

REVISTA HISPANOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



María del Ángel Iglesias (Dir.)
Manuel Palomares (Coord.)



EQUIPO EDITORIAL

Dirección: Dra. María del Ángel Iglesias Vázquez

Subdirección: Dr. Manuel Palomares Herrera y Dra. Ángela Casals Fernández

Colaboradores: Dra. Anna Buchardó Parra; Dña. Alba Gisbert García; D. José Antonio Romero Lara

EQUIPO CIENTÍFICO

Dr. Antonio Tirso Esther Sánchez (ULPGC)

Dr. Rubén Miranda Gonçalves (ULL)

Dr. Víctor Luis Gutiérrez Castillo (UJA)

Dr. Víctor Martínez- Patón (UNIR)

Dra. Avelina Alonso de Escamilla (CEU San Pablo)

Dra. Carmen Figuero Navarro (UAH)

Dra. Mercedes Salido López (UNIR)

Dra. Laura Miraut Martín (ULPGC)

Dra. Susana Blanco Miguélez (UNIR)

Dra. Izabel Rigo Portocarrero (USAL)

Dr. Luca Paladini (Università per stranieri di Siena)

Dra. Eva María Getino Calama (UNIR)



Entidad editora: IIDH

Página web: <http://iidhespana.org/>

SUMARIO

SECCIÓN I. TEMAS DE ACTUALIDAD

INSIDE THE VENICE COMMISSION: ITS ORIGIN AND INTERNAL STRUCTURE ...6

I. The birth of the Venice Commission: Statute and its revision. II. Members. III. The Bureau of the Venice Commission. IV. The President. V. The Secretariat. VI. Budget and financing. VII. The internal procedure. VIII. Opinions and studies. IX. *Amicus curiae* opinions. X. The Scientific Council and the Joint Council on Constitutional Justice. XI. Bulletin on Constitutional Case-Law. XII. CODICES Database. XIII. Venice Forum. XIV. Seminars and conferences with the Courts. XV. Cooperation with regional and linguistic groups. XVI. World Conference on Constitutional Justice. XVII. Conclusions. Bibliography6

O FORTALECIMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO: UM DIÁLOGO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS.....29

EL PROTAGONISMO DE LAS CUESTIONES SOCIOAMBIENTALES EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES: EL ACUERDO UE-MERCOSUR46

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CUESTIONES SOCIOAMBIENTALES EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE LIBRE COMERCIO. 2.1. Una política prioritaria para el desarrollo sostenible en la UE. 2.1.1. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). 2.1.2. El Pacto Verde Europeo (PVE). 2.1.3. Los ODS en el marco del Pacto Verde Europeo. 3. AVANCES Y LÍMITES DE LAS INICIATIVAS DE DESARROLLO SOSTENIBLE. 3.1. Políticas internas de la UE para la implementación del PVE. 3.2. Políticas externas de la UE al desarrollo sostenible. 4. ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO COMO HERRAMIENTAS DE DESARROLLO Y DE PROTECCIÓN SOCIOAMBIENTAL. 4.1. Las perspectivas comerciales entre la UE y América del Sur. 4.2. El Acuerdo UE-MERCOSUR: potenciales contribuciones al desarrollo sostenible. 4.2.1. El MERCOSUR. 4.2.2. El Acuerdo UE-MERCOSUR. 4.2.3. El contexto socioambiental del Acuerdo UE-MERCOSUR. 4.2.4. Las perspectivas del Acuerdo UE-MERCOSUR en la actual coyuntura política sudamericana. 4.2.5. Mirando al futuro: potencialidad del acuerdo UE-MERCOSUR al incremento de las políticas socioambientales de los países sudamericanos. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFIA.....46

LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA78

SUMARIO. I. LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y EL SISTEMA DE PROTECCION DE SUS DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA. 1. EL ROL DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO EN MATERIA DE MENORES CON DISCAPACIDAD. 1.1. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. 1.2. EL MARCO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL VIGENTE. 1.3. EL MARCO DE PROTECCION EUROPEO. 1.3.1 EL CONSEJO DE EUROPA. 1.3.2 LA UNION EUROPEA. 1.4. EL MARCO DE PROTECCIÓN ESPAÑOL. II. PROPUESTAS DE MEJORAS AL SISTEMA. 1. ALGUNAS CUESTIONES

VINCULADAS CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD. NECESIDAD DE UNIFICACION CON EL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE DEPENDENCIA. 2. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA NACIONAL DE ESTIMULACION TEMPRANA, REHABILITACIÓN INTEGRAL Y FOMENTO DE AUTONOMÍA. 3. ADOPCION DE ACCIONES CONCRETAS DE SENSIBILIZACION DE LA SOCIEDAD. 4. LA BUSQUEDA DE UNA EDUCACION INCLUSIVA DE CALIDAD. 5. EMPODERAR A LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y SUS FAMILIAS. 6. DICTADO DE MEDIDAS DE APOYO PARA LAS FAMILIAS. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA. V. ANEXO DOCUMENTAL79

EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA Y LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LÍNEA.....119

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. - I. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD DIGITAL. I.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN EN INTERNET. I.2. INTIMIDAD INFORMÁTICA Y SEGURIDAD EN LÍNEA. I.3. PARTICIPACIÓN CIUDADANA. - II. RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN Y SANCIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DIGITALES. – II.1. RESPONSABILIDADES LEGALES DE LAS REDES SOCIALES. - II.2. LA IMPORTANCIA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. - III. CONCLUSIONES.119

SECCIÓN II. RECENSIONES

LA TRANSPARENCIA Y EL BUEN GOBIERNO: UNA PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS OBLIGACIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES (D. JHEISON TORRES ÁVILA).....145

SECCIÓN I. TEMAS DE ACTUALIDAD

INSIDE THE VENICE COMMISSION: ITS ORIGIN AND INTERNAL STRUCTURE

Fruela Río Santos

Profesor ayudante doctor en Derecho Constitucional (ac.) UNIR

Abstract

The European Commission for Democracy through Law, also known as the Venice Commission, is part of the Council of Europe and assumes advisory functions in the field of constitutional law as an independent body. Among its three basic pillars is the strengthening of the legal systems of the Member States, the promotion of the rule of law and democracy, and thirdly the study of democratic institutions for their further strengthening and development. This paper aims to provide a dual perspective of the institution, starting with its origins and ending with its organizational structure. Within the structure, a double distinction has been made: on the one hand, the basic bodies of the Venice Commission (its Members, the Bureau, the President and the Secretary) and its internal functioning regime are studied, and then we move on to the bodies that are more unfamiliar (*Amicus curiae opinions*, the Scientific Council and the Joint Council on Constitutional Justice, Bulletin on Constitutional Case-Law, CODICES Database, Venice Forum, Seminars and conferences with the Courts, Cooperation with regional and linguistic groups, and the World Conference on Constitutional Justice). This is a descriptive work, which takes into consideration the scarce bibliography on this subject and is complemented by the regulations of the Venice Commission and its secondary bodies when these have been approved.

Keywords

Venice Commission; Council of Europe; Origin; Internal structure; Members; Constitutional Justice

SUMMARY.I. The birth of the Venice Commission: Statute and its revision. II. Members. III. The Bureau of the Venice Commission. IV. The President. V. The Secretariat. VI. Budget and financing. VII. The internal procedure. VIII. Opinions and studies. IX. *Amicus curiae* opinions. X. The Scientific Council and the Joint Council on Constitutional Justice. XI. Bulletin on Constitutional Case-Law. XII. CODICES Database. XIII. Venice Forum. XIV. Seminars and conferences with the Courts. XV. Cooperation with regional and linguistic groups. XVI. World Conference on Constitutional Justice. XVII. Conclusions. Bibliography

I. The birth of the Venice Commission: Statute and its revision

Among the purposes of the Council of Europe (CoE) is the safeguarding and effectiveness of human rights and fundamental freedoms¹. To achieve this goal, it was established within the CoE

¹ Art. 1.b of the Revised Statute 1949.

the European Commission for Democracy through Law, also known as the Venice Commission. It is the advisory body of the CoE that is responsible for²:

1. Strengthening legal systems.
2. Promoting the rule of law and democracy.
3. Examining the problems that arise in democratic institutions for their reinforcement and development.

Its activity is connected with constitutional issues, and it provides legal opinions and advices when formally interested by the Member States, by the institutions of the CoE or by international organizations. The Venice Commission provides a support function, of high quality and consideration, to ensure the democracy of the Member States, not only of the institutions but also of the standards that they want to modify or promulgate in the field of human rights and in the rule of law³.

It is important to proceed with the distinction between Hard Law and Soft Law in the standard-setting activities of the Venice Commission. Soft Law norms increasingly cover a greater number of action scenarios and displace Hard Law due to their specialization, because they do not need to be adopted with the same legal formalism. Although Hard Law produces legally binding effects, the same cannot be said of Soft Law, because its effects are more limited and States are not subject to sanctions in the event of non-compliance or enforcement⁴. However, Soft Law provides incentives for it to be applied and integrated into the legal system. A striking fact in favor of Soft Law is the fragmentation of Hard Law⁵, which in turn allows for a faster response to the problems that arise as well as a specialization of the normative action.

² Art. 1 Statute 2002.

³ To date, the Venice Commission has approved different documents that can be divided into three groups: 1) Functioning of democratic institutions: Constitution, Rule of Law, state information, Federalism, Parliament, Executive, Judiciary, Constitutional justice and Ombudsman; 2) Protection of fundamental rights: Security, terrorism and human rights, Fundamental freedoms, Minority rights and Emergency states; 3) Elections, referendums and political parties: Code of good practice in electoral matters and its interpretative declarations, electoral process, Electoral systems, Digital technologies, Right to vote, Affirmative action and similar measures, Referendums, Political parties and election observation and assessment. The documents can be consulted at:

https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_main_reference_documents&lang=en

⁴ Hoffmann-Riem, W. (2014). "The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact", in *The European Journal of International Law*, vol. 25, n. 2, at 580-581.

