanos con una mayor vulnerabilidad económica. De esta forma, se contempla la suspensión de la pensión o prestación de orfandad con los casos de adopción cuando el nivel de renta de la familia adoptiva supere el límite establecido.

IV. Conclusiones

La necesidad de establecer medidas protectoras para las personas huérfanas por la violencia de género ejercida sobre sus madres ha sido objeto una reciente regulación por la Ley Orgánica 2/2022, que se suma a las medidas ya contempladas en la anterior Ley 3/2019.

La situación de vulnerabilidad de estas víctimas indirectas de la violencia de género se pone de manifiesto en muchos ámbitos jurídicos, no solo en el ámbito familiar, sino también en el social y laboral. La necesidad de adoptar unas medidas sólidas para evitar una situación de desamparo que puede afectar no solo al entorno emocional, sino también al económico por falta de recursos hace que se articulen esas medidas que hemos indicado a lo largo de este trabajo.

También contempla la Ley Orgánica 2/2022 distintas medidas para dar viabilidad a la adquisición del patrimonio de la madre fallecida por parte de los herederos huérfanos por violencia de género, como es el caso de la posibilidad de liquidación del régimen de gananciales.

La legislación se orienta, pues, a articular medidas para paliar la situación de las personas que derivan en una situación de orfandad a causa del fallecimiento por violencia de género de la progenitora. A la situación de víctimas invisibles de los menores, a los que hemos hecho referencia, se une la falta de ambos progenitores, la madre fallecida; y el padre cumpliendo pena de prisión. Se produce un efecto negativo en la situación del menor que ve como su vida habitual toma un giro en el que se ve desprotegido y desamparado.

La última modificación por la Ley Orgánica 2/2022 intenta subsanar determinadas situaciones que ya contempló la 3/2019, de 1 de marzo y que durante el transcurso de su aplicación se detectó algunos efectos que tenían que ser contemplados en una nueva norma.

Hemos también analizado los efectos en orden al ámbito sucesorio en el que la persona que queda huérfana por efecto de la violencia de género infringida a su progenitora tiene que hacer frente al pago de la fiscalidad. Es por ello, que se contemplan distintas medidas de carácter fiscal a la hora de la tributación de determinados bienes en los impuestos correspondientes, atendiendo a la situación de los herederos huérfanos de la madre fallecida por violencia de género.

V. Agradecimientos

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades RTI2018-097354-B-100 (2019-2022), Proyecto de I+D+i Retos MICINN (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022) y Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana “Algorithmical Law” (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024).

Referencias

- Cánovas Leonhardt, P., Riquelme Soto, V., Orellana Alonso, N. y Sáez Serrano, B. (2019). Víctimas invisibles: Análisis de la intervención socioeducativa de niñas y niños expuestos a violencia de género en la familia. *Pedagogía social: revista interuniversitaria*, (34), 113-127. <https://recyt.fecyt.es/index.php/PSRI/article/view/72899/44932>
- Carrillo Izquierdo, A. J. (2020). Menores en situaciones de desprotección “las víctimas invisibles”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (16), 337-346. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7631174>
- Casals Fernández, A. (2019). La tutela penal de los menores como víctimas y testigos de la violencia familiar en España. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, (5), 1-14. <https://www.ejc-reeps.com/CASALS.pdf>
- Díez, C. (2019). Las víctimas invisibles: menores expuestos a violencia de género y el sistema de protección de menores. *+Calidad*, (20), 3-6.
- García Romero, B. (2018). La mejora de la protección social de menores huérfanos por violencia de género. En *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral* (pp. 533-546), vol. 2. Laborum.
- García Sánchez, M^a. D. (2018). Evolución de la condición del menor como víctima en el delito de violencia de género. *Anuario de justicia de menores*, (18), 161-212).
- Gayá, V. (2013). La violencia de género persiste: La crisis reduce denuncias y divorcios mientras las víctimas aumentan. *El siglo de Europa*, (1010), 44-45.
- Gobierno de España (2017). *Pacto de Estado contra la violencia de género*. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/>
- Gobierno de España (2019). *Documento refundido de medidas de Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso + Senado*. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf

- Guirado Capilla, S. y Ramón Fernández, F. (2020). Custodia compartida y violencia de género: perspectivas de presente y de futuro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (12), 676-697. <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/21.-Sara-Guirado-y-Francisca-Ram%C3%B3n-pp.-676-697-1.pdf>
- Méndez, E., Seijo Martínez, M^a. D. y Mohamed Mohand, L. (2018). La mediación familiar y la coordinación de parentalidad como herramientas para continuar la relación de los huérfanos por violencia de género con la familia paterna. En *Construcción de paz a través de la mediación: conocimientos y prácticas de una metodología* (pp. 455-465). Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto.
- Nieva Serrano, P. y Climent Clemente, M^a. T. (2022). Trauma relacional en la infancia. El impacto de la violencia en las niñas y en los niños. *Aperturas psicoanalíticas: Revista de psicoanálisis*, (69), 1-23. <http://www.aperturas.org/imagenes/archivos/ap2022%7Dn069a8.pdf>
- Parada Iglesias, M., Verde Diego, C. y González Rodríguez, R. (2020). Infancia víctima de violencia de género tras la reforma del sistema de protección. *Prisma Social: revista de investigación social*, (30), 250-275. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7524831>
- Peral López, M^a. del C. (2017). *La práctica judicial en los delitos de malos tratos: patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. Universidad de Granada. <https://account.yougov.com/es-es/join?referral=36pTas-M0tcj2tgBFUZ8AA>
- Puente Guerrero, P. (2021). *Invisibles e invisibilizadas. La especial vulnerabilidad de las personas en situación de sinhogarismo frente a la violencia*. UNED. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=j2ZaeJfmpdl%3D>
- Ramón Fernández, F. (2013). Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género. *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (4), 55-77. DOI: <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2013.1391>
- Ramón Fernández, F. (2018). *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*. Tirant lo Blanch.

- Ramón Fernández, F. (2019). La monoparentalidad derivada de la violencia de género: análisis de la cuestión. *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (16), 14-28. <https://doi.org/10.4995/reinad.2019.10844>
- Ramón Fernández, F. (2021). *Menores de edad, integración social y entorno digital: garantías y derechos en la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Universitat Politècnica de València. <https://monografias.editorial.upv.es/index.php/iya/issue/view/47>
- Rodríguez Iniesta, G. (2019). La incidencia de la violencia contra la mujer en la protección de seguridad social de los huérfanos (a propósito de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer). En *Derecho vivo de la Seguridad Social* (pp. 221-247). Laborum.
- Reyes Cano, P. (2015). Menores y violencia de género: de invisibles a visibles. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), 181-217. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3282>
- Tagar, J. (2019). Menores en la violencia de género: víctimas invisibles. *Tiempo de paz*, (134), 101-107. https://revistatiempodepaz.org/revista-134/#dfliip-df_1391/102/

Capítulo 5. Vulnerabilidad, capacidad y discapacidad como una cuestión de derechos humanos: pasado, presente y futuro, a propósito de la nueva reforma familiar y civil en Cuba

Dra. Joanna Pereira Pérez
Universidad de La Habana

I. Vulnerabilidad y discapacidad

Conceptualmente ha sido entendida la vulnerabilidad como aquella condición en que se encuentra una persona, en un momento y circunstancias determinadas, en relación con el ejercicio y defensa de sus derechos, de ahí que sea aceptada la condición de vulnerable como relativa y dinámica. En el ámbito iberoamericano es preciso lo estipulado en las 100 Reglas de Brasilia emanadas de la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008, debido a que propone un marco común de elementos que determinan la vulnerabilidad y su anclaje en relación con el acceso a la justicia.

La Regla 3 propone una definición³ de vulnerabilidad que podríamos calificar de global, luego ajustable a los diferentes ordenamientos jurídicos en que impacta. Resulta novedoso que desde el propio concepto que enuncian las Reglas, se determinen las diferentes condiciones que por separado o al unísono, provocan la vulnerabilidad y que marcan una casi difusa frontera entre ser vulnerable y estar vulnerable, en dependencia de su faz interna o externa. Por una parte, se encuentran las personales o intrínsecas, como la edad, el género, o el estado físico y mental; y por otra, las externas o sociales en las que se incluyen las económicas, étnicas o

³ *Vid.* Regla 3. “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

culturales. De ahí que, las Reglas definan como beneficiarios a: los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores (edad), las personas con discapacidad, los indígenas, las víctimas, los migrantes, las mujeres (género), los pobres, la mera pertenencia a minorías e inclusive, los reclusos.

La vulnerabilidad cada día se emplea con más frecuencia como categoría socio-jurídica, debido a su especial vocación como cualidad genérica capaz de englobar numerosas situaciones, cuyo denominador común es la imposibilidad de ejercer o defender un derecho en contextos determinados.

Si bien es cierto que, debido a la propia adaptabilidad del término, resulta fútil brindar una definición más o menos homogénea, encauzar sus elementos resulta de gran utilidad para su aplicación y trascendencia jurídicas, ya que solo de esa forma podría ser tomada como una situación generadora de especial protección. En tal sentido la vulnerabilidad se define como compleja, transitoria y contextual.

Es compleja porque no caracteriza la esencia misma de la persona, pues las condicionantes internas solo hacen a la persona vulnerable a partir de la interacción con la sociedad, o sea, vincula caracteres propios o identificativos de la persona, con agentes externos, y dicha mezcla es lo que genera la vulnerabilidad. Lo anterior explica que puedan existir dos personas con las mismas condiciones personales, y una de ellas ser vulnerable y la otra no, debido a que el entorno de la segunda es accesible y con ello inhibe la vulnerabilidad a la que podría estar condicionada.

La vulnerabilidad es transitoria, o al menos así debe ser. Por lo general, no es una situación permanente, aunque en algunos casos puede serlo, como ciertas formas de discapacidad, ya que ni el género puede ser calificado como una condición inamovible de los seres humanos en la actualidad. Su carácter contextual se manifiesta debido a la ausencia de normativas o garantías que tributen a la accesibilidad y por consiguiente a la efectividad de los derechos, en un momento y espacio determinados. Lo contextual puede manifestarse en el no reconocimiento de instituciones o derechos en la normativa vigente, o aun existiendo estos no existen las garantías

necesarias, o el respaldo judicial en torno al acceso a la justicia es inconsistente. En adición, lo contextual va a estar relacionado directamente con la accesibilidad en todas sus dimensiones: movilidad, comunicación e información. Un contexto accesible impide la vulnerabilidad de los que actúan en él, independientemente de sus condicionantes personales.

La discapacidad es de hecho una de las condicionantes reconocidas de la vulnerabilidad, en virtud de los cual guardan una relación de género-especie. Ésta última como ya se ha explicado es un concepto amplio que engloba circunstancias personales y contextuales, mientras que, la discapacidad incluye las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras sociales, impiden la participación plena y efectiva de dichas personas, en igualdad de condiciones con las demás. Es entonces que, la discapacidad se configura como una posible causa de vulnerabilidad, pero no es la única en tanto una misma persona puede aunar varias vulnerabilidades, situación que merece una óptica protectora aún más aguda y la creación de mecanismos especiales e integrados, configurados taxativamente para situaciones de plurivulnerabilidad. Ejemplo de ello serían los ancianos, niños o mujeres con discapacidad, cuyo ejercicio o defensa de los derechos en un reto para sociedades, ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales que aún no incorporan estrategias individualizadas para el acceso a la justicia de personas hipervulnerables.⁴

En la protección jurídica a la vulnerabilidad marcó un hito a nivel internacional, la adopción en el año 2006 de la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), pues significó el paso definitivo en el tránsito que ya se venía gestando hacia el modelo social de la discapacidad y de derechos humanos (Vivas, 2010). Para su recepción interna en los ordenamientos jurídicos de aquellos gobiernos que la han ratificado, se requiere la modificación de normas imperantes que pudieran dar al traste con la desprotección a estas personas. Todos los principios y paradigmas que introdujo la CDPD en torno a la protección

⁴ Ya el término hipervulnerable ha sido empleado por la doctrina para referirse a la persona que además de estar situada en la desventajosa condición de consumidor, presenta alguna otra causa de vulnerabilidad.

de la discapacidad la han trascendido, siendo aplicables en la actualidad a otros grupos vulnerables como los adultos mayores.

El ordenamiento jurídico cubano se viste de gala en la actualidad, a partir del reconocimiento constitucional del modelo social y derechos humanos que propugna la CDPD. El artículo 89 de la reciente Carta Magna cubana pone en valor la autonomía personal, la inclusión y la participación social de las personas en situación de discapacidad y traslada al Estado la obligación de crear las condiciones, entre ellas las jurídicas, para asegurar el pleno ejercicio de sus derechos.

Algunas de las ramas del Derecho más trastocadas por los nuevos paradigmas que introdujo la CDPD, son el Derecho Civil y el Derecho de Personas. Lo preceptuado en el artículo 12 del texto internacional dinamita los cimientos de instituciones tradicionales como la capacidad y la tutela, las que recibieron una forzada actualización o desaparición, y otras como la autonomía privada, se han adaptado paulatinamente a los reclamos actuales en torno a la autorregulación de la protección futura, a través de la denominada autonomía preventiva.

El hecho de que la Convención protectora de la discapacidad haya introducido entre sus preceptos una regulación expresa al ejercicio de la capacidad jurídica, y haya desarrollado posteriormente el significado y alcance de los apoyos⁵, como la forma de particularizar y garantizar el más pleno ejercicio de los derechos, convierte a la vulnerabilidad y la discapacidad en una cuestión actual de derechos humanos. Lo cual trasciende indefectiblemente a su regulación constitucional y posterior valoración, dentro y fuera del ámbito estrictamente jurídico-normativo en Cuba.

⁵ Observación General No. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ,11no. periodo de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014.

II. La evolución de la capacidad jurídica y su adaptación a los nuevos paradigmas instaurados sobre la discapacidad (pasado y presente)

Los principios se hallan en la raíz misma de las instituciones particulares y son el aval de toda disquisición jurídica, ellos amparan los razonamientos, aunque tomen por base un precepto de ley o de costumbre (Clemente, 1948). Tal cual ocurre con la capacidad, ahora inspirada por principios distintos de los que le fueron asociados en su génesis.

Es necesario analizar a continuación tanto los orígenes como las modernas concepciones sobre la capacidad jurídica, con el fin de que se comprenda el panorama actual para su aplicación, y cómo repercute en el ejercicio de la autonomía privada y en el respeto a las voluntades y preferencias de la persona con discapacidad. Argumentos que se vuelven más contundentes, debido a que los debates en torno a la capacidad pasan de soslayo, por otros no menos importantes como son, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación, el autogobierno, y las aptitudes de la persona para ejercitar *per se* sus derechos.

Centrados en este empeño, es imperioso realizar *a priori* una aproximación, aunque somera, a las concepciones tradicionales que le han sido reconocidas y prevalecieron durante siglos. Ello con el objetivo de valorar la justa proporción del cambio que supuso la adopción de la Convención, es tan importante la capacidad jurídica dentro del sistema que propugna esta norma, que para algunos autores constituye la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos (Barranco et. al, 2012).

Un primer acercamiento nos conduce a preguntarnos si existen fronteras entre la capacidad y la discapacidad. La respuesta la encontramos remontándonos al modelo sobre la concepción de la discapacidad que se asuma, y es que, en sus inicios, era unánime la máxima de que las personas con discapacidad tan siquiera tenían voluntad propia, mucho menos tendrían capacidad para hacerla valer por sí mismos, como se explica a través del modelo de la prescindencia y ya con menos arraigo en el médico o rehabilitador.

En consecuencia, el término discapacidad lo heredamos de viejas concepciones cuyo objetivo era hacer notar que la persona con deficiencias no tenía capacidad, y aunque el contenido fue evolucionando hasta lo que hoy conocemos como modelo social de la discapacidad, el frasco quedó igual, o sea, se le ha seguido llamando discapacidad, aunque esta voz ya no indique la ausencia de aptitudes en los individuos que se agrupan bajo tal denominación.

En sus valores semánticos, es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como opuestos que indican extremos distintos: el tener o no tener capacidad (Valdés, 2010). Tanto es así, que Mir (2005) rotula a la incapacidad como cercana, limítrofe o paralela a la deficiencia, discapacidad o minusvalía. Pero en la actualidad, la discapacidad no inhibe necesariamente a la persona del ejercicio de sus derechos ni la realización de todo tipo de actos jurídicos. Incluso algunos autores han llegado a decir que la discapacidad supone una terminología con la que se sustituyó a otros términos como minusvalía e incapacidad (Torres, 2006).

Otra cuestión significativa es la distinción entre “discapacidad” y “persona con discapacidad”, la primera definida por organismos e instrumentos internacionales fundamentalmente de orden asistencial y con sustento en argumentos de las ciencias médicas, la segunda de interés para el Derecho Civil, cuyo objeto es la persona en sí misma considerada.

El término discapacidad es definido por la Organización Mundial de la Salud como aquel que abarca las deficiencias que no son más que problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad, que son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación entendidas como problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano (deficiencias, limitaciones y dificultades) y las características de la sociedad en la que vive.

Nótese que se pone el punto de atención en las características que definen a la discapacidad, no en la persona que las presente. Cuyo punto culminante es la Clasificación Internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF), que define a la discapacidad como aquella que incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones, buscando un lenguaje unificado y estandarizado, mundialmente hablando.

De ahí que la “persona con discapacidad” se conceptualiza como aquella con un problema funcional que puede ser físico, mental, intelectual o sensorial y cuyo entorno limitan su desarrollo personal y su participación en la sociedad, debido a barreras físicas, culturales o sociales que provienen de la falta de sensibilización y desconocimiento de los derechos de estas personas (Pons et al., 2018).

Si bien colige Díaz (2009) que no es lo mismo la discapacidad que incapacidad, lo cierto es que frecuentemente las personas que sufren ciertos tipos de discapacidad son susceptibles de incapacitación siempre que se encuentren dentro del ámbito del artículo 200 del CC, postura que acierta al remarcar que solo algunos tipos de discapacidad pueden provocar la incapacitación, fundamentalmente aquellas cuya fuente se encuentra en deficiencias mentales o intelectuales, tal cual no ocurre con las sensoriales o físicas. Lo anterior conecta directamente con el criterio de Pereña (2019) sobre la configuración del estándar de intervención y explica que, no es suficiente la existencia de una falta de capacidad para desencadenar una medida de protección, sino que debe ser necesario, o sea, que beneficie a la persona a la que afecta.

No obstante, en función de los nuevos paradigmas que portan los actuales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la capacidad es la regla (Cerniello y Goicochea, 2014). Es sabido que la tramitación y aprobación del artículo 12 de la CDPD que regula lo referente a la capacidad jurídica, estuvo a punto de hacer fracasar al propio Tratado, de ahí que muchos países introdujeran reservas y declaraciones interpretativas en la ratificación del instrumento internacional, las que De Salas Murillo (2018) ha agrupado en torno a tres posturas, que logran evidenciar claramente por donde fluye el debate.

El primer grupo lo integran aquellos que se opusieron a las concepciones que trasladaba el artículo, pues la *legal capacity* según su orden jurídico, ha de entenderse unida a la capacidad de goce, pero no a la de ejercicio. El segundo grupo inicia aceptando el cambio de paradigma que supone la formulación del art.12, pero más adelante alega que en situaciones excepcionales el Estado pueda mantener ciertas medidas jurídicas de decisión sustitutiva. En el tercer grupo se encuentran los que hicieron reservas a otros artículos por encontrarse vinculados con el 12, ejemplo de ello es el consentimiento médico y la consideración de que deba seguirse interpretando bajo el resguardo normativo del Convenio de Oviedo (De Salas, 2018).

Lo interesante de esta disección que realiza la autora, es que de la posición que se adopte dependerá en gran medida el resto del engranaje del sistema, que lo integran tres ejes fundamentales: la capacidad jurídica en sí misma, el ejercicio de esa capacidad jurídica, y el correlativo efecto que tendrá en la autonomía privada de la persona y el respeto a sus voluntades y preferencias.

Más cierto es que, una vez adoptada la CDPD, se convierten sus axiomas en puntos de referencia del organismo internacional para evaluar su cumplimiento en los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte, con igual relevancia en los fallos judiciales y en las propias concepciones teóricas sobre las instituciones cuyos cimientos remueve, cual es el caso de la capacidad jurídica.

En lo relativo a las obligaciones que tienen los Estados que han ratificado la CDPD, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas realiza un examen periódico sobre su cumplimiento, a partir del cual emite un informe. Del análisis de los últimos Informes sobre Cuba y España se evidencia la preocupación que siguen sosteniendo los miembros de la Comisión, en relación con la directa vinculación que aún se estipula en las legislaciones civiles de estos países, entre el padecimiento de una discapacidad y la declaración de incapacidad, lo cual es notorio cuando se expresa: "*The Committee is concerned that the Civil Code of the State party allows for the deprivation of*

the legal capacity of a person based on disability” (refiriéndose a España) y “*The Committee is concerned that the State party’s legislation, (...), limit the right of persons with disability to fully exercise their legal capacity*” (refiriéndose a Cuba).

A todas luces, se realiza un llamamiento expreso y directo, para que las normas sean modificadas de tal forma que demarquen lo mejor posible el régimen o las causas de limitación al ejercicio de la capacidad, cuestión sobre la que Pereña (2018) realiza un llamado de atención, y en consecuencia argumenta la importancia sobre la clara determinación de quiénes son los destinatarios de la norma que se propone modifique la legislación sustantiva española en materia de discapacidad.

En conclusión reafirma Seoane (2002), que este cambio de paradigma implica que la discapacidad ya no se trate como una categoría meramente negativa, definida o tipificada a contrario a partir de la capacidad, sino que presente rasgos que nos obligan a examinarla positivamente, a considerar a la persona con discapacidad en primer lugar a partir de sus capacidades, y a examinarla no genéricamente, sino en el contexto sociocultural de cada comunidad, atendiendo a las singularidades de cada caso.

Las soluciones que han adoptado los diversos ordenamientos europeos, explica Pérez (2010), presentan un denominador común, que se encuentra en la intención de acabar con la ecuación que determina la equivalencia absoluta, entre enfermedad e incapacidad, que es sino reconocer que hablar en general de las personas con discapacidad sin hacer distinción entre las diferentes discapacidades, no es realista (Serrano, 2015). Bases conceptuales que sustentan uno de los pilares fundamentales del cambio de paradigma que introdujo la CDPD, y es el traje a la medida de cada persona en condición de discapacidad, de tal forma que los apoyos y ajustes razonables sean diseñados sobre la base de sus aptitudes y potencialidades, que no tienen por qué ser las de otros. La convención propugna que, ya no basta con reconocer la diferencia, sino que debe tomarse como referencia para que se materialice un sistema coherente que le permita, amén de su discapacidad, ejercer y defender sus derechos.

III. Los paradigmas protectores de la discapacidad y su influencia en la reforma familiar y civil cubana (futuro)

Por los mismos derroteros antes descritos, parece trascender al orden civil, la actual reforma familiar que se gesta en el ordenamiento jurídico cubano. El Proyecto de Ley del Código de las Familias publicado en la Gaceta Oficial No.4 Extraordinaria de 12 de enero de 2022 modifica los artículos del 29 al 32 del actual Código Civil cubano, referidos al ejercicio de la capacidad jurídica civil. La modificación es sustancial y apuesta por la mención expresa a que “las personas en situación de discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida” (art.29.2), a la posibilidad de designación voluntaria de los apoyos (art.30.1) y la eliminación de la tutela para las personas mayores de edad. Nótese además el cambio de denominación “personas en situación de discapacidad”, acorde con los compromisos internacionales ratificados por Cuba y con el espíritu letra constitucional.

Asume el prelegislador familiar cubano un sistema híbrido donde otorga un valor preponderante a la voluntad de la persona en situación de discapacidad, se introducen los apoyos y los ajustes razonables, y se combinan con un adecuado sistema de salvaguardias. Desde la autonomía se podrán designar los apoyos (art.30.1), así como configurarlos en toda su extensión: su forma, identidad, alcance, duración, directrices y cantidad de apoyos. No se establecen tipos o gradaciones al apoyo, aunque si se estipula el apoyo intenso como excepcional,⁶ y se decantó por no incluir a la curatela, que en ordenamientos jurídicos europeos ha sido la válvula de escape para incluir camuflada, una verdadera representación en la toma de decisiones.

⁶ Art.31.3. La sentencia que se dicte por el tribunal competente determina y específica, según las circunstancias específicas de cada caso, los actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, designa una o más personas de apoyo y señala las condiciones de validez de los actos en los que interviene el apoyo. Excepcionalmente, puede disponerse la representación legal de la persona en situación de discapacidad por un apoyo intenso.

Se identifica como regla que, los apoyos no incluyen facultades de representación, a tono con los postulados convencionales; pero si aparece como excepción dicha posibilidad siempre que la propia persona lo decida o el tribunal así lo disponga.

Considera a los apoyos (art.30.3) como aquellas formas de asistencia conducentes a facilitar el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, incluyendo la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien lo requiere. Traslada a la norma la valía de la autonomía privada en la configuración del sistema protector que regirá para cada persona, así como de las salvaguardias (art.30.7) para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien lo brinda, así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

Centra la reforma cubana su modificación en la persona y no en las medidas protectoras en sí, despliega los supuestos con la mira en el ejercicio de la capacidad jurídica y el respeto a las voluntades y preferencias de las personas en situación de discapacidad, reflejando en el espíritu de las normas civiles transformadas, el modelo de derechos humanos que por más de una década viene defendiendo la CDPD.

La reforma cubana es evidencia legítima de cómo ha evolucionado el concepto de capacidad jurídica, casi que empujado al abismo en su forma tradicional por el artículo 12 de la CDPD, de ahí que la “capacidad como variable” no se puede manejar ya únicamente por parámetros rígidos como el de la mayoría de edad cuando se cumplen los 18 años, o del interdicto declarado como incapaz absoluto, etc., más allá de la subsistencia de disposiciones que tienden a la protección del tráfico jurídico (Llorens, 2010), máxime cuando desde el propio modelo social de la discapacidad, se considere que es el propio entorno y los agentes externos los que la limitan, con las barreras que aún subyacen en el actuar de los diferentes ámbitos jurídicos.

IV. Algunos retos a manera de conclusiones

Con todo lo dicho si es necesario acotar que, no basta con transformaciones jurídicas novedosas que impulsen a los juristas a un actuar amigable hacia las personas en condición de vulnerabilidad por causa de una discapacidad. Se deben interpretar y aplicar las normas bajo el espíritu del modelo de derechos humanos y el respeto a la voluntad y preferencia de la persona.

Si volvemos a las ideas expuestas por De Castro (1952), señala en su texto que la crisis del pensamiento jurídico respecto a la distinción entre capaz e incapaz, tiene diversas causas: el reparo subconsciente a llamar capaz, o sea con capacidad jurídica, a quien se calificaba de incapaz (menor, loco), la repugnancia de parte de la doctrina a considerar a todo ser humano como igual ante el derecho, y la falta de precisión de los conceptos de persona y capacidad. Es por ello por lo que, modificar estereotipos protectores paternalistas se torna en una tarea más compleja que la propia modificación legislativa. Las acciones conducentes a la toma de conciencia en torno al nuevo modelo son tan o más importantes que la propia entrada en vigor de la nueva ley familiar.

Concientizar a la sociedad en general, los decisores públicos, los educadores, la familia y los juristas en torno a la importancia de un ejercicio libre de la capacidad jurídica, con las adecuadas salvaguardias, pero con fronteras de respeto, es uno de los retos más importantes que afrontará la realidad cubana en los próximos años, a partir de una reforma sustancial de nuestro derecho familiar, que pronto desencadenará sin dudas, una necesaria reforma civil.

Sentar las bases para la prestación de servicios jurídicos bajo parámetros de accesibilidad, permitirá *a la postre* la efectividad de los derechos reconocidos a las personas en condición de vulnerabilidad por razón de discapacidad, así como la adecuada defensa ante su vulneración, trascenderá a su dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad.

Queda en predios profesionales darles cuerpo, contenido y movimiento a los apoyos regulados en el Código Civil. Para los notarios se abren nuevos cauces en los juicios de capacidad, ponderando adecuadamente la participación del apoyo y el alcance de la voluntad de la persona en situación de discapacidad. Así como darles forma a las escrituras de designación de apoyos, prever para el futuro la protección personal y patrimonial, así como valoraciones respetuosas cuando le corresponda aplicar alguna de estas disposiciones prospectivas. Para los jueces se impone la configuración o compatibilización de los sistemas protectores, así como la toma de decisiones bajo los nuevos cánones de respeto a la voluntad y preferencias de las personas y no sustentado en lo que sería su mejor interés. Para todos los operadores del derecho, desde sus funciones, queda aprehender el concepto de ajustes razonables, como la verdadera puerta de acceso para el ejercicio de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad por razón de discapacidad.

Referencias

- Barranco, M., Cuenca, P. y Ramiro, M. (2012). Capacidad Jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho*, (V), 53-80. Universidad de Alcalá.
- Cerniello, R. I., Goicoechea, N. D. (2014). Derecho de autoprotección. *Revista del Notariado*, (915), enero-marzo, 23-55.
- Clemente de Diego, F. (1948). “Prólogo” de la obra Los principios generales del Derecho, Del Vecchio, G., 2ª ed. Bosch.
- De Castro y Bravo, F. (1952). *Derecho civil de España*, tomo II, parte primera. Instituto de Estudios Políticos.
- De Salas Murillo, S. (2018). Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención. *Revista Doctrinal Arazandi-Mercantil*, (5), mayo, 71- 116.

- Díaz Alabart, S. (2005). La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. *Revista Actualidad Civil*, (17), octubre, 1989-2008.
- Llorens, L.R., y Rajmil, A. (2010). *Derecho de Autoprotección. Previsión para la eventual pérdida de discernimiento*. Editorial Astrea.
- Mir Jordano, R. (2005). Capacidad, conjugación de palabras, ideas y conceptos. *Personalidad y capacidad jurídica. 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, (pp. 881-891). Tomo II. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- Montenegro, S. (2015). La vulnerabilidad agravada, la “hipervulnerabilidad” o la “doble vulnerabilidad” del consumidor: un análisis introductorio y comparativo entre Ecuador y Brasil con énfasis en el mercado de salud. *Revista de Direito do Consumidor*, (102), 257-294.
- Pereña Vicente, M. (2018). La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley. *Revista de Derecho Civil*, V(3), julio-septiembre, 61-83.
- Pereña Vicente, M. (2019). La protección jurídica de los adultos, el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En M. Pereña Vicente (Dir.), *La Voluntad de la persona protegida* (pp.119-144). Universidad Rey Juan Carlos (servicio de publicaciones) y Dykinson.
- Pérez de Vargas Muñoz, J. (2010). El sistema italiano de protección de las personas privadas de plena autonomía. *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 3-26.
- Pons y García, J. y Sánchez Ramos, J. (2018). Capacidad jurídica de personas con discapacidad: contexto mexicano en el derecho civil. *Perfiles de Ciencias Sociales*, 5(10), enero junio, 227-257.

- Seoane, J. A. (2002). Prólogo de la obra “El mayor interés en la esfera personal del incapaz”. En V. García Llerena A Coruña: Fundación Paideia Galiza.
- Serrano García, I. (2015). ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones Bettencourt, Sordi, di Stefano / (guardianship)? Eventual support for the decision-making process. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (751), septiembre-octubre, 2609-2630.
- Torres García, T. (2006). Discapacidad e incapacitación. En J. Pérez de Vargas Muñoz (Coord.), *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (pp.437-460). La Ley.
- Valdés Díaz, C. (2010). Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (26), 39-68.
- Vivas Tesón, I. (2010). Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (7). <https://doi.org/105944/rduned.7.2010.11037>.

Capítulo 6. La proyección e incidencia de la justicia restaurativa en la prevención de los delitos de odio

Dra. Lourdes Miguel Sáez

Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila

I. Introducción

En la actualidad, se puede constatar la proliferación de los delitos de odio bajo muchas y variadas manifestaciones, fomentados en parte por el progreso de la tecnología que sitúa a la persona ante una disociación de la realidad, de manera que acoge una cultura con una trayectoria destacable en el reconocimiento de los derechos humanos pero que, al mismo tiempo, asiste a una clara degeneración de los principios y valores que sustentan esos cimientos.

La defensa de los derechos humanos se enfrenta hoy en día a problemáticas nuevas que surgen en contextos diversos, independientemente de los índices de riqueza o desarrollo de los países, por lo que el reconocimiento de los derechos humanos no es lo que falla, sino, realmente, cómo se van a llevar a la práctica esos derechos y el grado de observancia y cumplimiento en nuestra sociedad contemporánea.

La violación de los derechos humanos encuentra hoy en día formas muy discretas de alimentar su propagación y de aceptar su instauración en la sociedad con cierta aquiescencia, resignación o simplemente, pasividad a la hora de actuar. Y una de esas formas reviste, si cabe, un elenco ilimitado de conductas y actitudes cuya motivación simplemente es el odio, proyectando cotas preocupantes de deshumanización presentes en diversos núcleos sociales contra colectivos que presentan cierta vulnerabilidad. Por eso, lo más preocupante en los Delitos de odio es que la raíz del problema es fundamentalmente de carácter ideológico, pues son los prejuicios los que se arraigan de manera irracional en los sujetos y a partir de ahí, despliegan una serie de comportamientos muchos de ellos

sin precedentes, canalizados a través de la expresión verbal o por actos de agresión física y psicológica.

Nos encontramos, por tanto, ante una brecha difícil de cerrar, porque paradójicamente, en el marco de una sociedad globalizada donde se hacen manifestaciones a favor de aceptar la diversidad, como eje dinamizador del Estado democrático y de una sociedad plural, aparecen cada vez con mayor frecuencia estos delitos de odio, como punto de inflexión que no es en absoluto coherente con lo que se propugna respecto al reconocimiento de la igualdad de oportunidades y de la libertad para todas las personas.

Estos delitos de odio comportan conductas de discriminación por motivos de raza, creencias o religión, ideología, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, así como otros nuevos hechos que desatan ese sentimiento de radical intolerancia. Esto debe ser algo inadmisibles en nuestra sociedad democrática y en nuestro Estado de Derecho, pues a su vez, va en contra de los principios fundacionales de la Unión Europea de la que España forma parte.

En relación con la cuantificación del número de delitos de odio que se han cometido en nuestro país, dado que no son hechos que sean frecuentemente denunciados, no existe un registro veraz y ciertamente tampoco podemos llegar a ahondar en el problema desde un estudio detallado de este problemático y complejo fenómeno. Pero a su vez, que existan víctimas de estos delitos es un hecho indiscutible que requiere de una mayor visibilidad. Y para ello, la atención, así como la protección a las víctimas de delitos de odio no sólo debe recaer en las Asociaciones promotoras y defensoras de los derechos humanos, sino que los Poderes Públicos deben dispensar y ofrecer todo tipo de ayuda y atención y que esta sea específica, oportuna y adecuada.

Cabe anotar que en la era de las tecnologías de la información y comunicación, fundamentalmente los canales y perfiles de las redes sociales se han convertido en instrumentos para suscitar e incitar al odio y a la discriminación (Arcila-Calderón, 2020) pronunciados bajo el amparo de un supuesto y temerario derecho a la libertad de expresión. También el arte y la música, sirviéndose de la creatividad original que acompañan las

obras artísticas o las piezas musicales (Gómez, 2022), muchas veces no entendidas por el público en general sin una interpretación complementaria, dejan entrever mensajes reivindicativos que, analizadas de modo singular, reproducen sentimientos de odio de fondo.

Por otro lado, algunos autores de delitos de odio se ocupan de grabar los hechos y los difunden posteriormente en Internet, con la intención de hacer propaganda de sus actos de manera pública, o bien para enseñárselo a los más cercanos. Con esta finalidad, se utilizan páginas web, foros y perfiles en redes sociales para cometer delitos de odio y mostrar con orgullo su ejecución (Gomez, 2018). No se debe olvidar que, en muchos casos, estas grabaciones serán pruebas fundamentales para llegar a esclarecer quién es el autor de los hechos y para demostrar así su motivación discriminatoria.

En ocasiones existe la sensación de que el daño propiciado a las víctimas y el dolor infligido se consigue ocultar al plegarse, de algún modo, ante los argumentos y excusas que intentan deformar la motivación discriminatoria: *“los contenidos divulgados públicamente forman parte de mi libertad de expresión o ideológica o de conciencia”*, escuchamos en no pocas ocasiones. Y eso hace que nos planteemos la verdadera trayectoria de los pilares de los derechos humanos en nuestra sociedad y nos cuestionemos si existe una protección real y efectiva de los mismos.

De ahí que, muchas personas que son imputadas o finalmente condenadas por manifestar o difundir contenidos que llevan a promover el odio, la violencia, la discriminación o la hostilidad contra grupos y colectivos por motivos xenófobos, racistas, religiosos, antisemitas, homófobos, etc., suelen argumentar en su defensa que esas manifestaciones se encuentran bajo el amparo de los derechos constitucionales de libertad de expresión o libertad ideológica o de conciencia (cf. arts. 16 y 20 CE).

Pero el discurso que genera discriminación y odio no puede bajo ningún concepto tener amparo ni cobertura en los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia de los arts. 16 y 20 CE. Por esta razón, se torna si cabe hoy en día más urgente identificar cuáles son los desafíos que se presentan en materia de reconocimiento y

respeto de los derechos humanos, sin dejar fuera ningún ámbito de la sociedad, pues cualquier ciudadano, en cualquier momento, sólo por sus circunstancias personales, podría ser potencialmente víctima de desamparo ante este tipo de conductas. Pero también es verdad que, en ocasiones, ese odio puede parecer indeterminado, procedente de la aversión y la antipatía, con móviles discriminatorios cuya interpretación puede hacer suponer una restricción de esas libertades (Gómez, 2021).

Actualmente, el proyecto de Ley Orgánica contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de intolerancia se encuentra en trámite de consulta pública y entre los objetivos declara que busca tener una voz activa contra el racismo, la xenofobia, el antigitanismo, la afrofobia, el atisemitismo y la islamofobia. Cabe señalar que todos estos esfuerzos por reforzar el marco normativo en aras a sancionar toda conducta tendente a actuar con odio como motivación o a promoverlo, es algo positivo y de una destacable mejora para combatir la impunidad.

II. La justicia retributiva ante los delitos de odio

No se puede obviar que en los últimos tiempos asistimos a nuevas manifestaciones de odio por razones de ideología en el ámbito político e incluso, miembros de colectivos y corporaciones que trabajan por la seguridad del Estado sufren persecución, rechazo, acoso y son etiquetados como nuevo grupo con un riesgo notable de padecer las consecuencias de ese odio alimentado por grupos radicales y violentos (Correcher, 2021). Esto dibuja en nuestro país, sin lugar a duda, un panorama bastante alarmante que necesita una intervención inmediata para poder erradicar cualquier incidente o delito de odio de generación futura.

Por esta razón, es fundamental apelar al Estado para que actúe en consecuencia y con contundencia en orden a detener lo que constituyen nuevas formas de violar los derechos humanos. Y también por eso creemos que el engranaje de la tutela procesal penal permite acotar esta problemática y hacerla frente de manera eficaz. Con ello, se considera elemental que se trabaje en el diseño de protocolos específicos para investigar este tipo de delitos y se estudien diversos tipos de reparación, por un lado de carácter procesal, como favorecer el acceso a la justicia,

perfilar adecuadamente los medios probatorios, establecer las condenas ajustadas y proporcionadas a este tipo de conductas y también, por otro lado, que la reparación del daño causado sea proporcional y rápido, de carácter indemnizatorio a nivel económico y restableciendo la reputación, evitando que se vuelva a repetir.

