

Este libro ha sido publicado gracias al soporte de:



**Agència Catalana
de Cooperació
al Desenvolupament**

 Generalitat
de Catalunya



Ajuntament de Barcelona

Barcelona Solidària

OBSERVATORI DESC

Pasaje del Crédito n° 7 – 08002 Barcelona

www.descweb.org

Primera edició: diciembre 2009

Disseny de la portada: Mario Vela

Disseny i producció gràfica: El Tinter, SAL.

empresa certificada ISO 9001, ISO 14001 i EMAS

Dipòsit legal: B-15529-2010

Imprés en paper 100% reciclat i tintes d'olis vegetals

Se permite su reproducción total o parcial siempre que se cite la fuente

Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis

Gerardo Pisarello

Marta Mendiola

Xavier Pedrol

Marco Aparicio

Jaume Asens

Celeste Arella

Zaida Muxí

Javier de Lucas

Gemma Nicolás Lazo

Daniel Raventós

Carlos Sánchez Almeida

David Maeztu

Organiza:



Índice

Introducción Vanesa Valiño	7
00. Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista Gerardo Pisarello	13
PRIMERA PARTE	
ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: DE LO GLOBAL A LO LOCAL	
01. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas Marta Mendiola	23
02. Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro Xavier Pedrol	33
03. Los derechos sociales en la Constitución española: algunas líneas para su emancipación Marco Aparicio Wilhelmi	51
04. El “Plan Nacional de Derechos Humanos” a debate Jaume Asens	61
SEGUNDA PARTE	
POR UNA RECONSTRUCCIÓN PARTICIPATIVA, SOSTENIBLE Y PLURAL DE LOS DERECHOS SOCIALES	
DEL DERECHO A LA VIVIENDA AL DERECHO A LA CIUDAD	
05. El derecho a la ciudad para las mujeres Zaida Muxí	73
06. Gestión del espacio público y derecho a la ciudad. El caso del trabajo sexual Celeste Arella	81

HACIA UN DERECHO DEL TRABAJO INCLUYENTE Y EMANCIPADOR

08. Inmigración y trabajo en la Unión Europea: La reinención de la esclavitud 89
Javier de Lucas
09. Los trabajos invisibles. Reflexiones feministas sobre el trabajo de las mujeres 99
Gemma Nicolás Lazo
10. ¿Tiene sentido hablar de una renta básica de ciudadanía
en un escenario de crisis económica? 111
Daniel Raventós

DERECHO A LA CULTURA LIBRE

11. Mapa jurídico de un conflicto: propiedad intelectual y derecho a la cultura 119
Carlos Sánchez Almeida
12. El “copyleft” un nuevo derecho social 129
David Maeztu

Introducción

Vanesa Valiño

Directora del Observatori DESC

El año 2009 será recordado por el estallido en el estado español de la crisis económica global. Las cifras hablan por sí solas: el paro llegó a superar los cuatro millones de personas por primera vez en la historia; las ejecuciones hipotecarias se dispararon, pasando de menos de 60.000 en 2008, a más de 90.000; finalmente, los días 20 y 21 de noviembre se produjo el primer paro agrario general apoyado por todas las asociaciones, cientos de miles de agricultores y ganaderos tomaron las calles de Madrid para protestar por la quiebra del sector.

Ante el incremento del desempleo y la precarización laboral, el empobrecimiento de la calidad de vida urbana, las restricciones en el acceso a la cultura o el intento de convertir a las personas inmigrantes en chivos expiatorios de la situación económica actual, la V Edición del Curso de Derechos sociales se presentó bajo el título “Defender y Repensar los derechos sociales en tiempo de crisis”.

El primer cometido del Curso fue, entonces, reivindicar la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales. Con este objetivo en mente, Gerardo Pisarello, Vicepresidente del Observatori, en *Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista* aborda los principales obstáculos para la generalización de los derechos sociales en particular y de los derechos humanos en general. Esta concepción de los derechos sociales como derechos fundamentales significa no sólo, ni principalmente, la posibilidad de hacer exigibles los derechos sociales en juzgados y tribunales, sino más y mejores garantías en materia de empleo, salud, educación, vivienda, alimentación, etc¹. Lejos de tratarse de un mandato incierto, y de alguna forma inasumible para los poderes públicos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones (Comité DESC), en su interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (PIDESC), ha desarrollado cuáles son las obligaciones estatales en materia de derechos sociales². De forma general estos compromisos pueden resumirse en: la prohibición de discriminación en el reconocimiento y aplicación de los derechos sociales; la obligación de que el estado adopte todas las medidas a su alcance, y hasta el máximo de los recursos disponibles, para avanzar progresivamente hacia la plena realización de estos derechos (artículo 2.1 PIDESC); el Estado está asimismo obligado a satisfacer por lo menos el contenido mínimo de cada derecho, y a abstenerse de adoptar medidas

1 | Ver entre otros Gerardo Pisarello en *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta, Madrid, 2007.

2 | Véase la Observación General del Comité DESC sobre el artículo 2 del PIDESC, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, Documento E/1991/23; y la Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Documento E/C.12/1998/24.

deliberadamente regresivas (prohibición de regresividad), salvo cuando pueda demostrar que éstas se han aplicado tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles, y que están debidamente justificadas considerado el conjunto de los derechos reconocidos en el PIDESC³.

Desde el derecho internacional de los derechos humanos hace tiempo, pues, que se reivindica la igual importancia de todos los derechos – civiles, políticos, económicos, sociales y culturales – para desarrollar una vida digna. No obstante, en la mayoría de ordenamientos jurídicos estatales contemporáneos, el español entre ellos, los derechos sociales continúan apareciendo como derechos débiles, como derechos cuyas prestaciones dependen de la voluntad política de los poderes de turno. Básicamente, esta percepción devaluada de los DESC suele referirse a su consagración constitucional como simples principios rectores de la política económica y social, a su carácter vago e indeterminado, y a su naturaleza prestacional y cara.

Con el objetivo, pues, de rebatir la subordinación de los derechos sociales la IV Edición del Curso de Derechos Sociales partió de la premisa de que si bien la vulneración de derechos sociales obedece sobre todo a las desigualdades de poder existentes en la sociedad, también se explica por la percepción devaluada que se tiene de ellos en relación con otros derechos considerados fundamentales como el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa. La crítica a esta percepción dominante de los derechos sociales fue el hilo con que se tejó el programa del Curso. Este programa agrupó las sesiones en torno a dos cuestiones: el reconocimiento de los derechos sociales en el ámbito internacional, regional y estatal; y la oportunidad que supone la crisis económica para repensar los derechos sociales de forma participativa, plural y sostenible.

El primer módulo se presentó bajo el nombre de: *ámbitos de protección de los derechos sociales: de lo global a lo local*. El cometido era, por un lado, mostrar en qué medida el rezago comparativo de los derechos sociales en Naciones Unidas, en la Unión Europea y en el estado español se asienta, sobre todo, en prejuicios de tipo ideológico. Por otro lado, y sin desconocer esta “minoría de edad” de los derechos sociales en las distintas escalas, el segundo objetivo era explorar las posibilidades de exigibilidad en cada uno de estos ámbitos. Esta necesidad de examinar las distintas vías de exigibilidad de los derechos sociales se refuerza también producto de la crisis económica, ante la insuficiencia del modelo de garantía tradicional basado en la protección de los derechos sociales únicamente desde el ámbito estatal.

Entonces, los textos de este primer bloque se refieren tanto a los motivos que explican el reconocimiento devaluado de los derechos sociales en los distintos ámbitos de protección, como a las posibilidades de hacerlos efectivos, o al menos de reivindicarlos que ofrecen. En el ámbito de Naciones Unidas, por ejemplo, según Marta Mendiola, responsable en Amnistía Internacional del área de DESC, la imposibilidad de redactar un único Pacto Internacional de Derechos Humanos, con iguales garantías para todos los derechos se debió al enfrentamiento entre el bloque soviético y el occidental. El acuerdo de mínimos al que se llegó fue la redacción de dos pactos – el de derechos civiles y políticos (PIDCP) y el de derechos sociales (PIDESC) – con mecanismos de garantía distintos. El PIDESC a diferencia de lo que ocurre en el PIDCP no prevé al posibilidad de presentar quejas contra los Estados por vul-

3 | Aniza García, *La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales*, en «Los derechos sociales como derechos justiciables», Ed. Bomarzo, Albacete, 2010.

neración de DESC. Ante esta situación, en la primera ponencia la *Exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en Naciones Unidas* Marta Mendiola identifica cómo vías de exigibilidad de los DESC en Naciones Unidas los órganos de tratado, es decir, los comités de Naciones Unidas encargados de velar por el cumplimiento de los pactos internacionales, y las Relatorías especiales. Sin embargo, sin negar las posibilidades que suponen estos mecanismos, desde Amnistía Internacional se reivindica que los DESC adquieran una protección internacional que permita perseguir la vulneración de derechos sociales y el resarcimiento de las víctimas.

No obstante, donde el rezago de los derechos sociales resulta más flagrante es en el ámbito de la Unión Europea. *Los derechos sociales en la Unión Europea: historia de un desencuentro*, texto elaborado por Xavier Pedrol, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona, aborda esta cuestión a partir del constitucionalismo social y democrático. Así, analiza cómo la inclusión de los derechos sociales en los Tratados que han dado origen y que continúan delineando el rumbo de la Unión Europea, desde los tratados fundacionales hasta el Tratado de Lisboa, ha quedado subordinada al interés de los lobbies económicos. De ahí su escasa presencia incluso en la Carta de Derechos Humanos de la UE de 2002, en la cual por ejemplo no se habla de derecho a la vivienda sino de derecho a una ayuda en materia de vivienda, o donde no se reconoce el derecho al trabajo sino a trabajar. A partir de esta situación Pedrol identifica distintas vías de acción que van desde la oportunidad de la crisis para abandonar las obsesiones mercantilistas, el culto a la competitividad y la defensa acrítica del crecimiento económico, hasta la necesidad de promover un «auténtico proceso constituyente europeo».

El panorama en el estado español, en cambio, presenta otras características. El Título I de la Constitución Española del 78 (CE) comprende un amplio catálogo de derechos sociales a los cuales se añaden otros preceptos como la subordinación de la riqueza al interés general (art. 128), el límite de la función social del derecho de propiedad (art. 33), etc. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos sociales en el Capítulo III como “principios rectores de la política económica y social” que a diferencia del resto de derechos “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen” (art. 53.3) ha motivado que la interpretación mayoritaria dificulte una protección igualitaria de todos los derechos. En la medida en que esta concepción dominante sirve de freno a los cambios sociales, Marco Aparicio, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Girona, en *Los derechos sociales en la Constitución Española: algunas líneas para su emancipación*, reivindica las virtudes de una interpretación contrahegemónica. Esta otra lectura, orientada a mejorar las condiciones de transformación social, resultaría además acorde con los principios constitucionales de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) y de interpretación de los derechos de conformidad con los tratados internacionales (art. 10.2 CE).

A partir de la normativa vigente en materia de derechos humanos y especialmente mediante los compromisos asumidos por el gobierno central en el Plan de Derechos Humanos, Jaume Asens examina cuál es la situación en el Estado español. Sin dejar de felicitar la aprobación del Plan, Asens, abogado y miembro de Junta Directiva del Observatori, aprovecha para recordar las principales vulneraciones de derechos humanos – económicos, sociales, culturales, civiles y políticos – en el estado español. Entre ellas destacan reivindicaciones históricas como la doble instancia penal, la eliminación en la cooperación internacional de instrumentos que generan deuda externa en los países empo-

brecidos, el sometimiento de la política migratoria a la legalidad internacional. Se señalan también cuestiones de actualidad como el retroceso en la lucha contra la impunidad que supone la reciente limitación de la justicia universal, y el despropósito que supone agilizar los procesos de deshaucio – “deshaucio exprés” - en la actual situación de crisis y sin un parque público de vivienda en que alojar a las personas afectadas.

Junto a la voluntad de defender la importancia de que los derechos sociales gocen de distintas escalas desde las que hacerlos exigibles, el Curso quería mostrar la necesidad de que estos derechos atiendan las necesidades de los sujetos más desaventajados. De tal forma que el Curso reforzase la idea de que si bien los derechos sociales protegen bienes que tienen que ver con la supervivencia y la autonomía de todas las personas, su reivindicación interesa especialmente a los sujetos más débiles o en mayor situación de vulnerabilidad.

De ahí que el segundo bloque, *Por una reconstrucción participativa, plural y sostenible de los derechos sociales*, comience con la discusión en torno a la conveniencia de repensar desde una perspectiva urbana y feminista el derecho a la vivienda. Esto significa que las tres primeras intervenciones se refieren a los límites del derecho a la vivienda para atender la complejidad de las problemáticas de los colectivos desfavorecidos que viven en las ciudades, y a las potencialidades, en cambio, que ofrece el «derecho a la ciudad» entendido como la expresión del conjunto de intereses económicos, sociales y ambientales de los habitantes de las ciudades.

La creciente concentración de la pobreza en determinadas zonas de las ciudades, la preocupante segregación escolar por cuestiones académicas, sociales o étnicas, o las dificultades del colectivo musulmán para disponer de lugares de culto en los núcleos urbanos son precisamente las cuestiones que aborda Juli Ponce, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona, en *El derecho a la ciudad: Elementos para superar la gestión neoliberal del espacio público*. Desde las herramientas que ofrece el Derecho Público Juli Ponce analiza la dimensión urbana del derecho a una vivienda adecuada, a un medioambiente sano, a una educación de calidad, a la igualdad y a la libertad religiosa, y muestra la necesidad de elaborar un “nuevo Derecho público”, que supere la creciente segregación urbana.

El diseño de las ciudades, - la presencia de zonas verdes, de equipamientos, la posibilidad de desplazarse - también tiene importantes efectos en la segregación urbana. El urbanismo, afirma Zaida Muixí, no es neutro. Las ciudades, por ejemplo, pueden o no facilitar la presencia de las mujeres en el espacio público. Analizar la planificación urbanística desde una perspectiva de género es el objetivo de su ponencia. *El derecho a la ciudad para las mujeres* advierte que los roles atribuidos a las mujeres – básicamente las tareas domésticas y de cuidado que tienen lugar en el ámbito privado - han justificado su exclusión del espacio público y por lo tanto del derecho a la ciudad. Muixí señala, así, que las mujeres no han estado presentes en el concepto de ciudadanía y de ciudad y que por lo tanto es preciso repensar el diseño de las ciudades para que promueva la pluralidad de experiencias y necesidades de las mujeres.

Junto al propio diseño de las ciudades existen políticas que atentan directamente contra el derecho a la ciudad de los colectivos empobrecidos. Así, por ejemplo, las ordenanzas municipales del civismo impiden el disfrute de la ciudad por parte de colectivos empobrecidos como las trabajadoras sexuales, los sin techo, los top-manta, etc. Celeste Arella, abogada y miembro de la Junta del Observatori, aborda, en concreto, el impacto de la Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia

en la Ciudad de Barcelona aprobada por el Ayuntamiento en diciembre de 2005 en las trabajadoras del sexo.

En realidad, el empobrecimiento en las ciudades responde a una concepción del trabajo, de lo que significa “trabajar”, que invisibiliza tareas imprescindibles para el cuidado y la reproducción de las personas. Así, frente a las tesis que conciben el trabajo exclusivamente como una actividad laboral masculina altamente tecnificada, la segunda cuestión sobre la que se reflexionó fue *el derecho del trabajo desde una perspectiva incluyente y emancipadora*. Esta perspectiva defiende como antídoto contra la crisis global situar el bienestar de las personas, y no la búsqueda indiscriminada del beneficio económico, en el centro del debate. Estos parámetros hacen que en una sociedad envejecida y con una escasa presencia de servicios públicos dirigidos a la atención de las personas dependientes como la española pueda considerarse una falacia las dificultades para generar empleo. *Los trabajos invisibles: reflexiones feministas sobre el trabajo de las mujeres* rastrea las múltiples actividades imprescindibles para la supervivencia de la fuerza de trabajo que llevan a cabo las mujeres en condiciones de abierta explotación. Gemma Nicolás, doctora en Derecho, profesora del Máster de Criminología y Sociología Jurídico-Penal de la Universidad de Barcelona, considera que este “olvido del trabajo reproductivo es poco inocente”.

Tampoco parecen inocentes las reformas de la legislación de asilo y de extranjería promovidas por el gobierno español en los últimos meses. En realidad, según Javier de Lucas, profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Valencia, parece que los poderes públicos traten de convertir a las personas migradas en chivos expiatorios de la crisis económica. Así al menos es como el profesor de Lucas en su texto, *Inmigración y trabajo en la Unión Europea: la reinención de la esclavitud*, se explica la restricción de derechos y libertades fundamentales que suponen las nuevas normativas.

En el siguiente texto Daniel Raventós, profesor de economía en la Universidad de Barcelona, responde a la pregunta de si *Tiene sentido hablar de renta básica en un escenario de crisis*. Raventós concentra las ventajas de esta asignación económica universal - en el lugar donde se implante - en tres aspectos: - certeza de disponer de unos ingresos mínimos frente al aumento del desempleo; - caja de resistencia incondicional en caso de huelga; - elemento imprescindible en la lucha contra la pobreza.

Las dos últimas ponencias, finalmente, tratan sobre los crecientes intentos de restringir el acceso universal a la cultura que facilitan las nuevas tecnologías. En este mundo globalizado parece que tan sólo los capitales pueden campar a sus anchas. Las personas y sus ideas, en cambio, sufren cada vez más obstáculos para moverse libremente. Sánchez Almeida, abogado, califica la voluntad de reprimir el libre acceso a la cultura como un «expolio a la Humanidad de su patrimonio cultural». En su texto *Propiedad Intelectual y Derecho a la Cultura: mapa jurídico de un conflicto* expone cómo las multinacionales del entretenimiento han llegado al extremo de conseguir que el poder político legisle limitando la libertad de expresión y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en Internet.

Los internautas, sin embargo, no parece que vayan a ceder a los constantes intentos de criminalización. Aparecen, así, nuevas fórmulas para revertir la privatización del acceso a la cultura. Entre ellas se encuentran por ejemplo las licencias de dominio público “creative commons” bajo las cuales

ya se han publicado más de 350 millones de trabajos⁴. Para hablar de estas cuestiones, David Maeztu, abogado, concluía el curso el 10 de junio, en la Sala Conservas, con su ponencia, *El Copy left: un nuevo derecho social*.

Antes de terminar me gustaría agradecer la colaboración de todas las personas que desde el propio Observatori, pero también desde otras organizaciones, y desde el público, han hecho posible esta IV Edición del Curso de Derechos Sociales.

4 | <http://wiki.creativecommons.org/Metrics>

Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista

Gerardo Pisarello
Observatori DESC

I |

El estallido de la actual crisis financiera y económica ha contribuido a hacer visibles algunas de las contradicciones más agudas que atraviesan el discurso de los derechos sociales. Por un lado, estos derechos suelen presentarse como instrumentos dirigidos a satisfacer las necesidades básicas de las personas y los grupos, comenzando por aquellos en mayor situación de vulnerabilidad desde el punto de vista económico, pero también desde el punto de vista sexual o del origen étnico o nacional. Desde este punto de vista, suelen aparecer como los derechos por excelencia de los más débiles y vulnerables frente a la prepotente ley del más fuerte. Al mismo tiempo, sin embargo, existe un amplio consenso en torno a la idea de que los derechos sociales son derechos proclamados, a veces incluso de manera generosa, en los textos jurídicos, pero poco realizados o garantizados en la práctica.

Esta contradicción entre derechos vigentes, reconocidos en el papel, y derechos efectivos, realizados en la práctica, justifica, quizás, una breve reflexión acerca de los ‘enemigos’ de los derechos sociales. La identificación de ‘enemigos’ de la generalización de los derechos es una cuestión compleja que puede abordarse desde múltiples perspectivas. La propia noción de ‘enemigo’, de hecho, encierra una fuerte carga emotiva que puede inducir a equívocos. Sin embargo, tiene una ventaja evidente: recordar que la expansión de derechos, lejos de ser un fenómeno evolutivo o lineal, presupone necesariamente la idea de conflicto. Y es que la garantía de un derecho suele venir a menudo acompañada de la limitación o de la eliminación de privilegios. Esto es así, desde luego, tratándose de los derechos sociales. Pero lo es en realidad si de lo que se trata, sencillamente, es de defender una concepción social, igualitaria, o simplemente democrática de todos los derechos humanos.

Pretender asegurar los derechos de los más débiles o de los más vulnerables frente a los más fuertes o los más poderosos supone, en efecto, asumir una dimensión conflictiva de las relaciones sociales en la que los intentos de distribución del poder acarrear resistencias. Es desde esta perspectiva, precisamente, que puede hablarse de ‘enemigos’ de los derechos, pretendiendo con ello recordar que la garantía igualitaria de ciertos derechos no siempre es un juego de suma cero. Y que, como se acaba de apuntar, puede exigir la remoción de obstáculos materiales y simbólicos vinculados a privilegios que no se ceden de manera espontánea.

A efectos de esta intervención se podrían señalar cuatro grandes ‘enemigos’, ‘adversarios’ o, si se prefiere, obstáculos serios para la generalización de los derechos sociales en particular y de los derechos humanos en general: 1) la percepción de los derechos sociales como derechos diferentes, y en última instancia subordinados, a otros derechos considerados relevantes e incluso fundamentales; 2)

la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos patrimoniales como el derecho de propiedad privada o la libertad de empresa; 3) la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos derivados de la representación política o del ejercicio de poder institucional; 4) la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción excluyente de la ciudadanía, ligada a la nacionalidad, y a una concepción igualmente excluyente de la residencia legal, ligada a la existencia de un vínculo estable con el mercado formal de trabajo o a la disposición de recursos.

II |

Como se ha dicho, un primer obstáculo para la generalización de los derechos sociales tiene que ver con la percepción de éstos como derechos esencialmente diferentes, y en definitiva subordinados, a los derechos considerados fundamentales, como los derechos a la integridad física, a la libertad de expresión o la participación.

La tesis de la distinción tajante entre derechos sociales y derechos fundamentales suele presentarse de diversas maneras. Como una contraposición entre derechos sociales y derechos individuales, entre derechos de igualdad y derechos de libertad e incluso como contraposición entre derechos de prestación y derechos no prestacionales. El corolario de todos estos pares opuestos es la distinción, más o menos tajante, entre derechos no justiciables –los sociales- y derechos directamente exigibles ante los tribunales –los auténticamente “fundamentales”.

Hay un primer argumento, en efecto, que opera en el plano axiológico o valorativo y afirma que los derechos sociales no son derechos moral o políticamente tan básicos o fundamentales como los llamados derechos individuales, o si se prefiere, siguiendo la terminología del derecho internacional, civiles y políticos. La idea de fondo es que los derechos sociales están asentados en valores diferentes y en último término menos relevantes que aquéllos. Con arreglo a este punto de vista, los derechos civiles y políticos guardarían una conexión fuerte con valores como la libertad o con principios como el de dignidad de la persona. Los derechos sociales, en cambio, sólo tendrían un vínculo remoto con dichos principios y valores. Estarían, más bien, ligados a otros diferentes como la igualdad material o la solidaridad, cuya satisfacción sólo estaría justificada una vez aseguradas debidamente la libertad o la dignidad personales.

Un segundo tipo de razonamiento apela a la diferente estructura interna de cada derecho, y puede ser defendido incluso por quienes niegan la existencia de diferencias sustanciales entre derechos en el plano axiológico o valorativo. Conforme al mismo, los derechos sociales serían ante todo derechos de prestación, esto es, derechos que exigen por parte de los poderes públicos actuaciones positivas, a menudo con un coste más o menos elevado. Los derechos civiles y políticos, en cambio, serían esencialmente derechos de abstención, esto es, derechos que comportan obligaciones de no intervención por parte de los poderes negativos y cuya satisfacción no requiere grandes desembolsos monetarios.

La tesis de la estructura diferenciada de los derechos suele venir acompañada de un argumento ulterior: aquel según el cual los derechos sociales serían derechos con un contenido indeterminado, vago, que impediría identificar adecuadamente las obligaciones que comportan y los sujetos obligados. Lo contrario de lo que ocurriría con los derechos civiles y políticos, que serían derechos dotados de un inequívoco núcleo de certeza del que fácilmente podría extraerse un contenido mínimo o esencial.

Esta caracterización de los derechos sociales como derechos con una estructura sustancialmente diversa a la de los derechos civiles y políticos es clave para apuntalar un cuarto razonamiento que opera en el plano de las garantías o técnicas de protección. Conforme al mismo, los derechos sociales, precisamente en razón de su naturaleza, de su estructura interna, serían derechos de difícil cuando no de imposible justiciabilidad ante los tribunales.

Esta tesis de la no justiciabilidad o de la justiciabilidad débil de los derechos sociales constituye el núcleo de la tesis de su no fundamentalidad en sentido jurídico¹. Los derechos auténticamente fundamentales serían los derechos civiles y políticos. Sólo ellos podrían ser exigibles de manera directa e inmediata ante los tribunales y gozarían de la máxima protección prevista en el ordenamiento jurídico (en el caso español, la rigidez constitucional, la reserva de ley orgánica, el reconocimiento explícito de un contenido esencial y la posibilidad de tutela a través de recursos jurisdiccionales específicos). A diferencia de los derechos ‘en serio’, los derechos sociales serían derechos demediados, de eficacia indirecta o mediata. Su exigibilidad ante los tribunales ordinarios estaría supeditada a la existencia de un desarrollo legislativo anterior. Sin ley previa, no habría derechos exigibles. Lejos de operar como derechos subjetivos directamente alegables ante los tribunales, apenas serían derechos de configuración legal. Meros principios rectores, directrices o mandatos dirigidos al legislador, pero sin un valor jurídico relevante.

2) Junto a este problema de percepción de los derechos sociales como derechos débiles en relación con el resto de derechos considerados fundamentales, es posible señalar un segundo obstáculo para su generalización. Este “enemigo”, especialmente visible en el actual contexto de crisis, es la subordinación de los derechos sociales (y de otros derechos fundamentales) a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos patrimoniales como el derecho de propiedad privada o la libertad de empresa.

Para la concepción dominantes que apuntala este punto de vista, el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa serían derechos “civiles” cualesquiera. Derechos de una naturaleza similar a la libertad de expresión o a la libertad ideológica. Defender los derechos humanos, desde esta perspectiva, supondría básicamente realizar dos operaciones: a) fortalecer las libertades civiles a través de la expansión de la libertad de empresa y del blindaje de los derechos de propiedad privada, que serían parte de aquéllas; b) subordinar la garantía de los derechos sociales a dicha expansión.

Según este relato, la ausencia de trabas a las libertades de mercado, constituye un requisito sine qua non para una mayor eficacia económica - mayor crecimiento, mayor competitividad- y con ello, para una eventual redistribución a posteriori de los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales. Podrían señalarse varias proyecciones prácticas de esta manera de razonar. La

1 | Para un desarrollo más profundo de estos argumentos, Vid. G. Pisarello (ed.), Aniza García y Amaya Olivas, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.

generalización del derecho al trabajo, por ejemplo, exigiría la previa flexibilización de las relaciones entre empresario y trabajadores, facilitando los despidos, del mismo modo que la generalización del derecho a la vivienda demandaría la flexibilización del vínculo entre propietario e inquilinos, agilizándolo los desalojos. En todos los casos, el mensaje es similar: estimular el ejercicio de los derechos patrimoniales como una manera de alcanzar, de modo indirecto y a la larga, la ampliación de los derechos sociales.

3) Un tercer obstáculo para la generalización de los derechos sociales, no menos relevante que el anterior, tiene que ver con su subordinación a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos derivados de la representación política y, en general, del ejercicio de poder institucional.

También aquí, existe una versión ampliamente difundida según la cual los derechos derivados de la representación política serían derechos “políticos”, cualesquiera, similares a los derechos de participación o de asociación. Desde este punto de vista, defender los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, supondría confiar su protección a las mayorías políticas coyunturales, dejándoles un margen prácticamente ilimitado de discrecionalidad para acometer su tarea.

Más que como derechos indisponibles frente al poder político, los derechos sociales aparecerían, ante todo, como derechos de configuración legislativa, esto es, como derechos cuya concreción dejaría a las mayorías coyunturales un margen de actuación prácticamente ilimitado. Dicho margen de discrecionalidad comprendería, entre otras cuestiones, la posibilidad de discernir con libertad acerca de las posibilidades presupuestarias de satisfacción de los derechos sociales. Éstos, en efecto, vendrían irremisiblemente condicionados por la reserva de lo económicamente posible, frente a la cual los órganos políticos no actuarían sujetos a prácticamente ningún control.

4) Podría señalarse un cuarto enemigo de los derechos sociales, o dicho de otro modo, de una concepción social e igualitaria de los derechos humanos. Es la tendencia a vincular la titularidad de los derechos a concepciones excluyentes de la ciudadanía o de la residencia legal, basadas en criterios como el origen nacional, el vínculo con el mercado formal de trabajo o la disposición de recursos.

Con arreglo a este punto de vista, bastante difundido en las sociedades receptoras de población migrante en condiciones de vulnerabilidad, los estados estarían autorizados, por un lado, a restringir el derecho a inmigrar de aquellas personas que, en el presente o de manera potencial, no reúnan estas características. Asimismo, podrían modular (limitándolo) el ejercicio de ciertos derechos para las personas extranjeras que ya se encuentran dentro del territorio estatal, comenzando por los derechos al trabajo, a la seguridad social o a la participación política.

Esta concepción consentiría la utilización casi discrecional de categorías como la “preferencia del nacional”, así como de la prioridad otorgada en materia de derechos a las personas inmigrantes con contrato laboral o con ciertos recursos económicos o formativos. De este modo, y paradójicamente, los derechos sociales aparecerían, no como derechos, sino como deberes, como condición para el ejercicio de otros derechos por parte de las personas extranjeras en mayor situación de vulnerabilidad. Ocurriría así con el derecho al trabajo, que de derecho pasaría a convertirse en condición para la obtención de residencia legal, o de la disposición de una vivienda adecuada, que operaría como requisito, por ejemplo, para el ejercicio previo del derecho a la reagrupación familiar.

III |

Presentados de manera sucinta algunos “enemigos” de los derechos sociales, la siguiente cuestión que se plantea es la de cómo combatirlos. Aquí también, las respuestas podrían articularse en diversos planos.

1) El primero de ellos tiene que ver con la superación de la tesis de la supuesta diferencia tajante entre los derechos sociales y los llamados derechos individuales, tesis sobre la que se asienta, como ya se ha apuntado, la consideración sólo de estos últimos como auténticos derechos fundamentales.

Esta superación exige asumir sin complejos la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales. Este principio, de hecho, fue formulado hace tiempo ya en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y ha penetrado de manera progresiva en el derecho constitucional producido por los estados. El principal corolario de este principio, sería la articulación de un estatuto unitario para todos estos derechos, que les otorgue igual importancia desde el punto de vista axiológico o valorativo, que reconozca su similar estructura y que los provea de un sistema equivalente de garantías, incluidas las jurisdiccionales. Dicho en otras palabras, un estatuto que defienda la igual fundamentalidad de los derechos sociales, ambientales, culturales, civiles, y políticos tanto desde el punto de vista axiológico, externo al ordenamiento jurídico, como desde el punto de vista dogmático, interno al mismo.

Tomarse en serio la tesis de la indivisibilidad e interdependencia entre derechos supondría aceptar, en el plano axiológico, que todos los derechos, están vinculados a la tutela de valores similares. A la expansión de la libertad y de la autonomía, desde luego, pero también al aseguramiento del principio de dignidad. Este vínculo con la dignidad puede ser más o menos estrecho en razón del contenido, más o menos básico, del derecho. Pero se trata de un ligamen similar, tanto si lo que está en juego son derechos sociales, como si lo que se analiza son derechos civiles y políticos.

En otras palabras: el verdadero conflicto no es el que supuestamente existiría entre derechos de libertad y derechos de igualdad sino el que tiene lugar entre concepciones igualitarias e inclusivas de los derechos y concepciones desigualitarias y excluyentes de los mismos. Todos los derechos, en efecto, podrían considerarse axiológicamente vinculados a la igual libertad o a la igual dignidad de sus destinatarios. Ese carácter generalizable, precisamente, de todos los derechos, es el que justifica su igual fundamentalidad desde el punto de vista valorativo.

Otro tanto ocurriría en el plano estructural, donde sería perfectamente posible mostrar cómo todos los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales podrían verse, en realidad, como derechos complejos, generadores de obligaciones negativas y positivas, de abstención y de prestación, ‘baratos’ y ‘costosos’. En todos, por su parte, sería posible, más allá de la concreta redacción, identificar contenidos mínimos o básicos indisponibles para el poder político y contenidos adicionales cuya concreción requeriría la intervención del legislador. Todos los derechos podrían, por consiguiente, verse como derechos con una dimensión subjetiva y otra objetiva, como derechos en parte accionables ante los tribunales y en parte como principios o mandatos dirigidos a orientar la actuación de los poderes públicos. Esto no querría decir, naturalmente, que la justiciabilidad de los derechos sociales no plantea problema alguno. Por el contrario, es indudable que la exigibilidad de la faceta prestacional de

los derechos sociales puede plantear problemas cuando los interpelados son órganos jurisdiccionales no capacitados ni legitimados para elaborar políticas públicas acabadas. Lo que ocurre es que estos problemas existirían también si lo que estuviera en juego fuera la faceta prestacional de un derecho civil o político. También aquí los jueces tendrían que lidiar con presupuestos, límites procesales, mandamientos que se pueden o no dirigir a las autoridades políticas, entre otras cuestiones. Combatir el argumento de la no justiciabilidad de los derechos sociales no comporta, en suma, defender que su justiciabilidad sea siempre sencilla, ni menos aún, por ejemplo, que los derechos sociales deban ser más justiciables que los derechos civiles y políticos. De lo que se trata es de defender la justiciabilidad equivalente de todos los derechos, esto es, la idea según la cual nada impide que los derechos sociales sean tan justiciables como los derechos civiles y políticos y, desde el punto de vista no ya sólo axiológico, sino jurídico, tan “fundamentales” como éstos.

2) Una defensa congruente de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles, políticos, sociales y culturales exige, al mismo tiempo, no minimizar los eventuales conflictos que puedan producirse entre ellos. Estos conflictos, de hecho, pueden tener lugar entre derechos civiles, como ocurre cuando colisionan, por ejemplo, el derecho al honor y el derecho a la intimidad. También pueden producirse entre derechos civiles y derechos sociales. Así, cuando el ejercicio de la libertad de circulación de personas con ciertas enfermedades entra en conflicto con el derecho a la salud de otras.

En cualquier caso, estos conflictos entre derechos son coyunturales, débiles, y deberían distinguirse de otros conflictos fuertes, estructurales, que suelen producirse en las sociedades capitalistas. Uno de estos conflictos o tensiones estructurales, precisamente, es el que plantea la generalización de los derechos civiles, políticos y sociales y la tendencia del derecho de propiedad privada y de la libertad de empresa a configurarse como derechos absolutos.

El derecho de propiedad privada y la libertad de empresa, en efecto, no son, sobre todo en las sociedades capitalistas actuales, derechos “individuales” o “civiles” cualesquiera. Son más bien derechos patrimoniales que, ejercidos por ciertos sujetos con una especial posición en el mercado (como los grandes propietarios, los grandes empresarios o los grandes ejecutivos) y sobre ciertos objetos (los principales instrumentos de producción e intercambio) tienden a configurarse como derechos absolutos y, con ello, como privilegios o auténticos poderes privados.

Esta tendencia de los derechos patrimoniales a configurarse como poderes privados los convierte en abiertos ‘enemigos’ de cualquier intento de generalización de los derechos sociales. En realidad, los convierte en obstáculo para la generalización de todos los derechos humanos, sean sociales, civiles o políticos.

Obsérvese que no son el derecho a la propiedad, la libre iniciativa o el mercado sin más quienes se presentan como un obstáculo para la generalización del resto de derechos. Por el contrario, el mercado es una institución antiquísima e históricamente condicionada. Y puede llegar a ser instrumento eficaz de asignación de los bienes y recursos que constituyen el objeto de derechos sociales. Del mismo modo, el derecho a la propiedad personal (individual o colectiva), proyectado sobre determinados bienes o recursos, puede ser una herramienta útil de control sobre los mismos y una vía para la satisfacción de necesidades básicas.

En realidad, mientras el derecho civil “a la propiedad” puede presentarse como un derecho generalizable, el derecho patrimonial “de propiedad”, sobre todo cuando se concibe, como en las con-

cepciones neoliberales, como un derecho tendencialmente ilimitado, pasa a ser una amenaza para el disfrute igualitario de ciertos bienes materiales básicos. Se convierte, en otras palabras, en fuente de concentración del poder y, con ello, de una suerte de absolutismo de mercado. Cuando este absolutismo de mercado se proyecta sobre las diferentes esferas de la vida, productiva y reproductiva, doméstica y no doméstica, da lugar a privilegios y jerarquías excluyentes y opera como un elemento incompatible con la universalización, no sólo de los derechos sociales, sino también de los derechos civiles y políticos.

Esta concepción tendencialmente absolutista de la propiedad privada y de la libertad de empresa, de hecho, conduce, en ausencia de restricciones y controles suficientes, a la eliminación de la pequeña y mediana propiedad (especialmente en ciertos ámbitos productivos) y a la eliminación del pluralismo de mercado. Se trata, por tanto, de un tipo de propiedad y de libertad no generalizables sino excluyentes, que suele generar férreas estructuras monopólicas y oligopólicas.

De lo que se trataría, por tanto, es de diferenciar, no entre derechos civiles y políticos fundamentales y derechos sociales no fundamentales, sino entre derechos civiles, políticos y sociales fundamentales, por un lado, y derechos patrimoniales no fundamentales, por otro². Los derechos fundamentales –civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales– se caracterizan por ser tendencialmente universalizables, esto es, formalmente atribuibles a todos, y por ello, indisponibles e inalienables. Los derechos patrimoniales, en cambio, se caracterizan por ser derechos tendencialmente excluyentes, y por ello, disponibles y alienables. Esta distinción, precisamente, es la que vincula la generalización de los derechos civiles, políticos y sociales al establecimiento de reglas y vínculos al ejercicio de la propiedad privada y de la libertad de empresa y de mercado, así como a la democratización, en última instancia, del sistema económico.

Esta “desfundamentalización” del carácter absoluto del derecho de propiedad privada y de la libertad de empresa puede establecerse por diferentes vías. Así, por ejemplo, mediante la prohibición de sus ejercicios abusivos, como pueden ser la explotación del trabajo ajeno o la especulación inmobiliaria o del suelo. O mediante la sujeción de sus ejercicios legítimos al cumplimiento de una función social (social y ambiental, como recuerda, por ejemplo, la reciente Constitución de Ecuador). O mediante la autorización, en definitiva, de intervenciones planificadoras y reguladoras en la economía. La negación de “fundamentalidad” a los derechos patrimoniales entendidos como derechos tendencialmente absolutos comporta asimismo la previsión de fórmulas de control y de acceso a la posesión de recursos básicos alternativas a la propiedad privada: desde el usufructo, la cesión de uso o el alquiler, pasando por la propiedad social o cooperativa, por poner algunos ejemplos.

De lo que se trata, en último término, es de insistir, contra el absolutismo propietario o de mercado, en que la generalización de los derechos sociales, y con ellos, la de los derechos civiles y políticos, se encuentra estrechamente supeditada a la redistribución del poder económico o, como se decía antes, a una constante democratización de las relaciones económicas.

3) Otro tanto puede decirse de la tendencia a supeditar la garantía de los derechos sociales a la actuación discrecional de las mayorías políticas coyunturales. También aquí, los derechos derivados

2 | Sobre la tensión entre derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales) y derechos patrimoniales, ha insistido L. Ferrajoli. Vid., entre otros, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, pp. 37 y ss.

de la representación, al igual que los derechos patrimoniales, no pueden considerarse derechos “políticos” sin más. Son auténticos derechos poder que, ejercidos de manera incontrolada por ciertos órganos (el ejecutivo, el legislativo o el propio judicial) tienden a configurarse como derechos absolutos y, con ello, como privilegios o poderes excluyentes.

Si antes se hacía referencia al peligro del absolutismo de mercado, el enemigo potencial aquí es el absolutismo de Estado, a la sombra del cual las políticas públicas tienden a convertirse en políticas discrecionales, incontroladas y, en definitiva, arbitrarias. La experiencia, en efecto, enseña que no hay poder espontáneamente bueno, sea privado o estatal, y que ni siquiera la legitimidad electoral puede ser un argumento definitivo para evitar la existencia de controles y límites en la garantía de derechos sociales. Mucho menos en aquellos casos –demasiado frecuentes– en que dicha legitimidad se construye a partir de procesos electorales que tienen lugar de manera muy esporádica o en los que el dinero o el poder mediático imposibilitan un acceso igualitario a los mismos.

A lo que se alude, una vez más, es a un enemigo de todos los derechos: no sólo de los derechos sociales, sino también de los civiles y políticos. Pero también en este caso, los acusados de frustrar el ejercicio igualitario de los derechos no son las instituciones representativas o el Estado, sin más. Por el contrario, la existencia de instituciones públicas eficientes y sujetas a permanente escrutinio democrático, con capacidad de elaborar normas de alcance general, de sancionar o prevenir el surgimiento de privilegios privados, es esencial para una garantía robusta de los derechos sociales. Son los aparatos burocráticos y coercitivos del Estado, reacios a la aceptación de controles, de límites y vínculos, los que constituyen una amenaza para la generalización de los derechos. Así, cuando dan, quitan o discriminan de manera arbitraria, sin motivación suficiente, cuando contribuyen a la generación o al afianzamiento de poderes privados, cuando reprimen de manera ilegítima o simplemente cuando niegan a los destinatarios de los derechos información y participación de calidad en los procesos de toma de decisión.

La generalización, en consecuencia, de los derechos sociales, pero también de los derechos civiles y políticos, es una pretensión vana sin la introducción de límites y controles a la arbitrariedad y discrecionalidad del aparato estatal y, en general, sin la democratización del sistema político. Esto exige, como mínimo, pasar de políticas públicas basadas en la lógica de la concesión graciable, y por tanto, revocable, a políticas públicas centradas en la lógica de derechos tendencialmente universales y no sujetos a condiciones arbitrarias³. Y es lo que justifica, al cabo, las obligaciones impuestas al legislador y a la administración pública por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos: desde la obligación de progresividad y de no regresividad o la estipulación de un contenido esencial o básico para todos los derechos, hasta la prohibición de discriminación arbitraria o la previsión de mecanismos que aseguren la participación de los destinatarios de los derechos y que obliguen a los poderes públicos a rendir cuentas, probando, por ejemplo, que están realizando el máximo de esfuerzos y hasta el máximo de recursos para satisfacer los derechos en juego, otorgando siempre prioridad a los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad.

3 | En esta línea, dirigida a preservar las políticas públicas de sus degeneraciones clientelistas y burocratizantes, iría la defensa de propuestas orientadas a la universalización de derechos sociales en ámbitos como la vivienda, la renta básica o el acceso a la cultura.

También aquí, lo que está en juego es la idea de que la generalización de todos los derechos –civiles, políticos, sociales, ambientales y culturales- no es posible sin la generación de nuevas formas de participación y sin una constante redistribución y democratización del poder político.

4) El último obstáculo al que se hizo referencia tiene que ver con la dependencia de los derechos de una noción de ciudadanía y de la residencia legal convertidas, cada vez más, en un estatuto de privilegio y de exclusión, incompatibles con la extensión a todas las personas de los derechos civiles, políticos y sociales.

En este punto, la generalización de los derechos exigiría acometer al menos dos operaciones: a) desconectar los derechos de una noción restrictiva de ciudadanía, ligada a una noción igualmente restrictiva de la nacionalidad; b) desvincular los derechos de una noción jurídica de la residencia supeditada a la posesión de recursos o de una relación con el mercado formal de trabajo de la que a menudo carecen incluso los propios nacionales.

De lo que se trataría, así, es de pasar del reconocimiento de derechos ciudadanos al reconocimiento de derechos de las personas, o si se prefiere, del reconocimiento selectivo de derechos para ciudadanos-nacionales, para trabajadores formales o para residentes económicamente solventes, a un modelo en el que los derechos se atribuyan por igual a todas las personas que habitan en una comunidad política, esto es, que guardan un vínculo más o menos estable con la misma, sin discriminaciones ni exclusiones arbitrarias.

Naturalmente, la eliminación de obstáculos al reconocimiento igualitario de los derechos en el ámbito interno es indisociable de la progresiva eliminación de los obstáculos al derecho a inmigrar en el ámbito externo. No resultaría del todo coherente, en efecto, ampliar el reconocimiento de derechos a las personas que “están dentro” de una comunidad política si al mismo tiempo no se flexibilizan o se levantan los controles que impiden la libre circulación de quienes “están fuera”. En las condiciones actuales, la renuncia a dichos controles podría resultar irrealista si no se revierten, al mismo tiempo, las desigualdades y los privilegios geográficos, económicos, sociales y políticos que fuerzan buena parte de los procesos migratorios. En todo caso, derechos como la libertad de circulación, o aun antes, como la reagrupación familiar, deberían considerarse elementos constitutivos de un más amplio derecho a tener derechos que hoy es negado de manera sistemática a millones de personas⁴.

IV |

A lo largo de estas líneas se ha procurado identificar cuatro obstáculos o ‘enemigos’ para la generalización de los derechos sociales. Para ello se ha hablado de los derechos civiles y políticos, o si se prefiere, de las libertades civiles y políticas; se ha hablado de la propiedad y de la libertad de empresa; se ha hablado de la representación política; y se ha hablado de ciudadanía. En términos generales, se ha intentado sostener que una concepción robusta de los derechos sociales, o mejor, que una concep-

4 | Vid., al respecto, L.Ferrajoli, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, en *Derechos y garantías. La ley del más fuerte*, op. cit., pp. 97 y ss.; y “Libertad de circulación y constitucionalismo global”, en *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 204. pp. 125 y ss.

ción social de todos los derechos humanos pasa 1) por restablecer su vínculo con la idea de libertad, de autonomía individual y colectiva, y con el principio de dignidad 2) por cuestionar su subordinación a una concepción excluyente tanto de la propiedad y del poder económico como de la representación y del poder político; 3) por desvincularla de una noción de ciudadanía ligada a la nacionalidad y de refundarla a partir de una ciudadanía basada en la simple residencia, es decir, en el sencillo hecho de habitar, sin causar daño a otros, en una determinada comunidad territorial.