⁵ Koskeniemi, M. (2009). "Legal Fragmentation(s): An Essay on Fluidity and Form", in G. P. Calliess et alii, *Soziologische Jurisprudenz*. Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, at 795

The first president of the Venice Commission, Antonio La Pergola⁶, in a speech pronounced at the Second Venice Conference, at the *Scuola Grande di San Giovanni Evangelista* (January 19-20, 1990)⁷, pointed out the importance of creating a guarantee system that would allow States, through the Constitutions, improve democracy and the rule of law to provide citizens with greater legal certainty. To achieve this, it is not enough for the Member States to place their trust in the Constitutional Courts, despite the great work they do, but rather it proposes the creation of a Commission for Democracy, which will allow the investigation and debate of the proposals for reform and the drafting of constitutional texts or *blue-prints*. Its function is assimilated to an institutional engineering service of the Constitution⁸. The Commission will be competent to deal with specific or broad questions related to democracy, its institutions, procedures and guarantees of Constitutional Law. Not only from a restricted and constitutional vision, but will consider the political, economic and social environment. Nevertheless, it will always act from independence, without interference from any Government and the CoE, relying on research activities, facilitating cooperation through conferences and other study and meeting programs.

The speech at the second conference in Venice improved the speech pronounced at the first conference⁹, because in this one the creation of the Commission for Democracy through Law is only proposed in accordance with the principles of the Statute of the CoE and the Single European Act¹⁰. The objective is to launch a project that allows pluralist democracy to be placed within the services of the CoE, in which non-Party States can participate¹¹. The tasks of the Commission are the following:

1. Promote and stimulate the investigation of Constitutional Law from a base of comparative legal cooperation in the CoE.

⁶ At the time of the formal proposal, he held the position of Minister of Community Policy of Italy, in addition to being a renowned professor of Constitutional Law. He also held for a period of one year the position of President of the Constitutional Court of the Italian Republic, and since the cessation of the position of Minister, he assumed the position of member in the European Parliament.

⁷ La Pergola, A. (2009). "Speech by Antonio La Pergola at the Second Venice Conference", Venice, 19-20 January 1990, at 39-44, in *Liber Amicorum Antonio La Pergola*, Juristförlaget i Lund.

⁸ Some have argued that its functions are similar to constitutional engineering in that sense: Garrone, P., *La Commission de Venise à la veille de son dixième anniversaire*, on *Rivista di studi politici internazionali*, n. 527, 1999.

⁹ It took place at the Cini Foundation, Venice, 31-1 March-April 1989, p. 35-39, in *Liber Amicorum Antonio La Pergola*, Juristförlaget i Lund, 2009. The first Venice conference coincides with the 40th anniversary of the CoE.

¹⁰ With its three famous freedoms.

¹¹ As took place at the "Strasbourg Conference on Democracy", in which not only Member States participated, but other States of similar democratic inspiration

2. Promote studies and reflect on the democratic instruments and institutions of the Member States.
3. To achieve the objectives, the Commission will prepare scientific reports and propose general lines that respond to the legal technical questions of Constitutional Law.

At the end of the 1980's and the beginning of the 1990's, Europe was experiencing a moment of political and social tension, caused by the weakness of the USSR and the states of the Soviet bloc, the fall of the Berlin Wall and the constitutional reformulation of the Eastern and Central European states. The States that abandoned communism had to face not only the reform of the Constitutions, but also of the institutions and their most important legal norms, in order to embrace the principles and values of democracy and the rule of law. The creation of a specialized Commission is necessary due to the lack of previous experience of the new democratic states. For this reason, the CoE had to pronounce in favor of constitutional stability, the rule of law and the recognition of the rights and freedoms of citizens.

As has been pointed out in the previous paragraphs, the creation of the Venice Commission is the result of the idea of Antonio La Pergola, who assumed the presidency from its establishment in 1990 until his death in 2007. Initially, the decision was not well received by all Member States of the CoE¹² and ended up adopting Resolution (90) 6 on a Partial Agreement Establishing the European Commission for Democracy through law, by the Committee of Ministers on 10 May 1990, at its 86th Session¹³. The proposal was well received by the Committee of Ministers and was accepted unanimously and without delay. And the Commission's Statute was adopted as an appendix at the same resolution. The Resolution takes as its starting point the Conference held in the city of Vienna on January 19 and 20, 1990, pronounced by Antonio La Pergola, and creates it for an initial period of two years as a necessary instrument for the development of democracy. As indicated in the preamble of Resolution (90) 6, before December 31, 1992, the Venice Commission and the CoE must evaluate the experience and reexamine whether the improvement of the Statute is appropriate. In the Resolution, the Venice Commission is established as a consultative body between the Member States, and non-members, with the CoE and will provide special support to

¹² Of the twenty-three Member States, only eighteen gave their consent to participate in what would become the Venice Commission. Its first members are: Austria, Belgium, Cyprus, Denmark, Finland, France, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, Malta, Norway, Portugal, San Marino, Spain, Sweden, Switzerland and Turkey.