Y aquí se han de sumar también todas las iniciativas y actividades que ya se vienen trabajando en algunos contextos para promover también acciones reparadoras en el marco de la justicia restaurativa, preocupándose de compensar el daño moral que siendo más imperceptible, a veces se convierte en el centro del problema y que reclama atención prioritaria.

No cabe duda de que el compromiso socio-jurídico para alcanzar el diálogo y la tolerancia requiere, al mismo tiempo, fomentar y mejorar los mecanismos que se utilizan en la investigación de estos delitos de modo que, después, se pueda corroborar la existencia de una coherencia procesal y arroje una incidencia positiva para la persecución de este tipo de delitos.

No se debe perder de vista un aspecto elemental, que es reparar en qué pruebas se van a presentar, una vez que los hechos han sido denunciados y se ha interpuesto la acción judicial (previa información a la víctima acorde al Estatuto de la Víctima), para demostrar que esas motivaciones de odio y discriminación existen y que, a su vez, justifiquen su enjuiciamiento y que recaiga una condena sobre los autores de esos delitos.

En ocasiones, cuando un investigador policial u operadores jurídicos tales como fiscales o jueces de instrucción se ocupan de estudiar un supuesto de odio y discriminación, la motivación discriminatoria resulta evidente y a priori, no plantea dificultades para ser detectada. Esto ocurre cuando los hechos que constituyen un delito implican el uso de símbolos o palabras que demuestran dicha motivación y cuando la víctima, además, forma parte de un colectivo minoritario, o si hay admisión, por parte del acusado, de que dicho fue motivado por absurdos prejuicios homófobos, xenófobos o racistas.

Pero en otros momentos, sabemos que la motivación discriminatoria no será tan evidente y, al tratarse de conductas que quedan definidas en sí mismas por la motivación que las acompaña, su naturaleza como delito de

odio puede quedar, en parte, disimulada. Esto tiene lugar cuando, tras una investigación policial o incluso judicial, no llegan a detectarse los datos o los indicios que ponen de manifiesto esa motivación, la causa y el comienzo de la acción criminal.

Así pues, en un número no determinado con exactitud, muchas agresiones hacia personas concretas, reyertas en lugares públicos y de ocio e incluso daños que se producen sobre bienes que constituyen propiedad de terceros y en circunstancias de muy diversa índole, esconden, en realidad, actuaciones que tienen su origen en sentimientos de odio respecto de ciertos colectivos. Y otras veces, gracias al trabajo de los profesionales de los Medios de Comunicación se identifican y se dan a conocer estos vínculos entre la causa y los hechos consumados, lo que convierte a los periodistas en un canal muy significativo para transmitir información a quienes tienen la encomienda de perseguir y juzgar estos delitos. A veces, los resultados de las investigaciones que realizan estos profesionales se convierten en un soporte fundamental para poder sostener y llevar a término muchas acusaciones.

También a veces sucede que, el que los órganos que se encargan de investigar o perseguir penalmente estas conductas no lleguen a conocerlas, o las mismas no sean correctamente catalogadas, se debe a que los perjudicados optan por evitar la denuncia para no agravar su situación o sus circunstancias. Son muchas las razones que acompañan esta decisión, muchas veces por miedo, por vergüenza a ser señalados socialmente o que puedan sufrir una mayor discriminación, prefiriendo mantenerse en el anonimato y guardar absoluto silencio.

Las dificultades que se encuentran en la identificación de estos ilícitos penales reclaman por parte de las fuerzas de seguridad y los operadores jurídicos intervinientes una atención singular para constatar ese trasfondo discriminatorio, así como el tipo de motivaciones que pueden llegar a atentar contra la dignidad y la igualdad de las personas. Por ello, es esencial conseguir los conocimientos necesarios que permitan analizar, explicar y evaluar de manera correcta esa información. Sin duda, la formación en este ámbito delictivo supondrá un factor prioritario para poder garantizar la correcta actuación de aquellos que tienen la responsabilidad de investigar.

Una de las primeras dificultades se encuentra en la propia percepción de la víctima: que exista un sentimiento o una apreciación por parte de la víctima de que el motivo o la causa del delito sufrido provenga de razones de carácter racista o xenófobo constituye una razón más que suficiente para obligar a las autoridades a elaborar una investigación completa y eficaz, que confirme o descarte la motivación que relamente reside en ese comportamiento. Esa percepción en parte subjetiva de la víctima, por tanto, no implica que ese hecho se califique finalmente de racista o xenófobo o entre dentro de otro motivo discriminatorio, pero de por sí ya obligaría a la policía y a los operadores jurídicos (y esto es muy importante) a investigarlo. En este sentido se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias de sus sentencias (Esquivel, 2016). Por eso, cualquier queja que se manifieste, un sentimiento seguido de angustia o una sensación de ser atacado en sus derechos más básico, debe ser atendido y acogido con la importancia que se merece.

Resulta también bastante llamativo el fenómeno de la discriminación por asociación. Esto se produce cuando la víctima no pertenece al grupo objetivo, pero se comporta como un activista para solidarizarse con ese colectivo. También puede ocurrir que la víctima permanezca en compañía de miembros del grupo considerado vulnerable. Por tanto, estas víctimas son escogidas expresamente por el hecho de relacionarse con este colectivo, y esto puede ser algo bastante común teniendo en cuenta la cantidad de parejas interraciales que se forman, o amigos con orígenes religiosos, nacionales o étnicos diferentes, o aquellos voluntarios que pertenecen a una ONG y trabajan por los derechos de esas minorías más desfavorecidas.

Debemos recordar que la agravante de discriminación del art. 22.4 CP, menciona la comisión del delito “por motivos”, por ejemplo, racistas, con independencia de la condición que tenga la víctima, respondiendo así a la hora de configurar este precepto, por el modelo de la animosidad (Fuentes, 2017). Igualmente, todo lo proveniente de expresiones o comentarios racistas, xenófobos u homófobos proferidos por el autor al cometer los hechos, debe tenerse en cuenta a efectos de valorar el impacto y el grado de violación de los derechos de las víctimas.

Concretamente, no se puede soslayar la relación que pueda tener el sospechoso con grupos o asociaciones que se caracterizan por su odio, resentimiento u hostilidad contra colectivos de inmigrantes, judíos, musulmanes u homosexuales. Conviene considerar, también, la enemistad histórica que puede existir entre los miembros del grupo de la víctima y los del presunto culpable que aún pueda despertar una animadversión no superada. Incluso, puede que los ataques se produzcan en fechas señaladas para el colectivo o comunidad que se convierten en el objetivo.

Y para cerrar este elenco de factores, nos referimos a la aparente gratuidad de los hechos, especialmente si son violentos y si la víctima forma parte de un colectivo minoritario. Si encontramos una agresión o unos daños intencionados que no tienen otra explicación creíble y la víctima pertenece a un colectivo minoritario por su origen, etnia, religión, orientación sexual, el color de su piel o sus rasgos físicos, resultará altamente probable que estemos ante un delito de odio.

Por tanto, con todos esos indicadores a la vista, el incidente se debe registrar como un posible delito de odio y debe promover una mayor investigación sobre el móvil que se encuentra detrás de dicho comportamiento. Ciertamente, que existan esos indicadores no prueba en sí mismo que el incidente fuera un delito de odio, pero su concurrencia obliga, cuanto menos, a investigarlo. La prueba de la motivación de odio se encontrará sólo después de una investigación completa y exhaustiva, con un resultado ratificado por un tribunal cuando apruebe que hay una base fáctica coherente y objetiva que permita tratar esos incidentes como posibles delitos de odio.

Al igual que comentábamos que la mayor parte de los ataques por motivos de odio se fraguaban y extendían por las Redes Sociales, el medio para poder identificar estas conductas y probar su ilicitud será el rastreo por parte de la policía de todos aquellos perfiles públicos que pueda tener el investigado en Redes Sociales o en páginas web vinculadas a esos perfiles, de manera que se pueda esclarecer, por un lado, la autoría de esos hechos y por otro, poder acreditar la suficiente motivación discriminatoria.

Ahora bien, es importante señalar que, ante este tipo de delitos, la colaboración ciudadana introducida en el juicio en la forma de prueba testifical es importante para que la prueba que incrimina a los autores de delitos de odio no recaiga total y exclusivamente en la declaración de la víctima.

Hablando sobre la declaración de la víctima y de los testigos en relación a su credibilidad, surge la necesidad de analizar en qué contextos se produce y cómo debe ser la valoración que se haga, pues intervienen muchos factores emocionales que deben ser tenidos en cuenta y que quizá, para otro tipo de delitos, no tengan tanta incidencia.

En primer lugar, podemos encontrarnos con que la propia víctima no se reconozca en ese rol y que se le exija concreción y precisión en lo que tiene que relatar, debiendo acordarse de todos los datos sin que exista contradicción o vacilación, pues de ser así, podría ponerse en tela de juicio la verosimilitud de lo narrado por ella. En ocasiones, factores emocionales, de presión social o psicológica que representan los operadores policiales o jurídicos que toman la declaración a la víctima pueden incidir en que ésta se manifieste nerviosa, conmocionada e incluso aturdida por encontrarse haciendo algo que, en realidad, puede no llegar a estar plenamente convencida. Porque no debemos olvidar que a veces, la víctima tiene muy asumido que lo ocurrido forma parte de su vida ordinaria y llega a entenderlo como algo normal por tenerlo ya totalmente aceptado, y, por tanto, esto le impide reconocer que haya podido ser víctima de un delito discriminatorio.

Incluso, puede complicarse aún más la situación si con el avance del proceso, una vez dentro de la fase del juicio oral, que puede tener lugar tras varios meses o incluso algún que otro año, la propia víctima ha sufrido una recomposición mental de lo ocurrido, con lógicos olvidos e incluso se ha modificado la forma de percibir lo sucedido. Y aunque inicialmente las posturas son bastante empáticas en la formulación de los protocolos, y se cuenta con que esto puede ocurrir, una vez frente a los hechos que deben ser juzgados en ocasiones no se obtiene la valoración que se espera y se acaba quitando importancia o verosimilitud al testimonio.

Igualmente, se debe ser muy consciente de que también los propios

investigadores pueden llegar a caer, sin darse cuenta, en prejuicios y estereotipos a la hora de conferir credibilidad a ese testimonio concreto. Además, no es extraño que el hecho de no querer denunciar o retrasar la denuncia hasta después de un tiempo desde que transcurrieron los hechos, provoque cierta desconfianza hacia la víctima o hacia los testigos y los lleve a dudar sobre lo que están exponiendo.

Muchas de estas víctimas, de hecho, proceden de otros países y manifiestan desconocimiento de la lengua del país de destino, e incluso no saben leer ni escribir y por ello, ni siquiera saben dónde denunciar, qué hecho y cómo hacerlo. De ahí que gracias al asesoramiento y ayuda de asociaciones y ONG, las víctimas se sientan aliviadas en sus temores y seguras para enfrentarse al problema.

Es posible también que aparezcan conflictos entre los intereses de la Justicia y los de la propia víctima. Por un lado, la víctima desea retirar la denuncia y apartarse del caso o incluso conformarse con otro tipo de reparación o mediación, pero el fiscal, al deberse al principio de legalidad y teniendo que cumplir con la finalidad de prevención tanto general como especial de las penas impuestas, pretenda proseguir la acción penal (FGE, 2021). Pero puede darse también el mismo supuesto a la inversa, y es que la víctima insista en que se persigan unos hechos que el fiscal considere no estar suficientemente acreditados o que no haya pruebas para formular la oportuna acusación contra nadie.

En el abordaje de estos conflictos, la clave es la comunicación con la víctima y plantear el desarrollo de una comprensión de los hechos desde la perspectiva de la víctima, de manera que, tanto el fiscal como el juez de instrucción se muestren sensibles y empáticos para dotar de razonabilidad a los motivos que aduce la víctima para oponerse a la persecución del delito y así, procurar que esa dificultad sea solventada. De hecho, si el proceso avanza, muchas veces nos encontramos con que gran parte de las víctimas que acuden al juicio presentan miedo e inseguridad, por entender que posteriormente se van a convertir en blanco de represalias. Es aquí donde se debe informar a las víctimas de que, de ser necesario y oportuno, se activarían los protocolos de protección correspondientes.

Ahora bien, pese a que existan fórmulas legales para perseguir el delito, la sola aplicación de la justicia punitiva, que quizá se torna más formal y operativa, no es suficiente por sí misma para reparar ese mal causado (De Hoyos, 2017), porque siempre van a existir emociones y sentimientos que trascienden lo material y que no son tangibles, no se pueden expresar con libertad o de hacerlo, no siempre son percibidas de la manera en que son manifestadas. De ahí que sea esencial, para el autor del delito y el ofendido, que puedan sentir que sus derechos más básicos son amparados, reconocidos y promovidos.

No obstante, conviene señalar aquí que la cifra real de los delitos de odio no llega a conocerse con plena transparencia quizá porque muchos de ellos, precisamente, no se denuncia y otros no se contabilizan en las estadísticas debido a que los juzgados no llevan a cabo una adecuada recogida de datos. Sobre este punto, la colaboración estrecha entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad junto con la Fiscalía en el marco de una comunicación fluida es fundamental para que se conozcan todos los casos posibles y se facilite así su denuncia y tramitación.

III. El impacto de los valores y principios restaurativos frente a las conductas que incitan al odio

Cuando se habla de justicia restaurativa es importante matizar que con ello no se pretende sustituir lo que viene considerándose la justicia tradicional, sino utilizar una metodología que ayude a fortalecer de manera efectiva la capacidad del sistema de justicia actual. Salvaguardar los derechos de las personas que han cometido un delito es proporcionarles herramientas que les permita resolver los conflictos y que puedan abordar las consecuencias con voluntad de hacerlo, no sólo soportando el peso de la pena que les ha sido impuesta.

Por eso, hablar de justicia restaurativa es utilizar muchos términos sinónimos o afines, como justicia reparadora, justicia compasiva y en todos ellos, lo que se busca es ahondar en las necesidades de las víctimas y de los autores responsables por la comisión de los delitos, porque no sólo favorece la satisfacción de las víctimas sino que también para quien ofende conlleva un beneficio, pues le coloca en situación de reflexionar

sobre el daño que ha causado y con ello se evita que vuelva a ofender en el futuro.

Si nos remitimos a los Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal (2002), Naciones Unidas señaló que la Justicia restaurativa comportaba *“una respuesta evolucionada al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social a través de la sanación de víctimas, infractores y comunidad”*.

También, en el Manual de Programas de Justicia Restaurativa (2ª ed.), la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), mencionó la Justicia Restaurativa como:

Una respuesta flexible, participativa, enfocada en la resolución de problemas para responder a la conducta criminal, que ofrece una respuesta complementaria o alternativa a la justicia. Puede mejorar el acceso a la justicia, especialmente para víctimas del delito y poblaciones marginalizadas o vulnerabilizadas, incluso en contextos de justicia transicional” (UNODC, 2020).

Qué duda cabe, a tenor de estos breves textos, que la Justicia Restaurativa llega a trascender y humanizar la justicia, pero es cierto que también debería humanizar, p.e., a los medios de comunicación y por supuesto, a la sociedad en general, para darnos cuenta que la víctima necesita dejar de serlo, y con ello, dejar de ser considerada como víctima. Por eso debe conocer y disponer de todos los recursos e información posibles para que ella misma pueda (porque nadie mejor que ella sabe lo que necesita) valorar qué demanda, que quiere y en qué le pueden servir las opciones que le ofrece la justicia restaurativa o algunas de sus herramientas, como es la mediación penal (Pinto, 2022). También el delincuente necesita dejar de ser considerado como tal.

Ciertamente, no se puede prescindir de la imperatividad de la ley y sabemos que, si se infringe una norma jurídica, lo que le sigue, inevitablemente, es una consecuencia punitiva. Pero a ello le ha de acompañar un régimen de cumplimiento de penas donde los infractores no encuentren rechazo y donde se trabaje con una efectiva reinserción plena y total con programas que le permitan sentirse en paz tanto con las

víctimas como con la sociedad. Esto, además, conlleva que se reduzca la reincidencia y que se pueda prevenir la comisión de nuevos y futuros hechos delictivos.

En los delitos de odio, los responsables cada vez son más jóvenes y muchos de ellos se sitúan en el umbral de la minoría de edad, lo que supone que el tratamiento de las conductas delictivas se resuelvan al amparo de la Ley de Responsabilidad Penal del menor, algo que en parte es más productivo porque de las medidas adoptadas acorde a la edad y la gravedad, se incidirá en aprender a responsabilizarse y a ser dueños de los actos cometidos (Romero, 2018), asumiendo con ello las consecuencias y por ende, favoreciendo cotas de mayor madurez y valentía en los infractores que a través de estos valores restaurativos harán más firme su decisión de no volver a delinquir.

En este tipo de delitos, la prevención cobra gran importancia porque supone que no sólo para las víctimas va a suponer una mayor tranquilidad, porque se van a sentir más seguras y aliviadas sino para la sociedad global, representada en aquellas posibles víctimas para las que ahora el riesgo disminuye y con ello, aumenta la confianza hacia el ser humano (Lascuraín, 2012) y también, hacia la eficacia, la utilidad y el buen hacer de la justicia.

Además, debemos tener en cuenta que tanto la legislación, las políticas sociales y la administración de justicia, todo ello ha de ir encaminado a enjuiciar y criminalizar las conductas de manera proporcional al daño cometido, de manera que si la sociedad no se ve gravemente afectada, aún teniendo incidencia en la ley infringida, se busque desarrollar mecanismos para favorecer, de manera armónica, la influencia positiva de modelos comunitarios y sociales aptos para una consolidación y estructuración sana y equilibrada de la personalidad.

Por tanto, la estrategia de prevención de la justicia restaurativa ha de poner el foco en las conductas disociales que tienen lugar en la infancia y en la adolescencia, que conducen a la violación de derechos de las personas debido a esos prejuicios que propician el odio. Y no por ello se ha de evitar frontalmente el conflicto, sino convertirlo en una oportunidad

de aprendizaje, de crecimiento y también de desarrollo de habilidades sociales, de manera que las conductas de riesgo se vean aminoradas. Porque muchos estudios revelan que el odio descansa en la asunción de prejuicios estereotipados que pueden llegar a ser perfectamente controlados (Sánchez, 2022).

Por eso, en la línea de lo comentado, la justicia restaurativa en términos de mediación también tiene un sentido facilitador del diálogo que no actúa al término del hecho punible que ha sido ya castigado, como mero complemento de la pena impuesta, sino que la propia mediación puede ser anterior a que el conflicto evolucione y se transforme en delito.

Los daños en conductas propias derivadas de los delitos de odio pueden revestir varias formas o tipos: daños materiales, físicos, psíquicos y/o emocionales. Por eso, en este tipo de conductas en los que se ofende algo tan personal e íntimo de la persona como son elementos configuradores de su esencia más humana y profunda, hablar de imposición de una pena al agresor o al delincuente no parece suficiente y queda, de algún modo, incompleto. Por eso, estas conductas reclaman acciones reparadoras que contemplen no sólo una indemnización económica sino el perdón, como símbolo de restauración de un lazo social roto. Y también por eso el enfoque restaurativo se orienta a la restitución del derecho vulnerado y, sobre todo, a la garantía de no repetición (Rossi y Bazzaco, 2021).

No obstante, es importante también validar las formas de alcanzar satisfacción en la gestión del conflicto, y pese a que siempre se espera que esa reparación llegue al término del proceso con un final que inicialmente era improbable, conviene entender que el proceso en sí mismo ya puede ser reparador, pues con ello la víctima ha podido conseguir afrontar una situación que, fundamentalmente, ha dependido de su voluntad y deseo expreso, además de reforzar su propia autonomía.

En todo caso, lo importante es que el proceso restaurativo sea genuino, confiable y tenga sentido para los actores que se vean implicados (Varona, 2015) y se adapte a los intervinientes bajo las fórmulas que más se adapten a su situación personal en ese momento y a las necesidades que manifiesten querer satisfacer, pues quizá algunas no guardan relación

con el ofensor o la inversa, con la víctima. Por eso, es vital tomar un tiempo en conocer la situación y cómo es entendida por el agresor y la víctima, máxime cuando las ofensas o los delitos cometidos se consideran graves y, por ende, el daño también se considera de mayor entidad.

IV. Estrategias de pedagogía social para prevenir los discursos de odio

Las conductas y los actos basados en el odio son en sí mismas una manifestación de rechazo, desprecio y discriminación hacia la identidad de un sujeto y comportan claramente la violación de su dignidad como persona. Y generalmente, se proyectan sobre sujetos que precisan una protección especial por su condición vulnerable, lo que incrementa el daño al confrontar aquello que les define y constituye su identidad personal: el ser, el sentir, el creer o el pensar.

Así pues, la acción contundente en la lucha contra los delitos de odio no debe quedar en la esfera meramente judicial, sino que debe tener una presencia constante en la formación que reciben los niños y jóvenes en los centros educativos, pues la conformación de unas ideas tendentes a causar daño a pertenecientes a diversos colectivos se comienzan a fraguar en los círculos de amistades donde impera una ideología y se impone sobre los integrantes del grupo que resultan más influenciables y manipulables. En parte, estas son las primeras víctimas del pensamiento errático de un falso líder que guía sus vidas hacia la beligerancia continua y entran en una espiral que les aboca a cuestionar el respeto por la dignidad de cualquier ser humano, conduciéndoles a insultos o peleas con otras personas por motivos de raza, orientación e identidad sexual, religión, creencias, discapacidad y otras discriminaciones graves en base a su condición.

El odio es un sentimiento que bien se puede abordar desde la educación y desde la gestión de las propias emociones que lleve al individuo a actuar con equilibrio y autocontrol. Por tanto, es importante trabajar con los niños y jóvenes para que tengan referentes de valores que les hagan percibir los efectos del daño que producen y les haga desarrollar la empatía con aquellos que sufren ese acoso. Sólo de esta manera se conseguirá

desenmascarar a cuantos actúan desde el anonimato, a través de internet y sirviéndose de un cauce que propaga a grandes velocidades injurias que una vez extendidas sin capacidad de control, difícilmente pueden ser eliminadas o retiradas.

Ya en la declaración institucional del Ministerio de Igualdad aprobada en el Consejo de Ministros el 15 de marzo de 2022 se reafirmaba el compromiso de realizar diagnósticos más precisos de la realidad para combatir la discriminación y también reforzar la educación sin prejuicios, para que *“los niños y niñas entiendan el principio de la dignidad humana y su axiología de libertad, igualdad, fraternidad, justicia y tolerancia, y sus implicaciones de respeto y aprecio a la diversidad, de empatía, compromiso solidario, o cómo neutralizar los prejuicios o estereotipos sobre personas y grupos humanos (...) impulsando la educación con un enfoque de derechos humanos”*.

Por eso, los procesos restaurativos no deben aplicarse una vez cometido el hecho delictivo, como parte de una conducta a enmendar, sino que tiene que ser algo previo, instaurado en los programas educativos de los colegios para lograr no sólo un necesario civismo sino también en la forma de gestionar los conflictos ordinarios de manera positiva y constructiva. Con esto se evitará que muchos jóvenes con tendencia conflictiva lleguen a ser delincuentes y que aquellos que ya pasaron ese límite con actos vandálicos de cualquier tipo, encuentren alternativas para reconducir su vida y, por tanto, apartarse del entorno delictivo.

En la actualidad, hay una tolerancia baja a la frustración en los más jóvenes y cuando se enfrentan a las adversidades y dificultades de la vida, no es fácil combatir la agresividad o la depresión a la que se enfrentan cuando no obtienen lo que quieren. Pero en general, estas actitudes se encuentran muy extendidas en otros colectivos al margen de la edad, la cultura o la posición social porque, aunque la sociedad ansía ser pacífica, los conflictos se encuentran en la base de las relaciones humanas y perturban, como es lógico, la convivencia.

Es fundamental que se recurra a herramientas presentadas como potencialmente restaurativas, donde la comunicación, el diálogo, el

encuentro o cualquier actividad dirigida a visibilizar el problema, el agravio o el conflicto de fondo se enfoquen hacia la acción, pero no hacia la persona, entre otras razones, para no marcarla o estigmatizarla, porque expresar el dolor no implica originarlo en el otro, y eso es precisamente lo que debe evitar el facilitador de la acción restaurativa.

En ocasiones, los comportamientos basados en el odio y constitutivos de delito no van más allá del ámbito privado de los sujetos en una relación que no teniendo por qué ser cercana, no ha tenido trascendencia en entornos socialmente abiertos, y esto genera en la víctima la sensación de que pudo ser algo ocasional que no va a tener respaldo comunitario. De ahí que se pueda liderar una vía de difusión controlada a través de los canales de comunicación propios de un movimiento, asociación u organización a fin de que se conozca lo que se ha vulnerado, pero no se destaque la persona de la víctima.

Por otro lado, la traducción de las estrategias restaurativas en acciones concretas supone, si cabe, la mayor expresión del objetivo reparador y transformador finalmente alcanzado, porque si se logra que el agresor intervenga actuando en nombre propio y fruto de su reflexión personal, entendiendo y comprendiendo el valor del proceso y asumiendo esa perspectiva de reparación, el poder de convicción para la víctima, como receptora de los frutos de esa acción, aumentará en aras también a satisfacer sus expectativas y a alcanzar la finalidad terapéutica que este tipo de procesos tienen (Gómez; Palacios; Pérez, 2021).

Si ampliamos un poco más el espectro y no nos quedamos sólo en comportamientos delictivos, sino que incluimos también cualquiera de tipo antisocial, nos daremos cuenta de que varios escenarios se encuentran muchas veces comprometidos por estas carencias de valores que, de utilizarlos y trabajarlos, evitarían recurrir al ámbito penal o al menos, reducirlo a aquellos casos más insalvables o de mayor complejidad. En las familias, en la escuela, en la comunidad de vecinos o en el ámbito laboral, entre otros, es necesario reformular el modelo de prevención a partir de la sensibilización social, de manera que los modelos, las ideas, los sistemas adquieran nuevos significados, no quedándose únicamente en el desarrollo

intelectual de la persona sino en la proyección integral del ser humano en sus diferentes dimensiones.

Por eso, justicia retributiva y justicia restaurativa realmente persiguen los mismos objetivos, pero la diferencia estriba en la forma de conseguirlos. Ambos modelos buscan disminuir el impacto que tienen los delitos cometidos y el número de ellos, pero la justicia retributiva lo hace aplicando al delincuente un castigo proporcional al daño que causó y la justicia restaurativa busca que, en esa proporción, intente devolver algo bueno por aquello que hizo mal, insistiendo en que es importante concienciar al sujeto infractor del daño proporcionado a la víctima.

Interesa, por otro lado, reparar en un colectivo que, sin duda, por una aplicación del castigo en su concepto más puro desde la que es la justicia de las leyes, es objeto también de discriminación a muchos niveles. Hablamos, pues, de la población reclusa donde hay un número importante de extranjeros que en su momento abandonaron su país por cualquier tipo de crisis (humanitaria, social, económica), por la carencia de derechos sociales, falta de trabajo, racismo o falta de una vida digna, en definitiva (Solar, 2010). Cuando a estas personas se les añade la etiqueta de infractores, la penalización es doble y la sociedad se muestra inflexible e intolerante. Por eso, en este punto, el interno tiene que recuperar un status para lograr la aceptación social y, por ende, en el proceso de la mediación restaurativa quizá haya que contemplar también una educación social y mostrar cuál es la realidad de los Centros Penitenciarios y sus gentes.

La propia estructura de los Centros Penitenciarios y su ubicación, en ocasiones, manifiestan una segregación respecto del núcleo urbano, encontrándose generalmente en las afueras de la ciudad. Esto, de por sí, marca una línea divisoria entre dos supuestos lugares: el del bien y el del mal y obviamente, no ayuda mucho para concebir estadios de naturalidad ante estas casuísticas. Quizá, sería importante diseñar actividades para dar a conocer todo el trabajo desarrollado en el Centro Penitenciario, de manera que se empiece a normalizar la visión que se tiene de estas Instituciones, entre otras cosas porque cualquiera por encontrarse en el lugar menos oportuno o por una decisión o actuación desafortunada, puede pasar a convertirse en un residente más.

Además, la promoción de los derechos de cualquier persona –aún más aquellas que ya están marcadas por algún signo discriminatorio–, comienza con algo muy simple, como es enfatizar sus virtudes, fortalezas y competencias humanas para ir difuminando las carencias, debilidades y miserias humanas que posea, todo ello para ayudarle a superar cualquier trauma y dificultad.

En el horizonte normativo, en fase aún de revisión se encuentra El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que recoge una regulación bastante completa de la justicia restaurativa y se refiere a él como un *“instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima”*. Se plantea, por tanto, que el Fical pueda impulsar vías de solución que, con el consentimiento previo de los afectados, buscaría *“la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo”*. Aunque el camino a emprender será aún largo y nada fácil para incorporar la mediación en el proceso penal, que haya esta remisión expresa supone que estamos más cerca de conseguir una mayor concienciación de los errores cometidos, la compensación por el daño causado y la disminución de las posibilidades de reincidencia.

V. Conclusiones

Indudablemente, todas las acciones y esfuerzos pasan por el desarrollo de la personalidad humana y el sentido de la dignidad, y a través de ello, por la promoción de la tolerancia, la comprensión, la igualdad entre los sexos y la amistad entre todas las naciones, así como la convivencia pacífica entre los grupos raciales, religiosos, étnicos y lingüísticos. Y con ello se debe facilitar la participación efectiva de todas las personas en una sociedad donde impere el Estado de Derecho. Porque cuando se obra en justicia y ésta preside nuestro actuar, se concede a cada uno lo que es suyo y no existen desigualdades ni prejuicios. Este ha de ser el punto de partida en la lucha contra los delitos de odio y también en las labores de prevención.

Debemos convencernos de que los derechos humanos responden a un proceso dinámico, en constante evolución y que, a través de la vivencia de los mismos, reafirmamos nuestra humanidad y hacemos posible la creación de un mundo en el que será más difícil violarlos. Por eso, hay que plantear una educación y formación real en derechos humanos, no sólo la parte más conceptual referida a la historia, la clasificación de las declaraciones, cartas, tratados, generaciones de nuevos derechos, problemas de fundamentación, y tampoco sólo la actitudinal, expresada a partir de testimonios de violaciones de derechos humanos, noticias y otros textos, sino que hay que dotar a las nuevas generaciones de una formación innovadora para fortalecer las conciencias y la formación de una correcta opinión pública, de modo que el objetivo principal que se persiga sea propiciar el cambio efectivo para tener ciudadanos activos y responsables, comprometidos con la salvaguarda de los derechos desde el respeto de las minorías, la diferencia y la diversidad. Para ello, exijamos al Estado que cree condiciones para enfrentar los desafíos socioeconómicos a nivel nacional y global, de manera que la convivencia en paz, libre de acepciones discriminatorias y segregacionistas, se convierta en un hecho, en una realidad.

En conclusión, diseñar proyectos de formación sobre derechos humanos comporta la estrategia más eficaz para la eliminación de las desigualdades entre grupos sociales y por tanto, para aumentar la seguridad personal y conseguir, así, la paz social. Y esa promoción se ha de llevar a cabo a través de una formación cada vez más sólida, democrática, incluyente y segura, contemplando entre otras iniciativas, la transformación de los conflictos a través de la comunicación, desarrollando la empatía hacia los problemas del otro; proponiendo y favoreciendo un espacio para el pensamiento crítico-creativo, desarrollando habilidades para comprender la realidad y transformarla por medio de soluciones colaborativas y construir puentes para fomentar la participación y la conciencia social.

Finalmente, cabe señalar que nadie debería tener que ejercer el castigo sin que antes agotara y empleara todas las fórmulas para corregir y enmendar ciertas conductas, porque corremos el grave riesgo de que las personas terminen perdiendo el respeto y la confianza por su dignidad, en parte ya perdida, y este es, sin duda, uno de los bienes que han de considerarse

máspreciados. De ser necesario el castigo, siempre se puede complementar con un programa de mediación para retornar, de algún modo, a aquel momento que precisa ser reparado. Y cuando un delito se apoya en un constructo mental que igual que fue alimentado puede ser desterrado, como ocurre con los comportamientos conflictivos que desembocan en delitos de odio, hay esperanzas de poder dominarlo por la vía del entendimiento.

VI. Agradecimientos

Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Camilo José Cela en el marco del Proyecto "Consideraciones en torno a los derechos fundamentales frente a los retos productivos y sociales en la era digital". DEFSOD 21-22.

Referencias

- Arcila-Calderón, C., Blanco-Herrero, D., y Valdez-Apolo, M.B. (2020). Rechazo y discurso de odio en Twitter: Análisis de contenido de los tuits sobre migrantes y refugiados en español. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (172), 21-40.
- Correcher Mira, J. (2021). La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables? *InDret*, (1), 86-149.
- De Hoyos Sancho, M. (2017). Víctima del delito y acción penal (Dir). *La Víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (pp. 79-97). Aranzadi Thomson Reuters.
- Esquivel Alonso, Y. (2016). El Discurso del Odio en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (35), 4- 44.
- Fuentes Osorio, J.L. (2017). El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-27), 1-52.
- Gómez Martín, V. (2018). Odio en la Red. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, (20), 411- 449.

- Gómez Martín, V. (2022). Rapeando rimas ¿de odio punible? En: Teijón Alcalá, M (Dir.), *El odio como motivación criminal* (pp.37-50). Wolters Kluwer.
- Gómez Rivero, C. (2021). Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor. En E. Cortes Bechiarelli, A. Nieto Martín. y E. Núñez Castaño, *Derecho penal parte especial* (pp. 225-243). Tecnos.
- Gómez, N., Palacios, A. y Pérez, L. (2021). *Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación*. Institut de Drets Humans de Catalunya.
- Hoyos Sancho, M. (Dir). (2017). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales*. Aranzadi.
- Lascuraín Sánchez, J.A. (2012). ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? En R. García Gacía, R. (Dir.), *Grupos de odio y violencias sociales* (pp. 23-25). Rasche.
- Mazkarian, M. y Urionaguena Villa, J. (2020). *Guía para la incorporación de los enfoques psicosocial y restaurativo en los servicios de acompañamiento a víctimas de incidentes y delitos de odio y discriminación*. Federación SOS Racisme Catalunya.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). *Manual sobre programa de justicia restaurativa*. Naciones Unidas.
- Pinto Palacios, F. (2022). Responder. Reparar. Restaurar. Claves para una mediación penal. *Diario la Ley*, 10009.
- Romero Velasco, M. (2018). *Nuevos Horizontes y perspectivas para el Derecho en el siglo XXI*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Rossi, P. y Bazzaco, E. (2021). *Guía para la incorporación de los enfoques psicosocial y restaurativo en los servicios de acompañamiento a víctimas de incidentes y delitos de odio y discriminación*. SOS Racisme.

Sánchez Vilanova, M. (2022). El delito de incitación al odio. Consideraciones desde la Neurociencia. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, (27) 133-163.

Solar Calvo, P. (2010), Globalización y Derecho Penitenciario. *Revista La Ley Penal*, (74) 51-64.

Varona Martínez, G. (2015). *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo*. Eusko Jaurlaritza.

Capítulo 7. Una aproximación a las obligaciones de la empresa en materia de protección jurídica de las personas en situaciones de vulnerabilidad

Dr. Iván Martín Gómez

Universidad Católica de Ávila

I. Introducción

A lo largo de este trabajo se pretende plasmar, por un lado, las realidades encontradas en el mercado laboral actual en relación con los colectivos más vulnerables de la sociedad, así como de la relación empresario-trabajador y, por otro, describir y analizar de manera crítica el tratamiento que el legislador internacional y estatal ha dado a estas realidades, a fin de esclarecer el marco jurídico con el que nos encontramos sobre esta materia.

Otro objetivo pretendido reside en proponer al legislador la implementación de mejoras en el régimen jurídico actual estatal e internacional en materia de protección de los colectivos más vulnerables. Igualmente, se intenta incidir en la importancia que tienen las políticas públicas de coordinación de los servicios sociales y los de empleo, para lograr evitar discriminaciones de los trabajadores vulnerables en la empresa y mitigar la precariedad laboral existente en nuestro país.

Tal y como nos indica la doctrina más autorizada (Torrejón, 2017), los cambios en la demanda de empleo van a favorecer un crecimiento polarizado del empleo en las economías avanzadas, debido a la mejor respuesta ofrecida por los servicios que se ubican en los extremos de la estructura laboral. De igual forma, la realidad laboral muestra que los trabajadores se decantan más por profesiones en las que hay un mayor riesgo de ser reemplazadas, lo que provocará cambios en la demanda de empleo.

No obstante, la tecnología y el comercio no serán los únicos que provoquen cambios en la estructura laboral. Hemos de ir observando el comportamiento de los factores que inciden en la formación de la demanda y si predominan sobre los factores institucionales que conforman la oferta de trabajo. Para que se logre el equilibrio, el legislador ha de tender a medidas que desincentiven la creación de empleo de baja calidad por parte de las empresas, estimulen la creación de empleo de calidad con inversión en I+D+I, abaratando el coste del trabajo, canalizar la demanda de servicios no cualificados, etc. Todo ello deberá realizarse con fin de evitar la generación de nuevos grupos vulnerables.

Ante la desigualdad que está provocando la globalización en los países desarrollados, evidenciada en numerosos desequilibrios económicos, sociales y políticos, parece necesario ajustar las necesidades formativas a los cambios que va a sufrir la estructura ocupacional y que, a través de profesiones en el sector servicios con un mayor componente de trato humano, creatividad y habilidades sociales; se antoja fundamental potenciar estas características en las etapas iniciales del sistema educativo (Torrejón, 2017).

II. Protección general del trabajador especialmente sensible

Nuestra Constitución ya establece la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la seguridad e higiene en el trabajo en el artículo 40.2, derechos concebidos que afectan a la dignidad, salud e integridad física del trabajador como reconoce el artículo 4.2. d) y e) del Estatuto de los Trabajadores. Encontramos, por tanto, tal y como nos indica la doctrina, una especial protección sobre la salud laboral como interés jurídico protegido por estas previsiones en virtud del contrato de trabajo (López, 2010). Con anterioridad a estas disposiciones, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 07 de diciembre del 2000, establecía la obligación de asegurar el derecho del trabajador a realizar su trabajo en condiciones adecuadas de salud, seguridad y dignidad. Para proteger esas condiciones en el ordenamiento jurídico español, la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y los reglamentos de desarrollo, ha fijado las medidas que, desde distintos

enfoques, las normas que regulen los derechos y obligaciones de los trabajadores especialmente sensibles.

La Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (en adelante, DM), establece que los grupos de trabajadores especialmente sensibles por razón de los riesgos a los que se encuentran expuestos merecen una especial protección. Los colectivos y el régimen jurídico que les aplica han sido regulado posteriormente por la Directiva relativa a la protección de la maternidad (Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre) y al trabajo de los menores (Directiva 94/33/CE, de 22 de junio).

Nuestro legislador, en la tarea de transposición de la Directiva Marco, ha incrementado el alcance de la protección descrita para recoger las vulneraciones sobre los derechos del trabajador en aspectos como las circunstancias personales y el estado psicológico y biológico del trabajador (López, 2010).

La empresa debe asignar tareas intentado evitar, preventivamente, los riesgos derivados de las posibles circunstancias que provoquen la vulnerabilidad de los trabajadores como pueden ser la juventud, la discapacidad o la maternidad; causas que condicionan al trabajador por su situación y no por el trabajo en sí mismo. De igual forma, cuando las empresas realizan contratos precarios en cuanto a su duración o dedicación, se estará situando también al trabajador en posiciones ciertamente vulnerables.