Entablar esta lucha exige, sin duda, imaginación institucional y actuaciones incisivas en ámbitos como la reforma e interpretación de constituciones, leyes o reglamentos o en el establecimiento de controles eficaces en materia administrativa y jurisdiccional. Lo cierto, sin embargo, es que las garantías estatales de los derechos, libradas a su suerte, pueden acabar resultando estériles, cuando no convirtiéndose en “enemigas” más o menos veladas de los mismos. Por eso, el programa de reformas que exige el combate de los derechos no puede confiarse sin más a la reacción de poderes públicos o privados “buenos” y espontáneamente auto-limitados. Todo poder, por su propia naturaleza, encierra una lógica expansiva que tiende a generar más poder y a convertirse en una amenaza para la libertad y para la dignidad de otros, comenzando por quienes se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad por razones de clase, sexuales o étnicas. Por eso, sólo puede ser democratizado a través de la constante emergencia de contra-poderes sociales capaces de imponerle límites y vínculos de diferente tipo⁵. La garantía social de los derechos, esto es, la acción de los propios destinatarios de los derechos y de sus aliados en la lucha por la conquista y defensa de los derechos se convierte así en piedra de toque de cualquier programa garantista a la altura de los tiempos.

Esta garantía social puede traducirse en procesos complejos de participación, presión y desobediencia ciudadana y popular. En actuaciones en las instituciones, pero también fuera de ellas. Contra la arbitrariedad de los poderes públicos, de Estado, pero también contra la arbitrariedad de los poderes privados, de mercado. En el ámbito local, pero también en el ámbito estatal e internacional.

Esto es lo que, en otro lugar, se ha calificado como la garantía multi-institucional, participativa y multinivel de los derechos sociales⁶. Lo que esta expresión un tanto aparatosa pretende señalar es sencillamente que la batalla por los derechos sociales, y con ellos, por los derechos ambientales y culturales, civiles y políticos, es una batalla que debe darse en diferentes frentes a la vez, contra adversarios poderosos y no siempre en las mejores condiciones. Su resultado es incierto y no está determinado de antemano. Pero lo que en él se juega es la disyuntiva entre profundización democrática o regresión autoritaria, entre la tutela de la autonomía y la dignidad de todas y todos, comenzando por quienes están en mayor situación de vulnerabilidad, o el imperio descarnado de la ley del más fuerte.

5 | A propósito de estas cuestiones, es referencia obligada, una vez más, L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 940 y 941.

6 | G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas

Marta Mendiola

Responsable del trabajo sobre DESC Amnistía Internacional - Sección española

Resumen

Marta Mendiola revisa la codificación de los DESC en el ámbito internacional e identifica como principales vías de exigibilidad de estos derechos por parte de las organizaciones de derechos humanos los órganos de tratado y los procedimientos especiales de Naciones Unidas. Sin embargo, más allá de las posibilidades que suponen estos mecanismos, la autora reivindica la necesidad de que los DESC adquieran una protección similar a la de los derechos civiles y políticos.

I | Codificación internacional de los derechos humanos

Ya desde sus inicios, la carta fundacional de Naciones Unidas, la Carta de San Francisco, aprobada el 26 de junio de 1945, incorporó varias disposiciones relativas a los derechos humanos. Desde entonces, la cooperación internacional en el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión adquirió relevancia entre los propósitos de la ONU¹.

Dos disposiciones clave, los artículos 55 y 56, incorporan la promoción del respeto universal sin discriminación a los derechos humanos de todas las personas, y la efectividad de tales derechos y niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social. Para la realización de este propósito, todos los Estados miembros se comprometieron a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con Naciones Unidas. Por lo tanto, los Estados dieron su conformidad a garantizar la efectividad de todos los derechos, civiles, económicos, sociales, políticos y culturales, sin establecer ninguna jerarquía entre los mismos.

A pesar del gran avance que supone la inserción de los derechos humanos en el documento constitutivo de Naciones Unidas, la Carta de San Francisco cuenta con dos principales deficiencias: la no incorporación de un catálogo detallado de los derechos, y por consiguiente, la falta de garantías de protección de los mismos.

1 | La inclusión de esta disposición fue solicitada por estados latinoamericanos, liderados por Panamá, quienes manifestaron su deseo de que Naciones Unidas debería incluir entre sus objetivos el respeto de los derechos humanos. Es interesante destacar que Panamá llegó a proponer que la Carta de la ONU debía contener una Declaración de derechos humanos.

Sin embargo, la competencia que otorga la Carta al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para establecer comisiones para la promoción de derechos humanos determinaría, como veremos después, el desarrollo posterior del derecho internacional de los derechos humanos.

1.1 | La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Asamblea General, consciente de las lagunas de la Carta de la ONU, percibió desde el primer momento la necesidad de elaborar otro documento que concretase e identificase los derechos humanos. El primer paso para subsanar este vacío fue la creación de la Comisión de Derechos Humanos en 1946 por parte del ECOSOC. Esta Comisión de Derechos Humanos, fue durante décadas el principal órgano intergubernamental de derechos humanos, hasta que en 2006 fue sustituida por el Consejo de Derechos Humanos.

El primer encargo que recibió la Comisión de Derechos Humanos fue el de elaborar una Carta Internacional de Derechos Humanos que detallase los derechos mencionados en la carta de la ONU. Para ello, se estableció un Comité de redacción compuesto por representantes de ocho Estados². Desde el primer momento surgió en la Comisión de Derechos Humanos un debate que iba a acompañar tanto el proceso de redacción de la Declaración como las dos décadas siguientes de elaboración de los dos Pactos Internacionales y que tenía que ver con las distintas concepciones de derechos humanos que ostentaban los Estados y el diferente nivel de obligatoriedad que estaban dispuestos a aceptar con respecto a los mismos³.

Para entender estas posiciones diversas, es necesario destacar el contexto político en el que se gestaron los primeros pilares de la normativa internacional de los derechos humanos. En este periodo nos encontramos con dos bloques políticos claramente diferenciados, el bloque de países occidentales, firme defensor de las libertades clásicas, es decir, de los derechos civiles y políticos y el bloque de países soviéticos, que pusieron el énfasis en sus discursos sobre los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)⁴. Esta diferencia fue más acusada en la elaboración de los dos Pactos Internacionales.

Después de varios proyectos, la Declaración Universal de Derechos Humanos se aprobó el 10 de diciembre de 1948⁵. El texto, que contó con un preámbulo y 30 artículos, defendió un enfoque integral de la dignidad humana, una orientación consciente de que únicamente a través del disfrute de todos los derechos humanos las personas pueden alcanzar un nivel de vida digno⁶. Asimismo, la Declara-

2 | Australia, Chile, China, EEUU, Francia, Líbano, UK y URSS. Entre los miembros más prestigiosos destacaron Rene Cassin de Francia, L. Chang de China, Ch. Malik de Líbano, y E. Roosevelt de EEUU.

3 | Con respecto a la obligatoriedad de los derechos, claramente se identificaron dos posturas contrapuestas: por una parte algunos Estados apostaron por la elaboración de una Declaración genérica de derechos humanos que únicamente tuviese fuerza moral, por otra otros Estados apoyaban la redacción de un texto que incluyese derechos pero también obligaciones e instrumentos de garantía que fuesen de obligado cumplimiento para los Estados que la firmasen. Mientras Estados como el Reino Unido y Australia apoyaban un texto obligatorio, EEUU junto con la URSS eran partidarios de una Declaración genérica.

4 | Es necesario destacar que el sistema colonial de la época impidió la participación de muchos países en los debates.

5 | El texto obtuvo 48 votos a favor, 8 abstenciones de los siguientes estados: Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Sudafricana, Unión Soviética y Yugoslavia, 2 ausencias, Honduras y Yemen y ningún voto en contra.

6 | La Declaración destacó la necesidad de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad. Es decir, el texto subrayó que toda persona debe poder disfrutar de las condiciones económicas y socia-

ción Universal no realizó divisiones entre los derechos, subrayando así la idea de la necesaria indivisibilidad e interrelación que existe entre todos los derechos.

La Declaración incluyó entre los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la seguridad social, al trabajo y derechos laborales⁷, a un nivel de vida adecuado, a la educación, y a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, además de los derechos de asociación.

Con respecto a las obligaciones de los Estados, el texto no identifica deberes correlativos a los derechos que propugna, y los gobiernos se limitaron a reafirmarse en los compromisos expresados en la Carta de Naciones Unidas⁸. Un aspecto interesante en el ámbito de las obligaciones, es que la Declaración incorpora la primera mención internacional a la responsabilidad de derechos humanos que ostentan otros actores que no son estatales. Así, la Declaración proclama que *“cada individuo y cada órgano de la sociedad tienen la responsabilidad de promover el respeto por los derechos y libertades mediante medidas progresivas, nacionales e internacionales”*. Si bien los gobiernos tienen el deber primario de promover y proteger todos los derechos humanos, los agentes no estatales, también desempeñan un papel importante en hacer efectivo el disfrute universal de los derechos humanos.

Como todo texto que incorpora derechos, resulta esencial analizar qué garantías de protección otorga a las víctimas. En este sentido, es interesante mencionar que la declaración, en su artículo 8, otorga el derecho a recurrir ante los tribunales nacionales competentes por vulneraciones de derechos reconocidos en la constitución o en la ley. Lo interesante del artículo -más allá de que las garantías judiciales insertas en la declaración, están limitadas a la jurisdicción estatal, no otorgando un derecho a un recurso judicial internacional- es que no restringe el acceso a la justicia a un grupo de derechos, respetando por lo tanto la idéntica naturaleza justiciable de todos ellos. La Declaración no incorporó ninguna limitación en la justiciabilidad de los DESC, tan cuestionada a lo largo del desarrollo del derecho internacional.

Sin embargo, el principal logro de la Declaración Universal residió en que a partir de entonces, el trato que los Estados dispensarían a sus nacionales ya no constituiría un asunto interno de los Estados, adquiriendo por lo tanto, la protección de derechos humanos y la dignidad de toda persona, un protagonismo relevante en la esfera internacional.

1.2 | Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos

La Asamblea General de Naciones Unidas fue consciente de la necesidad de transformar los derechos contenidos en la Declaración en obligaciones para los Estados. En la misma resolución en la que

les que posibiliten el disfrute real de los derechos civiles y políticos, entre ellos, el derecho a la vida. Por otra parte, la dignidad humana solo se verá respetada si se satisfacen los DESC en un contexto de respeto a los derechos civiles y políticos.

7 | El artículo 23.3 regula el *“derecho de toda persona que trabaja a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure para sí y para su familia una existencia conforme a la dignidad humana”*. Es interesante notar la discriminación de género que esconde la presunción de que únicamente existe una persona trabajadora en la familia. La presunción de que esta persona es un hombre queda corroborada si se revisa la traducción en inglés de la Declaración en la que aparece el adjetivo posesivo *“his”*, adjetivo masculino.

8 | Los Estados expresaron en el Preámbulo de la Declaración *“su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”* y *“su compromiso a asegurar, en cooperación con la ONU, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”*.

adoptó la Declaración, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derechos Humanos, que preparase un proyecto de convención.

La Asamblea General fue clara en su solicitud a la Convención y pidió un único proyecto. Sin embargo, como veremos más adelante, esta pretensión fue truncada y la comunidad internacional optó por dos Pactos diferenciados, abandonando el enfoque integral de la dignidad humana contenido en la declaración.

El alto grado de confrontación existente entre los dos bloques políticos de la época, el soviético y el occidental, y la presión ejercida por este último, -negándose a aceptar el mismo nivel de obligatoriedad para los DESC con respecto a los civiles y políticos y amenazando incluso con abandonar el incipiente sistema internacional de protección de derechos humanos-, condujo a que finalmente la Asamblea General adoptase dos Pactos diferenciados.

Así, en 1966, la Asamblea General adoptó y abrió el periodo para la firma y ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Hubo que esperar hasta 1976, para la entrada en vigor de los dos Pactos, ratificados actualmente por 164 y 160 Estados respectivamente⁹.

Los dos Pactos han desarrollado la mayoría de los derechos ya consagrados por la Declaración, convirtiéndolos en efectivamente vinculantes para los Estados que los han ratificado. A pesar de que los derechos se dividieron en dos Pactos, el idéntico preámbulo de estos textos otorga un lugar preeminente a la indivisibilidad de los derechos¹⁰.

Las principales diferencias entre los dos Pactos Internacionales, claramente encuentran su origen en la instrumentalización política de la que fueron objeto los derechos por parte de los Estados. En cuanto a la terminología, si bien el PIDCP subraya que “*Toda persona tiene derecho a*” o “*Nadie será objeto de*”, en el PIDESC los gobiernos optan por invisibilizar el sujeto del derecho y escogen la fórmula de “*Los Estados parte reconocen el derecho a*”.

Con respecto al lenguaje utilizado para perfilar las obligaciones de los Estados, si bien el PIDCP exhorta a los Estados a “*respetar y garantizar los derechos humanos*”, en el PIDESC los Estados se comprometen a “*lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos*”. Si bien de la letra de los Pactos no se puede derivar un diferente nivel de obligatoriedad, un sector de la doctrina ha adjudicado el carácter de “*inmediatez*” a las obligaciones de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, el Comité DESC en sus observaciones generales interpretativas del Pacto ha insistido en la obligación de los Estados de adoptar medidas concretas y efectivas orientadas al cumplimiento de las obligaciones.

Por último, la diferencia más remarcable, es el diferente sistema de garantías de protección que la Comisión de Derechos Humanos dispensó a cada pacto. Mientras el PIDCP incorpora en sus disposiciones la creación, del Comité de Derechos Humanos, órgano compuesto por expertos independientes, con la función de supervisar el cumplimiento del Pacto, el PIDESC únicamente contó con el ECOSOC, órgano compuesto por Estados, como órgano fiscalizador. En 1985, el propio ECOSOC, consciente de la falta de capacidad para desarrollar dicha función creó el Co-

9 | Ratificaciones a fecha de 9 de julio de 2009.

10 | Los dos Pactos cuentan con un idéntico preámbulo que ensalza la indivisibilidad de los derechos subrayando que “*con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*”.

mité DESC, órgano compuesto por expertos independientes, al igual que el Comité de Derechos Humanos.

Por su parte, el PIDCP contó desde su adopción con un Protocolo Facultativo¹¹, que permite al Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Por el contrario, el PIDESC no otorgó dicha posibilidad al ECOSOC. Tampoco con posterioridad, cuando se creó el Comité DESC en 1985, se le adjudicó dicha competencia. La asignación por parte de los Estados del carácter de derechos “progresivos” a los DESC, fue el mejor argumento para obstaculizar la noción de “violación” de estos derechos y con ello, imposibilitar un sistema de reclamaciones individuales.

El 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU adoptó el Protocolo Facultativo al PIDESC, que necesitará la firma y ratificación de diez Estados para entrar en vigor. La reciente aprobación de este texto abre una histórica vía para la exigibilidad a través de los tribunales de las vulneraciones de los DESC, equiparando los derechos de las víctimas de derechos humanos y creando un espacio más para poder exigir responsabilidades a un Estado por incumplimiento de obligaciones voluntariamente adquiridas al firmar y ratificar el PIDESC.

Este protocolo, junto con el trabajo realizado por el Comité DESC estas últimas décadas y la inestimable labor desarrollada por la sociedad civil internacional, están situando a los DESC al mismo nivel de obligatoriedad para los Estados que los derechos civiles y políticos, respetando y haciendo efectiva la indivisibilidad proclamada por la Declaración Universal.

La experiencia en otros órganos de tratado ha demostrado que un mecanismo de este tipo puede reformar la legislación, políticas y programas de los gobiernos y lograr así un consenso más amplio sobre el contenido de las obligaciones asumidas por un Estado parte de un pacto en concreto¹².

Como principal conclusión que podemos extraer de este primer periodo de codificación internacional es que las garantías de protección de los DESC fueron mucho menores que las recibidas por los derechos civiles y políticos. Construcción jurídica que tuvo más que ver con el contexto político de la época que con la supuesta naturaleza jurídica diversa de los derechos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos Internacionales, constituyen los primeros cimientos de un sistema internacional de protección en expansión que cuenta ya con nueve convenciones internacionales¹³ que han respetado la indivisibilidad de los derechos, incorporando todas ellas, derechos civiles, económicos, sociales, políticos y culturales.

11 | Un protocolo es un texto adherido que perfecciona la protección de los derechos de un tratado y que no comportará obligaciones de nueva creación.

12 | Entre los beneficios que reporta la adopción del Protocolo Facultativo se encuentran los siguientes: proporcionar un recurso internacional de reparación para las víctimas de abusos de DESC; clarificar el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados parte del PIDESC, interpretar de forma más precisa y concreta del contenido de los derechos, alentar el desarrollo de la jurisprudencia nacional sobre los DESC, fortalecer la aplicación internacional de estos derechos, reafirmar la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos y lograr una mayor concienciación pública sobre estos derechos. Todos estos argumentos han sido defendidos por la Coalición Internacional por un Protocolo Facultativo al PIDESC, de la que Amnistía Internacional forma parte. Para más información consultar su página web. <http://www.opicescr-coalition.org/introduccion.htm>

13 | Las siete convenciones internacionales son las siguientes: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas

2 | El sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas: Una oportunidad de trabajo para la sociedad civil.

Este espacio recoge las posibilidades de participación de las que disponen las ONG en el sistema internacional de protección de derechos humanos. Si bien existen más vías que las detalladas, los órganos de tratado y los procedimientos especiales constituyen dos de los mecanismos que pueden resultar de mayor utilidad a las organizaciones que deseen utilizar el marco internacional como un espacio más en el cual desarrollar su labor de protección de los derechos.

2.1 | Órganos de tratado

Cada una de las nueve convenciones internacionales cuenta con un órgano encargado de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados que la han firmado y ratificado, son los llamados órganos de tratado. El Comité DESC es uno de ellos.

Esta función de vigilancia se realiza básicamente a través de los siguientes mecanismos; un sistema de estudio de informes que todos los Estados parte deben presentar a dichos órganos, un procedimiento de comunicaciones individuales¹⁴, visitas *in situ* a los países¹⁵, y comunicaciones interestatales, aunque este mecanismo no suele ser utilizado por los Estados.

2.1.1 | El sistema de informes periódicos

El sistema de informes periódicos, constituye un espacio de influencia muy interesante y útil para las organizaciones de defensa de los derechos humanos. La metodología es la siguiente: los Estados tienen la obligación de enviar cada cinco años un informe que contenga las medidas legislativas, administrativas, económicas, sociales, educativas y judiciales adoptadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones que derivan de la Convención en cuestión, el PIDESC, en el caso que nos ocupa.

Los órganos de tratado, conscientes de la limitación que supone un análisis basado únicamente en información proveniente de los Estados, invitaron progresivamente a las agencias de Naciones Unidas y a las ONG a participar en el sistema de informes, aportando información. En el caso de las

las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

14 | Cuentan con estos mecanismos el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la eliminación de la discriminación racial, Comité contra la tortura, Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer, Comité para la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades.

15 | Los Comités que disponen de dicho mecanismo son: Comité contra la tortura, Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades, Comité contra la Desaparición Forzada, si bien este último todavía no ha sido creado al no entrar en vigor la Convención que lo crea.

ONG, éstas pueden enviar a los Comités los denominados “informes alternativos”, que contengan información sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de DESC de un Estado determinado.

Después de analizar los informes oficiales y alternativos, y después de un diálogo interactivo con el Estado, los Comités elaboran un documento final, en el que el Comité incluye aspectos positivos del desempeño de un Estado, preocupaciones y recomendaciones dirigidas a un gobierno en particular. Estos documentos reciben el nombre de Observaciones finales.

Este mecanismo abre una interesante línea de trabajo para las organizaciones de defensa de derechos económicos, sociales y culturales¹⁶. La participación de las ONG en este sistema permite que los órganos de tratado tengan una percepción más equilibrada del estado de disfrute de los DESC en un país, provocan que las preguntas de los miembros del Comité en el marco del diálogo interactivo con el Gobierno pueden adquirir mayor concreción y también pueden ayudar a que las observaciones finales sean de mejor calidad¹⁷.

Las Observaciones finales de un Comité constituyen importantes herramientas, ya que son valoraciones del cumplimiento de obligaciones de un Estado basado en el derecho internacional de los derechos humanos, realizado por un órgano compuesto de expertos independientes.

Una de las principales lagunas del sistema de informes periódicos, extensible por otra parte a otros procedimientos de Naciones Unidas, es la falta de seguimiento continuado en la implementación de las recomendaciones contenidas en las observaciones finales. Es en este marco donde las ONG y los medios de comunicación también pueden desempeñar un papel determinante. Las organizaciones se convierten en actores fundamentales para exigir el cumplimiento de dichas recomendaciones y convertirlas en hojas de ruta que los Estados deben implementar.

Si bien es cierto, que aparentemente este mecanismo únicamente es accesible para organizaciones con sede en Ginebra, o internacionales, es una oportunidad que puede ser utilizada por ONG de ámbito estatal. Las ONG que opten por no realizar “informes alternativos”, pueden incorporar las recomendaciones de los Comités en sus labores de incidencia política relativas a las cuestiones de derechos humanos.

2.1.2 | Interpretación de las obligaciones de los Estados

Como hemos mencionado anteriormente, otra función importante de los órganos de tratado es la de interpretar el articulado de una Convención o Pacto, a través de las Observaciones generales¹⁸. Es-

¹⁶ | En primer lugar, las ONG que lo deseen deben situar el periodo de sesiones en el que el Estado sobre el que trabajan será estudiado. El calendario de sesiones del Comité DESC se encuentra disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/sessions.htm> Es interesante estudiar las observaciones finales que el Comité DESC ha realizado sobre los diferentes países, con el fin de basar los informes alternativos en el seguimiento del cumplimiento de las mismas por parte de un Estado. Las Observaciones finales se encuentran en: <http://www.ohchr.org/SP/Countries/Pages/HumanRightsintheWorld.aspx>

¹⁷ | Para más información sobre las modalidades de participación de una ONG en los trabajos del Comité DESC consultar: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/NGOs.htm>

¹⁸ | Disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

tas constituyen interpretaciones autorizadas, que clarifican el contenido y alcance de los derechos y obligaciones de las convenciones, contribuyendo así al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Desde su creación, el Comité DESC, ha venido corrigiendo el desequilibrio de protección de estos derechos a través de sus interpretaciones del PIDESC, supliendo así la falta de jurisprudencia sobre estos derechos. Este órgano ha realizado una destacada labor orientada a invertir la percepción del carácter “vago” e “indeterminado” de los DESC que imposibilita la identificación de una vulneración clara, un responsable y unas medidas de reparación. Los DESC no disponen de naturaleza jurídica especial, diferenciada del resto de derechos, como ya ha subrayado el Comité DESC a lo largo de sus comentarios generales. Todos los derechos son de configuración legislativa y necesitan de ella para definir su contenido. Así, los derechos civiles y políticos han adquirido mayor grado de concreción porque han sido objeto de un mayor interés por parte de los operadores legislativos y judiciales, y han sido el centro de debates normativos y sentencias.

Con respecto al carácter “progresivo” de estos derechos, y reafirmando las tesis mantenidas a lo largo de este capítulo, el Comité DESC ha repetido a lo largo de sus interpretaciones que la letra del PIDESC no justifica la inactividad de los gobiernos. Es decir, los Estados tienen la obligación de proceder de la forma más rápida y eficaz para hacer efectivos los derechos. Asimismo, los Estados tienen obligaciones inmediatas de adoptar dichas medidas. Deben conseguir que la adopción de leyes, políticas y prácticas no tengan como efecto directo o indirecto la discriminación en el acceso y disfrute de los derechos, y garantizar por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos¹⁹.

Por otra parte, los Estados deben destinar el “máximo de recursos” de que disponga para el cumplimiento de los DESC. Esta obligación se refiere tanto a los recursos existentes dentro de un país como a los que pone a su disposición la comunidad internacional, mediante la cooperación y la asistencia internacional. El Comité DESC subraya que de ninguna manera se eliminan las obligaciones de los Estados como resultado de las limitaciones de recursos²⁰, y que aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, éstas persisten.

Para una ONG es importante conocer el contenido de estas observaciones generales, ya que pueden ayudar a perfilar una estrategia de incidencia política de exigibilidad de derechos ajustada a los compromisos adquiridos por los Estados.

Por otra parte, es interesante el papel que pueden desempeñar las ONG como actores impulsores del desarrollo del derecho. Pueden contribuir incidiendo en la necesidad de que los órganos de tratado se posicionen sobre nuevos riesgos para los derechos humanos o definan responsabilidades de nuevos actores relevantes en el cumplimiento de derechos.

19 | Estos niveles esenciales deben de conseguir que las personas que se encuentran en situación de pobreza y están excluidas socialmente, que son quienes hacen frente a los mayores obstáculos a la hora de ejercer sus derechos, tengan prioridad en la asignación de los recursos. Para justificar un incumplimiento de estas obligaciones básicas, los Estados deberán demostrar que han hecho todo lo que estaba en sus manos.

20 | Los Estados deben proteger a los miembros en situación de vulnerabilidad de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. Para que un Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos que están a su disposición.

2.2 | Mecanismos extraconvencionales

Los Procedimientos Especiales son una parte esencial del sistema internacional de protección de derechos humanos. Creados por la antigua Comisión de Derechos Humanos en su mayoría, estos procedimientos pueden ser geográficos o temáticos en virtud de si su mandato consiste en examinar la situación de derechos humanos en un país en cuestión o en evaluar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, con respecto a un derecho en concreto²¹.

Estos mecanismos, compuestos por expertos independientes e imparciales, capaces de vigilar y responder con rapidez a denuncias de abusos contra los derechos humanos en cualquier parte del mundo, desempeñan un papel crucial y a menudo único en la promoción y la protección de los derechos humanos. Han sido definidos como uno de los recursos más innovadores, responsables y flexibles del sistema en la esfera de los derechos humanos y representan uno de los principales logros de la antigua Comisión.

Entre sus funciones está la de hacer más operativas las normas internacionales, desarrollando el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados y clarificando los elementos constitutivos de cada uno de los derechos. Pero lo que es más importante, es que en palabras del antiguo Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, constituyen un procedimiento que está en primera línea de acción con respecto a las víctimas. Estos mecanismos pueden actuar urgentemente²² a partir de una información recibida que indique que está a punto de producirse o que ya se ha producido una violación de derechos humanos, pueden emprender misiones de investigación para examinar, de primera mano, denuncias de abusos y dar recomendaciones al gobierno en cuestión y responder a denuncias de que ya se ha cometido un abuso.

La principal característica que los diferencia de otros órganos del sistema internacional de protección de los derechos humanos es su capacidad de investigar la situación de los derechos humanos con independencia de que el Estado en cuestión haya ratificado tratados internacionales de derechos humanos, o un protocolo facultativo, lo que garantiza una mayor universalidad de acción.

Este aspecto es de vital importancia para asegurar el monitoreo universal de los derechos humanos. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales ha cobrado mayor importancia debido al hecho de que las víctimas de abusos de estos derechos no han tenido acceso a un recurso judicial efectivo, como consecuencia de la laguna creada por la falta de adopción de un protocolo facultativo al PIDESC.

Todas estas características hacen de estos mecanismos herramientas muy cercanas a las ONG, debido a su mayor inmediatez de respuesta a las víctimas. Las posibilidades de trabajo con estos procedimientos se concretan en la posibilidad de enviar información sobre una situación de vulneración de derechos, solicitar que los Relatores realicen visitas a un determinado país o trabajen un tema

21 | Existen varios Relatores Especiales cuyo ámbito de actuación se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellos están el Relator Especial sobre el derecho al más alto disfrute del derecho a la salud, el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada y el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación. Para una lista exhaustiva de las Relatorías Especiales consultar

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>

22 | Las acciones urgentes suelen materializarse en un contacto directo con el Ministerio de Asuntos Exteriores del país en cuestión, o mediante la emisión de una Declaración pública.

específico, insistir en que los Estados acepten una misión de un Relator y/o aporten información a un Relator. Durante las misiones, las organizaciones también pueden reunirse con Relatores y aportar información. Como en el caso de los órganos de tratado, resulta fundamental la labor de las ONG como divulgadoras y supervisoras de la implementación de las recomendaciones de un Relator por parte de un Estado en cuestión.

3 | Conclusiones

Los derechos económicos, sociales y culturales han sido objeto de una amplia codificación internacional y una extensa interpretación que ha definido su contenido y alcance, situándolos al mismo nivel de obligatoriedad que los derechos civiles y políticos.

El firme papel desarrollado por defensoras y defensores de estos derechos, visibilizando situaciones dramáticas de violaciones de los DESC, ha contribuido a situar progresivamente a estos derechos en la agenda jurídica internacional.

La sociedad civil debe ser consciente de su poder para incidir en el sistema internacional de protección de derechos humanos impulsando decisiones, nutriendo a los organismos de información relevante sobre el estado de cumplimiento de los DESC, y contribuyendo con su presión informada a que los Estados implementen las recomendaciones más garantistas provenientes de este sistema. Las organizaciones, como catalizadoras de nuevos riesgos para los derechos humanos y nuevas situaciones de exclusión, pueden asumir un papel destacado en la configuración del derecho, de su interpretación y su implementación.

Pueden ejercer también, una suerte de fuerza motriz sobre los mecanismos de Naciones Unidas orientada a impulsar nuevas interpretaciones del derecho internacional que respondan a nuevas tipologías de desequilibrios de poder y correlativos abusos de derechos. El derecho internacional de los derechos humanos debe desarrollarse de manera constante para que efectivamente pueda lograr su fin, la protección y la seguridad jurídica de los colectivos humanos que más lo necesitan.

Su eficacia depende, entre otros muchos aspectos, del papel que desarrollen las organizaciones de derechos humanos, tanto de ámbito internacional como estatal o local, de la habilidad para permear espacios internacionales y de trasladar a la agenda política estatal recomendaciones de organismos internacionales. En definitiva, de convertir el derecho internacional de los derechos humanos en una herramienta útil y viva para reforzar nuestro discurso de exigibilidad de derechos.

La ex Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louis Arbour manifestó que el objetivo de las Naciones Unidas debería de ser el de *“contribuir a reducir la distancia que separa la alta retórica, que se utiliza en los salones de la organización para hablar de los derechos humanos, de las crudas realidades que pueden encontrarse sobre el terreno”*²³. Las organizaciones de derechos humanos podemos desempeñar un papel clave en acercar la normativa internacional y ponerla al servicio de las personas que padecen los abusos de derechos.

23 | Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/59/2005/Add.3 Fecha: 26 de mayo de 2005. Este Plan fue solicitado por el ex Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan en su informe titulado “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos” (A/59/2005).

Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro

Xavier Pedrol

Prof. de Filosofía del Derecho - Universidad de Barcelona

Resumen

Este artículo aborda la cuestión de los derechos sociales en relación al proceso de integración europea a partir del Constitucionalismo social y democrático. Así, se analiza la inclusión de estos derechos en los distintos Tratados que han dado origen y que continúan delineando el rumbo de la Unión Europea, desde los tratados fundacionales hasta el Tratado de Lisboa. Xavier Pedrol advierte que el contenido social de estos tratados de integración ha quedado subordinado al interés de los lobbies económicos e identifica la necesidad de promover un auténtico proceso de democratización de la Unión Europea.

I | Ideas previas: ¿De qué estamos hablando?

Los derechos no surgen de la naturaleza como las orquídeas, los cipreses o los caballos; son una invención humana, un producto histórico, una institución, en definitiva, creada por los seres humanos. Representan la forma en que han cristalizado ciertas demandas sociales dirigidas a la protección de intereses o a la satisfacción de necesidades consideradas relevantes para alcanzar el desarrollo humano que en cada momento ha considerado más digno una determinada sociedad.

Estas demandas sociales y, por ende, los derechos, no siempre han sido, pues, las mismas, ni se han reclamado de igual modo en todos los lugares. Aunque se pueden encontrar, ciertamente, en toda comunidad política, ya incluso en las más antiguas, no es menos verdad que el lenguaje de los derechos, en el sentido jurídico actual del término, se va forjando con el desarrollo de la Modernidad, en clara vinculación con las primeras experiencias constitucionales.

Las experiencias constitucionales que se desarrollan en el período moderno son muy variadas. No en todas ellas se han atendido igualmente las mismas demandas sociales, ni en todas ellas se ha acabado reconociendo los mismos derechos. Estas experiencias han perseguido históricamente fines distintos y las constituciones han terminado reflejando las relaciones de poder que subyacen a su origen y desarrollo. Además, el sentido otorgado a la Constitución puede variar con el tiempo y divergir de aquel conferido en su origen en función de cambios en las correlaciones de fuerza.

La historia de los derechos, así pues, como la del propio constitucionalismo, ha de ser considerada una historia siempre abierta y esencialmente conflictiva. En ella se hallan avances, pero también pueden constatarse retrocesos.

1.1 | El reconocimiento constitucional de los derechos sociales

Los llamados derechos sociales adquieren un reconocimiento constitucional de forma más o menos generalizada tras la segunda guerra mundial con el llamado «consenso del 45». Con este nuevo consenso social las clases dirigentes pusieron fin a la etapa de capitalismo desregulado de la etapa anterior y aceptaron la redistribución vía estado del producto social con el objeto de evitar las olas revolucionarias del período de entreguerras y conseguir la paz social. Este compromiso, que no contempló el cuestionamiento de la propiedad privada de los medios de producción y la estructura oligopólica de los mercados, alumbró lo que se conoce como estado social de derecho.

Este hecho –esto es, que fuera en este período cuando de forma generalizada se impusieran constitucionalmente límites al poder de la empresa privada, junto a los límites al poder público, y se transformarían las funciones del estado– ha alimentado dos tipos de lecturas de la historia de los derechos de las que es menester tomar cautelosa distancia. De acuerdo con la primera, la historia de los derechos se presentaría como una historia en constante avance, lineal y progresiva, de carácter acumulativo: primero aparecerían los derechos civiles, luego los políticos y más tarde los sociales. De acuerdo con la segunda lectura, el reconocimiento de los derechos iría asociado a una forma de estado a partir del cual se construiría un determinado paradigma que les daría sentido: el paradigma del estado liberal, el paradigma del estado social, etcétera. Pero que los llamados derechos sociales se consagraran de forma generalizada en este período, en el marco del Estado Social, no significa que los intereses y necesidades que buscan satisfacer no hubieran sido reclamadas con anterioridad.

Históricamente, en realidad, las demandas sociales a favor de la expansión de los derechos sociales –o aún mejor: de lo que luego cristaliza como tales– se han desarrollado mediante la extensión de los derechos civiles y políticos y en oposición al carácter tendencialmente absoluto de la propiedad privada y de la libertad de mercado. Desde el punto de vista histórico, pues, la expansión de los derechos sociales ha ido unida a procesos de democratización. Siempre ha sido así: a mayores y mejores garantías de los derechos civiles y políticos, mayor extensión y efectividad de los derechos sociales¹.

1.2 | El constitucionalismo social y democrático

El carácter interdependiente de los derechos fundamentales, su vinculación a procesos de democratización y su consiguiente oposición al carácter tendencialmente absoluto de la propiedad privada y de las libertades de mercado es la tesis básica del constitucionalismo social y democrático. El constitucionalismo social y democrático critica las lecturas antedichas por su excesivo formalismo, que las conduce a confundir el constitucionalismo con las constituciones vigentes o con los «modelos teóricos» que se han inventado para explicar unitariamente las diferentes formas de estado donde constituciones semejantes han cristalizado. Esta limitación no permite dar cuenta cabal de sus incumplimientos, de sus eventuales exclusiones o discriminaciones, ni de sus retrocesos. Tampoco resulta útil para afrontar los retos y problemas originados por las transformaciones económicas, políticas y sociales de los últimos años.

1 | Vid. GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

El constitucionalismo social y democrático no coincide exactamente con las constituciones del llamado estado social. Ha existido antes de la emergencia de esta forma de estado y es posible pensarlo en un marco post-estatal. Y, en todo caso, deja abierta siempre la posibilidad (o mejor, postula la necesidad) de asumir un punto de vista externo a partir del cual criticar las constituciones vigentes o disputar el sentido que encierran sus principios y valores. Preciso es, pues, advertir desde un principio la diferencia entre «Constitución» y «constitucionalismo»².

El término «Constitución» designa cualquier conjunto más o menos formalizado de normas ‘fundamentales’ que permiten identificar un ordenamiento jurídico. El término «Constitucionalismo», en cambio, es mejor reservarlo para el conjunto de valores al servicio de la autonomía de las personas, que propugna y crea mecanismos de límites y vínculos al poder, tanto público como privado, mediante la participación de las personas afectadas por las normas, en su elaboración, ejecución y eventual modificación. Constitucionalismo, pues, en este sentido, coincide con lo que se ha denominado constitucionalismo social y democrático. Se trata de una noción teórica forjada, empero, históricamente a partir de las mejores tradiciones y experiencias constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Es el constitucionalismo así entendido el que justifica la perspectiva global con la que se abordará aquí la cuestión de los derechos sociales en relación con el proceso de integración europeo.

2 | El sentido del proceso de integración europeo

La Unión Europea es una entidad política supraestatal *sui generis* resultado del proceso de integración europeo iniciado hacia mediados de los años cincuenta. Desde un punto de vista jurídico formal, los Tratados Constitutivos que dieron lugar a las Comunidades Europeas generaron un sistema jurídico nuevo y diferenciado de los ordenamientos estatales, con sus propios mecanismos de creación y aplicación del derecho. Desde el punto de vista jurídico material, este nuevo orden jurídico supuso la traslación paulatina de competencias de los estados a órganos supraestatales. En este sentido, en tanto facultades que habían sido tradicionalmente consideradas como atributos de la soberanía del estado se traspasan a instancias comunitarias, se habla de que el proceso de integración europeo supone una cesión de soberanía. La cuestión de si esta cesión de soberanía ha de ser valorada positiva o negativamente desde el punto de vista del constitucionalismo exige analizar el sentido de este proceso de integración.

La integración europea puede verse como un proceso de constitucionalización, aunque de carácter peculiar y restringido. En sentido lato, es decir, como proceso que consiste en la atribución de competencias y en el diseño institucional de una entidad política, se puede decir, en efecto, que la constitucionalización europea viene ya durando más de cincuenta años, desde la firma y ratificación de los primeros tratados constitutivos. Pero este proceso cabe tildarlo, cuando menos, de peculiar ya que, a diferencia de los procesos desarrollados a escala estatal, los mecanismos de configuración de los componentes constitucionales de la normativa europea no se corresponden con lo que tradicionalmente se ha entendido como momento

² | Un enfoque metodológico parecido aunque otorgando un sentido un tanto diverso a ambos términos, se halla en la introducción a J.H.H. WEILER Y M. WIND, *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

constituyente ni con los procedimientos habituales de reforma constitucional. En los estados, la fase de elaboración de una constitución (momento constituyente) es un momento especial, delimitado en el tiempo y nítidamente diferenciado del ejercicio de los poderes constituidos establecidos por la constitución. En el caso europeo no ha habido tal cosa: el proceso constituyente se ha llevado a cabo por decisiones de los poderes constituidos. En particular, este período de constitucionalización ha sido gestionado por los ejecutivos de los estados y por un grupo reducido de burócratas y especialistas, sin participación popular ni abierto a la opinión pública. De esta ausencia de participación ciudadana deriva el carácter restringido que se atribuye al proceso de integración europeo desde un punto de vista democrático.

2.1 | Los orígenes de la Unión Europea

La idea de los padres fundadores de las Comunidades Europeas era que la creación de un mercado único constituía un aval para asegurar la paz deseada en Europa y, la suposición de que, paso a paso, esta comunidad de intereses económicos generaría una unión política y social entre los estados miembros. Las propias denominaciones de las entidades supraestatales resultantes de los primeros Tratados constitutivos evidencian ya esta naturaleza y orientación fundamentalmente económica del proceso de integración.

Los tratados fundacionales

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigor el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002.

Tratados de Roma

El Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), se firmó en esa ciudad el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958. Su firma coincidió con la del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), por lo que ambos son conocidos conjuntamente como los “Tratados de Roma”.

Tratado de fusión

El Tratado de fusión, firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, entró en vigor el 1 de julio de 1967. Estableció una sola Comisión y un solo Consejo para las tres Comunidades Europeas entonces existentes.

El propósito común de los tratados fundacionales, la creación de un mercado común, significaba que toda la producción y todos los intercambios de bienes y servicios que existían entre los países miembros (a la sazón, seis: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos) fuera realizado como si se tratara de un mercado nacional. Esto comportaba el establecimiento de una serie de medidas tendentes a facilitar la libre competencia entre todos los factores que intervienen en la formación de tales mercados. Ello es lo que se denomina en la terminología europea el establecimiento de las libertades comunitarias: libre circulación de bienes, libre circulación de personas y servicios y libre circulación de capitales.

Los Tratados constitutivos establecieron, pues, básicamente en términos jurídicos los principios y reglas del funcionamiento de una economía de mercado regida por las libertades comunitarias y las normas de libre competencia³. Este objetivo explícitamente asumido en los inicios del proceso de integración junto a la ausencia de la dimensión democrática y social en el ámbito europeo distinguía el incipiente proceso de constitucionalización a escala europea de las constituciones de sus estados miembros. La embrionaria “constitución económica” que emanaba de los Tratados constitutivos tenía, en este sentido, un signo distinto al que adoptaban las constituciones estatales en la segunda posguerra europea. El Tratado de Roma consagraba un modelo de no intervencionismo en el ámbito de lo social. Se partía de la idea de que la mejora de la calidad de vida y de las condiciones laborales de los trabajadores se alcanzaría con el funcionamiento del Mercado Único que a su vez conduciría a la armonización de los sistemas sociales de los estados miembros.

Desde sus inicios, pues, el proceso de constitucionalización europeo estableció espacios de actuación diferenciada confiando su legitimidad y las políticas sociales a los estados miembros mientras dejaba a la Comunidad la configuración del ámbito económico, concebido como el ámbito de las libertades contractuales y el mercado. Con la creación de este mercado supraestatal, las élites económicas y financieras europeas-occidentales trataban de hacer frente a la hegemonía económica norteamericana y al auge de Japón en un momento en que el poder de las potencias europeas sobre los antiguos imperios coloniales en África y Asia iba languideciendo.

No obstante, hasta los setenta, esta convivencia entre lógicas diversas y hasta opuestas se desarrolló sin grandes conflictos gracias a un período de expansión y desarrollo económico sin precedentes. La CEE, en efecto, fue un éxito para el capital durante este período, desencadenando un fuerte crecimiento económico de base industrial que permitió el funcionamiento con relativa eficacia de políticas de redistribución pro-salarios y el desarrollo de políticas asistenciales dentro de los estados.

A partir de los años setenta, incluso ciertos derechos (en materia de igualdad, de no-discriminación, sobre todo), pese a estar ausentes en los Tratados, se incorporaron por vía jurisprudencial al derecho comunitario como principios generales del Derecho. No obstante, esta asimilación se realizó siempre su-peditada al buen funcionamiento del mercado, sin alcanzar en modo alguno el nivel reservado a los derechos fundamentales en las constituciones internas de los estados. Nunca, de hecho, el reconocimiento y protección de estos derechos supuso un obstáculo para las libertades de mercado comunitarias. Antes bien, dada la diversidad de legislaciones estatales existentes en estas materias, fue el temor de que su no extensión y homologación en todos los países miembros pudiera acarrear problemas de competitividad para las empresas europeas, lo que se halla detrás de su incorporación al acervo comunitario.

2.2 | Los años ochenta

Tras el ciclo de luchas en torno a 1968 y la grave crisis económica y energética de los setenta, un vendaval contrareformista comienza a tensar este débil equilibrio entre las lógicas divergentes de los

3 | En concreto, el artículo 2 del Tratado de la CEE definía sus objetivos en torno a tres criterios: desarrollo, crecimiento y estabilidad del sistema económico mediante la creación de un mercado común.

estados sociales y del proceso de integración europea. El consenso alcanzado en la segunda posguerra europea que había dado a luz al Estado Social comienza a resquebrajarse. El *Informe acerca de la gobernabilidad de las democracias*, redactado por la influyente Comisión Trilateral examinó las dificultades para afrontar, en la situación de crisis, las crecientes demandas sociales y propuso un reforzamiento de los poderes autoritarios de los estados. La presidencia de Reagan en los EEUU y la llegada al poder de Margaret Thatcher en Gran Bretaña impulsaron un nuevo tipo de capitalismo basado en un fuerte predominio de los mercados financieros y en una profunda redefinición del papel del estado.

La CEE, ya ampliada en 1973 a Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca, se vio obligada a reaccionar frente a esta situación. En una primera etapa, hasta los ochenta, el reparto competencial entre la Comunidad y los estados se va alterando substancialmente a partir de una lectura amplia y flexible de los Tratados por parte del Tribunal de Justicia, sin necesidad de ningún tipo de reforma. De hecho, durante estos años no hay ni una sola medida de la Comisión o del Consejo que quede sin efectos con base en la falta de competencia de la comunidad. De este modo, la presión de la normativa comunitaria, ya en los setenta, fue cerrando paulatinamente el marco de políticas posibles abierto por las constituciones estatales.

En una segunda etapa, a partir de los ochenta, en que la Comunidad se había ido ampliando (Grecia en 1981, España y Portugal en 1986), se da un paso más. Es, precisamente, durante estos años cuando en el ámbito comunitario se institucionaliza la relación de la Comisión y las grandes empresas. Dos grandes objetivos se marcan en este período: primero, la creación de un mercado único y, en segundo lugar, la creación de una moneda única. El Acta Única y el Tratado de Maastricht constituirán respectivamente las expresiones jurídicas de los objetivos fijados en esta década. En ambos casos, los grandes poderes económicos dejarán sentir su influencia y quedarán gratamente satisfechos con los resultados⁴.