¹³ The Committee of Ministers on April 23, 1990, authorized decision and unanimously, that the CoE initiate the work to adopt the partial agreement.

the States of Central and Eastern Europe. As noted, the goal was for the new Constitutions to embrace European principles and move away from the communist past.

The Partial Agreement brought advantages to the internal functioning of the Venice Commission¹⁴. The internal procedure is made more flexible by avoiding rigid formalism, which in times of urgency would delay decisions. This aspect also has another benefit, preventing States that are against a pronouncement from being able to paralyze the Commission's actions. Secondly, the Commission is given autonomy from the CoE, this point is not new because other bodies of the Council were designed in similar terms. Financial autonomy is also framed within legal autonomy, because it is the States that finance the Commission and individuals with voluntary contributions. In addition, flexibility and autonomy do not prevent the Venice Commission from assuming as its own principles and values enshrined in the CoE Statute, such as the protection of rights and freedoms, the rule of law and democracy.

The Statute was revised by Resolution RES (2002) 3, 27 February 2002, not only to improve the legal regime of the Venice Commission but also to incorporate the States that had hesitated to participate in 1990, allowing other non-Member States to accept taking part either as members, on equal terms, or as observers. They are currently divided into four groups, the largest is called members (61) and includes not only Member States but also non-Member States of the CoE¹⁵, one associate member¹⁶, four observers¹⁷, and those with special status¹⁸.

With the reforms carried out, the Venice Commission is fully part of the CoE but has some features that make its legal nature special. In the first place and unlike other bodies of the CoE, the headquarters is located in the city of Venice opposite Strasbourg¹⁹. The Commission is nourished

¹⁴ Salinas Alcega, S. (1999). *La Comisión para la Democracia a través del derecho (Comisión de Venecia) una acción, en el marco del Consejo de Europa, para el desarrollo y la extensión de los valores democráticos*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, at 9 - 10.

¹⁵ Albania, Algeria, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Canada, Chile, Costa Rica, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Israel, Italy, Kazakhstan, Korea, Kosovo (Rep.), Kyrgyzstan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxemburg, Malta, Mexico, Moldova (Rep.), Monaco, Montenegro, Morocco, Netherlands, North Macedonia, Norway, Peru, Poland, Portugal, Romania, San Marino, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Tunisia, Turkey, Ukraine, United Kingdom and United States of America.

¹⁶ Belarus is currently suspended.

¹⁷ Argentina, Holy See, Japan and Uruguay.

¹⁸ European Union, Organization of American States, OSCE/ODIHR, Palestine and South Africa.

¹⁹ Art. 8.3 Statute 2002.

by independent experts²⁰ and not by government experts²¹. In addition, members that are not part of the CoE, as well as observer States and others with a special status, can form part of the Venice Commission.

As highlighted by Professor Paul Craig²² the Venice Commission is also integrated by the European Union Commission, as it also participates in the plenary sessions, but also by the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), and the Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), which also participates in the sub-commissions of the Venice Commission sub-commissions.

II. Members

In the previous section I have indicated the members that form part of the Commission, but it is necessary to carry out a more in-depth study, distinguishing between appointment and term, impartiality and independence, associate members, observers and substitutes.

The members of the Commission do not necessarily have to be Member States of the CoE and their number amounts to 61. Each State will freely designate a member or an associate member, informing the Secretary of the election with the name, address and working language²³. The mandate of office begins the day after the outgoing mandate ends, but if it is the first appointment of a State, it will begin the day after its accession. In any case, the appointment should not be confused with the taking of office, because for the appointment the State must comply with the 8 weeks prior to the cessation of the outgoing member upon invitation of the Secretary. The Secretary assumes a duty of diligence so that the good functioning of the Commission is not harmed by the forgetfulness or omission of the States. The duration of the mandate is flexible, the Rule states at first that the duration will be four years from the taking of office but implicitly recognizes the possibility of continuing in office until the new appointment takes place. Nothing

²⁰ But it is not the only body of the CoE that has independent experts, because we also find them in the Committee for the Prevention of Torture, the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities or the Consultative Council on European Judges.

²¹ Art. 2.1 Statute 2002.

²² Craig, Paul P. (2017). "Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy", in *UCI Journal of International, Transnational and Comparative Law*, Forthcoming, Oxford Legal Studies, Research Paper No. 1/2017.

²³ Art. 1 Rules of Procedure.

prevents the member, within his independence and impartiality, from submitting a letter of resignation addressed to the Secretariat, the resignation will be understood from the day of receipt. The third possibility is connected with the proposal of the Bureau, by a majority of two-thirds of its members that the member concerned is no longer able or qualified to exercise his or her functions.