En España existe una parte de la población que plantea a los poderes públicos enormes problemas en materia de servicios sociales y empleo. Estos grupos son aquellos ciudadanos que, debido a factores estructurales o discriminatorios, se encuentran con problemas de salud, adicciones, sobreendeudamiento, baja cualificación...

Para todas ellas, se han diseñado actuaciones particulares que han influido poco en la situación que experimentan estos sujetos vulnerables, por lo que, parece más conveniente una actuación conjunta de servicios sociales y empleo, tal y como plantea acertadamente Laparra y Martínez (2021).

Sin embargo, en nuestro país, sucede a menudo que las actuaciones de empleo se enmarcan en las competencias de las conserjerías de política económica, mientras que los servicios sociales suelen tener su propia conserjería; circunstancia que hace que no existan prácticamente casos de coordinación en materia servicios sociales y empleo.

Encontramos, como uno de los pocos ejemplos, la Región de Murcia, que ha creado un protocolo de coordinación para mejorar la inserción sociolaboral de personas en riesgo de exclusión social, para usar herramientas compartidas entre el Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF), Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) y la Dirección General de Familia y Políticas Sociales.

Otro ejemplo lo encontramos en la Comunidad Foral de Navarra, en la que los servicios sociales y las políticas activas de empleo dependen del mismo Departamento de Derechos Sociales, lo que ha logrado que se refuercen los procesos de coordinación e integración de las actuaciones. Este modelo de intervención profesional centrado en la persona, según ha entendido la doctrina más autorizada (Laparra y Martínez, 2021), puede resultar esencial para lograr el equilibrio entre activación y protección de los agentes más vulnerables.

III. Concepción de trabajadores vulnerables y su contextualización en el marco jurídico internacional

Inicialmente, partimos de la consideración general de que todos los trabajadores no estándar son vulnerables, si bien la OIT ha entendido como trabajadores vulnerables las mujeres, las personas adultas mayores o discapacitadas, los jóvenes y los menos cualificados. Desde la Comunidad Internacional se ha de velar porque todos estos colectivos, tengan garantizada la protección del acceso al empleo como elemento fundamental de la integración social.

De igual forma, la doctrina considera que, en España, los hombres, los inmigrantes, los trabajadores familiares temporales y las personas con nivel educativo bajo son los que forman parte de las ocupaciones más vulnerables (Torrejón, 2017).

A nivel europeo, la Directiva 2000/78/CE prohibía la discriminación por razón de religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual en el empleo. Pese a ello, existen ciertas corrientes que consideran que la globalización ha apartado la regulación del mercado laboral, ya que la percepción es que la prosperidad económica solo ha ayudado a aquellas personas que tienen ya un trabajo en ciertas condiciones de seguridad (Rodgers, 2013).

Centrándonos en el tratamiento internacional normativo y doctrinal de los diversos grupos vulnerables, hemos de explicar a continuación la configuración jurídica de la protección otorgada por las empresas a cada uno de ellos.

3.1. Protección de los derechos laborales de la mujer en el ámbito universal

La primera norma que hemos de tener en cuenta es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1973, en la cual se incluyen obligaciones concretas para los Estados que hayan prestado su consentimiento expreso para obligarse.

En primer lugar, deben garantizar el derecho al trabajo, el derecho a las mismas oportunidades de empleo, el derecho a elegir libremente la profesión, a la formación profesional, derecho a igual remuneración e igualdad de trato respect del trabajo de igual valor.

En segundo lugar, impone a los estados la obligación de establecer las medidas suficientes para evitar discriminaciones en el ámbito laboral por razones familiar, tanto matrimonio como maternidad.

En el seno de la Organización Internacional del Trabajo, la mayoría de los Convenios y Recomendaciones son igualmente aplicables a los hombres y las mujeres, sin embargo, al haber situaciones que afectan particularmente a las mujeres, se han establecido convenios esenciales, entendiendo como tales los relativos a la igualdad de remuneración, discriminación en el empleo y ocupación, libertad sindical, ... (López, 2010).

En el ámbito europeo, la protección a los derechos relativos al trabajo en la empresa para la mujer, lo encontramos en la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, que trata los derechos de la mujer en materia de salud como en empleo y desarrolla el principio de no discriminación. Se reconoce el derecho a la protección de la maternidad y a condiciones de trabajo equitativas en cuanto a la remuneración y horas de trabajo.

El Derecho originario en material social, ha tenido como eje fundamental la igualdad de oportunidades y la no discriminación en asuntos de empleo y ocupación. De igual forma, el Derecho derivado, de forma muy temprana, se ocupó de la protección de los derechos laborales de la mujer en la Directiva aprobada el 10 de febrero de 1975 sobre la aproximación que los estados miembros debían realizar en su legislación, referida a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos.

Tras ella, se dieron otras tres Directivas más (76/207/CEE, 86/375/CEE y 97/80/CE), dirigidas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que culminó en la Directiva 2006/54/CE que estableció que cualquier disposición de los Estados contraria a este principio sería aboildada y declarada nula y sin efecto.

3.2. Protección de los derechos laborales de los menores

En cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes, las primeras medidas y disposiciones adoptadas pretendían protegerle de la explotación laboral y las condiciones degradantes a las que eran sometidos. Ello generó la creación de normativas que establecían, entre otras cuestiones, la edad mínima para trabajar (López, 2010).

Como primera referencia normativa internacional encontramos el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que establece la obligación de los Estados de prestar protección a los niños contra la explotación económica y social, fijar sanciones para el empleo de los niños en trabajos nocivos para su moral y su salud, así como la obligación de limitar las edades mínimas para trabajar. Estos parámetros los adopta también la Convención sobre los Derechos del

Niño, ya que prevé que, si un trabajo produce sobre el niño un peligro, un entropamiento de su educación o resulta nocivo para su salud y desarrollo, quedará prohibido.

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo, se ha regulado desde 1919 la edad mínima de acceso al trabajo en ámbitos laborales específicos. A pesar de que se han dado más de diez convenios que recogen previsiones sobre la protección de los niños en la realización de determinados trabajos; se armonizaron a través del Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado en Ginebra el 26 de junio de 1973, siendo el primer Convenio General internacional sobre la materia, sin embargo, parte de la doctrina considera este Convenio de escasa aplicación puesto que no ha sido ratificado por muchos estados (López, 2010).

La principal característica de este Convenio en cuanto a la edad para comenzar a trabajar de los niños reside en que se establece una relación directa entre la edad mínima para trabajar y la etapa de escolarización obligatoria, en el sentido de que los Estados parte, no podrán fijar una edad mínima para trabajar coincidente con la etapa de enseñanza obligatoria de los niños en cada ámbito territorial.

Así mismo, no resulta menos importante, el Convenio de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 01 de junio de 1999, en virtud del cual se pretende erradicar la explotación infantil. Se prevé que los Estados presten su colaboración internacional en la eliminación de las formas descritas de trabajo infantil, a través de la recopilación e intercambio de información sobre actos delictivos (trata de niños, uso de niños para actividades ilícitas, prostitución, pornografía...). Podemos decir, tal y como indica la doctrina, que este convenio ha resultado elemental para la lucha contra la explotación infantil y un referente básico de los Estados para legislar los actos que permitan la esclavitud laboral de los niños (López, 2010).

En el marco de la Unión Europea, se establece también un doble límite en cuanto a la edad mínima de trabajo para los niños. Por un lado, el límite fijado en la Carta Social Europea en el seno del Consejo de Europa,

cuando indica los quince años como edad mínima para la admisión al trabajo, a excepción de los niños que desarrollen trabajos ligeros que no hagan peligrar su salud, educación o moralidad. Por otro lado, la Carta de Turín, establece un nuevo límite al imponer la obligación de armonizar por parte de los Estados, la edad en la que el niño finaliza la etapa escolar obligatoria como la edad mínima de acceso al trabajo. Esta última cuestión ha sido duramente criticada por la doctrina más autorizada (López, 2010), por entender que, en el marco de la Unión Europea se dan las condiciones económicas y sociales para que se prohíba de forma contundente el acceso al trabajo de los niños en edad escolar.

En la Carta Social Europea revisada de 1996, se introducen mejoras importantes en la protección de los niños, pero manteniendo los dos límites descritos anteriormente. Basándose en la Directiva 94/33, que permite la armonización de las legislaciones de los Estados sobre el trabajo de los menores, se contempla en la Carta que se tomen medidas que prohíban actividades que supongan riesgos para la salud y la seguridad de los niños y que eviten la explotación económica de los mismos.

En cuanto a la lucha exterior contra el trabajo infantil se ha ejecutado a través de dos instrumentos: la Comunicación de la Comisión de 4 de julio de 2006, de carácter más general y; la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y Consejo Económico y Social de 5 de febrero de 2008.

Los objetivos que se persiguen son: la consideración de las políticas de protección de los derechos de los niños en todas las políticas internas y externas de la UE, reforzar las competencias en material de derechos del niño, promover los derechos del niño en las relaciones exteriores y realizar una comunicación más eficaz sobre los derechos del niño (López, 2010).

Parece en este punto razonable, que la Unión Europea se plantee la adopción de medidas que contribuyan de forma eficaz a erradicar el trabajo infantil, a pesar de no ser una tarea sencilla. Ha de hacerse, en primer lugar, una evaluación sobre el impacto del trabajo infantil de las relaciones comerciales, en segundo lugar, contemplar la planificación de la vigilancia y la corrección de de esas situaciones en las empresas e imponerles el

deber de informar sobre sus condiciones de trabajo y, por último, procedimientos legales adecuados de sanción a las empresas que vulneren los derechos de los niños.

3.3. Protección de los derechos laborales de los trabajadores migratorios

La primera protección desde el punto de vista internacional que se produce sobre los refugiados aparece con la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

El fenómeno de la migración internacional provocada principalmente por conflictos armados tiene un importante impacto en la mayor parte de Estados de la Sociedad internacional. Por este motivo, la reacción institucional se ha plasmado en normas de carácter internacional como la resolución 45/158 que recoge la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que entró en vigor el 1 de julio de 2003.

En especial, los migrantes en situación irregular tienen una vulnerabilidad especial que les lleva a sufrir situaciones de abuso y discriminación. Sin embargo, a pesar de la necesidad de protección de este colectivo, la citada Convención ha sido ratificada por muy pocos países. (Villaseñor, 2012).

Esta Convención basa su contenido en los principios de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos y en las normas fijadas por la Organización Internacional del trabajo diferenciando entre trabajador migratorio, fronterizo, por temporada, itinerante...excluyendo a refugiados y apátridas, es decir, se aparta de la tradicional concepción del Derecho Internacional de proteger a refugiados (López, 2010).

Se establece en esta Convención un órgano de vigilancia, como es el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios, que evalúa todos los informes que presentan los Estados. Igualmente, desde la ONU se ha potenciado la valoración de los distintos niveles de migración internacional y las políticas necesarias para afrontarlos. La principal finalidad es tratar de alcanzar los acuerdos de cooperación necesarios para lograr maximizar los beneficios que puede reportar al Estado de destino.

En relación con los derechos que se reconocen a los trabajadores migratorios y a sus familias en esta Convención, según indica la doctrina, el principal objetivo reside en que exista una igualdad en la remuneración y en las condiciones de empleo en estos trabajadores, a fin de que las empresas no empleen prácticas ilícitas con los trabajadores en esta situación (López, 2010).

En cuanto a las obligaciones para los Estados, deben tener dispuestos los servicios necesarios para atender la migración internacional, los órganos para organizar la contratación de estos trabajadores por parte de las empresas, medidas para su regreso ordenado, así como la adopción de medidas para evitar su inserción en mercados de empleo ilegales. Deben garantizar, asimismo, que los trabajadores migrantes tienen unas condiciones de vida idóneas y seguras.

Mención especial merece la protección de los migrantes en situación irregular, anteriormente citada. No existe ninguna herramienta jurídica que proteja específicamente a este colectivo, no obstante, los tratados internacionales establecen determinados derechos que son también aplicables a los migrantes en situación irregular, en materia de derechos humanos: derecho a la no discriminación e igualdad de trato, derecho a no ser sometido a la esclavitud ni a ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, derecho a condiciones de trabajo equitativas, derecho a fundar sindicatos y otras asociaciones y a afiliarse a ellos, derecho a la salud, derecho a la educación, protección contra el arresto y la detención arbitrarios y los derechos durante la detención o prisión, derecho a la igualdad con los nacionales en cuanto a la tutela judicial efectiva, prohibición de expulsión colectiva...(Villaseñor, 2012).

Así mismo, los órganos de tratados han ido recomendando a los Estados que han ido solicitando informes a este respecto, llevar a cabo una adecuada protección legislativa de los derechos de los trabajadores migrantes en general y en situación irregular en particular.

De igual forma, en el ámbito laboral, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, incorpora a los trabajadores migrantes en los

Convenios de esta Organización sobre libertad sindical, negociación colectiva, igualdad de remuneración, abolición del trabajo forzoso...

Centrándonos en la Unión Europea, se ha pretendido fijar una política migratoria común compatible con el contenido de la ciudadanía común, la igualdad y la no discriminación. Hemos de hacernos eco en este punto de la Comunicación de la Comisión de 17 de junio de 2008 “Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos”

Esta Comunicación plantea diez deferentes principios para ponerlos en práctica con las correspondientes acciones, al objeto de formular esa política común fundamentada en los principios de prosperidad, solidaridad y seguridad (López, 2010).

Esta protección se ha traducido en varias normas diferentes. Se puede hacer referencia a la Directiva del Consejo 2004/114/CE dirigida a establecer los requisitos para la admisión de los estudiantes en terceros países. La Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, que tiene como objetivo reforzar la capacidad de atracción de talento de la Unión Europea. Por su parte, la Directiva 2003/09/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 trata de favorecer la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países de larga duración.

A nivel europeo, es importante hablar también de uno de los marcos regulatorios más importantes en esta materia como son los “acuerdos de Schengüen”, que tienen como objetivo fundamental obtener unas condiciones de integración igual y completa de los inmigrantes extranjeros, en el acceso a los recursos necesarios para obtener unos mejores niveles de vida y una mayor protección de los derechos humanos (Bustamante, 2012).

La doctrina más autorizada recomienda (Bustamante, 2012), que la ONU produzca normativas que obliguen a los Estados a emitir anualmente la información sobre la fuerza de trabajo migrante que necesita a fin de que, la inmigración irregular se controle mejor por los estados, los mercados de

trabajo de cada país tengan la racionalidad adecuada y se respeten y protejan los derechos de este colectivo tan vulnerable.

3.4. Protección de los derechos laborales de personas con discapacidad

Desde la Organización Internacional del Trabajo se han tratado desde distintas perspectivas los medios de integración a las personas con discapacidad intentando eliminar las barreras fomentando la incorporación de estas personas al mercado laboral.

En la Conferencia Internacional de Trabajo, en 1925, se establece la Recomendación sobre indemnización por accidentes de trabajo, que proporciona principios a tener en cuenta sobre la compensación de los trabajadores accidentados. Se emplaza además a los Estados, a que fomenten las instituciones que permitan formar a los trabajadores accidentados en otro tipo de destrezas para reinsertarse.

Aunque se parta de la previsión inicial de la Declaración Universal de Derechos Humanos relativa al derecho de toda persona al trabajo, las condiciones justas..., sin embargo, ya con anterioridad, la OIT publicó en 1994 la Recomendación sobre la organización del empleo, que estableció que todos los trabajadores inválidos debían tener facilidades para la orientación profesional, formación y reeducación profesional (López, 2010).

En la misma línea de esta Recomendación, la OIT ha publicado desde entonces todos los convenios y normativas que ha producido desde entonces.

Así, en 1995 publicó la Recomendación sobre la adaptación y readaptación profesionales a los inválidos, que trató las previsiones principales en relación con la formación profesional, igualdad de oportunidades, etc.

Se han dado igualmente nuevas Recomendaciones, como la del año 1965, sobre las técnicas de los Estados Miembros en la readaptación y formación de las personas discapacitadas para nuevas formas de empleo, a fin de que las personas discapacitadas pudieran adaptarse a los cambios tecnológicos en los trabajos. También el Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos de 1975 instó a los Estados a que desarrollasen

sistemas flexibles y complementarios de orientación profesional, educación general...mediante los servicios públicos de empleo, con el objetivo de lograr la integración de estos colectivos en el mercado laboral.

Mención especial merece también el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas de 1983, que contiene medidas positivas de empleo para que los recursos a los que acceden los trabajadores discapacitados sean los que emplean el resto de ciudadanos, principio de normalización.

Según indica la doctrina (López, 2010), la Organización de Naciones Unidas no ha prestado especial atención a la protección de los derechos laborales de los discapacitados, no obstante, en el año 2006 se produce un hito definitivo en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad como último gran tratado de protección del grupo vulnerable de las personas con discapacidad, con el objetivo de promover el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad y garantizar el derecho a obtener un trabajo en las mismas condiciones que el resto.

IV. Contexto legislativo europeo

En el contexto de la Unión Europea, según indica parte de la doctrina, los elementos de cada Estado que componen el mercado de trabajo inciden en la inestabilidad e inseguridad que implican en el Mercado global. Se ha constatado, que los mercados de trabajo que tienen una mayor dependencia de pocos sectores productivos, mayor presencia de empleo precario y con estructuras de bienestar menos desarrolladas, han sufrido una mayor destrucción de empleo (García, 2018).

Según entiende esta parte de la doctrina, la salida de la crisis económica de 2008 se produjo fundamentalmente por la flexibilidad y precariedad del trabajador, ya que el trabajador queda a disposición del empleador puesto que se da una basculación de personas desde la situación de empleado a desempleado con enorme facilidad y además, con un bajo coste para el empleador.

Tal y como nos indica (Cano, 2011), se han elaborado normas en el ámbito internacional, en el marco de la protección de los Derechos Humanos, prestando especial atención a grupos que históricamente han sido desfavorecidos, como son: trabajadores migrantes, mujeres, niños. Se encuentran vigentes, por tanto, en la actualidad Tratados Internacionales que protegen de forma específica los derechos humanos de cada uno de estos grupos.

De igual forma, la Organización Internacional del Trabajo, como Organismo Especializado de las Naciones Unidas que procura fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente conocidos, tiene la función normativa de regular las Recomendaciones y convenios en el marco de las relaciones laborales (Cano, 2011).

Ya el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 187, de 31 de mayo de 2006, indicaba que los Estados debían fomentar la garantía de la salud laboral, protegiendo los derechos de los trabajadores a un entorno de trabajo seguro y saludable, a través de políticas nacionales sobre esta materia.

En el ámbito de la Unión Europea, hemos de mencionar un conjunto de Directivas que han tratado de fomentar condiciones laborales más justas y menos discriminatorias, desde distintas perspectivas.

4.1. Normativa sobre el derecho de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional al trabajo

En primer lugar, la 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, ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia STJUE de 14 de enero de 2021, en los asuntos C-322/19 y C-385/19 *The Internacional Protection Appeals Tribunal y otros*; en el sentido de que los Estados miembros no pueden extinguir la concesión de protección de internacional de acceso al mercado laboral, salvo en el momento del traslado definitivo del interesado con destino al Estado miembro requerido.

De igual forma, los Estados miembros, en virtud de lo dispuesto en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, encomienda a los Estados miembros que se tenga en cuenta, en la legislación interna de cada Estado, la consideración de la situación específica de las personas vulnerables y las necesidades de integración a las que se enfrentan (Rodríguez-Rico, 2021).

En esta misma línea, el Comité Económico y Social Europeo entiende que es conveniente que los refugiados tengan acceso a toda la documentación relativa a derechos y obligaciones del mercado laboral del Estado al que se incorporan, para ello, la normativa internacional ha diseñado dos itinerarios individualizados de acogida laboral para la inserción de los trabajadores: en primer lugar, se evalúan los perfiles y se derivan al recurso más conveniente; y en segundo lugar, una fase de acogida y preparación a la autonomía.

4.2. Normativa para dar cumplimiento a la integración de la flexibilidad de las empresas con la seguridad de los trabajadores

Hablaremos en este punto sobre varias Directivas que persiguen dar cumplimiento a los citados principios de “flexiseguridad” entendidos como elemento esencial de la política de empleo de la Unión Europea.

Cuando se habla por la doctrina de la flexibilidad, se está refiriendo a la promoción de la eficiencia económica, es decir, tender a una organización flexible del trabajo en el marco de la Unión Europea, puesto que sirve para que las empresas puedan dar respuesta a la presión de la globalización aumentando la competitividad (Rodgers, 2013).

En lo que respecta a la seguridad en el trabajo, hace falta que los trabajadores tengan la capacitación necesaria para mantener sus destrezas actualizadas y que tengan prestaciones adecuadas en las etapas en las que se encuentren en desempleo.

Frente a esta realidad dual a la que se enfrentan las empresas, el legislador europeo pretende fomentar la integración entre los derechos de los trabajadores y el desarrollo económico necesario, a fin de garantizar el derecho a la igualdad de trato sobre los trabajadores en el seno de la

empresa, intentando prevenir un abuso de la utilización de los contratos de duración determinada por parte de las empresas.

La Directiva 75/117 sobre igualdad salarial y la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato, entendida como la armonización de condiciones de vida y trabajo, persiguen dar cumplimiento a esta pretensión, fundamentada en el principio de no discriminación, sin embargo, la conciencia de la relación recíproca entre la eficiencia económica y los derechos no ha salido de la concepción doctrinal (Rodgers, 2013).

Por su parte, la Directiva de Trabajo a Tiempo Determinado, coincide en la aplicación de dicho principio de no discriminación unido al elemento de calidad, como un intento de asegurar una distribución justa entre costos y beneficios entre los trabajadores. La Directiva de las Agencias de Trabajo Temporal, persigue que se reconozca las agencias de trabajo temporal como empleadores, lo cual deriva en que los trabajadores contratados por ellas sean considerados como trabajadores y ostentar así derechos más amplios.

A tenor de lo descrito por la doctrina más autorizada en la materia (Rodgers, 2013), entiende que según la OIT, el trabajo ha de ser considerado como un artículo de comercio y al mismo tiempo, como un medio para lograr el bienestar personal y de integración social; parece así compatible la eficiencia económica de las empresas en el marco de la globalización y la calidad del trabajo.

Otro aspecto importante que deben tener en cuenta las empresas es la gestión de la diversidad, puesto que constituye un medio de tutela antidiscriminatoria, de gestión de la responsabilidad social y de la prevención de riesgos laborales. La empresa ha de crear un entorno laboral en el que se priorice el principio de igualdad y el respeto a la diversidad, ya que suponen un beneficio para la propia empresa en eficacia en el puesto de trabajo y de productividad, así como un beneficio para el trabajador en términos de comprensión de objetivos, mejora de su implicación y aumenta su compromiso en la empresa (Rodríguez-Rico, 2021).

V. Marco jurídico nacional

Parece unánime entre nuestra doctrina (García, 2018), que en el ámbito nacional la reforma laboral operada en 2012 tuvo el efecto positivo descrito anteriormente para el empresario, pero, sin duda, fue contraria para el trabajador, al situarlo en una posición de vaga capacidad de negociación de sus derechos, condenando a una parte importante de los trabajadores a una precariedad que se ha instalado como crónica en nuestro país y de clara injusticia social.

El legislador español entiende haber diseñado un mercado laboral en el que prevalece el capital sobre el trabajo y, según indica la doctrina más autorizada (García, 2018), deja a los trabajadores en situación de explotación para superar la crisis a través de los más vulnerables, como son: falsos autónomos, individuos que basculan entre empleo y desempleo, empleados que alternan empleo formal de informal, los inmersos en actividades de economía colaborativa, etc.

5.1. Obligaciones relativas al traslado y desplazamiento

Un aspecto que afecta tangencialmente a los trabajadores vulnerables reside en la movilidad o permanencia en los puestos de trabajo de determinados trabajadores vulnerables. El legislador estatal ha entendido que los representantes de los trabajadores no podrían desarrollar su función no encontrándose en el centro de trabajo.

Esta prioridad de permanencia se hizo extensiva a ciertos colectivos puesto que, en algunos casos, por circunstancias personales o familiares, la modificación de residencia por motivos de traslado profesional, provoca graves trastornos a personas vulnerables que han de ser protegidos (Sánchez, 2018).

La medida para articular esta posibilidad, la prevé el legislador en el año 2012 cuando da la posibilidad al empresario de fijar mediante convenio colectivo o por acuerdo con los trabajadores, prioridades de permanencia para trabajadores distintos de los representantes como son: mayores de cierta edad, con cargas familiares, con discapacidad, aunque pueden considerarse otros con otras condiciones.

El acuerdo en virtud del cual se desarrollará esta prioridad establecida por el artículo 40.7 del Estatuto de los Trabajadores, deberá indicar las circunstancias que quiere proteger el empresario y los parámetros de la prioridad de permanencia, respetando los límites de la negociación colectiva, sin que supongan una cobertura que resulte discriminatoria para el resto de los empleados.

Esta prioridad ha de ser entendida en relación con la movilidad como a los desplazamientos e igualmente, este tipo de privilegios suelen incorporarse a los acuerdos de las empresas con sus trabajadores, unidos a otros relativos a la protección social o la conciliación.

No obstante, y según la crítica más extendida entre la doctrina (Sánchez, 2018), este tipo de protección de las personas vulnerables en materia de desplazamientos, traslados, etc; no ha quedado ciertamente protegido legalmente como sí se aplica para los representantes de los trabajadores, sino que queda abierto a los acuerdos que se alcancen al respecto en la negociación colectiva.

5.2. Obligaciones relativas a la evaluación de riesgos e información al trabajador

Según establece nuestra norma de prevención de riesgos laborales y normativa reglamentaria de desarrollo, podemos entender que la evaluación de riesgos nos indicará los riesgos concretos que afectan a la salud laboral del trabajador y si la empresa, para casos puntuales, está generando riesgos adicionales a los existentes en un puesto concreto.

La obligación y la titularidad de la evaluación de riesgos, recae en la empresa, que deberá elaborarla para todos sus puestos de trabajo, aunque podrán consultar a los representantes de los trabajadores si es factible alguna mejora. En caso de no realizar esta evaluación, será considerada una infracción grave por parte de la empresa.

La evaluación de riesgos que debe realizar la empresa con respecto a personas vulnerables será, por un lado, una protección objetiva, relacionada con los riesgos propios del puesto de trabajo que ocupa el trabajador y, por otro lado, subjetiva sobre las circunstancias personales en

función de la circunstancia personal concreta que provoca su vulnerabilidad (López, 2010).

El documento de evaluación de riesgos, según nuestra norma de prevención de riesgos y el reglamento de desarrollo, deberá cumplir la finalidad de acondicionar el puesto de trabajo a las circunstancias personales de cada trabajador.

Una vez se ha realizado la evaluación de riesgos específica de trabajadores vulnerables, la empresa debe reducir lo máximo posible los riesgos del puesto de trabajo, en otras áreas de trabajo en la que los trabajadores puedan permanecer durante su tiempo en el centro de trabajo y, si es necesario, no permitir el acceso a ciertas zonas. En cuanto a la evaluación de los trabajadores no vulnerables, quedará en el marco de una evaluación colectiva que todas las empresas deberán realizar de forma general para la totalidad de sus empleados (López, 2010).

Así mismo, la evaluación de riesgos es un documento de carácter dinámico, ya que precisa que se vaya adecuando a los posibles cambios de las condiciones de trabajo o incorporaciones de nuevos trabajadores con determinadas condiciones de vulnerabilidad. Por todo ello, precisa que cumpla las revisiones de control que establece la normativa aplicable y que se actualice periódicamente adecuando las medidas de seguridad.

El documento de evaluación de riesgos ha de ser incorporado al plan de prevención, en el que se van a diseñar, en función de los resultados que arroje la evaluación de riesgos, las medidas económicas, humanas y materiales conducentes a eliminar los riesgos encontrados para trabajadores especialmente sensibles. Igualmente, el plan de prevención ha de ser objeto de actualización periódica, por lo que no tiene carácter estático.

En cuanto a la información al trabajador, la empresa, una vez evaluados los riesgos y planificadas las medidas de prevención, tiene la obligación de comunicar a cada trabajador los riesgos existentes que afectan a sus circunstancias personales que no puede mitigar y las medidas para que el trabajador pueda evitarlos.

La doctrina más autorizada (López, 2010), ha considerado en este punto, que no se ha dado cumplimiento por parte de nuestra normativa interna, a la obligación de transposición de la Directiva Marco, puesto que en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales vigente, no está prevista la obligación de información sobre posibles riesgos de trabajadores vulnerables, sino sólo sobre la evaluación relativa al colectivo total de trabajadores de la empresa.

De igual forma, el trabajador no tiene la obligación de informar al empresario de determinados aspectos de salud que pertenezcan a la esfera de su intimidad, siempre que no afecten a su actividad laboral.

Los poderes públicos tienen la potestad sancionadora en caso de que las empresas no cumplan con las obligaciones de prevención de riesgos laborales. Para concretar los actos de las empresas susceptibles de ser sancionados por la Administración Pública, hemos de remitirnos al artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales, que establece la aplicación de sanciones leves, graves o muy graves en función del hecho que se está considerando.

De igual forma, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, fija aquellos comportamientos de la empresa con los trabajadores especialmente sensibles, que les puedan resultar lesivos.

No obstante, el empresario tiene la obligación, en primer lugar, de dar cumplimiento a los requerimientos a nivel preventivo para todo el colectivo de trabajadores y, en este sentido, se considerarán infracciones leves aquellas que no causen daño a la salud del trabajador, mientras que serán graves las que pongan en situación de peligro la integridad del trabajador.

Así pues, y de igual manera que para un trabajador vulnerable, es esencial que se dé el presupuesto de que exista un riesgo o peligro grave e inminente para el trabajador y, hay que tener claro que, lo que se penaliza del empresario es la no adopción de medidas de prevención para la evitación de riesgos para la salud de los trabajadores (López, 2010).

La principal infracción considerada como grave será adscribir a los trabajadores a puestos de trabajo que no sean compatibles con las circunstancias personales que les convierten en personal vulnerable.

Para ello, es necesario acreditar mediante prueba documental el estado físico o de salud que justifique que el trabajador no reúne las condiciones para ocupar determinado puesto de trabajo o que, de la evaluación de riesgos realizada para el puesto en concreto, se deducen riesgos del puesto de trabajo que pueden producir menoscabo en la salud del trabajador; y el empresario, conociendo ambas circunstancias, ha empleado al trabajador en la realización de dichas tareas.

Otra infracción importante por parte del empresario se encuentra en los casos en los que se superen los límites de exposición a agentes nocivos para su salud, a la que someta el empresario al trabajador. Suelen darse en situaciones en las que no se haya informado de manera adecuada o no se haya impartido la formación adecuada a evitar esa sobreexposición perjudicial para su salud.

También es tenido en cuenta por la normativa de prevención de riesgos la vulneración del deber de confidencialidad en el uso de la vigilancia de datos de salud del trabajador. Esto es, el empresario no podrá tener acceso a la información sobre la salud de los trabajadores salvo autorización expresa, siendo el personal sanitario correspondiente el único autotizado para tratar dicha documentación e información.

En los supuestos descritos, el empresario tendrá el deber de adoptar las medidas preventivas tendentes a evitar los riesgos derivados de dichas situaciones, reubicar al trabajador en puestos que se adecúen a su condición profesional y circunstancias personales o, en último término, si estos medios no son factibles o suficientes, el trabajador podrá incluso suspender el contrato de trabajo (López, 2010).

De idéntico modo, el empresario que, de forma unilateral, cuando para tratar de adecuar las condiciones del trabajo del trabajador vulnerable a sus circunstancias particulares, incurra en alguna comisión de discriminación sobre cualquier trabajador, en materia de retribuciones, jornada o formación, se considerará como una infracción muy grave.

VI. Situación actual de precariedad laboral y sus principales causas

La mayor parte de estudios sobre relaciones laborales en la actualidad, coinciden en considerarlas como precarias y causadas por un modelo económico procedente de la crisis que ha cronificado la precariedad del mercado laboral actual.

Tal es así que desde las organizaciones sindicales se identifican tres causas que provocan la fragilidad de la clase trabajadora: indefensión del trabajador, sistema normativo y sistema de prevención y control.

6.1. Indefensión del trabajador

En relación a este primer aspecto, vemos cómo el trabajador ha sufrido, por un lado, la crisis del sindicalismo y, por otro, el miedo de los trabajadores a perder su puesto de trabajo, lo que derivaba en la actitud sumisa de los trabajadores ante la citada precariedad.

Los sindicatos, por su parte, no han sido muy autocríticos en el reconocimiento de la debilidad en la que se han instaurado. Los mayoritarios han ido perdiendo la confianza de los trabajadores por la falta de consenso en los acuerdos que alcanzaban y los minoritarios en los que los trabajadores participan directamente en las estrategias a seguir frente al empresario (Gallardo, 2021).

La pérdida de la noción de clase por parte de los trabajadores deteriora la relación con el sindicato puesto que entiende que la causa de su situación se encuentra en la inacción del sindicato y no en su pasividad ante su situación.

6.2. Sistema normativo

Parece unánime la postura sindical en el sentido de considerar como insuficiente la protección que concede el derecho del trabajo en la actualidad a los grupos más vulnerables, puesto que todos ellos consideran que las últimas reformas legales en el ámbito laboral han provocado una pérdida de derechos y garantías ya consolidados con anterioridad.

Unido a esto, la doctrina laboralista (Gallardo, 2021) ha considerado que las empresas han utilizado determinadas formas jurídicas contractuales como fraudulentas a fin de ahorrar costes a través de la explotación laboral, como son los contratos de formación.

6.3. Prevención y control

Merece especial atención exponer cómo los mecanismos de control social (derecho laboral sancionador y el derecho penal) y de inspección laboral, no se han realizado de la forma más adecuada a la consecución de sus fines. Se antoja fundamental, a juicio de un sector doctrinal (Gallardo, 2021), una coordinación suficiente por parte de los poderes públicos entre las sanciones administrativas y penales en los casos en los que el empresario no cumpla con sus obligaciones con los trabajadores.

Los agentes sindicales han expresado su desconfianza en los mecanismos preventivos puesto que las sanciones a los empresarios habitualmente son pecuniarias e implican costes para el empresario, presentándose por tanto como ineficaces para evitar un tratamiento inadecuado por parte del empresario sobre el trabajador.

Así mismo, la Inspección de Trabajo resulta señalada puesto que avisa de forma previa a la inspección al empresario, de tal manera que permite al mismo disponer de tiempo suficiente para ocultar las posibles pruebas de vulneraciones que esté cometiendo con respecto a los trabajadores (Gallardo, 2021). Igualmente, es una crítica también unánime que el principal objetivo de la Inspección laboral se encuentra en la recaudación, dejando de lado las posibles sanciones a imponer al empresario infractor.

Parece evidente que las cuestiones expuestas inciden también en la vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador ante un sistema de control que parece parcialmente ineficiente.

VII. Tratamiento doctrinal de las recientes propuestas de mejora de la protección social

En el marco de la política económica internacional, para la creación de un mercado laboral más igualitario, la doctrina considera esencial la

negociación colectiva, puesto que puede ser de gran utilidad para ayudar en la adecuación de la empresa a los retos que se presentan en el ámbito de la digitalización, la globalización... (Hayter y Visser, 2021).

En este contexto, en la mayor parte de países, los convenios colectivos se aplican de hecho a todos los trabajadores de un sector, con independencia de si están representados por los sindicatos firmantes del convenio o no.

De igual forma, el concepto de extensión, utilizado en términos de negociación colectiva, implica la sujeción de todas las empresas de una determinada industria a las normas comunes que las rigen. Puede ser voluntaria, cuando las empresas deciden adherirse y cumplir las condiciones del convenio, u obligatoria, cuando los poderes públicos establecen que el convenio es aplicable y vinculante para todos los agentes de una industria determinada: empleadores, trabajadores...

A nivel jurídico, en 1949, la OIT adoptó el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, que establece que se deben adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar el desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria para regular las condiciones de empleo.

De igual forma, la Recomendación sobre contratos colectivos de 1951, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, consideraba que se debían tomar las medidas legislativas a nivel nacional, para que la aplicación de los convenios sea extensiva a todos los trabajadores y empleadores de un ámbito profesional y territorial determinado.

Se debían cumplir para ello 3 condiciones: el contrato debía comprender un número de trabajadores y empleadores representativo, la solicitud de extensión debía hacerse por una o varias organizaciones de trabajadores y empleadores, y éstas, podían presentar sus observaciones (Hayter y Visser, 2021).

En la mayoría de los países, la mayoría de representación requerida suele ser del 50% de los trabajadores de un sector o industria. Se suele utilizar también un proceso de toma de decisiones transparente en el que se consideren los criterios de los no afiliados antes de tomar la decisión de

extensión. Otras normativas internas de los Estados incluyen la evaluación del interés público, es decir, que los poderes públicos tengan en cuenta los efectos de la extensión en otros ámbitos como la economía, el empleo...

En estos casos en los que la intervención gubernamental tenga lugar, puede darse la situación de que esa injerencia suponga la pérdida de voluntariedad de la negociación colectiva.

Cuando se detecte que se están vulnerando los intereses de una de las partes o que, se están incumpliendo las normas previstas en el convenio, se deben reunir las partes nuevamente para equilibrar las prestaciones.

Puede darse el caso de que ciertas empresas queden exentas de la aplicación de un convenio cuando su producto o mercado laboral es diferente de la norma industrial. En estos casos, suelen ser empresas que tienen su propio convenio colectivo respetando siempre los estándares del sector.

Esta medida que permite, en el ámbito laboral, reforzar la negociación colectiva, ha sido criticada por la doctrina en el sentido de que limita la libertad de empresa, refuerza el poder de negociación de los sindicatos, perjudica los intereses de los trabajadores y las empresas e interfiere en la descentralización de la negociación (Hayter y Visser, 2021).

En relación con la imposición de un contrato sin haber una negociación y una autonomía de las partes, implica que la negociación colectiva ayude a que la empresa no tenga una posición dominante sobre el trabajador, sino que los acuerdos se equilibren.

Desde el punto de vista estrictamente económico, se puede considerar que la negociación colectiva provoca que se establezca la economía, puesto que ante las posibles subidas de precios, se pueden plantear solicitudes de subidas de salarios que las acompañen.

Los intereses de los trabajadores y de las pequeñas empresas no son tenidos en cuenta cuando se produce la extensión de la eficacia general del convenio puesto que, algunas de las cláusulas no se cumplen para determinadas empresas pequeñas. Según considera la doctrina de forma

crítica, hay asociaciones de empresas no representativas que pueden usar las extensiones como un medio anticompetitivo (Hayter y Visser, 2021).

En el marco español, el Acuerdo titulado “Coalición Progresista: Un Nuevo acuerdo para España” de 30 de noviembre de 2019, constituye el documento fundamental de acuerdos del gobierno actual y la doctrina se ha centrado en las medidas que se planteaban para consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad, unas con carácter más inmediato y otras a largo plazo (Gómez Salado, 2020).

Más allá de la obvia intención de cualquier gobierno de lograr un crecimiento sostenible y creación de empleo, se establece en el acuerdo, como elemento fundamental de la creación de empleo, la transformación estructural que favorezca la capacidad de creación de empleo y la modernización del sistema productivo.

Con este objetivo, se enuncian una serie de mejoras que vamos a exponer a continuación, con la perspectiva crítica aportada por la doctrina (Gómez Salado, 2020). En primer lugar, se centrarán en perfeccionar las políticas de empleo, realizar una política activa de vivienda, protección del estado de bienestar y de las familias. Se fijaba también en este acuerdo, la creación de un nuevo Estatuto de los trabajadores con vocación de permanencia, que regulase todas las nuevas realidades laborales existentes haciendo compatible la defensa de los derechos de los trabajadores con el crecimiento empresarial.