Acta Única Europea

El Acta Única, primera revisión profunda de los tratados de Roma, fue firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve países. Este nuevo tratado representaba la instrumentación institucional de los objetivos del Libro Blanco del Mercado Interior de 1985 impulsado por el entonces comisario de Industria Lord Cockfield, el cual en su día admitió sin tapujos el relevante papel jugado por la Mesa Redonda Europea de Industriales en su confección (ERT –European Roundtable of Industrialists– en sus siglas en inglés). De hecho, la única diferencia entre el informe de la ERT y el Libro Blanco es bastante trivial: la fecha de entrada en vigor del Mercado Único.

Dinamarca e Italia supeditaron la firma a la aprobación de sus respectivos parlamentos y Grecia –incorporada a la CEE en 1981– condicionó su firma a la del resto de estados miembros. Estos tres países firmaron su aprobación el 28 de febrero en La Haya, al día siguiente del referéndum que hubo de celebrar Dinamarca como consecuencia del resultado negativo alcanzado en su debate parlamentario. Finalmente, tras solucionar mediante referéndum los problemas de Irlanda, el Acta Única entró en vigor el 1 de julio de 1987. En 1986, España y Portugal se habían incorporado a la CEE.

4 | Vid. CORPORATE EUROPE OBSERVATORY: Europa, S.A. *La influencia de las multinacionales en la construcción de la UE*, Barcelona, Icaria, 2002 [Trad. cast.: Ángel Ponciano y Eric Wesselius].

El Acta Única Europea creaba un espacio económico homogéneo, con libertad plena de circulación de capitales, mercancías y servicios. El intervencionismo de los estados cambiaba de signo pasando de nuevo a dejar en manos del mercado la regulación de la economía y fomentando la competencia como su principal fuerza impulsora. El intervencionismo estatal de la etapa anterior desarrollado en nombre del interés público pasó, de esta suerte, a concebirse como un obstáculo a este proceso⁵.

Es verdad, que también hubo en los años ochenta tímidos intentos de revertir la orientación mercantilista del proceso de integración⁶. Pero estos proyectos cayeron en saco roto. El reconocimiento de unos mínimos objetivos sociales y la creación de fondos estructurales establecidos en el Acta Única, así como la proclamación en 1989 de una Carta Comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores, apenas comportaron cambio alguno en los objetivos prioritarios de la Comunidad⁷. El magro presupuesto comunitario dedicado a las políticas sociales contrastaba enormemente con las exigencias impuestas por la convergencia económica para alcanzar el mercado único⁸. Las nuevas condiciones en el mercado mundializado comportaban a nivel europeo un abandono en la práctica de todo intento de cohesión social. Tampoco las cuestiones medioambientales suscitaron el mínimo de atención⁹.

2.3 | Los años noventa

Con la caída del muro de Berlín en 1989 y la firma del Tratado de Maastricht esta situación pergeñada por las élites europeas no haría sino agravarse.

Tratado de Maastricht

El Tratado de la Unión Europea, conocido como Tratado de Maastricht por haber sido firmado en esa localidad holandesa el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

El Tratado de Maastricht cambió el nombre de “Comunidad Económica Europea” por el más simple de “Comunidad Europea”. También introdujo nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de los Estados miembros (por ejemplo, en defensa y justicia e interior). Al añadir

5 | Vid. G. MAESTRO BUELGA: «Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7 (2000), págs. 123-153.

6 | Frente a la propensión mercantilista y la ausencia de desarrollo de políticas sociales en el ámbito europeo, François Mitterrand que –cabe recordar– había alcanzado el poder en Francia con un programa anticapitalista, empezó a denunciar la “Europa de dos velocidades” e impulsó en un Memorandum de 1981 la idea de construir un Espacio Social Europeo. Por otro lado, el proyecto presentado en febrero de 1984 por Altiero Spinelli, europarlamentario, miembro del Partido Comunista Italiano, que ya en 1943 había escrito junto a otros miembros de la Resistencia el *Manifiesto por una Europa Libre y Unida* (conocido como *Manifiesto de Ventotene*), insistía en la necesidad de abandonar la obsesión económica y fortalecer las ideas de convivencia, solidaridad y respeto a los derechos humanos en el proceso de construcción europea.

7 | Sobre el alcance y significación de esta Carta, vid. J.L. MONEREO PÉREZ: «Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores», texto publicado en dos partes en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56 (noviembre-diciembre de 1992), págs. 843-897 y núm. 57 (enero-febrero de 1993), págs. 61-89.

8 | Vid. G. MAESTRO BUELGA: «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, págs. 193-219

9 | Los resultados del estudio encargado por la misma Comisión en 1989 sobre las consecuencias del Mercado Único para el medio ambiente no generaron ninguna modificación perceptible, pese a que el informe arrojaba un siniestro inventario de efectos negativos, la mayoría de los cuales el paso del tiempo no haría más que confirmar.

esta cooperación intergubernamental al sistema “comunitario” existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres “pilares” llamada “Unión Europea” (UE). Durante las negociaciones del Tratado de Maastricht, en la Conferencia Intergubernamental de 1990-1991, la ERT mantuvo también contactos regulares con la Comisión y con diversos altos cargos de los respectivos gobiernos. Pero fue la Unión Monetaria de Europa (AMUE -*Association for the Monetary Union of Europe*- en sus siglas en inglés) la que desempeñó el principal trabajo para preparar el terreno de la Unión Monetaria. La AMUE fue fundada a iniciativa de Giscard D’Estaing y Helmut Schmidt por cinco multinacionales integrantes del ERT. La UNICE, la patronal europea, pertenece asimismo a esta asociación y su presidente suele formar parte de su Junta Directiva¹⁰.

Con el Tratado de la Unión Europea, más conocido como Tratado de Maastricht, el segundo objetivo comunitario propuesto en los años ochenta, la creación de una moneda única, alcanza su expresión jurídica. La creación de una moneda única supuso la constitucionalización de las políticas monetaristas. La estabilidad de los precios se convierte en el objetivo primordial de la política económica de la Unión Europea y se erige como principio rector de la actividad de su Banco Central, órgano concebido como independiente de cualquier control político. Este giro monetarista se concreta en la obsesión antidéficit, reflejada en las medidas de contención del déficit público, y la obsesión antiinflacionista, reflejada en las medidas de contención de los salarios. Estas obsesiones quedan claramente reflejadas en los criterios de convergencia, esto es, en los criterios que establece el Tratado de Maastricht para los estados que quieran acceder a la moneda única¹¹.

Criterios de convergencia Tratado de Maastricht

- El déficit público no ha de superar el 3% del Producto Interior Bruto (PIB)
- El endeudamiento del sector público no ha de superar el 60% del PIB.
- La inflación no debe ser más de 1,5 puntos respecto a la media de los tres países que la tengan más baja.
- Los tipos de interés no han de ser superiores a 2 puntos a la media de los tres países donde la inflación fuera más baja.

Pero el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, supuso un punto de inflexión en el proceso de integración también en otro sentido. La caída del muro de Berlín y el consiguiente desmoronamiento del bloque del Este exigía afrontar el reto que suponía la ausencia de una dimensión política-militar a escala europea frente a estas nuevas circunstancias. Se hacía menester procurar confianza en la nueva moneda y conquistar nuevos mercados en un contexto donde las tensiones por el dominio geoestratégico no iban sino en aumento. Maastricht, en respuesta a este nuevo escenario, alumbró dos nuevos pilares comunitarios: la Política Exterior y de Seguridad Común y la Política de Interior y de Justicia Común. Con ello, la Unión Europea, iniciaba tímidamente la constitucionaliza-

10 | Vid. CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, *op. cit.*, especialmente capítulos III a VI.

11 | Vid. PEDRO MONTES, *La integración en Europa*, Madrid, Trotta, 1993, especialmente la parte II.

ción de las dimensiones policial y militar, supeditándose a las tendencias impuestas por la mundialización impulsada por el expansionismo económico y militar de los Estados Unidos¹². La oportunidad de construir una Unión Europea con voz propia y que promoviera un dique frente a estas tendencias quedaba así desaprovechada. La atracción de nuevos mercados en la Europa Central y del Este más bien tornaba a la UE en una fuerza propulsora de las mismas. La ampliación de la UE a nuevos miembros era concebida no con miras a construir un espacio donde todos los pueblos pudieran sentirse integrados y reconocidos, sino en función de los intereses económicos de las grandes transnacionales: reforzar la competitividad industrial europea añadiendo 150 millones de consumidores al mercado común y obteniendo un buen suministro de trabajadores altamente cualificados a bajo coste¹³.

Frente a la primacía de objetivos y principios que consolidan una Europa neoliberal, la subalternidad de los aspectos sociales y de los incipientes y tímidos aspectos democratizadores resulta de todo punto evidente. El Mercado Único y la Unión Económica y Monetaria son, en definitiva, ejemplos de que las consideraciones sociales, ambientales y democráticas ocupan un lugar muy relegado, cuando no completamente ausente, en la marcha del proceso de construcción europea.

Pero todo puede ir peor. Este carácter neoliberal y tecnocrático del proceso de integración se verá aún más agravado en los años siguientes. Las fluidas relaciones institucionalizadas entre las grandes empresas, la Comisión y los ejecutivos de los estados siguieron cosechando sus frutos¹⁴. Esa colaboración persistirá toda la década culminando en el año 2000 con la llamada Estrategia de Lisboa, cuyo explícito fin es «convertir la UE en el mercado más competitivo del mundo».

Pero, en la década de los noventa, la pérdida de legitimidad del proceso de integración debida a la consolidación de los elementos tecnocráticos y monetaristas, también empieza a generar visibles resistencias: en Dinamarca, el referéndum sobre Maastricht de 1992, otorga la victoria al 'no'. En Francia, al año siguiente, el resultado del referéndum evidenció una profunda fractura respecto al proceso de integración: sólo poco más del 50% votó a favor de su aprobación. En el año 1995, Noruega –uno de los países con estándares sociales más altos– volvía a mostrar su desconfianza, negándose a ingresar en la UE. En todos los países, por lo demás, la participación en las elecciones al Parlamento Europeo mostraba una desafección creciente. La erosión del «carisma comunitario» se hacía, así, patente. Las razones eran claras: en la mayoría de países, los criterios de convergencia establecidos en Maastricht se alcanzaron mediante espectaculares recortes presupuestarios en los programas sanitarios, sociales y educacionales, conjuntamente con la contención de los salarios y la privatización masiva de empresas públicas. Ello dio lugar al surgimiento de los primeros movimientos sociales de protesta de alcance europeo y las primeras «euromarchas» contra el paro y la precariedad. Pero la UE seguía su agenda inconvencible. Colonizados por las empresas europeas los países del Este y planteada ya la

12 | Vid, entre otros, J.C. PAYE, *La fin de l'Etat de droit. La lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*, La Dispute, Paris, 2004 y G. PORTILLA, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

13 | Vid. JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO: «El proceso constituyente europeo y la ampliación al este» en X. PEDROL y G. PISARELLO (eds), *La ilusión constitucional*, Barcelona, El Viejo Topo, 2004, págs. 123-129.

14 | En 1993, J. Delors, entonces presidente de la Comisión, presenta el Libro Blanco sobre el Crecimiento, la Competitividad y el Empleo, elaborado en íntima colaboración con la ERT, al Consejo de la UE reunido en Bruselas. Sus propuestas mantienen las mismas prioridades políticas: más desregulación, más flexibilización laboral, más inversiones en infraestructuras de transportes, más competitividad.

necesidad de integrarlos, la Unión Europea se seguía ampliando. En 1995 la Unión añade tres nuevos socios: Suecia, Finlandia y Austria. Con esta ampliación, pasaban a ser quince los miembros de la Unión Europea. De ellos, trece tenían gobiernos sedicentemente socialdemócratas. Sólo Alemania y España tenían gobiernos de derechas.

En estas circunstancias, durante la conferencia intergubernamental de 1996 se negoció la revisión del Tratado de la Unión Europea (TUE), ya prevista en su articulado.

El Tratado de Ámsterdam

El Tratado de la Unión Europea de 1991 preveía su propia revisión para 1996. Para prepararla, en junio de 1995, el Consejo Europeo creó un grupo de reflexión. Este grupo, presidido por el español Carlos Westendorp, a la sazón Secretario de Estado para las relaciones con la UE de España, presentó un informe en el que establecía los objetivos principales en los que debía centrarse la siguiente Conferencia Intergubernamental encargada de negociar el futuro tratado: acercar Europa a los ciudadanos, facilitar el funcionamiento institucional de cara a la ampliación al Este y otorgar una mayor capacidad para la acción exterior. En los quince meses que duró la Conferencia tanto la ERT como la patronal europea (UNICE) no ahorraron esfuerzos para aprovechar las ventajas de su privilegiado acceso a las instancias decisorias e influir en la revisión.

El Tratado de Ámsterdam fue aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam (16 y 17 de junio de 1997) y firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea en seguro edificio rodeados de miles de policías antidisturbios que formaron un cordón de seguridad ante las más de 50000 personas que se manifestaban contra el paro, la pobreza y la exclusión social. El Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

Con la firma de este Tratado, la Unión Europea perdía otra oportunidad. La continuidad con las grandes líneas de fondo establecidas en Maastricht no resultaba fácil de ocultar. El nuevo tratado aceptaba y favorecía las demandas empresariales de recortes mayores en el gasto público, desregulación, privatización y expansión de las infraestructuras. Frente a ello, que en la vertiente social se lograra que Inglaterra se adhiriera a la Carta Social que había sido aprobada junto con el Tratado de Maastricht y que su articulado se incorporara a los tratados constitutivos resultaba una pobre conquista. Ni las primeras referencias a los derechos sociales en el derecho originario de la Unión resultaban, en el marco económico que se consolidaba, motivo de esperanza. La desigual relación entre un Derecho fuerte (*hard law*) consagrado a reforzar las libertades de empresa y la competitividad y un derecho débil (*soft law*) en el ámbito de las políticas sociales, suponía, básicamente, mantener el «techo ideológico» del proceso de integración europea.

De hecho, las competencias de la Unión en materia social no se ampliaron. Lánguidamente, se incorporó al respecto únicamente el «método de coordinación abierta» que permitía la posibilidad de cooperación entre los estados para alcanzar políticas comunes en el ámbito social. Pero ni siquiera la creación de un fondo europeo de lucha contra el desempleo, propuesta por el gobierno francés, llegó

a buen puerto debido al veto del ejecutivo británico, que contó con el apoyo del gobierno alemán. Más bien la apuesta real de la UE era la contraria: en junio de 1997, los criterios de convergencia, cuyos resultados catastróficos en materia social se evidenciaban por doquier, lograron una mayor consolidación con la adopción del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte del Consejo Europeo. Según este acuerdo, los estados integrantes en la Unión Económica y Monetaria (UEM) se comprometían a mantener el déficit de sus presupuestos nacionales por debajo del 3% del Producto Interior Bruto, so riesgo de ser castigados con enormes multas. Por otro lado, la política monetaria dejada en manos del Banco Central Europeo, órgano independiente de toda instancia política y control democrático, suponía una fuerte restricción de los instrumentos de control de la economía por parte de los estados, ahondando así las tendencias desdemocratizadoras del proceso de integración.

2.4 | La presente década

El siglo XX termina con el Consejo Europeo reunido en Niza para reformar nuevamente el Tratado de la Unión Europea. Su principal cometido fue adaptar las instituciones para que la Unión pudiera funcionar eficazmente tras las ampliaciones previstas para el año 2004 y 2007. En el 2004 iban a integrarse diez nuevos países (además de Chipre y Malta, ocho pertenecientes al antiguo bloque del Este: las tres Repúblicas Bálticas –Estonia, Letonia y Lituania-, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Eslovenia y Hungría), y en el año 2007, aún dos más (Rumanía y Bulgaria).

Tratado de Niza

El Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero del 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003. Sobre todo, reformó las instituciones para que la Unión pudiera funcionar eficazmente tras su ampliación a 25 Estados miembros en 2004 y a 27 Estados miembros en 2007. El Tratado de Niza, el antiguo Tratado de la UE y el Tratado de la CE han sido fusionados en una versión consolidada.

El resultado final del Consejo Europeo fue decepcionante. Mantener la eficacia como motor del proceso de integración aparecía cada vez más como una operación altamente arriesgada. El llamado «déficit democrático» sólo podía ser ya visto como un eufemismo incapaz de esconder la cruda realidad: la existencia en el ámbito comunitario de un poderoso entramado oligárquico al servicio de la mundialización neoliberal que amenazaba la continuidad misma de todo el proceso.

Los ejecutivos de los estados en la llamada Declaración de Laeken de 2001 se propusieron, frente a este panorama, agravado por el rechazo irlandés al Tratado de Niza, diversos objetivos, algunos ya previstos y no alcanzados en Ámsterdam: estudiar vías para garantizar más «democracia», «transparencia» y «eficacia» en el funcionamiento de la Unión, simplificar los Tratados vigentes y el régimen de competencias comunitarias y plantear la posibilidad de una Constitución para Europa. Con esta declaración de intenciones, donde se mencionaban palabras tan emotivas como «Constitución» y se convocaba una «convención» para reflexionar sobre «el futuro de Europa», se pretendía obtener de los ciudadanos el reconocimiento que no se había podido alcanzar a través del

método tradicional de revisión de los tratados. Exigencias básicas de legitimidad, pues, la impulsaban. Pero pronto se advirtió que las propuestas establecidas en la Declaración de Laeken se iban a desarrollar más en el terreno de lo simbólico que de lo real. Tras más de medio siglo de integración y ausente el viejo relato funcionalista de todo poder de convicción, las clases dirigentes europeas no estaban dispuestas a abrir un proceso constituyente que permitiera refundar la Unión sobre bases democráticas y sociales. Otro reto, por lo demás, marcaría profundamente el escenario en que estos objetivos habían de concretarse: los atentados del 11-S abrían una nueva fase caracterizada por la actuación unilateral agresiva de EEUU que haría mella en las relaciones entre los estados miembros en esta etapa crucial.

Ciertamente, el método de elaboración, reforma y aprobación utilizado para la revisión de los Tratados, prevista en Niza, cambió en esta ocasión. Se habló de «convención», se evitó el secretismo de las cumbres intergubernamentales y hubo mayor pluralismo, incorporando miembros del Parlamento Europeo, de los parlamentos estatales y de la Comisión así como de varios observadores. Pero el control de los ejecutivos estatales y la influencia de las grandes empresas fueron notorios durante todo el proceso¹⁵. La crisis provocada por la invasión a Iraq y las desavenencias causadas por el reparto de poder, frustraron el primer proyecto de Tratado Constitucional, pero, finalmente, tras largas negociaciones, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa era firmado en Roma, el 29 de octubre de 2004.

El Tratado Constitucional, aunque desde la perspectiva jurídica-formal reflejaba la persistencia del método intergubernamental, no podía reducirse a un Tratado más como los anteriores. Su pretensión de perdurabilidad sobre el derecho constitucional de los estados miembros le otorgaba, a nivel simbólico y material, unas claras pretensiones «constitucionales».

Sin embargo, dos aspectos clave impedían poder calificar el Tratado firmado en Roma como una «Constitución» desde el punto de vista del constitucionalismo que se ha venido manteniendo aquí. En cuanto a la forma, el texto no fue el resultado de un auténtico proceso constituyente democrático ni se ratificó mediante un referéndum popular simultáneo en todos los estados miembros. Desde un punto de vista material, de su contenido, tampoco permitió discutir la orientación política y económica de la Unión Europea. De hecho, el Tratado constitucional, sustancialmente, «blindaba» la Unión Europea realmente existente. Todos los aspectos novedosos que aportaba se hallaban claramente subordinados –y consecuentemente devaluados en su alcance, como se verá al tratar la Carta de Derechos– al mantenimiento de lo mismo, a saber: en el plano político, un modelo tecnocrático caracterizado por el fuerte protagonismo concedido a los gobiernos y abierto en sus instancias más decisorias a los grupos de presión privados; y en el plano económico, un modelo productivista de carácter neoliberal, recogido con detalle reglamentario, preocupado sobre todo por la «alta competitividad» y la «creación de un mercado libre sin trabas», con un Banco Central que seguía exento de controles y continuaba encargado de garantizar la aplicación de unas políticas económicas de signo claramente monetarista.

15 | Para los límites de representatividad de la Convención y el férreo control que los ejecutivos mantuvieron en todo el proceso resultan ilustrativas las lecturas de O. DUHAMEL, *Pour l'Europe. Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Seuil, París, 2003 y P. ALLIÈS, *Une Constitution contre la démocratie?*. Portrait d'une Europe dépolitisée, Climats, Paris, 2004.

La UE realmente existente: «Europa global: competir en el mundo»

Un botón de muestra de que las grandes líneas económicas y políticas de la Unión no iban a alterarse es el documento presentado en el año 2006 por el entonces comisario Peter Mandelson acerca de la política comercial de la Unión, «Europa global: competir en el mundo». Este documento, en cuyo diseño desempeñó un papel relevante *BusinessEurope* (la antigua ERT) manteniendo más de siete reuniones con altos funcionarios de la Dirección General de Comercio, además de otras múltiples reuniones con funcionarios de la Comisión, pretende ser una contribución a la llamada *Agenda de Lisboa para el crecimiento y el empleo*. En él, se programa un plan para dismantelar «barreras comerciales», tales como las regulaciones sociales o medioambientales, que las empresas europeas actualmente aún han de respetar cuando abren nuevos mercados o buscan acceso a recursos naturales en el extranjero. El documento endurece de este modo lo que en el lenguaje de la Comisión se conoce como «legislar mejor», es decir, establecer la obligación de someter cada nueva regulación –incluyendo las normas sociales y medioambientales– a una evaluación de impacto para analizar sus efectos sobre la competitividad internacional de las empresas europeas. El Informe de Evaluación del Impacto de la estrategia «Europa Global» (Bruselas, SEC 4 de octubre de 2006) reconoce sin remilgos que estas políticas perjudican a los más vulnerables de la UE: «el proceso de apertura del mercado [...] causa cambios que para algunos son perjudiciales»¹⁶.

En definitiva, pues, el Tratado Constitucional, que tras la ratificación de los 25 estados miembros tenía previsto entrar en vigor el 1 de noviembre de 2006, no era ni más democrático ni más social que los Tratados Comunitarios ya existentes. Tras el rechazo popular por Francia y Holanda en los referendos realizados el 29 de mayo y el 1 de junio, respectivamente, volvieron a saltar todas las alarmas. Tras un período de reflexión, reclamado por parte de los gobiernos europeos y las instituciones comunitarias, empezaron a surgir las propuestas para salir del atolladero. Pese a la retórica empleada durante esos días desde las instancias oficiales, reclamando la necesidad de debatir y ahondar en la democratización de la Unión, no hubo voces decisorias que abogaran por la necesidad de replantear el sentido de la Unión. Antes al contrario: tras la experiencia francesa y holandesa, todo parecía indicar que la preocupación máxima de gobiernos e instituciones comunitarias era evitar a toda costa consultas populares. Para ello se acordó prescindir del ropaje constitucional y negociar un Tratado breve que permitiera, a la vez, adecuar el funcionamiento institucional en la Unión ampliada, favorecer el consenso con los gobiernos más reticentes y, en último término, mantener en la medida de lo posible alguno de los elementos novedosos que introducía el anterior Tratado abortado. En suma, pues, lo que se pretendía era una simple operación de maquillaje que permitiera seguir el rumbo inquebrantable del proceso de integración.

Este texto, finalmente, se concretó, con el secretismo habitual que ha regido el método de elaboración de los tratados, en el Consejo Europeo de Bruselas de junio de 2007 y fue firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

El Tratado de Lisboa

Con el Tratado de Reforma firmado en Lisboa en diciembre de 2007, el Tratado de la Unión Europea –esto es, el Tratado de Maastricht con sus reformas posteriores– conserva su nombre. En cambio, el Tratado de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión.

Para su entrada en vigor es necesaria la ratificación de los actuales 27 Estados miembros. Cada uno de ellos, de acuerdo con sus normas constitucionales, debe elegir su propio método de ratificación.

El artículo 6 del Tratado de Lisboa especificaba lo siguiente: “El presente Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad”. En la actualidad, el Tratado de Lisboa aún no ha podido entrar en vigor dado que en el referéndum celebrado en Irlanda el 13 de junio de 2008 ganó el ‘no’.

En la Cumbre de junio de 2009 en Bruselas, los dirigentes de la UE concedieron garantías jurídicas a Irlanda en cuestiones de fiscalidad, neutralidad militar y aborto, para confirmar la soberanía nacional irlandesa en estos ámbitos. Con ello se pretende allanar el camino para que Irlanda apruebe el Tratado en un segundo referéndum previsto para el próximo otoño.

El nuevo Tratado se centra en otorgar la eficacia que, tras la ampliación, el funcionamiento de la Unión exigía. Para ello, el Tratado de Reforma renuncia, además de al término «constitución», a todo aquello que podía hacer sospechar que se estaba ante algo más que un conjunto de tratados: bandera, himno, etc. También se renuncia a las denominaciones previstas en el Tratado constitucional de «leyes» y «leyes marco» -que podían evocar la existencia de un auténtico parlamento democrático- para recuperar los nombres de siempre: «directivas», «reglamentos» y «decisiones». El Ministro de Relaciones Exteriores de la Unión se convierte asimismo en un mero «Alto Representante de la Unión para asuntos exteriores y política de seguridad». Y el reconocimiento de la «primacía de la Constitución europea» se torna simple «primacía de los Tratados» de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por lo demás, la apuesta de fondo, persiste: las relaciones de poder económico, político y jurídico establecidas entre los poderes públicos estatales y comunitarios y entre éstos y los grandes poderes privados, se mantiene sin cambio sustancial alguno. Con este telón de fondo, la Unión Europea ha afrontado la crisis financiera desencadenada en el 2008, de la cual –como se desprende de lo dicho hasta aquí– no es poco responsable.

3 | La carta de derechos fundamentales de la Unión

¿Qué función puede desempeñar la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en este contexto?

Hasta la proclamación en Niza de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, ahora incorporada al Tratado de Lisboa, existía un consenso amplio en la literatura especializada en cuanto a la

minoría jurídico-institucional de la dimensión social respecto a la dimensión económica en el proceso de integración europeo. Con la proclamación de la Carta, y su inclusión en el Tratado de Lisboa, la dimensión social parece cobrar importancia, al menos en el plano simbólico. Y no son pocos, los que la han acogido con gran entusiasmo, hablando de «cambio histórico»¹⁶.

Habida cuenta, pues, de la relevancia de esta cuestión para el tema que nos ocupa, acaso sea pertinente tratarla separadamente. En este punto, me propongo argumentar que la incorporación de la Carta al derecho de la Unión es bastante menos importante de lo que se ha sugerido frecuentemente.

De entrada, hay que tener en cuenta que sus mismos impulsores han insistido en que la Carta nunca fue concebida como un instrumento innovador, dirigido a controlar y limitar los poderes públicos y privados que actúan en la Unión. Su finalidad era más sencilla: se trataba simplemente de «hacer visibles» los derechos ya reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, así como en el Derecho originario y derivado. En este sentido, atendiendo a la historia del proceso de integración, su contenido, en sí mismo, no puede generar grandes cambios.

De hecho, en primer lugar, se constata un contraste acusado entre el extremo cuidado con el que se consagran los derechos patrimoniales –en particular, el derecho de propiedad y la libertad de empresa- y el que se aplica al reconocimiento de lo que en la Carta figura como derechos «de igualdad» y «de solidaridad». Los primeros aparecen desposeídos de la función social a la que quedan supeditados en la mayoría de Constituciones estatales. Los segundos tienen una redacción más mezquina de la que suelen tener los derechos sociales recogidos en las Constituciones de posguerra. Así, por ejemplo, el derecho a un trabajo digno y estable queda reducido a un mero derecho a trabajar o en el lugar del derecho a una vivienda digna y adecuada se habla simplemente de un derecho a una «ayuda social».

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de derechos civiles, el ejercicio de muchos derechos sociales –tales como los derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho a la negociación y a la acción colectiva, a la seguridad social, a las prestaciones por despido improcedente- se supeditan a «las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

En segundo lugar, preciso es advertir en lo relativo a la exigibilidad de estos derechos, que la Carta acoge la regresiva diferencia entre derechos y principios. Así, mientras los derechos civiles y políticos serían considerados derechos de verdad, los derechos sociales quedarían reducidos a meros principios sin mayor eficacia jurídica y supeditados, en cualquier caso, a la voluntad discrecional del legislador de turno.

En tercer lugar, para evitar cualquier posible interferencia en el modelo económico y político consolidado en la Unión, se contempla una cláusula interpretativa que impide el desarrollo de una eventual jurisprudencia más garantista. En concreto, se establece que los tribunales estatales y de la Unión interpretarán sus preceptos atendiendo a las restrictivas «explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea».

16 | El amplio debate suscitado por la Carta se refleja, por ejemplo, en G. ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari, 2003; AA.VV., *Il nuovo Trattato di Roma. Europa e processo costituente*, Ediesse, Roma, 2005; *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 12, septiembre 2000, (número monográfico sobre la Carta).

Pero, sin duda, lo más significativo es la cláusula de salvaguarda que se incorpora, en virtud de la cual, la Carta «no crea ninguna competencia o misión nueva para la Unión» y se recuerda que los derechos reconocidos «se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos».

En resumen, estos argumentos bastan para comprobar que no son escasos ni poco razonables los indicios que apuntan a que contenido de la Carta queda supeditado a los principios y políticas económicas que han impulsado el proceso de integración y no a la inversa. El alcance de los derechos sociales enumerados en la Carta depende estrechamente de la capacidad de legislar que se le reconozca a la Unión. Pero las actuaciones en materia de políticas sociales siguen supeditadas a una clara distribución de tareas entre los estados miembros y la Unión en el marco de unos principios que restringen mucho la posibilidad de implementarlas. La Carta, pues, parece un «convidado de piedra» destinado a no impedir cambio sustancial alguno en el sentido del proceso de integración¹⁷. Como se ha dicho, en fórmula condensada, se trata de «mostrar los derechos sin destruir la Unión»¹⁸.

4. | Conclusión: ¿Qué hacer?

Tras el recorrido por el proceso de integración europeo desarrollado hasta aquí y el análisis del significado atribuible a la incorporación de una Carta de Derechos al ordenamiento jurídico europeo, el desencuentro que anunciaba el título entre los derechos sociales y la Unión Europea debería quedar justificado. En lo que sigue, para concluir, se apuntan, siquiera sea de manera sucinta, algunas ideas que se pueden proponer desde el punto de vista del constitucionalismo para hacer frente a esta situación, respecto a la que, a decir verdad, sobran las razones para mostrarse pesimistas.

En primer lugar, sería necesario asumir una lectura desmitificada de lo que ha sido el proceso de integración. Ello pasa por reconocer, de entrada, el fracaso del método funcionalista, cuya persistencia hoy sólo puede verse como ideológica, y la necesidad de abandonar las lecturas sobremañera formalistas de los Tratados, tan caras a los juristas. Este tipo de lecturas, como se ha intentado mostrar aquí, desestiman aspectos históricos, económicos, sociales que resultan del todo relevantes para el análisis. Su persistencia, en la situación actual, las tornan mera cobertura legitimadora de una situación absolutamente deplorable desde el punto de vista del constitucionalismo y los derechos humanos.

Alcanzar una Europa donde los derechos sociales estén garantizados comporta recuperar la política y la cuestión de los fines. En este sentido, hay que resituar lo económico en el lugar que le corresponde, teniendo en cuenta su relación con el resto de las esferas en las que se desarrolla la vida social. Para ello, es necesario abandonar las obsesiones mercantilistas, el culto a la competitividad y la defensa acrítica del crecimiento económico. La crisis económica y ecológica en la que hoy estamos

17 | Vid. P. CRUZ VILLALÓN: «La Carta, o el convidado de piedra (una mirada a la parte II del Proyecto de Tratado/ Constitución para Europa» en *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004. El texto aparece, revisado y con alguna actualización, en C. CLOSA y N. FERNÁNDEZ (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 185 y ss.

18 | La expresión es de F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero-abril 2002, págs. 13-52.

inmersos nos brindan una nueva oportunidad para repensar la adecuada combinación entre instancias de planificación, mercado y autogestión, que permitan desarrollar formas más cooperativas de producción y consumo y tener en cuenta el imprescindible trabajo doméstico y de cuidado que exige el desarrollo humano.

Ligado a ello, cobra especial importancia la reconsideración del tema de los niveles en los que los derechos sociales hallan su mejor garantía. En este sentido, es preciso desestimar las propuestas que abogan por un retorno exclusivo al ámbito estatal. El repliegue estatal preconizado, con nostalgia, por no pocas voces, además de ciertamente un tanto idealizadora de la situación anterior, no tiene en cuenta que la expansión de la globalización neoliberal y la consecuente crisis ecosocial, han supuesto una crisis, definitiva, del modelo de garantía de los derechos en una única escala. En realidad, la escala estatal se muestra a todas luces pequeña y altamente ineficaz para hacer frente a la tarea de limitar y controlar los poderes de mercado que se expresan en el ámbito internacional. Pero, además, también resulta muy alejada para atender a las necesidades que pretenden satisfacer los derechos sociales en el ámbito local. Por lo tanto, de manera propositiva, únicamente cabe apuntar a una suerte de sistema de protección coordinado en varias escalas, de lo local a lo supra-estatal, menos preocupado por la mediación institucional concreta y más por los principios que en todo caso debería inspirarlo. Estos principios serían fundamentalmente, dos: el principio de financiación suficiente (esto es, obtener en cada instancia mediante políticas fiscales adecuadas los recursos suficientes para sufragar las políticas sociales) y el principio de subsidiariedad, entendido en la dirección del nivel más cercano al nivel más alto, o sea, que cada materia sólo sería regulada por instancias superiores si ello redundara en mayor eficacia respecto a su gestión en el ámbito inferior y siempre que fuera sin detrimento del necesario control democrático de todo el proceso.

Estas medidas, sin embargo, resultan impensables que se puedan conseguir sin abrir un auténtico proceso constituyente europeo. Este proceso no ha de demorarse a la espera de la existencia de un «pueblo europeo». De lo que se trata, precisamente, es de promover un proceso democratizador capaz de aglutinar en su diversidad los distintos pueblos, culturas y naciones del ámbito europeo. Ello resulta indispensable para salir de la crisis de legitimidad política y social creada por los tratados que jalonan el proceso de integración. Cómo lograrlo es el reto que los habitantes de Europa tenemos por delante. Los distintos movimientos sociales que se han opuesto a la deriva tecnocrática, mercantilista, ecocida y militarista de la Unión Europea constituyen, sin duda, un primer paso hacia ese objetivo. Preciso es, más allá, de evocarlos con esperanza, comprometerse con ellos en la práctica. Sólo así tal vez algo nuevo pueda surgir.

Los derechos sociales en la constitución española: algunas líneas para su emancipación

Marco Aparicio Wilhelmi

Prof. de Derecho Constitucional - Universidad de Girona

Resumen

Marco Aparicio aborda en este artículo cómo la concepción dominante de los derechos puede servir de freno a los cambios sociales, y cómo, en cambio, una visión contrahegemónica de los mismos puede mejorar las condiciones de transformación social. La interpretación mayoritaria de la Constitución española de 1978 se hace eco de esta concepción dominante y dificulta una protección igualitaria de todos los derechos - económicos, sociales, culturales, ambientales, civiles y políticos -. Frente a esta situación, el autor propone una nueva lectura acorde con los principios constitucionales de Estado social y democrático de Derecho y de interpretación de los derechos de conformidad con los tratados internacionales.

I | Algunas reflexiones previas sobre el análisis normativo

Antes de abordar el alcance del reconocimiento de derechos sociales en la Constitución española de 1978 (CE, en adelante), puede resultar útil aludir de manera sucinta a una reflexión inexcusable dentro de un análisis normativo comprometido socialmente. La idea central versa sobre la necesidad de mantener un cierto grado de escepticismo respecto del alcance transformador de cualquier texto jurídico; es preferible huir de la tendencia al “juriscentrismo”, de una confianza desmesurada en el poder de la letra de la ley en la determinación del comportamiento de los distintos sujetos y poderes, públicos y privados, que conforman nuestras sociedades. Por progresistas y comprometidos que puedan llegar a ser sus propósitos, un Derecho desconectado de las circunstancias sociales en las que se inserta y de las condiciones que posibilitan que sea apropiado, reivindicado y actuado por los sujetos destinatarios, se acaba convirtiendo a menudo en un elemento de contención, de freno a los cambios sociales.

La historia nos ofrece numerosos ejemplos de la desarticulación de movimientos sociales y de los procesos reivindicativos tras la consecución de cambios normativos, sean éstos de tipo constitucional o internacional. En el caso de la normatividad constitucional dicho efecto se encuentra en su propia lógica interna: la norma constitucional tiene por objeto la delimitación del ámbito de lo posible cuya realización, además, suele delegarse en los poderes constituidos, pasando el pueblo, el poder constituyente, a un estado de latente del que se suele preferir que no despierte.

Los derechos, en este sentido, una vez reconocidos incorporan un riesgo de despolitización y de homogeneización de la articulación social. Más allá de los contenidos materiales, de las facultades o

posibilidades que amparen, los derechos marcan tiempos y formas que segmentan y procedimentalizan el quehacer de los sujetos, convertidos en objeto de regulación antes que en protagonistas de la acción social.

Aparece con claridad la doble cara del Derecho y, en especial, su carácter complejo y hasta cierto punto contradictorio: por un lado, puede ofrecer avances, mejoras de las condiciones para la transformación social a partir de un contexto jurídico-político en el que se incorporan nuevos derechos y nuevos actores anteriormente marginados; por otro lado, el texto jurídico formaliza consensos pero también exclusiones, abre el espacio político a unos mientras lo cierra para otros. Avance y freno; apertura y cierre.

Finalmente, merece la pena realizar otro apunte consistente en la necesidad de huir de la contraposición simplista entre el discurso jurídico y la práctica política. Si bien no puede negarse el carácter vacío de cualquier aproximación jurídica que pretenda explicar por sí sola la capacidad de incidencia de los instrumentos normativos en las transformaciones sociales, en realidad la verdadera contraposición no está entre huir del Derecho o idealizarlo: la pugna debe situarse entre discurso jurídico dominante y discurso jurídico contrahegemónico. Este último entiende el Derecho desde y hacia la práctica política, partiendo de los sujetos antes que de los derechos entendidos de forma abstracta. Sólo de esta manera se puede lograr que el Derecho transite de la semántica de la dominación a la semántica de la emancipación. Por ello, como paso previo al análisis de los derechos sociales, a continuación abordaremos, de manera casi telegráfica, tal ejercicio de contraposición en el terreno de los derechos.

2 | Radiografía del discurso hegemónico de los derechos

Actualmente, el consenso, el “sentido común”, en materia de derechos adopta una perspectiva¹ que podríamos resumir a través de los siguientes ejes:

a) Concepción objetiva: los derechos entendidos como realidades reveladas, abstractas, “objetivas”, que el ordenamiento jurídico (estatal) debe reconocer. Se habla, desde este planteamiento, de la existencia de derechos inherentes a la persona “por el hecho de ser persona”.

b) Concepción formal: los derechos suponen el reconocimiento de la igualdad formal, entendida en un plano abstracto independientemente que se refiera a sujetos materialmente desiguales.

c) Concepción jerárquica y cronológica o generacional: a partir de lo recién referido, se sostiene la necesidad de diferenciar jerárquicamente entre los derechos en función de su mayor o menor vinculación a la dignidad de la persona, su mayor o menor “inherencia” a la persona. La consecuencia de la jerarquía es servir de fundamento teórico para las normativas, y para las interpretaciones de las mismas, que establecen distintos grados o intensidades de garantía. Esta concepción se apoya en la premisa de que históricamente los derechos habrían ido apareciendo y reconociéndose en función, precisamente, de esa graduación: los derechos de primera generación, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos de segunda generación, y otros dere-

1 | Vid. B. de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Madrid, Trotta, 2009

chos, “difusos”, colectivos y de solidaridad, como los derechos de los pueblos indígenas o el derecho al medioambiente, en tanto que derechos de tercera generación.

d) Concepción individual y universal: los derechos se fundamentan sólo en tanto que mecanismos de garantía de la autonomía individual frente a los demás y frente al Estado. En esta lógica de claro sello liberal, no cabe la existencia de necesidades, demandas y, en consecuencia, derechos colectivos o, en caso de esforzadas concesiones, en todo caso podrían llegar a tener una cabida subordinada. El Estado y el Derecho de raíz liberal entienden que las diferencias de tipo cultural, entre otras, deben quedar al margen del debate jurídico, sin salir por tanto de la esfera privada de cada individuo, cuya pertenencia o identidad cultural resulta un dato irrelevante para un Estado que se presenta o bien como culturalmente neutro (acultural) o bien, en algunas versiones, como expresión de una serie de principios universales (transculturales) que no deben ceder frente a ningún particularismo.

3 | Hacia una concepción contrahegémica de los derechos

Frente al “sentido común”, dominante, entre sectores críticos y, sobre todo, en la práctica política de numerosas experiencias reivindicativas, los derechos aparecen y dan forma a una concepción que se reclama:

a) Histórica y subjetiva: los derechos son entendidos no como realidades reveladas, “objetivas”, sino como fruto de procesos de reivindicación y de lucha protagonizados por sujetos concretos, con una especial relevancia de aquéllos que se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad.

b) Sustancial: los derechos se entienden desde una perspectiva sustancial, esto es, a partir de las condiciones materiales que permiten su realización y no de un mero reconocimiento formal. Suponen, en consecuencia, la atribución a los sujetos que ocupan una posición de mayor vulnerabilidad de recursos concretos, y también de espacios de participación y de autotutela, capaces de garantizar su igualdad sustancial con relación a los demás.

c) Indivisible e interdependiente: todos los derechos, de manera inescindible, forman parte de un cuerpo integral de derechos que comparten las mismas características axiológicas y estructurales. Son derechos, si se quiere, “híbridos”, pues todos ellos, cada uno con distintos matices e intensidades, comportan las mismas obligaciones por parte de los poderes públicos y privados: obligaciones tanto de abstención como de prestación, de acción y de omisión, y en parte onerosas y en parte no onerosas. La indivisibilidad, así entendida, se engarza directamente con los principios de interdependencia y de igual jerarquía. La práctica de los derechos ha venido a constatar que difícilmente los derechos pueden entenderse como compartimentos estancos. La efectividad de un derecho redundante en la efectividad del resto; el incumplimiento de un derecho afecta directamente en las condiciones de ejercicio del resto.

d) Colectiva: los derechos se abordan desde su comprensión colectiva, es decir, a partir del contexto grupal en el que se encuentran los sujetos, algo que, lejos de establecer una jerarquía entre derechos colectivos e individuales, nos lleva necesariamente al carácter inevitable y complementario de su relación. Se trata, si se quiere, de otra dimensión del carácter sustancial de la comprensión de la

igualdad, que pasa por referir los derechos a las condiciones no sólo sociales sino también culturales de los sujetos en el contexto de sociedades que son desiguales también culturalmente.

4 | Los derechos sociales como derechos minorizados: La Constitución Española 1978

El peso del discurso hegemónico de los derechos se deja sentir con claridad en la conformación, y aceptación, de ordenamientos que sitúan a los derechos sociales como derechos minorizados, constitucionalmente debilitados. Como es conocido, la progresiva consagración de los derechos como auténticos derechos constitucionales sólo se ha perfeccionado, cuando así ha sido, respecto de los derechos más vinculados a los ámbitos civil y político. Los derechos de los ámbitos económicos, social y cultural, salvo excepciones como el derecho a la educación (en algunos textos y con matices), aunque formalmente incorporados al *corpus* constitucional, a menudo han sido vaciados de garantías, hasta el punto de llegar a perder la propia esencia constitucional, esto es, su especial capacidad de resistencia frente a la actuación de poderes públicos y privados, incluida la propia Asamblea Legislativa. Esta capacidad de resistencia constitucional, obviamente, debe alcanzar la posibilidad de acceder a órganos judiciales independientes cuando cualquiera de los sujetos obligados, públicos o privados, incurre en vulneración de derechos, ya sea por acción o por omisión.

Pues bien, la mayor parte de textos constitucionales (a partir de la interpretación que de los mismos se ha acabado imponiendo) han desdibujado hasta hacer irreconocible la dimensión constitucional que debería referirse a todos los derechos por igual.

La Constitución española de 1978 es tributaria, en parte, de tales pautas. Inmersa su aprobación en el contexto de la crisis del constitucionalismo social, el texto finalmente aprobado en 1978 conjuga compromiso social con elementos propios del, entonces incipiente, desahucio neoliberal de un modelo social que se había llegado a desarrollar con cierto éxito en algunos países de la Europa occidental de posguerra. Así es, los trazos sociales como la cláusula de igualación material del artículo 9.2, la delimitación del derecho de propiedad por su “función social” (artículo 33) o las habilitaciones para la intervención estatal en el proceso económico contenidas en el título VII (artículos 128 y siguientes), se alternan con la centralidad de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38), el reconocimiento del derecho de los empresarios de adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37) o la escasa presencia de las formas de democracia participativa.

El contexto recién descrito, ya bien se puede hoy afirmar, ha convertido a la norma constitucional en el marco jurídico-político de la transición hacia un Estado post-social (o pre-social, según se mire), a partir, además, de pactos de naturaleza política en cierta medida metaconstitucionales, como los Pactos de la Moncloa de 1977 o los Pactos de Convergencia europea en el marco de la firma del Tratado de Maastricht de 1992.

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales atestigua hasta qué punto el texto constitucional de 1978 se mueve entre los polos de tensión descritos, situación que ha dado pie a diversas y encontradas interpretaciones de las previsiones constitucionales. La Constitución de 1978 sitúa a

buena parte de los derechos sociales, exceptuando el derecho a la educación, en un capítulo específico (capítulo III dentro del Título I), bajo el título de “Principios Rectores de la Política Económica y Social”. El primer factor de tensión aparece porque entre tales “principios rectores” se consagran mandatos a los poderes públicos, pero también derechos subjetivos como, y así se recoge literalmente, el “derecho” a una vivienda digna y adecuada (artículo 47), el “derecho” a la protección de la salud (artículo 43), el “derecho” de acceso a la cultura (artículo 44), o el “derecho” a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45).