Connected with what was stated in the previous paragraph, and being a consequence of all the members, is the recognition of independence and impartiality in the exercise of the position²⁴. Both qualities must be present in the members of the Commission on any matter under examination by the Commission. In any case, the members of the Venice Commission must be "independent experts who have achieved eminence through their experience in democratic institutions or by their contribution to the enhancement of law and political science"²⁵. The norm is clear and precise, apart from the above assumptions, members of the Commission may not be appointed by the states. Not only their legal training is taken into account, but also the work environment of the functions they have performed in their respective states. In order to guarantee the highest professional independence, the members of the Commission will not receive instructions or orders in the exercise of their functions.

The members of the Committee are obliged to provide the personal and professional data of their curriculum vitae, including the positions and functions they have performed. The objective is to provide transparency to the Venice Commission not only in terms of its operation but also in relation to its members. Connected with impartiality is the situation of conflict of interest, in this sense, the members are obliged to notify the president of the Commission of any circumstance that may cause a loss of impartiality. If the conflict of interest prospers, either at the initiative of the member or because it is detected by the president, the affected party will be left out of the vote on the matter to be discussed, but the right to take part in the previous debate will be recognized.

Although it is not recognized within the two previous guarantees, the members of the Venice Commission will be cautious of any information that they transmit to the media and that derives from the decisions or the texts that have been adopted.

²⁴ Art. 3a Rules of Procedure (added at the 61st Plenary Session of the Commission).

²⁵ Art. 2.1 Statute.

Associate members and observers are also recognized within the Venice Commission. In both scenarios they are deprived of voting rights²⁶. In order to formulate oral or written statements on the topics of discussion, it is necessary that the president must have previously authorized the request of the associate members or the observers. They are not placed on the same level of equality as the members of the Commission, and for this reason their rights cannot be assimilated, but they are allowed to attend meetings and discussion groups. The purpose includes two scenarios, on the one hand, that the states that have designated associate members or observers can assess the responses of the Commission in order to obtain an improvement in internal laws, secondly, with the hope of increasing its members through effective work. In any case, the states that designate an observer must notify the Secretariat of the details of the person chosen (name, address and working language).

Each Member State must designate a member who will assume the presence in the Venice Commission, but in order to guarantee the presence of the Member State, it must appoint a substitute, who will act in default of the first when he cannot be present. Therefore, the substitute not only appears before the Commission when the member is not fully available but must meet the same personal and professional requirements. The mandate of the substitutes coincides with that of the members of the Commission and ends with the appointment of the new member by the State.

In addition to the members mentioned in this section, the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly, the Congress of Local and Regional Authorities of Europe and the Giunta of the Regione Veneto, must attend the sessions that are held in the Commission.

III. The Bureau of the Venice Commission

The Venice Commission, like any collegiate body, needs a structured internal composition to be able to execute the powers attributed to it by law. The Bureau of the Venice Commission is made up of a president, three vice-presidents and four members, and the term of office is two years with the possibility of re-election²⁷, always by a majority of the votes cast. Currently, the Commission also has a president emeritus (special representative) and three honorary presidents.

²⁶ Art. 2 Rules of Procedure.

²⁷ Art. 4 Statute 2002.

The Statute allows the Commission to appoint consultants²⁸ to assist it on a specific issue and always limited in time.

The elections of the members of the Venice Commission will be prepared by a "Committee of wise persons" elected by the Commission and at the proposal of the Enlarged Bureau, at the Plenary Session preceding the one at which elections must take place. The candidacies presented to the "Committee of Wise Men" will be based on the vacant positions, and a list of candidates must be drawn up and will be communicated to the Commission at the beginning of the Plenary Session at which the elections must take place²⁹.

The president is in charge of presiding over and directing the work of the Commission, in addition to representing both within the CoE and with other States and international organizations. The president must not only direct the plenary sessions of the Commission but shall make decisions on behalf of the Commission, where appropriate in consultation with the Bureau. If the president is unable to perform his functions due to incapacity, he will be replaced by one of the vice presidents. The Statute omits the reasons for the president's incapacity, but we must assume that he understands situations such as death, illness, medical intervention and when he is abroad and cannot direct the Commission. The purpose is to correct the situations that impede the proper functioning of the Commission. It is not mentioned which vice president corresponds but in practice the first vice president will be called, failing the second and finally the third.

The Bureau may meet as an Enlarged Bureau together with the Presidents of the Sub Commissions. The first is made up of: Fundamental Rights, Federal and Regional State, International Law, Protection of National Minorities, Judiciary, Democratic Institutions, Working methods, Latin America, Mediterranean Basin, Rule of law, Gender equality, Ombudsman institutions, Constitutional Justice, Scientific Council and Council for Democratic Elections; and the Enlarged Bureau for the following: Fundamental Rights, Federal State and Regional State, International Law, Protection of National Minorities, Judiciary, Democratic Institutions, Working methods, Latin America, Mediterranean Basin, Rule of law, Gender Equality, Ombudsman institutions and Constitutional Justice.

²⁸ Art. 5.1 Statute 2002.

²⁹ Art. 6.1bis Rules of Procedure (paragraph was added at the 101st Plenary Session of the Commission).