Se anunciaba igualmente, la derogación de la reforma laboral operada en 2012 y a la que ya hemos hecho mención en este trabajo. Se pretendía, por un lado, eliminar la posibilidad del empresario de extinguir el contrato de trabajo por absentismo durante el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, cuestión que ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en el año 2019⁷.

De igual forma, y en relación con la negociación colectiva, se pretendían dos medidas: dar prioridad a la aplicación de los convenios colectivos de empresa sobre los sectoriales, y la derogación del límite de un año a la

⁷ STC num. 118/2019 de 16 de octubre de 2019.

ultractividad del convenio colectivo, por lo que el conenio seguiría aplicandose hasta la aprobación de un nuevo convenio.

Como medidas generales adicionales, es interesante hacerse eco de la progresiva subida del salario mínimo interprofesional; algunas medidas en materia de contratación como los “contratos formativos” con la finalidad de formar a los profesionales a través de la prestación de servicios, recuperación de los derechos laborales en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o reforzar el control en la contratación a tiempo parcial; así como medidas para evitar el fraude laboral.

Pero centrándonos en medidas de reforma aplicables a los colectivos en situación de vulnerabilidad, hemos de mencionar las que expresamente indica la doctrina (Gómez, 2020):

La contribución al fomento de la economía social a través de la adopción de actividades en el sector privado para fomentar la consecución de fines de interés general. Se hará la pertinente revisión de la normativa en prevención de riesgos laborales en línea con las nuevas formas de organización del trabajo. Se presta especial atención a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal y racionalización de los horarios. La necesaria plena integración en el Régimen General de Seguridad Social de las empleadas de hogar, así como los programas de retorno de las personas emigradas.

Por último, una serie de medidas en materia de garantía de igualdad entre mujeres y hombres en el empleo relacionadas con aspectos retributivos, igualdad de permisos por maternidad/paternidad, adaptación de la jornada de trabajo, pacto para racionalización de horarios...

El tiempo transcurrido ha demostrado que algunas de las medidas han podido ser ya puestas en marcha, mientras que aquellas que afectan a los colectivos más débiles, debido principalmente a las dificultades que plantea la difícil progresión de la recuperación económica en el contexto sanitario y geopolítico en el que nos encontramos, van a depender de las respuestas en los próximos meses de los agentes políticos, económicos y sociales a la situación general actual.

VIII. A modo de reflexión final

Queda constatado que las empresas han de procurar una gestión preventiva de los aspectos sociales y culturales que tienen impacto en el trabajador, además de los propios del entorno laboral. Esto es, cuestiones como el desarraigo social de un trabajador pueden afectar a su salud psicosocial y tener efectos en el rendimiento del trabajador en la empresa. Por todo ellos, se antojan necesarias medidas de tutorización e integración laboral en el seno de las empresas.

Además, parece evidente, cómo la adecuada gestión interna de la diversidad cultural tiene un impacto importante en la salud laboral, por lo que resulta altamente recomendable para las empresas, promover un buen clima laboral. En ese entorno, los trabajadores percibirán que son tenidos en cuenta para su compromiso con la compañía y contribuirá a evitar los conflictos interpersonales, así como el absentismo y la rotación.

La extensión de los convenios colectivos también se ha identificado como un medio para proteger unas condiciones de empleo básicas en sectores claves de la economía, ya que, por un lado, promueve la asociación de las empresas empleadoras y el carácter inclusivo de los convenios colectivos para trabajadores en situaciones más precarias y vulnerables (autónomos, migrantes y trabajadores de empresas más pequeñas), y por otro, estabiliza y mejora la cobertura de la negociación colectiva.

En materia de desplazamientos y traslados de trabajadores que puedan suponer un grave trastorno para personas vulnerables, parece que el legislador tiene pendiente establecer una norma que establezca claramente la obligación de la empresa de salvaguardar la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo para personas vulnerables, puesto que, en la actualidad, queda abierto a los acuerdos que logren empresario y trabajador en el marco de la negociación colectiva.

La revisión histórica de la cesión de determinados derechos del trabajador hace necesaria claramente una normativa más garantista y protectora del trabajador como parte débil de la relación laboral, para terminar con la precariedad e inestabilidad crónica detectada tras la última crisis financiera padecida en nuestro país y a nivel mundial. De igual forma, los

mecanismos de control han de ser revisados, a fin de coordinar las sanciones administrativas y penales. Igualmente, la función de la inspección de trabajo ha de ir acompañada de la labor de control fiscal.

La Organización Internacional del Trabajo, así como Naciones Unidas y en general la Comunidad Internacional, ha tratado de velar a lo largo de la historia reciente, por la protección de los colectivos más vulnerables a través de la producción de normativa muy diversa, que permita la integración y la readaptación de los trabajadores vulnerables a mercados laborables que se encuentran en constante evolución por el impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral mundial.

Se hace necesaria, no obstante, una regulación específica en el marco internacional actual, que permita la adecuada inclusión de estos colectivos en la nueva realidad laboral que viven las empresas y los trabajadores, presidida, en algunos sectores de actividad, por elementos como el teletrabajo, las videoconferencias, los mercados de productos online...

Igualmente, a partir de esta investigación, se puede concluir que, en el marco regulatorio estatal, se precisa de una legislación más protectora con los trabajadores en situaciones de especial vulnerabilidad, obligando a las empresas a dar cumplimiento estricto a la misma, así como una adecuada coordinación institucional entre las distintas consejerías autonómicas, a fin de crear protocolos de integración de la protección y activación de medidas basadas en un modelo de intervención centrado en la persona.

No obstante lo anterior, se considera de forma unánime entre la doctrina mayoritaria más autorizada en la materia, que los esfuerzos por parte del legislador internacional, así como del estatal, no tendrán como retorno una mejor protección del colectivo de los trabajadores si no se acompaña de una adecuada interpretación normativa por parte de la jurisprudencia y de una implantación en el seno de la empresa, de una cultura de calidad en el empleo. Este aspecto se presenta con mayor relevancia en el entorno actual de crisis económica y precarización del mercado laboral, con la finalidad última de mitigar que esta situación se vuelva crónica.

IX. Reconocimientos

Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Camilo José Cela en el marco del Proyecto "Consideraciones en torno a los derechos fundamentales frente a los retos productivos y sociales en la era digital". DEFSOD 21-22.

Referencias

- Bustamante Fernández, J. A. (2012). La "Responsabilidad de Estado" y las Migraciones Internacionales. En Damián Martín, A. O. y Arredondo Galván, F. J. (Coords), *Derecho de la migración*. 123-152. Editorial Porrúa. Centro de Investigación e Informática Jurídica.
- Cano Linares M. A. y Trinidad Núñez P. (2011). *Grupos vulnerables y desfavorecidos: protección contra su explotación laboral*. Dykinson.
- Gallardo Garcia R. M. (2021). La mirada sindical ante el sistema de protección laboral y penal de los trabajadores. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS, Extra 7*, 1-15.
- García i Nogueroles J. M. (2018) Trabajadores all-included: flexibilidad, devaluación y precariedad en el modelo español de superación de la crisis. *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, (5), 271-283.
- Gómez Salado M.A. (2020). Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado "Coalición Progresista": un análisis jurídico laboral. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 5(1), 215-242.
- Hayter, S. y Visser, J. (2021). Por una negociación colectiva más inclusiva: la extensión de los convenios colectivos. *Revista internacional del trabajo*. 140(2), 183-212.
- Laparra Navarro, M. y Martínez, L. (2021) La integración de servicios sociales y de empleo en el debate entre protección y activación. *Papers: revista de sociología*, 106(3), 467-494.

- López Ahumada, J. E. (2010). *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales protección jurídico-laboral*. Marcial Pons.
- Pacheco Ramos, J. M. y Muñoz Sangoquiza M. E. (2020) Reforma al artículo 195.1 del Código de Trabajo, para que se amplíe la protección del Despido Ineficaz al sector de los trabajadores que tienen discapacidad. *Dominio de las Ciencias*, 6(2), 347-365.
- Rodgers L. (2013). Trabajadores vulnerables, trabajo precario y las justificaciones para el derecho del trabajo: un estudio comparado. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(1), 1-37.
- Rodríguez-Rico Roldán, V. (2021). El estatus jurídico-laboral de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional. En Durán Ruiz, F. J.; Cuesta Revilla, J. y Navarro Ortega, A. (Coords), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género* (131-153). Editorial Aranzadi.
- Sánchez Linde, M. (2018). La prioridad de permanencia de los trabajadores vulnerables en la movilidad geográfica. *Diario La Ley*, 9159, 1-6.
- Torrejón Pérez, S. (2017). Ocupaciones y trabajadores vulnerables: Los cambios del lado de la demanda de empleo y sus implicaciones desde el punto de vista de la desigualdad y el género. *Revista de Economía Laboral*. 14(2) ,137-168.
- Villaseñor Goizueta, A. (2012). El trabajador migrante en situación irregular como verdadero titular de Derechos Fundamentales en el ámbito Internacional. En Damián Martín, A. O. y Arredondo Galván, F. J. (Coords), *Derecho de la migración*. 1-21. Editorial Porrúa. Centro de Investigación e Informática Jurídica.

Capítulo 8. Importancia de la *voluntas testatoris* del causante-testador enfermo de COVID-19 y posibles testamentos sin intervención notarial en caso de pandemia

Elisa Muñoz Catalán

Universidad Internacional de La Rioja

I. Introducción

Con la elaboración de la presente investigación nuestro objetivo principal es analizar cómo la situación actual de pandemia ha generado la necesidad de conocer mejor y profundizar en la regulación jurídica de un conjunto de testamentos contemplados en el Código Civil español (CC) y que, por sus circunstancias excepcionales y a diferencia del testamento abierto notarial que es el más común, no requieren inicialmente para ser otorgados la intervención del notario y en los que prima, en todo caso, la *voluntas testatoris* del causante-testador enfermo de COVID-19 o que teme por su vida.

Nos estamos refiriendo entonces, muy particularmente, al testamento ológrafo, al testamento en peligro inminente de muerte y al testamento en tiempo de epidemia, así como a otros testamentos especiales como el testamento militar, el marítimo y el testamento hecho en país extranjero; a los tres primeros les dedicaremos un apartado específico de nuestro trabajo ahondando, muy especialmente, en la doctrina jurisprudencial existente sobre los mismos.

Como se tuvo ocasión de avanzar (Muñoz, 2020) el mismo no resulta novedoso y ya encontramos su antecedente histórico-jurídico en el propio Derecho Romano con el conocido como *testamentum tempore pestis* para que pudiera ser otorgado un testamento en caso de las frecuentes epidemias que azotaron a Roma, si se otorgaba en presencia de testigos, quienes no tenían por qué estar al lado del otorgante contagiado pero sí

cercanos, y donde ya se flexibilizó la exigencia del requisito de unidad de acto, propio de los testamentos (Constituciones de Diocleciano: C. 6.23.8 y C. 6.23.9).

La premisa general de la que vamos a partir y que, de algún modo, justifica la elección del tema objeto de investigación es que en dichos testamentos sin intervención notarial la clave va a ser determinar la voluntad del testador, su estado de salud, las circunstancias que le rodean y si el mismo sobrevive (a la pandemia); así como mantendremos que por su vocación de permanencia en el tiempo y el hecho de no exigir ni enfermedad del testador ni existencia de pandemia, únicamente el testamento ológrafo - *ante estas circunstancias tan excepcionales como la que nos encontramos debido a la enfermedad contagiosa del coronavirus-*, podría en su caso tener virtualidad práctica y ser aplicado, si se cumplen los presupuestos y requisitos que, a continuación, detallaremos y que han sido puestos de manifiesto por la doctrina de los tribunales.

Por lo que respecta a la metodología que ha sido utilizada a lo largo de nuestra exposición, cabe reseñar que hemos hecho uso de una metodología descriptiva basada en una revisión bibliográfica de literatura relacionada con últimas investigaciones sobre la posible aplicación de testamentos sin intervención del notario ante el gran número de fallecimientos que se han dado en España desde que se decretara en el año 2020 la pandemia generada por la COVID-19.

A tal efecto, ofreceremos un examen de la doctrina jurisprudencial existente en esta materia que resultará clave en materia de testamentos notarial, así como pondremos de manifiesto la escasez de resoluciones judiciales dictadas por el TS en caso de epidemia. En este punto, analizaremos diversas sentencias del TS sobre testamentos ológrafos y testamentos en caso de peligro inminente de muerte, cuyos pronunciamientos judiciales merecen ser destacados, así como llevaremos a cabo una revisión y estudio de la normativa aplicable a todos estos testamentos, reseñada en el último apartado de nuestro trabajo, partiendo de lo dispuesto en el vigente CC -*más recientemente reformado por la Ley 8/2021-*.

II. Los Testamentos sin intervención notarial en el CC ante la actual pandemia

2.1. Análisis jurídico-actual del testamento ológrafo

Como avanzábamos previamente, de los testamentos sin intervención del notario existentes en nuestro ordenamiento jurídico actual, únicamente el testamento ológrafo, ante las circunstancias tan excepcionales que nos encontramos por la pandemia generada a causa de la COVID-19, podría tener virtualidad práctica y ser eficaz, siempre que se cumplan todos los requisitos exigidos por el CC y por el Tribunal Supremo, como ahora expondremos. De hecho, no requiere de la previa declaración oficial de epidemia y de sus requisitos se deriva que posee una naturaleza jurídica más reservada (Calaza, 2020) -puesto que no solo es un testamento sin intervención notarial, sino que el testamento ológrafo se otorga sin testigos- a diferencia, por ejemplo, del testamento ante peligro inminente de muerte o el testamento en tiempo de epidemia.

En primer lugar y poniendo en conexión los artículos 676-680 CC, se puede observar que el testamento puede ser común o especial: 1º el común puede ser ológrafo, abierto o cerrado; 2º son testamentos especiales el militar, el marítimo, y el testamento hecho en país extranjero. Matizando textualmente el artículo 678 CC que el testamento ológrafo, que en este apartado de nuestro trabajo estamos examinando, es aquel testamento que tiene lugar cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688 CC, que ahora detallaremos.

Considerándose, asimismo, que es abierto todo testamento en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone (artículo 679 CC); y que el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto (artículo 680 CC).

En este punto y, destacando la virtualidad práctica del testamento ológrafo, la profesora Moretón (2011, p. 2773) nos recuerda textualmente que:

La actualidad y vigencia del testamento ológrafo es innegable, y así se pone de manifiesto en las constantes resoluciones judiciales de las que trae causa, suscitadas por las controversias entre los beneficiarios de dichas disposiciones mortis causa y quienes se creían beneficiarios de bienes y derechos del causante.

Pues bien, podemos afirmar que los requisitos del testamento ológrafo -y que como veremos, difieren del testamento en tiempo epidemia o el testamento en caso de peligro inminente de muerte-, son (artículo 688 CC):

1º Solo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

2º Para que sea válido este testamento deberá estar totalmente escrito y firmado por el testador, con expresión de año, mes y día en que se otorgue.

3º Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

De los tres requisitos examinados hasta ahora (Faus, 2020), el TS se ha pronunciado manteniendo expresamente que tienen el carácter de esencial para el otorgamiento de testamentos ológrafos, siendo indispensable su concurrencia para la validez de estos. No obstante, los requisitos que exige el artículo 688 CC en cuanto a autografía, firma, fecha y que el mismo se presente sin enmiendas, en ningún caso incluye la habitualidad de la firma.

En ese sentido, como “firma habitual o usual” se debe interpretar aquella firma que se usa en el momento actual y presente, teniendo en cuenta la persona que lo otorga y sus circunstancias (por ejemplo, si es o no de avanzada edad), sin olvidar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. De modo que el TS considera que la firma no tiene por qué ser idéntica a las anteriores, sino que lo que se pide es que no sea distinta.

Así pues, resulta interesante la antes mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 322/2011, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 2011, en la que en su Fundamento Jurídico 3º señala textualmente que las sentencias de Instancia rechazaron la alegación porque los requisitos que exige para el testamento ológrafo el artículo 688 (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma y se ha declarado la autenticidad de esta. Lo cual es cierto y también es cierto que: *“La doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma “habitual” o “usual”, pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma debe ser idéntica a las anteriores, sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente”*. Concluyendo el TS que, igualmente, doctrina y jurisprudencia (desde la STS de 8 de junio de 1918) han considerado siempre un concepto amplio de la firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige nuestro vigente CC español.

4º En cuanto a la voluntad de testar, se aprecia que el testamento ológrafo no será válido si no consta con claridad la intención de testar, o lo que es lo mismo, el conocido como *animus testandi in actu*.

Si bien, como apuntó literalmente la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 1 de junio de 2020, la reciente jurisprudencia ha sido flexible en cuanto a la apreciación de lo que se entiende por “voluntad testamentaria” en un testamento ológrafo. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 1302/2006, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2006, consideró válido un testamento ológrafo en el que el testador manifestaba tener el deseo de modificar en el futuro su testamento notarial en el sentido allí expresado. Admitiéndose literalmente en su Fundamento Jurídico 2º que *(el cual reproducimos textualmente y ordenado, en aras a una mayor comprensión de dicha voluntad real de testar y dada la repercusión que el mismo ha tenido en esta materia)*:

- La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador -que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001): Sin que el intérprete pueda verse constreñido por las

declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria, según establece el artículo 675 del Código Civil y ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (entre otras, SSTS de 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 18 de julio y 28 de septiembre de 2005).

- Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: a) el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (STS de 18 de julio de 2005); b) los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (STS de 31 de diciembre de 1992); c) los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

Por su lado, en la Sentencia del Tribunal Supremo 682/2014, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2014, la testadora también expresó “el deseo” de que determinado bien de la herencia se entregase a un familiar, considerando el TS que del uso de esa expresión no resulta que la disposición testamentaria ológrafa “sea un simple ruego”. Y, en la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 382/2018, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2018, entendió testamento ológrafo aquel en el que el testador expresaba su “deseo” de donar al hijo ciertos inmuebles, a pesar de que en el propio testamento no se expresaba que se tratara de un testamento en sí, ni se usaban términos como testar o legado.

5º Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

6º Además, para que un testamento ológrafo sea válido y surta plenos efectos es necesario que se proceda a su adverbación y protocolización conforme a lo previsto en los artículos 689 a 693 CC, presentándolo ante

notario dentro de los cinco años siguientes al día del fallecimiento (plazo de caducidad).

A lo que se añade, que la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos se efectuará ante notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio. Y, si el notario considera justificada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización y expedirá copia de la misma a los interesados que la soliciten; pues, en caso contrario, lo hará constar, cerrará el acta y no autorizará la protocolización del testamento. Por ello cabe resaltar la STS de 29 de septiembre de 1956, pues ya en dicho año, el TS recalca textualmente que: *“No puede ser declarado perfecto un testamento ológrafo que no sea protocolizado en el tiempo que señala el artículo 689 CC”*.

Un aspecto importante, en este ámbito, es que nuestro CC no alude a cómo será la conservación del testamento ológrafo (VVAA a., 2021); motivo por el que se entiende que dicho documento de puño y letra del testador podrá ser custodiado por el propio testador o por un tercero. De modo que, producido el fallecimiento, quien tenga en su poder dicho testamento deberá presentarlo a la autoridad competente para que lo advere, lo abra y lo archive, de modo que así se conozca la voluntad del causante.

Antes de la entrada en vigor de la ya mencionada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la autoridad competente para ello era el juez; actualmente y, tras ser modificados por dicha normativa, tanto los artículos 689 a 693 CC como los artículos 61 a 63 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, corresponde en exclusiva a los notarios la realización del procedimiento dirigido a adverar y protocolizar cualquier testamento ológrafo.

En esa misma línea, el TS desde comienzos del siglo XX ya se pronunció al respecto en su Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1914, en la que puso de manifiesto que para que dicho testamento ológrafo desplegara plenos efectos, se requería expresamente la concurrencia

simultánea de todos sus presupuestos en el momento de su otorgamiento. Así como en sentencias posteriores, tales como la STS de 3 de abril de 1945, la STS de 14 de febrero de 1981 o la STS 18 de junio de 1994, ha venido recalcando la misma idea de que ante un testamento ológrafo se cumplan todas las formalidades requeridas *-como por ejemplo que esté escrito todo él y firmado por el testador-* por el antes mencionado artículo 688 CC por tener carácter esencial; pues, en caso de no darse, se producirá la nulidad de dicho testamento ológrafo.

De la misma forma que se admite la invalidez del testamento ológrafo mancomunado, esto es, conforme a lo regulado en el artículo 669 CC no se admite aquel testamento de puño y letra otorgado por dos testadores en un mismo instrumento testamentario, sea en beneficio propio o de terceros. De este modo, lo matizó en la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Guipúzcoa en el año 2011, pues rechazó expresamente la perfección de un testamento ológrafo mancomunado, testado por dos esposos en un mismo testamento, declarando ilegal la adverbación y protocolización de dicho testamento ológrafo mancomunado.

Finalmente, poniendo en conexión el testamento ológrafo con el testamento en tiempo de epidemia que examinaremos posteriormente y, como nos recuerda De La Fuente (2020) ambos son modelos de testamentos no notariales y hoy se pueden conformar como: *“Dos posibles alternativas al testamento notarial para otorgar por el testador, que no pueda desplazarse a la notaría, en su domicilio o allá donde se halle hospitalizado sin la presencia de notario”*.

2.2. El testamento en peligro inminente de muerte por coronavirus

El siguiente testamento que puede ser otorgado sin intervención notarial que vamos a examinar en nuestro trabajo es el testamento en peligro inminente de muerte dado que, ante la situación de pandemia actual y ante una crisis sanitaria como la que nos encontramos a causa del coronavirus (Calaza, 2020), el mismo podría tener virtualidad práctica siempre que se cumpliesen todos los presupuestos que nuestro CC dispone.

En este sentido, poniendo en conexión el artículo 700, 702 y 703 CC, se puede interpretar que si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgar testamento cumpliendo estos requisitos: 1º que tenga lugar ante cinco testigos idóneos; 2º sin necesidad de notario; 3º y, como ocurre en el caso del testamento en tiempo de epidemia *-que desarrollaremos en el epígrafe siguiente-*, también en el testamento ante peligro inminente de muerte se prefiere que el mismo sea otorgado por escrito, matizándose que si los testigos no supieran escribir igualmente sería válido de manera verbal. Ahora bien, el mismo quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte y, en todo caso y aplicando el artículo 704 CC, será ineficaz si no se eleva a escritura pública y se protocoliza en la forma prevenida en la legislación notarial. De ahí que se establezcan dos términos temporales: a) el plazo de dos meses arriba mencionado; b) y el término de tres meses siguientes al fallecimiento, para acudir al notario y que éste lo eleve a escritura pública.

Pues bien, precisamente en este punto, es donde surge la idea del llamado testamento nuncupativo por ser aquel testamento que se realiza de forma oral y sin necesidad notarial, aunque con la presencia de testigos, y ello se justifica: o bien por la urgencia por testar ante el peligro inminente de la muerte del testador, o bien en el supuesto de epidemia. A modo de ejemplo, cabe citar la SAP de Granada de 2006, en la que se recoge esta idea del testamento nuncupativo entendiéndolo dicha Audiencia Provincial (AP) como una forma especial de testar, ante el inminente fallecimiento del testador, y la imposibilidad manifiesta de esperar a la llegada del notario autorizante del mismo.

En cuanto a la viabilidad de que el testamento en peligro inminente de muerte del causante tenga lugar sin la presencia del notario, nos encontramos con distintas sentencias que han ido perfilando dicha exoneración atendiendo a la situación tan crítica del testador y que se teme por su vida. Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la SAP de Madrid de 2015, dado que en su Fundamento Jurídico 2º se remite a la STS de 10 de junio de 2005 y admite textualmente sobre el referido testamento que hace falta justificar la ausencia del notario:

La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que (...) se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no haya lugar a que pueda acudir al Notario, de manera que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 1959, y 3 de noviembre de 1962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (STS de 8 de febrero de 1962 y 2 de julio de 1977). En definitiva, resultaba obligada la justificación de que no se ha prescindido del Notario de una manera voluntaria (...).

Así como de manera similar, en 2015 en la SAP de Cáceres, la AP de Cáceres matizó que la concurrencia del notario para otorgar este tipo de testamentos resulta indispensable; ahora bien, como se deriva de su Fundamento Jurídico 6º, si no se pueda realizar por no encontrarse notario o sea difícil su concurrencia, en estos casos de peligro de muerte inminente del testador y dada la extrema gravedad en la situación vital del otorgante, basta con la aparición en el acto de los cinco testigos idóneos, tal y como exige nuestro CC en su artículo 700. Deja al arbitrio de la Sala de Instancia *-como ya apuntaran la STS de 8 de febrero de 1962 y la STS de 2 de julio de 1977-*, la apreciación de la prueba aportada en aras a demostrar: 1º de un lado, la imposibilidad de encontrar notario o la difícil concurrencia del mismo al acto de otorgamiento; 2º la extrema gravedad en la situación vital del testador.

En suma, de todo lo expuesto hasta ahora sobre este testamento en peligro inminente de muerte se deriva, como apunta expresamente Rosales (2016) que “peligro de muerte” es toda aquella situación en la que se encuentra una persona en la que hay un riesgo real y objetivo de peligro para la vida. Y dicho riesgo puede ser:

a) Por causas externas al causante: Como podrían ser la existencia de catástrofes naturales o de accidentes, si bien en dichos supuestos será complejo encontrar los cinco testigos exigidos por el CC.

b) Por causas propias del testador: Si bien la medicina ha avanzado, lo cierto es que existen enfermedades que pueden empeorar la salud del causante y se puede predecir la muerte inminente del otorgante. En ese caso, sí será posible encontrar testigos (sus familiares, amigos que le acompañen, o incluso personal del hospital).

El detectar si existe o no “peligro inminente de muerte” puede llevarse a cabo por los propios testigos y sin que sea preceptivo dictamen médico. Y, para esta calificación, se admite que deberá tenerse en cuenta el lugar de otorgamiento, el conocimiento que ya tuvieron los testigos de ese estado por referencias, si las hubiere, y la evidencia. Por último, en lo que respecta a la exigencia de cinco testigos idóneos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009 precisó expresamente que, en el caso del testamento ante peligro inminente de muerte, no basta para su validez solo con la concurrencia de los cinco testigos idóneos, sino que además estos testigos deben conocer la voluntad del testador. Así lo dispone en su Fundamento jurídico 3º donde se remarca que el TS no puede considerar como válido dicho testamento, porque el mismo: *"Carece de expresión de la voluntad testamentaria y la pretendida voluntad no reúne los requisitos de forma necesarios para su validez como tal testamento"*. Por tanto, en el caso planteado, no se cumplía con dicho requisito, configurado como presupuesto indispensable para la válida constitución del testamento.

2.3. El testamento en tiempo de epidemia y su difícil virtualidad práctica hoy

Como avanzábamos, no es fácil precisar cuál es la naturaleza jurídica del testamento otorgado ante una epidemia, a la luz de la escueta regulación que nos marca el CC, así como de la novedosa situación que supone para España encontrarse actualmente ante una epidemia mundial (Muñoz, 2020). A lo que se añade la escasa o nula interpretación jurisprudencial existente en aras a poder aplicar dicha fuente jurídica.

No podemos olvidar que las numerosas muertes que se han producido en nuestro país desde 2020 a causa de la enfermedad contagiosa del coronavirus, han conllevado un aumento considerable de los llamamientos a la herencia, del trabajo en el Registro Civil español y en las notarías, generando en España un cambio en muchos aspectos sociales y jurídicos casi desconocidos y/o inexistentes hasta entonces, por ser la primera pandemia que conocemos en este siglo y que, tal y como se prevé, va a perdurar seguro durante los próximos meses del año 2022.

Bajo dichas premisas, nos interesa proceder al examen de los preceptos que acogen dicha tipología de testamento posible ante epidemias, como la vigente; pues solo así, entendemos que podemos extraer la verdadera naturaleza jurídica de esta figura, la cual, se considera como un acto unilateral del testador *-quien no tiene por qué estar ya afectado por el coronavirus y basta con que se haya declarado oficialmente la epidemia en el lugar donde vive; personalísimo, revocable, con efectos post mortem o para después de su muerte -si la epidemia empeora su salud por el contagio y finalmente fallece-; no recepticio -ya que no requiere del conocimiento de sus destinatarios o llamados a la herencia para tener eficacia-; y formalista, en los términos que seguidamente detallaremos. Conformándose, pues, como un acto jurídico unilateral en el que necesariamente debe manifestarse una auténtica intención de testar (Peña, 2021).*

Y, tal y como nos apunta textualmente el profesor Vela (2020), como sucede en otras legislaciones civiles extranjeras de nuestro entorno jurídico, el artículo 701 de nuestro Código Civil permite el testamento en tiempo de epidemia. De modo que, del examen de los artículos 676-680 CC, podemos extraer que el testamento en caso de epidemia es ordinario y excepcional, pero no especial *-porque estos solo son el militar, el testamento marítimo y el hecho en país extranjero-*.

Pues bien, categorizado el testamento en caso de epidemia como un testamento excepcional, pasamos pues en las siguientes líneas de nuestra investigación a examinar cada uno de los preceptos que aluden a esta categoría de testamentos por epidemia, para entender mejor esta institución jurídica tan particular y que, de manera novedosa, se podría

aplicar en España; aunque podemos avanzar, que su virtualidad práctica resulta compleja, por las formalidades exigidas y que siempre cabe aplicar la sucesión intestada o sin testamento para una correcta disposición de los bienes y deudas en caso de fallecimiento del causante, conforme a las reglas recogidas en el CC.

Procedemos al examen del único precepto que alude expresamente al testamento ante pandemia, esto es, el artículo 701 de nuestro Código Civil español que dispone: “*En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años*”. Estamos, pues, ante un precepto muy sucinto o escueto, del que solo se deriva que no hace falta la intervención del notario, entendiéndose como ha sucedido en los últimos meses, que las notarías estaban solo trabajando para supuestos de urgencia a causa del confinamiento.

Por su lado, el artículo 702 CC dispone una doble posibilidad que se puede dar ante los dos tipos de testamentos analizados previamente: 1º De un lado, que preferiblemente se pueda otorgar por escrito testamento, en caso de peligro inminente de muerte (artículo 700 CC) o en supuesto de epidemia (artículo 701 CC). 2º Y, de otro lado, que ello no pueda ser posible por las circunstancias extremas en ambos supuestos. Por lo que se podrá hacer verbalmente, sin constar por escrito, bien porque quien lo otorga se encuentra muy enfermo y terminal, bien porque los testigos - cinco o tres, según el caso-, no sepan escribir.

En suma, por recapitular la esencia de este testamento y sus presupuestos de validez es que, en todo caso, nuestro CC exige que se otorgue ante tres testigos mayores de dieciséis años, que conozcan al testador y puedan aseverar, de algún modo, su capacidad para otorgarlo; no requiriéndose, debido a la situación tan particular de epidemia, la intervención de notario como sucede en la mayor parte de testamentos, al objeto de ofrecer mayor seguridad jurídica y fe pública de las disposiciones testamentarias frente a posibles terceros.

III. Conclusiones

A modo de conclusión, nos gustaría finalizar nuestra investigación aportando los siguientes resultados y conclusiones finales a los que hemos llegado tras la elaboración del presente trabajo y que entendemos que pueden servir para abrir líneas de investigación futuras; dado que no se trata de una figura nueva y, como hemos tenido ocasión de apuntar, el testamento en tiempos de peste o *testamentum tempore pestis* ya se conformó desde la misma Roma como uno de los testamentos especiales más complejos de los existentes en el Imperio romano por su escasa regulación (C. 6.23.8 y C. 6.23.9).

En todo caso, actualmente, en todos los testamentos sin intervención notarial señalados a lo largo de nuestro trabajo, lo que prima siempre es la *voluntas testatoris* del causante-testador enfermo de COVID-19 y/o que teme por su vida:

En primer lugar mantenemos que, de los tipos de testamentos sin intervención notarial existentes en nuestro ordenamiento jurídico actual y que hemos tenido ocasión de examinar, únicamente el testamento ológrafo *-ante las circunstancias tan excepcionales que nos encontramos por la pandemia generada a causa de la enfermedad contagiosa del coronavirus-* podría, en su caso, tener virtualidad práctica y ser eficaz, siempre que se cumplan todos los requisitos exigidos por el CC y por el Tribunal Supremo.

En este sentido, el testamento ológrafo no requiere de la previa declaración oficial de epidemia y de sus requisitos se deriva que posee una naturaleza jurídica más reservada y se otorga sin testigos; a diferencia, por ejemplo, del testamento ante peligro inminente de muerte o el testamento en tiempo de epidemia. De ahí que hayamos reparado en cómo el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad, para que sea válido deberá estar totalmente escrito y firmado por el testador, con expresión de año, mes y día en que se otorgue (a la luz del artículo 688 CC); y si incluyera palabras tachadas, enmendadas y/o entre renglones, el testador las salvará con su propia firma.

A continuación, el siguiente testamento que puede ser otorgado sin intervención notarial que hemos analizado en nuestro trabajo, es el testamento en peligro inminente de muerte dado que, ante la situación de pandemia actual y ante una crisis sanitaria como la que nos encontramos a causa del COVID-19, el mismo podría haber tenido virtualidad práctica siempre que se cumpliesen todos los requisitos que nuestro CC establece para su plena validez (artículos 700, 702 y 703), por recapitular de lo expuesto a lo largo de nuestra investigación, hace falta: 1º Que el causante se encuentre en “peligro de muerte”, entendiendo por tal, toda aquella situación en la que se encuentra una persona en la que hay un riesgo real y objetivo de peligro para la vida; 2º que tenga lugar ante cinco testigos idóneos, si bien la STS 694/2009, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2009, precisó expresamente que no basta para su validez solo con la concurrencia de los cinco testigos idóneos, sino que además estos testigos deben conocer la voluntad del testador; 3º se prefiere que el mismo sea otorgado por escrito, matizándose que si los testigos no supieran escribir igualmente sería válido de manera verbal; y 4º que el mismo se pueda otorgar sin necesidad de notario.

Seguidamente, hemos puesto de manifiesto las dificultades que rodean al testamento otorgado ante una epidemia, a la luz de la escueta regulación que nos marca el CC, así como de la novedosa situación que supone para España encontrarse actualmente ante una epidemia mundial; a lo que se añade la escasa interpretación jurisprudencial existente en aras a poder aplicar dicha fuente jurídica, aportando todos elementos necesarios para poder poner en práctica correctamente y con todas las garantías legales dicho acto jurídico excepcional. De hecho, la primera sentencia que encontramos es la STS de 10 de julio de 1944, la cual, impidió aplicar las reglas del testamento militar que seguidamente explicaremos al testamento en tiempo de epidemia recogido en el artículo 701 CC; de modo que no equiparó la epidemia a un contexto de guerra civil. Y, más recientemente, el TS en la mencionada STS de 27 de junio del año 2000, exigía justificar la imposibilidad de la intervención notarial y confirmaba la nulidad de un testamento otorgado por persona en peligro inminente; dado que, solo en contados supuestos, no podrá hacerse en presencia de un notario.

Finalmente, concluimos el presente estudio admitiendo que del examen de todos los testamentos sin intervención notarial detallados a lo largo de nuestro trabajo, se extrae que la aplicación práctica de los mismos *-incluso cumpliendo todos los presupuestos que exige el CC-* conllevaría bastante problemas formales posteriores para los herederos, incluso en el caso del testamento ológrafo analizado. Además, siempre cabe la aplicación de la sucesión ab intestato o intestada cuando no se haya otorgado testamento, dado que se ponen en práctica las reglas generales contenidas en el CC; de hecho, los Tribunales es la sucesión que aplican hoy en caso de que existan problemas sucesorios.

Referencias

- Calaza López, A. (2020). Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la «nueva normalidad». *Diario La Ley. Wolters kluwer*, (9645), 1-6.
- De La Fuente Sancho, A. (2020). *Informe Oficina Notarial ABRIL 2020. Adveración de Testamentos en tiempo de epidemia y ológrafo. Notariosyregistradores.com*.
- Faus, M. (2020). *Práctico sucesiones: Testamento ológrafo*. VLEX.
- Lasarte Álvarez, C. (2019a). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Tomo VII, 14ª edición. Marcial Pons.
- Lasarte Álvarez, C. (2019b). *Compendio de Derecho de Familia*. 9ª edición. Editorial Dykinson.
- Moretón Sanz, Mª F. (2011). La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de «mano propia» como requisito de validez. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (727), 2773-3003.
- Muñoz, E. (2020). Aplicación jurídica del *Testamentum Tempore Pestis* o Testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época*, (23), 103-125.

Peña López, F. (2021). El testamento. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Manual de Derecho Civil Sucesiones* (pp. 129-176). BERCAL.

Rosales, F. (2016). *Protocolizar un testamento en peligro de muerte*. Rosales de Salamanca.

Vela Sánchez, A. J. (2020). El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales. *Diario la Ley*, 9629,1-3.

Fuentes Legislativas [Fecha de consulta: Febrero, 2022]:

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, «Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29/05/1862, entrada en vigor 18/06/1862 (BOE-A-1862-4073) [En línea]: [https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/(1)/con)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, nº 158, de 03/07/2015) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE, nº 132, de 03/06/2021) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

Constituciones de Diocleciano: C. 6.23.8 y C. 6.23.9.

Capítulo 9. Si no estás en la mesa estás en el menú: el derecho a la participación política de las personas con discapacidad en España

Anna Buchardó Parra

Universitat Jaume I de Castelló

Manuel Palomares Herrera

Universidad Internacional de la Rioja

I. Introducción

“Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”⁸

España reconoce el derecho de sufragio activo de todas las personas y está obligado a proveerlas de aquello que sea necesario para que puedan ejercerlo en igualdad de condiciones a las demás. Sin embargo, colectivos como el de las personas con discapacidad y de, entre estas últimas, algunos subgrupos especialmente se ven afectadas por un proceso y unas reglas que no son inclusivas y les impiden ejercer su derecho en igualdad.

Ya hace un tiempo que la discapacidad se observa como lo que podríamos considerar un fenómeno social, pasando a ser interpretada en consecuencia como una realidad en constante cambio. Fruto de las estructuras de un contexto social que por lo general es poco sensible hacia sus auténticas necesidades (Ferreira, 2008).

Así pues, no es de extrañar que en tal escenario resulte relevante que sus voces sean escuchadas y que sea lógico pensar que siendo la persona con discapacidad la que mejor conoce esta realidad, en la formación de lo

⁸ Artículo 3.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General. BOE nº147, de 20/6/85. Modificada por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

que conocemos como ‘capital social’ (Bourdieu, 2000), también a esta clase diferenciada de ciudadanos se les deba facilitar la participación en las decisiones públicas que al fin y al cabo les tienen por destinatarios.

En definitiva, aceptar que la discapacidad es un fenómeno o una construcción social, implica dar voz a sus principales protagonistas, lo que permitirá un conocimiento mucho más ajustado de la realidad que para ellos supone vivir y convivir socialmente con los demás, en su condición de personas con discapacidad (Ferreira, 2008). Pero para hacerlo, necesitamos incluir las diferencias que presentan los seres humanos que participan en ella y alcanzar una democracia que también sea inclusiva.

II. El derecho a la participación política de las personas con discapacidad en España. La necesidad de diferenciar lo que es distinto

España es parte de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, tratado internacional que supuso un cambio de paradigma del mismo modo en el que se había producido ya con los niños y niñas nada menos que 17 años antes (Cuenca, 2018). Esta perspectiva supone dejar de observarlos como objetos de protección para pasar a considerarlos como sujetos de derechos y ciudadanos plenos. En uno de sus preceptos más novedosos, la Convención proclama y protege la participación e inclusión plena y efectiva como principio (art. 3c) que impregna todo su articulado y también lo reconoce y protege como derecho al tratar la participación política y pública de las personas con discapacidad (art. 29).