La separación en distintos capítulos tiene propósitos jurídicos y no meramente sistemáticos: según los dos primeros apartados del artículo 53, encargado del sistema de garantías, los derechos del capítulo II, fundamentalmente derechos civiles y políticos, gozarán de garantías legales como la reserva de ley y el contenido esencial, y de garantías jurisdiccionales directas ordinarias, además de las especiales para el caso de los derechos de la sección primera del capítulo II (recurso preferente y sumario en sede ordinaria y recurso de amparo constitucional).

En cambio, el artículo 53.3 establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Con ello, parece que los principios contenidos en el capítulo III operarían fundamentalmente como principios objetivos o como simples mandatos de optimización. Y así sucedería también con los “derechos” consagrados en dicho capítulo que, en contraste con los derechos del capítulo II, serían derechos de configuración legal, esto es, solamente alegables como derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales si previamente han sido desarrollados por el legislador.

Frente a la devaluación de los derechos sociales y las razones esgrimidas por el discurso dominante, han surgido voces críticas que, al margen de apuntar la necesidad de cambios constitucionales, han sabido avanzar en formas de exigibilidad, acogidas en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, y en una fundamentación teórica que pone de manifiesto el carácter en buena medida prejuicioso y político de los pretendidos motivos “técnicos” o estructurales que aconsejarían mantener la división, jerárquica al fin, entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales, económicos, culturales y ambientales², por otro.

5 | Elementos para una rehabilitación constitucional de los derechos sociales

Como señala Ferrajoli, de entre los principios que generan la dimensión axiológica, sustancial, de los textos constitucionales, los más relevantes son los derechos fundamentales, que conforman “vínculos sustanciales normativamente impuestos (...) tanto a las decisiones de la mayoría como del libre mercado” y que no son el

2 | Para una comprensión mucho más completa del debate, resultaría imprescindible acudir a las obras de G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, y de V. Abramovich y de Ch. Cortis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004. Ver también A. Baldasarre, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado, 2001.

producto de autolimitaciones que consiente el Estado sino “derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado”, cuya protección constituye la causa del pacto constitucional³. Los derechos deben entenderse, pues, en buena medida, como contrapoderes. Hablamos, así, de un pacto jurídico y político que expresa la soberanía popular en su dimensión constituyente, de ahí que el texto no se limite a establecer procedimientos sino que opte por condicionar materialmente lo que los poderes, públicos y privados, deben hacer o dejar de hacer.

Como bien sabemos, en las sociedades actuales no todos los sujetos ocupan idéntica posición. Aunque los derechos sean tendencialmente generalizables, y de ahí que el principio de igualdad ocupe una posición preferente, es evidente que incumben sobre todo a los sujetos más vulnerables, es decir, a aquellos cuyas necesidades o intereses se encuentran amenazados o insatisfechos a causa de la posición política, social, cultural o económica que ocupan en la comunidad. De manera correlativa, aunque los deberes, reverso de los derechos, puedan ser tendencialmente generalizables, incumben especialmente a los sujetos con más poder, esto es, a quienes, también por su posición política, social, cultural o económica, pueden condicionar la satisfacción de los intereses o necesidades de otros. Los derechos son, en definitiva, contrapoderes, la “ley del más débil”.

Bajo tal esquema, y de acuerdo con la aproximación contrahegemónica a los derechos antes dibujada, es posible abordar una dogmática crítica del texto constitucional español que permita recuperar la fuerza discursiva de los derechos sociales frente a las situaciones de opresión y de privilegio que se hallan tras cualquiera de sus vulneraciones.

Para ello, debemos empezar por recordar el marco jurídico-político en el que se debe desarrollar cualquier reflexión sobre el alcance de las previsiones de la Constitución de 1978, esto es, la opción por un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1). Los distintos elementos configuradores de la forma del Estado conforman una estructura, esto es, se encuentran interrelacionados entre ellos, de manera que no tiene sentido entenderlos como aspectos aislados de la definición del Estado. Ahora bien, hay que atender a la opinión de De Cabo cuando afirma que “dentro de esa estructura hay un elemento que, en términos teóricos y generales, debe entenderse como un condicionante prevalente, con influencia privilegiada y hasta determinante sobre los otros aunque las interrelaciones sean constantes y recíprocas”. Ese elemento es el Estado social⁴. ¿Cómo justificar esa prevalencia? No hace falta caer en circunloquios: se trata de una opción ideológica. Desde dicha opción “es perfectamente aceptable no sólo legitimar, sino fundamentar una dogmática constitucional que se construya teniendo en cuenta sus consecuencias e implicaciones sociales, de manera que elabore propuestas jurídicas

3 | L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, (5a ed.), pp. 52-53. De la omnipotencia del legislador propia del s. XIX se pasa a su sometimiento a principios y derechos contenidos en la Constitución, auténtico cambio de paradigma que podemos situar en el tiempo con el fin de la Segunda Guerra Mundial. “No se trata”, en palabras de Ferrajoli, “de eliminar o de poner en crisis la separación entre Derecho y moral realizada con el primer positivismo sino, por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de Derecho. (...) El resultado es una alteración interna del modelo positivista clásico (...). La jurisdicción ya no es la simple sumisión del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar o de su legitimidad constitucional”. *Ibíd.*, pp. 66-67.

4 | Considera De Cabo que así se comprobó empíricamente “cuando a consecuencia de la crisis económica (...) se produce la del Estado social, y esta última se proyectó inmediatamente sobre el Estado democrático y sobre el Estado de derecho, induciendo transformaciones importantes reductoras de la democracia política y social así como el galantismo en ámbitos específicamente relevantes”. De Cabo Martín, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, 2006, p. 50.

«socialmente adecuadas», «correspondientes», es decir, que transformen conceptual-jurídicamente la problemática real”⁵.

Que sea una opción ideológica, entendida no en sentido peyorativo (como ocultación de la realidad) sino como conjunto de ideas y valores, no equivale a que carezca de base normativa o esté fuera de las coordenadas espacio-temporales. Debe destacarse, de manera especial, que la Constitución de 1978 incorpora en su Título preliminar la cláusula de transformación social (artículo 9.2 CE), elemento basilar y sentido último del principio social. El sentido de tal cláusula podría resumirse con dos grandes ideas: en primer lugar, sitúa la transformación social, entendida como superación de la desigualdad material, como principal proyecto constitucional, de manera que otros proyectos o funciones (señaladamente la función integradora, tantas veces mencionada y venerada, sin precisar cuáles deberían ser sus componentes) sólo tienen cabida en tanto en cuanto sean funcionales a dicha transformación. En segundo lugar, sitúa en un mismo plano las condiciones para que la igualdad y libertad sean reales y efectivas con las condiciones que deben garantizar la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural. Esta exigencia vincula de manera sólida los tres calificativos del Estado: las garantías (Estado de Derecho) de unos espacios y procedimientos de participación (Estado democrático) pierden su sentido si se desligan de las condiciones materiales que afectan a las personas y a los grupos en que éstas se integran (Estado social).

Esta propuesta resulta especialmente necesaria porque se efectúa en un momento histórico en el que el constitucionalismo social, fruto de la persistencia e intensificación de los ataques que vienen produciéndose al menos desde inicios de los años setenta, ofrece muestras de extenuación extrema. Revertir el proceso de desnormativización y de vaciamiento de la dimensión social (y democrática de Derecho) del Estado español deviene así un objetivo ineludible, y que encuentra uno de sus terrenos de disputa en la reivindicación normativa de los derechos sociales.

A partir de los elementos apuntados, el siguiente anclaje para una dogmática constitucional crítica lo hallamos en el artículo 10 de la CE, del que se derivan, por partida doble, el carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos consagrados constitucionalmente. “La dignidad de la persona -señala en su primer apartado-, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Esta previsión se ubica como pórtico de todo el Título I y no parece permitir más que una consideración unitaria, indivisible, no jerárquica, de los derechos. Todos los derechos, por mucho que cuenten con garantías distintas para asegurar su efectividad, deben ser considerados como inviolables e inherentes a la dignidad, noción que nos da el sentido, y a la vez se nutre y toma forma, del sistema constitucional de derechos recogido en el Título I.

En segundo lugar, el artículo 10.2 señala que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Pues bien, ha sido precisamente el ámbito internacional de los derechos humanos el que con mayor claridad ha avanzado en la impugnación de los prejuicios en los que se ha apuntalado la visión jerárquica de los derechos. Merece la pena apuntar, al margen del trabajo de las

relatoras y relatores especiales de Naciones Unidas, o de algunas de las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la “Declaración y el Programa de Acción de Viena”, de 1993, mediante la que 171 países acordaron un plan para fortalecer la aplicación de los derechos humanos destacando la relación entre la democracia, el desarrollo y la promoción de los derechos humanos entendidos a partir de su universalidad y la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

El punto nodal es pues el principio de indivisibilidad de los derechos constitucionalmente consagrados: todos forman parte de un cuerpo integral de derechos que comparten las mismas características axiológicas y estructurales. Cada uno, con distintos matices e intensidades, comporta el mismo tipo de obligaciones por parte de poderes públicos y privados: obligaciones tanto de abstención como de prestación, de acción y de omisión, y tanto onerosas como no onerosas.

Así, derechos tradicionalmente considerados como derechos civiles, “de primera generación”, como la vida, la integridad física y moral o la libertad y seguridad personales, no pueden ser reducidos, entendidos como derechos “de libertad” (*status libertatis*), a meras obligaciones de respeto, de no interferencia por parte del Estado. Necesariamente conllevan obligaciones de hacer, prestacionales y onerosas (en el ámbito de la prevención y atención sanitaria, de la formación de los cuerpos policiales, del mantenimiento de un poder judicial con medios suficientes para garantizar procedimientos como el de *habeas corpus*, etc.). Se diluyen pues las pretendidas diferencias estructurales y axiológicas entre derechos; desaparece el fundamento teórico de la jerarquización y de la interpretación restrictiva de los cauces que deben asegurar la efectividad de cualquier derecho constitucional.

La indivisibilidad, así entendida, se engarza directamente con el principio de interdependencia. En efecto, se ha insistido, y su ejercicio concreto así lo ha venido a constatar, que difícilmente los derechos pueden entenderse como compartimentos estancos. La efectividad de un derecho redundará en la efectividad del resto; el incumplimiento de un derecho afecta directamente en las condiciones de ejercicio de los demás. Del disfrute de una vivienda digna depende la efectividad concreta de derechos como la libertad de residencia o de circulación y la intimidad personal y familiar; cualquier restricción del derecho a la asistencia sanitaria puede derivar en una afectación directa del derecho a la integridad física e incluso del derecho a la vida.

El último paso consiste en una reinterpretación del artículo 53.3 de la Constitución que resulte acorde con los aspectos señalados. Para ello podemos partir de la propia literalidad del mencionado precepto que al establecer una protección diferida, devaluada, la realiza refiriéndose al “reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero...”, es decir, sin mencionar los derechos subjetivos que también se encuentran en dicho capítulo. Esta lectura concordaría con una cuestión elemental: difícilmente se puede aceptar que un texto constitucional incorpore derechos para después despojarlos precisamente de su carácter constitucional al derivar por completo su exigibilidad al contenido que establezca libremente el legislador, sin freno constitucional alguno. Por estas razones, al menos los derechos a una vivienda digna y adecuada (artículo 47), a la protección de la salud (artículo 43), de acceso a la cultura (artículo 44), y el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado (artículo 45) deben entenderse como derechos constitucionales, poseedores de un contenido mínimo, exigible. Tal contenido deberá ser concretado, como sucede y ha sucedido

con el resto de derechos, a partir de la labor, condicionada constitucionalmente, del legislador; y de igual modo se trata de un contenido que deberá ser garantizado, en su caso, por los tribunales, tanto ordinarios como el Tribunal Constitucional, a través de las distintas fuentes normativas que, según la Constitución están llamadas a integrar el contenido normativo de los derechos. Entre ellas, sin duda, por exigencia del artículo 10.2, deberán tener un papel destacado las normas de ámbito internacional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), de acuerdo con la labor de desarrollo del Comité DESC o la Carta Social Europea, entre otras.

Tales serían algunos de los elementos que permitirían a los derechos sociales superar la minorización a la que han sido abocados en el marco del constitucionalismo español. Tal proceso emancipador requiere, como ha sido apuntado, de una dogmática crítica que sea capaz de cuestionar y transformar las bases teóricas que han venido fundamentando, frecuentemente como meros *aprioris*, visiones presentadas como neutrales, a modo de síntesis ilustrada de datos “objetivos”, “históricos”.

El Plan de Derechos Humanos a debate

Jaume Asens

Colegio de Abogados de Barcelona - Observatori DESC

Resumen

Jaume Asens considera la aprobación del Plan de Derechos Humanos por parte del gobierno en diciembre de 2008 un avance significativo en la protección de los derechos humanos. No obstante, subraya la necesidad de realizar una revisión crítica de su contenido. Para ello analiza el cumplimiento por parte del estado español de los compromisos en materia de derechos humanos tanto en el ámbito exterior como interior y propone vías orientadas a alcanzar una mayor protección de los derechos.

La adopción de un Plan de Derechos Humanos es una recomendación a todos los Estados, resultante de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, celebrada en Viena. Su elaboración, por parte del Gobierno, ha representado un decisivo paso adelante en la elaboración de un marco político para una acción integral, coherente y eficaz en la promoción y protección de los derechos humanos. La nueva norma responde a una promesa electoral del partido gobernante pero sobre todo a una histórica reivindicación reclamada por las asociaciones de derechos humanos. La propuesta inicial del Plan, no obstante, fue ampliamente criticada por éstas ya que no vino precedida -según su opinión- de un auténtico proceso participativo o de consulta con los actores sociales implicados. El documento provocó, de todas formas, un intenso debate sobre su contenido en el campo asociativo.

La presente ponencia, una vez aprobado el texto, pretende contribuir a esa reflexión inicial desde una perspectiva constructiva pero también crítica de aquellos aspectos formales y de fondo que resultan desde un punto de vista garantista, mejorables. No se trata de elaborar un estudio exhaustivo o completo del texto. Se trata, más bien, de examinar las medidas previstas, seleccionando aquellas prioritarias o de especial preocupación para el Observatori DESC y otras organizaciones afines. El objetivo es detectar insuficiencias y señalar nuevos caminos en la consecución plena de las exigencias de los derechos humanos. Las críticas deben interpretarse, por ello, no como un agravio a la labor gubernamental llevada a cabo sino como una contribución necesaria para su perfeccionamiento. Cabe recordar que el control y la exigencia del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos que los propios poderes públicos han contraído, en diferentes constituciones y tratados internacionales, resulta uno de las funciones más fundamentales para el desarrollo y democratización del Estado de derecho.

En primer lugar, desde el punto de vista metodológico, habría que implementar en el Plan un previo diagnóstico o evaluación de la situación actual de los derechos humanos para valorar mejor el impacto de las medidas previstas. No se incorpora, por ejemplo, ninguna referencia a su afectación

por la llamada “guerra contra el terrorismo” iniciada tras los atentados del 11-S de 2001 en EE.UU. Se trata de un claro factor de degradación global del sentido garantista del derecho que ha favorecido en todo el mundo el sacrificio de los valores de la libertad en pro de los de una supuesta seguridad. Tampoco se identifica cuáles son los grupos de riesgo ni las situaciones de mayor vulnerabilidad de derechos humanos. Esta ausencia de antecedentes, así pues, dificulta construir más sólidamente las previsiones de los escenarios futuros.

En segundo lugar, en el análisis del contenido, existen temas fundamentales en la defensa y promoción de los derechos humanos a nivel estatal que no aparecen o lo hacen de manera tangencial o insuficiente. En la ponencia, en ese sentido y siguiendo la estructura del texto analizado, se diferencian aquellas medidas previstas en el ámbito de la acción externa del Gobierno de las que atañen a su labor específicamente interna.

I | Acción exterior

1.1 | Organización de las Naciones Unidas

La primera medida que se adopta en la política gubernamental de este apartado es la del cumplimiento de los objetivos de desarrollo del Milenio. Hay que decir, no obstante, que estas metas han sido cuestionadas por no abordar las causas estructurales de la pobreza o la desigualdad así como por establecer compromisos inferiores a los del derecho internacional en materia de derechos humanos.

En el Plan se omite el compromiso del Gobierno a favor del Tratado Internacional de Comercio de Armas, jurídicamente vinculante, y que tiene como prioridad política, el impacto del tráfico de armas en países que no respetan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En la actualidad, la ley de comercio de armas, aprobada a finales de 2007, permite una mayor transparencia y control en el tráfico de armas pero eso no impide que el Gobierno continúe exportando armas a países en conflicto o en los que se producen serias violaciones de los derechos humanos, en contra del Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas.

El Plan se compromete a destinar el 0,7% de la RNB de 2012 a la cooperación. El compromiso con Naciones Unidas, sin embargo, es de destinar el 0,7% del PIB y velar porque los fondos de cooperación internacional estén vinculados a la realización de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Toda la ayuda oficial al desarrollo (AOD) debería ser donación, desvinculada de los intereses económicos y comerciales. Hay que ser muy crítico con la iniciativa que, mediante el Plan Africano y desde 2006, asocia la cooperación económica y militar en el continente africano a la contención de la emigración. Los acuerdos con países como Senegal, Mauritania, Marruecos o Libia reflejan hasta qué punto las relaciones españolas, y europeas, con los países empobrecidos están condicionadas a la adopción de determinadas políticas por parte de los países receptores. Habría que suprimir el uso de instrumentos crediticios como los créditos del Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD), al igual que ya están haciendo la mayoría de países de la Organización para la cooperación y desarrollo económico (OCDE).

En el Plan no existe un compromiso para controlar el impacto de las operaciones económicas de las empresas españolas en los derechos humanos de las poblaciones de otros países. Si bien es cierto que se incorpora la responsabilidad de las empresas en el marco del trabajo de Naciones Unidas, se hace mediante una formulación excesivamente imprecisa que no garantiza suficientemente los estándares internacionales en la materia. Deberían de incorporarse, por otro lado, iniciativas como la propuesta de creación de un código normativo internacional que delimite las responsabilidades legales de las compañías multinacionales, la organización de un centro independiente para el seguimiento de las denuncias de sus impactos o la necesidad de una Corte Internacional que pueda juzgar a las empresas transnacionales por sus delitos, de acuerdo con el proyecto Iniciativa Suiza sobre empresas privadas, militares y de seguridad. Todo ello resulta básico para que las empresas que violen con su actividad los derechos humanos no eludan sus responsabilidades y las víctimas sean resarcidas.

En el texto se promueven actuaciones para la protección integral de las víctimas del terrorismo pero se omiten otras recomendaciones más globales necesarias para tratar el fenómeno terrorista y las políticas para combatirlo desde una perspectiva de derechos humanos. No se incorporan, así, las medidas recomendadas por los organismos internacionales competentes en la materia.

Se produce el reconocimiento del derecho al agua potable. Sin embargo, el resto de derechos emergentes no quedan incluidos. Se omiten, así, derechos fundamentales como el de la soberanía alimentaria -que integra el derecho al acceso, gestión y control de los recursos naturales- el derecho a la ciudad o a la tierra.

El Plan no realiza ninguna apuesta por impulsar una reforma del Consejo de Seguridad de la ONU en su funcionamiento o composición. Resulta obvio que las Naciones Unidas arrastran un importante déficit de legitimidad democrática y resultan absolutamente inoperantes cuando están en juego los intereses de las grandes potencias, que son miembros del Consejo y pueden paralizar cualquier iniciativa que perjudique sus propios intereses. También se debería impulsar, en este sentido, un proceso de democratización de las instituciones financieras.

1.2 | Unión Europea

En este capítulo las medidas previstas se circunscriben al período de la Presidencia española prevista para enero de 2010. No obstante, se trata más que de compromisos de derechos humanos, de un listado de prioridades de trabajo en el marco de la actual política comunitaria. No se tienen en cuenta, en este sentido, las numerosas críticas formuladas al papel secundario de los derechos humanos y el objetivo de la paz de la Unión Europea en beneficio de los intereses económicos o comerciales. En la actualidad, la UE está más comprometida con organizaciones militares como la OTAN que con los principios de la Carta de Naciones Unidas.

Los llamados acuerdos de asociación económica (AAE) son un claro reflejo del alto perfil en la agenda de cooperación de los intereses de la Unión Europea en cuestiones como su propia competitividad y la liberalización del comercio. También se hace gran énfasis en las cuestiones referidas a la lucha antiterrorista y la migración. Los programas de ayuda a los países en desarrollo, por el contra-

rio, han sido reducidos de forma sensible. Tampoco se incorpora la anterior mención de la responsabilidad de las empresas en el ámbito europeo.

No se incluyen las recomendaciones del Secretario General del Consejo de Europa sobre el “transporte y detención ilegal de presos” ni las conclusiones de la Resolución del Parlamento Europeo del 14 de febrero de 2007 sobre la tolerancia, cuando no complicidad, de los gobiernos europeos -incluido el español- en la detención ilegal y traslados secretos de personas en el contexto del programa de “entregas extraordinarias” de los vuelos de la CIA, por el cual cientos de personas han sido detenidas ilegalmente y trasladadas a “cárceles secretas” -también europeas-, expuestas a la tortura, incomunicados, sin acceso a abogados, tribunales o familiares. Tampoco se hace mención a la necesidad de impulsar investigaciones exhaustivas e independientes sobre el grado de responsabilidad de las autoridades en el uso de aeropuertos e instalaciones para esos vuelos de la CIA o la participación de la propia policía española en interrogatorios ilegales en Guantánamo.

Es de anotar que en el texto tampoco se cuestionan los recientes acuerdos con Estados Unidos para el intercambio de información y que permiten actividades de sus servicios secretos en territorio español sin que se garantice que dicha colaboración no terminará en abusos de derechos humanos.

En materia de tortura y tratos degradantes también resulta preocupante que tampoco se haga mención al Reglamento que la Unión Europea aprobó en junio de 2005 “sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratamientos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. Este comercio queda autorizado con el único límite de que el uso de dichos materiales “no sea intrínsecamente cruel, inhumano o degradante, que se trate de materiales cuyos efectos médicos no se conozcan plenamente” y “de aquellos otros, cuyo uso en la práctica haya revelado un riesgo importante de abusos o lesiones innecesarias”. En el caso español, por ejemplo, entre muchos otros productos, pueden ser exportadas sillas de sujeción, planchas de inmovilización, esposas para los tobillos, cadenas colectivas, anillos de hierro para los dedos, dispositivos de descargas eléctricas. Todo ello, representa un incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresadas en la resolución del 25 de abril de 2001.

El Gobierno debería impulsar una reforma profunda de las instituciones europeas. En la actualidad, los organismos que disponen de más poder siguen siendo los menos representativos y los menos controlados democráticamente. Así, por ejemplo, el Consejo, el Tribunal de Justicia o el todopoderoso Banco Central Europeo. Por el contrario, el Parlamento tiene un papel absolutamente subalterno y los lobbies económicos disponen de un exceso de capacidad de influencia en la política comunitaria. La democratización también debería extenderse a las instituciones financieras internacionales ya que en la actualidad disponen de un grado de autonomía excesivo.

El Plan, en definitiva, debería intentar elaborar medidas concretas para cambiar el actual marco de acción exterior europea, apostando por un compromiso más firme y profundo en materia de derechos humanos.

1.3 | Relaciones bilaterales

En las relaciones bilaterales del Gobierno español con otros países se debería reforzar más la perspectiva de los derechos humanos. En el ámbito de cooperación antiterrorista con terceros países las medidas previstas en el Plan se orientan a la protección y atención de las víctimas. Por el contrario, no establece ninguna línea de actuación dirigida a la protección de los derechos humanos afectados por las políticas y estrategias en la lucha antiterrorista. Lo cierto es que en política exterior, si bien el Gobierno ha defendido los derechos humanos en múltiples foros multilaterales, en la práctica ha supeditado su defensa a otros intereses, económicos o de otra índole, en el marco de las relaciones bilaterales con países en los que se producen graves violaciones de los derechos humanos.

1.4 | Justicia internacional

El Plan prevé una serie de medidas para impulsar reformas legislativas que aseguren la adaptación del derecho español al derecho internacional en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. Se prevé, así, la inclusión en el ordenamiento penal de aquellos delitos internacionales tipificados en el Estatuto de Roma que todavía no se encontraba regulados. En el texto figura también el compromiso de llevar a cabo la firma y ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad aunque hasta la fecha aún no se ha hecho realidad tal compromiso.

En el anteproyecto de reforma penal del 2009, por otro lado, el Gobierno no ha incluido los ajustes anunciados en el Plan en materia de crímenes de lesa humanidad, olvidando que no puede excluir la sanción de delitos a cuya represión se ha comprometido mediante un instrumento convencional.

En este ámbito, sin embargo, las expectativas de cumplimiento de los compromisos internacionales adoptados por las autoridades españolas no podrían ser más frustrantes. En nuestro ordenamiento el principio de justicia universal estaba garantizado por el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y por la ratificación de diferentes convenios y tratados, empezando por el convenio contra la Tortura. Así lo entendió el Tribunal Constitucional al corregir al Supremo en el caso del genocidio en Guatemala. Muchas de las causas abiertas al abrigo de esta norma en los últimos años han tenido una destacada incidencia internacional, contribuyendo a que otros países pudieran ajustar cuentas con sus pasados dictatoriales impunes. Este principio se ha aplicado sin controversia mientras no ha interferido con el buen desarrollo de las relaciones diplomáticas y los negocios internacionales. Funcionó sin mayores resistencias cuando lo que se trataba era de abordar barcos cargados de droga en aguas internacionales, aunque España no fuera el destino del cargamento, ni existiera nexo alguno con los hechos. Los juicios también prosiguieron contra crímenes de lesa humanidad cometidos en países como Ruanda, Guatemala, Salvador, Chile o Argentina, la presión diplomática de los cuales resultaba asumible. Sin embargo, las cosas cambiaron, cuando se trataba de las grandes potencias. Así, en los crímenes cometidos en el Tíbet o contra los seguidores de Falun Gong, los vuelos de la CIA, el asesinato en Iraq del periodista José Couso, las torturas en Guantánamo o la masacre de Gaza, el go-

bierno español sintió comprometida la *realpolitik* y se planteó la reforma de la jurisdicción universal. La Ministra de Exteriores israelí, Tzipi Livni, llegó a desvelar a la prensa el compromiso del Ministro Miguel Ángel Moratinos para garantizar la impunidad de los militares responsables de torturas y asesinatos.

Como resultado de estas presiones, el gobierno español, de acuerdo en este punto con los sectores más conservadores de la oposición (Partido Popular, Convergencia y Unión, Unión del Pueblo Navarro), ha propiciado la reciente limitación de la jurisdicción universal de sus tribunales, desentendiéndose del cumplimiento de sus compromisos con los convenios internacionales suscritos. Para conseguir su objetivo, se ha servido de una vía de dudosa legitimidad formal, como es el trámite de enmiendas al proyecto de ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial. Con esta decisión, denunciada por diferentes asociaciones judiciales y por organismos como la Asociación Pro Derechos Humanos, se consuma un severo retroceso en la historia de la lucha contra la impunidad de crímenes graves.

En relación con la impunidad de los crímenes contra la humanidad cometidos durante el franquismo, el Comité de los Derechos Humanos de la ONU (CDH) sigue remarcando la preocupación de que se mantenga vigente la amnistía de 1977, por entender que es incompatible con el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966, dado que los delitos contra la humanidad son imprescriptibles. Es decir, que el CDH entiende que la amnistía encubre crímenes cometidos por las autoridades franquistas que no pueden mantenerse impunes y que, por tanto, debería dejar sin efecto esa amnistía. El Plan, sin embargo, no realiza ninguna previsión de modificación de esta situación.

2 | Acción interior

En materia de lucha contra el racismo, igualdad de trato o integración el capítulo de “Acción Interior” se contemplan importantes disposiciones. Se incluye, por ejemplo, la aprobación de una Estrategia Nacional e Integral de Lucha contra el Racismo y la Xenofobia, que era una reclamación histórica de las asociaciones de derechos humanos. Sin embargo, no existe un compromiso para impulsar investigaciones sistemáticas y periódicas, a través de organismos como el Observatorio contra el Racismo y la Xenofobia (OBERAXE), sobre la xenofobia, la discriminación, el antisemitismo o la islamofobia. El Estado español, en ese sentido, todavía es uno de los cinco países de la Unión que no publica datos oficiales sobre denuncias y procesos penales relativos a delitos racistas. Tampoco se introducen modificaciones en la formación de los policías para la no utilización de “criterios raciales”, especialmente en las identificaciones preventivas y en el marco de la lucha antiterrorista. En este sentido, cabe recordar la preocupación manifestada por el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, en cuanto a la utilización de perfiles (“profiling”) basados en raza, religión, etnia u origen nacional en el contexto de la lucha contra el terrorismo.

En materia de inmigración y asilo en el texto no se menciona la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Tampoco se prevén medidas específicas de protección a favor de aquellos colectivos -como el gitano- más susceptibles de

ser víctimas de tratos discriminatorios y dificultades de integración social. El Plan no tiene en cuenta suficientemente la preocupación que el Comité de Derechos Humanos de la ONU mostró en su último informe del año pasado sobre las violaciones de derechos en relación con el ámbito de extranjería, el respeto al derecho a la invocación del derecho de asilo, la situación de los menores en situación irregular en relación con el tratamiento al que están sometidos en el momento de la detención y al hecho de que no se les garantice el nombramiento de un abogado de oficio. Respecto al principio de no devolución hay una mención en el texto pero, en cambio, no queda garantizada la prohibición de expulsar o extraditar a una persona a un tercer país sin asegurarse de que recibirá el trato debido de acuerdo con los estándares internacionales. Tampoco aborda las actuales prácticas en materia de control migratorio terrestre y marítimo en el marco de la Agencia europea de gestión de fronteras (FRONTEX) ni las responsabilidades en materia de derecho internacional ante los refugiados y otras personas con necesidad de protección internacional.

En este campo hay que recordar que en la última legislatura la regularización extraordinaria, de por sí restrictiva, se presentó como muestra de sensibilidad en esta materia. Pero basta con pensar en las muertes en las vallas de Ceuta y Melilla, o en el protocolo que permite repatriar inmigrantes atados con camisas de fuerza, para recordar cuáles han sido las opciones de fondo del Gobierno. Al terminar el 2007, había más extranjeros pobres en las cárceles españolas que nunca y las pocas reformas positivas a la Ley de Extranjería del 2000 las ha acabado por impulsar el Tribunal Constitucional, ante la pasividad del Gobierno.

Las otras reformas añaden nuevos obstáculos para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas inmigrantes respecto al derecho a la educación y la salud, así como al permiso de residencia para mujeres en situación irregular que son víctimas de violencia de género o de trata. También se aumenta del plazo de internamiento de 40 a 60 días al amparo de la Directiva de Retorno del 2008; se amplían las medidas punitivas y se ponen nuevas trabas al derecho de acceso a la justicia. Derechos ya reconocidos se ven limitados, como es el caso de la reagrupación de los ascendientes, el endurecimiento de las limitaciones para acceder al padrón municipal para los no residentes o la necesidad de que los inmigrantes sean residentes de larga duración para tener ayudas en materia de vivienda.

Resulta preocupante, en definitiva, que todas esas reformas sacrifiquen en nombre de la seguridad y el control migratorio el respeto, acceso y protección de los derechos humanos de las personas inmigrantes y que el Plan no ponga, en ese sentido, remedio a ello.

En la lucha contra la violencia de género se plantean en el Plan una serie de medidas de protección de las víctimas a partir del nuevo marco de la Ley integral contra la Violencia de Género de 2004. Sin embargo, ninguna estaba destinada a los colectivos más vulnerables como el de las mujeres inmigrantes sin papeles. En este campo se debería flexibilizar los criterios para determinar la condición de víctima de tal forma que, además de la orden de protección, existan otros mecanismos para acceder a todos los derechos establecidos en la ley integral. En la actualidad, lo cierto es que siguen siendo muchos los obstáculos con los que se encuentran las mujeres que piden protección; no siempre existen garantías para una adecuada investigación del delito; y sigue sin contemplarse el derecho de las víctimas a una reparación satisfactoria. Además, cabe señalar la falta de eficacia o impacto de muchas

de las medidas previstas por falta de disponibilidad o accesibilidad de los recursos dispuestos. Así, por ejemplo, la atención sanitaria de calidad, la asistencia letrada inmediata o la consolidación del principio de no discriminación son compromisos aún por cumplir.

En materia de garantías del debido proceso resulta fundamental la inclusión en el Plan de “*las reformas procesales necesarias para hacer efectiva la segunda instancia en todos los procedimientos penales*”. Cabe recordar que, en esta materia, el Estado español ha sido condenado en varias ocasiones por los organismos internacionales por violación del Pacto de derechos civiles y políticos y que, pese a su compromiso de realizar dicha reforma ya en el año 1996, todavía no se ha realizado la oportuna modificación de la legislación. Referente al ámbito penal no hay ninguna previsión de modificación legal de la actual regulación del secreto de sumario, aunque el Comité de derechos humanos de la ONU, en un informe del 2008, considera que vulnera el artículo 14 del pacto internacional de 1966. El Comité de la ONU también resalta la vulneración del apartado 3 del artículo 9 del Pacto respecto a la duración máxima de la prisión preventiva. En este aspecto, como en la duración del régimen de incomunicación, en el ámbito de la lucha contra el terrorismo se vulnera la presunción de inocencia.

En materia de legislación antiterrorista el texto no realiza ningún avance significativo y no incluyen las numerosas recomendaciones de organismos internacionales. Sin ir más lejos, el Relator especial sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo de Naciones Unidas, Martin Scheinin, en su reciente visita, en el 2008, al Estado español ha destacado los graves incumplimientos del Estado en materia de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha apuntado también en su último informe la necesidad de reformar la actual legislación -y especialmente los artículos 572 a 580 del Código Penal- para hacer una interpretación restrictiva del fenómeno terrorista, de acuerdo con lo establecido en el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. En la actualidad, el Comité señala la incompatibilidad de definiciones excesivamente vagas y elásticas con el requisito de legalidad recogido en el artículo 15 del Pacto. La noción de “colaboración” del artículo 576 y el nuevo delito contra la violencia callejera del artículo 577 amplían -según el Comité- el ámbito “de lo terrorista” a actos o situaciones, como los desórdenes públicos, que no guardan suficiente relación con actos de violencia grave contra la población en general.

El Comité también ha llamado la atención sobre la falta de protección de los datos de carácter personal cuando se ponen al servicio de la lucha antiterrorista y subraya que las actuaciones seguidas por la Audiencia Nacional en el cierre de periódicos vascos como el Egunkaria, y en el sumario 18/98 contra varias empresas, asociaciones y entidades vascas, suponen un ataque desproporcionado contra la libertad de expresión y de asociación reconocidos en los pactos internacionales. A ello debe añadirse la preocupación que supone para el respeto de esos derechos la formulación imprecisa de nuevos conceptos penales como “enaltecimiento” o “justificación”, tal como expresó la Declaración Conjunta de los tres Relatores para la Libertad de Expresión de 2005.

En materia de víctimas de la guerra civil y el franquismo el texto establece el catálogo normativo previsto en la ley 52/2007 sobre los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Pero no existe propósito de enmienda de una ley que, si bien supone un avance, no garantiza derechos básicos - como la verdad, la justicia y la reparación- de esas víctimas tan largamente olvidadas e ignora las normas internacionales de derechos humanos.

Ello implica que, en la práctica, no se adopten las medidas idóneas para exhumar las fosas del franquismo, identificar los restos mortales y restituir a sus familiares, de acuerdo con lo que establecen los estándares internacionales reconocidos a las víctimas de desaparición forzosa. Tampoco se contempla, como se dijo anteriormente, la derogación de la preconstitucional Ley de Amnistía de 1977, pese a ser contraria a las disposiciones constitucionales y al derecho internacional.

En el texto se expresa también el compromiso de firmar y ratificar la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* así como cooperar con el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la materia. Fue una buena noticia que el 12 de diciembre de 2008 el Consejo de Ministros aprobara, finalmente, la remisión al Congreso de dicha convención. En el reciente proyecto de reforma penal, no obstante, no se contempla incorporar en el derecho interno español el delito de desaparición forzada a pesar de que el convenio aprobado obliga a las partes a tipificar dicha conducta como delito en sus legislaciones internas. Ello contrasta, además, con la inclusión de un nuevo delito de piratería, para el cual se prevé una pena de prisión de 10 a 15 años, más severa que la prevista para el delito de torturas o algunos delitos de lesa humanidad o de guerra.

En materia de las víctimas de torturas y maltratos realizados por funcionarios públicos debería corregirse la clara desigualdad que existe en este campo respecto al amplio abanico de medidas para garantizar la dignidad, honor y memoria de las víctimas del terrorismo.

En el texto, respecto a estas otras víctimas, se omite hacer mención a sus derechos. En este ámbito no existe todavía la sensibilidad suficiente en el seno de las instituciones públicas. Esto explica, en parte, que la mayoría de las denuncias de malos tratos policiales se enfrenten a toda una carrera de obstáculos y resistencias de todo tipo. Sólo un 1% de los casos llegan a juicio y, si llegan, suelen acabar en absolución por la imposible identificación de los responsables. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando la Audiencia de Vizcaya, en 1998, o la de Girona, en 2004, reconocieron la violación de una mujer brasileña o las torturas a un joven marroquí, respectivamente, pero exculparon a los agentes por encubrirse entre ellos. Y además, incluso, si hay condenas, resulta habitual que la impunidad se produzca mediante un indulto gubernamental, tal como se puede comprobar haciendo un rápido rastreo del Boletín Oficial del Estado. En el último informe, de 2008, del relator en materia de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo se hace mención también a la falta de investigación y sanción de los malos tratos a personas detenidas en régimen de incomunicación.

A nivel normativo, en este campo, uno de los hitos importantes de los últimos años ha sido la ratificación en el 2006, por parte del Gobierno español, del protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de Naciones Unidas. Resulta censurable, sin embargo, que aunque en el Plan se hace mención, aún hoy no se haya implementado las instituciones que deben desarrollar el Protocolo -los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura- ni se prevé un calendario o su futura composición. Y, por tanto, a estas alturas todavía no se practica la visita periódica de sus miembros en los centros de detención a fin de prevenir los malos tratos y la tortura. En esta materia, el Plan también podría haber incluido la propuesta de la prohibición de la prescripción de los actos de torturas en el actual ordenamiento penal.

En materia de libertad personal y cuerpos de seguridad del Estado el texto prevé la eliminación del régimen de incomunicación a los menores de edad. También resulta un paso decisivo la adopción de

medidas para la grabación de los detenidos durante el tiempo de permanencia en las dependencias policiales. Sin embargo, esta medida debería hacerse extensible a los interrogatorios y las imágenes estar a disposición de las autoridades judiciales, siempre que lo soliciten. Resulta innegable, en este sentido, la relación entre la arbitrariedad en el uso de la fuerza y la existencia o no de estos dispositivos de control. Basta con comprobar los efectos de los protocolos recientemente aprobados por el gobierno vasco y catalán -como el de la instalación de cámaras de videovigilancia- en la notable disminución de las denuncias por maltrato. Esta fue, precisamente, una de las recomendaciones que el relator para temas de tortura de la ONU, Teo Van Boven, hizo llegar al gobierno español en el año 2004. Todavía quedan por implementar, sin embargo, un conjunto de recomendaciones de aquel informe, que sin duda deberían permitir reducir considerablemente la práctica de los maltratos.

El Plan, así, no prevé reconocer el derecho del detenido a ser asistido por un abogado de su elección ni siquiera el derecho a entrevistarse con su abogado de oficio de forma privada, lo que el Comité de Derechos Humanos de la ONU considera una vulneración de los artículos 7,9 y 14 del Pacto de 1966. En este campo, el Plan sí reconoce el derecho del detenido a ser atendido por un médico adscrito al sistema público de salud, siguiendo las recomendaciones del Comité para la Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa, pero sigue sin reconocer que este médico pueda ser elegido por el detenido y no por otro organismo. El Comité de Derechos Humanos de la ONU también muestra su preocupación sobre el término de detención incomunicada -que se puede alargar hasta 13 días- y lamenta que no se haya modificado la legislación vigente a pesar de todas las recomendaciones realizadas por diversos órganos de la ONU, el CEPT del Consejo de Europa y expertos internacionales. Se trata de la misma preocupación que durante más de un decenio se ha venido expresando por uno de los regímenes de detención más severos de toda la Unión Europea y que, con su prolongación, puede en sí misma constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante, tal como afirmó la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ya en el 1997. La detención en régimen de incomunicación no sólo viola derechos importantes de las personas detenidas que son esenciales para garantizar un juicio justo sino que además ha sido criticada por órganos internacionales de derechos humanos porque facilita la tortura y otros malos tratos. Por ello, el Comité de Derechos Humanos de la ONU pidió, una vez más, su derogación en su último informe del 2008.

Todo esto se produce en un contexto donde el imaginario punitivo ha desplazado cada vez más el discurso de los derechos humanos. En el ámbito penal, por ejemplo, el ultraseguritario Plan contra la Delincuencia de 2002 sigue funcionando sin restricciones, se han aprobado nuevos delitos y se han agravado penas y formas de cumplimiento. En la práctica, todo esto ha significado más condenados y por más tiempo. Aunque España es, desde hace tiempo, uno de los estados europeos con menor índice de criminalidad, 20 puntos por debajo de la media, la población reclusa no para de aumentar de forma alarmante hasta alcanzar el índice de encarcelamiento por habitante más alto de Europa -166 por 100.000 habitantes-.

En las prisiones, las necesidades disciplinarias siguen predominando por sobre las de tratamiento o rehabilitación social y la población en régimen cerrado también se ha duplicado, persistiendo los departamentos especiales que permiten el aislamiento de los internos 23 horas al día y sin límites temporales.

En definitiva, una mayor sensibilidad institucional en todas estas cuestiones debería traducirse en una implementación plena y eficaz de las recomendaciones de organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas, Tratos Inhumanos o Degradantes. Esto exige redefinir esquemas mentales y prioridades: poner el énfasis en la defensa de las víctimas de abusos por encima de las “razones de Estado”.

En materia de reformas penales, en el Plan, se da cumplimiento a compromisos internacionales y a la transposición de decisiones de ámbito europeo, se contemplan reformas sobre temas como los crímenes de guerra –entre ellos, el reclutamiento de menores o la violencia sexual bajo tales contextos-. Resulta, sin embargo, preocupante la escasa atención prestada en el texto a otras obligaciones internacionales, incluidas recomendaciones expresas dirigidas a las autoridades españolas por los mecanismos temáticos de Naciones Unidas y los comités de vigilancia del cumplimiento de los tratados en materia de derechos humanos y que deberían motivar reformas en la legislación española.

De esta forma, en el texto no se encuentra ninguna revisión del conjunto de obstáculos legales y prácticos que contribuyen a que los derechos humanos puedan ser vulnerados sin consecuencias por sus responsables. Y ello resulta acorde, desgraciadamente, con la reforma del Código Penal impulsada por el Gobierno y anunciada, por la vicepresidenta del gobierno, como “la más dura de la democracia”. Un enfoque expansionista del poder punitivo estatal que encubre debilidades de fondo, de medios, proporcionalidad o de racionalidad técnica y que tampoco resuelve problemas que deberían encontrar una solución en otros ámbitos. El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe –no vinculante- aprobado el 26 de febrero de 2009, incluso, ha criticado algunas de las principales medidas propuestas, como la relativa a la nueva pena de libertad vigilada, a golpe de telediario y de las páginas negras de la prensa escrita. El recurso a medidas legislativas constituye tan sólo uno de los pilares de la política criminal que a su vez debe enmarcarse en un programa global, integral, dotado de medios idóneos y suficientes, si se quiere avanzar en la lucha contra la impunidad.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales lo primero que sorprende del Plan es la ausencia de los “derechos culturales” aunque en el texto se define la actual sociedad como “progresivamente diversa en lo cultural, en lo religioso y en lo racial”. Respecto a las garantías de los derechos humanos el texto remarca que los “derechos humanos valen lo que valen sus garantías” pero este valor otorgado a las garantías no se desarrolla suficientemente en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En función de los compromisos internacionales, el Gobierno debe garantizar los DESC como derechos subjetivos plenos y, por tanto, asegurar su tutela judicial efectiva mediante los recursos idóneos y efectivos de protección para evitar su vulneración. El texto reconoce el derecho a la vivienda digna pero no incorpora las recomendaciones realizadas por el Comité DESC de la ONU, el anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda, la antigua Relatora sobre los derechos humanos de los emigrantes con motivo de sus visitas oficiales en España. En este sentido, basta recordar las contundentes conclusiones del último informe del relator sobre el derecho a la vivienda: los países de la Unión Europea, España era el que más construía, el que más viviendas vacías tenía y el que menos vivienda asequible ponía a disposición de la población.

Las previsiones normativas -como la ley del suelo- aprobadas los últimos años, han reflejado un propósito de enmienda y la asunción del estrepitoso fracaso de la gestión neoliberal de la vivienda

y del territorio. El desarrollo de estas normas, no obstante, ha sido insuficiente, cuando no de una exasperante lentitud. Las escasas, y muchas veces discrecionales, ayudas en materia de vivienda distan mucho de lo que debería ser un servicio público orientado a garantizar un auténtico derecho, como la salud o la educación. Mientras, la consideración de la vivienda como un bien de inversión, como motor de la economía y alimento de las arcas públicas, continúa siendo el eje de la política estatal y de la mayoría de las comunidades autónomas. El Comité europeo de derechos sociales, en este sentido, ha manifestado recientemente que las obligaciones estatales en materia de vivienda implican la necesidad de conseguir resultados y no sólo adoptar medidas. Y el hecho es que este panorama se ha agravado con la reciente crisis financiera e inmobiliaria.