The Venice Commission also has a Secretariat which is under the authority of the Commission³⁰. The Secretariat will be represented by the Secretary and by the Deputy Secretary, and for the appointment the opinion of the Commission will be taken into consideration.

IV. The President

One of the biggest objections that can be formulated against the Rules of Procedure of the Commission is the absence of an article dedicated to the regulation of the institution of the president. Extreme that is not understood when the different modalities of its members and the secretariat are regulated.

The term of office of the president and vice president shall be two years, with the possibility of re-election. For those cases in which the president cannot exercise the functions entrusted by the Law, the vice-president of the Venice Commission will assume them.

The only solution that is provided is contemplated in different articles, but without being related to each other³¹. Let us see separately each of the faculties and functions attributed to the president:

1. Grant permission for an associate member or an observer to make oral or written statements on a matter dealt with by the Commission.
2. Receive notifications through the secretary of conflicts of interest that alter the impartiality of the members.
3. Evaluate conflicts of interest when they are not proposed by the members and are seen in connection with an item on the agenda.
4. With the intervention of the secretary, convene the members, associate members and observer, to the sessions of the Commission.
5. Responsible for directing the work of the Commission.
6. The opinions of the Commission can be declared restricted or confidential at the will of the president. The first (restricted) will be public after one year, and the second (confidential), once ten years have elapsed, always with effect from January 1 of the following year, unless the Commission decides otherwise.

³⁰ Art. 7 Rules of Procedure.

³¹ Arts. 2.2, 3a.3, 3a.4, 5.1, 6, 9.2, 11, 13.1, 14.1 and 17a.2 Rules of Procedure.

7. The president can invite guests to attend the sessions.
8. The president may request, when dealing with matters of a certain State, that the representatives leave the room before proceeding with the vote.

V. The Secretariat

Unlike what happens with the president of the Venice Commission, the secretariat does have an article on this matter. The regulation is not extensive, beyond the different articles that come to complement it. There are three basic ideas³²: The Commission has a secretariat, the secretariat is under the authority of the Commission because it depends on it, and that the commission must rule on the secretary and the deputy secretary because of the relationship between the secretariat and the Commission.

The secretariat assists the Commission in its regular internal functioning. To achieve its objectives, it is made up of the secretary, the deputy secretary and the rest of the auxiliary staff.

VI. Budget and financing

The Venice Commission, like any body of the Council of Europe, must comply with the activities approved for the exercise of its powers, notifying the Committee of Ministers for its control an annual report of its activity³³. The activities of the Venice Commission are financed through different budgetary and financing mechanisms. The options are as follows³⁴:

1. Expenditure relating to the implementation of the program of activities and common secretariat expenditure shall be covered by an Enlarged Agreement budget funded by the member states of the Enlarged Agreement.
2. For voluntary contributions, which are deposited in a special account.
3. The Regione Veneto and the Italian Government bear the expenses related to the local secretariat and the operations of the Commission.

³² Art. 7 Rules of Procedure.

³³ Art. 7 Statute 2002.

³⁴ Art. 6 Statute 2002.

4. The expenses incurred by each member, whether for travel or subsistence, are covered by each State individually.
5. When the expenses are designated by the Commission, they are charged to the budget of the Commission.

VII. The internal procedure

The functioning of the Commission is regulated in the Rules of Procedure. The applicable law is complete and broad, regulating all matters that may arise in its daily activities.

The Commission holds four sessions a year³⁵, on the dates agreed upon in the last session of the previous year³⁶. Leaving the secretary, upon instruction from the respective president, the dates on which the Sub-commissions³⁷ and working groups should be held. The autonomy of the Commission allows it to establish the day and place of the sessions, as well as the points of the day to be discussed. The sessions will be held in English and French³⁸, but members are allowed to use a different language if the provision of interpretation services is guaranteed. The documents that are deposited in the secretariat will follow the same rule, the official languages are English and French, but if it is presented in another language, the document will be accompanied by its translation.

Each session will be convened by the secretary of the Commission, following the guidelines established in the previous year, and each member of the Commission will be notified personally by letter, whether it is a member, an associate member or an observer³⁹. The alternates will also be notified when they replace the titular or associate members, also when they have written an opinion that must be discussed in the session⁴⁰. The secretary must ensure the proper functioning

³⁵ However, the secretariat of the Venice Commission is based in the city of Strasbourg (seat of the CoE) and the plenary sessions of the Venice Commission are held in the city of Venice four times a year.

³⁶ Art. 4 Rules of Procedure.

³⁷ The art. 17 of the Rules of Procedure allow the Commission to participate in the appointment of the members that will form part of the Sub-commissions that are constituted, as well as in the appointment of the president, with a time limit of two years that may be extended at the initiative of the the Commission.

³⁸ Art. 10 Rules of Procedure.

³⁹ Art. 5 Rules of Procedure.