En mayo de 2019, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas⁹, celebraba la modificación en España en el año 2018 de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General con el fin de garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. No obstante, en ese mismo momento, al Comité le seguían preocupando ciertas cuestiones que restan efectividad y

⁹ Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de mayo de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3, párr.4 a).

obstaculizan, actualmente, el derecho de sufragio activo y pasivo de las personas con discapacidad.

En primer lugar, la circunstancia de que tanto los colegios electorales como el material para votar no sean accesibles para las personas con discapacidad. Y, en segundo lugar, que el nivel de participación y representación de las personas con discapacidad en los órganos nacionales y regionales encargados de elaborar las políticas sea prácticamente nulo.

En lo que respecta al primer punto, el marco jurídico español sobre régimen electoral¹⁰ prevé en el artículo 87 determinadas particularidades para las personas que no sepan leer o que por discapacidad estén impedidos de elegir la papeleta, colocarla dentro del sobre y entregarla a la Mesa. Para las personas que requieren de determinados apoyos posibilita que puedan servirse de una persona de su confianza para realizar estas operaciones. Y si esto es *per se* cuestionable y su previsión dota de mayor legitimidad a las consideraciones del Comité; lo es también que -aunque legítimo y necesario- en este mismo artículo, el segundo apartado prevea que para el caso de las personas con discapacidad visual, pueda articularse un procedimiento de votación específico que les permita ejercer su derecho con garantías para conservar el secreto de su voto.

La primera impresión que deriva de leer este artículo, en su apartado primero, es que se está comparando legalmente, a efectos de medidas de ajuste y adaptación, a las personas con alguna discapacidad y a las personas analfabetas. Resulta difícil no considerar que ello conlleve una asociación entre colectivos que nada tienen que ver, que enfrentan dificultades distintas y que puede tildarse de reduccionista y discriminatorio. Además de ello, parece redundar en la construcción social histórica que entiende que las personas con discapacidad intelectual, por

¹⁰ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General. BOE nº147, de 20/6/85. Modificada por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

ejemplo, son personas sin formación. Aunque parezca una obviedad, recordamos que no es lo mismo no saber leer que no entender lo que se está leyendo porque no está escrito en un lenguaje o formato accesible.

En cualquier caso, no resulta una adaptación válida legalmente, atendidas las obligaciones internacionales de España. Puesto que, de un lado, visibiliza a la persona con discapacidad en el sentido negativo, como merecedora de un trato “especial”, distinto del que reciben el resto de las personas y parece cuasi estigmatizarla. Y de otro lado, disminuye la debida garantía que debe ofrecer para todas las personas el proceso electoral (Pérez, 2021).

Parece en este sentido que todavía hoy no alcanzamos a aislar la diferencia que representan y que el legislador español tiende a equipararlos con otro colectivo para proteger sus derechos, en ocasiones con los menores, en ésta con las personas analfabetas.

Así las cosas, resulta claro que el segundo apartado es el resultado de un proceso de adaptación de la sociedad y sus procedimientos-en este caso electorales-, a un grupo concreto de las personas con discapacidad. Aspecto que, si bien es legítimo y positivo, abre una vía de discriminación indirecta contra las personas con otro tipo de discapacidades. Ello porque en caso de no tratarse de una discapacidad visual, habrán de valerse de otra persona- aunque pueda ser de su confianza- lo que rompe con su derecho al secreto del voto. Y porque tan sólo se distingue entre discapacidad en general en el primer apartado del artículo y discapacidad visual en el segundo.

Sin lugar a duda, la manera en la que nos referimos a la realidad es importante. En este caso, la diferente denominación que se le otorga a las medidas del primer o segundo apartado también da muestra de lo que todavía queda por hacer. Es así como el voto articulado para las personas del primer apartado es conocido como voto asistido mientras que el del segundo apartado, el de las personas con una discapacidad visual, es denominado voto accesible. Parece claro que, más allá de la expresión utilizada, el voto asistido priva de la capacidad de autodeterminarse políticamente y que, sin ésta, no habrá participación libre (Pérez, 2021).

En consecuencia, la norma española deja fuera todo un abanico de discapacidades distintas que al no ser reconocidas como merecedoras de adaptaciones concretas, diluye sus diferencias dentro del grupo mismo de las personas con discapacidad y entonces no reciben lo que podría asegurar el ejercicio de su derecho al voto en condiciones de igualdad. Sin embargo, no caeremos en el reduccionismo absurdo de entender que no es positivo que al menos haya en la ley de régimen electoral, una provisión que, aunque general y poco equitativa, sea para el colectivo de las personas con discapacidad.

No obstante, todavía no se ha comprendido que necesitamos reconocer sus diferencias y ajustar los procesos según ellas, y que lo necesario no es sustituir a las personas con discapacidad en aquello que tengan dificultad de hacer, sino darles los apoyos que necesitan para que puedan seguir haciéndolo solos. Esto es, adaptar los procesos y no que otra persona haga lo que ellos y ellas tienen derecho a hacer por sí mismos.

Precisamente para conseguirlo, es necesario dotar de accesibilidad todo el proceso electoral y el material que forma parte de él. Partiendo de un concepto de la accesibilidad que sea flexible y que se adapte a cada situación completado con los ajustes razonables necesarios en cada caso. Ajustes que, de otro lado, ni siquiera son mencionados en el entramado jurídico electoral español pero que, desde la ratificación española de la Convención de las Naciones Unidas y la entrada en vigor de dicho instrumento internacional, resultan de obligado cumplimiento para España.

Esta reflexión posee amparo legal además si prestamos atención al artículo 29 que regula en dicho instrumento internacional el derecho a la participación política de las personas con discapacidad. Pues el mismo establece con claridad que:

- Primero: *“Los Estados Parte garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás”.*
- Segundo: Para ello, *“(…) se comprometerán a: a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás,*

directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.¹¹

En este sentido, el Estado español debe asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política en igualdad de condiciones con las demás y debe proteger el secreto de su voto. Para lograrlo, consecuentemente, será necesario dotar de accesibilidad al proceso electoral, instalaciones y materiales. Y estos últimos deberán ser adecuados y fáciles de entender y de utilizar por cualquier persona, inclusive de ser necesario facilitándoles tecnologías de apoyo. Por último, y para garantizar la expresión libre de su voluntad, de ser necesario y cuando las personas con discapacidad lo soliciten, una persona de su elección podría prestarles asistencia.

Respecto a esta última consideración, no obviamos que esta misma norma prevé la posibilidad de que se utilice la figura de la persona de confianza. Pero tampoco obviaremos que explícita, que debe utilizarse para garantizar la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad, que debe ser en caso de necesidad y a petición de la persona con discapacidad. Así y siguiendo la propia Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que propugna como principio fundamental y transversal el respeto de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, podemos inferir que se prevé como una excepción y no como la regla general seguida en la normativa

¹¹ Énfasis añadido.

patria; Norma española que, en esta situación, además no deja otra elección para la persona con discapacidad. Y cuando la realidad no ofrece más que una opción, realmente no estamos eligiendo.

Una de las cuestiones controvertidas siempre que se habla de uno de los tratados fundamentales de derechos humanos- aquellos que por su relevancia cuentan con un órgano de tratados que supervisa su aplicación nacional-, es que si en principio los derechos humanos son universales no sería necesario tener un tratado que específicamente hablara de los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, y a pesar de que lo son, algunos colectivos de personas arbitrariamente en situación de mayor vulnerabilidad que otras, han necesitado estos textos vinculantes internacionales que no crean derechos nuevos para el colectivo, para poder ejercer también sus derechos como seres humanos.

En este sentido, resulta indispensable el cambio de perspectiva que se está generando recientemente en el estudio de los tratados internacionales de derechos humanos. Puesto que, históricamente estos fueron analizados desde los derechos que atribuyen a las personas. Y, como resultado de este cambio de perspectiva comentado, recientemente han empezado a estudiarse desde la óptica de las obligaciones que atribuyen a los Estados Parte en esos tratados y que derivan de su ratificación voluntaria de las convenciones internacionales de derechos humanos.

En el caso de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el artículo 4 es el centro en esta nueva perspectiva y concreta las conocidas como medidas generales de aplicación. Concepto que puede definirse como toda medida apropiada, adecuada y necesaria que un Estado debe adoptar para cumplir con sus obligaciones y que no necesariamente se agota con la adopción de legislación o de medidas administrativas, sino que también engloba medidas como destinar recursos públicos para asegurar que el resto de las medidas tengan efecto.

En lo que respecta a las obligaciones del Estado español respecto al derecho a la participación política de las personas con discapacidad, siguiendo con las observaciones finales hechas a España por el Comité, en mayo de 2019- año de las últimas elecciones generales celebradas-, se

recomienda que: el Estado vele porque los procedimientos, colegios electorales y materiales sean accesibles para todas las personas con discapacidad y para ello sugiere el uso del braille, la lengua de signos o la lectura fácil¹². Sobre esta última cuestión, la herramienta de lectura fácil es la más utilizada en el caso de las personas con discapacidad intelectual, adapta los textos de manera que puedan ser leídos y comprendidos también por las personas con este tipo de discapacidad.

En España se ha utilizado ya esta herramienta, pero sólo para los programas políticos y para un número de ellos que en ocasiones no abarca siquiera los principales partidos ni todas sus propuestas. Por lo que puede parecer que se reducen las posibilidades de escoger entre partidos para algunas personas con discapacidad. Además, puede apreciarse que salvo en casos muy concretos, constituyen un resumen en ocasiones con imágenes o definiciones al margen y no una verdadera lectura fácil. Cumplen la primera parte, porque las personas con discapacidad intelectual pueden leerlos- aunque sean en exceso largos-, pero no la segunda porque generalmente no se ha hecho una adaptación de fondo sino tan sólo de forma.

No se adaptan los mítines, los debates, no se adaptan las papeletas ni se tiene un registro que haga que lleguen a sus domicilios, no existe capacitación electoral del colectivo, no se adapta el procedimiento ni los colegios electorales como tampoco encontramos por lo general apoderados con discapacidad y pocos miembros en las mesas. Respecto a este último extremo, la propia Junta Electoral Central, en el año 2016, emitió una instrucción¹³ que consideraba la circunstancia de tener una discapacidad, aportada la declaración sobre ésta, per se como causa para

¹² Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de mayo de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3, párr.55.

¹³ Instrucción 3/2016, de 14 de septiembre, de la Junta Electoral Central, de modificación de la Instrucción 6/2011, de 28 de abril, sobre interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sobre impedimentos y excusas justificadas para los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas Electorales.

excusar del cargo de formar parte de la Mesa a esta persona sin entrar a valorar sus capacidades.

Hasta aquí, sólo se han hecho consideraciones sobre una parte del derecho a la participación política de las personas con discapacidad, esto es, el sufragio, y dentro de él, el sufragio activo. Si tratamos la otra mitad que completa este último, el sufragio pasivo, nos encontramos ante un colectivo de personas que posee una escasa si no irrelevante representación-en sus efectos- en la clase política. Y que, si la posee, está constituida por personas con discapacidades físicas o sensoriales. Personas cuyas aspiraciones son legítimas y necesarias para el colectivo, pero que no hacen llegar en primera persona la voz de las personas con discapacidad intelectual, por ejemplo, a la clase política y a la toma de decisiones públicas. A este respecto hace referencia también el Comité en las observaciones finales que venimos comentando y recomienda a España que promueva la participación de las personas con discapacidad-incluidas las mujeres-en la vida política y la toma de decisiones públicas¹⁴. Algunos autores como Pérez (2021) sostienen incluso a este respecto que la introducción de cuotas que pudieran llegar a representar hasta un 10% de las listas electorales para personas con discapacidad, sería una medida completamente constitucional, además de necesaria.

Al margen de la norma electoral comentada hasta este punto, la Constitución Española prevé en el art. 49 la necesidad de que los poderes públicos amparen especialmente para el disfrute de sus derechos a las personas con discapacidad. Asumiendo que su característica, sumada a unas estructuras que no saben adaptarse, convierte el ejercicio de los derechos que como ciudadano les pertenecen en una verdadera proeza.

Hemos de considerar que este artículo, es el único que de manera específica habla de los derechos de las personas con discapacidad en la

¹⁴ Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de mayo de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3, párr.55 in fine.

Constitución, aunque usando el término ‘disminuido’¹⁵ y basado en el modelo médico o rehabilitador. Y en este sentido de cosas, resulta al menos comentable que el poder constituyente eligiera esta expresión como poco peyorativa para referirse al colectivo. Máxime cuando otras constituciones previas a la española ya usaban el sustantivo persona para acompañarlo de la expresión elegida para referirse en ese momento a la discapacidad (Álvarez, 2017). Resulta inaplazable modificar la forma en que la Norma Fundamental se refiere al colectivo, puesto que situada en la cúspide de la jerarquía normativa española no podemos encontrar una expresión que más que incluir socialmente, acentúa la discriminación hacia las personas con discapacidad (Álvarez, 2017).

En cualquier caso, adicionalmente y en el contexto actual de cambio, este precepto deja la puerta abierta a una posible y necesaria reinterpretación y reforma de su contenido en sí. Un reto jurídico derivado de la condición de Estado de Derecho de España, y especificado en la necesidad de asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos sin discriminación, así como derivado de que también es España un Estado social y democrático, lo que conlleva la necesaria implantación de una política de ‘previsión, tratamiento, rehabilitación e integración’-siguiendo el tenor del artículo- (De Asís, 2008). Es así como la vigencia actual de este artículo exige su reinterpretación, en el siguiente sentido:

- En primer lugar, la previsión no supone evitar las causas médicas estrictamente, sino mucho antes exige detectar los factores de la sociedad que son ‘discapacitantes’. Buena muestra de ello ha sido la evolución en la consideración de la discapacidad desde el modelo médico que la considera una circunstancia exclusiva de la persona que “la padece” hasta el modelo social en la actualidad, que considera la discapacidad como el resultado de la interacción entre una persona con determinadas dificultades y una sociedad que en sus estructuras y funcionamiento se adapta más o menos a ella.
- A continuación, el tratamiento no estrictamente médico, sino también jurídico y político. Las personas con discapacidad representan en España

¹⁵ En la Comunidad Valenciana, como muestra de una situación más avanzada en la temática, se dictó legislación sobre adecuación terminológica antes incluso de que realizara el cambio terminológico el Código Penal español por LO 1/ 2015.

más del 10% de la población. Pero, hay que recordar que del mayor o menor acierto de las medidas adoptadas también se verán afectadas sus familias y círculos más próximos que son los que mayoritariamente constituyen- a falta de mejores medidas- sus apoyos. En consecuencia, cabe pensar que dicho porcentaje es bastante superior en la práctica. Y esta proporción exige dar un trato específico y ajustado al fenómeno de la discapacidad.

- En tercer lugar, la rehabilitación debe entenderse como habilitación de las personas con discapacidad para que éstas puedan llevar al máximo posible sus capacidades personales. Es necesario partir de sus capacidades y hacerles llegar a su máximo potencial para que puedan decidir qué es para ellos una vida buena. En este mismo sentido, es crucial rehabilitar a la sociedad, estudiar cuáles son los obstáculos que existen y cómo evitarlos. Conceder a la sociedad y sus estructuras la capacidad de crear resultados inclusivos desde un inicio, apostando por el diseño universal siempre que ello sea posible (Álvarez, 2017). Ciudades diseñadas para posibilitar la autonomía de todas las personas porque estén pensadas desde esa perspectiva.
- Finalmente, la integración. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, inspirada en el modelo social, no apuesta ya por su integración- si supone que deben ser ellos quienes se adapten- sino por su inclusión plena y efectiva, que no supondrá asimilación sino equiparación en derechos. Permitirá crear una sociedad en la que todas las personas estén incluidas incorporando las diferencias que representan. Una sociedad en la que lo cotidiano sea ser distinto y se deje de construir el mundo para los pretendidos adalides de la normalidad. Y se abra la vida y el mundo como una opción real para las personas con discapacidad que parecen sólo poder tener una vida especial en el mundo especial preparado para ellos y ellas.

La reforma del artículo 49 comentado, que todavía no ha entrado en vigor por algunos obstáculos políticos, considera entre otros aspectos a las personas con discapacidad como titulares de los derechos y deberes constitucionales en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva. Y para que esto sea una realidad, establece, aunque no en términos de obligación y nunca con efectos discriminatorios, que los poderes públicos “realizarán” las políticas necesarias para su plena autonomía e inclusión en la sociedad. Estas políticas deberán respetar sus elecciones y preferencias

y adoptarse con la participación de sus organizaciones representativas. De nuevo, siguiendo el tenor también del precepto que hoy en día está en vigor, estamos ante un precepto de nuevo voluntarista que no crea un verdadero derecho subjetivo para las personas con discapacidad ni una obligación exigible para el Estado (Álvarez, 2017).

Parece que las consideraciones realizadas hasta este punto seguirían esta nueva perspectiva de acción que, aunque todavía mejorable, habla de autonomía, inclusión y respeto de sus decisiones dándoles los apoyos que necesitan y no actuando por sustitución. Una nueva perspectiva que ha conocido además cambios recientes en la legislación civil y procesal española que precisamente poseen esta misma orientación. Ello tras haberse constatado que, en la práctica, toda norma y política basada en el modelo médico de la discapacidad ha tenido por resultado acentuar la dependencia, la exclusión social y el aislamiento de las personas con discapacidad (Álvarez, 2017).

En este sentido, desde septiembre de 2021¹⁶, se eliminan en España la incapacitación, tutela y patria potestad prorrogada para los mayores de 18 años y se establece la necesidad de dar los apoyos necesarios para cada decisión adaptándose plenamente al ámbito de autonomía de cada persona y a su situación. Lo que supone que en ningún caso se les sustituya o prive de sus derechos, respetando su voluntad y sus preferencias. Este viraje legislativo y la reforma del artículo 49, parecen apuntar a la nueva manera de dotar de efectividad a los tratados internacionales de derechos humanos, la perspectiva de las obligaciones del Estado apuntada anteriormente.

Si tratamos un ejemplo autonómico y hablamos por ejemplo de la Comunitat Valenciana, el Estatut d'Autonomia, en su artículo 13 considera, hablando de las personas "afectadas" por una discapacidad, que se debe velar por su derecho a las prestaciones públicas, que sean integrados en la sociedad y puedan participar en ella. Para ello, se articulará una política de

¹⁶ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/06/03/pdfs/BOE-A-2021-9233.pdf> (última visita 26/3/22).

igualdad de oportunidades que garantice la accesibilidad espacial de instalaciones, edificios y servicios públicos.

Como puede comprobarse, constituye otra muestra de que legislativamente no hay evolución en la forma de referirse al colectivo, en la norma más importante de una comunidad autónoma española, puesto que no están afectados por ninguna discapacidad, sino que la tienen. Y, en segundo lugar, las adaptaciones que se consideran necesarias para asegurar una vida en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad son aquellas que dotan los espacios de accesibilidad espacial. Ello supondría en un ejemplo muy sencillo y relacionado con el derecho a la participación política y el sufragio, poner una rampa de acceso al colegio electoral. Y la pregunta sería, ¿de qué va a servir a una persona con una discapacidad intelectual una rampa, si el problema es que no entiende las indicaciones, materiales, etc.? Este es un caso más de discriminación indirecta, puesto que, tratando como un todo el colectivo de las personas con discapacidad, acabamos por hacer desaparecer sus diferencias y ello discrimina de facto (Pascual, 2016).

III. La accesibilidad como requisito previo y los ajustes razonables como condición necesaria para una participación política efectiva de las personas con discapacidad: consideraciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el órgano de tratados de las Naciones Unidas encargado de velar por el adecuado cumplimiento y la correcta aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este Comité, en sus funciones, elabora documentos- las observaciones generales, entre otras- que intentan ilustrar a los Estados Parte con aquellas actuaciones y medidas que debieran ser adoptadas para dar efectivo cumplimiento a todos y cada uno de los artículos que forman parte de la Convención. Y es que cuanto mayor es el grado de especificación de las obligaciones que un Estado Parte posee, mayor es la probabilidad de que cumpla con ellas.

En 2018, el Comité destacó la necesidad de distinguir entre la obligación de dotar de accesibilidad a la sociedad en general, y la obligación de adoptar ajustes razonables. La primera, supondría una obligación ex ante, que debe introducirse en todo el funcionamiento y estructuras de la sociedad sin esperar a que nadie necesite dicha accesibilidad y que torna la igualdad de oportunidades efectiva, en definitiva. La segunda, es una obligación ex nunc, y ello supone que los ajustes razonables deben adoptarse, siempre que no sean desproporcionados, en el momento en el que una persona los requiera para poder ejercer sus derechos o tener acceso a un entorno no accesible y que son por tanto individualizados (CDPD, 2018, párr.24). Esta última obligación, que sería aplicable al caso que analizamos en el que la no distinción entre clases de discapacidad torna la accesibilidad en insuficiente para algunas personas, no opera tan sólo cuando se solicitan dichos ajustes sino también, recalca el Comité, en aquella situación en la que el posible garante de un derecho debería haber observado el obstáculo existente para el ejercicio de este por esa persona con discapacidad.

En este sentido y hablando sobre la accesibilidad, ésta es reconocida por el Comité como una condición previa para que las personas con alguna discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás (CDPD, 2014, párr.1). Un problema común detectado por el Comité ha sido la ausencia de un mecanismo que supervise la aplicación en la práctica de las normas sobre accesibilidad, en muchas ocasiones una supervisión dejada en manos de autoridades locales con falta de conocimientos técnicos y de recursos humanos y materiales adecuados. Y, de otro lado, falta de formación de los interesados y una escasa participación de las personas con discapacidad en los procesos de adaptación. En cualquier caso, los Estados están obligados a promover la investigación en este campo para evitar esta situación. En segundo punto, el Comité destaca que puede resultar útil generalizar el uso de las normas de accesibilidad pero que cuando éstas se definan, el Estado debe tener en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad y ello en ocasiones puede suponer reconocer que algunas necesiten un apoyo distinto al previsto (CDPD, 2014, párr.29).

Asimismo, la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos exige que como instrumentos vivos se analicen continuamente a la luz del contexto en el que en cada caso se van a aplicar. Y los órganos de tratados, como intérpretes autorizados- en particular el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- han observado que los Estados Parte parecen haber asumido como obligación jurídica la necesidad de realizar reformas legislativas o formular estrategias para dotar de eficacia a los derechos. Pero han olvidado que están obligados con la misma intensidad legal, a nutrir sus actuaciones con recursos económicos. Si en sus anteriores trabajos estos órganos de supervisión consideraron imprescindible hablar a los Estados Parte de la necesidad de adecuar su normativa etc., ahora, parece que es urgente hablarles también de la necesidad de invertir dinero.

IV. Conclusiones

“La participación permite la construcción de mundos posibles, variables y compartidos” (Pastor, 2009, p.20).

España está obligada internacionalmente a proteger, respetar y garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Derechos entre los que podemos encontrar el derecho de participación política. Como uno de sus componentes, tanto en su vertiente activa como pasiva, el derecho de sufragio debe ser garantizado en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad. En igualdad respecto a las personas que no poseen una discapacidad, pero también en igualdad respecto a las demás personas con discapacidad evitando discriminaciones indirectas que no reconocen legalmente las diferencias dentro del colectivo. Y lo más importante, los representantes de la sociedad deben representar a toda la sociedad y no tan sólo a aquella parte que tradicionalmente ha llegado al poder. Porque si no estás en la mesa, estás en el menú.

Nuestro país está dando pasos en el camino hacia la plena inclusión y la efectividad de las personas con discapacidad. Sin embargo, las reformas recientes de la ley electoral tan sólo parecen haber suprimido la aplicación de los preceptos que impedían el voto para las personas con discapacidad intelectual. Dejando fuera de toda consideración legal, las concretas

medidas que aseguren que puedan ejercer su derecho en igualdad de condiciones. Máxime cuando ello es una muestra de que España ha entendido que las dificultades que una persona con discapacidad puede encontrar en el ejercicio de su derecho a la participación política, no sólo vienen provocadas por sus circunstancias sino también y sobre todo por la manera en la que se han venido construyendo los procesos y el sistema electoral en sí (Pérez, 2021).

La participación ciudadana se encuentra relacionada muy estrechamente, podríamos decir que, de manera inseparable, con el desarrollo social que perseguimos. Un proceso que implica a las personas, para conseguir un desarrollo sano, transversal, auto dependiente, estimulador y participativo, además de inclusivo (Pastor, 2009).

El Estado español, como parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, se comprometió a adoptar toda medida legislativa o de otro tipo, que fuera pertinente a fin de hacer efectivos los derechos que reconoce. Entre ellos, el derecho a la participación política, no satisfecho cuando la única posibilidad real para personas con una discapacidad distinta a la sensorial es que otra persona ejerza su derecho.

Si la solución consiste en una modificación o reajuste normativo no resultará eficaz si no es acompañada de una tarea de sensibilización y accesibilidad. La opción legislativa que refleja la normativa en vigor todavía hoy es una opción de protección y simplificación. Opción que da mayor seguridad pero que las más de las veces entorpece y es poco sensible a la diferencia. Debe optarse por apoyar y diferenciar que es lo que realmente necesita el colectivo (Serrano, 2003).

La conquista de la igualdad real reclama de la sociedad dos cosas: reconocimiento y respeto. Considerar como digno e igual a la persona con discapacidad intelectual, aceptando su singularidad y poniendo el énfasis en aquello que todo humano posee en común (Ganzenmüller y Escudero, 2005). Y sensibilidad jurídica ante la diversidad que ha de ser tenida en cuenta al brindarles oportunidades que, añadimos, deben poder aprovechar.

¿Cuál es el problema? Falta de preocupación política más déficit de preocupación social. ¿Cuál es una posible solución? Concienciar a la sociedad, porque debe ser ella la que tire de la política y no al revés. La sociedad debe hacer saber a la política que ésta es una cuestión de todos, y que como tal puede decidir su futuro (Leña, 2003). No buscamos una *reformatio in peius* de la situación de las personas con otro tipo de discapacidad sino una *in dubio pro-capacidad* a favor de las personas con discapacidad intelectual.

Referencias

- Álvarez García, H. (2017). La tutela constitucional de las personas con discapacidad. *Revista De Derecho Político*, 1(100), 1027–1055.
- Cuenca Gómez, P. (2018). El derecho de voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Derechos y libertades*, 38, Época II, 171-202.
- Cordero Gordillo, V. (2011). *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch.
- De Asís Roig, R. (2008). *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casa, Universidad Carlos III.
- Ferreira Miguel A. (2008), “Una aproximación sociológica a la discapacidad desde el modelo social: apuntes caracterológicos”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 124, 141-174.
- Gálvez Muñoz, L. A. (2020). Una visión crítica de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre de reforma de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. *Revista De Derecho Político*, 1(109), 15–45.
- Ganzenmüller Roig, C. y Escudero Moratalla, J.F. (2005). *Discapacidad y Derecho, Tratamiento jurídico y sociológico*. Bosch.

- Giné, C. (2004). Servicios y calidad de vida para las personas con discapacidad intelectual. *SIGLO CERO: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 35(2), 210, 1-14.
- Leña Fernández, R. (2003). Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos. En I. Serrano García (Coord.), *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional (251-276)*. Tirant lo Blanch.
- Pascual Planchuelo, V. C. (2016) “El derecho de voto de las personas con discapacidad y, en especial, de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en Derecho Internacional. Su recepción en España”, *Revista Española de Discapacidad*, 4(2), 101-122.
- Pastor Seller, E. (2009), *Participación ciudadana y gestión de las políticas sociales municipales*. Editum.
- Pérez Alberdi, M. de los R. (2021). Los derechos de participación política de las personas con discapacidad. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 9(1), 83–107.
- Serrano García, I. (2003), *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*. Tirant lo Blanch.
- Constitución Española, publicada en BOE, núm. 311, de 29/12/1978.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General. BOE nº147, de 20/6/85.
- Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. BOE nº294, de 6/12/18.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Observación General nº2 sobre el artículo 9 (accesibilidad) del Comité sobre las Personas con Discapacidad de 22 de mayo de 2014. CRPD/C/GC/2.

Observación General nº6 sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre las Personas con Discapacidad de 26 de abril de 2018. CRPD/C/GC/6.

Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de mayo de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3.

Capítulo 10. Reconfiguraciones teóricas en la formación docente para atender Infancias Vulnerables desde la Educación Inclusiva

Dra. María Guadalupe Ñeco Reyna
Benemérita Escuela Normal Veracruzana
“Enrique C. Rébsamen”

I. Introducción

La noción de inclusión se constituye en una propuesta anhelada por muchos sistemas educativos del mundo, toda vez que, con ella, se lograría hacer frente a los problemas de exclusión y desigualdad presentes. En este orden, la educación inclusiva se erige como un modelo comprometido desde la profunda convicción de igualdad humana que ostenta el reto de hacer compatibles las diferencias en la escuela. Así pues, el objetivo principal de la investigación es analizar las experiencias de futuros formadores de la Educación Básica durante su trayectoria escolar en su capacitación sobre Educación Inclusiva.

La educación inclusiva es concebida como un proceso que permite abordar y responder a la diversidad de las necesidades de todos los educandos, a través de una mayor participación en el aprendizaje, en la vida en el aula y la escuela, en las actividades culturales y comunitarias para reducir la exclusión dentro y fuera del Sistema Educativo. Lo anterior implica cambios y modificaciones de contenidos, enfoques, estructuras y estrategias basadas en una visión común que abarca a todos los niños en edad escolar y la convicción de que es responsabilidad del sistema educativo regular educar a todos los niños y niñas.

La UNESCO (2009, p.9) define la educación inclusiva como el «derecho de todos los alumnos a recibir una educación de calidad que satisfaga sus necesidades básicas de aprendizaje y enriquezca sus vidas». Esta debe caracterizarse por prestar especial atención a los grupos marginales y vulnerables con una voluntad integradora, buscando la máxima calidad y desarrollo del máximo potencial de cada persona. Para ello, el objetivo de la inclusión es brindar respuestas apropiadas al amplio espectro de

necesidades de aprendizaje, tanto en entornos formales como no formales de la educación.

Este proceso de cambio es continuo y no acabado, por lo que es necesario entender su evolución para ubicar en el contexto actual la educación inclusiva, "(...) llegar a los marginados se ha traducido en la negación del derecho a la educación a muchas personas, valorando que no solo se ha producido estancamiento sino también regresión" (UNESCO, 2010, p. 1).

Siguiendo a Ainscow (2003) es importante señalar que la educación inclusiva debe ser abordada dentro del contexto de un debate internacional más amplio sobre la "Educación para Todos" (EPT), debate iniciado en la Conferencia Mundial celebrada en 1990 en Jomtien, Tailandia. Desde entonces, el pensamiento desarrollado en torno a la materia ha evolucionado" (p.2).

Mel Ainscow (2003), profesor de la Universidad de Manchester señaló como aspectos trascendentales de la educación inclusiva:

- La inclusión es un proceso, una búsqueda constante.
- La inclusión busca la presencia, la participación y el éxito de todos los estudiantes.
- La inclusión precisa la identificación y la eliminación de barreras que impiden el ejercicio pleno del derecho a la educación.

Una interrogante que plantea este autor es precisamente, ¿cuáles son las palancas que pueden hacer a los sistemas educativos más inclusivos? Considerando que la inclusión pone particular énfasis en aquellos grupos de alumnos que podrían estar en riesgo de marginalización, exclusión o fracaso escolar. La educación inclusiva y los cambios escolares tienen algunos puntos de acuerdos, pero también desacuerdos. Regularmente todas las reformas se declaran inclusivas, aunque, en realidad la mayoría de ellas no se han implementado específicamente para, o no son capaces de evitar la exclusión ni frenarla.

De acuerdo con estadísticas de la SEP (2020), el sistema educativo mexicano atiende a un total de 36 millones 518,712 estudiantes; de ellos, 25 millones 253,306 estudiantes cursan en educación básica. Sin embargo, se estima que en México 4.1 millones de estudiantes se encuentran excluidos del sistema educativo nacional y cerca de 640 mil niños están en riesgo de abandonar las aulas. Tales razones, en parte, se encuentran motivadas por la falta de personal docente capacitado y de recursos en las instituciones, así como la ausencia de políticas educativas que permitan transitar hacia escuelas inclusivas e incluyentes.

Vislumbrado tal panorama, nuestra investigación dará respuesta a las siguientes preguntas de investigación: ¿cuáles son las experiencias de los estudiantes de su formación en Educación Inclusiva?, ¿qué valores, actitudes y habilidades, promueve la Educación Inclusiva?, ¿por qué es necesario que las y los maestros sepan qué es la Educación Inclusiva?, ¿cuáles fortalezas trae para el estudiantado el dominio de las metodologías inclusivas?, ¿los modelos de formación del profesorado deben ser incluyentes? Por último, pretendemos resolver ¿qué aprendizajes se logran con el curso de educación Inclusiva?

Es necesario destacar que en los países donde haya políticas cuyas decisiones estructurales no estén encaminadas a erradicar o cuando menos frenar cualquier forma de marginación, la educación inclusiva será toda una utopía alejada a las verdaderas necesidades de los estudiantes.

II. Referentes legales de la Educación Inclusiva

La Estrategia Nacional de Inclusión (ENI) tiene como objetivo contribuir al acceso de los derechos sociales y a la reducción de las carencias mediante una coordinación eficiente y efectiva de las políticas y programas públicos que inciden en las condiciones de vida de las y los mexicanos y sus derechos sociales: alimentación, salud, educación, seguridad social, vivienda, servicios de la vivienda e ingreso.

La Estrategia de equidad e inclusión en la educación básica se fundamenta en las dimensiones de la educación inclusiva, cultura, políticas y prácticas educativas que son retomadas de la Guía para la Educación Inclusiva. En este aspecto, se configura el aprendizaje y la

participación en los centros escolares que promueve el quehacer hacia la construcción de comunidades más incluyentes. La SEP, en el marco del Modelo Educativo y su ruta de implementación, impulsa una estrategia para favorecer que las escuelas de educación básica transiten hacia una educación más inclusiva; para ello toma como base un diagnóstico y una ruta de trabajo por escuelas.

El posicionamiento de la inclusión educativa en los programas de estudio vigentes en educación básica, se han sostenido bajo múltiples posturas filosóficas, políticas, sociológica y pedagógicas a lo largo del tiempo, y, aunque estos no han permanecido inmutables, ciertamente los cambios que han sufrido no son muy significativos. No obstante, actualmente en México se aplican de manera simultánea dos programas vigentes para la educación básica, los cuales toman los siguientes posicionamientos ante la inclusión dentro de las aulas:

2.1 Acuerdo número 592 reconociendo la diversidad

La educación es un derecho fundamental y una estrategia para ampliar las oportunidades, instrumentar las relaciones interculturales, reducir las desigualdades entre grupos sociales, cerrar brechas e impulsar la equidad. Por lo tanto, al reconocer la diversidad que existe en nuestro país, el sistema educativo hace efectivo este derecho al ofrecer una educación pertinente e inclusiva:

- Pertinente porque valora, protege y desarrolla las culturas y sus visiones y conocimientos del mundo, mismos que se incluyen en el desarrollo curricular.
- Inclusiva porque se ocupa de reducir al máximo la desigualdad del acceso a las oportunidades las y evita los distintos tipos de discriminación a los que están expuestos niñas, niños y adolescentes.
- Los docentes requieren de estrategias de aprendizaje y enseñanza diferenciadas para atender a los alumnos que, por su discapacidad cognitiva, física, mental o sensorial, así como niños con aptitudes sobresalientes.

2.2. Aprendizajes clave para la educación básica

- Valora la importancia de la formulación de políticas que incorporen evidencias como productos de la investigación educativa para fortalecer la inclusión y garantiza el derecho a la educación para todos.
- Propicia un buen clima escolar, genera sentido de pertenencia y, por tanto, resulta indispensable para lograr los procesos de inclusión.
- Fomenta y respeta los valores que promueven la inclusión, el respeto a las familias y el rechazo a la discriminación.
- La inclusión debe ser concebida como beneficio no solo para las personas vulnerables y los grupos tradicionalmente excluidos, sino para todos los actores que participan en el proceso educativo.
- Otro de los pilares de la equidad e inclusión en el currículo es el impulso a acciones orientadas a la igualdad entre hombres y mujeres.
- Los docentes han de fundar su práctica en la inclusión, mediante el reconocimiento y aprecio a la diversidad individual.

Así mismo, la Ley General de Educación (DOF, 19-01-2018) establece que las autoridades educativas tomarán medidas dirigidas a establecer condiciones que permitan el ejercicio pleno del derecho a la educación de calidad de cada individuo, y genere una mayor equidad e igualdad en oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos. En sus artículos 36, 37, 39, 54 y 57, se refrenda el derecho de la igualdad sustantiva, es decir, el derecho al acceso, al mismo trato e igual oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de todas las niñas, niño y adolescente.

En México, la noción de inclusión ha sido adoptada de forma contundente por la Secretaría de Educación Pública (SEP) para su inserción en políticas y acciones de la Reforma Educativa con base en instancias internacionales. Sin embargo, el modelo actual de integración educativa ha quedado desfasado y urgen cambios en los propósitos y en la manera de operar los distintos servicios de educación especial. Ligado a lo anterior, como apunta García (2018), la transferencia de la inclusión del contexto europeo anglosajón y su adopción por parte de autoridades educativas en México ha ocurrido sin la contextualización requerida al llegar a un país diverso en lo cultural, lingüístico y social

III. Formación docente con enfoque de inclusión

La formación profesional de los estudiantes de las escuelas normales está basada en la filosofía que orienta al Sistema Educativo Nacional (SEN) y que es coincidente con lo dispuesto en el artículo 3 ° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así, se refrenda que la educación es un derecho que debe tender al desarrollo armónico de los seres humanos. Desde este enfoque humanista, la educación tiene la finalidad de contribuir a desarrollar las facultades y el potencial de todas las personas, en lo cognitivo, físico, social y afectivo, en condiciones de igualdad; para que estas, a su vez, se realicen plenamente y participen activa, creativa y responsablemente en las tareas que nos conciernen como sociedad, en los planos local y global.

Partiendo de que el ser humano es valioso en sí mismo y dueño de su propia vida, Pedrajas (2015, p. 15) sostiene que:

Se debe mirar el desarrollo como libertad, fortalecimiento y expansión de capacidades de los más desfavorecidos y el empoderamiento y la autonomía moral, que son los tres pilares que fundamentan un modelo de desarrollo que debe inspirar el desarrollo internacional, en concreto ahora, de la Agenda 2030 y los ODS. Hay que *empoderar* en las capacidades de toma de decisiones personales, sociales y políticas. Como parte de la vida política y de un modelo de desarrollo, para esto el concepto de autonomía es fundamental, basado en la dignidad humana y en los derechos humanos.

Por lo tanto, la fraternidad y la igualdad, la promoción y el respeto a los derechos humanos, la democracia y la justicia, la equidad, la paz, la inclusión y la no discriminación son principios que deben traducirse en actitudes y prácticas que sustenten, inspiren y legitimen el quehacer educativo.

Aun cuando las principales recomendaciones en materia educativa señalan la necesidad de crear un sistema inclusivo en todos los niveles de la educación, tanto en la legislación como en las políticas y fomenten la aplicación de ajustes razonables con recursos presupuestarios suficientes y de la formación adecuada de los docentes. Hoy, persisten planes de estudio en las escuelas normales que no contemplan en su malla curricular la Educación Inclusiva como prioridad en la formación del estudiantado, tales como: los planes de Estudios para las licenciaturas en Educación Primaria y Educación Preescolar (SEP, 2012).