En la actualidad a las miles de personas que no podían acceder a una vivienda digna en el mercado de alquiler se suman ahora las miles de familias -muchas de ellas inmigrantes- que han perdido su casa o que corren el riesgo de perderla a causa de hipotecas que se han vuelto impagables. El Gobierno ha respondido anteponiendo los intereses de los señores del mercado a los ciudadanos de a pie y los colectivos más vulnerables. Así, casi una tercera parte del presupuesto público se ha destinado a empresas e instituciones financieras que en muchos casos, además de enriquecerse, han tenido una clara responsabilidad en la actual crisis. Medidas como la moratoria en el pago de las hipotecas o en el uso de las cuentas de ahorro-vivienda benefician más a los propios bancos que a los colectivos empobrecidos. El colmo de los despropósitos, en este sentido, ha sido la recientemente aprobada ley del “desahucio *express*” que pretende favorecer el acceso al alquiler facilitando el desahucio de los arrendatarios más vulnerables y en contra de la prohibición de regresión en la satisfacción de los derechos establecida en los Pactos internacionales de 1966. Es precisamente en contextos críticos como el actual cuando el Gobierno podría, por ejemplo con el presente Plan, demostrar su compromiso, no con los privilegios de unos pocos sino con los derechos de todos los habitantes, comenzando por el elemental derecho de todos a una vivienda adecuada y a una existencia digna. Resulta necesario un cambio de rumbo de raíz: poniendo límites a los precios abusivos del mercado privado de alquiler, creando un parque de vivienda pública asequible, suficiente y de calidad y sometiendo el sistema financiero a estrictos controles democráticos que permitan trascender la gestión neoliberal y productivista del territorio. Para conseguir tal objetivo, el Plan podría haber empezado integrando las observaciones generales del Comité DESC en materia de vivienda y las recomendaciones de los relatores de la ONU para garantizar las obligaciones de respetar, proteger y satisfacer el derecho a la vivienda digna.

En definitiva, se debe reconocer que la aprobación del citado Plan representa un punto de inflexión en la política gubernamental de protección y promoción de los derechos humanos. Existe, no obstante, un riesgo evidente de que muchas de las declaraciones positivas que contiene, no se reflejen en la práctica. Debería impulsar, para evitarlo, un compromiso más firme, público y visible que permita erradicar definitivamente las violaciones de las libertades y derechos como el de la vivienda de los colectivos más vulnerables. Por ello, resulta imprescindible, desde la sana autocracia, identificar y reconocer, los puntos más débiles de la actual política gubernamental en las respectivas materias. Y elaborar, después, técnicas más eficaces para asegurar un mayor grado de efectividad de los derechos reconocidos en las declaraciones o pactos internacionales de derechos humanos.

El derecho a la ciudad para las mujeres

Zaida Muxí Martínez

Prof. de Urbanismo - Universidad de Barcelona

Resumen

El artículo de Zaida Muxí explora el derecho a la ciudad desde la perspectiva de género. La autora muestra cómo el rol atribuido a la mujer ha justificado su exclusión del espacio público y por lo tanto del derecho a la ciudad. Señala, pues, que las mujeres no han estado presentes en el concepto de ciudadanía y de ciudad y que por lo tanto es preciso repensar los derechos y espacios para que tengan en cuenta la pluralidad de experiencias y necesidades de las mujeres.

Con este texto, se quiere introducir la experiencia de las mujeres y la perspectiva de género a la reflexión y construcción del derecho a la ciudad. El derecho a la ciudad no es abstracto, ni neutro, ni universal... eso podría parecer obvio, ya que desgraciadamente sabemos que las clases sociales y los orígenes, las culturas, razas y religiones nos hacen diferentes a la hora de alcanzar los derechos de ciudadanía (que también habría que redefinir y no dar por buena una definición supuestamente universal, abstracta y neutra, que se cree obvia y cerrada). Los derechos a la ciudad no son los mismos para los pobres e inmigrantes, la ciudad no los acoge de la misma manera que a los otros grupos sociales.

Se ha hecho referencia siempre en masculino, y no ha sido para usar el genérico, sino porque aquí reside un primer engaño de la neutralidad del masculino, cuando hablamos de derechos, y de derecho en la ciudad, este genérico no nos engloba a todos y menos a todas.

Lo que quiero decir es que el derecho a la ciudad además de sufrirse o disfrutarse de forma diferenciada según clase y raza, hay otra diferencia, que es transversal a las dos categorías citadas, y que es la exclusión debida al sexo justificada a través de la división de roles de género. Ya que el rol de género de la mujer se desarrolla en la privacidad, por lo tanto, partiendo de este mito, se construye la falacia de que el espacio público, que es el lugar en donde se hacen evidentes los derechos o la falta de derechos en la ciudad no pertenece a la mujer, por lo tanto, no necesita derechos a la ciudad. Encarna Bodelón, señala en los Apuntes para el debate del II congreso de mujeres de Barcelona 2009 que:

la dimensión social de la ciudadanía, el reconocimiento de derechos sociales, impulsado por los modelos de estado del bienestar, también se vio claramente recortado a las mujeres¹. Los modelos de estado del bienestar conectaron a lo largo del siglo xx el reconocimiento de los derechos sociales con un modelo de trabajo productivo prototípicamente masculino... En el contexto de la concepción de la ciudadanía vinculada

1 | Sainsbury, Diana, (ed) (1996), *Gender, Equality and Welfare States*, Cambridge, University Press, Cambridge.

al estado del bienestar la exclusión de las mujeres se ha definido como un problema de discriminación, de falta de acceso a los recursos y las oportunidades. Estas concepciones de la ciudadanía no se plantean que la permanente exclusión de las mujeres indica un fracaso del modelo de ciudadanía. El modelo de ciudadanía del estado del bienestar, que daba continuidad a la idea de familia formada por un jefe de familia que proveía los ingresos y un ama de casa que se hacía cargo del cuidado de toda la unidad familiar y quedaba alejada del mercado de trabajo, no fue cuestionado por la permanente «discriminación» que sufrían las mujeres. Ahora bien, definir la exclusión de género en términos de «discriminación» y no de opresión, de fracaso de todo un modelo, plantea muchas insuficiencias: la discriminación es un concepto que individualiza el problema, que convierte en un problema las personas excluidas. El concepto de discriminación trató a las mujeres como víctimas de situaciones individuales y no como el ejemplo del fracaso de una forma de entender la organización social, como el ejemplo de las insuficiencias de la ciudadanía liberal y de la existencia de opresiones no abordadas.

Por tanto, para hablar de derecho a la ciudad es necesario repensar derechos y espacios, desmontando los lugares asignados y desvelando que las mujeres no hemos estado presentes en la construcción del concepto de ciudadanía, ni de la ciudad.

Pensar el derecho a la ciudad desde la experiencia de las mujeres es poner en evidencia las carencias de las ciudades y las instituciones por ser corresponsables de las tareas de la reproducción. Mientras esta labor social no sea una corresponsabilidad no se alcanzarán derechos igualitarios para las mujeres en la ciudad. Las ciudades, los espacios públicos, los equipamientos y las sensibilidades para hacer ciudad serían diferentes si eso se reconociera, ya que los espacios en su construcción demuestran valores y prioridades, poderes y derechos. El urbanismo no es neutro, por lo tanto, si los valores que lo conforman no se modifican, la construcción de la ciudad para lograr un espacio igualitario de derechos no será posible.

Si las necesidades de la reproducción no son reconocidas como compartidas socialmente, alguna persona debe hacerse cargo de resolverlas. Pues, esta ciudad creada sobre una estructura patriarcal no ha sido pensada para que las mujeres tengan derechos. Como nos dice Simone de Beauvoir en su libro *El segundo sexo* “el establecimiento de la propiedad privada ha hecho de la mujer una pertenencia más de la sociedad patriarcal, sustraída de sí misma como ser humano y del espacio público.”

Las ciudades, - y no hace falta ir muy lejos en la historia, sino sólo pensar en la urbanización más reciente en el territorio catalán o español que se basó en la funcionalización específica del suelo, y que ha dado lugar a ciudades divididas en zonas aisladas: de residencia, ocio, trabajo y servicios,- están pensadas en resolver intereses de forma dualizada: reproducción y producción. De esta forma, se ha dejado fuera a las mujeres y otras personas “no productivas”, o en todo caso, se las ha incorporado como el engranaje de un funcionamiento del que es esclava. Ya que la carencia de servicios y transportes públicos en estas nuevas urbanizaciones se traduce invariablemente en más carga de trabajo para

las mujeres, se necesita más tiempo para cada actividad. No sólo la forma urbana deja fuera a la mujer por la distribución de las tareas de los roles de género sino que está reforzada por las remuneraciones desiguales que reciben mujeres y hombres por un mismo trabajo.

Entonces el reconocimiento de pleno derecho de la mujer se visibilizaría en la forma de hacer ciudad, y retomando el texto de Encarna Bodelón que nos explica que:

... el pleno reconocimiento de los derechos de ciudadanía de las mujeres se puede abordar desde perspectivas diferentes, que resumiremos en tres modelos (y lo que nos interesa es)...

c) El reconocimiento de las mujeres, para construir un modelo universal y diverso de ciudadanía. En este caso la construcción de un nuevo modelo de ciudadanía universal y global se basa en el reconocimiento, en la incorporación de la diversidad humana y, en concreto, en el reconocimiento de la experiencia de las mujeres a la hora de definir los derechos.

Pues ¿qué quiere decir el derecho a la ciudad para las mujeres, cuáles son los mitos o construcciones mentales que no nos permiten ser parte en igualdad de oportunidades de este espacio?:

1 - la división de tareas y capacidades debidas al sexo de nacimiento, es decir, que culturalmente se nos dan roles de género que nos sitúan a los hombres y mujeres en espacios y responsabilidades diferentes. Y a las mujeres nos ha sido asignado el interior y la esfera privada... nuestra experiencia ha sido desaparecida del pensamiento y la acción sobre el espacio público.

2 - Y lo que ya denunciaron los movimientos feministas de los años 60 y 70: las mujeres-objeto, la mujer objeto, reforzada por la publicidad que continúa colocando el cuerpo de la mujer como algo público en la calle, nos da una pista respecto a cómo se nos considera. Una mujer pública es lo opuesto a una mujer doméstica y domesticada.

¿Qué tiene que ver eso con el espacio público, con el derecho a la ciudad?

Pues que al no haber sido la mujer sujeto de creación de estos espacios, y ser una protagonista no esperada, este espacio no ha sido pensado ni reconocido para su apropiación y uso. Por eso hay muchos momentos en que las mujeres no nos sentimos bienvenidas en ciertos espacios, porque no ha sido pensado para nuestra presencia. Ha sido pensado para un ser abstracto, en realidad masculino, que no se siente cuestionando ni amenazado, por lo tanto, el sentimiento de miedo de las mujeres en el espacio público tiene que ver con la apropiación masculinizada de este espacio, tanto en su diseño como en su uso.

En la modernidad, se nos ha hecho visibles como seres públicos, productivos y políticos más tarde que los hombres, y de hecho, el reconocimiento del derecho de las mujeres en las actividades públicas,

como por ejemplo poder votar y por tanto ser votadas: en Francia en 1945, en Suiza en 1975... y en España la dictadura consideró a las mujeres todavía con menos derechos que los hombres, tanto en el mundo laboral como en el mundo educativo: siempre un apéndice del hombre. Por tanto, este atraso hace que los espacios en los que nos movemos y vivimos no hayan sido construidos y organizados considerando las experiencias ni necesidades de las mujeres.

Obviamente, me refiero a las experiencias en plural, ya que las mujeres no somos un grupo ni colectivo uniforme con únicos intereses ni filiaciones.

Para que el derecho a la ciudad sea real para las mujeres, además de cuestiones legales, económicas, sociales, culturales, existen características que tienen que ver con cómo ha estado y está construida la ciudad, con qué prioridades y para quién:

ANDROCÉNTRICO, JERÁRQUICO, INEQUITATIVO	“HUMACÉNTRICO” NO JERÁRQUICO EQUITATIVO
Dispersión	Ciudad compacta
Lejanía / separación	Proximidad / interacción
Monofuncional	Mixta
Prioridad vehículo privado	Prioridad transporte público
Prioridad vehículo privado	Prioridad personas - peatones
Segregación social / clasista	Mezcla social
Equipamientos mínimos y básicos con horarios restringidos	Equipamientos variados en programas y horarios, y como respuesta de necesidades reales
Mega equipamientos y mega comercio	Comercio y equipamientos de proximidad
Intereses privados y especulativos	De todos y todas

Pero, además si nos acercamos al paisaje real vivido, es decir, al que nos enfrentamos cuerpo a cuerpo, podemos comprobar cómo vivimos diferentes hombres y mujeres, los espacios urbanos. Hay que pensarlos desde las experiencias de las mujeres, ya que en tanto roles asignados, hacemos usos diferentes de la ciudad, en tiempos, recorridos, razones y compañía. Pensar la ciudad para el derecho de las mujeres es pensar complejamente y transversal, para favorecer la consecución de las actividades y obligaciones de la reproducción, la producción y los tiempos propios.

¿Qué le pedimos a la ciudad para tener igualdad de oportunidades y por tanto tener derecho a la ciudad?: Fundamentalmente que se tengan en cuenta las experiencias de las mujeres y que las responsabilidades derivadas de la reproducción no se apoyen en las mujeres, tampoco a las familias sino que para ser realmente valoradas y que se supere la consideración de una cuestión menor, la sociedad en su conjunto debe ser corresponsable de las tareas de la reproducción. ¿Cómo? con verdaderas políticas de visibilización y valoración de la esfera de la reproducción que resulte en un reforzamiento de los

servicios públicos. Esto significaría la construcción de una red compleja de equipamientos y servicios de proximidad pensados desde la corresponsabilidad hacia las necesidades de cuidado y atención a las personas.

¿Cómo? Con la participación real de todas las mujeres, empoderándolas, considerando las necesidades del mundo reproductivo, que como media en Catalunya le quita a las mujeres 21,3 horas semanales y 7 a los hombres (INE 2007).

Con el reconocimiento de las tareas de la reproducción, no se quiere decir que sea la mujer la que debe ser la responsable, ni quiero perpetuar este lugar. Pero hoy en día es imprescindible continuar denunciando y desvelando que, además de todas las tareas de responsabilidad pública que hemos alcanzado las mujeres, también mayoritariamente nos encargamos de las tareas de reproducción. Por tanto, hasta que la sociedad no sea corresponsable, y esto se demostrará con mejores equipamientos, mejor transporte público, ciudades cercanas y seguras para las personas dependientes, las mujeres no estaremos en igualdad de oportunidades que los hombres para escoger nuestro tiempo de producción, reproducción y el propio.

Por lo tanto, ¿cuáles son los aspectos que debemos tener en cuenta para aplicar la perspectiva de género en el urbanismo?

Como ha quedado explicitado, el urbanismo no es neutro. Cuando se conforma el espacio urbano se dan prioridades, se reflejan poderes y se visibilizan derechos. El género es una construcción cultural que asigna roles a cada sexo. Entendemos que la ciudad no debe contribuir a perpetuar la división de tareas entre mujeres y hombres, entre el mundo reproductivo y productivo.

La ciudad es nuestro espacio de socialización compartido, sin embargo, las mujeres y su experiencia de vida no están presentes en su definición. El espacio público, urbano o rural, de gran ciudad o pueblo, ha sido proyectado, gestionado, articulado sin considerar deseos, necesidades y actividades diversas de las mujeres.

Por tanto, para comprobar si las ciudades, en tanto que sustrato físico, construido, tienden a una igualdad de oportunidades reales para alcanzar el derecho a la ciudad tanto para mujeres como para hombres, debemos estudiar y analizar las características y usos del espacio público, los equipamientos, del transporte público y del acceso a la vivienda, para desvelar las diferencias o igualdad de oportunidades. Para poder efectuar una comprobación real de cómo viven el espacio urbano mujeres y hombres y por tanto si el derecho a la ciudad se da en igualdad de oportunidades la participación es imprescindible. Ella podrá servir para comprender y visibilizar lo que sucede en un espacio, para poner sobre el papel todo el conocimiento que acumula una comunidad sobre su propio territorio, concretamente la experiencia de las mujeres en su vida cotidiana.

Entendemos la participación como un proceso interdisciplinario y transversal, que debe estar presente y debe ser vinculante desde el diagnóstico de la planificación urbanística hasta la evaluación de ésta.

El segundo aspecto es el llamado espacio público que nosotras renombraríamos como espacio de relación. Este espacio, pensado para la equidad de género, favorece la autonomía y la socialización de las personas ya que ha sido concebido priorizando en su diseño las necesidades de mujeres y hombres. Para ello son imprescindibles: aceras amplias y activas que favorezcan la realización de

diferentes actividades, donde estén diferenciados los materiales, colores y texturas en los cambios de nivel, alcorque al mismo nivel de la acera; barandillas y rampas en las zonas con pendiente; pasos de peatones bien diferenciados y con semáforos que tengan en cuenta los tiempos lentos; bancos en la sombra que generen zonas de descanso a los recorridos urbanos y áreas de estancia. También hay que generar espacios intermedios de relación entre los interiores y exteriores, y cuidar la señalización, que debe facilitar la orientación, la identificación y la apropiación. El reconocimiento de la importante tarea de las mujeres en la sociedad debe ser visible el espacio público y uno de los mecanismos más inmediatos es llamarlos en femenino.

La oferta de equipamientos se amplía cuando la sociedad en la que se inscribe reconoce, asume y valora el trabajo derivado de los roles de género. El espacio de los equipamientos necesita entretejerse en el espacio público de la ciudad con la máxima permeabilidad y flexibilizando su utilización para maximizar la utilización de los espacios: el patio de una escuela, el aula multifuncional de un centro cívico, la hemeroteca de una biblioteca, la lavandería de una casa de estudiantes... son espacios que podrían compartir públicamente las tareas de la reproducción. Los equipamientos complementan la estructura urbana de las ciudades y hacen compleja la dualidad público-privado, interior-exterior, vivienda-ciudad otorgando espacios específicos de salud, aprendizaje, servicio, comercio, difusión cultural, esparcimiento, etc. Su distribución en el territorio en relación con los usos y a las redes de movilidad garantiza la calidad de vida, porque los convierte en estrategias para fomentar redes sociales, generar el intercambio de servicios y posibilitar diferentes tiempos de uso acercando su funcionamiento a la complejidad de la vida cotidiana.

Para equilibrar las responsabilidades, organizar las tareas reproductivas asignadas al género y proporcionar igualdad de oportunidades a mujeres y hombres, los equipamientos deben incorporar el “concepto de infraestructuras para la vida cotidiana” aportando nuevos espacios de actividades o equipamientos conforme la sociedad evoluciona. Una reflexión en torno a las experiencias diversas que se dan en la ciudad contemporánea, amplía el listado de necesidades, verifica que el espacio físico de los equipamientos debe proponer ámbitos para intercambiar, compartir, apoyar, integrar ... y planear “el tiempo de uso” como determinante para favorecer el acceso y la participación.

Una cuestión capital en la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres de acceder al derecho a la ciudad es la seguridad física y síquica o perceptiva, ya que la percepción de seguridad está vinculada a la capacidad de las mujeres para apropiarse del espacio adquiriendo autonomía, y no sentirse ajenas a los espacios públicos compartidos.

Entre los factores espaciales que colaboran a la percepción de seguridad están la visibilidad, claridad y alternativa de recorridos, la variedad de usos y actividades, y la presencia de gente diversa. Para favorecer el sentimiento de pertenencia y seguridad en los espacios públicos se debe tener especial cuidado de la iluminación de las áreas peatonales y se deben evitar los muros y las escaleras que generen rincones ocultos o de difícil acceso.

La oferta de medios de transporte y las características de los espacios de apoyo de la movilidad determinan formas y calidades de vida. Se debe ofrecer la mayor diversidad posible de opciones de movilidad, privilegiando los recorridos peatonales que se apoyan en la variedad funcional del tejido urbano.

Los transportes públicos deben dar respuesta a la variedad de horarios del mundo reproductivo, que genera unos recorridos que no son ni lineales ni uniformes. Debemos pensar la movilidad respondiendo a la diversidad y a la seguridad en todos los aspectos, facilitando la planificación de todas las actividades de la vida cotidiana y haciendo posible el acceso a la ciudad en igualdad de oportunidades.

La vivienda en su configuración representa los valores sociales que la crean y para demostrar que se reconocen las actividades del cuidado del hogar y de las personas, se deben hacer espacios adecuados. Las tareas del hogar deben ser compartidas, no deben ocultar ni dejar la responsabilidad en una sola persona.

Debemos aprovechar los edificios de viviendas para generar espacios de relación entre vecinos, proponiendo usos compartidos de servicios y construyendo espacios de tránsito entre lo privado y lo público. Es importante que en las plantas bajas se ofrezcan actividades variadas en relación directa con el espacio público y que favorezcan la seguridad del mismo.

Estamos ante un momento de cambio en nuestra sociedad, todos los valores existentes se deben reconstruir hacia un nuevo ciclo económico, social, cultural, demográfico, familiar... Es un momento de oportunidad para hacer oír la voz de las mujeres, debemos ser el agente de cambio hacia una sociedad sin discriminaciones y con igualdad de oportunidades verdaderas entre mujeres y hombres.

En síntesis, tenemos que hacer ciudad desde lo cotidiano y este cotidiano es aún hoy en día mayoritariamente femenino. Este cotidiano debe articularse en espacios masculinos, pensados y proyectados desde una experiencia específica que no nos incluye a todos ni a todas. Para hacer una ciudad inclusiva en derechos y en igualdad de oportunidades hay que sumar la perspectiva de género al proyecto, a la gestión y a la política de las ciudades.

Gestión del espacio público y derecho a la ciudad. El caso del trabajo sexual

Celeste Arella

Dones juristes - Observatori DESC

Resumen

Celeste Arella señala que en Barcelona las políticas municipales de gestión pública fomentan el uso del espacio urbano en beneficio de la atracción de turistas y capitales. Con este objetivo se ha impulsado una concepción de “civismo” que atenta contra el derecho a la ciudad de los colectivos urbanos en mayor situación de vulnerabilidad. La ponencia critica cómo esta concepción del civismo, plasmada en la *Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia en la Ciudad de Barcelona* aprobada por el Ayuntamiento en diciembre de 2005, atenta especialmente contra las trabajadoras del sexo.

Introducción

Si bien es verdad, como explica el profesor Juli Ponce¹, que el derecho urbanístico es el marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos, por cuanto debe procurar una mayor integración entre los diferentes actores sociales, evitando la formación de guetos, también es cierto que no podemos quedarnos sólo en el diseño urbano de las ciudades.

La mera expresión de deseos respecto a la necesidad de fomentar la cohesión social (según el Estatut d'Autonomía de Catalunya), la solidaridad (según el artículo 45.2 de la CE), o la inclusión o integración social, no bastan para su efectiva concreción, aunque es evidente que su incorporación en textos constitucionales o autonómicos constituyen el primer paso para su reconocimiento y su reivindicación.

En realidad, el derecho a la ciudad entendido como el derecho a disfrutar de un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes, que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad, solo puede hacerse efectivo a través de un cuerpo normativo coherente y cohesionado.

Hoy en día, concretamente en la ciudad de Barcelona, nos encontramos con políticas municipales de gestión del espacio público, que atentan contra el derecho a la ciudad, según la definición que acabamos de dar.

En las líneas que siguen, nos detendremos en el análisis de estas políticas y de cómo afectan especialmente a las trabajadoras del sexo que utilizan el espacio público como lugar de captación de clientes.

1 | Ver en Juli Ponce, *El derecho a la ciudad: elementos para superar la gestión neoliberal del espacio público*.

I | Las Políticas generales de ordenación del uso del espacio público

La ciudad de Barcelona está siendo objeto de un proceso de transformación importante, en lo que a la redefinición de los usos del espacio público se refiere.

Por un lado, se han estado desarrollando políticas de diseño urbano que fomentan la gentrificación de determinadas zonas de la ciudad, causando la exclusión de los sectores sociales de renta baja para reemplazarlos por las clases medias-altas de la sociedad.

La gentrificación ha sido como el proceso de remodelación de zonas o barrios de la ciudad, con un nivel de degradación urbanística importante y cuyos habitantes (propietarios o inquilinos) son de renta baja. Sin embargo, y a pesar de lo que pueda sugerir esta definición, omitir el proceso de remodelación del parque inmobiliario y el rediseño de los espacios públicos que lo integran, provocan de forma prácticamente sistemática, la expulsión de los vecinos que históricamente conformaban el tejido social, y su sustitución por la clase media (y alta de la sociedad). Ello es consecuencia de dos acciones concretas: por un lado, la revalorización desorbitada del precio de la vivienda, que deja de ser accesible para los sectores más marginados o empobrecidos, y por el otro, por la expropiación de las viviendas seguido de su posterior derribo, a fin de reaprovechar el espacio físico para nuevos usos².

Este proceso no es autosuficiente, sino que necesita de otras herramientas para poder alcanzar su máxima expresión. Concretamente en Barcelona, una de estas herramientas la encontramos en la *Ordenanza de Messures per Fomentar i Garantir la Convivència a la Ciutat de Barcelona*, aprobada por el pleno municipal el 23 de diciembre de 2005 y en vigor desde el 25 de enero de 2006.

Su elaboración y posterior aprobación ha sido el fruto de un largo proceso, a través del cual se construyó la categoría de civismo en función de los intereses políticos en juego. Los medios de comunicación han desempeñado un papel fundamental en este proceso de “concienciación sobre el civismo”. No hay más que remitirse a las noticias publicadas por algunos medios de comunicación en los períodos previos y paralelos al debate público que precedió a la aprobación de la ordenanza, como por ejemplo el diario *La Vanguardia*, que realizó una intensa campaña mediática durante el verano precedente, sobre los “problemas” de la ciudad derivados de las conductas indebidas de ciertos sectores de la sociedad (jóvenes haciendo botellón, skaters, actividades de ocio nocturno en el espacio público, prostitución, entre otras).

Por su parte, y a través de los diferentes Planes de Actuación Municipal que se han desarrollado desde el año 2004, el Ayuntamiento de Barcelona ha definido el civismo como una constelación de respeto, libertad, dignidad, compromiso y corresponsabilización en la búsqueda final del bien común.

La propia Ordenanza declara como finalidad de la norma la de “preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo, donde todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, de encuentro y recreo, con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los otros y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas existentes en Barcelona”.

2 | Para conocer los diferentes procesos por los que ha atravesado el barrio del Raval de Barcelona, que han dado lugar a este fenómeno urbanístico, se puede consultar SARGATAL BATALLER, A. La vivienda en el centro histórico de Barcelona. El caso de la Rambla del Raval, en *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Barcelona, Vol. VII, nº 146(069), 1/08/2003.

Sin embargo, más allá de esta incuestionable expresión de deseo, nos encontramos con que la concreción de las conductas en las que deben traducirse el respeto, la dignidad y la libertad, son claramente excluyentes.

En la práctica, y en lo redactado por la Ordenanza cívica, el término civismo ha sido definido desde lo negativo, poniendo el acento en aquellas conductas que los sectores de poder consideran desagradables, indeseables, inmorales, sucias, etc, a través de mecanismos sancionadores.

Las pintadas y/o *graffitis*, la prostitución callejera, el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, el uso indebido del mobiliario urbano, y la mendicidad, entre muchos otros, son las actividades que distinguen entre lo cívico y lo incívico, lo deseable y lo indeseable. Y yendo aún más lejos, entre los ciudadanos de primera (aquellos “civilizados” o “normalizados”) y ciudadanos de segunda (prostitutas, jóvenes, indigentes, etc.)

2 | El rol de la mujer en el espacio público

Para entender la inclusión de la prostitución callejera como conducta merecedora de sanción administrativa debemos remontarnos hacia finales del siglo XVII, momento en el que la división entre lo público y lo privado se construye en función de una clara discriminación por razón del sexo. Mientras lo público estaba destinado a lo masculino, la visibilidad, el reconocimiento y el éxito, la mujer quedaba relegada al ámbito privado, el hogar, lo afectivo, lo invisible.

Por eso, el adjetivo “público” o la expresión “de la calle” tiene diferente connotación según el sustantivo que lo complementa. Cuando nos referimos al hombre público, históricamente se ha asociado al hombre de negocios, exitoso, lleno de experiencias y vivencias, en tanto que cuando se habla de mujer pública o de la calle, su significado es totalmente opuesto, y el imaginario lo asocia a conductas sucias, impuras e indeseables. En otras palabras, mientras el hombre público es el que se expone a la mirada de los demás, la mujer pública es aquella accesible a todos.

Esta es una de las causas por la que las mujeres han sido relegadas de la vida pública, y, en consecuencia, el diseño de las ciudades también las ha tenido olvidadas durante mucho tiempo. Desde hace relativamente poco tiempo, se ha comenzado a considerar la cuestión de género en el diseño de las ciudades, los espacios públicos, la red de transporte público y los servicios. Poco a poco los urbanistas, arquitectos y políticas municipales han ido incorporando a la mujer en sus diseños de ciudad, aunque todavía de forma muy embrionaria.

La ocultación sistemática de lo femenino en la vida pública de las ciudades, ya sea porque eran relegadas al ámbito privado, ya sea porque la ciudad no está pensada para la mujer, acentúan la idea de que la presencia de trabajadoras del sexo en las calles es una forma de contestación y cuestionamiento del modelo de sexualidad imperante. El trabajo sexual que se pone de manifiesto en el espacio público de las ciudades, da visibilidad a la sexualidad femenina, históricamente entendida como patrimonio privado, exclusivo e indisponible.

Sin embargo, si cambiamos la óptica y entendemos a la sexualidad de forma más abierta y acorde con los principios rectores de una sociedad democrática y respetuosa de las libertades individuales,

y entendemos la ciudad desde una óptica economicista de interacción entre los individuos, podemos concluir que la prostitución, como oferta de servicios sexuales, forma parte de este mercado, excede el ámbito privado y pertenece a la vida pública.

3 | La Gestión municipal del trabajo sexual en las calles de la ciudad

Ya hemos repasado brevemente los procesos urbanísticos municipales y el rol de la mujer en la vida pública, especialmente a través de su manifestación más trasgresora como es la prostitución.

Pero, ¿cómo se conjuga esta actividad con la gestión de lo urbano?

La calle, o el espacio urbano, es aquel lugar donde conviven múltiples actores con distintas percepciones e intereses respecto del espacio público. Este conglomerado no necesariamente resulta homogéneo y la lucha constante por hacer prevalecer los intereses personales o propios de determinados colectivos, sobre los intereses de los otros, hacen difícil la cohesión social. Por eso, la calle es un sitio proclive a generar y albergar conflictos que obligan a una constante renegociación entre los agentes sociales y las instituciones públicas respecto a la utilización del espacio público.

Este es uno de los principales problemas a los que deben enfrentarse las trabajadoras del sexo. Por un lado, porque las trabajadoras sexuales carecen de voz ante la ciudadanía y ante los poderes públicos, están relegadas y, tal vez porque su presencia incomoda, no forman parte de la agenda social y política de diálogo³.

Por otro lado, porque la prostitución callejera suele situarse en zonas del centro histórico de las ciudades que, como hemos dicho antes, están sufriendo profundas transformaciones urbanas y sociales, y en los que confluyen los intereses públicos, comerciales, urbanísticos y turísticos, que exigen la intervención de la Administración.

Sin embargo, lejos de desempeñar un papel mediador entre las partes en conflicto, y aún más, lejos de procurar el respeto a la dignidad, a los derechos de todos sus habitantes, y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida, la actuación de la administración se limita a implementar políticas de exclusión y limpieza urbana. Es decir, quitar de las calles a todos aquellos *elementos* que puedan dañar la sensibilidad de los futuros vecinos de la zona, que rompan la estética limpia y agradable de cara al turismo y la actividad empresarial, o que puedan retrasar o atentar contra el ya mencionado proceso de gentrificación.

Para ilustrar mejor lo que se acaba de decir, se explicarán cuáles han sido y cuáles son las estrategias de gestión del espacio público en lo que a la prostitución se refiere.

Amparándose en la excusa de “evitar molestias a los vecinos” tales como los ruidos provocados por la música de los coches, las discusiones, la suciedad, la salubridad, etc, la gestión municipal supuso la zonificación del trabajo sexual, a través de diferentes mecanismos:

3 | Han existido intentos por parte de algunas trabajadoras del sexo más politizadas, de agrupar a las mujeres que se dedican a esta actividad en una especie de sindicato a fin de alzar la voz de forma conjunta y homogénea frente a la sociedad en general y a los políticos en particular. Sin embargo, las particularidades de este sector (mujeres de diferentes orígenes, con una gran carga familiar y problemas que van desde la organización familiar y económica hasta la persecución policial) y el estigma que recae sobre esta actividad, hacen que sea especialmente difícil movilizarlas en este sentido. Sin embargo, numerosas entidades trabajan con y para ellas e intentan hacer de interlocutoras ante la administración.

1. Uno de ellos se realiza mediante *decisiones urbanísticas y de movilidad*, como por ejemplo, reconducir la circulación del tráfico, cerrar determinadas calles, prohibir zonas de estacionamiento, o permitir la presencia de trabajadoras sexuales en zonas poco habitadas y horas poco transitadas. En Barcelona, esta estrategia municipal la encontramos especialmente ubicada en las zonas aledañas al Camp Nou y a las sedes de la Universidad de Barcelona, situadas en el barrio de Les Corts.
2. Otra forma de gestión (exclusión) se da a través de la *presencia policial* de cualquiera de los tres cuerpos (Policía Nacional, Mossos d'Esquadra y Guàrdia urbana), que inhiben a los clientes y provocan el desplazamiento de las trabajadoras.
3. El tercer mecanismo está dado por los controles de extranjería que lleva adelante la Policía Nacional. Estas actuaciones se realizan especialmente cuando existe presión vecinal en alguna zona concreta. Las quejas vecinales se manifiestan a través de denuncias telefónicas o bien a través de los medios de comunicación, que suelen hacerse eco del malestar vecinal. En los últimos años han sido numerosos los macro operativos policiales de control de extranjería, que han acabado con redadas importantes y gran cantidad de trabajadoras detenidas en el CIE Centro de Internamiento de Extranjeros y con procedimientos de expulsión incoados.
4. El último, actual y preferente es la denuncia de la Guàrdia Urbana. Antes de la aprobación de la Ordenanza también era un recurso de zonificación, aunque no destacaba especialmente. Al no encontrarse regulado por normativa alguna, la Guardia Urbana recurría al amplio y ambiguo concepto de “uso abusivo del espacio público” para sancionar a las trabajadoras del sexo que utilizaban las calles como lugar de captación. Con la aprobación de la ordenanza del civismo, se ha vuelto el instrumento predilecto de las políticas públicas de gestión urbana, para marginar, reprimir y expulsar al colectivo de trabajadoras sexuales del espacio urbano.

4 | La Regulación del trabajo sexual en la ordenanza del civismo

El artículo 38.1 de la Ordenanza tipifica determinadas conductas con la intención de “preservar a los menores de la exhibición de prácticas de ofrecimiento o solicitud de servicios sexuales en la calle”, y “prevenir la explotación de determinados colectivos”. Concretamente, el artículo 39 define las siguientes conductas que se persiguen:

- Ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en el espacio público cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público. La actuación de la guardia urbana debe limitarse a recordar a la trabajadora del sexo que la conducta que está realizando se encuentra prohibida y, si persiste, se le podrá sancionar por desobediencia a la autoridad.
- Realizar la conducta anterior a menos de 200 metros de centro docente o educativo (sin especificar si son universidades, parvularios o institutos). Sancionado con multas de hasta 750 euros.

- Mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público. Esta conducta será sancionable con multas de 1.500 a 3.000 euros.

Esta regulación se ampara en la protección de la sensibilidad de los menores frente a conductas sexuales implícitas. Sin embargo, del propio texto se desprende que la verdadera intención de la norma es evitar la visibilidad de la prostitución. El último apartado del artículo 39, transcrito más arriba, que limita la persecución únicamente a las conductas sexuales remuneradas, lo deja en clara evidencia. Parece que la lesión de la sensibilidad de los menores únicamente viene determinada por la gratuidad o no de la actividad sexual, y no por que ésta se realice en la vía pública, a la vista de todos⁴.

Por su parte, la limitación geográfica establecida en el artículo 39.2 es del todo ambigua y ha dado lugar a más de una actuación arbitraria de la policía. Por un lado, el término “centro educativo” puede ser comprensivo de casa de altos estudios, como las universidades, en las que es evidente que no hay presencia infantil. Además, esta prohibición de permanecer a menos de doscientos metros de escuelas o demás centros de enseñanza, sin establecer una franja horario para la prohibición, ha dado lugar a que, en más de una ocasión, se multara a trabajadoras del sexo por situarse a una distancia inferior en horarios nocturnos, en los que (una vez más), no está en peligro la sensibilidad de los menores⁵.

Por el contrario, otras medidas más constructivas y positivas desarrolladas por la ordenanza del civismo están siendo un absoluto fracaso. En concreto, el Plan para el abordaje integral del trabajo sexual, cuyo objetivo es coordinar las actuaciones de servicios dirigidos a las personas que ejerzan la prostitución en el espacio urbano, colaborar y establecer convenio con entidades, informar de servicios y derechos, no ha sido dotado de presupuesto suficiente para alcanzar los objetivos mínimos propuestos.

La recolocación laboral también ha resultado insuficiente, ya que no se ofrecen verdaderas alternativas, no se cuentan con los recursos necesarios, y deja en el olvido a la gran cantidad de trabajadoras sexuales inmigrantes sin papeles. Los planes de inserción laboral tienen implícita la exigencia de que la persona (en este caso, la trabajadora sexual) tenga permiso administrativo para trabajar, puesto que no se trata sólo de formar, sino también de que puedan insertarse en el mercado laboral normalizado mediante un contrato de trabajo. Sin embargo, el considerable aumento de trabajadoras sexuales de origen extranjero y su condición de irregularidad administrativa, tornan obsoletos estos planes y las buenas intenciones de la Administración quedan en papel mojado.

Esto deja en evidencia el poco, sino nulo conocimiento que, desde los poderes públicos, se tiene del trabajo sexual y de las mujeres que lo ejercen, y nos reafirma en lo que decíamos más arriba, de la poca voluntad política de acercarse al sector para conocer sus realidades.

4 | Tampoco es cierta la idea de que las trabajadoras del sexo presten el servicio (realicen la actividad sexual) en el espacio público. Éste sólo es utilizado por ellas para captar clientes, con el que, una vez cerrado el pacto comercial, se dirigen a pisos u hoteles en los que se cierra el acuerdo.

5 | Recientemente, el Observatori del Sistema Penal y els Drets Humans, de la Universitat de Barcelona, ha elaborado un informe sobre los problemas legales y las consecuencias prácticas que ha tenido la ordenanza en sus primeros años de aplicación. Ver: OSPDH, *Construcció del Civisme i Gestió de la Convivència a la Ciutat de Barcelona*, Barcelona, 2009.

Conclusión

En el tema de la prostitución en la calle existe una complejidad importante respecto a la distribución/asignación de los espacios públicos y privados en función del sexo. Los imaginarios sociales sobre el espacio urbano, los ideales de ciudades defendidas por las políticas públicas, muchas veces equivocadas en tanto que alejadas de la realidad diaria de la ciudad y su gente, buscan eliminar del espacio público aquello que representa pobreza y marginalidad.

Se asocia la multiculturalidad con incivismo y se limita el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Aún estamos lejos de un pleno derecho a la ciudad. Dentro del concepto de derecho a la ciudad, entendido como el derecho a disfrutar de un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes, está implícita la convivencia. Convivir significa compartir, establecer mecanismos de disfrute mutuo. Por ello el espacio público no puede y no debe ser apropiado por nadie. Su utilización no implica una apropiación y, por tanto, una exclusión del otro. Para ello es necesario que exista una voluntad de cada uno de los implicados en el conflicto para llegar a un acuerdo en el que se respete la libertad de todos.

Sin embargo, amparados en la promoción y el fomento de la convivencia ciudadana, ordenanzas municipales como la de Barcelona, limitan el derecho de las trabajadoras sexuales (y de otros muchos colectivos), a disfrutar del espacio público en pro de intereses turísticos, económicos y urbanísticos de la ciudad. Un claro ejemplo de esto es que su aplicación práctica se limita sólo a determinadas zonas de la ciudad, aquellas en la que se evidencia con mayor fuerza el conflicto de intereses en el espacio urbano.

Más allá de las controversias que puedan existir en el debate público sobre la prostitución callejera, debemos tener presente que muchas trabajadoras del sexo viven la calle, además de cómo su fuente de ingresos, como un lugar que les proporciona seguridad, gracias a su visibilidad, el contacto con compañeras, vecinas e incluso agentes policiales⁶.

No obstante, el papel coercitivo de la Ordenanza de Messures per Fomentar i Garantir la Convivencia a la Ciutat de Barcelona, no sólo criminaliza y atenta contra la libertad de las personas (en este caso trabajadoras del sexo) de hacer uso del espacio público, sino que provoca su expulsión directa de las ciudades y las relega a las carreteras, en donde la desprotección es absoluta.

6 | Para conocer con mayor profundidad la realidad del trabajo sexual callejero en la ciudad de Barcelona, puede consultarse ARELLA, C., FERNÁNDEZ, C., NICOLÁS, G., y VARTABEDIAN, J., *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*. Barcelona, 2007, Ed. Virus, 280 p.

Inmigración y trabajo en la Unión Europea: La Reinención de la esclavitud

Javier de Lucas

Prof. de Filosofía del Derecho - Universidad de Valencia - Presidente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado

Resumen

El objetivo del artículo es analizar las políticas migratorias y de asilo de la UE. En concreto, Javier de Lucas analiza la reforma legislativa emprendida por la administración de R. Zapatero de la ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y de la Ley orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El autor advierte sobre los riesgos de aprobación de las reformas en los términos actuales, que someten a las personas inmigradas a una infracondición jurídica y política y propone una reformulación que atienda a la “primacía de los derechos y al respeto a los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

I | El Contexto. La Omnipresencia de la crisis como argumento.

El título de esta intervención puede parecer exagerado, incluso demagógico. Y sin embargo estoy convencido de que las políticas de extranjería de la UE, las políticas migratorias y de asilo, configuran una mirada sobre el extranjero –en particular sobre el inmigrante- que recrean el status de esclavitud, de acuerdo con lo que hace tiempo denominé “síndrome de Atenas”. Un status de herramienta, de ausencia de titularidad jurídica o de reducción a una infracondición jurídica y política, que se concreta en una fragmentación de los derechos civiles, económicos sociales y culturales, y en la negación absoluta de los derechos políticos.

Todo ello se acentúa por el contexto que parece definir hoy tales políticas: la crisis. Es tal la utilización de la crisis como argumento que justifica todos los rotos y descosidos, que ya nadie parece esforzarse en tratar de justificar medidas que apelan al *trágala* como única actitud de los ciudadanos ante lo que está cayendo. Y en esa generalización del ver, oír y, sobre todo, *callar* que se impone para que los de siempre paguen los platos rotos que han dejado los antaño *masters* del universo, toca el turno al socorrido chivo expiatorio de la inmigración, o, para ser más exactos, a inmigrantes y refugiados. Así, en los últimos meses y al socaire de la crisis, se multiplican los discursos acerca de la urgencia de ofrecer respuestas *adecuadas* –véase contundentes, eficaces- frente al escenario de presión insoportable de los movimientos migratorios (y de refugiados) que pretenden llegar y aun instalarse en el privilegiado territorio de la UE, tanto los inmigrantes en sentido estricto como los refugiados. La propia UE ha dado muestras evidentes de la necesidad de avanzar en esa vía en el segundo semestre de 2008¹. Y el

1 | Me refiero, como botón de muestra, a tres instrumentos de política de inmigración, la Directiva de retorno, la Directiva *Blue Card* y el Pacto Europeo de Asilo e Inmigración.

Gobierno español parecería seguir un camino similar con sus recientes propuestas de reforma de la Ley de asilo y de la mal llamada Ley de extranjería².

El caso es que lo más preocupante, si se me permite enunciarlo así, no es –no es sólo– el daño que se acusa a esos grupos de población extranjera (inmigrantes, demandantes de asilo), estigmatizados y aun perseguidos de forma indiscriminada y vergonzosa, como lo acaba de ilustrar en España el bochornoso episodio de las redadas a la carta impuestas a la policía en aras de mostrar que se lucha denodadamente contra la inmigración ilegal, presentando irresponsablemente a los irregulares, una vez más como ejército de reserva de la delincuencia, cuando no su vanguardia. Lo peor es el daño que se causa al Estado de Derecho, a la democracia y sí, también a la cohesión social y a la capacidad de aunar esfuerzos para salir de la crisis. Por eso es tan difícil resistirse a evocar la actualidad de la alternativa propuesta por la jurista francesa Danièle Lochak ante los desafíos de la inmigración: *Face aux migrations, Etat de Droit ou état de siège*³. De suyo, tal alternativa no es una novedad y subyace a un reiterado enfoque del pretendido dilema entre libertad y seguridad, que aflora sobre todo ante amenazas graves como el terrorismo o la delincuencia organizada. Se trata de la tentación de optar por una lógica jurídica de la excepcionalidad, de la derogación o al menos suspensión de alguno de los principios y reglas del Estado de Derecho cuando se trata de regular el status jurídico de quienes son identificados como amenaza. En el caso que nos ocupa, no necesariamente presentados de forma expresa como agentes de un grave riesgo⁴ sino, al menos de partida, sólo como manifiestamente diferentes *qua* extranjeros.

De eso se trata, de afirmar o, lo que es más grave, de construir mediante el Derecho una visión de ajenidad radical que recupera la argumentación clásica –predemocrática– acerca del status demediado que corresponde al extranjero. Un trato discriminatorio, desigualitario, próximo al de la esclavitud, cuya justificación radicaría en el hecho de la diferencia y en la provisionalidad de su presencia. En efecto, esa presencia es concebida, si no como una sorpresa o como un riesgo sujeto a sospecha, sí como un fenómeno coyuntural, provisional, estrictamente dependiente de unas circunstancias (la necesidad de acudir a trabajadores que desempeñen tareas no cubiertas por la mano de obra nacional) que, al cambiar, modifican necesariamente la aceptación de esa presencia. Y los hacen manifiestamente no-deseables, o, por decirlo de otra forma, retornables, expulsables. Son por eso prescindibles y ello justifica el calificativo de nuevos parias, que ha utilizado entre otros Baumann. Aún más, son –deben ser– invisibles, de ahí que la suya pueda ser calificada, como lo hiciera Sayad, como una “presencia ausente”.