⁴⁰ The rapporteurs and the working groups are responsible for preparing the draft reports and draft opinions of the Commission. When working groups are constituted, outside experts may take part as external advisers as well as representatives of organizations or institutions. Participation affects the quality of the drafts that are prepared and takes into account the scientific opinion of personnel with a high level of training in the subject. Similar treatment has the Scientific Council of the Venice Commission, which ensures that studies and opinions enjoy high technical quality

of the Committee and that all members have a record of the sessions, being courtesy of the Committee, that members confirm their attendance as soon as possible and in the same way. In the letters notifying the members of the holding of the session, the agenda must be stated, based on a draft prepared by the secretariat⁴¹, so that they are aware of the matters to be discussed and the documents⁴². The remission of the documents must be sent at least two weeks before the opening of the session. The previous delivery allows the members to study the documents and the issues that will be put to the vote in the session.

The sessions are held behind closed doors, but nothing prevents them from being public if the Commission so expresses it⁴³. The power to invite representatives of other States or organizations rests with the president, but members may address their requests to the president for consideration. In any case, if the Commission must pronounce itself in an opinion that affects a specific State, it will be allowed to attend with a representative who will be guaranteed the right to speak in the session. But these will not be present at the time of the vote, unless the president authorizes their presence. In order for there to be a quorum⁴⁴ in the matters dealt with by the Venice Commission, the majority of its members must be present, otherwise the vote will be considered rejected. The general rule is that a majority of the legally cast votes is required to be approved. Each member is assigned one vote⁴⁵, guaranteeing equality among the members, but if there is a conflict of interest, either because a matter of which he is a national or of the State he represents is being voted on, the president can decide that his vote remains excluded.

The general rule is that the decisions adopted cannot be modified, unless acting under Art. 15 of the Rules of Procedure. In order to annul a decision on a specific matter, the request must come from a member and a two-thirds majority of the votes cast must be obtained. This is the only way to reconsider a previously issued decision.

and regulatory consistency. The Scientific Council controls and reviews the work produced by the Commission to maintain and guarantee the quality of the studies and opinions. All these issues have been developed by the Commission in the *Guidelines relating to the working methods of the Venice Commission - Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session* (Venice, 15-16 October 2010).

⁴¹ Art. 8 Rules of Procedure.

⁴² Within documentation, we must distinguish between opinions and documents. The first will be public, and the second will maintain that circumstance unless the president considers that they should be classified as restricted or confidential. Restricted documents will lose that condition after one year of classification. Confidential documents after ten years, and with effect from the first day of January of the following year, unless otherwise decided by the Commission.

⁴³ Art. 11 Rules of Procedure.

⁴⁴ Art. 12 Rules of Procedure.

⁴⁵ Art. 13 Rules of Procedure.

VIII. Opinions and studies

In the first section of this work, the fundamental competences of the CoE were detailed, corresponding to the Venice Commission the adoption of opinions and studies that advise the States on draft legislation or legislation that are in force, in addition to pronouncements on current issues. It also assumes powers over constitutional amendments and drafts reform. To achieve the objectives, the members prepare drafts that are finally presented before the plenary sessions of the Committee to be debated on their content and proceed with the vote.

In the first place, the opinions issued by the Commission must be impartial in their content, avoiding any pronouncement that contradicts this principle. Opinions will be expressed on bills or laws that are in force, and on constitutional reforms and reform drafts. The opinion must enter into all the questions that are of interest, giving a clear, precise and complete answer, based on the compatibility of the values of the CoE and international standards⁴⁶. As indicated, it is an opinion, which is not binding for the State because it can accept or reject it. The Commission does not have the power to compel the State, for this reason it cannot compel it, it can only advise it through opinions, because the opposite would be to go against the sovereignty of the State. In conclusion, the opinions do not put forward models of laws and Constitutions, but instead try to create a constitutional and legal framework based on the international principles enshrined in the CoE and international standards.

It is important to emphasize that the Venice Commission advises the States on the basis of the legal opinions it issues on draft legislation or on legislation already in force, in order to assess whether it respects the three essential pillars of the Commission (democratic institutions and fundamental rights, constitutional justice and ordinary justice, and finally, elections, referendums and political parties). In addition, and not to be underestimated because it comes second, there are the studies and reports on topical issues, which vary from year to year and cover a very broad and varied field of action. In this sense, the opinions may be of interest to the Member States (Legislative Power, Executive Power and Heads of State), to the Council of Europe (Secretary General, Committee of Ministers, Parliamentary Assembly and Congress of Local and Regional

⁴⁶ Dürr, S. R. (2019). *The Venice Commission. Chapter 2, on Council of Europe (COE)*, Third edition, Kluwer Law International, by Tanja Kleinsorge, The Netherlands.

Authorities), and finally and thirdly to the International Organizations that are part of the Venice Commission (*e.g.* the European Union, the OSCE/ODIHR and the OAS).