Pese a ello, el diseño de la Licenciatura en Educación Primaria, plan 2018, asume la necesidad de una transformación pedagógica tomando en cuenta tendencias nacionales e internacionales, replanteando y articulando el conocimiento disciplinar, las prácticas pedagógicas, la educación socioemocional, la educación inclusiva, así como el uso de las tecnologías para responder a las necesidades de atención de la diversidad con la visión ética profesional desde un enfoque intercultural. Programa educativo de Educación Inclusiva (SEP, 2018).

El estudiante en formación requiere de los conocimientos, actitudes, valores y habilidades para implementar proyectos de intervención donde el centro son las niñas y los niños de primaria, implementando las metodologías del diálogo, la reciprocidad y la interdependencia con objeto de enseñar a cada estudiante a aprender a aprender lo largo de su vida, a partir de una relación entre comunicación y aprendizaje permanentes entre personas, grupos, conocimientos, valores, tradiciones, lógicas y racionalidades distintas, orientados a generar, construir y propiciar un respeto mutuo, y un desarrollo pleno de las capacidades de los individuos y colectivos, por encima de sus diferencias culturales y sociales (Walsh, 2014)

3.1 Agenda 2030 en su objetivo 17. Formación desde un enfoque intercultural

En el contexto de esta propuesta del programa educativo que estaba pensado para su implementación presencial, se lograron incorporar las Metodologías Inclusivas y apuntalar la formación de los estudiantes normalistas tomados del texto de COEMFE (Denominadas Metodologías para el aprendizaje del siglo XXI). La propuesta del Plan de estudios de la Licenciatura en Educación Primaria (SEP, 2018), se corresponde con la agenda 2030. Cada docente en formación desde un enfoque intercultural ha de asumir los principios de inclusión, igualdad y equidad, con pedagogías centradas en el diálogo de saberes UNESCO (2017).

Entre los temas que se abordan destacan: los principios de la interculturalidad, igualdad y la inclusión; el modelo de la exclusión al modelo de inclusión; los modelos de transformación y desarrollo de culturas inclusivas; la inclusión en los programas de estudio vigentes; las metodologías inclusivas utilizando la interseccionalidad, el aprendizaje cooperativo, la atención diferenciada, las habilidades socioemocionales e inclusión, la inclusión en el ámbito escolar, los ajustes razonables en el ámbito escolar y, las estrategias de la gestión pedagógica (SEP, 2018).

El curso Educación Inclusiva pretende construir una nueva cultura que reconozca y valore la heterogeneidad cultural de los grupos como principio que enriquece y fortalece el desarrollo de potencialidades de cada integrante de la comunidad escolar. El foco central es la diversidad y su atención. Ello genera que a lo largo del curso y en forma transversal, se aborden los determinantes de una cultura inclusiva, promueva la presencia, la participación y los logros de la población estudiantil, identifique y elimine las barreras del aprendizaje, identifique el grupo o individuo que puede no alcanzar las competencias o puede ser excluido por alguna diferencia y en base tales resultados, se elabore estrategias para su inclusión.

IV. Metodología

El marco metodológico que se siguió en este trabajo de investigación corresponde con el paradigma interpretativo naturalista, de enfoque cualitativo e inductivo flexible. Resulta apropiado cuando el investigador se interesa por el significado de las experiencias y valores humanos, el punto de vista interno e individual de las personas y el ambiente natural en que ocurre el fenómeno en estudio. La investigación cualitativa pretende “la comprensión e interpretación de las expectativas subjetivas del investigador” (Gerson, 2015).

El diseño que se eligió es el fenomenológico, ya que la fenomenología es el estudio de los fenómenos tal como son experimentados, vividos y percibidos por los hombres. La fenomenología orienta y articula la experiencia hermenéuticamente, se concentra en la interpretación de la experiencia humana y los textos de la vida (León, 2009). Se están en presencia de dos visiones: la fenomenología descriptiva y la hermenéutica interpretativa, esta última visión producto del giro hermenéutico de la fenomenología iniciado con Heidegger (2005) continuado y recreado por Gadamer (2007), citado por Barbera (2012).

4.1 Alcance del estudio

El alcance del estudio fue descriptivo, dado que se pretende observar cambios en la percepción de los estudiantes sobre la Agenda 2030 y los ODS dentro del aula y describir las experiencias del estudiantado normalista de la licenciatura en Educación Primaria respecto a su formación en educación inclusiva.

La técnica utilizada para la recolección de datos fue el grupo focal, para lo cual se logró la integración de cinco grupos focales (Creswell, 2005) conformados con los participantes en esta investigación. La muestra estuvo coformada de 27 estudiantes normalistas de la licenciatura en educación primaria distribuidos en cinco grupos, dos de seis personas y tres de cinco personas. Se les instruyó a ponerse de acuerdo en el día y la hora que se haría una grabación para guardar la sana distancia ante la situación de la pandemia provocada por el COVID-19.

La muestra utilizada fue de máxima variación: esta es utilizada cuando se busca mostrar distintas perspectivas y representar la complejidad del fenómeno estudiado, o bien documentar la diversidad para localizar diferencias y coincidencias, patrones y particularidades. Creswell (2013b), Hektner (2010), Henderson (2009) y Miles y Huberman (1994) citado en (Hernández, 2018).

Ante esta situación de salud, se realizaron las entrevistas en línea y se grabaron para hacer la transcripción comprensiva de los datos y lograr una mayor riqueza de la información (Hennink y Leavy, 2013; Krueger y Casey, 2008), citado en (Hernández, 2014, p.409). Se cuenta con basta información, pero se coloca la más representativa por cuestiones de espacio.

V. Resultados

Tabla 1.

Experiencias de los informantes en su formación en educación inclusiva.

CATEGORIA	DISCURSOS -PARTICIPANTES EN GPOS
Educación Inclusiva	<p>“...la UNESCO señala que la Educación Inclusiva, se concibe como un proceso que permite abordar y responder a toda la diversidad, al reducir la exclusión dentro y fuera del sistema educativo” (GPF1).</p> <p>“...es importante conocer sobre la educación inclusiva ya que permite dar respuesta apropiada a todos los estudiantes, tanto en entornos formales como en los no formales de la educación partiendo de las características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje de cada niño o niña” (GPF3).</p>

Fuente: elaboración propia.

En relación con las experiencias de los informantes en su formación en educación inclusiva, cabe señalar que efectivamente reconocen en su mayoría lo urgente y necesario que resulta el enseñarles cómo trabajar en las aulas con el enfoque de inclusión para poder atender en las necesidades que se presenten sobre todo las y los niños que presenten alguna situación de discapacidad.

Tabla 2.

Valores, actitudes y habilidades que se promueven con la educación inclusiva.

CATEGORIA	DISCURSOS -PARTICIPANTES EN GPOS
Valores, actitudes, habilidades.	“...la educación inclusiva, va siguiendo la finalidad de modificar a la sociedad y todos los actores incluidos en ella, así como de la vinculación de la escuela con la comunidad, promueve valores como el Respeto, Tolerancia, la no Discriminación, Equidad, Libertad, Solidaridad, entre muchos otros valores que se consideran fundamentales para todo ser humano” (GPF1).

Fuente: elaboración propia.

En la categoría de los valores, actitudes y habilidades que se promueven con la educación inclusiva, la gran mayoría enfatizó la importancia que tiene desde la escuela promover el respeto, la tolerancia, la no discriminación, el trabajo colaborativo y la solidaridad entre niños y niñas. Para esto es necesario el apoyo de las familias, sin olvidar el impacto del contexto escolar.

Tabla 3.

Formación docente en Educación Inclusiva indispensable del futuro profesorado.

CATEGORIA	DISCURSOS -PARTICIPANTES EN GPOS
Formación en Educación Inclusiva	Ante la pregunta ¿Por qué es necesario que las y los maestros sepan qué es la Educación Inclusiva? “...Considero que es necesario debido a que, actualmente nos encontramos ante un gran cambio dentro de la sociedad que exige docentes capaces de incluir a todos los alumnos, sin importar cual sea su condición” (GPF1). “...Porque de esta manera se estaría garantizando el derecho que tiene cada individuo a la educación” (GPF2).

Fuente: elaboración propia.

Cuando se mencionó por qué consideran que las y los maestros deben conocer que es, la Educación Inclusiva y como trabajar con este enfoque, además de identificar las estrategias que atiendan la diversidad, señalaron lo fundamental que el docente desarrolle las competencias profesionales para actuar en consecuencia y trabajar con las diferencias, reconociendo la diversidad como riqueza que aporta al trabajo áulico.

Tabla 4.

Conocimiento del estudiantado en Metodologías Inclusivas.

CATEGORIA	DISCURSOS -PARTICIPANTES EN GPOS
Metodologías Inclusivas	“...La educación Inclusiva es una aproximación estratégica diseñada para facilitar el aprendizaje exitoso para todos los niños y niñas y jóvenes. Hace referencia a metas comunes para disminuir y superar todo tipo de exclusión desde una perspectiva del derecho humano a una educación: tiene que ver con acceso, participación y aprendizaje exitoso en una educación de calidad para todos” (GPF1).

Fuente: elaboración propia.

En relación con el hecho de trabajar con la diversidad y la forma de atender a las niñas y niños que presentan alguna situación de vulnerabilidad, se rescata la importancia que atribuye el estudiantado al conocimiento en Metodologías Inclusivas. Vistas estas como herramientas fundamentales para alcanzar los aprendizajes esperados que les permitan superar todo tipo de exclusión, al basarse en metodologías con perspectivas de los derechos humanos.

Tabla 5.

Los Modelos de formación del profesorado deben ser incluyentes.

CATEGORIA	DISCURSOS -PARTICIPANTES EN GPOS
Modelos de Formación inclusivos	“...Sí, debido a que durante nuestra formación debe haber un propósito y visión que esté encaminado a la búsqueda de la equidad y acceso a una educación de calidad, con ello lograr la inclusión educativa” (GPF1). En primer lugar, debe considerarse el replanteamiento en torno a los programas de estudios de formación docente para crear un acercamiento a las aulas diversas, en donde la base de nuestra práctica sea el fomento de los valores y respeto por las diferencias” (GPF3). Así mismo, nuestra formación debe acercarnos a vivencias que nos permitan conocer las discapacidades que existen y como planear secuencias didácticas que se adecuen a las necesidades educativas del estudiantado” (GPF3).

Fuente: elaboración propia.

Cuando se invitó al estudiantado a comentar respecto a los Modelos de formación, todos y todas señalan la importancia de que desde el Sistema Educativo Mexicano trace rutas y metas comunes con una visión

encaminada a la búsqueda de la equidad y acceso a una educación de calidad. Consideran necesario un replanteamiento en torno a los programas de estudios de la profesión docente, para crear un acercamiento a las aulas interculturales, donde la base de las prácticas escolares sea el fomento de los valores y respeto por las diferencias, desde su formación en la propia escuela normal, identifican como una necesidad el diseño de secuencias didácticas que se adecuen a las necesidades educativas del estudiantado de educación básica.

Tabla 6.

Aprendizajes significativos sobre el curso de Educación Inclusiva.

CATEGORIA	DISCURSOS -PARTICIPANTES EN GPOS
Aprendizajes Significativos Sobre Educación Inclusiva	<p>“...Considero que realmente el curso de Educación Inclusiva, dejo grandes aprendizajes significativos, rescato al menos tres de los productos que más llamarón mi atención sobre todo por qué podré aplicarlos en mis practicas educativas” (GPF4).</p> <p>En primer lugar, conocer las discapacidades que existen y como planear secuencias didácticas argumentadas que se adecuen a las necesidades educativas del estudiantado, la infografía que se realizó rescatando las Metodologías Inclusivas, Análisis de un cuento infantil, con enfoque de inclusión” (GPF1).</p>

Fuente: elaboración propia.

Al preguntar a los estudiantes respecto a los aprendizajes logrados durante el curso de Educación Inclusiva, se observa que reconocen la influencia que dejó en su formación profesional, resaltando las evidencias académicas que construyeron y los aprendizajes que adquirieron para luego poder aplicarlos durante sus prácticas docentes. Con especial énfasis valoran el conocimiento adquirido para implementar las Metodologías Inclusivas.

Como se puede notar en los discursos de las y los estudiantes que participaron en los grupos focales, se refleja claramente la importancia que atribuyen a la necesidad de formación en Educación Inclusiva, resaltando la influencia que tiene en la generación de aprendizajes significativos y los beneficios que esto conlleva con el diseño de situaciones didácticas argumentadas que trae como consecuencia una práctica educativa de mayor calidad.

México tiene uno de los sistemas educativos más grandes y complejos de Latinoamérica OECD/CERI (2005). La posición situada de quien interroga y construye la realidad que analiza la inclusión, hace evidente que sus categorías no son monolíticas ni tan universales como se pretende. En consecuencia, muchos proyectos se quedan inscritos en agenda pendiente.

VI. Conclusiones

En momentos de tragedia como se ha vivido durante la pandemia donde se puso de relieve la fragilidad del ser humano, es importante que los sistemas de educación a nivel mundial levanten las manos, las voces y todas las herramientas posibles que permitan calar hondo en todos los gobiernos del mundo y revisen sus políticas educativas relativas al papel de la educación y la función social de las y los docentes. Sobre todo, por la capacidad de resolución con la que se atendió la situación del proceso educativo ante el confinamiento del estudiantado y de la sociedad en general derivado de la pandemia provocado por el COVID-19.

Asimismo, hay que tener en cuenta la importancia de la formación de los futuros docentes en este fenómeno social y sobre todo educativo, mención especial requiere precisar que la formación de los futuros docentes no se detuvo y haciendo esfuerzos incontables, se desarrollaron procesos para atender la urgencia nacional.

Este estudio aporta en la comprensión de la necesidad indispensable de formación en Educación Inclusiva para todo el estudiantado de las distintas escuelas normales del país, en aras de la obtención de aprendizajes significativos que permitan enriquecer el diseño de situaciones didácticas con enfoque de inclusión, teniendo un impacto directo en la práctica docente y en los grupos con mayores necesidades como el estudiantado en situación de vulnerabilidad.

Se puntualiza que esta investigación tiene la pretensión de posteriormente de llevarse a cabo en todas las licenciaturas de la Escuela Normal Veracruzana “Enrique C. Rébsamen”, incidiendo directamente en la formación de los futuros formadores de la Educación Básica y siendo coherentes con los principios filosóficos de la educación. Es indispensable

que la Formación Docente se revista de la perspectiva de Educación Inclusiva para que permee en el trabajo que desarrolla el profesorado en las aulas, en las familias en el contexto escolar y la sociedad en general.

Se enfatiza que visibilizar la necesidad indispensable en la formación del estudiantado normalista en Educación Inclusiva, atiende las indicaciones de la Agenda 2030- ODS - y el objetivo de desarrollo 17-. Cada docente en formación, desde un enfoque intercultural, ha de asumir los principios de inclusión, igualdad y equidad, con pedagogías centradas en el diálogo de saberes UNESCO (2017).

Es penoso reconocer que México sea un país en vías de desarrollo en muchos o casi todos los aspectos, por lo tanto, en materia de educación se hace evidente. También es claro, que las políticas diseñadas por los gobiernos nacionales no han conseguido garantizar el acceso de todos los estudiantes a la educación gratuita, obligatoria y de excelencia que menciona el Artículo 3° constitucional y, mucho menos, se han interesado en la importancia de crear Escuelas Inclusivas e Incluyentes.

Las razones son de distinta índole, ya sea por falta de planeación, por incompetencia o por corrupción, pero las políticas públicas al respecto han fracasado rotundamente, al menos eso muestran los estudios recientes. Sin embargo, análisis como este coloca en la agenda nacional como un asunto pendiente para el Sistema Educativo en el rubro formación de futuros formadores de la Educación Básica, resignificando la importancia de propiciar Escuela Inclusivas y libres de violencia, no solo como aspiración, sino como una realidad posible y deseable en la formación de los futuros formadores de la Educación Primaria por el bien del estudiantado de la Calidad Educativa y mejorar la profesionalización de los docentes.

Es menester expresar que este tipo de investigaciones se realicen más a menudo, ya que bien permiten recoger el sentido y las voces del estudiantado respecto a su formación en Educación Inclusiva y como se benefician en el diseño de planeación didácticas, con ajustes razonables que permitan atender la diversidad en el aula, sobre todo en los y las niñas en situación de vulnerabilidad.

Finalmente, se ha de visibilizar el enfoque de inclusión como una prioridad indispensable en los planes de estudios con los que se forman los futuros docentes y que lo transversalicen en sus programas de estudio con la perspectiva de la Educación Inclusiva, principalmente por el logro de aprendizajes significativos de sus estudiantes para fomentar la sensibilidad, reconocer la diversidad como riqueza y fortaleza en la construcción y diseño de prácticas docentes con enfoque de inclusión. Por respeto a todas las personas y porque la Educación es para todos y todas, además hacer valer el derecho a la educación y no verla como privilegio de unos cuantos, por dignidad, igualdad humana equidad y justicia social.

Referencias

- Ainscow, M. (2003). *Understanding the Development of Inclusive Schools*. Falmer.
- Barbera, N. y Inciarte, A. (2012). Fenomenología y hermenéutica: dos perspectivas para estudiar las ciencias sociales y humanas. *Multiciencias*, 12(2), 199-205.
- Canales, H. F., Alvarado E. L. y Pineda E. B. (2011). *Metodología de la investigación: manual para el desarrollo de personal de salud*. UNAM.
- García, I. (2018). La educación inclusiva en la reforma educativa de México. *Revista Nacional e Internacional de Educación Inclusiva*, 11(2), 49-62.
- Gerson E. (2015). *Investigación cualitativa. Guía práctica para la elaboración del proyecto*. Universidad Veracruzana.
- Gobierno de México (2016). Presentación del balance de la estrategia nacional de Inclusión para el desarrollo de la cultura política democrática en México. *Documento Rector*. <https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/estrategia-nacional-de-inclusion-108746#:~:text=La%20Estrategia%20Nacional%20de%20Inclusi%C3%B3n,de%20las%20y%20los%20mexicanos>.

Naciones Unidas (2015a). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución de la Asamblea General A/71/1, aprobada el 25 de septiembre de 2015. Recuperada de [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&e-ferer=/english/&Lang=S\[Links\]](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&e-ferer=/english/&Lang=S[Links])

Pedrajas, M. (2015). Entrevista: “No esperaba que fuera tan difícil negociar sobre Derechos Humanos”. *Planeta Futuro*. https://elpais.com/elpais/2015/09/11/planeta_futuro/1441991073_286184.html

Sampieri Hernández R. (2014). *Metodología de la Investigación*. Sexta edición. McGraw-Hill.

Sampieri, R. H. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw Hill.

Secretaría de Educación Pública. (2011). *Acuerdo número 592 por el que se establece la articulación de la educación básica*. SEP.

Secretaría de Educación Pública. (2017). *Aprendizajes clave para la educación integral*. SEP.

Secretaría de Educación Pública. (2018). *Estrategia de equidad e inclusión en la educación básica: para alumnos con discapacidad, aptitudes sobresalientes y dificultades severas de aprendizaje, conducta o comunicación*. SEP.

Secretaría de Educación Pública. (2018). *Estrategia de equidad e inclusión en la educación básica*. SEP.

SEP. (2020). Principales Cifras del Sistema Educativo Nacional 2019-2020. Recuperado el 21 de abril del 2021 de https://www.planeacion.sep.gob.mx/Doc/estadistica_e_indicadores/principales_cifras/principales_cifras_2019_2020_bolsillo.pdf

UNESCO. (2008). Conferencia Internacional de Educación. 48 Reunión. Disponible en <http://www.ibe.unesco.org/es/conferencia-internacional-de-educación/48a-reunión-2008>.

UNESCO. (2017). Conferencia Internacional de Educación. 48 Reunión. Disponible en <http://www.ibe.unesco.org/es/conferencia-internacional-de-educación/48a-reunión-2008>.

Walsh, C. (2014). ¿Interculturalidad? Fantasmas, fantasías y funcionalismos. *Revista Nuestra América*, 2(4), 17-30.

Capítulo 11. Necesidad de protección jurídica a la pareja homosexual constitutiva de familia en Cuba a las puertas de un nuevo Código de las Familias

Dr. Rafael Roselló Manzano
Universidad de la Habana

I. Introducción

A pesar de que ya no goza en el ámbito internacional del privilegio mediático que genera la novedad absoluta, el debate sobre homosexualidad y Derecho, en especial sobre homosexualidad y Derecho de familia, no ha perdido vigencia. Parecen lejanos los días en que la curiosidad insaciable y en ocasiones morbosa de los medios de comunicación convirtió en noticia de primera plana la holandesa Ley de 21 de diciembre de 2000 que, reformando el Código civil de aquel país, permitió a las personas del mismo sexo contraer matrimonio. Aquel paso, revolucionario y controvertido, aunque no fue el primero, sí fue el más radical hasta entonces, y abrió la puerta para legislaciones similares en otros países, que de una u otra forma regularon la posibilidad de formalizar las uniones entre homosexuales, con las consecuencias inherentes al régimen económico, sucesorio y de seguridad social. Sin embargo, otros países son aún deudores de una legislación al respecto, entre los que se encuentra Cuba. En nuestro caso, dicha omisión pretende salvarse en un nuevo Código de las Familias, cuya aprobación (referendo popular mediante) y promulgación pueden producirse tan pronto como en el presente año.

Sin perjuicio de que el debate se enfoque desde distintas aristas, ya sea apelando a la naturaleza jurídica y los fines del matrimonio, o a la prohibición de discriminación que aparece en la mayoría de los textos constitucionales modernos, no debemos olvidar que la pareja homosexual es una familia, y como tal debe ser protegida por el Derecho, a tenor del mandato constitucional.

II. La interacción dinámica entre Familia y Derecho. La pareja homosexual como modelo familiar

Reflexionar sobre si la pareja homosexual es constitutiva o no de familia, que es el eje central de este trabajo, requiere plantearse un grupo de cuestiones relativas al concepto de familia, a la identificación o no de dicho concepto en sentido amplio con el objeto de regulación del Derecho de familia, y más importante aún, a la capacidad que debe tener o no el legislador, de manera autónoma e independiente para decidir qué es familia y qué no lo es.

En el primer caso pudiera pensarse que estamos ante una pregunta fácil de responder, ayudados simplemente por el sentido común y la experiencia vital. Podría asegurarse sin temor, que cada individuo tiene un concepto propio de familia, determinado, claro está, por factores ambientales, históricos y socio- culturales.

Sin embargo, los estudiosos del fenómeno familiar en el área de las ciencias sociales han intentado aproximarse de manera científica al fenómeno, cada cual desde su óptica. Así, se han defendido conceptos psicológicos, sociológicos y por supuesto jurídicos de la familia.

Diez (1984) ha delimitado el problema en torno a dos posiciones extremas. De una parte, la que llama *panjurista*, para la cual es familia solamente aquello que el Derecho regula y acota como tal. La familia será entonces una institución de esencia jurídica, formada por un complejo entramado de relaciones regidas por normas de Derecho.

De otro lado, la posición *pansociologista* o *pansicologista*. Para estas últimas la familia es una institución prejurídica de la que solo *a posteriori* el Derecho se ocupa. Desde este último punto de vista de vista la regulación jurídica de la familia es indiferente para su configuración y tampoco ejerce influjo en su modo de ser o en sus posibles líneas evolutivas. Como casi siempre sucede, las posiciones extremas son incorrectas y es necesario encontrar el balance justo. Es cierto que el Derecho no regula todos los aspectos de la familia como institución, pero sí influye en un gran número de ellos, fijando normas de conducta por las que deben regirse las

relaciones familiares y estableciendo los requisitos y procedimientos para la constitución y disolución de algunas de estas relaciones.

Sin embargo, no debemos perder de vista el hecho insoslayable de que el Derecho, frente a la familia es temporalmente posterior: esta no es una creación de los legisladores, los que ven su labor limitada, como ya se ha dicho, a fijar cauces jurídicos para el desenvolvimiento de las relaciones familiares, dotando, al decir de Lacruz y Sancho (1997) de superestructura jurídica a un grupo natural.

La familia es pues, una realidad prejurídica en la que influyen de forma decisiva factores de orden social y cultural, lo que no obsta para que aspectos de su constitución puedan (y deban) ser sometidos al control del Estado a través del Derecho. Todo ello con el fin fundamental de proteger a los sujetos que forman parte de las relaciones jurídicas familiares, aunque no se nos escape que en la mayoría de las ocasiones la actividad del legislador y de los operadores del sistema jurídico propenda no solo a estas benéficas intenciones, sino a la perpetuación de determinados modelos familiares a tono con los intereses del grupo dominante en la sociedad en un determinado momento histórico.

Sin embargo, las previsiones legales no pueden abarcar toda la diversidad de la vida social, más aún, son desbordadas y superadas en su mayoría como consecuencia del transcurso del tiempo, y esto sucede especialmente cuando su objeto de regulación es una realidad tan amplia, de tan difícil aprehensión y tan voluble y cambiante como lo es la familia. Esto ha traído como consecuencia que se hable de una crisis del Derecho de familia codificado, por lo difícil que resulta acomodar las normas positivas, que muchas veces datan del siglo XIX, a la dinámica de las relaciones familiares actuales. Es comprensible que, en esas condiciones, la formación de grupos que no se encuentran dentro de los límites de las previsiones legales, y que no funcionan de acuerdo con ellas es inevitable, por lo que en muchas ocasiones el concepto de familia no es claramente identificable con el objeto de regulación del Derecho de familia.

Teniendo en cuenta esta realidad, el peor error de los operadores jurídicos y en especial del legislador sería la endogamia: encerrarse en sí mismos y rechazar a otras ciencias como la sociología, psicología y demografía, que proporcionan elementos y conceptos valiosos sobre grupos sociales, matrimonios, filiación, parejas de hecho, dinámica de las relaciones familiares, entre otros datos decisivos a la hora de legislar sobre el tema.

Como afirma Roca (1997) si el Estado tiene la obligación de establecer un determinado tipo de regulación de lo que se ha acordado en llamar *derecho de familia*, haya que usar un *concepto prejurídico de familia*, porque la definición de lo que sea en un determinado momento histórico no puede buscarse en la legislación positiva, sino en elementos externos al Derecho.

A ello se añade que sería muy complejo ofrecer un concepto general y omnicompreensivo de lo que sea la familia desde el punto de vista legal, pues el grupo familiar tiene distinta amplitud según los aspectos en que es considerado: se contrae y se expande, según se trate de sucesión intestada, obligación de dar alimentos, personas a las que se puede deferir la tutela, cuestiones relacionadas con el Derecho penal, o Laboral y de Seguridad Social. En tales circunstancias una definición legal unitaria sería, (nunca mejor dicho), peligrosa y difícil de lograr, o bien, si se logra, demasiado vaga y general como para ser útil.

A pesar de todos los inconvenientes críticos arriba enunciados, el legislador, a través del Derecho, ejerce una función preceptiva, que en materia familiar es primordial e insoslayable. El ordenamiento jurídico y los operadores que lo aplican e interpretan, establecen, por ejemplo, los requisitos formales y personales para contraer matrimonio, su régimen económico (o la posibilidad de su establecimiento mediante la autonomía de la voluntad), las causales de disolución, el contenido y ejercicio de las relaciones paterno- filiales, tutelares, de adopción, entre otras.

No resulta en absoluto novedoso decir que la familia, en su calidad de fenómeno social, vive una evolución constante motivada por el ritmo acelerado de cambio en las estructuras sociales que imponen el desarrollo tecnológico y la omnipresente y tantas veces mentada globalización. La

realidad nos habla incluso del derrumbamiento de la estructura nuclear y la aparición de una gran diversidad de estilos de vida familiares no nucleares (personas que viven solas fuera de una familia, personas anteriormente casadas que viven solas y personas que viven juntas sin formalismos legales con independencia de su sexo). Sin embargo, estos cambios no significan en modo alguno una crisis de la familia como institución, por el contrario, ella adquiere un rol decisivo en el nuevo contexto como transmisora de valores y actitudes positivas.

En sentido general, la familia es la instancia mediadora entre el individuo y la estructura social. Todas las definiciones al respecto coinciden en considerarla como la “célula fundamental de la sociedad”, que a pesar de los cambios que ha experimentado, continúa siendo funcional para los individuos que la forman. Esa es precisamente la piedra angular que caracteriza la existencia de la familia: las funciones que cumple, más allá de su extensión, composición u orientación sexual de sus miembros, extremos que inevitablemente varían con el cambio y la evolución social. Dichas funciones se definen históricamente según Ares (2002) en tres direcciones fundamentales:

1. Función económica, de manutención, de satisfacción de necesidades materiales: la familia como sustento económico de sus miembros.
2. Función biológica, reproductora o de crecimiento demográfico.
3. Función educativa y de satisfacción de necesidades afectivas y espirituales.

Empero, y a pesar de que las características funcionales anteriores son comunes a la mayoría de las familias, estas no pueden ser concebidas como una categoría estática, única e inmutable, sino que es necesario tener en cuenta la evolución histórico-cultural a la que se encuentran sometidas; es decir, la familia está condicionada por el sistema socioeconómico imperante, por el carácter de las relaciones sociales en que sus miembros se insertan y por la cultura, las tradiciones y el Derecho vigente, entre otros aspectos.

No existe para estas funciones un orden de prelación, ni tienen que ser cumplidas en su totalidad. Es perfectamente posible hablar de genuinas familias o tipos familiares que no las cumplen exhaustivamente todas, sin embargo, para ser calificadas como tal no se pueden sustraer al cumplimiento de al menos alguna de ellas. Por lógicas razones, la pareja homosexual constitutiva de familia tendría limitaciones en el ejercicio de la función biológico- reproductora, pero como lo mismo sucede con las parejas heterosexuales que no pueden tener hijos y nadie se atrevería a pensar que éstas no pueden constituir una familia.

La circunscripción a la función de procreación es una tendencia que ha sido superada, visto que representa una visión sumamente empobrecida de las relaciones interpersonales. En cuanto a la satisfacción de necesidades económicas, afectivo- espirituales y educativas, es totalmente indiferente la orientación sexual de los miembros de la pareja. Basados en el concepto de familia como célula fundamental de la sociedad, y considerando especialmente las funciones que ésta cumple, podemos sostener que la pareja homosexual es constitutiva de familia. La familia homosexual puede ser definida de muchas maneras, nosotros proponemos una aproximación jurídica que la entienda como la unión voluntaria de dos personas del mismo sexo, con propósitos de convivencia singular y estable (con todas las consecuencias que esto pueda implicar en el plano legal, económico y afectivo), que pueden incluir o no la tenencia de hijos mediante cualquiera de los procedimientos posibles, la adopción, o la guarda y cuidado de hijos anteriores.

Es importante dejar claro que la discriminación de estas personas, llevada a cabo en todas sus formas, incluido el no reconocimiento legislativo de sus uniones en pareja, afecta la funcionalidad de las familias que crean y la identidad de sus componentes.

III. La protección jurídica de la pareja homosexual constitutiva de familia

La homosexualidad es un fenómeno casi omnipresente en la historia humana. Ha sido vista desde diferentes prismas según el momento histórico y las concepciones éticas, morales y religiosas que han regido en

los distintos períodos. La ciencia se ha aproximado a la homosexualidad tratando de encontrar sus causas y ha esbozado una serie de teorías que sería largo enumerar aquí, más aún cuando la única conclusión definitiva a que ha arribado la comunidad científica, especialmente la Organización Mundial de la Salud, desde 1993, es que la homosexualidad no es una enfermedad física ni síquica, por lo cual es evidente en el caso de los homosexuales, su condición de personas plenamente capaces, a quienes no hay que “curar” o “convertir”.

Sin dudas, no se puede, sin hipocresía, abogar por los derechos de un determinado grupo y al mismo tiempo tratar de limitarlos. Decir que los homosexuales son personas y que por lo tanto son sujetos con plena capacidad de hecho y de derecho no debería ser un aserto, sino una redundancia. El hecho de plantearse la interrogante es ya una afrenta para la dignidad humana de esas personas, que en cuanto tales, es lógico que ostenten el pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos que la ley otorga (entre los que se incluye claramente el derecho a formar una familia, que debe ser protegida por el ordenamiento jurídico). Hablar en pleno siglo XXI de “derechos de los homosexuales” es tan absurdo y retrógrado como atreverse a hablar de “derechos de los negros”.

Por otra parte, y como ya se ha expresado, la familia cobra hoy más vigor que nunca en su papel de célula fundamental de la sociedad, como transmisora de valores y como refugio ante la inseguridad y el caos inherentes a las sociedades modernas. Sabedores de esto, los organismos internacionales, los documentos jurídicos de carácter global, los textos constitucionales y legales ordinarios obligan a la protección de la familia como deber inexcusable del Estado.

La protección jurídica de la familia en el ámbito de los Estados nacionales debe empezar, naturalmente, por la Ley Fundamental, y así sucede desde la Constitución de Weimar, en sus artículos 119 al 121. El matrimonio como fundamento de la vida de la familia, de la conservación y el crecimiento de la nación se pone bajo la protección especial de la Constitución. La educación de las nuevas generaciones, en relación con el desarrollo de sus aptitudes físicas, morales y sociales, es concebida como el primer deber y derecho natural de los padres y madres. Sin embargo, la

regulación constitucional ha estado signada en algunos casos por la protección exclusiva de la familia fundada en el matrimonio, acuñando el término, a todas luces discriminatorio, de “familia legítima”.

Que la familia fundada en el matrimonio no es la única “legítima” lo atestiguan por sí solas las numerosas disposiciones legales que a nivel mundial han reconocido y protegido la existencia de grupos familiares que no tienen su origen en el matrimonio: ejemplo elocuente de ello es lo legislado en materia de parejas de hecho de diferente o del mismo sexo. Por otro lado, aquellas constituciones que protegen solamente a la familia fundada en el matrimonio cada vez tienen menos familias bajo su protección, pues desconocen el hecho abrumador de la decadencia de las tasas de nupcialidad y el aumento de las parejas que conviven, con estabilidad y singularidad similar a la conyugal, e incluso procrean, pero sin formalizar matrimonio. De ahí que, donde la formulación abierta o el silencio del texto de la Ley Fundamental lo han permitido, se han propugnado interpretaciones flexibles que extienden la protección familiar más allá de la mal llamada “familia legítima”.

Sin embargo, es difícil desprenderse de la idea a todas luces errónea de que matrimonio y familia son dos facetas de una misma realidad, y a ello contribuye sin dudas el profundo simbolismo socio- histórico y religioso que ha adquirido la institución matrimonial a través de los siglos. Es tanta la fuerza del matrimonio como institución que incluso hoy una de las principales líneas del debate sobre la protección jurídica de las personas homosexuales que se unen para hacer vida en común, se centra en si el concepto de matrimonio que ofrecen la Constitución y las leyes ordinarias de un país determinado es o no compatible con dicha protección.

De forma general los preceptos constitucionales y legales ordinarios que están presentes en el debate son (i) los que definen el matrimonio y el requisito de la diversidad de sexo para su celebración (ii) los que regulan el derecho de los individuos a la igualdad, a la identidad y al íntegro desarrollo y libre de expresión de su personalidad. La discusión puede entonces desarrollarse en dos planos.

El primero, consiste en la consideración de si la regulación del matrimonio entre homosexuales es *constitucionalmente posible*, es decir, si no sería inconstitucional que una norma ordinaria regulara dicho matrimonio. Esto implica un análisis de las normas constitucionales relativas al matrimonio, y la respuesta será lógicamente negativa cuando el constituyente lo haya concebido de forma expresa como celebrable solo entre un hombre y una mujer.

En segundo lugar, y en un plano más profundo, que requiere una interpretación sistemática del texto constitucional, está la determinación acerca de si el matrimonio entre homosexuales es *constitucionalmente necesario*, o lo que es lo mismo, que sería inconstitucional no regularlo vista la prohibición de discriminación que prescribe la propia Constitución, lo que implica un pronunciamiento, en la mayoría de las ocasiones judicial, decidiendo si la exigencia de sexos distintos para la celebración del matrimonio viola la regulación constitucional relativa a la igualdad y a la prohibición de discriminación.

Si la respuesta es positiva, se hace necesario permitir el matrimonio entre homosexuales, so pena de incurrir en prácticas discriminatorias. Las opiniones han sido variables de acuerdo con los países, y se puede decir que no existe una posición uniforme. En todo caso, allí donde se ha enfocado el tema desde el prisma de la discriminación por razón de sexo, siempre se ha podido objetar que la exigencia de que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer no implica discriminación al hombre ni a la mujer genéricamente considerados, que pueden contraer matrimonio en pie de igualdad, sino discriminación *por razón de la orientación sexual*, que impide a dos hombres o a dos mujeres homosexuales casarse entre sí.

Que dicha discriminación sea tan inadmisibles y repudiable como cualquier otra, no cabe la menor duda, el problema radica en que lo que parece una mera sutileza jurídica se transforma en dificultad al constatar que la mayoría de los textos constitucionales modernos surgieron en un contexto histórico y socio-político en donde la realidad de las diversas orientaciones sexuales estaba lejos de ser tomada en cuenta, y por lo tanto, ese tipo de discriminación no fue mencionada.

Queda claro que el constituyente que pensó en el matrimonio como la unión de un hombre con una mujer, no estaba teniendo precisamente en cuenta (intencionalmente o no) la discriminación por razón de la orientación sexual que estaba consagrando al vetar a los homosexuales su derecho a contraer nupcias. Sin embargo, allí donde las razones de discriminación no están enumeradas exhaustivamente y son susceptibles de una interpretación extensiva, este argumento puede triunfar y traer como consecuencia el reconocimiento pleno del derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio entre ellas.

Por su parte, el reconocimiento de que la pareja homosexual es una familia la hace acreedora de la protección constitucional que se le dispensa a la célula fundamental de la sociedad, sin embargo, puede tropezar con dos obstáculos: el primero de ellos es el enunciado arriba de que un grupo de textos constitucionales consideran protegible, erróneamente, solo a la familia fundada en el matrimonio, lo que nos llevaría de nuevo al debate que hemos esbozado en las líneas anteriores; el segundo sería que, una vez aceptado que la familia homosexual necesita y merece protección jurídica, se razone que la mejor forma de protegerla es precisamente reconociendo la posibilidad de que las personas homosexuales contraigan matrimonio, con lo cual, una vez más volveríamos al debate anterior.

Las únicas dos formas para evitar que el reconocimiento de que la pareja homosexual, en tanto familia, necesita de protección jurídica se convierta en el camino más largo para llegar de nuevo al debate sobre la pertinencia del matrimonio entre personas del mismo sexo son (i) cambiar la esencia del matrimonio como institución cimentada durante siglos en la conciencia social, opción que se nos antoja a la vez inútil y difícil de practicar, o (ii) abandonar de una vez la idea de que solo mediante el matrimonio tradicional la familia homosexual puede ser reconocida y tenida en cuenta por el Derecho, lo que puede ser una solución pragmática que evite la fractura en la opinión pública, tan temida en la Cuba de hoy.

Allí donde el legislador otorgue a la pareja homosexual constitutiva de familia la protección a través de la posibilidad de contraer el matrimonio que tradicionalmente se celebra entre un hombre y una mujer, bienvenido sea. Pero igual de bienvenida es la posición del legislador que sin

franquear esta posibilidad, legaliza la unión bajo otro nombre y le concede exactamente los mismos efectos que concedería el matrimonio tradicional, en lo relativo por ejemplo a régimen económico, derechos sucesorios y seguridad social. Siempre que la protección sea esencialmente la misma (y debemos reconocer que muchas veces bajo un nombre distinto se esconden regulaciones desiguales y discriminatorias), el *nomen iuris* es irrelevante: el debate, más que en torno al tema de si las parejas homosexuales pueden contraer o no el matrimonio que la ley prescribe para las parejas heterosexuales, debe girar a favor de reconocer de forma positiva el derecho de la pareja homosexual a fundar un grupo familiar y conceder efectos jurídicos plenos a esa unión.