Eso parece subyacer en dos de las iniciativas más significativas emprendidas por el Gobierno en esta segunda legislatura presidida por Rodríguez Zapatero. Ya casi desde la toma de posesión del nuevo ministro de Trabajo e Inmigración, el Sr Corbacho, se lanzó el denominado “plan de retorno (voluntario)” presentado al comienzo del verano de 2008. Posteriormente, en Consejos de Ministros

2 | Se trata del proyecto de ley de reforma de la ley de Asilo de 1984 (modificada en 1994) y del anteproyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y obligaciones de los extranjeros en España y su integración social, que supone la cuarta reforma -en ocho años- de la LO 4/2000 de 11 de enero de 2000, modificada por la LO 8/2000, que introdujo importantes restricciones de derechos y luego por la ley 11/2003 y la LO 14/2003.

3 | Cfr. *Face aux migrations, Etat de Droit ou état de siège*, Textuel, 2007

4 | Aunque hay cierta zona gris argumentativa que asimila unos y otros supuestos: véase la aplicación del discurso sobre la lógica penal del enemigo al ámbito de la inmigración (sobre ello, permítase la remisión a de Lucas, 2005).

del 12 y el 19 de diciembre de 2008, se presentaron los dos proyectos de reforma legislativa, la reforma de la ley de asilo de 1984 y la reforma de la conocida popularmente como “Ley de extranjería” (*Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*).

Desde luego, podríamos referirnos a otras, que cabría calificar como “positivas”: por ejemplo, la adopción de convenios bilaterales con diferentes países emisores de inmigrantes en aras al reconocimiento de mecanismos de reciprocidad que permitan el ejercicio del derecho al sufragio en el ámbito municipal por parte de los inmigrantes, el establecimiento de acuerdos de cooperación con países africanos emisores de inmigración, o el Fondo de Ayudas para la integración de los inmigrantes, aunque respecto a esto último acabamos de asistir a una paradoja, a la que me referiré más tarde. Sin embargo, lo cierto es que son sobre todo esas dos medidas que he mencionado las que se relacionan directamente con el modo en que se va a gestionar los efectos de la crisis en relación con la presencia de los inmigrantes, y en particular la segunda, porque es la de incidencia más general y porque en su propia exposición de motivos se aduce ese argumento.

En lo que sigue quiero presentar una aproximación a la primera de las iniciativas de reforma legislativa con el objetivo de poner de manifiesto el riesgo de que, en caso de no ser objeto de serias modificaciones, se convierta en instrumentos de la opción por el segundo término de la alternativa. Pues lo que preocupa es que esos proyectos de reforma terminen siendo la prueba de la debilidad de nuestro Estado de Derecho, que, ante dificultades objetivas pero no parangonables en sus características a las amenazas dirigidas contra su supervivencia, reaccionaría renunciando a su propia aplicación, en aras de la lógica de la excepcionalidad. A mi juicio, de aprobarse en los términos en los que han sido presentados, se enviaría precisamente un mensaje de debilidad que desnudaría la pretensión de campeones de la lucha por los derechos y por la legalidad que tantas veces nos arrogamos.

Aún más. Conviene advertir que las consecuencias desbordan el ámbito de lo jurídico pues los riesgos alcanzan dimensiones más amplias. Como ha argumentado de forma tan clara como contundente Sami Naïr⁵, la perspectiva de nacionalismo económico propia de la lógica de la preferencia nacional que inspira en buena medida este repliegue no sólo pone en entredicho el proyecto mismo de la UE, sino que siembra las semillas de una fronda de xenofobia social que, sin temor a la exageración, evoca el contexto del auge de los fascismos en el siglo xx, indudablemente conectado a las respuestas a la gran crisis del 29. En la vanguardia europea de esa toma de posición se encuentra el Gobierno italiano de Berlusconi, cuya penúltima iniciativa resulta particularmente elocuente: El Senado italiano aprobó el 5 de febrero de 2009 la Ley de Seguridad, que aplica el ideario represivo y xenófobo de la Liga Norte sobre inmigración ilegal. El texto, que fue refrendado por la Cámara en marzo, prevé tasar el permiso de residencia con un impuesto de entre 80 y 200 euros, fichar a todos los *sin techo*, permitir a los médicos que denuncien a los irregulares. Como explicaba la senadora y portavoz parlamentaria del Partido Demócrata, Anna Finocchiaro, Italia ha pasado de regular la inmigración a lisa y llanamente perseguirla⁶. Pero esa fronda no parece que se detenga en Italia. Y alcanza a todos los otros visibles, inmigrantes y también refugiados.

5 | Cfr. Su “Xenofobia o Europa social”, *El País*, 7 de febrero de 2009.

6 | Pero el penosísimo episodio de la circular policial sobre cupos de irregulares a detener en cada comisaría en Madrid, denunciado el lunes 16 de febrero de 2009, primero desmentido y luego corregido por el ministro español de Interior, A. Rubalcaba, es un síntoma de que esa *patología de la razón* –por parafrasear un reciente libro de Axel Honneth– se extiende.

Los datos más recientes son inequívocos: en 2008, se registraron tan sólo 4.516 solicitudes de asilo en España, la cifra más baja del periodo 2001-2008, un 41.6% inferior a 2007 (7.622 solicitudes), de las que menos de la mitad se admitieron a trámite. Y de ellas, sólo se concedieron 151 solicitudes *strictu sensu*, el 2.91% de las admitidas a trámite (a las que habría que añadir 126 concesiones de protección complementaria).

2 | La Reforma en ciernes

El asilo es, como se ha dicho con frecuencia, un derecho en crisis, un derecho gravemente amenazado, a la baja. Y es que cada vez es más difícil que quienes huyen de persecución y buscan refugio puedan llegar hasta nosotros y, lo que es peor, obtengan el reconocimiento del asilo. La externalización de las fronteras (la adopción por la UE de la estrategia de Schengen de círculos concéntricos para el control policial de los movimientos migratorios y de refugiados) crea espacios de contención cada vez más difíciles de superar. Eso obliga en buena medida a los refugiados a adoptar la estrategia de seguir a los inmigrantes irregulares, con los que se confunden. Y una de las consecuencias es que son tratados como ellos y ni siquiera se les da la posibilidad de demandar asilo.

En lo que se refiere al proyecto de reforma de la ley que regula el derecho de asilo, que acaba de comenzar su discusión parlamentaria, los argumentos justificativos siguen dos líneas. Así, de un lado, se aduce que el proyecto sería un avance en el estándar de protección internacional de este derecho y ello porque, al decir de la exposición de motivos, “equipara los dos estatutos en que ésta se traduce, el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria”, “recoge de forma expresa las características de género y de orientación sexual como causas que pueden dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado”, y “facilita el reasentamiento a un número de refugiados establecidos en países limítrofes al de su origen y donde, pese a ser refugiados, no tienen garantizada la no devolución a éste” mediante la fijación de un cupo anual y con la intervención del ACNUR, además de regular con precisión el papel del ACNUR. En la segunda línea argumentativa, la armonización con el modelo europeo, se señala ante todo la contribución de esta reforma al objetivo prioritario de distinguir con claridad los ámbitos del asilo y la extranjería y se aduce la conveniencia de recoger las últimas orientaciones de la normativa europea, la exigencia de ajustar la legislación española a las directivas europeas y a los postulados expresados en el referido Pacto europeo de asilo e inmigración, encaminados a crear un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

Pero las críticas son evidentes. De un lado, como argumento de principio, es preciso clarificar de qué se habla cuando se invoca la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la normativa europea. Y así, respecto al asilo, conviene recordar como ha advertido el ECRE (Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados)⁸, que las directivas de la UE son normas mínimas, es decir, que no justifican regresiones o recortes. En materia de interpretación y aplicación del derecho comunitario,

7 | Se llama protección subsidiaria a la que se otorga a personas que no son reconocidas como refugiadas, pero que están necesitadas de una protección internacional por otros motivos

8 | www.ecre.org. Cfr. Asimismo www.cear.es

el criterio básico es siempre el de la prioridad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y por eso, la cláusula reiterada recuerda que los Estados tienen competencia para aplicar la norma más favorable, es decir, que la aplicación de las directivas europeas (por ejemplo, la tristemente célebre directiva de retorno) se supedita siempre a aplicar la norma vigente más favorable a los derechos.

Dicho de otra forma, como ha insistido la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), los cambios legales deben recoger lo que es considerado como mínimo en las directivas, cuando sea necesario y no exista norma nacional mejor que sea aplicable, no afectando a aquellas materias en las cuales la protección, las garantías y los derechos reconocidos superan el contenido de la misma; por tanto la política de la UE no obliga a ningún recorte, si se apuesta por esta opción se hará desde la responsabilidad de cada gobierno⁹. Lo que conduce al segundo test. En efecto, no basta con afirmar como argumento justificativo que se trata de reformas progresistas que amplían derechos. Hay que examinar, en efecto, si los derechos en concreto se ven ampliados en su reconocimiento y garantía. Y aquí el balance es mucho menos positivo de lo que se pretende e incluso resulta seriamente preocupante. Quizá la objeción de fondo es la supeditación de la regulación del asilo a lo que parece constituir la prioridad de prioridades del Pacto europeo mencionado, la obsesión por “dominar” los flujos migratorios en propio beneficio y la fijación en el objetivo de “controlar la inmigración ilegal y adecuar todos esos movimientos de personas a las necesidades del mercado de trabajo europeo y de su economía productiva”. Por eso, concretamente, el principal riesgo del Pacto europeo en materia de asilo, es que derive en una coartada que justifique que los Estados miembros sacrifiquen el asilo en aras de la eficacia en la lucha contra la inmigración clandestina.

Sin duda, el proyecto de reforma tiene aportaciones positivas. Entre ellas, hay que reconocer el esfuerzo por sistematizar la normativa, el avance en la protección subsidiaria, el compromiso de abrir un cupo anual de reasentamiento de refugiados y el tratamiento de la dimensión de género.

Pero es imposible ignorar los riesgos que el proyecto introduce precisamente en punto a garantizar de forma más amplia y eficaz el derecho de asilo. En el exhaustivo informe presentado por CEAR acerca de este proyecto de ley se argumentan esos retrocesos, comenzando por la definición misma de la protección internacional en que debe consistir el asilo, y que debería ampliarse en lugar de estrecharse, siguiendo por las reglas y condiciones de reconocimiento, los riesgos que afectan a la unidad familiar (algo que se aprecia también en la propuesta de reforma de la “ley de extranjería, uno de cuyos defectos fundamentales es el vaciamiento del derecho a la unidad familiar, al introducir un modelo hiper-restrictivo del reagrupamiento familiar), y el trato a menores y otras personas vulnerables. Pero baste con tres ejemplos: de entrada, resulta preocupante el recurso –que se ha demostrado restrictivo e incluso pernicioso- a la noción de listas de “países seguros” que excluirían la posibilidad de plantear la demanda de asilo, al no existir oficialmente “persecución”. Además, debería corregirse el recorte

9 | Por otra parte, conviene llamar la atención sobre las observaciones formuladas en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo . Un sistema europeo común de asilo más eficaz: el procedimiento único como próxima fase». El CESE subraya la conveniencia de un procedimiento único para garantizar la integridad de la Convención de Ginebra de 1951. Y recomienda la prioridad del examen de la condición de refugiado sobre el de la protección subsidiaria, la necesidad de hacer efectivo un derecho de recurso jurídico suspensivo de conformidad con las convenciones internacionales y europeas de derechos humanos o el libre acceso a los solicitantes y a los expedientes que hayan presentado con vistas a facilitar el acceso y el uso de ese derecho de apelación ante un tribunal.

del papel y de las atribuciones del ACNUR y finalmente es inaceptable la eliminación de la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado en las misiones diplomáticas españolas. La primera de las objeciones supone una incoherencia con el espíritu mismo de la Convención de Ginebra de 1951, al incorporar ese concepto de *terceros países seguros* y, de forma implícita, el de *países de tránsito seguros*. Esto permite ignorar precisamente lo que es decisivo en un derecho como el de asilo, el examen de las circunstancias personales de los solicitantes de asilo y, por el contrario, supone generalizar una práctica de rechazo automático de determinados tipos de solicitudes. La “mecanización” del procedimiento se refuerza por la decisión de mantener el actual procedimiento de inadmisión a trámite y su aplicación en frontera. Aún más, se refuerza este modelo procedimental y se introduce un nuevo ‘procedimiento acelerado’, que supondría, de hecho, una nueva variedad de esta práctica tan generalizada. Además, no se contempla el acceso al recurso con efecto suspensivo de la salida obligatoria o procedimiento de expulsión. En segundo lugar, aunque se crea un capítulo que sistematiza y da relevancia teóricamente a la función del ACNUR, desaparece la mención al ACNUR en el procedimiento en frontera y la garantía adicional de la suspensión del retorno cuando exista su informe favorable. Asimismo, se debilita el papel de las organizaciones sociales en el procedimiento, omitiendo cualquier referencia a su papel en el estudio de los casos en la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio o, al menos, la posibilidad de remitir informes de apoyo. Es grave además el debilitamiento de la asistencia letrada en una referencia genérica a la formalización de la solicitud de asilo. Por último, resulta particularmente difícil de aceptar, si se trata de una ley que quiere reforzar el derecho, la medida que supone la desaparición de la posibilidad de solicitar asilo en España por vía diplomática. En un contexto de creciente dificultad en el ejercicio de este derecho, esta desaparición desvirtúa la institución del asilo y la transforma en la práctica en una figura decorativa sin incidencia real en una situación mundial en la que no cesan de incrementarse los motivos que obligan a millones de personas a huir de su país para buscar refugio seguro. Podemos sintetizar las críticas expuestas en los siguientes puntos:

- (1) La limitación del objeto de la Ley a los nacionales no comunitarios (artículos 1 y 2 del proyecto), por ser contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 3 de la Convención de Ginebra.
- (2) La supresión de la vía diplomática para la presentación de la solicitud de asilo (artículo 14).
- (3) La introducción como nueva causa de exclusión de supuestos que en la Convención de Ginebra sólo se contemplan para la cesación del estatuto, una vez reconocido el mismo.
- (4) La inclusión de una causa de exclusión relativa a la comisión de delitos graves, lo que supone una ampliación de las causas de exclusión contempladas en el art. 1 F b) de la Convención de Ginebra.
- (5) La causa de revocación del estatuto de refugiado prevista en la letra c) del artículo 40 (“que la persona beneficiaria participe en actividades contrarias a los intereses generales, a la soberanía de España, a la seguridad del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países”), un supuesto no incluido en el artículo 14 de la Directiva 2004/83/CE y que significa una extensión de los motivos de exclusión contemplados en los artículos 1 F y 42 de la Convención de Ginebra.
- (6) La ausencia de control judicial efectivo, al no declararse el efecto suspensivo del recurso de inadmisiones y denegaciones de las solicitudes en frontera, particularmente a la vista de la modificación del papel del ACNUR en dicho procedimiento.

- (7) La inclusión de un procedimiento abreviado en la tramitación de solicitudes posteriores al mes o cuando la persona tenga incoado expediente de expulsión, acordada su devolución o el rechazo en frontera.
- (8) La aplicación de las causas de exclusión en el procedimiento en frontera, pues la ampliación de diez días en caso de que el ACNUR muestre su desacuerdo con la propuesta del gobierno empeora la regulación actual.
- (9) La falta de formación de los profesionales implicados.
- (10) La falta de previsiones en relación con los grupos especialmente vulnerables; en especial, polizones, menores no acompañados y víctimas de trata.
- (11) La confusa redacción del artículo 7 (motivos de persecución) en su apartado 1 e), relativo a la persecución por motivos de género y por orientación sexual.
- (12) La falta de claridad sobre cuándo se van a usar los diferentes procedimientos que recoge la ley para el procedimiento en territorio, no delimitándose la aplicación de una u otra modalidad del mismo. Destacamos especialmente la confusión entre abreviado y admisibilidad.
- (13) La consideración de un país de origen o tránsito seguro como causa de inadmisión, por ser contrario al principio de no discriminación recogido en el artículo 3 de la Convención de Ginebra, lo que elimina el examen individualizado de la solicitud.

3 | Algunas Propuestas

Aún se está a tiempo de modificar el proyecto. La mayor parte de los grupos parlamentarios de las Cortes españolas han formulado enmiendas que recogen en buena medida las críticas enunciadas. Cabe todavía la esperanza de que se obtenga en España un pacto de Estado para evitar el deterioro de un derecho cada vez más amenazado. Y aún más. Pese a que los indicios apuntan en otro sentido, cabe la posibilidad de que España aproveche su próxima presidencia de la UE, en enero de 2010, para apuntar hacia una política europea de asilo más abierta, más acorde con las exigencias de ensanchar el asilo puesto que las formas e instrumentos de persecución que hacen necesario el asilo no sólo no han disminuido sino que se han incrementado y diversificado. Un test a ese respecto sería la puesta en marcha de la Oficina Europea de Asilo, que debe comenzar a actuar precisamente bajo la presidencia española.

Tal y como se recoge en el Informe CEAR 2009, CEAR ha presentado algunas propuestas sobre las que construir ese pacto de Estado en torno al derecho de asilo, que podrían extenderse quizá al ámbito de la UE y que resumiré para finalizar. Pero antes, querría plantear las líneas o principios que deberían inspirar una reforma del derecho de asilo, hoy.

Ante todo, convendría partir de un concepto de derecho de asilo más amplio, más adecuado a los cambios que ha experimentado la sociedad internacional, tal y como se evidenció en los debates en torno al 50 aniversario de la Convención, hace casi diez años. CEAR sostiene que debe eliminarse la diferenciación entre el derecho de asilo, la condición de refugiado y la protección subsidiaria y superar el marco estrecho de la definición de la Convención de Ginebra de 1951 y del protocolo de Nueva

York del 67. El punto de partida de una reforma realmente progresista debiera ser este nuevo concepto del derecho de asilo que, en los términos de esa propuesta, se definiría así: “El derecho de asilo es la protección otorgada a las personas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 21 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967, o a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en esta ley en virtud de compromisos regionales e internacionales y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país del que se trate”

Por otra parte, la interpretación restrictiva del temor a la “persecución”, clave para identificar a los demandantes de asilo, debería ampliarse, de acuerdo con las recomendaciones de ACNUR: Como señala el apartado 51 del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, publicado por el ACNUR, no existe una definición universalmente aceptada del concepto de persecución y los diversos intentos de formularla han tenido escaso éxito, por lo que se debería mantener una redacción con la suficiente amplitud que descarte prácticas restrictivas injustificadas: “Toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución”.

Y es que el punto de partida de toda reforma debe ser tomar en serio, con instrumentos e iniciativas concretas, la prioridad de los derechos humanos en la política exterior de la UE –tal y como lo proclama constantemente la propia UE- y muy concretamente en lo que se refiere a las políticas de inmigración y refugio. A esos efectos, sería necesario que tanto España como la UE se comprometan de modo eficaz en la lucha contra la impunidad, que es una de las claves de los desplazamientos forzosos de los refugiados. Por eso, es necesario reafirmar el compromiso de la legislación interna estatal y de la comunitaria con el principio de jurisdicción universal contra crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad.

Más concretamente, en el ámbito de la política de inmigración y de refugio, es necesario detener el proceso de externalización de fronteras que traslada a países terceros las competencias a la hora del control de los movimientos migratorios y también de los eventuales solicitantes de asilo, sin que se exija a esos países ni la ratificación de los instrumentos internacionales que establecen el *standard* mínimo internacional respecto a los derechos, ni, menos aún, la garantía efectiva de los mismos. Una medida necesaria es que todo convenio de cooperación en esta materia se condicione o pase el control regular (por ejemplo, anual) de un proceso de certificación a ese respecto, que debería tener sede parlamentaria (por ejemplo, en España, en el Congreso de los Diputados).

Un tercer elemento consistiría en establecer un compromiso plurianual de reasentamiento que no debe ser entendido como un sucedáneo respecto a los procedimientos de asilo *tout court*, sino como una solución duradera para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los refugiados, a la par que una herramienta de corrección, de equilibrio en la distribución de la responsabilidad y solidaridad entre los Estados miembros de la UE.

Un cuarto criterio es la mejora de un instrumento básico de las políticas estatales y europeas, los Centros de internamiento de extranjeros. Es necesario adecuarlos a los *standards* de respeto de los derechos, comenzando por la información sobre la posibilidad de solicitar el asilo. A esos efectos, Migreurop ha iniciado una campaña para exigir el libre acceso a esos centros por parte de las ONG para garantizar el control de los mismos.

Los más vulnerables, aquellos cuyas necesidades básicas se encuentran más amenazadas, no pueden ser los paganos de la crisis que nos afecta a todos pero que golpea más duramente a quienes tienen menos defensa. Esa es la situación de los inmigrantes y, desde luego, de los refugiados. Una política coherente con los principios que proclamamos debe situarlos como prioridad y no hacer de ellos una mercancía, una coartada de relegitimación y consumo interno. ¿Estará ese debate en la agenda de las elecciones europeas?

El objetivo de una reforma en serio debería ser aproximarse a uno de los elementos que definen una *sociedad decente*, algo que podríamos definir en los términos propuestos por Péguy, una “ciudad sin exilio”. Por eso, sería de desear que se aproveche esta oportunidad de reforma para enviar el mensaje en positivo que pueda significar una apelación a recuperar en el ámbito de la UE el espíritu de Tampere o, para ser más exactos, la fidelidad a los principios proclamados por la propia UE como constitutivos, tanto en la frustrada *Constitución europea*, como en el farragoso Tratado de Lisboa: la primacía de los derechos y el respeto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran, de un lado, los Convenios de Ginebra y los Protocolos de Nueva York y, de otro, la Convención de 1990 de la ONU sobre derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias. Sería un buen prólogo para la inminente presidencia española de la UE en 2010, una oportunidad para mostrar una imagen de la UE diferente, comprometida con la legalidad internacional, un buen argumento para recuperar la presencia fuerte de la UE como agente en las relaciones internacionales.

Los trabajos invisibles: Reflexiones feministas sobre el trabajo de las mujeres

Gemma Nicolás Lazo

Doctora en Derecho y Profesora del Master Oficial de Criminología y Sociología Jurídico-Penal

Resumen

El artículo de Gemma Nicolás Lazo expone cómo la división sexual del trabajo propia del sistema patriarcal excluye a las mujeres de la llamada “esfera pública” e invisibiliza el trabajo que tradicionalmente vienen realizando. En cambio, cuando las mujeres han ido conquistando un lugar en el mercado laboral lo han hecho a cambio de una mayor precariedad e inestabilidad. Además, se presentan como casos paradigmáticos de precariedad en el empleo el servicio doméstico y el trabajo sexual.

Como provocativamente afirma Teresa Torns¹, las mujeres ya vivían la crisis antes de la “crisis”. Las mujeres llevan mucho tiempo conociendo la invisibilidad del trabajo del cuidado o reproductivo que realizan casi en exclusiva, la precariedad en el empleo, y las consecuencias que ello provoca en su deficitario acceso a la ciudadanía y a los derechos sociales.

En este breve texto se rastrearán someramente el origen del modelo de ciudadanía laboral que se viene configurando desde los albores de la Modernidad, para reflexionar después sobre el porqué de la invisibilidad del trabajo reproductivo. Finalmente, acabaremos el artículo con un breve recorrido por los vericuetos de la precariedad femenina.

I | Introducción: Rastreado el modelo de ciudadanía laboral

Como es bien sabido, el sistema liberal burgués se edificó sobre la exclusión de las mujeres de la esfera pública y política y sobre su opresión en la esfera privada o familiar. Pateman (1995) explicó como nadie la configuración ilustrada de la opresión de las mujeres mediante el análisis de la teoría política moderna y, principalmente, de los teóricos contractualistas clásicos. Para ello recurrió a la “dimensión reprimida” del contrato social, a su parte necesaria pero silenciada, el contrato sexual. Este otro contrato construyó a los hombres como “libres” e “iguales” de nacimiento, pero relegó a las mujeres a la familia, propiciando su dependencia, opresión y falta de derechos (Pateman, 1995).

1 | Conferencia en las Jornadas organizadas por Surt el 13 de mayo 2009 en Barcelona, con título *Repensar l'economia i els treballs de l'experiència de les dones*.

Así, los hombres firmaron el pacto y acordaron su sometimiento a un gobierno común que mirase por el interés general de todos y se ocupase de la esfera pública, valorada socialmente, mientras las mujeres se vieron relegadas al ámbito privado, el todavía reino de la naturaleza. El contrato sexual por excelencia que convertía a las mujeres en “siervas” (ofrecían servicios domésticos, sexuales, de cuidado, etc.) es el matrimonio, que a su vez no podía ser un contrato civil ya que una de las partes contractuales, las mujeres, no eran individuos libres e iguales. De alguna manera, pues, el matrimonio también se presentaba como natural, igual que el derecho del marido sobre las esposas y la inferioridad de éstas (Pateman, 1995).

El derecho liberal fue un buen testigo y artífice de ese contrato sexual. Por medio de numerosas normas se desposeyó a las mujeres de una existencia jurídica propia². Por su parte, los discursos ilustrados hegemónicos perfilaron a la perfección la construcción de lo “femenino”, imponiéndole a ese ideal las funciones de esposa tierna, madre abnegada y diligente gestora del hogar (Morant y Bolufer, 1998). Estas funciones se naturalizaron vinculándolas a la esencia y la fisiología femeninas (emotividad, domesticación, dedicación a la maternidad, etc.), naturalizando, por tanto, la opresión de las mujeres. La maternidad se convirtió en la institución femenina triunfante.

El contrato sexual funcionó como pieza indispensable en la consolidación y desarrollo del capitalismo industrial que se estructuró según la división sexual del trabajo (Pateman, 1995). El género binario –femenino y masculino– se convirtió en el sustento de la división sexual del trabajo que reparte las actividades sociales entre mujeres y hombres estableciendo entre ellas no relaciones de complementariedad sino de explotación. Las mujeres se harían cargo del trabajo reproductivo y de cuidado, mientras que a los hombres les estaría destinado el trabajo productivo, actividad valorada socialmente. Este sistema supondría el control directo de los hombres sobre el trabajo productivo y reproductivo de las mujeres a través de controles sociales llevados a cabo por instituciones sociales como el matrimonio tradicional (Izquierdo, 2003).

Esa división sexual del trabajo se relaciona con las dos esferas separadas construidas idealmente por el liberalismo: la esfera pública (masculina y valorada) que estaría centrada en lo social, lo económico, lo político y relacionada con el componente objetivo de las necesidades humanas; y la esfera privada o doméstica (femenina e invisibilizada), que estaría centrada en el hogar, los lazos afectivos y relacionada con la parte (siempre olvidada) subjetiva de las necesidades humanas. Las necesidades humanas son de bienes y servicios, pero también de afecto y relaciones. Necesitamos alimentarnos, vestirnos, protegernos del frío y de las enfermedades, estudiar, educarnos, pero también necesitamos cariños, cuidado, aprender a establecer relaciones y vivir en comunidad. Y esto requiere algo más que solo bienes y servicios.

Ya posteriormente, en el modelo de producción fordista, el modelo de ciudadanía moderno –masculino– está basado en la actividad laboral remunerada siguiendo la ecuación “trabajo=derechos” (Mestre, 2006: 45). El trabajo es el elemento que da valor y otorga derechos a una persona. Un ciu-

2 | La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 atribuía solo derechos al hombre y al ciudadano, no a la mujer o ciudadana. En ese mismo año se promulgó la Ley Sálica y se excluyó a las mujeres del derecho de voto. En 1793 se excluyó a las mujeres del ejército. La constitución de ese año las excluyó de cualquier derecho político. Finalmente, el Código Napoleónico de 1804 declaró la inferioridad de la mujer e instauró el deber de obediencia de la esposa al marido.

dadano o ciudadana tienen derechos en tanto y en cuanto es trabajador o trabajadora en el mercado productivo. Como vemos, este modelo parte de un ideal de familia nuclear donde el hombre es el proveedor de ingresos (ganador-de-pan), de cuya actividad se desprenden los derechos sociales para él y para el resto de la familia, que sólo los puede gozar de manera dependiente en tanto esposa (ama-de-casa) o hijas/os del trabajador. Por algo “la relación de las mujeres con la ciudadanía y los derechos sigue siendo una relación incompleta” (Mestre, 2006: 43).

2 | La invisibilidad del trabajo reproductivo

Podemos definir el trabajo reproductivo como aquel que comprende las actividades destinadas al cuidado del hogar y de las personas que viven en él, de la familia en sentido amplio y que se hacen en el ámbito privado. Se denomina reproductivo para diferenciarlo del trabajo de mercado o productivo, que es el que pertenece oficialmente a la esfera de lo público. Como ya hemos avanzado, estos dos distintos espacios, y trabajos, que forman parte de los procesos de la vida y de la reproducción no gozan todos del mismo reconocimiento social, sino que existe entre ellos una jerarquía, una componente de valor, resultado de una larga tradición patriarcal liberal (Torns y Carrasquer, 1999).

Según Teresa Torns, las tareas que comprende el trabajo reproductivo se podrían agrupar en cuatro grandes bloques (Torns, Carrasquer, Parella y Recio, 2007):

1. Cuidado y mantenimiento de la infraestructura del hogar (limpieza, alimentación familiar, orden general, compras, etc.).
2. Cuidado y atención de la fuerza de trabajo presente, pasada y futura, es decir, el cuidado de todas las personas de la familia: trabajo social, sanitario, educativo, psicológico de todas las personas de la familia dependientes o no (niñas/os, jóvenes, personas adultas, personas ancianas). La “dependencia” puede ser por edad (niñas/os, ancianas/os, etc.) o por salud (enfermas/os). También se habla de otra dependencia, la psico-social, que se relaciona con la socialización de los hombres que no aprenden ni a cuidar ni a cuidarse y se hacen dependientes de los cuidados y de su subsistencia en la vida cotidiana. La dependencia como proceso humano y social se ha mantenido oculto mientras han sido las mujeres quienes se han hecho cargo de él de manera gratuita (Carrasco, 2007: 153).
3. Organización y gestión del hogar y la familia. Mediación entre la familia y los servicios privados y públicos existentes. Se refiere a gestiones burocráticas, bancarias, búsqueda y matriculación en escuelas, etc.
4. Representación conyugal. Se refiere a aquellas actividades que tienen que ver con los vínculos y relaciones afectivas y sociales de la pareja (celebraciones familiares, cercanía e interés por la familia extensa y amistades, etc.).

Este trabajo reproductivo tiene tres rasgos característicos: que lo realizan mayormente las mujeres, que este trabajo no está remunerado y que no está valorado socialmente.

Las mujeres, trabajando todos los días del año, sin horarios, llevan desarrollando tradicionalmente estas actividades necesarias para la vida humana. La magnitud y responsabilidad de esta actividad lleva a pensar en una especie de “poderosa mano invisible” que regula la vida cotidiana y permite que el mundo siga funcionando. Y precisamente eso, su invisibilidad, es lo que lo caracteriza, pero no sólo para las actividades, sino también para las mismas mujeres que lo realizan, especialmente para aquellas que lo realizan exclusivamente (Camps, 2003).

Ahora bien, los estudios económicos y sociales suelen olvidarse de esta parte del trabajo, necesaria, importantísima, y del componente subjetivo de las necesidades humanas que se cubre desde el hogar y por las mujeres, de manera tradicionalmente gratuita. En los pensamientos económicos clásicos, trabajo se ha identificado con empleo (en el mercado productivo y remunerado), ocultando la relación existente entre el trabajo reproductivo y la economía capitalista³. Generalmente las familias se perciben solo como unidades de consumo de bienes, invisibilizando que en el interior de los hogares se realiza una parte importantísima del trabajo que necesitamos como sociedad. Se estima que algo más de la mitad del trabajo total realizado por toda la población es el trabajo familiar doméstico, siendo, por tanto, el que se realiza en el mercado productivo inferior a la mitad (Carrasco, 2007: 157).

Como apunta Carrasco, la economía no se ha planteado preguntas como: “¿de dónde proviene la fuerza de trabajo? ¿Es que se ha producido por generación espontánea? ¿Son suficientes los salarios para asegurar la reproducción humana? ¿Permite el salario adquirir todos los bienes y servicios sin necesidad de realizar ningún otro trabajo?” (Carrasco, 2007: 148).

Podemos afirmar, siguiendo a Carrasco, que el “olvido” del trabajo reproductivo es poco inocente. Tiene su razón de ser. La invisibilidad de este trabajo se debe al deseo de no reconocer la insuficiencia del mercado y de la economía capitalista para abastecer todas las necesidades humanas. El sistema en términos monetarios-económicos no subsistiría con tan solo el trabajo mercantil. Ha necesitado externalizar costes hacia la esfera doméstica (Carrasco, 2007: 148). Es decir, las mujeres realizan gratuitamente todas aquellas actividades destinadas a criar y a mantener personas saludables, con estabilidad emocional, seguridad afectiva, características sin las cuales sería imposible no solo el funcionamiento de la esfera mercantil, sino ni siquiera la adquisición del llamado “capital humano” (Carrasco, 1999).

Esta perspectiva económica feminista permite cuestionar la supuesta autonomía e independencia de la producción capitalista mercantil y, sobre todo, redefinir el conflicto social desde una perspectiva más amplia, situándolo en el centro la vida humana. La contradicción ya no se da, como ha manifestado la perspectiva marxista, entre salario y beneficio (plusvalía). El conflicto se halla entre los estándares de vida aceptables o deseables de las personas de nuestra sociedad y el beneficio (Carrasco, 2007: 152)

En las últimas décadas del siglo XX, particularmente en España, tanto el mercado laboral femenino como los modelos familiares (el modelo de familia fordista está en crisis) han comenzado a experimentar cambios significativos, sobre todo a consecuencia de las decisiones de las propias mujeres, que se han ido incorporando al mercado productivo⁴. Sin embargo, la creciente incorporación de las

3 | Este debate empieza a estar en la agenda pública, aunque se simplificaba todo respecto a la remuneración del trabajo doméstico, como si fuese posible cuantificar y valorar el trabajo del cuidado como el productivo.

4 | La tasa de empleo de mujeres entre 25 y 40 años, franja de edad en que se suelen tener hijos/as, es de aproximadamente del 70 % (Carrasco, 2007:156).

mujeres al trabajo de mercado, no tiene como resultado el abandono del trabajo familiar ni, tampoco, la incorporación de los hombres al mismo⁵. Esto ha provocado una visible tensión entre los tiempos de cuidado y las exigencias del trabajo mercantil. Se ha puesto de manifiesto lo que se llama la “crisis de los cuidados”.

Esta crisis está siendo asumida por las mujeres, desarrollando lo que ha sido llamado “doble presencia-ausencia”⁶ (jornada en el trabajo productivo, en el trabajo reproductivo, y con la obligación de tenerlo todo en la cabeza para organizarlo debidamente) con no pocas repercusiones para su salud y su estado anímico. En las encuestas se demuestra que trabajen o no en el mercado productivo las mujeres, tengan hijas/os o no, tengan un salario superior o inferior al de la pareja varón, las horas dedicadas al trabajo reproductivo son siempre superiores en el caso de las mujeres que en el de los hombres.

Esto ha sido llamado “altruismo obligatorio” de las mujeres. Una generosidad a los/as demás que se presenta casi como obligada, ya que las mujeres continúan siendo reprochadas socialmente cuando descuidan sus obligaciones casi “exclusivas”.

La percepción y la vivencia de esa doble presencia, en cuanto al grado de frustración, satisfacción, realización personal y profesional dependen de múltiples factores y está muy relacionado con el momento vital de las mujeres (no es lo mismo tener que no tener hijas/os pequeñas/os, por ejemplo) y su clase social. Respecto a este último punto, en muchas ocasiones las mujeres intentan lidiar con estas jornadas interminables traspasando parte del trabajo reproductivo a otras mujeres, ahora migrantes, que vienen a ocupar las funciones del cuidado posibilitando que algunas mujeres occidentales puedan incorporarse al mercado productivo. Ellas son las que cuidan de nuestras/os hijas/os, ancianas/os, de nuestras casas, etc., dejando muchas veces a sus propias familias en sus lugares de origen⁷ (Harresiak Apurtuz, 2006).

El trabajo de las mujeres en las tareas reproductivas es todavía más importante en sociedades, como la española-catalana, que no tienen desarrollado un buen Estado del Bienestar, y lo que han desarrollado ha sido en base de un modelo “familista”, es decir, que la reproducción está en manos de las mujeres y que tan solo en su ausencia intervendrá el Estado. Así, el cuidado de personas enfermas, de personas ancianas, de criaturas pequeñas, etc. recae casi en exclusiva en las mujeres, al no haber una red de servicios sociales que den respuesta a esas necesidades sociales. Por ejemplo, es bien conocida la escasez de plazas en guarderías públicas, cosa que complica mucho la vida de las mujeres madres y de las abuelas y abuelos...

Ante esta situación, algunas leyes y políticas de igualdad han previsto medidas de conciliación irónicamente tan solo dirigidas a las mujeres, como si sólo ellas debieran conciliar su vida familiar y laboral cuando, por ejemplo, tuvieran un bebé. Afortunadamente, el discurso legal empieza a utilizar el concepto “corresponsabilidad” para poner el hincapié en la necesidad de que también los hombres se corresponsabilicen del trabajo de la reproducción y el cuidado.

Pese a que se aplaude la implementación de dichas medidas, se hace necesario replantear la organización de la sociedad basada hasta ahora en las necesidades productivas, pero olvidando com-

5 | Según Carrasco (2007: 157), en algunas franjas de edad (35-44), cuando suele haber hijas/os pequeñas/os, las mujeres dedican tres horas y media más que los hombres.

6 | Ésta es una expresión de María Jesús Izquierdo que viene a simbolizar el estar y no estar en los “dos” ámbitos que convierte a las mujeres en “trabajadoras atípicas y en amas de casa culpabilizadas” (Precarias a la Deriva, 224: 226).

7 | Sobre este punto volveremos un poco más adelante.

pletamente las necesidades humanas. Una apuesta por priorizar los cuidados (revalorizándolos), las necesidades vitales de las personas, teniendo en cuenta el trabajo que eso supone, se presenta como una exigencia para plantearnos una futura organización social. Como concluyen Precarias a la Deriva (2004: 248): “si bien estamos de acuerdo en la necesidad de medidas concretas que vayan paliando las desventajas e injusticias derivadas de que el peso del cuidado siga estando a cargo de las mujeres, no estamos por la labor de conciliar lo *irreconciliable*” (la cursiva es mía).

3 | Precariedad laboral en el mercado de trabajo remunerado: empleos invisibles

3.1 | Una breve contextualización

Las mujeres han aumentado mucho en los últimos tiempos su participación en el mercado remunerado. Sin embargo, el habitual mayor desempleo femenino, la mayor temporalidad y parcialidad, las discriminaciones salariales, la segregación (tanto horizontal como vertical), las menores posibilidades de promocionarse y el acoso sexual (entre otros) demuestran que el incremento de la ocupación femenina no ha venido acompañado de una mayor igualdad, sino que las mujeres y hombres presentan diferentes y desiguales formas de insertarse en el mercado de trabajo remunerado (Rubio, 2008).

Con carácter general, podemos hablar de una alta dosis de precariedad laboral femenina, que no parece que tienda a solucionarse, sino que se mantiene y, en algunos aspectos, empeora (teniendo en cuenta el contexto general de precarización del trabajo que afecta más a las mujeres en esta órbita neoliberal). Por precariedad, adoptamos la definición de Precarias a la Deriva (2004: 28): “el conjunto de condiciones materiales y simbólicas que determinan una incertidumbre vital en relación con el acceso sostenido a los recursos esenciales para el pleno desarrollo de la vida de un sujeto”.

La precariedad y precarización como proceso tendría relación con nuevas formas de empleo (relacionadas con la externalización y deslocalización, contratos por obra o servicio, trabajo autónomo, etc.); con la dislocación de los tiempos y espacios de trabajo (horarios flexibles, teletrabajo, etc.); con la intensificación del proceso de producción; con la incorporación de cualidades imperceptibles (atención personalizada, empatía, buena presencia, etc.); con el recorte de los salarios y pérdida de derechos propios del pacto social keynesiano; entre otras (Precarias a la Deriva, 2004: 27-28).

Evidentemente, de la precariedad se aprende, pero aporta muchas consecuencias negativas (vulnerabilidad, inseguridad, pobreza, desprotección social) y otras ambivalentes (movilidad, flexibilidad) (Precarias a la Deriva, 2004: 17). Estas autoras proponen como ejemplo algunos sectores precarios feminizados: el servicio doméstico, del que se hablará más adelante, el *telemarketing*, la traducción y enseñanza de idiomas, la hostelería y la enfermería social, entre muchos otros (Precarias a la Deriva, 2004).

Y esto cuando se tiene trabajo. La tasa de paro femenina en España es la más alta de toda la UE-27. En 2008, la tasa era de un 13 % (ahora es superior) mientras que la media europea es del 7,5% y la más baja de la UE es del 3% (de los Países Bajos)⁸.

Actualmente, en el contexto de crisis económica más de cuatro millones de personas están desempleadas en España. Desde mediados de 2008, el número de hombres en paro supera al de mujeres, una circunstancia que no se producía desde hace mucho tiempo y que obedece principalmente a que la construcción, el sector más tocado por la crisis, emplea sobre todo a hombres. Más paro para los hombres, indica siempre más trabajo para las mujeres que siguen trabajando dentro, incluso más, y con mayor imperativo fuera, ya que el sector servicios las acoge con cierta facilidad.

Una vez que acceden al mercado laboral, las mujeres sufren mayores dosis de temporalidad y parcialidad en sus contratos laborales. Estos son rasgos de precariedad, no de favorecimiento a la conciliación, como a veces se presenta. Por ejemplo, respecto a las jornadas parciales, algunas mujeres alegan que debido a las responsabilidades del cuidado han escogido jornada parcial. Sin embargo, muchas alegan que “no encontraron otro tipo de trabajo” de jornada completa (Rubio, 2008).

Existe también una fuerte discriminación en los salarios, lo que se ha llamado “brecha salarial”, que está alrededor de un 30 %. Esto quiere decir que el salario total que cobran las mujeres es ese porcentaje inferior al salario masculino. Ello es debido, entre otros factores, al valor desigual que se le adjudica a las tareas realizadas por hombres y por mujeres.

El mercado laboral ofrece ramas de actividad claramente diferenciadas por sexos y cualificaciones específicamente femeninas o masculinas, que se acompañan con diferentes valoraciones sociales y económicas. Esto es lo que se llama segregación, tanto horizontal como vertical. La segregación horizontal hace referencia a que las mujeres se aglutinan en actividades vinculadas con las tareas habitualmente femeninas según la división sexual del trabajo comentada más arriba. Principalmente, a nivel europeo, las mujeres se incorporan de manera prioritaria a cinco sectores de actividad: asistencia sanitaria, servicios sociales, educación, administración pública y venta al detalle (Rubio, 2008). Según Teresa Torns, esta distribución no se ha movido en los últimos treinta años (Torns, Carrasquer, Parella y Recio, 2007).

En segundo lugar, la segregación vertical se refiere a cómo las mujeres ocupan los rangos más bajos de la escala de categorías profesionales, hecho que tiene un impacto evidente en la brecha salarial. Se sigue considerando, aunque parezca mentira, que el trabajo de la mujer fuera del hogar es un trabajo de “apoyo” al núcleo familiar que se añade al salario masculino. Esto hace que se le promocióne menos, se le ofrezcan menos posibilidades de formación, etc. Las mujeres seguirían priorizando el trabajo reproductivo al productivo y, en el imaginario, en cualquier momento las mujeres pueden abandonar el segundo. Pese al aumento exponencial de los niveles de estudios de las mujeres, la segregación vertical no se modifica (Rubio, 2008).

8 | Los otros 24 países de la actual UE experimentaron en 2008 tasas de paro femenino de un único dígito, con Portugal a la cabeza de esta particular lista (9%). Le siguieron Francia (8,2%), Hungría (8,1%), Polonia (8%), Italia (7,9%) y Bélgica (7,6%). El resto de Estados miembros se situó por debajo de la media comunitaria, situada en el 7,5% (www.elpais.com, 19 mayo 2009).

9 | Es evidente el impacto que la división sexual del trabajo tiene en las carreras profesionales de las mujeres. Rubio (2008) recoge unos interesantes datos al respecto del estudio del CSIC *Fecundidad y valores en la España del siglo XXI* (2006).

Todo lo dicho, más multitud de aspectos discriminatorios que no han podido tratarse, provoca una mayor pobreza relativa de las mujeres respecto de los hombres en las edades activas, que se manifiesta incluso más gravemente en las edades post-activas, precisamente por esa concepción de ciudadanía laboral que comentábamos más arriba (menos jubilaciones, más dependencia de pensiones de viudedad miserables, etc.).

3.2 | Empleos invisibles: desvalorización y desregulación de los trabajos típicamente femeninos (y ahora “etniciados”)

A continuación, trataremos someramente dos empleos típicamente femeninos, característicamente precarios, invisibilizados y desregulados: el servicio doméstico y el trabajo sexual. Como afirman algunas autoras, existiría un *continuum* de “cuidado-sexo-atención” que se vincula con la crisis de los cuidados interrelacionados, entre otros temas, las migraciones femeninas, la familia y las condiciones laborales (Precarias a la Deriva, 2004: 72).

En la actualidad se está produciendo una expansión extraordinaria del trabajo doméstico remunerado (Kofman, 2004), aunque, buen heredero del trabajo reproductivo, habita los lugares de la invisibilidad sin estar regido por los criterios del verdadero trabajo. La invisibilidad que empapa el trabajo reproductivo esconde a las mujeres que lo realizan, sean “amas de casa” o trabajadoras remuneradas (Mestre, 2006).

La legislación española regula el servicio doméstico como una relación laboral de carácter especial¹⁰. La especialidad del trabajo se halla en el lugar de realización: una casa, una familia, siendo muy importantes la confianza y el acuerdo individual entre las partes. Este marcado rasgo familiar conlleva a que forme parte de lo “privado” y que, por tanto, quede fuera de la injerencia del Estado. Esto se pone de manifiesto respecto al contrato. Para dar de alta a una trabajadora es suficiente con la firma del empleador en un formulario. La autoridad laboral no recibe las copias de los contratos¹¹, desconociendo las condiciones laborales y demás cláusulas (Mestre, 2006).