Si bien la interpretación amplia del concepto constitucional de familia ha discurrido las más de las veces hacia la aceptación de la convivencia *more uxorio* heterosexual como supuesto protegible, no existen dudas de que en el futuro cercano no tardará en imponerse la idea de que la familia homosexual es también objeto de la especial protección que depara el constituyente en las normas supremas de casi todos los países del mundo, lo que se traducirá necesariamente en un cambio en las normas ordinarias de desarrollo.

Por otra parte, la gran mayoría de las Constituciones reflejan de manera inequívoca el derecho de los individuos al íntegro desarrollo y libertad de expresión de su personalidad, así como a la igualdad; conquistas insoslayables de la humanidad que no pueden ser violentadas esgrimiendo un argumento tan débil como la existencia de personas con una orientación sexual diferente. En este sentido los tabúes irán desapareciendo y junto con ellos las diferencias que en el orden legislativo y jurisprudencial separan al matrimonio heterosexual de la pareja homosexual que decida formalizar su relación ante la ley, cualquiera que sea la forma y el nombre que esta institución adopte.

IV. La protección jurídica de la pareja homosexual constitutiva de familia en Cuba

En el caso cubano existe en la actualidad una ausencia total de legislación que reconozca el matrimonio entre personas homosexuales como forma de

proteger a estas familias. La constitución de 1976 definía sin ambages el matrimonio como el celebrado entre un hombre y una mujer. Ello es coherente con su fecha de aprobación de aquella (1976) y del Código de familia (1975), que tenían regulaciones casi idénticas al respecto. Aquella época se vio signada por la actuación de individuos e instituciones inescrupulosas, que persiguieron y reprimieron duramente a las personas homosexuales, fueran dirigentes, artistas, funcionarios, estudiantes o miembros de la sociedad en general, expulsando o vedando el acceso a cargos de dirección, aulas universitarias e instituciones políticas a personas con indudables valores morales e intelectuales, por el solo hecho de ser homosexuales.

Ha pasado mucho tiempo desde el siniestro Primer Congreso Nacional de Educación y Cultura (1971), y la no menos siniestras Unidades Militares de Apoyo a la Producción (UMAP) (1965-1968), que pueden ser considerados como dos hitos visibles de la política de la revolución cubana en el poder desde 1959, hacia la homosexualidad. Su tratamiento exhaustivo excede los propósitos del presente trabajo. Sobre el primero, basta citar algunos pasajes de la DECLARACIÓN oficial: “Respecto a las desviaciones homosexuales, se definió su carácter de patología social. Quedó claro el principio militante de rechazar y no admitir en forma alguna estas manifestaciones ni su propagación (...)” (p. 140) Los asistentes a dicho Congreso, que marcó obviamente la política cultural y educacional de la época, no consideraban permisible “... que por medio de la «calidad artística» reconocidos homosexuales ganen influencia que incida en la formación de nuestra juventud” (pp. 140 y 141), sugiriendo un estudio para ubicar a estos profesionales del arte y la cultura en otros organismos, evitando además que representaran al país con su arte. En cuanto a las UMAP, es difícil encontrar el centro del debate entre posiciones que minimizan lo sucedido y las comparan cínicamente con una “escuela al campo” y los que las asimilan a los campos de exterminio nazis. Tratando de encontrar el equilibrio, y sobre la base de las publicaciones de prensa de la época, Garcés (2019, p.112) concluye que:

Las condiciones de trabajo dentro de estas Unidades, según se refleja en los escritos periodísticos de esos años, que no eran muy diferentes de las imperantes entre el resto de los trabajadores o estudiantes becarios. Sin

embargo, que las personas estuvieran recluidas en ellas por ser rechazadas de manera explícita por el proceso político, las estigmatizaba, lacerándolas subjetivamente en muchos casos; a los que pueden sumarse casos de arbitrariedades, que fueron reconocidas y señaladas en la prensa oficial de la época. Así las cosas, las dimensiones concretas de estas Unidades sólo pueden ser aclaradas a partir de los testimonios de los sobrevivientes.

Aún asumiendo que las fuentes de las que se sirve el autor hayan sido expresión fidedigna de la realidad en todos los casos, el hecho de que las condiciones físicas de las Unidades hayan sido similares a las de una escuela interna de la época, no hace menos terrible que quienes allí estaban, en contra de su voluntad, fueran objeto de un proceso de “reeducación”, que en el caso de las personas homosexuales incluía su tratamiento como una enfermedad a curar, por métodos absolutamente reprochables. Como siempre, la dimensión humana de la cuestión es la que importa, la huella terrible en los sobrevivientes, y en las familias de los que no tuvieron la “suerte” de serlo, como demuestra el tremendo testimonio de De la Torre (2018). Después de leerlo, los juicios asépticos, las justificaciones basadas en el contexto de la época e incluso la asunción tardía de responsabilidades sobre una página nefasta de la historia nacional, carecen de todo valor justificativo.

La lucha por la igualdad y contra la discriminación de las personas homosexuales en Cuba ha sido un proceso complejo de avances y retrocesos en el que han influido actores diversos entre los que se encuentra, en el ámbito institucional oficial, el Centro Nacional de Educación Sexual (CENESEX). No caben dudas de que a su influencia y gestión se debió principalmente la propuesta recogida en el artículo 68 del proyecto de la actual Constitución, que definía el matrimonio como la unión voluntariamente concertada entre dos personas, sin alusión a su género. Sometido a consulta popular, aquel artículo del Proyecto centró el debate y polarizó las opiniones, siendo más discutido que otros que son sin dudas más polémicos y tienen más peso específico en la vida de la nación, como el diseño del sistema político de partido único, o las formas de propiedad. Datos ofrecidos por la Asamblea Nacional del Poder Popular dan cuenta de que el asunto fue abordado en el 66% de las reuniones para debatir el Proyecto, acaparando 192 408 opiniones, de las cuales 158 376, siempre

según el máximo órgano legislativo de la nación, fueron en contra de la propuesta y a favor de cambiarla por la que definitivamente fue recogida en el texto de la actual Constitución de la República. El artículo 82 vigente, esquivó la polémica, o mejor, la pospuso para el momento de aprobación del Código de las Familias, definiendo al matrimonio como una institución social y jurídica, fundada en el libre consentimiento y la igualdad de derechos, dejando a la ley la forma de su constitución y sus efectos (y presumiblemente los sujetos que pueden contraerlo).

La eliminación del artículo 68 del texto que finalmente fue sometido a referendo aprobatorio tuvo lecturas diversas. Para algunos fue una derrota en una batalla que se saldó a favor de un grupo de presión nada desdeñable, constituido por organizaciones eclesiásticas de diverso cuño, complementado con un sector retrógrado de la sociedad y del grupo que ostenta el poder político. Es lógico pensar que estos últimos no quisieran comprometer el éxito del referendo aprobatorio conservando el que a todas luces fue el más polémico de los artículos sometidos a la consulta popular. La cantidad de opiniones en contra no expresa, a mi juicio, que la sociedad cubana, ni siquiera su mayoría, se oponga a la idea del matrimonio entre personas del mismo sexo. La naturaleza de la consulta popular que se realizó, en asambleas abiertas en las que la participación no era obligatoria, sin un quórum mínimo, y probablemente con algunos sesgos en la recogida de los planteamientos, que no tenían carácter vinculante, impide sacar conclusiones en un sentido o en otro. Sin embargo, y con el altísimo listón que suponía que la constitución precedente, la de 1976, se aprobara con el respaldo del 97,7 por ciento de los votantes, el gobierno necesitaba una asistencia masiva a las urnas y un respaldo casi unánime para legitimar la nueva Constitución.

En tal contexto, el artículo 68 se volvió prescindible, y la explicación oficial giró en torno a que no era necesaria un pronunciamiento constitucional acerca de qué personas podrían contraer matrimonio. Si bien este argumento es en principio cierto, puede identificarse que la lógica de incluir el artículo 68 tenía una razón histórica y una de técnica jurídica. La primera se basaba en enmendar la redacción de la constitución de 1976, que en su artículo 35 conceptuaba el matrimonio como la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer. La segunda buscaba el blindaje que

supone el reconocimiento constitucional, haciendo que el reconocimiento posterior en una ley ordinaria (código de Familia) fuera un mero trámite cuya omisión estaría viciada de inconstitucionalidad. Quienes se resistieron a ver la exclusión del artículo 68 del texto definitivo de la Constitución como una derrota, sino apenas como un repliegue estratégico, se basan en la idea de que a pesar de la supresión, existen suficientes herramientas en la Constitución como para asegurar la protección de las parejas homosexuales constitutivas de familia, a través del reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio. En concreto, pueden mencionarse el artículo 16, inciso g), que establece que la República de Cuba repudia cualquier manifestación de discriminación, el artículo 41, que reconoce a la no discriminación como principio para el goce y ejercicio de los derechos humanos, y por supuesto, el artículo 42 que reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación, expresamente y entre otras causas, por de sexo, género, orientación sexual e identidad de género. Todo ello se combina con el derecho a fundar una familia por cualquier persona, sin distinción, y el reconocimiento y la protección que a todas las familias debe brindar el Estado (el plural indica inclusión y hacia el final del artículo 81 se menciona que se extiende a “los diversos tipos de familia”). Todo ello, unido a la disposición transitoria decimoprimera de la Constitución, que mandataba a la Asamblea Nacional del Poder Popular para disponer, “en el plazo de dos años de vigencia de la Constitución, iniciar el proceso de consulta popular y referendo del proyecto de Código de Familia, en el que debe figurar la forma de constituir el matrimonio” servía como fundamento para presentar la batalla no como perdida, sino como pospuesta, pero con un resultado inevitable, dado que si el futuro Código de las Familias no incluía el matrimonio entre personas del mismo sexo, su inconstitucionalidad sería evidente. Sin embargo, la discutible decisión de llevar la futura norma familiar a referendo, adoptada sin dudas por lo polémico del tema del matrimonio igualitario, puede poner en peligro su aprobación, y con ella la regulación de otros asuntos sensibles e impostergables para la sociedad cubana actual, mal o insuficientemente regulados en el Código vigente.

Las parejas homosexuales constitutivas de familia deben ser, a tenor de lo dispuesto por la Constitución cubana, protegidas en su calidad de tales familias, y una de las formas en que esta protección debe materializarse es el reconocimiento y la concesión de efectos jurídicos a la unión que da lugar a la familia. Todas las formas de discriminación, incluida la jurídica, crean disfunciones hacia lo interno de la familia y en su interacción con la sociedad. De esto se deriva que, al no reconocer en el plano jurídico a la familia homosexual, el legislador no solo peca por omisión, sino también por acción, al contribuir al desmembramiento y la inestabilidad psicológica de una familia que por mandato constitucional debe proteger.

A dicha protección, que en el ámbito jurídico se traduce en reconocimiento legal, se puede llegar por dos maneras, bien por un nuevo Código de familia que elimine el requisito de la diferencia de sexos para contraer matrimonio,; o bien mediante una regulación paralela que le conceda, con base en la protección constitucional de la familias (de todas las familias), a la unión entre homosexuales constitutiva de familia un régimen legal con las mismas o similares consecuencias jurídicas que el matrimonio heterosexual, sin importar cuál sea su *nomen iuris*.

V. Conclusiones

El legislador tiene la insoslayable tarea de, a través del ordenamiento jurídico, poner orden, en la medida en que esto sea posible, en las transformaciones que inevitablemente sufre la sociedad de manera constante.

Según Diez-Picazo (1984), la función del Derecho como instrumento de cambio social es relativamente nula, pues el cambio social tiene sus propios factores genéticos, que después son consagrados por el Derecho. Sin embargo, aquí preferimos pensar en el Derecho como pieza clave de dicho cambio, pues como afirma Prieto (2001, p.12) “(...) su relativa independencia respecto a los fenómenos estructurales, le permite adelantarse y establecer las nuevas conductas y relaciones sociales que admitirá, sobre las que estimulará su desarrollo”.

El hecho de someter el proyecto de Código de las Familias a referendo aprobatorio, como hemos expresado anteriormente, derivado de la polémica que suscita, entre otros aspectos, el matrimonio entre personas del mismo sexo implica un reto particular.

Aunque los mecanismos de participación popular son herramientas a las que por principio nadie debería oponerse, es claro que las normas sobre derechos humanos de una minoría, como es el caso, no deberían ser sometidas a referendo, so pena de supeditar el reconocimiento de tales derechos al criterio de la mayoría.

Una norma jurídica como el Código de las Familias puede actuar como catalizador del cambio social y proveer a la libertad y dignidad plena de las personas homosexuales y a su desarrollo y realización personal y social, remediando así una injusticia histórica. Esperamos que así sea.

Referencias

- Arés Muzio. P. (2009). *La familia: Una mirada desde la Psicología*. Científico-Técnica.
- Carballo Madrigal, A. (2016). ¿Derechos Humanos sometidos a referéndum? Superando la regla de las mayorías desde la progresividad de los derechos humanos. *Revista de Derecho electoral. Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica*, (21) ,193-216.
- Constitución de la República, de 10 de abril de 2019. Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria, de 10 de abril de 2019.
- Constitución de la República, de 24 de febrero de 1976, reformada el 12 de julio de 1992 y el 26 de junio del 2002. Gaceta Oficial No. 3 Extraordinaria, de 31 de enero de 2003.
- Declaración del Primer Congreso Nacional de Educación y Cultura (1971). *Referencias*, (2- 3), 117-156.
- De la Torre Molina, C. (2018). *Benjamín. Cuando morir es más sensato que esperar*. Verbum.

- Díez Picaso, L. (1984). *Familia y Derecho*. Civitas.
- Díez-Picazo Gimenez, G. (2012). *Derecho de familia*. Civitas.
- Díez-Picazo Gimenez, L.M. (2007). En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. Disponible: http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf
- Garcés Marrero, R. (2019). Los primeros años de la Revolución cubana y las unidades militares de ayuda a la producción (UMAP). *Historia crítica*, (71), 93-112. <https://doi.org/10.7440/histcrit71.2019.05>
- García Maqueira, A. (2001). *Más allá del género. Seis Historias de la Familia Contracultural*, [Tesis de Grado, Universidad de la Habana].
- Guerrero-Quintero, G. (2022). *El nuevo Derecho de familia desde una visión pluridisciplinar*. Olejnik.
- Lacruz Berdejo, J. L y Sancho Rebullida, F. (1997). *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, Cuarta Edición. Bosch.
- Prieto, M. (2001). El derecho como ciencia. *Revista Cuba siglo XXI*, 1(2) Disponible:http://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto4_301001.htm
- Roca I Trías, E. (Coord.). (1997). *Derecho de Familia*, Tercera Edición. Tirant lo Blanch.
- Román García, A.M., Peralta y Carrasco, M., Casanueva Sánchez, I. (2022). *Derecho de familia*. Dykinson.
- Soto, F. (2013). El referéndum en Latinoamérica: un análisis comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (136), 317-346.

Capítulo 12. Vulnerabilidad de las personas mayores ante la brecha digital: análisis bibliométrico

Dra. Andrea Cívico Ariza

Universidad Internacional de Valencia

Dra. Teresa Linde Valenzuela

Universidad de Málaga

Dra. Erika González García

Universidad de Granada

Lauren Marie Basgall

Universidad de Málaga

I. Introducción

Según Dorado et al. (2021) en España las personas mayores de 65 años suponen un total de 9.218.381, siendo un 58% de esta cifra mujeres (INE, 2020). De forma que, podemos afirmar que el envejecimiento de la población es una realidad en todos los países desarrollados y en especial, tal como indica Domenech (2019) en el nuestro. En esta misma línea, según el Ministerio de Sanidad (2020) en España la esperanza de vida se encuentra en los 83,4 años, sin embargo, la tasa de natalidad ha decrecido de forma drástica desde finales de los años setenta a la actualidad (Díaz y García, 2018), provocando este hecho una inversión en la pirámide poblacional.

Esta situación supone para la sociedad en general y para los gobiernos en particular, tener que prepararse para asumir las necesidades de este sector de la población. De todas ellas las que mayor atención reciben son las referentes a la asistencia sanitaria y a la dependencia. No obstante, se tornan esenciales los problemas derivados del aislamiento y la soledad que padecen las personas mayores. Bustillo et al. (2022, 175) hacen especial énfasis en que:

Situaciones personales que conjugan edad avanzada, ausencia de una red familiar de apoyo y en ocasiones precariedad económica pueden no incidir de forma directa e inmediata en la salud y en la capacidad de

autonomía de las personas, pero generan con el tiempo aislamiento social y consecuencias negativas para la salud y para la capacidad cognitiva.

Estos son algunos de los hechos que convierten a las personas mayores en un colectivo vulnerable en la sociedad de la información en la que nos encontramos inmersos. Una sociedad conformada por personas a las que constantemente les falta el tiempo para estar con los mayores y atender sus necesidades.

Ante esta situación la OMS recoge que se deben crear entornos acorde con la edad de las personas a través de los cuales se permita (Organización Mundial de la Salud, 2007; Bustillo et al., 2022):

- 1.1. Crear contextos favorables para la edad, utilizando para ello la recopilación de orientaciones basada en experiencias semejantes.
- 1.2. Conformar plataformas donde puedan compartir experiencias propias y recibir información.
- 1.3. Fomentar el desarrollo de la *Red Mundial de Ciudades y Comunidades Amigables con las Personas Mayores* de la OMS.

Sin embargo, estas acciones carecen de sentido si no se trabaja uno de los principales motivos por los que los mayores se encuentran en situación de vulnerabilidad: la brecha digital. Siguiendo a Galera et al. (2018, p.219) las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) deben permitir que “las personas adquieran nuevas habilidades y formas de participar y expresarse en una sociedad claramente interconectada”. Por lo tanto, nos referimos a brecha digital cuando existe una desigualdad latente respecto al acceso, uso y relevancia de las tecnologías a nivel social.

En una sociedad en la que todo avanza a pasos agigantados, es para las personas mayores para las que el cambio ha sido más acelerado, ya que han vivido épocas de grandes y rápidos avances a los que han tenido que adaptarse. Sin embargo, la inmediatez y aceleración de la actualidad, hace que los cambios se hayan multiplicado exponencialmente y el tiempo de adaptación sea menor o inexistente en muchos casos. El nuevo contexto les ha obligado a reaprender a hacer casi todo, en un momento psicoevolutivo donde le cuesta más mecanizar ciertos procesos. A la falta de conocimiento, hay que sumarle en muchas ocasiones un desinterés

patente por todo lo relacionado con la tecnología, de forma que lo nuevo y digital queda fuera de su contexto, fortaleciendo una visión de ser ciudadanos al margen de la realidad tecnológica actual. Pese a que circunstancias excepcionales como la pandemia incrementó el uso de tecnologías entre los mayores, en 2021 los datos de la Unión Democrática de Pensionistas y Jubilados de España refleja que más del 40% de los españoles mayores de 65 años nunca ha accedido a internet. Además de la relevancia de este dato, es preciso matizar que esto no conlleva que alrededor del 60% restante sea usuario habitual o se maneje de forma acertada, sino que solo indica que, si han accedido alguna vez, sin especificar su nivel de competencia digital ni lo que se ven capacitados a hacer.

La gestión de cada vez más aspectos a través de la tecnología e Internet aumenta la especial situación de vulnerabilidad de las personas mayores, al verse sin capacidad para informarse y realizar las gestiones que necesitan sin ayuda. Entre estas se recogen acciones indispensables para la vida como:

Gestiones bancarias, las gestiones y reclamaciones ante organismos públicos, las denuncias o reclamaciones por compra, los trámites sanitarios, solicitar ayuda a la dependencia, solicitar servicio de ayuda a domicilio sea este teleasistencia o plaza en residencia o denunciar una agresión o maltrato (Bustillo et al., 2022, p. 179)

Estos hechos hacen de máxima necesidad la visualización de esta problemática, que como hemos expuesto anteriormente va en aumento, para conseguir que se produzca una adaptación de las nuevas tecnologías al contexto de los mayores, así como impulsar su capacitación a las mismas a través de entonor educativos no formales.

II. Métodos

Teniendo en cuenta todo lo comentado, la finalidad de este estudio es examinar la producción científica respecto a las personas mayores y la brecha digital desde inicios del siglo XXI, tomando como referencia la base internacional de Scopus. Esta elección de Scopus se sustenta en que las publicaciones que incluyen han sido sometidas a criterios exhaustivos de calidad, poseyendo además una gran amplitud, motivo por el que se

considero de forma exclusiva (Khanra et al., 2020). El proceso comienza implementando un metaanálisis a partir de las publicaciones encontradas. Los descriptores utilizados para los comandos de búsqueda fueron “older people” AND “digital divide”, incluyendo la mención a las personas mayores solo dentro del título, mientras que la búsqueda del término brecha digital se hizo incluyendo el título, resumen y palabras claves. Gracias a dichos descriptores podremos conocer cuáles son las principales líneas de publicación y producción científica sobre la brecha digital en las personas mayores recogidas en Scopus, utilizando técnicas bibliométricas para su análisis (González et al., 2020).

El número total de publicaciones encontradas con el comando de búsqueda utilizado fue de 42 publicaciones, con un margen temporal que abarca desde 2003 (inicios del siglo XXI) hasta la actualidad. Al ser una muestra tan concreta y que responde a los intereses de la búsqueda, no fue preciso realizar cribado siguiendo las directrices de la declaración PRISMA para reducir la muestra, ya que el número de publicaciones era abaricable para la aplicación de técnicas bibliométricas. Las 42 publicaciones fueron analizadas considerando las variables señaladas en la Tabla 1, estableciendo unos criterios de exclusión que permitieran focalizar el análisis en los aspectos más relevantes.

Tabla 1.
Variables analizadas y criterios de exclusión.

Variables	Criterios de exclusión
Año	No se aplican criterios de exclusión
Área de conocimiento	Todas las áreas con menos de 4 publicaciones
Tipo de publicación	No se aplican criterios de exclusión
Publicaciones periódicas	Todas las publicaciones periódicas con menos de 2 publicaciones
País	Todos los países con menos de 4 publicaciones
Afiliación	Todas las instituciones con menos de 2 publicaciones
Idioma	No se aplican criterios de exclusión
Autores	Todas las autorías con menos de 2 publicaciones
Publicaciones más citadas	Todas las publicaciones con menos de 55 citas
Palabras claves	Todas las palabras claves con menos de 4 presencia

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

III. Resultados

Considerando las 42 publicaciones que conforman la muestra de estudio, se examinarán las diferentes variables que han sido consideradas, de forma que podamos conocer las características de la producción científica sobre el foco de este trabajo.

3.1. Año

La primera variable tiene como fin analizar la evolución de la producción a lo largo del tiempo, pudiendo así detectar aumento o disminución en el número de publicaciones. En este caso, se consideraron todas las publicaciones existentes, abarcando desde los inicios del siglo XXI hasta 2021, inclusive. Los datos (Tabla 2) señalan una producción baja y continuada a partir de 2008 hasta 2019, existiendo años sin publicaciones (2004 a 2007, 2011 o 2015), donde destaca el 2017 con 4 publicaciones. De forma aislada, quedan las primeras publicaciones que tuvieron lugar en 2003 (2). El crecimiento se ha producido en los 2 últimos años considerados, alcanzando las 7 publicaciones en 2020 y las 16 en 2021, lo que indica una tendencia al crecimiento desde los últimos 2 años.

Tabla 2.
Año de publicación.

Año	Número de publicaciones
2003	2
2008	1
2009	3
2010	1
2012	1
2013	1
2014	1
2016	2
2017	4
2018	1
2019	2
2020	7
2021	16

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.2. Área de conocimiento

Esta variable permite conocer cuales son los principales campos de conocimiento que abordan la temática objeto de estudio. Es preciso reseñar que esta variable tiene un carácter multclasificadorio, lo que conlleva que una publicación puede estar asociada a más de un área de conocimiento, en función del objeto de estudio y la temática de la misma. Esta indexación de una misma publicación en más de un área, conlleva que la sumatoria del total de publicaciones por áreas de conocimiento sea siempre superior al número total de publicaciones que conforma la muestra de estudio.

Estipulando como criterio el excluir a todas aquellas áreas con menos de 4 publicaciones, las ciencias sociales son el campo de conocimiento con mayor nivel de producción (n= 23), seguido muy de cerca por la medicina (n= 17). Entendemos que el problema de la brecha digital para las personas mayores conlleva su afrontamiento desde el ámbito social al igual que el médico, por las repercusiones de dicho aislamiento y soledad derivado de la no adaptación al contexto digital, así como por la edad y los factores de salud en las personas mayores. Tras ello, la presencia de las ciencias de la computación, considerando el ámbito tecnológico que se aborda, ocupa un lógico tercer lugar (n= 8), seguido de cerca por enfermería (n= 7), con los mismos criterios que hemos aludido en el campo de la medicina. Otros campos también tienen su impacto en este tema, destacando la psicología por el factor cognitivo asociado a las consecuencias de la brecha digital en los mayores (n= 4).

Tabla 3.
Área de conocimiento vinculados a las publicaciones.

Área	Número de publicaciones
Ciencias sociales	23
Medicina	17
Ciencias de la computación	8
Enfermería	7
Arte y humanidades	6
Negocios, gestión y contabilidad	4
Ciencias medioambientales	4
Psicología	4

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.3. Tipo de publicación

La tipología de publicación es relevante, distinguiendo el formato y las características de cada uno de los mismos en la producción examinada. Prevalencen los artículos (n= 31), siendo el elemento más relevante en cuanto a tipo de publicaciones y la que más se ha utilizado para estudiar el impacto de la brecha digital en las personas mayores. Tras ello, aparecen las revisiones (n= 6), destacando que solo haya habido 2 comunicaciones en los años contemplados, al ser un formato más propicio para difundir investigaciones menos habituales por su temática.

Tabla 4.
Tipología de publicación.

Tipología	Cantidad
Artículos	31
Revisiones	6
Comunicaciones	2
Anotaciones a textos	2
Editoriales	1

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.4. Publicaciones periódicas

En esta variable hacemos mención a las revistas que más investigaciones han publicado sobre el tema objeto de estudio. Se estableció como criterio de exclusión aquellas revistas que no hubiese publicado al menos 2 artículos.

Así encontramos 2 revistas relacionadas con las personas mayores, una focalizada más en la tecnología (gerontechnology) y otra más al factor social (Ageing and society). Otras dos publicaciones, ambas con 2 artículos cada una, se centran en la información, la tecnología y la sociedad (Journal Of Information Communication And Ethics In Society y Technology In Society), mientras que la revista "International Journal Of Environmental Research And Public Health", también con 3 artículos, está enfocada al tema de la salud y el medioambiente.

Tabla 5.

Publicaciones indexadas en Scopus con mayor producción.

Nombre	Número de publicaciones
Gerontechnology	3
International Journal Of Environmental Research And Public Health	3
Ageing And Society	2
Journal Of Information Communication And Ethics In Society	2
Technology In Society	2

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.5. País

Otro foco interesante es conocer cuáles son los países que más han investigado y publicado sobre el tema de estudio. Fue preciso establecer como criterio de exclusión aquellos países con menos de 4 publicaciones (tabla 6), teniendo al Reino Unido (n= 10) y a España (n= 6), como los países referentes, seguidos de Australia (n= 5). China y Suecia, ambos con 4 publicaciones, teniendo representación los países más productivos en 3 continentes.

Tabla 6.

Países con mayor producción en Scopus.

País	Número de publicaciones
Reino Unido	10
España	6
Australia	5
China	4
Suecia	4

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.6. Afiliación

Vinculado a los países y su producción, conocer la afiliación de las instituciones de investigación también nos permite detectar grupos de investigación referentes y universidades especializadas en la temática contemplada. Solo se consideraron aquellas universidades con al menos 2 publicaciones, destacando la representación de universidades españolas (Oviedo, con 4, y Huelva y la Complutense con 3). Que el número de publicaciones por institución sea superior al de país se vincula a que la

nacionalidad de los autores principales no es España o bien que los investigadores de las instituciones españolas son coautores en publicaciones con mayoría de autores de otra institución no perteneciente a España. Con 2 publicaciones, hay representación de universidades de Asia y Europa, donde el tema no acaba de tener un excesivo impacto.

Tabla 7.
Instituciones con mayor producción en Scopus.

Institución	Número de publicaciones
Universidad de Oviedo	4
Universidad de Huelva	3
Universidad Complutense de Madrid	3
Universidad de Bahrein	2
Trinity College Dublín	2
Universidad Nacional de Educación de Seúl	2
Universidad Renmin de China	2
Universidad Especializada VID (Noruega)	2

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.7. Idioma

Como suele ocurrir, el inglés es el idioma por excelencia de las publicaciones (n= 41), recogándose solo una publicación escrita en un idioma diferente, el español en este caso (n= 1).

Tabla 8.
Idioma de las publicaciones en Scopus.

Idioma	Número de publicaciones
Inglés	41
Español	1

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.8. Autores

Otra variable interesante es la vinculada con la autoría de las publicaciones. Por igual, nos permite detectar aquellos investigadores más prolíficos y que trabajan de forma más específica con la temática de la brecha digital en las personas mayores. Se utilizó como criterio de exclusión el tener menos de 2 publicaciones sobre el tema. De este modo,

con 3 publicaciones, prevalecen los autores españoles, siendo representantes de las universidades más prolíficas, a saber: Huelva (Aguaded y Tirado), Complutense (Ortiz) y Oviedo (Rodríguez y Álvarez). Con 2 publicaciones, fuera del contexto español, destaca Jun.

Tabla 9.
Autores con más publicaciones en Scopus.

Autores	Número de publicaciones
Aguaded-Gómez, J.I.	3
Ortíz-Sobrino, M.Á.	3
Rodríguez-Martín, A.	3
Tirado-Morueta, R.	3
Álvarez-Arregui, E.	3
Jun, W.	2

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.9. Publicaciones más citadas

Analizar las publicaciones más citadas permite conocer los temas más relevantes dentro del terreno científico examinado. Como criterio de exclusión, se dejaron fuera los artículos con menos de 55 citas (Tabla 10), quedando conformada esta variable por 6 publicaciones.

Encontramos que Millward (2003), analiza las percepciones de las personas mayores sobre los obstáculos y barreras que sufren para utilizar de forma eficaz internet. En esta línea, Olphert y Damodara (2013), se plantean si la desconexión digital como el inicio de una cuarta brecha digital. Por su parte, Hill et al. (2008) sitúa el foco en cómo participan los mayores en internet. En esta participación, son muy importantes las personas de apoyo que ayudan a los mayores con las tecnologías y el acceso a internet, tema de estudio de Godfrey y Johnson (2009.) Junto a las personas de apoyo, los planes de formación para reducir la brecha digital en las personas mayores son relevantes, como se refleja en el estudio de Abad (2014). Para finalizar, Gracia y Herrero (2009) buscan si existe relación entre el uso de internet y la salud en las personas mayores, mediante una autoevaluación de la misma.

Tabla 10.

Publicaciones con más impacto en Scopus.

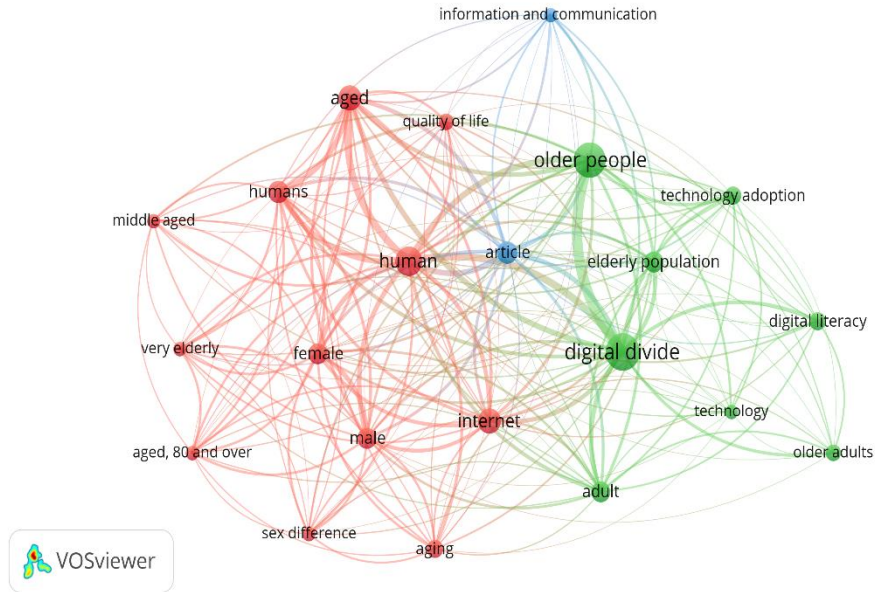
Autores	Año	Título	Publicación	Citas
Millward, P.	2003	The "grey digital divide": Perception, exclusion and barriers of access to the Internet for older people	First Monday	97
Hill et al.	2008	Older people and internet engagement: Acknowledging social moderators of internet adoption, access and use	Information Technology and People	96
Olphert, W., Damodaran, L.	2013	Older people and digital disengagement: A fourth digital divide?	Gerontology	82
Godfrey, M., Johnson, O.	2009	Digital circles of support: Meeting the information needs of older people	Computers in Human Behavior	62
Gracia, E., Herrero, J.	2009	Internet use and self-rated health among older people: A national survey	Journal of Medical Internet Research	59
Abad, L.	2014	Media literacy for older people facing the digital divide: The e-inclusion programmes design	Comunicar	55

Fuente: elaboración propia a partir de los datos hallados en Scopus.

3.9. Palabras claves

Los descriptores o palabras claves conforman la última variable analizada. Utilizando VOSviewer, un software que permite ver la concurrencia de las publicaciones que componen la muestra y las relaciones existentes entre las mismas, se prefijó como criterio de exclusión no incluir aquellas que aparecieran menos de 4 veces. Los nodos relacionales y los vínculos pueden observarse en la figura 1.

Figura 1.
Concurrencia de palabras claves en la producción científica.



Fuente: Nodos relacionales entre palabras claves a través de VOSViewer.

Se generaron 3 subconjuntos (rojo, verde y azul), sin que esto conlleve que no exista interrelación entre las palabras claves de los distintos subconjuntos. Debemos tener en cuenta que el tamaño del nodo es identificativo del número de presencias, así como el grosor de la línea también señala el alto nivel de concurrir ambos descriptores de forma conjunta. Señalar que el subconjunto azul tiene poca presencia con solo dos descriptores, en el que solo “information and communication” tiene relación directa con el tema de estudio. Junto a personas mayores, destacar por su nivel de presencia la división digital, los seres humanos, la edad o internet. Cabe destacar algunas palabras claves que dibujan líneas de investigación interesantes, como calidad de vida, alfabetización digital y la adopción tecnológica.

IV. Discusión y conclusiones

Este trabajo tenía como objetivo examinar la producción científica sobre personas mayores y brecha digital, utilizando para ello técnicas bibliométricas.

Partiendo de los resultados, observamos que, pese a la relevancia del tema, no ha tenido progresión constante ni crecimiento desde inicios del siglo XXI, siendo solamente remarcable los 2 últimos años (2020 y 2021), donde la producción ha incrementado de forma considerable (7 publicaciones en 2020, por 16 en 2021).

La brecha digital en las personas mayores es un campo de conocimiento que puede trabajarse desde diferentes perspectivas. Este hecho provoca que las publicaciones se incluyan principalmente en el área social (ciencias sociales y artes y humanidades), junto con el área de salud (medicina y enfermería) y el de las tecnologías (ciencias de la computación).

Entre las publicaciones, mayoritariamente son artículos (73.81%), repartiendo el resto entre revisiones, comunicaciones o editoriales. Respecto a las principales revistas, predominan las enfocadas en las personas mayores (“Gerontechnology” y “Ageing and society”) y en la tecnología y la sociedad (“Journal Of Information Communication And Ethics In Society” y “Technology In Society”). Pese a que el país más prolífico es Reino Unido, España ocupa el segundo lugar y tiene las 3 instituciones con más publicaciones (Universidad de Huelva, Oviedo y la Complutense de Madrid) y tiene a los autores más prolíficos del campo de estudio (Aguaded, Tirado, Ortiz, Rodríguez y Álvarez).

En cuanto a los temas más citados, destacan los trabajos sobre la brecha digital y el problema que supone en las personas mayores (Millward, 2003; Olphert y Damodara, 2013), la participación en internet y el apoyo, ayuda y formación que reciben los mayores (Abad, 2014; Godfrey, y Johnson, 2009; Hill et al., 2008), y la relación entre el uso de internet y la salud en las personas mayores (Gracia, y Herrero, 2009).

Las palabras claves destacan los temas principales ligados al objeto de estudio como los más relevante, aunque permiten visualizar potenciales líneas de trabajo sobre otros aspectos como la calidad de vida de las personas mayores y el impacto de internet (Lüders y Gjevjon, 2017; Neves, y Mead, 2021), o la importancia de la alfabetización digital (Hashimi, 2021; Tirado-Morueta et al., 2021).

Gracias a este estudio hemos podido conocer las principales temáticas que se están abordando sobre brecha digital y personas mayores. Como adelantamos en la introducción, una de las principales vulnerabilidades de los mayores en el contexto digital es la dificultad para su participación activa y el ajuste a las nuevas demandas y exigencias de muchas acciones cotidianas que ahora son mediadas por las tecnologías. Profundizar en qué se ha investigado nos permite profundizar sobre el problema y atisbar temas que aún no han sido explorados en detalle y que son necesarios para mejorar esta realidad.

En este sentido, se hace preciso no solo defender los derechos de participación e inclusión digital de los mayores, sino proponer e implementar acciones eficaces que superen dicha brecha digital desde una doble perspectiva: formativa, para darle las herramientas y conocimientos para que los mayores puedan utilizar las TIC de manera autónoma y eficaz; dotación de equipamiento, facilitándole los medios y recursos para el acceso a internet tanto con equipos y dispositivos, como asegurar la conectividad con independencia de la localización. Gracias a este estudio, como hemos subrayado, podemos ver por dónde van las principales líneas de investigación y acometer los esfuerzos en aquellos aspectos necesarios que no son contemplados de forma eficiente.

Como investigación, podemos reseñar algunas limitaciones resultantes de la realización de la misma. Cabe destacar la no aplicación de técnicas bibliométricas más específicas como la co-citación, co-autoría o acoplamiento bibliográfico, con las que podríamos obtener información acerca de los documentos más citados entre sí, los principales grupos de trabajo o las publicaciones referentes en función del foco concreto de análisis. Respecto a líneas futuras de trabajo, sería necesario el diseño e implementación de formación para la alfabetización digital de las personas mayores y poder analizar el nivel de rendimiento tras las mismas, planteando un estudio longitudinal con medidas pre-test y post-test. Junto a ello, abrir un espacio de reflexión con entrevistas y grupos focales donde los mayores pudieran compartir sus experiencias, necesidades, intereses y las principales dificultades que se hallan, evitando así que la brecha digital sea fruto de un desinterés o negación al cambio, ya que la formación y los

conocimientos son más fáciles de adquirir si hay una predisposición positiva y se parte de los intereses del alumnado.