El contrato se caracteriza por la dependencia, la convivencia y la flexibilidad (o sea indefinición) de sus condiciones. En la mayoría de las ocasiones son contratos no escritos. Las trabajadoras pueden ser internas (viven en el lugar de trabajo con una familia), externas (trabajan para, como máximo, tres casas) o autónomas (trabajan para más de tres casas). Las situaciones de mayor explotación son las de las trabajadoras internas, donde además de la jornada de trabajo, la trabajadora puede estar hasta cinco horas de presencia (a disposición de la familia). Las prestaciones sociales son bastante escasas, puesto que las cotizaciones son de las más reducidas (Mestre, 2006). Vemos, pues, cómo una vez más la legalidad ampara el abuso (Precarias a la Deriva, 2004: 62).

10 | El análisis normativo de la regulación del trabajo doméstico demuestra que se ha producido una evolución inacabada desde la servidumbre a la relación laboral formalmente libre. Hoy está regulado por el RD 1424/1985, 1 agosto (Mestre, 2006).

11 | Según el régimen general del Estatuto de los Trabajadores, el empresario está obligado a comunicar a la Oficina Pública de Empleo una copia básica o el contenido del contrato, diez días después de haberse celebrado (art. 16.1 Estatuto de los Trabajadores). Igualmente tiene la obligación de facilitar a los representantes de los trabajadores una copia básica de los contratos celebrados por escrito (art. 8.3 Estatuto de los Trabajadores).

Ante la crisis de cuidados del Norte que explicábamos más arriba, se abre una demanda de mano obra preparada, es decir, femenina (por la socialización en el cuidado de las mujeres) que, añadida a una crisis de sostenibilidad de la vida en el Sur¹², provoca un trasvase de trabajo de cuidados hacia los países “desarrollados” generando unos flujos migratorios, cada vez más feminizados, en un marco de criminalización de la inmigración¹³ (Precarias a la Deriva, 2004: 232).

La internacionalización del sector servicios ha aumentado las posibilidades de empleo para las mujeres, tanto en sus países de origen, como en el extranjero. En este contexto, las mujeres migrantes están llevando a cabo una función bastante paradójica. Están haciendo posible el estilo de vida más igualitario (o más masculino) de las mujeres occidentales, ya que se ocupan de las faenas que han sido asociadas al rol tradicional de la mujer esposa y madre. Ellas cuidan de las/os niñas/os y de las casas -mientras las mujeres occidentales se desenvuelven en la vida pública- y atienden las “necesidades” sexuales masculinas. Así, los espacios que dejan libres las mujeres de los países ricos con su entrada en el mundo público y su mayor disfrute de más opciones laborales y vitales, sin que haya una reconstrucción de ambos ámbitos entre mujeres y hombres, son ocupados por las mujeres de los países pobres (Juliano, 2002). Como afirman Ehrenreich y Russel (2003), “la mano que friega es de color”.

Esto provoca lo que ha sido llamado “cadenas mundiales de afecto” (Hochschild, 2008) formadas por mujeres a escala local, nacional o transnacional transfiriendo cuidados de manera remunerada o gratuita. Mujeres que viajan al Norte a cuidar a familias ajenas, hijas/os de estas mujeres que se quedan en sus hogares de origen y que son a su vez cuidadas/os por familiares, mujeres, de las que migraron, etc. Estas mujeres que migran siguen gestionando su familia en la distancia, produciéndose de nuevo una doble presencia, pero esta vez, transnacional.

Respecto al trabajo sexual, Agustín (2003) propone no pensar que haya una línea de división entre el servicio doméstico y el servicio sexual. Existe una estrecha relación entre ambos trabajos, ya que se realizan en su mayor medida en la economía sumergida, son precarios, no requieren calificación formal y los suelen realizar las personas con condiciones económicas o sociales más desfavorables, muy en concreto, las mujeres migrantes. Muchas son las mujeres que combinan ambos trabajos para salir adelante, o los alternan, o sólo recurren al trabajo sexual de forma ocasional cuando necesitan algún ingreso extra. Para muchas mujeres que trabajan en la industria del sexo a tiempo completo sólo habría otra opción laboral en el caso en que quisieran cambiar de profesión, el servicio doméstico. Muchas mujeres lo prefieren, pero otras lo rechazan porque supone trabajar más horas, sin libertad y ganando muchísimo menos dinero. Para algunas mujeres es más indigno y humillante trabajar de interna en un hogar de clase alta cuidando a una familia que no es la propia y limpiando suciedad producida por otros/as que intercambiar servicios sexuales por dinero, a pesar del estigma que recae sobre esta actividad.

12 | El empobrecimiento de los países más pobres es el efecto lógico del enriquecimiento de los lugares más ricos del planeta. Como consecuencia, en el “tercer mundo”, las prestaciones sociales han decaído y se han deteriorado las condiciones de vida y ha aumentado la mortalidad infantil y el analfabetismo, especialmente de niñas (Bifani, 2002).

13 | Además de la restricción de derechos que genera la legislación de extranjería para toda la población migrante, en el caso de las mujeres la discriminación tiene algunas características especiales ya que las políticas públicas consideran exclusivamente la inmigración como un fenómeno masculino, hecho que dificulta que las mujeres inmigrantes puedan regularizar su situación en el país. La normativa de extranjería se realiza sobre el modelo masculino y no acoge las especificidades vitales y laborales de las mujeres. Las mujeres migrantes padecen más discriminación laboral y legal en la ya discriminatoria legislación de extranjería.

De hecho, el trabajo sexual es el peor visto pero el mejor pagado de los trabajos precarios¹⁴ a los que pueden acceder muchas mujeres migrantes. Es paradójico que casi todas las energías sociales se dirijan a apartarlas (salvarlas en su discurso) de la opción más rentable de las que tienen a su alcance (Juliano, 2004).

Entonces, si tenemos en cuenta las opciones laborales que ofrece el mercado laboral a las mujeres migrantes, y aún más si tienen una situación administrativa irregular¹⁵, el trabajo sexual a tiempo completo, o parcial, u ocasional, puede ser simplemente como una opción más. Para algunas mujeres, el trabajo sexual puede tener algunas ventajas laborales. Es un trabajo que se caracteriza por su flexibilidad. Se puede trabajar a tiempo completo, a tiempo parcial u ocasionalmente. En muchos casos es un segundo trabajo del que obtener un sobresueldo. En el caso del trabajo en la calle, se puede conseguir dinero rápidamente, se puede elegir el lugar de trabajo, las condiciones, los horarios. Tampoco requiere formación formal. Son, en definitiva, las ventajas del sector informal de la economía. En sentido distinto, para algunas mujeres, un físico diferente del europeo puede ser también una ventaja en el mercado ya que muchos considerarán sus fenotipos como exóticos (Agustín, 2003).

Sin embargo, la ausencia de regulación del trabajo del sexo comporta la vulneración de numerosos derechos humanos para este colectivo (Arella, Fernández, Nicolás y Vartabedian, 2007). En primer lugar, al no reconocerse su actividad remunerada como trabajo no se derivan de ella los derechos laborales, las garantías frente al empresario y los derechos sociales que poseen las personas trabajadoras en nuestro ya precario Estado del Bienestar. En segundo lugar, esta *desregulación* cercena las posibilidades de legalizar la situación de irregularidad administrativa en la que se encuentran muchas mujeres trabajadoras sexuales. Sin duda, esto aboca al colectivo de trabajadoras del sexo a la invisibilidad y la vulnerabilidad.

Bibliografía

- Agustín, Laura M^a (2003), *Trabajar en la industria del sexo y otros tópicos migratorios*. Gakoia editores.
- Arella, Celeste; Cristina Fernández Besa, Gemma Nicolás Lazo y Julieta Vartabedian (2007), *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*. Barcelona: Virus.
- Bifani, Patricia (2002), “Globalización, género y proletarización”, en C. Gregorio Gil y B. Agrela Romero (eds.), *Mujeres de un solo mundo: globalización y multiculturalismo*, pp. 37-69. Granada: Universidad de Granada.
- Camps, Victoria (2003), *El siglo de las mujeres*. Madrid: Cátedra.
- Carrasco Bengoa, Cristina (2007), “Mujeres y trabajo: entre la invisibilidad y la precariedad”, en Josefina Birulés Bertrán y María Ángeles Vivas Larruy, *Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad*, pp. 141-164. Madrid: CGPJ.

14 | Juliano (2004: 163) afirma con gran lucidez que la relación entre el prestigio y el lucro en los trabajos tradicionalmente femeninos es inversamente proporcional. Así, en los trabajos con mucho prestigio, como el de ama de casa, las mujeres no obtienen ganancias económicas y tampoco es valorado en términos económicos. En el otro extremo de la relación tendríamos la prostitución, trabajo históricamente estigmatizado, pero con el que se obtienen más ingresos.

15 | El “no tener papeles”, además de dificultar el acceso a un trabajo en mejores condiciones y el disfrute de derechos sociales, supone una agresión fuerte a la autoestima (Juliano, 2004: 201).

- Carrasco, Cristina (ed.) (1999), *Mujeres y economía*. Barcelona: Icaria.
- Ehrenreich, B. y A. Russell Hochschild (eds.) (2003), *Global woman. Nannies, maids and sex workers in the new economy*. London: Granta publications.
- Hochschild, Arlie (2008), *La mercantilización de la vida íntima. Apuntes de la casa y el trabajo*. Katz.
- Izquierdo, María Jesús (2003), “Sistema sexo-género”, Bloque temático 2: Marco teórico para la igualdad. Primer seminario presencial de formación y acreditación en consultoría para la igualdad de mujeres y hombres. Instituto Vasco de la Mujer.
- Juliano, Dolores (2002), *La prostitución: el espejo oscuro*. Barcelona: Icaria.
- Juliano, Dolores (2004), *Excluidas y marginales*. Madrid: Cátedra.
- Kofman, Eleonore (2004), “Gender Global Migrations”, en *International Feminist Journal of Politics*, 6:4 diciembre 2004, pp. 643-65.
- Mestre i Mestre, Ruth (2006), “Dea Ex Machina”, en Harresiak Apurtuz, *Mujeres migrantes, viajeras incansables*, pp. 41-53. Bilbao: Harresiak Apurtuz.
- Morant Deusa, Isabel y Mónica Bolufer Peruga (1998), *Amor, matrimonio y familia*. Madrid: Síntesis.
- Pateman, Carole (1995), *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos. Trad. M. L. Femenías.
- Precarias a la deriva (2004), *A la deriva por los circuitos de la precariedad femenina*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Rubio, Fina (2008), *La Bastida. Desigualtats de gènere. Mercat de treball*. Barcelona: Fundació Surt.
- Torns, Teresa y Pilar Carrasquer (1999), “El perquè de la reproducció”, en *Papers* 59, pp. 99-108.
- Torns, Teresa; Pilar Carrasquer; Sònia Parella y C. Recio (2007), *Les dones i el treball a Catalunya: mites i certeses*. Barcelona: Institut Català de les Dones.

¿Tiene sentido hablar de una renta básica de ciudadanía en un escenario de crisis?

Daniel Raventós

Prof. de Economía - Facultad de Economía de la Universidad de Barcelona - Red Renta Básica

Resumen

El autor aborda básicamente dos temas: la inclusión de la renta básica como un nuevo derecho humano emergente y, después de alguna aclaración sobre lo que significa esta propuesta, en una segunda parte algo más extensa, aporta algunos elementos de lo que significaría en una situación de crisis económica como la que estamos inmersos a mediados de 2009.

I | La renta básica en la declaración de Monterrey (2007)

A principios de noviembre del año 2007, en el marco del Fórum de las Culturas que se celebró en la ciudad mexicana de Monterrey, se aprobó más o menos solemnemente una declaración titulada *Declaración universal de derechos humanos emergentes*. Esta declaración era en realidad la continuación, después de amplios y, en mi opinión, muy oportunos retoques y aclaraciones, de una primera que ya se había realizado en Barcelona tres años antes, en septiembre de 2004, también en el marco del Fórum de las Culturas. En el tercer punto del primer artículo puede leerse:

El derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal, que asegura a toda persona, con independencia de su edad, sexo, orientación sexual, estado civil o condición laboral, el derecho a vivir en condiciones materiales de dignidad. A tal fin, se reconoce el derecho a un ingreso monetario e incondicional periódico sufragado con reformas fiscales y a cargo de los presupuestos del Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro residente de la sociedad, independientemente de sus otras fuentes de renta, que sea adecuado para permitirle cubrir sus necesidades básicas.

Si este artículo de la *Declaración de Monterrey* tiene mucha importancia (de momento, quizás tan sólo simbólica) es porque no habla de un derecho a la subsistencia o a tener unos mínimos vitales asegurados, o de algo parecido sino que explícitamente defiende “el derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal”. “Renta básica” es como se conoce en Europa, Canadá, Sudáfrica, Australia y Estados

Unidos, principalmente, a la propuesta que el mismo artículo define. “Ingreso ciudadano universal” es como la misma propuesta se conoce en países de América Latina (especialmente Argentina, Brasil y México, que es donde hay secciones oficiales del Basic Income Earth Network¹ o en proceso de serlo). La importancia de la concreción de este “nuevo derecho emergente” en una renta básica o ingreso ciudadano universal, tan palmariamente claro de la *Declaración de Monterrey*, puede resumirse indirectamente con las palabras que contestó Philippe Van Parijs, uno de los principales motores del BIEN, a una entrevista que le realizó Benedetta Giovanola² para *Il Manifesto* a finales del año 2005:

La invocación de un derecho humano a una subsistencia mínima no bastaría para justificar una propuesta tal, pues un derecho de este tipo podría verse cumplido a través de los sistemas de asistencia social convencionales, que se focalizan sobre los pobres y que requieren de éstos la disposición a trabajar. Una justificación adecuada requiere el llamamiento a una concepción de la justicia anclada en la aspiración de dotar a cada cual, no sólo de la posibilidad de consumir, sino también de escoger su forma de vida.

Philippe Van Parijs dice claramente que, para defender la renta básica, es precisa una aproximación a una concepción de la justicia. Una apelación a la defensa “de un derecho humano a una subsistencia mínima no bastaría para justificar una propuesta tal”. Piénsese lo que sea al respecto, pero la *Declaración de Monterrey* no apela a una subsistencia mínima en abstracto o de manera general, sino directamente al derecho humano a la renta básica o ingreso ciudadano universal.

La definición que el tercer punto del primer artículo de la *Declaración de Monterrey* ofrece de la renta básica es clara. Pero para salir al paso de las confusiones más habituales sobre esta propuesta y, al mismo tiempo, para explicarla aunque sea brevemente, me serviré de la definición que acostumbro a utilizar³. Es la siguiente:

“La renta básica es un ingreso pagado por el Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quien conviva.”

En la primera parte de la definición, “un ingreso pagado por el Estado”, “Estado” puede incluir una institución jurídico-política mayor -como sería el caso de la Unión Europea- que la de los Estados-nación realmente existentes; o puede referirse a ámbitos jurídico-políticos menores que el del Estado-nación. Las Comunidades Autónomas del Reino de España o los *Länder* de la República alemana, son ejemplos de estos ámbitos jurídico-políticos menores. La renta básica podría ser pagada tanto por uno solo de estos ámbitos como por parte de una combinación de algunos de ellos.

1 | El Basic Income Earth Network (BIEN) es la organización que agrupa a buena parte de los distintos colectivos y personas que alrededor del mundo defienden la propuesta de la renta básica. Se fundó en 1986 llamándose originalmente Basic Income European Network. En el X congreso, realizado en Barcelona en el 2004, se aprobó que pasase a ser una red mundial y no circunscrita solamente a Europa, como hasta aquel momento había sido.

2 | Que puede leerse en castellano en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=287>.

3 | Por ejemplo, en RAVENTÓS, Daniel. *Las condiciones materiales de la libertad*. Barcelona, El Viejo Topo, 2007.

“A cada miembro de pleno derecho de la sociedad o residente”. La renta básica es una cantidad monetaria que recibirían los ciudadanos individualmente (no las familias, por ejemplo) y universalmente (su obtención no estaría condicionada a padecer determinados niveles de pobreza, o de necesidad, o de ausencia de trabajo remunerado, pongo por casos). Este es uno de los puntos más característicos de la renta básica. Por “residente”, en esta parte de la definición, hay que entender “residentes acreditados”, claro está. Por razones obvias una persona que no estuviera en una situación de residencia acreditada (sea cual sea nuestro parecer sobre la justicia o falta de ella de las condiciones exigidas por determinadas legislaciones para acceder a esa residencia acreditada) no podría recibir la renta básica.

“Incluso si no quiere trabajar de forma remunerada”. Muy a menudo se interpreta “trabajo” como sinónimo de “trabajo remunerado” o “empleo”. El trabajo asalariado no es coextensivo con “trabajo”. Hay buenas razones para defender la siguiente tipología del trabajo: 1) trabajo con remuneración en el mercado, 2) trabajo doméstico y 3) trabajo voluntario.

“Sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta”. A diferencia de los subsidios condicionados a un nivel de pobreza o de renta, la renta básica la recibe igual un rico que un pobre. Lo que no quiere decir, obviamente, que todos, ricos y pobres, ganen con la renta básica. En buena parte de las propuestas de financiación los ricos pierden y los pobres ganan. Escaso interés tendría una propuesta de renta básica en que estos términos se invirtieran. Con mayor precisión: sería una renta básica desastrosa, en mi opinión, y que debería ser combatida. Como el derecho ciudadano al sufragio universal, la propuesta de la renta básica no impone condiciones adicionales a las de ciudadanía. Y, a diferencia del sufragio universal, podría percibirse la renta básica con la condición de la residencia acreditada.

“Sin importar con quién conviva”. La renta básica se recibe independientemente de la forma de convivencia elegida. Ya se trate de que bajo un mismo techo viva una pareja heterosexual, o personas de varias generaciones, o un grupo de amigos o una pareja homosexual, todas ellas son formas de convivencia que en ningún caso condicionan o modifican el derecho a percibir la renta básica.

Podrá advertirse que la renta básica es formalmente laica, incondicional y universal. Se percibiría, en efecto, independientemente del sexo al que se pertenezca, del nivel de ingresos que se posea, de la confesión religiosa que se profese (si alguna) y de la orientación sexual que se tenga.

Esta característica tan distintiva de la renta básica, la de no estar condicionada a requisito alguno distinto de la ciudadanía o residencia acreditada, la distingue claramente de otras propuestas, ya se trate de las que gozan de años de aplicación, ya se trate de las que no han pasado del estadio de la teoría.

2 | La renta básica y la crisis económica

Me propongo, en esta segunda parte, analizar el papel que la renta básica (RB a partir de ahora) podría desempeñar en una situación económica de crisis como la que estamos inmersos ya desde mediados del año 2007.⁴

4 | Esta segunda parte está basada en RAVENTÓS, Daniel. “Una renta básica en una economía deprimida ¿tiene sen-

Algunas aclaraciones previas pueden ser útiles. Intentar esbozar cómo una RB podría incidir en una situación económica depresiva es algo bien distinto a las facilidades (o dificultades) para su implantación en la misma coyuntura. Se puede estar de acuerdo en que la RB sería muy beneficiosa en una situación depresiva y, a la vez, opinar que las dificultades políticas para su implantación en esta misma coyuntura son poco menos que insuperables. Contrariamente, se puede tener la convicción de que una situación económica que tanto sufrimiento adicional comportará a los más vulnerables, ofrece un momento muy pertinente para proponer la RB. Las razones de lo primero, -las virtudes de una RB en una situación económica deprimida- no tienen necesariamente que ayudar a lo segundo -las mayores facilidades (o dificultades) para su implantación en esta misma coyuntura-. Tampoco será motivo de interés aquí la evaluación de los pasos intermedios (el gradualismo, como también se acostumbra a calificar con mayor o menor fortuna) para llegar a una RB considerada plena. Esto pertenece al dominio de los apoyos sociales y políticos de la propuesta, y de la coyuntura política y social precisa de la que estemos hablando que, no hace falta apuntarlo, variará según la zona o el país.⁵

La segunda distinción se refiere a la calificación de la situación económica actual como depresiva. Calificación que no está libre de polémica. El *National Bureau of Economic Research* de EEUU califica a una situación de recesión cuando, al menos, durante dos trimestres consecutivos se dan resultados negativos del PIB. La depresión, aunque no goza de una definición tan informativa como la de recesión, se produce cuando se encadenan varios trimestres con crecimiento negativo del PIB. O, dicho de otra manera, la depresión se da cuando la recesión se instala durante un considerable lapso. Más escuetamente aún: una depresión es una recesión larga. Hay quien opina que se trata de dos definiciones, la de depresión y la de recesión, que no son muy operativas. Sería más ajustado tener en consideración indicadores básicos de toda la economía, como la producción y el empleo, para calificar a una situación de depresiva o no. En todo caso, según la definición apuntada, técnicamente ya se pudo hablar de depresión en algunos países en el segundo trimestre de 2009.

La tercera distinción va sobre la explicación de la crisis. A lo largo de los últimos meses se ha podido leer miles de artículos sobre las causas de la crisis. Puede fácilmente detectarse al menos dos grandes grupos de explicaciones. En primer lugar, la explicación liberal, en el sentido estadounidense, de izquierdas (Stiglitz, Hudson, Krugman), que achacan la crisis a los excesos desreguladores del neoliberalismo. En segundo lugar, la explicación de distintos autores marxistas (Brenner, Bello, Bellamy Foster) que estudian la crisis no solamente como un efecto de la desregularización excesiva de las últimas décadas de neoliberalismo sino como una crisis de sobreproducción. Se trata, para estos últimos, de la tendencia del capitalismo a disponer de una gran capacidad productiva que termina por rebasar la magnitud de consumo de la población debido a las desigualdades que limitan el poder de compra popular, lo cual termina por erosionar las tasas de beneficio. La explicación que se aporta

tido?" <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2349> y en LO VUOLO, Rubén y Daniel RAVENTÓS. "Algunas consecuencias de la crisis económica en Argentina y el Reino de España y la propuesta de la renta básica (o ingreso ciudadano)". Sin Permiso, 2009, núm. 5

5 | Las razones que harían conveniente (o más pertinente) una RB en una situación económica depresiva no es algo discordante con la idea defendida por distintos autores, entre los que me incluyo, de que se trataría de una medida que merece defenderse también en una hipotética situación de pleno empleo y de bonanza económica.

de la crisis, quién lo va a dudar, es un buenísimo indicador de las recetas más o menos explícitas que se ofrecen para salir de ella.⁶

La cuarta y última distinción hace referencia a que, aunque la RB sea definida como una asignación monetaria incondicional a toda la ciudadanía y personas residentes en una zona geográfica determinada, no todas las personas partidarias de esta propuesta coinciden en la cantidad y la forma de financiarla. Hablar de cantidad precisa de RB (o del criterio: umbral de la pobreza, 80 ó 90% del salario mínimo interprofesional, o aún algunos otros que se han propuesto) y de la forma de financiarla nos remite a otra cuestión muy importante: la opción de política económica y social que se defiende. Se puede encontrar a defensores de la RB que a su vez sean partidarios de políticas económicas y sociales muy distintas.

Con estas distinciones en mente, ya podemos abordar el papel que, en mi opinión, tendría una RB en una situación económica de crisis. Para hacer más clara la exposición que sigue, deberá tenerse en cuenta que me estaré refiriendo a una RB de una cantidad similar al umbral de la pobreza.

2.1 | La inseguridad económica y vital por la pérdida del puesto de trabajo

La pérdida involuntaria del puesto de trabajo provoca una situación de inseguridad económica y vital sobre la que se han escrito tantas páginas que cualquier comentario adicional sería redundante. La media en el Reino de España fue en 2007 de 2.039.000 de parados mensuales, si bien a partir del tercer trimestre ya mostraba una tendencia claramente alcista. Lo que es más significativo: el número de personas en paro ya en noviembre de 2008 representaba más del doble que el mismo mes del año anterior. La Comisión Europea indicaba recientemente que el Reino de España sería el lugar con mayor tasa de desempleo a finales de 2009, algo que efectivamente se está cumpliendo. Los datos del tercer trimestre de 2009 indican de momento una cifra que sobrepasa holgadamente los 4 millones.

Perder el puesto de trabajo, pero disponer de una RB indefinida supondría afrontar la situación de forma menos preocupante. Esta característica obvia de la RB sirve para cualquier coyuntura económica. En una de crisis, en donde la cantidad de desempleo es mucho mayor, la mencionada característica de la RB cobra mayor importancia social.

2.2 | La pérdida de actividades de autoocupación y de la pequeña propiedad

La RB ha sido asociada a la reducción del riesgo de iniciar determinadas actividades de autoocupación. Como es sabido, hay dos tipos de emprendedores: aquellos que tienen un colchón (familiar la

6 | De la abundantísima literatura sobre la crisis actual, puede leerse una selección en la revista electrónica Sin Permiso (www.sinpermiso.info) en donde se encuentran más de 250 artículos dedicados directa o indirectamente a la crisis. Hay una gran variedad de artículos de las dos visiones de la crisis, la de inspiración liberal de izquierdas y la de orientación marxista, de autores como: Walden Bello, Michael Hudson, Paul Krugman, Mike Whitney, John Bellamy Foster, Robert Brenner, Michael R. Krätke, Joseph Stiglitz, Sasan Fayazmanesh, Pam Martens, Elmar Alwater, Sam Pizzigati, Robert Pollin, George Monbiot, Dean Baker...

mayoría de las veces) que les permite plantear un proyecto empresarial de forma racional y temperada, y aquellos para los cuales la autoocupación es la única salida laboral. En el segundo caso, el riesgo en el que se incurre no es sólo perder la inversión, sino perder los medios de subsistencia, lo que hace que cualquier decisión sea mucho más angustiada. Pero el riesgo no termina aquí: en muchos casos, la falta de un capital inicial mínimo retrae a potenciales emprendedores. La RB, en cambio, permitiría a los emprendedores del segundo tipo capitalizar el proyecto empresarial y, al tiempo, no ser tan dependientes del éxito del proyecto para sobrevivir. En una situación depresiva, la RB, además de representar un incentivo para emprender tareas de autoocupación, supondría una mayor garantía para poder hacer frente, aunque fuera parcialmente, a los que el pequeño negocio les ha ido mal. Así como la posibilidad de iniciar otro con más posibilidades que el anterior.

2.3 | Caja de resistencia en caso de huelga obrera

En otras ocasiones he comentado⁷ que la RB supondría, en caso de huelga, una especie de caja de resistencia incondicional cuyos efectos para el fortalecimiento del poder de negociación de los trabajadores serían fáciles de calibrar. Efectivamente, el hecho de que en caso de conflicto huelguístico los trabajadores dispusiesen de una RB permitiría afrontar las huelgas de una forma mucho menos insegura: hoy, dependiendo de los días de huelga, los salarios pueden llegar a reducirse de forma difícilmente soportable si, como acostumbra a ocurrir para la inmensa mayoría de la clase trabajadora, no se dispone de otros recursos.

Pues bien, en una coyuntura de ataque a los puestos de trabajo y a los salarios (la patronal española, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, el Fondo Monetario Internacional y el Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, entre muchos otros organismos, se han manifestado sin la menor brida por la moderación salarial o, más aún, por el abaratamiento del “factor trabajo”), las luchas de resistencia de mayor o menor intensidad para intentar evitar los despidos y el deterioro de las condiciones de trabajo son frecuentes. Estamos asistiendo a un permanente y renovado anuncio por parte de un buen número de empresas de presentaciones de expedientes de cierre o de regulación de plantilla. El papel de caja de resistencia que la RB podría cumplir en estas luchas de resistencia para defender los puestos de trabajo se vería incrementado. Como debiera ser muy sabido, la crisis económica del capitalismo puede desembocar en un gran retroceso de conquistas sociales duramente conseguidas. La RB exige ser vista en este punto como el medio material para buena parte de la clase trabajadora para resistir a este retroceso.

2.4 | La erradicación de la pobreza

El porcentaje de pobres en el Reino de España no ha cambiado significativamente en las últimas décadas.⁸ Cuando el crecimiento económico ha sido importante, y en ocasiones muy vigoroso, la propor-

7 | Por ejemplo en RAVENTÓS, Daniel. *Las condiciones materiales de la libertad*, op. cit.; y en RAVENTÓS, Daniel y David CASASSAS, *La Renta Básica y el poder de negociación de ‘los que viven con permiso de otros’*. *Revista Internacional de Sociología*, 2003, núm. 34, 187-201. Véase también WRIGHT, Erik Olin. *Basic Income as a Socialist Project*. *Basic Income Studies*, 2006, núm. 1.

8 | Las conclusiones al respecto del último informe FOESSA, que está confeccionado mucho antes de la manifestación

ción de personas pobres, casi un quinto exacto del total de la población, no ha variado a lo largo de las últimas décadas. La crisis económica comportará, en cambio, un aumento rápido y significativo de la pobreza. Así, mientras que tasas de un crecimiento económico sustancial han sido necesarias para mantener la proporción de pobres, unas tasas negativas o positivas muy pequeñas comportarán un crecimiento espectacular de la pobreza.

Aunque la pobreza no es sólo privación y carencia material, diferencia de rentas (porque es también dependencia del arbitrio o la codicia de otros, ruptura de la autoestima, aislamiento y compartimentación social de quien la padece) una RB equivalente al menos al umbral de la pobreza sería una forma de acabar con ella, si no completamente, cuando menos de dejarla en porcentajes muy marginales. En una situación de depresión económica en la que, como ha quedado dicho, los porcentajes de pobreza aumentarán de forma significativa, pudiéndose llegar pronto a una proporción de un pobre cada cuatro habitantes (ahora es de uno a cinco), la RB representaría un buen dique de contención de esta oleada de pobreza.

Llegados aquí, creo necesaria una breve recapitulación de esta segunda parte y añadir algo más:

Las razones que harían más pertinente una RB en una situación económica depresiva no desmienten, como queda dicho, la idea de que se trataría de una medida que merece defenderse también en una hipotética situación técnica de pleno empleo y de bonanza económica. Cabe añadir que sorprende constatar lo rápido que aflora el dinero público en determinadas circunstancias de crisis económica y lo mezquino que resulta cuando se trata de garantizar la existencia material de toda la población. Recordaré que los rescates y las ayudas a los bancos realizadas en Estados Unidos suman 12'8 billones de dólares (hasta abril de 2009). O lo que es lo mismo: 42.105 dólares por habitante.⁹ Además, esta cantidad es igual a 14 veces el efectivo en circulación (casi 900.000 millones). Y se trata de una cantidad muy próxima al conjunto del valor del PIB estadounidense.

La RB puede ser un elemento, importante sin duda, de una sociedad justa, pero suponer que esta medida es algo suficiente para esta sociedad justa, o bien es tener una concepción hipertrófica de la RB o bien una idea raquífica de lo que es una sociedad justa. Una RB puede teóricamente concebirse en una sociedad que transpire injusticias por muchos poros.

Una RB que personalmente considero política y aun filosóficamente interesante tendría que ir ligada a una redistribución de la renta de los ricos a los pobres. Y esto significa hablar del papel de los impuestos.¹⁰ “Los impuestos, lejos de ser una obstrucción de la libertad, son una condición necesaria

de la crisis, son bien claras: “Las tasas de pobreza son muy similares a las que ya existían décadas atrás, manifestándose, por tanto, en el caso de la pobreza los mismos rasgos ya enunciados para las tendencias de la desigualdad. En primer lugar, y en clara ruptura con la tendencia de décadas anteriores, desde el primer tercio de los años noventa la pobreza ha dejado de reducirse. En segundo lugar, contrasta la ausencia de cambios significativos en los indicadores de pobreza con el notable crecimiento registrado por la actividad económica y el empleo. Y, en tercer lugar, tal como se ha señalado en el caso de la desigualdad, los indicadores de pobreza siguen manteniéndose muy elevados en el contexto europeo. España sigue encajada en un clúster periférico dentro de la UE y es el único de los países que partiendo de altos niveles de pobreza, salvo Irlanda, no ha conseguido reducciones sustanciales de las tasas. Esta situación no se compensa por una hipotética mayor movilidad, dado que los patrones de cronificación de la pobreza en España muestran una mayor generalización de las situaciones de pobreza permanente que en el promedio de los principales países de la UE” (p. 37).
9 | Véase para el detalle <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/1137413/04/09/2/Cuanto-cuesta-el-rescate-financiero-de-EUUU-La-cantidad-total-casi-asciende-al-PIB-del-pais.html>

10 | Aunque me he referido preferentemente al Reino de España, creo que puede aportar alguna información la si-

de su existencia”, era la forma insuperable de expresarlo del constitucionalista estadounidense Cass Sunstein en una entrevista realizada ya hace una década en el *University of Chicago Chronicle*.¹¹ Significa no un debate sobre mayor o menor regulación, sino, para decirlo con el economista Dean Baker, en beneficio de quién.¹² Una RB políticamente interesante debe ser en beneficio de la población trabajadora y de menos ingresos, tanto en épocas de crisis como en las de bonanza económica.

guiente alusión a los EEUU. En este país se ha llegado a esta increíble situación: los tipos impositivos nominales a los más ricos ha pasado del 91% en el año 1961 al 35% de la actualidad. Más concretamente, en los años 1961, 62 y 63 la tasa marginal máxima era del 91% y la base imponible a partir de 400.000 dólares. Con pequeñas variaciones de 1964 a 1970 pasamos a los años que van de 1971 a 1980, ambos inclusive, en donde la tasa marginal máxima era del 70% con una base imponible a partir de 200.000 dólares. De 1982 a 1986 la tasa marginal máxima ya era del 50% con bases imponibles algo inferiores a 200.000 dólares. Con sucesivas disminuciones de la tasa marginal máxima llegamos al año 2003 con una tasa marginal máxima del 35%, tasa que se mantiene hasta el año 2008 con una base imponible a partir de 357.700 dólares en este último año. Debe añadirse que, una vez contadas las distintas deducciones, el tipo efectivo normalmente es bastante más bajo que el nominal de la tasa marginal máxima. Así, una persona soltera que ganase en el año 2008 400.000 dólares, pagaría un tipo efectivo del 29,6%. Pero lo más espectacular es que si se tratase de rentas del capital, aún pagaría un tipo mucho menor, del 15% o menos. Esta gran rebaja continuada de los impuestos a los más ricos es parte de la explicación de la tremenda redistribución de la renta de los pobres a los ricos en las tres últimas décadas. El que fue ministro de Clinton, Robert B. Reich, escribía en el *Washington Post* del 1 de febrero de 2009, citando un estudio de Thomas Piketty y Emmanuel Saez, que si en 1976 el 1% más rico de los EEUU acumulaba el 9% de la renta nacional, en el 2006 acumulaba el 20%.

11 | La entrevista está en <http://chronicle.uchicago.edu/090401/sunstein.shtml>. Traducida al castellano por Juan González-Bertomeu, está en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=1135>.

12 | BAKER, Dean. “Free Market Myth”, accesible en <http://bostonreview.net/BR34.1/baker.php>

Mapa jurídico de un conflicto: propiedad intelectual y derecho a la cultura

Carlos Sánchez Almeida

Abogado

Resumen

El autor de esta ponencia advierte que las multinacionales del entretenimiento usan la propiedad intelectual como arma de dominación cultural y de acumulación de capital, antes que para proteger al autor y su obra. Con este objetivo se emplea la maquinaria jurídica para anteponer el negocio a la cultura libre. Frente a esta tendencia, Sánchez Almeida aboga por la recuperación del “derecho de autor” y señala las posibilidades de un despertar de los internautas.

“-Nosotros, Winston, controlamos la vida en todos sus niveles. Te figuras que existe algo llamado la naturaleza humana, que se irritará por lo que hacemos y se volverá contra nosotros. Pero no olvides que nosotros creamos la naturaleza humana. Los hombres son infinitamente maleables. O quizás hayas vuelto a tu antigua idea de que los proletarios o los esclavos se levantarán contra nosotros y nos derribarán. Desecha esa idea. Están indefensos, como animales. La Humanidad es el Partido. Los otros están fuera, son insignificantes.”

George Orwell, “Mil Novecientos Ochenta y Cuatro”

I | La válvula de escape de los mileuristas

Así calificaba las descargas gratuitas en Internet el periodista Ramón Muñoz, en un artículo titulado “Adiós clase media, adiós”. El mismo periodista es autor de una larga serie de artículos publicados en El País sobre el acoso policial, político y mediático al fenómeno del P2P, desde una óptica casi tan reaccionaria como la del grupo de empresas de comunicación al que pertenece.

Válvula de escape de mileuristas: *panem et circenses* digital. Ya en 1998 Juan Luis Cebrián, *factótum* de la empresa editora de El País, despotricaba en su libro “La Red” contra la Declaración de Independencia del Ciberespacio de John Perry Barlow:

“En realidad Barlow no ha inventado nada nuevo con su actitud. En la mayoría de los países comunistas los derechos de autor no eran reconocidos, o se hacía bajo condiciones especiales, y esa idea comunitaria

de los bienes intelectuales es algo que ha acompañado permanente y polémicamente a la historia del mundo. Podemos compartir, por lo demás, la sugerencia de que la información más que intercambio es participación, pero eso no quiere decir que no deban respetarse las normas. Los principios básicos de la defensa de los derechos de autor, encomendados a las diversas sociedades que existen encargadas de representarlos, no cambian en la práctica por el hecho de que la obra se vea reproducida en la red en vez de en soporte de papel”.

Juan Luis Cebrián no entendía nada en 1998, y sigue sin entender nada en 2009. Y no sé qué es más triste: que siga siendo el *factótum* del conglomerado mediático del que es buque insignia El País, o que esté sentado en la Real Academia Española.

Como todas las revoluciones que han triunfado, la revolución de Internet es una revolución pequeño-burguesa. Una revolución en zapatillas de andar por casa, sustentada por esos millones y millones de personas “conformistas”. Una “masa social amorfa y resignada”, que acepta la caída del estado del bienestar con resignación, sin grandes algaradas, sin rebelarse, en palabras del periodista Ramón Muñoz.

¿Sin rebelarse? ¿Seguro? ¿Y eso lo dicen precisamente desde el grupo mediático que más dolorosamente ha tenido que encajar los efectos de la revolución cultural que ha supuesto Internet?

Definitivamente, no entienden nada.

2 | ¿Mapa jurídico o mapa político?

El título de esta conferencia puede inducir a error. Pese a que existe un debate jurídico sobre el conflicto entre derechos de autor y derecho a la cultura, el debate es eminentemente político.

Y es político porque no estamos discutiendo sobre la ley con minúsculas, sino sobre Derechos Fundamentales con Mayúsculas.

Cuando los lobbies de la propiedad intelectual han llegado al extremo de conseguir que el poder político legisle limitando la libertad de expresión y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en Internet, el debate es político.

Pero es cierto que los abogados tienen mucho que decir. Sobre todo porque comen de esto: los abogados de las multinacionales del entretenimiento son responsables directos del endurecimiento de las leyes en contra de los ciudadanos. Endurecimiento de leyes que no ha hecho sino incrementar el volumen de casos de persecución de la mal llamada “piratería”, y por consiguiente sus honorarios.

No en vano Tomás Moro excluyó de su Utopía a los abogados, “esos picapleitos de profesión, que llevan con habilidad las causas e interpretan sutilmente las leyes.” En contra de nuestros propios intereses, algunos viejos utópicos reivindicamos una Internet sin abogados: el mayor triunfo de la cultura libre consistiría precisamente en dejarnos sin trabajo.

Con lo fácil que sería hacerse rico, defendiendo el *status quo*. No aprenderemos nunca.

3 | Excurso pedigüeño: Carta abierta al ministerio de cultura

De: Carlos Sánchez Almeida, [csalmeida@xxxxxxxxxxxxx.com]

Para: Angeles González-Sinde Reig, [ministra@mcu.es]

Cc: Ignasi Guardans Cambó, [icaa@mcu.es], Comité de Expertos de Ayudas a la Producción [losque-repartenlapasta@mcu.es]

Asunto: Quiero un millón de euros para El Cosmonauta

Muy apreciados/as Ministra, Director del ICAA y Comité de Expertos:

En virtud del artículo 29 de la Constitución y de la Ley Orgánica 4/2001, marco regulatorio del derecho de petición, les dirijo la presente para que suelten pasta.

Muy resumidamente, que para el resto ya tienen asesores de sobra: quiero un millón de euros para elcosmonauta.es

Como les gusta la literatura jurídico-festiva, empezaré por los fundamentos de derecho, a saber. El Comité de Expertos que suelta la pasta fue nombrado en virtud de la Orden del Ministerio de Cultura 4028/2007, de 28 de diciembre (inocentes...). Por Resolución de 11 de diciembre de 2008, del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, se efectuó la convocatoria de ayudas sobre proyecto para la realización de largometrajes que incorporen nuevos realizadores, para la realización de obras experimentales de decidido contenido artístico y cultural, de documentales y pilotos de series de animación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 526/2002, de 14 de junio. Para dichas ayudas se reservó la cantidad de 10.000.000 euros, imputables al crédito disponible en la aplicación presupuestaria 24.101.470, Fondo de Protección a la Cinematografía, del programa 335C, Cinematografía, del presupuesto de gastos del Organismo para el año 2009. Dichas ayudas resultaron ampliadas en 5.000.000 de euros por Resolución de 13 de mayo de 2009 (Virgen de Fátima, ruego por nosotros).

O sea, que disponen Vds. de 15 millones de euros para financiar, entre otros, “proyectos experimentales o de eminente contenido artístico y cultural que se consideren de difícil financiación.” Justo lo que elcosmonauta.es estaba buscando, oigan.

Ahora vamos a los motivos de hecho. “Hay motivo”, y mucho: El Cosmonauta es un proyecto español de película de ciencia ficción producida por muchas personas, de forma abierta y participativa, con licencia *Creative Commons* para que su público pueda editarla, citarla, remezclarla y copiarla como quiera. Es decir, todo cuanto se invierta en la película revertirá en la comunidad.

Si el guión es bueno o no, que lo diga la Ministra, que de eso entiende. Ahí va la sinopsis:

“¿Y si volvieses a casa... y ya no hubiese nadie? En 1975, el primer cosmonauta ruso en la Luna no consigue regresar, y se le da por perdido en el espacio. Él, sin embargo, a través de fantasmales mensajes de radio, clama haber vuelto a la Tierra y haberla encontrado vacía, sin un alma. Su irreal presencia y su voz irán destruyendo poco a poco el mundo de sus seres queridos.”

Por un momento he imaginado que el cosmonauta era yo, enviando fantasmales mensajes de correo electrónico a un Ministerio de Cultura vacío, sin un alma. Sáquenme de mi error, por favor. Demuéstranme que están vivos, demuéstrenme que todavía creen en el milagro del cine. El milagro de un cine sin *copyright*.

Un millón de euros, Sr. Guardans. Para convencernos de que todavía cree en los derechos fundamentales. Para convencernos de que el numerito que montó para no descalzarse en el arco de seguridad del aeropuerto del Prat estuvo motivado por su fe en la libertad, y no por los tomates de sus calcetines.

Les aseguro que será la mejor inversión que han hecho en su vida.

Cordialmente suyo.

4 | El error fundacional: En el mundo del Copyright, todo gira alrededor de la copia

Si estudiamos el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias o Artísticas, o la Ley de Propiedad Intelectual, observaremos que todo gira alrededor del concepto de copia: distribución, reproducción, comunicación pública...

A medida que las multinacionales del entretenimiento han ido moldeando la ley a su antojo, la han hecho girar cada vez más sobre su modelo de negocio: la venta de copias de obras empaquetadas.

Se trata de un derecho pensado para un mundo en el que la realización de copias se basaba en la exclusiva tecnológica. Pero el mundo ha cambiado, y ahora cualquier ciudadano puede realizar una copia perfecta.

El modelo de negocio ha de cambiar, y el derecho también.

Observemos qué dice el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

La Carta Magna Universal establece dos derechos en perfecto equilibrio: derecho a tomar parte libremente en la vida cultural, y derecho a la protección del derecho de autor, en su doble vertiente: moral y material.

La Declaración Universal de Derechos Humanos no habla en ningún sitio del derecho a cobrar por copias, ni de la prohibición de hacerlas. De lo que habla es del derecho de los creadores a la protección de sus intereses morales y materiales. Si se encuentra un marco jurídico que compatibilice esos intereses con el derecho de toda persona a la libertad en el terreno cultural, lo que establece la Declaración Universal se cumple.

El problema, en consecuencia, no está en el marco general, sino en la formulación concreta del derecho de autor en el Convenio de Berna y en las legislaciones nacionales. Un cuerpo jurídico que ha sido construido a la medida de las empresas que se han apropiado del trabajo de los artistas.

El problema no es de los artistas ni de su público, sino de esas empresas. De su capacidad para adaptarse o desaparecer.

5 | La propiedad intelectual como arma de dominación cultural

El *copyright* no es una institución jurídica inocua. Está al servicio de un determinado modelo de sociedad, y de un determinado modelo de relaciones políticas y económicas. Responde a las necesidades de adoctrinamiento de masas de un sistema jerárquico, en el que el ascenso social en el ámbito de la política cultural se produce mediante cooptación.

Observemos, a título de ejemplo, el esquema de funcionamiento de las dos principales entidades españolas de gestión de derechos de autor: SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), y EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales). Los derechos de explotación de las obras, en última instancia, no están controlados directamente por los autores, sino que se ponen en manos de editores musicales y cinematográficos, en virtud de los contratos de cesión y gestión de derechos que los artistas se ven obligados a suscribir.

Se nos dirá que nadie obliga al artista a firmar nada. En la palabrería fatua de los leguleyos, “se trata de relaciones mercantiles surgidas de la autonomía de la voluntad, en el marco de la libertad de contratación que impera en nuestro sistema jurídico”. No es cierto: en el mundo analógico, se trata del único medio que tiene el artista para conseguir publicar su obra, en virtud de la dictadura económica impuesta por los intermediarios culturales.

La explotación del derecho de autor, lejos de responder a su teórico objetivo, el sustento de los creadores, se ha utilizado como elemento de dominación, como arma al servicio de la casta cultural más acomodaticia con el sistema establecido. En el caso de Estados Unidos, representa un valor estratégico, tanto por su importancia en el Producto Interior Bruto, como por su capacidad de influencia cultural: la exportación de películas americanas es la mejor forma de exportar una determinada visión del mundo.