Referencias

- Abad, L. (2014). Media literacy for older people facing the digital divide: The e-inclusion programmes design. *Comunicar*, 21(42), 173-180. <https://doi.org/10.3916/C42-2014-17>
- Bustillo, E.B., Pérez, R., y Osuna-Acedo, S. (2022). Las competencias digitales en personas mayores: de amenaza a oportunidad. *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, (155), 173-175. <http://doi.org/10.15178/vaq.2022.155.e1383>
- Díaz, J. P., y García, A. A. (2018). Envejecimiento demográfico y vejez en España. *Panorama social*, 28, 11-47.
- Domènech, J. M. (2019). El envejecimiento de la población española y su impacto macroeconómico. *Papeles de Economía Española*, (161), 100-241.
- Dorado, A., Pérez Viejo, J.M., Mercado, E., y Prado, S. (2022). Percepción profesional de la atención a personas mayores en la crisis COVID-19: Los centros de mayores del distrito de Ciudad Lineal de Madrid. *Revista Prisma Social*, (36), 317-343.
- Galera, C. G., del Olmo Barbero, J., y del Hoyo Hurtado, M. (2018). Alfabetización mediática, públicos vulnerables y empoderamiento ciudadano. En C. Fuente, C. García, y C. Camilli (Edts.), *La educación mediática en España: artículos seleccionados* (pp. 287-294). Universitat.
- Godfrey, M. y Johnson, O. (2009). Digital circles of support: Meeting the information needs of older people. *Computers in Human Behavior*, 25(3), 633-642. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2008.08.016>

- González, E., Colomo, E. & Cívico, A. (2020). Quality Education as a Sustainable Development Goal in the Context of 2030 Agenda: Bibliometric Approach. *Sustainability*, 12(15), e5884. <https://doi.org/10.3390/su12155884>
- Gracia, E. y Herrero, J. (2009). Internet use and self-rated health among older people: A national survey. *Journal of Medical Internet Research*, 11(4),e49. <https://doi.org/10.2196/jmir.1311>
- Hashimi, S.A. (2021). The Role of Empowering Mature and Older People's Usage of Digital Media in Enhancing Intergenerational Communication and Family Relationships in Bahrain. *Gerontechnology*, 20(2), 1-18. <https://doi.org/10.4017/gt.2021.20.2.432.03>
- Hill, R., Beynon-Davies, P. y Williams, M.D. (2008). Older people and internet engagement: Acknowledging social moderators of internet adoption, access and use. *Information Technology and People*, 21(3), 244-266. <https://doi.org/10.1108/09593840810896019>
- INE (2020). Instituto Nacional de Estadística. Población por provincias, edad (grupos quinquenales), españoles/Extranjeros, Sexo y Año. <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p08/l0/&file=03002.px>
- Khanra, S., Dhir, A. y Mäntymäki, M. (2020). Big data analytics and enterprises: a bibliometric synthesis of the literature. *Enterprise Information Systems*, 14(6), 737-768. <https://doi.org/10.1080/17517575.2020.1734241>
- Lüders, M. y Gjevjon, E.R. (2017). Being old in an always-on culture: Older people's perceptions and experiences of online communication. *Information Society*, 33(2), 64-75. <https://doi.org/10.1080/01972243.2016.1271070>
- Millward, P. (2003). The "grey digital divide": Perception, exclusion and barriers of access to the Internet for older people. *First Monday*, 8(7). <https://doi.org/10.5210/fm.v8i7.1066>

- Ministerio de Sanidad, 2020. Demografía, indicadores de bienestar y determinantes sociales. <https://cpage.mpr.gob.es/>
- Neves, B.B. y Mead, G. (2021). Digital Technology and Older People: Towards a Sociological Approach to Technology Adoption in Later Life. *Sociology*, 55(5), 888-905. <https://doi.org/10.1177/0038038520975587>
- Olphert, W. y Damodaran, L. (2013). Older people and digital disengagement: A fourth digital divide? *Gerontology*, 59(6), 564-570. <https://doi.org/10.1159/000353630>
- Organización Mundial de la Salud. (2007). Ciudades globales amigables con los mayores: una guía. <https://www.who.int/ageing/AFCSpanishfinal.pdf?ua=1>
- Tirado-Morueta, R., Rodríguez-Martín, A., Álvarez-Arregui, E., Ortíz-Sobrino, M.Á. y Aguaded-Gómez J.I. (2021). Understanding internet appropriation among older people through institutional supports in Spain. *Technology in Society*, 64, 101505. <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2020.101505>

Capítulo 13. La intervención socioeducativa del tercer sector en la protección jurídico-social de las personas drogodependientes privadas de libertad

Rosario Medina-Salguero

Universidad de Huelva

José Antonio Ruiz-Rodríguez

Universidad de Huelva

Rocio Illanes-Segura

Universidad de Huelva

Manuel Jesús Hermosín-Mojeda

Universidad de Huelva/COIDESO

I. Introducción

Desde hace mucho tiempo, las funciones de los centros penitenciarios dejaron de estar relacionadas con la mera segregación de los presos del resto de la población y se han ido enfocando, en gran medida, en la rehabilitación y la reinserción. El cambio de régimen en España promovió modificaciones sociales importantes y, entre ellas, la perspectiva sobre qué son las instituciones penitenciarias y qué se pretende con ellas, pero, recientemente, asistimos a una mayor complejidad social que también ha introducido cambios importantes a los que hacer frente cuando se trata de la rehabilitación y reeducación de la población reclusa.

El perfil actual del reo, muchas veces, tiene asociado, aparte de una conducta disocial, problemas de estabilidad emocional y psíquica, dependencias a sustancias estupefacientes y otras patologías que deben ser tratadas apropiadamente, además de la propia rehabilitación por los delitos cometidos. Así, es fácil que una persona delincuente también sea dependiente con lo que se dificultan sobremanera los procesos.

En definitiva, la mera privación de libertad, si no incorporamos a ella una acción educativa que posibilite cambios reales en la conducta del recluso, no tiene sentido. Ahora bien, ¿ofrecen los centros penitenciarios españoles la posibilidad de que así sea? A pesar de los avances producidos, aún queda mucho camino por recorrer y es necesario, en muchas ocasiones,

externalizar la atención a las personas privadas de libertad para que asociaciones y organizaciones no gubernamentales actúen en este sentido, habida cuenta que, para ocupar el puesto de educador penitenciario no se requiere formación previa en particular.

II. El Tercer Sector y su implicación en las instituciones penitenciarias

2.1. El Tercer Sector

Cuando nos referimos a la economía de un país, nos encontramos con el sector público, que aglutina a todos los organismos públicos que cualquier Estado mantiene para proporcionar servicios a su país; el sector privado, que incorpora a las empresas orientadas a conseguir beneficios económicos para sus propietarios o accionistas y otro, que no se encuadra en los anteriores y que, sin ser público, no persigue afán de lucro. Profundizando un poco más en este segmento de la sociedad, podemos decir que se encuentra constituido por un conjunto de asociaciones (fundaciones, cooperativas, agrupaciones, ONG, etc.), privadas y sin ánimo de lucro, para la persecución de fines y objetivos de interés social. En España, la Ley 43/2015, en su artículo 2, concreta que:

Las entidades del tercer sector de acción social son aquellas organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad y de participación social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como los derechos económicos, sociales o culturales de las personas o grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social.

Por su parte, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, añade, además, que está organizado en torno a la llamada Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), que es una organización que integra a unas 25 empresas importantes que forman parte de la economía social en España y que, a su vez, «representan los intereses de Cooperativas, Sociedades Laborales, Mutualidades, Empresas de Inserción, Centros Especiales de Empleo, Cofradías de Pescadores y Asociaciones del Sector de la Discapacidad, con más de 200 estructuras de apoyo a nivel autonómico» (CEPES, s. f.).

2.2. El Tercer Sector y la colaboración con los centros penitenciarios, secciones abiertas y centros de inserción social

Aunque podemos decir que el voluntariado en los centros penitenciarios se inició en el siglo XIX, no es hasta el siglo XX cuando se empezó a regular legalmente en España. Desde un enfoque humano-cristiano en sus orígenes, se ha pasado a una labor más social actualmente, aunque sigan actuando organizaciones confesionales en dichos establecimientos con unos fines concretos.

La presencia, por tanto, de personas ajenas a las penitenciarías, como se esbozó ya, empezó a ser regulada, sobre todo ante el aumento de organizaciones del tercer sector que desarrollaban diferentes talleres e intervenciones, de otro tipo, en estos lugares. Haciendo un breve repaso, desde 2009 encontramos normativa en formato de Instrucciones que delimitan y concretan las formas de acceso, el tipo de actividades y los beneficiarios de estos programas. Sobre esta regulación, es significativa la Instrucción 9/2009, de 4 de noviembre, que se modificó por unas instrucciones aparecidas en 2012 y derogadas, posteriormente, por la Instrucción 2/2019 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Intervención de Organizaciones No Gubernamentales, Asociaciones y Entidades Colaboradoras en el Ámbito Penitenciario-

Esta normativa sirve de marco legal en el que desarrollar lo que propone el III Plan Estratégico del Tercer Sector de Acción Social (2017-2021), que pretende llevar a cabo en el sector, servicios que “han de ser de calidad, centrados en la persona, con resultados demostrables, prestados con cercanía a la comunidad, atendiendo a principios de transparencia y buen gobierno e innovando a través de nuevas soluciones que den respuesta a demandas sociales emergentes” (Rodríguez et al., 2017, p. 34).

Llegados a este punto, resulta curioso comprobar cómo, a pesar de que la Constitución de 1978 deja clara cuál es la función principal de las medidas de privación de libertad –reinserción y rehabilitación-, aún sea necesario el concurso de iniciativas sociales como las que se proporcionan desde el tercer sector y, dentro de él, de la pastoral penitenciaria, con un matiz religioso, que perdura en el tiempo.

III. Marco jurídico social de las personas privadas de libertad en España

Como se ha venido apuntando ya, desde el restablecimiento de la democracia en España, la Constitución Española mandata que, “las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” (art. 25.2) y es conveniente analizar cómo se lleva a cabo y quiénes son los encargados de que esto sea así.

Haciendo un rápido análisis de la situación penitenciaria española, observamos que se cuenta con 69 Centros Penitenciarios, 32 Centros de Inserción Social, 3 Unidades de madres y 2 psiquiátricos penitenciarios en el país. En relación con el perfil de la población reclusa en estas instituciones, el 70-80% cuenta con problemas de adicciones, el 40% tiene diagnosticado un trastorno de salud mental y de personalidad, el 8% de enfermedad mental grave y severa (APDH, 2016).

3.1. Adicciones en el ámbito penitenciario

Según la última encuesta, publicada en 2016, sobre salud y consumo de drogas en instituciones penitenciarias en España, la situación de las personas privadas de libertad recluidas en las prisiones refleja que el consumo es muy superior al que se da en la población en general, indicando que el 71% de las personas reclusas son consumidoras de drogas ilegales (ESDP, 2016). El 54% reconoce haber consumido alguna droga ilegal en el último año de libertad. En el último mes antes de ingresar en prisión, el 49% y el 21% afirma haber consumido droga ilegal en el último mes en prisión. Los datos más llamativos los vemos en el consumo de cocaína que, para la población reclusa, es del 30,7%, frente al 1,9% y 2% que se refleja en la Encuesta sobre Alcohol y Drogas en España entre 2015 y 2017, respectivamente (EDADES, 2019), para la población general y el consumo de heroína con el 14,3% frente al 0,1% de la población general, en el mismo intervalo de años. Esta situación conlleva repercusiones sanitarias y sociales dentro y fuera de las prisiones.

Por ello, en el Plan Nacional sobre Drogas se indica que, los centros penitenciarios son un contexto prioritario de actuación y la legislación penitenciaria así lo contempla.

La Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria –en sus artículos 1, 3, 36, 37, 59 y 66-, especifica la importancia de desarrollar programas de intervención socioeducativa para las personas presas drogodependientes. En el artículo 116 del Real Decreto 190/1996 queda recogido que “todo interno con dependencia de sustancias psicoactivas que lo desee debe tener a su alcance la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabituación, con independencia de su situación procesal y de sus vicisitudes penales y penitenciarias”.

Según la Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024 la población reclusa se considera colectivo diana en los objetivos de prevención y reducción del riesgo (10.1), atención integral (10.2) y reducción de daños (10.3). Considerando como contexto de actuación para la incorporación social (10.4) y formación (11.2) al ámbito penitenciario.

Como decíamos anteriormente, el código penal contempla artículos centrados en las personas con problemas de adicciones y estos se desarrollan o regulan mediante circulares de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (IIPP). En concreto son tres las que destacamos en este texto:

- Circular IIPP 3/2011. Plan de intervención general en materia de drogas en las Instituciones Penitenciarias.
- Circular IIPP 9/2014. Organización y funcionamiento de Unidades Terapéuticas Educativas (UTE)
- Circular IIPP 10/2014. Prevención de sobredosis.

Los datos acerca de sobredosis en las personas privadas de libertad son muy preocupantes, aquellas que no han provocado la muerte son más frecuentes estando en libertad, el 15.6 % admite haber sufrido alguna fuera de prisión, frente al 5.2 % que reconoce haberla sufrido en prisión, vinculadas a los tranquilizantes en prisión y al alcohol y la cocaína, en libertad (ESDIP, 2016).

Sin embargo, las muertes por sobredosis en esta población, según ACAIP, el sindicato de prisiones en el periodo 2017-2020 han muerto 647 personas reclusas por esta causa. Como consecuencia del alto número de fallecimientos por sobredosis en prisión se habilita un Servicio de Seguimiento de Sobredosis y Programa de Drogodependencias, así como un programa de control de medicación.

Los tratamientos en adicciones son varios y, en ocasiones, complementarios. Estos procesos de rehabilitación necesitan continuidad y coordinación y deben cumplir los estándares de calidad expuestos el Plan de Acción de la Unión Europea sobre Drogas 2013-2016 (Bascones y Ollero, 2020)

La existencia de las Unidades Terapéuticas Educativas (art. 116 del Régimen Penitenciario) suponen que una persona privada de libertad puede iniciar el tratamiento allí de forma voluntaria, tratándose de un proceso terapéutico para lograr la abstinencia. Posteriormente, si el proceso es exitoso, esta persona puede derivarse a una comunidad terapéutica extrapenitenciaria basándose en el art. 182 que da acceso a un tercer grado según el Reglamento Penitenciario.

3.2. Las adicciones y sus consecuencias legales

El consumo de sustancias ilegales está regularizado a través de la Ley de Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica 4/2015) y el Código Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). En ellas se contemplan sanciones administrativas por tenencia o consumo, que pueden suponer una sanción de entre 600 y 30.000 € (art. 36.16). En el caso de los menores de edad se contempla en la disposición adicional quinta LO 4/2015 el tratamiento, rehabilitación o reeducación.

En el caso de los mayores de edad según el artículo 80.5 del Código Penal se contempla la suspensión de penas privativas de libertad y se entienden las recaídas como proceso de rehabilitación.

3.3. Medidas preventivas a la prisión para personas con problemas de adicciones en España

La Organización de las Naciones Unidas (2003), a principios del siglo XXI, destaca el interés por la seguridad pública y el conocimiento de la relación que existe entre los actos delictivos y el abuso de drogas, obligando al sistema de justicia penal a considerar la posibilidad de recurrir a alternativas de tratamiento que no sean la reclusión en el caso de delitos relacionados con las drogas.

Atendiendo a las directrices internacionales, la Estrategia Nacional sobre Drogas (Plan Nacional sobre Drogas, 2009) introduce como uno de sus objetivos básicos, seguir desarrollando medidas a la reclusión para las personas drogodependientes. Asimismo, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad [...], ordena una prestación de actividades de utilidad social no remunerada, a través de las posibilidades de participación eventual del penado en talleres o programas formativos o de reeducación de contenido y proyección plural (laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares). En esta ley tiende a convertir en delitos acciones que antes solo se consideraban faltas y ello contribuye a una población penitenciaria creciente. Tanto es así, que cada vez se hace más necesario ofrecer otras opciones al ingreso en prisión para todas aquellas personas no reincidentes condenadas por delitos de poca gravedad. Esta alternativa a la prisión se recoge en el CAPÍTULO III (de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional) de la Sección 1ª (de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad), artículo 80:

(...) el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión (2021, p. 28).

El uso indebido de las drogas y los problemas sociales que producen, repercuten de una manera exponencial en detrimento de la salud, produciendo un aumento de las tasas de criminalidad. La investigación sobre la relación droga y delito arroja evidencias contundentes de la magnitud del uso y abuso de quienes comenten delitos y las probabilidades de riesgo que trae consigo (Valenzuela y Larroulet, 2010). Prueba de esta relación se extrae de un metaanálisis que ha examinado alrededor de treinta estudios en esta materia, concluyendo que la probabilidad de cometer un delito es entre 2,8 y 3,8 veces mayor entre quienes han usado drogas que entre quienes no lo han hecho (Bennett et al., 2008). Ante tales evidencias, se ha promovido desde instituciones penitenciarias otras maneras de actuar e intervenir con la colaboración de entidades sin ánimo de lucro. Según García (2006, p.49), esta nueva manera de actuación trata de:

Plantear, hacer aceptables y aplicables pautas que establezcan los contenidos de una nueva cultura de la salud: un conjunto de prácticas e ideas en torno a la mejora de la calidad de vida de los miembros de nuestra sociedad, concretamente de las personas que consumen indebidamente drogas. De ahí que los programas de Educación para la Salud que pretendan ser socialmente rentables hayan de vincularse a las necesidades de la vida comunitaria y a las capacidades de modificación de los modos y condiciones de vida por parte de los implicados.

IV. Buenas prácticas socioeducativas

4.1. Programa de sensibilización en drogodependencia para personas con problemas de adicciones, penados en trabajos en beneficio a la comunidad (TBC), personas con medidas alternativas o en procedimientos judiciales

El programa que se describe es una adaptación del programa estatal Cuenta Contigo, realizado por el grupo de trabajo de la Acción 14 del Plan de Acción sobre Drogas 2013-2016. Su contenido se corresponde con la línea de acción de la estrategia del III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (PASDA), concretamente con la oferta de materiales informativos sobre reducción de riesgos y daños derivados del consumo de sustancias psicoactivas y otras conductas adictivas adaptados a la población penitenciaria. Su objetivo central es fomentar las intervenciones preventivas con infractores sometidos a trabajos en beneficio a la

comunidad, cumpliendo medidas alternativas o en procesos judiciales, con problemas de consumo de tóxicos, favoreciendo sus procesos de rehabilitación, reinserción e inclusión social (línea de prevención del II Plan Municipal de Adicciones, Ayuntamiento de Huelva, 2018-2022).

La acción está centrada en reducir la influencia de factores de riesgo e incrementar la presencia de factores de protección del penado, orientado hacia una participación más responsable en la sociedad. Las intervenciones preventivas que se recogen van dirigidas a sensibilizar, ofrecer información básica y algunas recomendaciones prácticas para cada uno de los reclusos. Cabe destacar que el programa parte de un concepto general de salud: «la prevención empieza en mi salud, tengo que cuidar de mi persona para poder cuidar de mi entorno» (Programa Cuenta Contigo, 2013, p. 8), por lo que se trabaja de lo particular a lo global. Proporciona contenidos concernientes con las drogas y su abuso, la capacitación en el abordaje del uso y consumo de las diferentes sustancias psicoactivas. Para ello, se tienen presente variables relacionadas con los factores de protección y de riesgo asociados a los problemas vinculados a las drogas, proporcionando una mayor concienciación y capacidad para el cambio.

- Descripción e implementación del programa

La puesta en práctica del programa ha sido en formato taller. Consta de seis sesiones, una en el área informativa (¿Quiénes somos?) y cinco formativas (¿Qué sabemos de las drogas?), que recogen conceptos claves sobre sustancias psicoactivas de forma dinámica y atractiva. Cada sesión tuvo una duración de 90 minutos. La estructura de las sesiones consta de presentación del contenido e identificación de los participantes con la información proporcionada a través de dinámicas de grupo: aportes de experiencias, sensaciones de las sustancias tras su consumo, problemas derivados tras el consumo de sustancias psicoactivas...

Respecto a la evaluación, se contemplan indicadores de evaluación, tanto de proceso, como de resultado. Durante las sesiones se recoge información en relación con las asistencias y participación, y, también, la valoración de cada una de las sesiones por parte de los participantes. Para medir el impacto de la intervención se utiliza un cuestionario de percepción

del riesgo de consumo de sustancias psicoactivas, tanto al inicio como al final de las intervenciones, permitiendo este sistema conocer la eficacia del programa. Las sustancias que se contemplan se recogen en la Tabla 1.

Tabla 1.

Drogas legales e ilegales.

DROGAS LEGALES	DROGAS ILEGALES	
tabaco alcohol tranquilizantes sedantes	hachís/marihuana cocaína base crack cocaína en polvo GBH éxtasis líquido	anfetaminas speed alucinógenos heroína drogas inyectadas

Nota. Sustancias que se recogen en el cuestionario.

La metodología del programa se ciñe a factores pedagógicos y psicológicos, como la importancia del proceso de aprendizaje desde los conocimientos de los conceptos claves de los riesgos del consumo de sustancias psicoactivas y sus efectos, porque resulta significativa para la realidad que viven las personas con problemas de adicción; y la eficacia de los programas estructurados, utilizando técnicas de reestructuración cognitiva-conductual y las habilidades sociales, en el cambio de conductas, cuyo objetivo es enseñar, paso a paso, por qué se produce la adicción en la persona.

Para la operatividad de la intervención, este se desglosa en dos objetivos específicos: sensibilizar a través de intervenciones preventivas con infractores sometidos a trabajos en beneficio de la comunidad, otras medidas alternativas o en procedimientos judiciales, que presenten problemas de consumo de sustancias psicoactivas y reducir riesgos para la salud a través de la motivación al cambio.

El perfil de los participantes del programa se corresponde con penados que vienen derivados desde el Centro de Inserción Social (CIS) de Huelva, por lo que la muestra es intencional y con un tamaño de 26 personas con problemas con las drogas y con medidas judiciales consecuencia del consumo. Se les administró el cuestionario, animando a los participantes a que contestaran lo más honestamente posible, indicándole que su resultado no afectaría a su expediente judicial. Al terminar la intervención

se administró de nuevo el cuestionario, siguiendo el mismo procedimiento. La planificación del programa se presenta en la tabla 2:

Tabla 2.

Planificación programa de intervención.

Proceso diagnóstico	Evaluación Diagnóstica	A través de la entrevista se recoge información sobre la situación de la persona referida a datos personales, antecedentes de drogodependencias, situación sanitaria, antecedentes familiares de consumo y/ o psicopatológicos, situación laboral, programas de deshabituación realizados, etc.
	Elaboración de informes	Emisión de informes bajo petición de entidades u organismos que lo soliciten. Planificación individualizada para la persona
Sesiones grupales (Sesiones semanales de 90 minutos)	<p>Encuentros grupales donde se comparte con el grupo experiencias y reflexiones sobre los temas de adicciones, conceptos claves y particulares sobre las drogas.</p> <p>SESIÓN INTRODUCTORIA: ¿QUIÉNES SOMOS?</p> <ul style="list-style-type: none"> - Presentación terapeuta, formadores y asistentes. -Establecimiento de las normas y objetivos del grupo; aceptación de compromisos. - Presentación del Programa. - Marco Legal. <p>SESIONES ÁREA INFORMATIVA-FORMATIVA: ¿QUÉ SABEMOS DE LAS DROGAS?</p> <p>Sesión 1: Algunos conceptos claves. Sesión 2: Cómo actúan las drogas en el cerebro. Sesión 3: La clasificación de las drogas. Las drogas depresoras. Sesión 4: La clasificación de las drogas. Las drogas estimulantes. Sesión 5: La clasificación de las drogas. Las drogas perturbadoras.</p> <p>SESIONES ÁREA MOTIVACIONAL: ¿POR QUÉ CONSUMO? ¿QUÉ SIENTO?</p> <p>Sesión 6: Las fases de cambio. Sesión 7: La ambivalencia. Sesión 8: Los valores y los roles. Sesión 9: Las emociones. Sesión 10: La autoeficiencia.</p>	

Nota: Sensibilizar a través de intervenciones preventivas con infractores sometidos a trabajos en beneficio de la comunidad, otras medidas alternativas o en procedimientos judiciales, que presenten problemas de consumo de sustancias psicoactivas.

4.2. Programa Marco Andaluz de intervención con personas reclusas con problemas de adicciones

Se trata de un programa diseñado por la Federación Enlace, entidad sin ánimo de lucro que aglutina a casi un centenar de asociaciones dedicadas

a las adicciones en Andalucía. El programa que se describe en este apartado estuvo financiado por la asignación tributaria del 0,7 € del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas recaudado en 2019 y cuya ejecución se realizó en 2020. Se trata de un ejemplo de actividad coordinada entre todas las provincias andaluzas para intervenir, en los centros penitenciarios de esta comunidad autónoma, con las personas con problemas de adicciones y privadas de libertad.

En Andalucía se cuenta con 14 centros penitenciarios y 7 Centros de inserción social, con un número total de personas privadas de libertad de 13.177 en 2020 (842 mujeres y 12.335 hombres).

En general, las prisiones están abiertas a la colaboración de entidades públicas y privadas para el desarrollo de actividades con las personas privadas de libertad. Para instituciones penitenciarias cada vez son más atractivos los programas que apoyan el tratamiento y se coordinan con los trabajadores de las prisiones, puesto que los resultados son positivos tanto para los internos/as como para los educadores de prisión.

Sin embargo, para el movimiento asociativo, no es fácil compaginar una actitud reivindicativa e intervenir dentro de prisión. Desde el activismo se reclaman mejoras en las intervenciones socioeducativas con los presos y la humanización del sistema, puesto que la privación de la libertad no debe conllevar la privación de otros derechos, por tanto, es un dilema al que las entidades intervinientes se enfrentan día a día (Enlace, 1998). Las asociaciones, en muchas ocasiones, resultan incómodas, aunque necesarias, siendo un equilibrio difícil de gestionar.

La experiencia de esta entidad comenzó en Sevilla a través de la Federación Provincial de Drogodependencias “Liberación”, la cual gestiona desde 1998 un programa de intervención individualizada en prisión en el que participan como voluntarios, los técnicos de las asociaciones federadas. En este programa se intenta dar continuidad a la atención a las personas con las que se venía trabajando desde la entidad antes del ingreso en prisión.

“Liberación” proporciona una atención personalizada y un acompañamiento al interno. Sin embargo, se considera necesario realizar intervenciones

grupales para favorecer la estancia en prisión y mejorar determinados aspectos, de ahí que se propongan talleres grupales con temáticas vinculadas a las adicciones, independientemente del módulo en el que estén cumpliendo la pena. Los talleres se planifican atendiendo a las necesidades de los internos y a las del propio centro penitenciario con el que existe una coordinación estable y continuada. Estas intervenciones no siempre cuenta con financiación, pero el programa que aquí presentamos si la obtuvo y contemplaba las siguientes actuaciones:

1. Atención individualizada psicológica y social de personas reclusas drogodependientes.
2. Talleres socioeducativos.
3. Intercambio de experiencias entre las entidades que lo llevan a cabo.
4. Actividades de divulgación y sensibilización.

Este programa se ejecutó en 8 centros penitenciarios en 6 provincias andaluzas, a través de 16 asociaciones federadas que lo llevaron a cabo de forma coordinada.

Asimismo, la temática de los talleres propuestos en todas las provincias abordó los siguientes ámbitos de intervención: prevención de sobredosis y reducción de daños, prevención de recaídas, preparación de permisos y vida en libertad y habilidades básicas para la vida, dirigido a personas con patología dual.

La coordinación con la junta de tratamiento y con los educadores de cada uno de los centros penitenciarios se convierte en una parte esencial para la ejecución de estos talleres. Desde los centros penitenciarios indican a las entidades sociales los módulos en los que consideran que serán más necesarios estos talleres. Así como el horario y la selección de los internos que se beneficiaran.

Realizaremos la descripción de uno de los talleres ejecutados en la provincia de Sevilla para la preparación para la vida en libertad:

Tabla 3.

Planificación taller de preparación a la vida en libertad.

Sesiones	Contenido
Primera sesión	Pretest y presentación del taller Creación de un clima de seguridad y confianza con el grupo
Segunda sesión	Afrontando la libertad: análisis de preocupaciones y miedos de los internos
Tercera sesión	Asesoramiento Jurídico. Ideas claves
Cuarta sesión	Habilidades comunicativas. Volver a casa
Quinta sesión	Mejorar la empleabilidad. Búsqueda de empleo desde hoy
Sexta sesión	Recursos de apoyo. Los primeros pasos fuera de los muros
Séptima sesión	Evaluación. Postest y recogida de demandas para continuar trabajando aspectos individuales

Fuente: Elaboración propia basada en el proyecto de la federación Liberación.

Los resultados de la evaluación de estos talleres en las diferentes provincias indican que demandan más actuaciones de este tipo tanto los internos como los propios centros penitenciarios.

V. Conclusiones, retos y prospectiva

A pesar de las buenas intenciones de la legislación y su afán por incorporar, cada vez más, acciones encaminadas a la prevención de conductas delictivas y reeducación de aquellos sujetos que, por los motivos que sean, se ven privados de libertad, no existe una total cobertura de determinados aspectos y, al final, estar encarcelado suele implicar ver pasar el tiempo en instituciones masificadas, alejados de la sociedad que evoluciona a un ritmo distinto y desconectados de los circuitos a los que una vez estuvieron conectados (familiar, laboral, social).

Si esta situación descrita ya produce marginación y estigmatización, esta se agrava si sumamos problemas de adicción a estupefacientes, con lo que los vínculos que se deshacen se reconectan a colectivos donde, cíclicamente, se mantienen malos hábitos.

Tal como se ha planteado, la labor que realizan las asociaciones del tercer sector -a través del voluntariado que presta sus servicios en ellas-, debe ser reconocida como muy interesante, ya que pueden establecer conexiones sanas con el mundo exterior, sin la connotación que, a veces, tiene el personal que a diario interactúa con la población reclusa. El

voluntariado escucha al infractor, lo aconseja, lo orienta y lo trata como a un igual, sin juzgarlo ni considerarlo inferior. La confianza que le supone este tipo de relación aleja esa otra, asimétrica, que se establece entre el funcionariado de prisiones el delincuente.

En la cárcel se le pide al recluso que cambie de vida en un mundo irreal y, pocas veces, se ofrecen otros modelos o se dice cómo hay que hacerlo, por eso es necesaria la presencia del mundo real, aunque sea en un contexto forzado como es el centro penitenciario.

Como conclusiones a este trabajo, destacamos las siguientes:

- Intervenir desde el tercer sector con personas reclusas, no sólo es un deber democrático, sino que mejora la inclusión social y supone un beneficio para toda la sociedad.
- El trabajo serio sobre las adicciones en el medio penitenciario, no solo supondrá un ahorro al sistema sanitario, sino que facilitará la salud futura de las personas rehabilitadas.
- Los modelos en los que se propone terminar la condena en medio abierto disminuyen la reincidencia. Pero, en España, tan sólo el 26% de mujeres y el 15% en hombres acceden a esta modalidad.
- El personal de prisiones no puede afrontar la reeducación porque no cuenta con formación adecuada y tampoco puede atender a toda la población reclusa.
- Las dificultades de acceso a los centros penitenciarios de determinadas asociaciones, unido a la dependencia de la financiación mediante subvenciones, entorpece que algunos proyectos puedan llevarse a cabo o interrupciones en los programas.
- A pesar de que los proyectos no llegan a toda la población, sin la presencia de los que actualmente se están ejecutando, sería aún más difícil la reinserción de los encarcelados.

Como propuestas de futuro, por nuestra parte, consideramos:

- Potenciar la presencia de la sociedad en la cárcel mediante las asociaciones del tercer sector.

- Elaborar proyectos y programas más allá de los muros y que incluyeran a las familias, personas del entorno, víctimas...
- Incluir la prevención para evitar posibles recaídas y vueltas a hábitos nocivos, mediante el seguimiento de las personas que hayan cumplido su estancia en los centros penitenciarios.
- Facilitar la incorporación como voluntarios a los que han participado en los proyectos y programas desarrollados en sus centros, como una forma de seguir en contacto y sentirse útil.
- Mejorar la formación del personal de prisiones e incorporar titulados en Educación Social que han sido formados para llevar a cabo programas de resocialización.

Referencias

Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía (2016). *Sanidad en prisión. La salud robada entre cuatro muros*. APDH. <https://www.apdha.org/media/informe-sanidad-en-prision-web.pdf>

Ayuntamiento de Huelva (2018). II Plan Municipal de Adicciones 2018-2022. <https://cutt.ly/IFoqgMQ>

Bascones, A. y Ollero, J. (2020) Justicia Restaurativa y tratamiento de drogodependencias en el sistema penitenciario español. Una investigación aplicada para generar una propuesta de intervención integradora. Premio Nacional Victoria Kent. Ministerio del Interior. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Justicia_restaurativa_y_tratamiento_de_drogodependencias_en_el_sistema_penitenciario_espa%C3%B1ol_126210468/f6564bde-7dc3-4ae1-b466-b8a681981639

Bennett, T., Holloway, K. y Farrington, D. (2008). *The Statistical Association between Drug Misuse and Crime: A Meta-Analysis*. *Aggression and Violent Behavior*, 13, 107-118.

Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) (s.f.). Economía Social. <https://www.cepes.es/quienes-somos>

Constitución Española (1978) Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Comité de Ministros del Consejo de Europa referente a la Justicia Restaurativa en asuntos penales (2018). Recomendación 2018. <http://www.euforumrj.org/news/coe-recommendation-rj-adopted/>

García Martínez, A. (2006). Contextos no formales y educación para la salud. *Revista de Estudios de Juventud*, 74, 49-70.

ENLACE (1998) La situación de las personas presas en las cárceles andaluzas. Seminario de Estudios. Federación ENLACE. <https://www.f-enlace.org/estudios-y-publicaciones-de-enlace/>

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Boletín Oficial del Estado, 239, de 5 de octubre de 1979, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/09/26/1/con>

Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Boletín Oficial del Estado, 30 de marzo de 2011, núm. 76.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 77, de 31 de marzo de 2015, 27061-27176. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana. Boletín Oficial del Estado, 77, de 31 de marzo de 2015, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/4/con>

Ley Orgánica 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social. BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 2015.

Naciones Unidas (2003). Por qué invertir en el tratamiento del abuso de drogas: Documento de debate para la formulación de políticas. Austria: Oficina contra la droga y el Delito. <https://cutt.ly/YyuyufY>

Ministerio del Interior (2011). Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y

sustitución de penas. Boletín Oficial del Estado nº 145, del 18 de junio de 2011. <https://cutt.ly/1FoeCmS>

Ministerio de Justicia (2021). Código Penal y Legislación Complementaria. Publicada en Boletín Oficial del Estado, el 10 de noviembre de 2021. España. <https://cutt.ly/oyuyT5M>

Ministerio de Sanidad y Política Social (2009). Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016. Recuperado de: <https://cutt.ly/wyuemxS>

Plan Nacional sobre Drogas (2016). Encuesta sobre salud y consumo de drogas en internados en instituciones penitenciarias (ESDIP 2016). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. <https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemalinformacion/pdf/2016ESDIP.pdf>

Plan Nacional sobre Drogas (2017). Encuesta sobre alcohol, tabaco y drogas ilegales en España. EDADES 1995-2017. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemalinformacion/pdf/2019_Informe_EDADES.pdf

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Rodríguez, E. y otros (2017). III Plan Estratégico del Tercer Sector de Acción Social. Plataforma de ONG de Acción Social. <http://www.plataformatercersector.es/es/iii-plan-estrategico-del-tercer-sector-de-accion-social>

Valenzuela, E. y Larroulet, P. (2010). La relación droga y delito. *Estudios públicos*, (119), 33-62.

Vicente, M. A. (2013). Programa Cuenta Contigo. Programa de sensibilización en drogodependencias para penados a trabajos en beneficio a la comunidad. Plan de Acción sobre drogas 2013-2016. <https://cutt.ly/8ysF3wu>

Bionota de las personas coordinadoras del libro



Dr. Cristóbal Torres Fernández. Doctor en Ciencias de la Educación por la Universidad de Sevilla con Mención Internacional por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Tres de Febrero, en Argentina. Director del Grupo de Investigación EducAcción. Profesor Contratado Doctor en Universitat Internacional de València y profesor en Universidad Internacional de La Rioja, Universidad de Sevilla y Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Presidente de la Red Internacional de Investigación Educativa (RIBIE). Sus líneas de investigación son las siguientes: Competencias Digitales, E-learning, Herramientas Colaborativas, Tecnologías Emergentes, Formación del Profesorado, Políticas y Legislación Educativa, Metodologías de Enseñanza-Aprendizaje.



Lic. Wilbemis Jerez Rivero. Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana con Título de Oro y Premio al Mérito científico. Abogado litigante y Profesor Asistente Honorario de la Universidad de Sevilla. Sus líneas de investigación son las siguientes: las personas y grupos vulnerables, el acceso a la justicia, los estudios de género, la protección ambiental, los derechos humanos, el bienestar emocional, las tecnologías emergentes y las competencias digitales. También ha desarrollado estudios e investigaciones en el marco de la Agenda 2030 y de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS).



Dr. Juan Moisés de la Serna Tuya. Diplomado en Graduado Social y Doctor en Psicología por la Universidad de Sevilla; Máster en Neurociencias y Biología del Comportamiento por la Universidad de Pablo de Olavide. Profesor investigador de la Universidad Norbert Wiener de Perú; Profesor a nivel de postgrado en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR); la Universidad de Valencia; la Universidad Internacional de Valencia (VIU); la Universidad Francisco de Vitoria; la Universidad

Antonio Nebrija. Tutor en el Máster Universitario en Psicología Jurídica; y en el Máster Universitario en Criminología: Delincuencia y Victimología (VIU). Asesor Externo de la Agencia de Calidad de la Educación Superior de Letonia y de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OIE). Divulgador científico con una treintena de libros publicados sobre diversas temáticas de psicología y neurociencias, traducidos a ocho idiomas.



Dr. Marcos García-Vidal. Doctor en Investigación Educativa por la Universidad de Alicante con premio extraordinario. Miembro del Grupo de Innovación Docente “Estrategias eficaces implementadas en los trabajos fin de título” (EDIT) en la UNED y Miembro del Grupo de Investigación Educación para la Salud en el IMIENS. Profesor Colaborador en la Universidad Internacional de Valencia (VIU) y profesor-tutor en la Universidad Nacional de

Educación a Distancia (UNED). Sus líneas de investigación son las siguientes: Convivencia Escolar, Desarrollo Profesional en Educación, Educación en Valores, Salud Mental, Educación Social, Métodos de investigación, Tecnologías Emergentes.

El colectivo que comprende las personas socialmente vulnerables es muy amplio, abarcando realidades que incluyen desde la orfandad por violencia de género, la brecha digital que dificulta la vida de las personas mayores o la compleja reinserción de los presos aquejados de alguna drogodependencia.

Dentro de esta condición de vulnerabilidad, la cuestión jurídica cobra especial relevancia. Si las personas con dificultades no se encuentran amparadas por un sistema judicial que les permita un fácil acceso y garantice su protección en determinados supuestos, sus dificultades vitales aumentan exponencialmente.

El siguiente manual ofrece una panorámica actual y diversa de diferentes aspectos jurídicos, educativos y legales que afectan de modo directo a las personas de los colectivos más desfavorecidos. Mediante diferentes perspectivas temáticas, geográficas y sociales, los autores trazan un boceto de las líneas maestras que constituyen hoy el marco jurídico de defensa de las personas vulnerables, incidiendo particularmente en aquellos aspectos susceptibles de mejora.

El objetivo es el de abordar jurídicamente las desigualdades de los grupos con mayores dificultades, de modo que el ámbito legal constituya un mecanismo más para lograr una igualdad efectiva de todos los ciudadanos y poder hacer frente a las necesidades de estas personas.