Frente al sistema jerárquico imperante, el P2P se presenta como un sistema revolucionario de acceso al conocimiento. Un sistema en red, opuesto al esquema piramidal, que al tiempo que elimina el valor económico de la copia, ataca la médula del sistema de dominación: su capacidad de fascinación y adoctrinamiento de masas.

6 | La propiedad intelectual como proceso de acumulación de capital

La primera gran falacia está en su nombre, un verdadero oxímoron: propiedad intelectual, apropiación del conocimiento. En la Declaración Universal de Derechos Humanos no se habla de propiedad intelectual, y ello porque el derecho de propiedad no está regulado en el artículo 27, antes citado, sino en el artículo 17. Derecho de autor y derecho de propiedad son dos cosas distintas, aunque se utilice equívocamente el término propiedad para designar una cosa que no lo es.

Y no lo es porque el derecho de autor no está llamado a durar de forma permanente, como las restantes propiedades. El derecho de autor –al igual que el animal inteligente capaz de crear obras de arte– está llamado a morir desde que nace. Una vez cumplida su función, que no es otra que asegurar el sustento del artista, el derecho de autor prescribe, para convertirse en algo mucho más importante: en patrimonio cultural de la Humanidad.

Entraremos ahora en el origen de todos los actuales conflictos: la expoliación de la cultura. Toda la política de las multinacionales del entretenimiento ha ido dirigida en las últimas décadas a un solo objetivo: a expoliar a la Humanidad de su patrimonio cultural. En la medida que se amplía el campo de actuación del derecho de autor, en su campo espacial (lo que abarca) como en su campo temporal (lo que dura) se está expoliando la cultura del patrimonio público.

Mediante una larga y extenuante campaña mediática, los lobbies del entretenimiento han convenido paulatinamente a gobiernos y organizaciones internacionales de la necesidad de expandir el derecho de autor y aumentar su duración temporal. Como consecuencia de ello, se ha reducido paulatinamente el campo de actuación de las excepciones a los derechos de explotación (copia privada, cita, parodia...), al tiempo que se alarga infinitamente el plazo de prescripción de los derechos de autor. De resultas de ello, el dominio público cultural cada vez es más reducido.

Pero de la misma manera que expolia la cultura del público, los especuladores también expolian a los artistas, cuyos contratos de cesión de derechos han sido endurecidos progresivamente, hasta el punto de contemplar no sólo la cesión absoluta de los derechos de explotación, sino de una amplia gama de derechos, como los derivados de la explotación de la imagen del artista e incluso porcentajes sobre sus actuaciones y apariciones públicas.

Si el derecho moral de autor no fuese irrenunciable e inalienable, también se comerciaría con él.

6 | La rentabilidad económica de la represión

En un tiempo muy lejano, tan lejano que se antoja legendario, quizás la lucha antipiratería formaba parte del negocio principal: la explotación de las obras culturales. Pero desde hace mucho, mucho tiempo, la lucha antipiratería es un negocio autónomo, que sólo responde a una lógica: aumentar sus propios beneficios, con independencia de si ello beneficia o no a los artistas.

Si en algo han destacado las entidades de gestión de derechos de autor y las patronales del entretenimiento ha sido en sus magníficas dotes de organización del aparato represivo. Tomando como rehenes a los propios artistas, a los que se ha utilizado de escudos humanos, los estrategas de la industria han edificado poderosas maquinarias de combate jurídico.

Primer paso: criminalizar todo lo posible –legal o mediáticamente- cualquier actividad del público distinta a comprar lo que la industria vende. Segundo paso: crear una inmensa estructura económica que gire alrededor de los abogados, peritos y policías encargados de perseguir a los infractores. Tercer paso: poner en marcha la máquina de demandar.

El objetivo: crear una inmensa ficción jurídica en los juzgados, muy rentable para peritos y abogados, pero que le sale muy cara en recursos materiales y humanos a nuestra, ya de por sí castigada, venerable y vetusta Administración de Justicia.

En la construcción de la mentira participan instituciones públicas que deberían estar al servicio de los ciudadanos, y no de las empresas, como el denostado Ministerio de Cultura. Un Ministerio de Cultura capaz de publicar una vergonzosa guía de “Buenas prácticas contra la persecución de delitos contra la propiedad intelectual”, en la que aparece una fantasmal lista de peritos antipiratería:

En este campo, la Subdirección General de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura puede facilitar, a petición del interesado, una Lista de Peritos expertos en el sector audiovisual elaborada con las propuestas que en este sentido se reciban en la Comisión permanente de la Comisión Intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual. Igualmente, las entidades de gestión y las asociaciones de defensa de los derechos de propiedad intelectual pueden facilitar estos expertos, en su ámbito de actuación. Dicha Lista se confecciona mediante la integración en ella de nombres de peritos facilitados por las entidades privadas que habitualmente asisten a las reuniones de la Comisión permanente de la Comisión Intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual. Las personas o entidades que figuran en ella no han sido nombradas peritos por la citada Comisión Intersectorial, ni se han acreditado ante la misma en virtud de procedimiento reglado alguno. Se trata, por tanto, de una relación de carácter meramente instrumental, a título informativo, cuya finalidad es coadyuvar a la Administración de Justicia y a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en el desempeño de sus funciones, poniendo a su disposición una información que les puede ser útil.

Han leído bien. La “lista de peritos del Ministerio de Cultura” que se hace correr hábilmente por los juzgados, juega con el equívoco de su nombre, e incluso utiliza de forma espuria el prestigio del Ministerio de Cultura, para inspirar confianza en los jueces. Pero en realidad se trata de profesionales pagados por las empresas integradas en la gran coalición antipiratería. Es decir, no son peritos independientes, sino peritos de parte interesada.

Los abogados no engañamos a nadie, se nos ve venir. Defendemos a la parte que nos paga, no hay equívoco alguno. Pero los peritos y los policías sí deberían ser absolutamente independientes, y no prestarse a operaciones de mercadotecnia y propaganda. El problema de construir un monstruo es que hay que darle de comer.

7 | Justicia penal, justicia mercantil y justicia administrativa

Recapitulemos. Vamos a ordenar los soldaditos de plomo sobre el mapa jurídico del conflicto. A un lado, el territorio del derecho a una cultura libre, del patrimonio cultural de la Humanidad, cada vez más menguado, en el espacio y en el tiempo. Al otro, el terreno conquistado por las multinacionales especializadas en la apropiación del conocimiento.

En primera línea de batalla: abogados, peritos y policías de parte. Como escudos humanos, los artistas. Enfrente: la carne de cañón de los webmasters y las pequeñas y medianas empresas informáticas. Inmediatamente detrás, los usuarios.

Y al margen de todos, vendiendo las armas, enterrando a los muertos, recogiendo los beneficios de la carnicería, cobrando por todo gane quien gane: las patronales del gran negocio emergente. Las operadoras de telecomunicaciones.

Escenarios posibles en el teatro de operaciones: la vía penal, la vía civil y la vía administrativa.

Criminalizar a aquellos que copian y comparten, o a aquellos que enlazan a los contenidos que se copian y comparten, fue la primera gran tentación de la industria. Intimidar con cárcel es algo que

siempre gusta a los abogados primerizos. El problema del derecho penal es que hay que usarlo como un bisturí: en determinados casos, puede resultar tan poco eficaz como un hacha de combate en una operación a corazón abierto.

Pero era necesario mantener engrasada la maquinaria represiva. Había que tener contentos a los policías encargados del trabajo más sucio, el que consiste en esposar y tomar huellas dactilares. Había que conseguirles fotos con ministros y artistas, ascensos, viajes, conferencias y congresos con todos los gastos pagados, medallas de hojalata. Y el premio gordo, el que nunca se llevarán los números que hacen todo el trabajo duro, el que está reservado al superintendente: el retiro dorado como encargado de seguridad de una poderosa multinacional.

El daño que han hecho este tipo de prácticas a la imagen de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado es incalculable. Recuperar el prestigio derrochado costará muchos años, y muchas operaciones contra los delitos informáticos verdaderamente serios. Pero se conseguirá.

Lo que no se conseguirá nunca es reintegrar a la sociedad a los estrategas de la represión: son de los que mueren matando. Cuando los juzgados penales les cierran las puertas, inundan de demandas los juzgados mercantiles. Y cuando los juzgados mercantiles protestan por el exceso de trabajo inútil, recurren a las autoridades administrativas para que envíen las brigadas de limpieza. Pero lo dicho, lo de menos es vender discos o películas. Lo importante es dar trabajo a los abogados y peritos, mantener activo el verdadero negocio.

Un negocio que se ha convertido en un agujero negro.

8 | Una revolución silenciosa

Empezaba esta conferencia hablando de cómo trata determinada prensa el fenómeno del P2P, “la válvula de escape de los mileuristas”. Es una verdadera lástima que Cebrián haya dejado de leer a Ortega, porque en pocos sitios como en la actual Internet española puede apreciarse en su verdadera dimensión lo que ha representado la rebelión de las masas.

Debajo de los adoquines estaba la playa: el sueño dorado de los mileuristas no es asaltar el Palacio de Invierno, sino el Todo Incluido de la Riviera Maya. ¿Se atreve alguien a reprochárselo, cuando el sistema político-mediático se ha pasado veinte años construyendo ese falso sueño?

A raíz de la concentración de internautas que tuvo lugar el día 24 de mayo en la Plaza del Rey de Madrid, los voceros de la represión pretendían ridiculizar las cifras de asistentes. La festividad del Primero de Mayo y los fastos políticos de las elecciones europeas han permitido ver el problema en su verdadera dimensión: los mítines estaban semivacíos, puesto que la política sólo interesa a los incondicionales y a los que viven de ella. En ese marco general, no es baladí conseguir llenar una plaza con cientos de internautas preocupados por sus derechos.

Veinte años de la caída del mundo de Berlín, objetivo cumplido: las clases populares se han vuelto acomodaticias y obedientes. Toda la Galia está ocupada, y en Alesia reina Sarkozyx. La historia ha terminado, circulen, aquí no hay nada que ver.

Y sin embargo, algo se mueve. Lentamente, poco a poco, como la conciencia dormida que se despierta tras un largo letargo. Millones y millones de personas están poniendo en cuestión, a diario, de

forma absolutamente pacífica, todo un sistema de dominación. Sin alzar la voz, sin levantar barricadas, pero sin detenerse un momento.

Dejar de llamarlo derecho de autor fue un inmenso error. Cuando los defensores del castillo lo llamaron Propiedad, pusieron en marcha una bomba de relojería temporal. Las armas se fabrican rápido, pero construir herramientas es un trabajo lento y paciente. Y estamos construyendo las herramientas de una nueva sociedad. Una sociedad que quizás está dormida, embrutecida, quizás aún es infantil. Pero una sociedad que puede madurar de golpe, si algún aprendiz de brujo cierra antes de tiempo la válvula de escape. Intenten aplastarla, y esta sociedad se levantará.

El Copyleft, un nuevo derecho social

David Maeztu
Abogado

Resumen

David Maeztu señala que la propiedad intelectual está siendo utilizada por los grandes poderes económicos para obstaculizar el libre acceso a obras artísticas que posibilitan las nuevas tecnologías. Frente a este enfoque mercantilista, el autor expone formas alternativas más solidarias con la protección y difusión de la cultura como el *copyleft* y las licencias *creative commons*.

I | Bases y antecedentes

1.1 | Definición de derechos sociales

Los derechos sociales son los que garantizan universalmente, es decir, a todos los ciudadanos por el hecho de serlo, y no como mera caridad o política asistencial, el acceso a los medios necesarios para tener unas condiciones de vida dignas. Estos derechos configuran un rango de necesidades para que podamos entender la vida como algo más elevado para el ser humano que la mera existencia desprovista de cualquier otro afán y/o estímulo.

Así, los derechos sociales son aquellos que nos permiten acceder a un estatus más elevado y tener unas condiciones mínimas de disfrute de la existencia. Son por lo tanto de una importancia esencial en la vida de todos y cada uno de nosotros, por ello, no deben quedarse en un espacio reservado o secundario en lo que a su defensa y exigencia de respeto se refiere.

No están supeditados o relegados a una posición inferior de protección, de hecho, muchos de estos derechos, por ejemplo, se encuentran en la Constitución protegidos con el máximo rango que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, como derechos fundamentales, lo que tiene importantes consecuencias sobre todo en la forma en la que se aborda su tratamiento legislativo. Así, en la Constitución se reconoce, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la libertad religiosa, a la intimidad, a la producción artística literaria y científica, a comunicar y recibir libremente información, etc. Todos ellos forman parte del núcleo esencial sobre el que se construyen las sociedades modernas occidentales, estando cada vez más equiparados.

1.2 | La propiedad intelectual como derecho social

La propiedad intelectual es sin duda alguna, uno de los grandes protagonistas del siglo XX, posiblemente el siglo en el que mayores avances técnicos y científicos se han producido en la historia de la evolución humana.

A pesar de estar también considerado como el siglo de las guerras, en mi opinión, el siglo XX es el siglo de la propiedad intelectual ya que se ha justificado en ella, la protección de todos los avances en los campos artísticos y científicos y ha servido como estímulo para la potenciación de la inversión en estas materias.

Por propiedad intelectual me refiero a todas las manifestaciones jurídicas de protección de las ideas y de la forma en la que estas se expresan, en definitiva, el conjunto de normas que amparan a los creadores y a las personas que invierten dinero en el fomento de la creación.

Esto incluye lo que se ha venido desglosando en dos grandes esferas de protección con diferentes connotaciones jurídicas. Por un lado la propiedad industrial y por otro el derecho de autor, esferas que tienen elementos comunes pero que tienen su entronque en derechos sociales diferentes. Así, la propiedad industrial está relacionada con el derecho a la libertad de empresa y la propiedad intelectual tiene vínculos más fuertes con la libertad de expresión y opinión, fundamentalmente. Si bien, hay materias que por su especial naturaleza presentan elementos relacionados con ambos formatos de protección.

En línea con lo apuntado anteriormente, la propiedad intelectual es uno de los mejores exponentes de lo que son los derechos sociales en tanto que su origen está en la creación del intelecto, en la forma de expresión de las ideas, fenómeno, el de la creación, que se presenta con mayor intensidad cuanto más asegurados y protegidos se encuentran los derechos humanos más básicos (vida, integridad, educación, etc.).

Si bien en un primer momento en su origen el reconocimiento de derechos a las profesiones relacionadas con la creación tuvo que ver más con mecanismos de control de la información, durante el siglo XX el foco de atención se trasladó hacia una perspectiva del fomento de la creación a través del estímulo económico mediante la concesión de derechos exclusivos y excluyentes (monopolios) para la explotación de esas creaciones.

La propiedad intelectual constituye uno de los derechos sociales más presentes en nuestra vida cotidiana y de una importancia esencial, ya que el derecho al acceso a la información y el derecho a opinar y comunicar nuestras opiniones, hoy en día más que nunca, forma parte de lo que se considera esencial para nuestro desenvolvimiento como ciudadanos. Cualquiera de nosotros, al vernos privados de estas posibilidades nos rebelaríamos, como ya ha sucedido en el pasado, entendiendo que se está limitando una de las más importantes esferas de nuestra personalidad.

1.3 | Evolución legal

En lo que a la regulación de la propiedad intelectual se refiere, se ha pasado por varias etapas que se pueden identificar por el enfoque que se ha dado y la finalidad pretendida por la norma para la consecución de los objetivos propuestos.

En un primer momento, en la protohistoria de la propiedad intelectual, y antes incluso de que pudiese hablarse de ella como derecho social, en lo que los historiadores denominan edad moderna, lo que se pretendía era limitar el acceso a lo que las personas podían leer, y controlar las ediciones

que se imprimían en las primeras imprentas. Los reyes otorgaban permisos especiales de edición, controlando qué libros se editaban y qué tiradas, lo que les permitía conocer y controlar quienes eran los responsables de qué obras y dejar fuera de la circulación masiva aquellas obras contrarias o críticas con el poder establecido.

En un segundo periodo, fundamentalmente alrededor de la experiencia revolucionaria francesa, el enfoque se centra más en proteger y asegurar la libertad de expresión a través de las obras, con la exigencia de derechos como el derecho a la publicación anónima, etc., pero desde una perspectiva del autor ilustrado, financiado por varias vías más que por la difusión directa de la obra (mecenazgo, representaciones, etc.)

En un tercer momento, más cercano a los finales del siglo XIX, las sociedades industriales empiezan a darse cuenta de la importancia de la inversión en investigación y comienza a imponerse una perspectiva economicista de la propiedad intelectual. Es decir, los derechos en exclusiva como una forma de garantizar el retorno de la inversión a los empresarios, que a su vez sirve de estímulo a nuevos inversores y a nuevas inversiones que procuran espectaculares progresos, especialmente en el campo científico e industrial.

Este tercer modelo, eminentemente economicista, pero que se aplica por igual a las artes y a las ciencias, termina por producir, como sucede con los derechos de los trabajadores, una serie de desequilibrios e injusticias que terminan provocando la reacción de la parte que aporta el valor intelectual, siendo especialmente manifiestos esos desequilibrios en el caso de los autores artísticos que no necesitan de las fuertes inversiones para su producción. A diferencia de lo que sucede con los inventores o los creadores relacionados con la producción industrial, que necesitan de grandes inversiones e infraestructuras.

Al final de este periodo, los autores se encuentran con normas que atribuyen la autoría de las obras a personas jurídicas y con requisitos de concesión de los derechos como la inscripción (lo que era una forma de auto censura ya que poca gente acudiría a registrar y pedir derechos sobre una obra contraria al gobierno que debía concederlos en un régimen no democrático, etc.)

Surge entonces una nueva evolución, que supone además una fragmentación en los modelos de protección entre Europa y el mundo anglosajón, en la que el acento se pone en la protección de los derechos de los autores. En este último estadio es donde puede empezar a hablarse del derecho de autor frente al derecho de copia o *copyright*. Como el propio nombre indica, la perspectiva es más próxima y protectora del autor, frente al otro modelo en donde lo que prima es el quien tiene derecho a hacer qué sobre la obra, en particular la reproducción o copia. En este contexto se idean también las agrupaciones de autores, organizados en Entidades de Gestión, que les ayudan en la recaudación de los pagos por el uso de sus obras. Algo muy útil ante la imposibilidad manifiesta del autor de controlar las explotaciones de su obra.

Si se analizan las normas en esta materia, es significativo constatar que persiste en todo momento un enfoque económico clásico en el que se ve la concesión de los derechos a los autores con carácter exclusivo como un monopolio y por lo tanto algo negativo y que no puede tener una duración ilimitada. Por lo tanto, el tiempo durante el cual este monopolio tiene vigencia es limitado, entrando posteriormente las obras en lo que se conoce como Dominio Público Intelectual. Lo mismo sucede con las invenciones industriales.

En general lo que se expresa es que la sociedad concede un monopolio, algo negativo, en la certeza de que las creaciones del intelecto que se aportan a la sociedad le benefician en su conjunto y por lo tanto el plazo de protección no puede ser ilimitado, pues el conocimiento debe llegar y alcanzar a todos. Como se ve, se tiene una visión humanista liberal clásica, muy decimonónica en esta perspectiva.

Si bien en el caso de la propiedad industrial los modelos de protección entre el derecho anglosajón y el europeo no han variado sustancialmente, aparte de pequeñas diferencias sobre las creaciones objeto de protección (*software*, modelos de negocio, etc.) en el caso del derecho de autor, como se ha expuesto, las diferencias son más notables.

La aparición de nuevos medios de reproducción y comunicación, teniendo en cuenta que en el momento en que se establecieron las bases de este sistema, limitado prácticamente a la literatura, pintura y escultura, han modificado las relaciones de fuerzas entre los autores y los productores. De tal manera que mediante reformas, modificaciones y prácticas determinadas, la situación privilegiada de los autores se ha deteriorado en la práctica a pesar de la especial protección de la ley. Al final, el modelo no presenta diferencias esenciales con lo postulado por el *copyright*, lo que se ha manifestado por la firma del convenio de Berna incluso por los Estados Unidos. Para el autor, al final no existe una gran diferencia, y los grandes beneficiarios durante el final del siglo XX fueron los distribuidores, fundamentalmente.

Sin embargo, este campo ha cambiado radicalmente con la aparición de dos factores esenciales, por un lado la reducción de los costes de acceso a los equipos de producción y por otro la digitalización de las obras, ya sea desde la perspectiva de la transformación de las existentes o de la creación puramente en digital, lo que posibilita que las mismas puedan circular por las redes. Y este es el momento histórico al que estamos asistiendo, un momento conflictivo y de redefinición de las estructuras sobre las que se asienta la propiedad intelectual. Y estamos ante un gran desafío, tan grande que no debe desdeñarse.

2 | El conflicto en torno a la propiedad intelectual

2.1 | La función social de la propiedad

Una de las nociones más claras presentes en la propiedad intelectual es que la misma cumple una función social. La cultura y los conocimientos de un pueblo en el momento presente determinan en gran medida la cultura y los conocimientos futuros. Y a mayor acumulación de ambos factores mayor progreso social. Esta máxima, incuestionable, está presente, desde que la propiedad intelectual empieza a tener relevancia económica para los estados y empieza a desarrollarse la sociedad del bienestar.

Frente a los que se alzan reivindicando una propiedad intelectual perenne, equiparándola a la propiedad tradicional, que no se pierde por el mero paso del tiempo sino por los actos de disposición de su propietario, se recuerda la necesidad de nutrirse de aquellas obras que forman parte del imaginario colectivo como base para el desarrollo de nuevos proyectos. Frente a la visión propietarista de la obra se recuerda que esta tiene una función social que cumplir.

La constitución española reconoce en su artículo 33 el derecho a la propiedad privada y a la herencia, poniendo como tope de los mismos la función social que estos derechos tienen que cumplir. Función que delimitará por lo tanto el alcance efectivo, también, de la propiedad intelectual mediante lo que dispongan las leyes; no sólo el plazo de la protección en exclusiva de los derechos concedidos sino también ciertos usos que, por considerarse coherentes con esta función, se habilitan como límites a los derechos exclusivos del creador.

Es muy común que del discurso en pro de la defensa a ultranza de la propiedad intelectual se olvide de la función social de la propiedad que la misma debe desempeñar y se ataquen los límites que se imponen en la búsqueda de un mejor beneficio para el colectivo.

Un buen ejemplo de esta cuestión se ha producido en España a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a raíz del caso presentado contra el Reino de España por la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual que excluía de pago a los autores por los préstamos de los libros realizados en bibliotecas públicas. El TJCE dictaminó que la excepción de la ley era inadecuada con el texto de comunitario de la Directiva 92/100/CE porque no diferenciaba bien entre tipos de establecimientos y con una redacción tan genérica, se quedaban fuera de remuneración, en la práctica, todos los establecimientos de préstamo de libros. España aceptó la sentencia, como es lógico, limitando la excepción de pago a las bibliotecas de poblaciones de menos de 5000 habitantes y a las de instituciones docentes, mediante una modificación de la Ley de Propiedad Intelectual.

Otro de los casos curiosos es el del Himno nacional español, cuyos derechos generan al año una cantidad de dinero que va al Patrimonio del Estado tras el contrato firmado con los herederos de uno de los arreglistas de la partitura original, pero que al ser gestionados por una Entidad de Gestión, esta se lleva el correspondiente porcentaje, a pesar de ser algo que en principio pertenece a todos. El hecho es que la partitura original ya forma parte del Dominio Público, pero con base en una serie de arreglos musicales incorporados en el año 1908, el autor de los mismos, registró su obra tras la guerra civil y comenzó a percibir ingresos por cada vez que la misma se utilizaba.

Y así podrían enumerarse más y más casos, como el de una distribución de Linux enfocada a los centros religiosos, con todo el *software* adecuado y los textos propios, que tuvo su principal escollo en la imposibilidad de ser distribuida al no contar con el permiso para incorporar la última versión vigente de la Biblia, entre otros textos.

La realidad demuestra que actualmente existe una reducida consciencia acerca de la función social que la propiedad intelectual debe cumplir, precisamente cuando nunca como ahora estas funciones son esenciales en nuestro devenir como sociedad.

2.2 | La propiedad intelectual como excusa

El problema, en este escenario de cambio que se ha planteado, no es tanto la propiedad intelectual como el uso que de ella se está haciendo y que está afectando otra serie de derechos. Evidentemente, vivimos un proceso de adaptación a una nueva realidad en lo que al acceso a las obras se refiere, especialmente a las de ocio y culturales, por aquello de su completa inmaterialidad y sus posibilidades de

replicación y difusión a bajo coste. Y esto genera una serie de choques hasta que consigamos alcanzar un equilibrio en torno a estas cuestiones.

Es evidente que el modelo de proteger a los autores ha funcionado y ha conseguido desarrollar modelos de negocio y recursos para que los creadores puedan ganarse la vida con la explotación de sus obras, ello nos ha traído al punto en el que estamos. Surgen nuevos retos y nuevos modelos de acceso a las obras, desapareciendo la necesidad de intermediarios tradicionales y productores, y se abre ante los pies de los autores un vacío ante en el que no se sabe donde está la forma de continuar. Las recetas para paliar la situación que sirven para unos tipos de obras, no necesariamente sirven para otras, la música admite la presentación en directo y con entrada y el cine no, por lo que si no se venden soportes o entradas a las salas la rentabilización de la inversión se dificulta.

Ahora mismo hay un desconcierto notable sobre como afrontar los retos. Pero del desafío se saldrá, de eso no hay duda, la cuestión clave es el coste que tendrá alcanzar la solución, coste no en términos económicos sino de impacto en otras esferas de la vida de los ciudadanos.

Sin embargo, en este panorama, se está utilizando la propiedad intelectual como excusa para otras cosas, y es frente a estos peligros ante los que hay que estar atentos. Y digo excusa porque el fin que se persigue es otro, mucho menos confesable.

2.2.1 | Libertad de expresión y propiedad intelectual

El primero de los derechos fundamentales que se ve afectado por la defensa intransigente de modelos de negocio no adaptados a las nuevas realidades derivadas de la digitalización es la libertad de expresión, particularmente en internet. Amparándose en una visión sacrosanta de la propiedad intelectual en nuestro país hemos visto casos de una gravedad inconcebible.

Así, por ejemplo, uno de los primeros casos sucedió con una web rebelión.org y un artículo en el que se ponía de manifiesto y se criticaba ciertos cambios en la línea editorial del diario “El País” y en concreto para ello se emplearon algunas citas de Mario Vargas Llosa. Lógicamente para criticar algo es frecuente citar frases o textos que son objeto de análisis de tal manera que mis conclusiones o ideas se vean, bien refrendadas, bien refuten el contenido de lo citado. Se utiliza el texto ajeno como herramienta de contextualización del mensaje propio. Algo lógico y de todo punto razonable.

Pues bien, el derecho de cita en nuestro país está tan absolutamente limitado que sólo es posible, de acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), si se hace con fines de investigación o docencia. Por lo tanto, la cita como forma de contextualizar un comentario fuera de ese supuesto iría contra las previsiones de la LPI. Esta es la fórmula que el diario “El País” utilizó para presionar al medio online, con amenazas por incumplimiento de la LPI.

Otro ejemplo que conocemos todos es el de varios programas de la Sexta, la última televisión generalista en operar en abierto, que se vio frente a una demanda de otra cadena, Telecinco, básicamente por utilizar videos emitidos por esta en algunos de sus programas. Por las declaraciones de los afectados, especialmente por parte de los responsables de Telecinco, el

problema no era tanto que se usasen las imágenes a modo de *Zapping* o recopilación sino que se utilizaban para criticar a los periodistas y su trabajo. Amparándose, una vez más en la LPI, consiguieron una sentencia que impide a programas utilizar las imágenes para criticar el trabajo de los periodistas de la otra cadena. Una vez más, la propiedad intelectual como excusa para evitar la difusión de información y conocimiento.

El problema es que cada reforma legal, agrava los problemas al restringir los ya de por sí exiguos, límites a los derechos de los autores y empresas editoras.

Estos dos son casos llamativos, pero la red está llena de problemas, amenazas y demandas a bloggers y ciudadanos por parte de personas a las que una información molesta y encuentran en la propiedad intelectual la excusa perfecta para ordenar la retirada de los comentarios.

2.2.2 | Neutralidad de las redes de comunicaciones

De una manera tangencial, el hecho de la circulación de las obras por las redes, afecta a uno de los principios básicos que han marcado el desarrollo de internet hasta la actualidad. El principio de que la red sea neutral debe garantizar que por ella puedan circular los ciudadanos, haciendo el uso que estimen, siendo los únicos responsables de ese uso, de tal manera que no se pueda responsabilizar a los proveedores de la infraestructura de las decisiones de los usuarios. Esto, que ha provocado el desarrollo exponencial de internet y ha permitido que nos encontremos inmersos en el desarrollo de la sociedad del conocimiento y en medio de una revolución sin parangón en la historia de la humanidad, se ve amenazado también por muchos intereses que utilizan como excusa la propiedad intelectual. Con la excusa de proteger los derechos de autores, productores y distribuidores, se han interpuesto demandas contra desarrolladores de tecnología y se promueven reformas legislativas que afectan a la forma en que usamos las redes.

Así por ejemplo, el primer gran ejemplo al margen de *Napster* lo tenemos con el caso *Grokster*. Esta empresa, que desarrollaba un protocolo P2P, fue demandada en Estados Unidos porque uno de sus programas era utilizado para el intercambio de archivos digitales de música fundamentalmente. Finalmente, el caso llegó al Tribunal Supremo que condenó a la empresa, pero no por las infracciones que pudieran cometer los usuarios de la aplicación sino por publicitar estas actividades ilícitas entre sus usuarios.

La diferencia es muy importante, y raramente quienes ponen como ejemplo ese caso lo especifican, ya que no es lo mismo (entiéndase el ejemplo exagerado) que un ferretero venda un cuchillo a que lo venda publicitándolo como el mejor cuchillo para matar a su vecino. Nadie condenaría al ferretero en el primer supuesto, será el asesino el responsable de sus actos, pero en el segundo caso podría buscarse cierta ilicitud en su conducta por promover actos al margen de la ley. Eso es lo que sucedió en ese caso.

Recientemente una organización “*The Pirate Bay*”, en Suecia, ha visto como sus responsables son condenados por una conducta similar, sin embargo, los medios no especifican que la condena es por la promoción de la conducta ilícita y no tanto porque se haya demostrado que son responsables del uso que hacían los internautas de sus servicios.

En España el caso Soto, en el que se piden 13 millones de Euros a un programador informático por poner a disposición del público unos programas que se pueden utilizar para descargar archivos sin permiso de los titulares de derechos, es un ejemplo muy similar, aunque no presenta las mismas connotaciones que los casos Grokster y “Pirate Bay”, ya que no se hacía ningún tipo de publicidad sobre lo que los usuarios podrían hacer con los programas. Sería como acusar al ferretero por la venta del cuchillo.

La estrategia judicial en España, especialmente virulenta con respecto a otros países, se ha chocado frontalmente con los juzgados de lo penal que han rechazado las peticiones de los titulares de derechos de perseguir las conductas de las páginas de enlaces por no realizarse ninguna de las acciones típicas previstas en el Código Penal.

Pero en el fondo lo que existe es una estrategia constante y coordinada para criminalizar la red, establecer controles y limitar las acciones que los ciudadanos pueden desarrollar. Buena prueba de ello es la enorme repercusión mediática que tienen las intervenciones de páginas web de enlaces en todos los medios de comunicación, incluso cuando estas se producen por razones extra jurídicas y no tienen relevancia, frente a la absoluta negativa a informar mínimamente de las absoluciones o sobreseimientos en la mayoría de los casos. Se insiste en transmitir una imagen negativa de internet, asociada a delitos y desmanes por los medios tradicionales, cuyo objetivo final apunta hacia una estrategia de control de los contenidos.

Otro ejemplo de ello es la demanda de Telecinco contra Youtube, que finalmente se saldó con un Auto que reconocía el derecho de la cadena a que no se comunicasen sus videos a través del portal, pero el juez señalaba que era la cadena quien debía identificar los videos a retirar utilizando los instrumentos que el portal ponía a su disposición. Otro intento de los medios de explotar en exclusiva sus videos al margen de los canales que los usuarios desarrollan, y que atenta contra la neutralidad de la herramienta. Envite que finalmente se saldó de una manera positiva, pero que sin duda se repetirá por otros frentes.

2.2.3 | Intimidad y privacidad

Muy relacionado con lo anterior, y con la propiedad como excusa, son los intentos por controlar las actividades de los usuarios en la red. Se ha pasado del principio de inviolabilidad de las comunicaciones a muy serios intentos, a todos los niveles, para conocer el contenido de las transmisiones de datos en internet.

Si yo envío un archivo por la red, para que el titular de los derechos pueda saber que es suyo el archivo y que no está siendo remunerado por esa transmisión necesita interceptar los datos y abrirlos. Con esta base se articulan las medidas que prevén el corte de la conexión a los usuarios en el caso de que intercambien archivos sin el permiso de los propietarios. Así, el parlamento europeo en una votación sorprendente se posicionó del lado de los usuarios y vetó una propuesta de Directiva que permitía la desconexión de los usuarios que realizasen conductas contrarias a la ley de propiedad intelectual. Esta desconexión será posible sólo como medida adoptada por un órgano judicial.

El problema es que el derecho a internet, el derecho a acceder a información y a comunicar nuestras opiniones, empieza a ser considerado como uno más de los derechos sociales, como un derecho

esencial que debe ser protegido y que ante medidas de este tipo quedaría seriamente limitado.

En España, el problema es que se quiere llegar a este tipo de medidas por la vía más anti-democrática de todas, que es dejar en manos de una de las partes la solución. Así, los titulares de derechos y los proveedores de acceso a internet, auspiciados por un ejecutivo y un legislativo temerosos de lo impopular de las medidas a adoptar, estudian la fórmula para dejar sin conexión a quienes ellos quieran, en una bochornosa dejación de funciones de los poderes públicos. Pero para poder adoptar esas medidas, los operadores tienen que saber qué datos contienen las transmisiones, y si el usuario decide cifrarlas, el próximo movimiento de aquellos será solicitar que se declare ilegal cifrar las comunicaciones para los usuarios. Esa será la próxima batalla.

No hay que perder de vista que al poder político también le interesa saber qué hacen los ciudadanos en un momento concreto. Se coaligan intereses ante los que hay que estar atentos. De momento, las iniciativas en nuestro entorno se suceden, desde el proyecto HADOPI en el que una agencia, de la que formarán parte jueces, cortará el acceso a internet tras tres avisos a los usuarios que intercambien archivos. O en Reino Unido, donde lo que se pretende es producir micro cortes en las conexiones que haga muy complicado el empleo de programas P2P o distribuidos.

2.3 | Modelo económico y de desarrollo

Una de las primeras definiciones que se estudian en cualquier asignatura económica es que la economía es la ciencia que estudia la distribución de la riqueza, partiendo de la premisa de que los bienes y recursos son finitos, y por lo tanto escasos. Sin embargo, la digitalización pone en cuestión esta premisa en lo que a las obras intelectuales se refiere, ya que las obras creadas son finitas, pero una vez que se crea una esta es una fuente inagotable de otras idénticas y sin merma de calidad respecto del original. Esto genera fuertes tensiones en los modelos económicos alrededor de la propiedad intelectual.

Los intermediarios que eran los encargados de distribuir las copias y de abastecer al mercado, tomando las decisiones sobre lo que se había de consumir y en qué cantidades, utilizando para ello herramientas económicas, se ven desplazados porque su función puede ser llevada a cabo directamente por los usuarios y los propios creadores. Desaparece la necesidad de gestionar la escasez, un negocio muy lucrativo y muy bien asentado que sufre las tensiones precisamente por la copia a cero de las obras. La escasez ahora se mide en otros parámetros como el tiempo o la atención, y quienes sean capaces de reconducir a los usuarios y consumidores hacia los productos y las obras concretas serán los nuevos intermediarios, si bien la naturaleza de su función será diferente a las formas que se presentan en la actualidad.

Un ejemplo de cómo existe esta pelea, nuevamente por la vía de la propiedad intelectual, la tenemos en el caso de las revistas de prensa y recopilaciones de noticias. Un caso en el que los medios tradicionales han forzado un cambio legislativo que impide las recopilaciones de prensa sin el permiso de los titulares de los derechos, con el fin de evitar que los agregadores “on-line” hurten tráfico a los

portales *web* de los medios tradicionales. Es una batalla por reconducir al usuario a la *web* concreta para obtener ingresos de los anunciantes por audiencia.

Pero si la propiedad intelectual en el primer mundo se emplea de manera subrepticia para recortar o minar ciertos derechos y libertades, mucho más dramática es la situación respecto de los países en vías de desarrollo en lo que se refiere, especialmente a la propiedad industrial.

2.3.1 | Acceso a la tecnología

En el mundo desarrollado estamos viviendo al abandono de un modelo basado en la producción industrial. Los procesos de deslocalización son simplemente la consecuencia lógica de la búsqueda de la mayor rentabilidad para la empresa. La empresa, en persecución de ese objetivo de reducción de costes y aumento de la productividad, abandona los lugares donde, por diferentes razones, el costo de la mano de obra, fundamentalmente, trasladándose a países donde ese coste es menor.

La época de los descubrimientos con pocos medios técnicos ha pasado, es muy difícil innovar sin medios, al menos en materias que aseguren una gran rentabilidad. Ese modelo, cuyo último exponente son la informática e internet es cada vez más ocasional. Para poder investigar se necesita acceder a tecnología y además hay muchas áreas en las que se deben basar los trabajos en otros previos, que en muchas ocasiones todavía plantean problemas de pago de licencias o permisos.

Por lo tanto, los países en desarrollo tienen que adquirir tecnología porque en muchas ocasiones no pueden desarrollarla con sus propios medios por estar sujeta a patentes o reservas de derechos de propiedad industrial. Con lo cual, una parte del coste de investigación se destina al pago de terceros países y se limitan los recursos propios de que pueden disponer laboratorios e instituciones en formación de personal cualificado, por ejemplo. Hay una transferencia monetaria basada en la propiedad intelectual, de ahí la importancia para los estados desarrollados de obligar a los países en vías de desarrollo de adquirir fuertes compromisos de respeto en materia de propiedad intelectual.

Si uno revisa, especialmente, las negociaciones de los tratados de Libre Comercio durante los años 90, uno de los acentos principales y de los requisitos para la firma de los tratados es precisamente el respeto a la propiedad intelectual.

Los países desarrollados saben que, a falta de la mano de obra barata de sus propios nacionales, deben controlar o al menos obtener réditos del crecimiento de los países que aportan la mano de obra barata mediante, precisamente, el factor en el que más se acentúa la diferencia entre las partes, el conocimiento.

La menor formación, en general, y el atraso cultural de estos países fomenta precisamente la ausencia de una capacidad competitiva real en áreas determinadas de la investigación, y por lo tanto sigue poniendo en disposición de los países “ricos” una herramienta de superioridad constante.

2.3.2 | Investigación y países en desarrollo

El caso de la salud pública es especialmente sangrante, dónde empresas occidentales se han dedicado a recopilar información sobre procedimientos tradicionales de cura mediante plantas, han estudiado los principios activos de estas, cómo sanan a las personas y posteriormente, han desarrollado los medicamentos preceptivos, para vendérselos a los mismos ciudadanos, prohibiendo la elaboración de sus remedios con base en la propiedad industrial.

Otro de los desafíos a los que se enfrentan los países en desarrollo es al pago de *royalties* por las semillas modificadas genéticamente para evitar que se puedan auto reproducir. De tal forma que se esquilman las variedades genéticas propias y tradicionales de una determinada región y se convierte a los campesinos en perennes clientes de las empresas que las elaboran en sus laboratorios. Evitándose, además, que esta tecnología sea accesible para los países productores mediante los sistemas de registro y el no suministro de la tecnología de laboratorio y los conocimientos necesarios.

Existen otras circunstancias basadas en la investigación que limitan las posibilidades de competir de los países en desarrollo. Así las normativas sobre contaminación medioambiental, seguridad e higiene, etc., que durante un siglo de desarrollo han sido obviadas por los países desarrollados se ponen ahora en plena vigencia como una forma de obtener una ventaja competitiva que frena el desarrollo de ciertos países. Los requisitos tecnológicos para producir de una manera más respetuosa con el medio ambiente son muy elevados y suponen la intervención de tecnologías, una vez más, en poder de los países desarrollados que la licencian a un coste determinado, lo que nuevamente supone una transferencia de rentas que mantiene la diferencia entre los países.

Y este es el modelo económico del futuro sobre el que se asientan los privilegios de nuestras sociedades, hay que ser conscientes de ello.

3 | El copyleft y los derechos sociales

3.1 | El copyleft, el hijo bastardo del copyright

En todo lo que se ha expuesto de la propiedad intelectual ha quedado claro que ahora mismo tiene un enfoque mercantilista, de utilidad económica para la obtención de beneficios, generados a partir de la escasez.

Y es curioso como las personas que han diseñado los instrumentos jurídicos del *copyleft* han sabido utilizar las reglas de la propiedad intelectual para construir un modelo que propugna una concepción completamente contraria a las tesis que sirven de base para el fomento de la misma.

El *copyleft* es todo lo opuesto a la escasez, por eso lo califico del hijo bastardo del *copyright*, porque nace en Estados Unidos y porque sin el *copyright* no habría *copyleft*, pero en el fondo viene a ser una revisión profunda de los principios operativos de este. El *copyleft* como concepto surge al abrigo de las iniciativas en torno al *software*, el primero de los tipos de obras que desde su origen se crea en digital y que por lo tanto es susceptible de copia a coste cero y sin más limitaciones que las personas que quieran acceder a la misma.

Así a partir de las reglas y usos del *copyright* tradicional, se desarrollan una serie de licencias por las que una persona otorga a otra el derecho a hacer las copias de la obra que desee con una serie de condiciones pero sin mediar precio por el hecho de realizar la copia. Por ello el nombre de “dejar copiar” o “copyleft”, frente al “derecho a copiar” o “copyright”. Es la copia lo que determina la escasez, esa es la idea fundamental.

A partir del *software* “copyleft” y del gran éxito de una de sus variantes, el sistema operativo GNU/Linux, surgen iniciativas que tratan de aplicar los mismos principios al resto de las obras objeto de propiedad intelectual.

Una de las iniciativas más exitosas, si lo medimos en términos de aceptación, son las licencias *Creative Commons*, que proponen un marco jurídico para que el autor, dentro de las posibilidades legales que permite la legislación sobre propiedad intelectual pueda decidir que usos se pueden hacer con su obra. Todas las licencias *Creative Commons* permiten la reproducción de la obra para usos particulares, y muy importante, para usos relacionados con la cita, con lo que sólo por esa aportación, y vistos los problemas que hemos señalado, ya merece la pena incorporar alguna de estas licencias, aunque sea la más restrictiva en lo que a otros usos se refiere.

El copyleft como derecho social pretende también una reflexión sobre los sistemas tradicionales de propiedad y una redefinición de los mismos.

3.2 | La función social del copyleft

El copyleft permite consagrar un derecho de acceso a la cultura más amplio que el del *copyright* tradicional, poniendo únicamente límites restrictivos en algunas de sus versiones para posteriores usos comerciales. Esto por ejemplo evitaría circunstancias como las que recientemente han saltado a la luz pública con ocasión de eventos benéficos por los que se cobran derechos de autor.

La realidad es que estos cobros son ineludibles para las entidades de gestión, de lo contrario estarían incumpliendo su compromiso con los autores a los que representan, pero el fuerte rechazo social demuestra que este tipo de usos tal vez deberían estar excepcionados en la propia ley de propiedad intelectual. Y las críticas deberían ir dirigidas a los políticos que no incorporan esas excepciones a la ley, no tanto a las entidades encargadas del cobro.

Dentro del “copyleft” en general también se proponen licencias para los países en vías de desarrollo, aunque en el caso de *Creative Commons*, por ejemplo, se han retirado por problemas en su implementación y conflicto de principios con iniciativas tendentes a fomentar el acceso científico en estos países, en particular con el movimiento “Open Acces”, que promulga la libre circulación de trabajos científicos y técnicos y la publicación abierta y accesible de los mismos a los países en vías de desarrollo como una manera de contribuir a la superación de las diferencias que se han expuesto anteriormente.

Por lo tanto, el “copyleft” está llamado a jugar un interesante papel en la forma en como se equilibran y resuelven los problemas en torno a la propiedad intelectual, sobre todo en la medida en que permiten al autor una mayor libertad sobre su obra, poniendo a su disposición la última herramienta

que le faltaba para una creación digital y en la red, puesto que si ya disponía de los recursos materiales, los jurídicos quedaban fuera de su alcance.

Otra de las nociones esenciales del “copyleft” es la idea subyacente de compartir y de la conciencia de la importancia de apoyarse en las ideas pretéritas como forma de alentar el conocimiento, frente a una noción basada en la apropiación mediante la modificación mínima, de tal forma que se perpetúe el estado de propiedad.

Una de las peleas es la relativa a los plazos de protección de las obras, en la actualidad extendidas más allá de lo económicamente razonable, como demuestran varios estudios. Lo que se trata es obtener un monopolio eterno, en clara oposición a la función social que la propiedad intelectual cumple en nuestra sociedad. El caso de extensión de los derechos de propiedad intelectual según se acerca el fin de los mismos para *Mickey Mouse* es uno de los ejemplos arquetípicos de cómo se altera el sentido de la norma en función de intereses mercantilistas determinados.

El *copyleft* no es la solución a todos los problemas de la propiedad intelectual, pero realiza aportaciones valiosas a la sociedad en un momento tan complejo. El *copyleft* abre una vía de escape a una presión que de lo contrario sería brutal sobre usos y prácticas ciudadanas habituales, ya que hablamos de manifestaciones de cultura popular y que por lo tanto forman parte del acervo de los ciudadanos, como por ejemplo en el caso de los *blogs* y los problemas de la cita.

Y en definitiva, y más importante, supone una forma de reflexión dentro de las estructuras de un sistema con un enfoque, de hecho, y/o de derecho muy mercantilista, que ante una nueva realidad que cambia por completo las estructuras de análisis económico introduce nuevas posibilidades para un enfoque más social y solidario de unos derechos tan controvertidos.