On the other hand, the studies are technical investigations on specific facts of legal or constitutional importance of a Member State or transnational that need a greater depth development. The Venice Commission prepares studies to guide the different member states with the constitutional values of the CoE. Similar to studies are reports, but these only focus on transnational questions and issues. As Grabenwarter⁴⁷ rightly points out, the studies and reports end up developing the drafting of guidelines. What are the basic lines, emerged through studies and reports, that must be taken into consideration by the States in specific legal issues, such as: Guidelines 04/2021 on codes of conduct as tools for transfers.

Going into the working methodology in more detail, when the Venice Commission is asked for an opinion, a working group is appointed, with between four and six members, all of whom are experts in the field and members of the Venice Commission. The rapporteurs must draw up an individual draft based on the consultation⁴⁸, and there are often meetings between the members, but depending on the individual contributions and the transfer to the rest of their colleagues, a consensus draft must be adopted (which may incorporate aspects of one or more rapporteurs or nuances). It is also common for all or part of the rapporteurs to travel and travel to the State affected by the opinion, in order to gather all the information, they deem appropriate and necessary, in addition to interviews among senior officials in order to obtain further technical illustration. The joint draft is submitted with the individual rapporteurs' reports to the Secretariat to be sent to the members of the Venice Commission two weeks before the plenary session, as well as to the representatives of the State concerned. For the defense, the rapporteurs designate a representative who will be in charge of defending the report of the opinion in front of the plenary session, followed by the intervention of the State concerned, which may formulate its position, not always coinciding with that of the group of experts. The next step is the possible intervention of the members of the Commission, who can ask questions to the rapporteur or the representative of the State, the questions they raise are technical and must be related to the content of the opinion and the report. If the discussion is more intense and questions are introduced that were not assessed or

⁴⁷ Grabenwarter, C. (2017), "Constitutional standard-setting and strengthening of new democracies", in Schmahl, S. and Breuer, M., *The Council of Europe. Its Law and Policies*, Oxford University Press, Oxford, 2017, at 736.

⁴⁸ If the consultation is very broad, each rapporteur may assume a specific function.

incorporated into the report, the rapporteurs are allowed to meet the following day to modify or correct their report and resubmit it to the plenary session. Finally, the session will be adopted in the plenary session and published on the Commission's website.

It should be emphasized that the opinion approved by the Venice Commission is forwarded to the State or body that requested it, but for it to be finally approved, the Commission must expressly agree to its content, and it is not necessary to go into further details. In addition, “The Commission does not seek to impose the solutions set out in its opinions. Rather, it adopts a non-directive approach based on dialogue and shares member states’ experience and practices. For this reason, a working group visits the country concerned to meet the various stakeholders and to assess the situation as objectively as possible. The authorities are also able to submit comments on the draft opinions to the Commission. The opinions prepared are generally heeded by the countries concerned”⁴⁹. We must not forget that the working group relies on the Secretariat, which provides in english and french a deadline for submitting the draft and applicable legislation, both nationally and internationally.

The Rules of Procedure provide for the scenario of the issuance of urgent opinions in Art. 14a. Thus, for the Venice Commission to be able to issue this kind of opinion it needs the authorization to be granted by the Bureau in consultation with the rapporteurs. The opinion shall be presented to the Commission the following day and it may: 1) Take note of the urgent opinion; 2) Endorse the urgent opinion; 3) Adopt an ordinary opinion based on the urgent opinion; 4) Postpone consideration of the opinion to a forthcoming session.

IX. *Amicus curiae* opinions

The Venice Commission provides advice to Member States on legislative matters in order to adapt their content to the principles and values recognized in Article 1.1 of the Statute, but requests may also be received from the Constitutional Courts of the Member States, receiving in this case the denomination of *amicus curiae* opinions. These are opinions provided by the Venice Commission in response to consultations made by the Constitutional Courts on matters related to constitutional law and public international law.

⁴⁹ http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=EN

The *amicus curiae* opinions do not go into the substance of the question, because this is outside the scope of the work of the Venice Commission and should be reserved for the Constitutional Court⁵⁰. On the other hand, it does enter into questions of comparative aspects of constitutional law and public international law. It is for this reason that the Venice Commission is interested that the requests are concrete and specific, and can be based on Protocol No. 16, which allows the Constitutional Courts of the Member States (which have ratified it) to request advisory opinions on questions of interpretation and/or application of the rights and freedoms defined in the European Court of Human Rights.

The Venice Commission also issues *amicus curiae* opinions from the Ombudsman, like those described in the preceding paragraphs, but which respond to queries raised by Ombudsmen within the scope of their competence.

X. The Scientific Council and the Joint Council on Constitutional Justice

The main mission of the Venice Commission's Scientific Council is to contribute to the high quality and consistency of the Commission's studies and opinions. The Scientific Council is chaired by a President and a Vice-President, who are elected every two years by the Venice Commission. Its members are the Presidents and Vice-Presidents of the Commission, the Presidents of the Sub-Commissions and the titular members of the Research Centers in the areas of Constitutional Law, Public International Law or Human Rights⁵¹.

The Joint Council for Constitutional Justice (JCCJ) guides the cooperation and activity of the Constitutional Courts of the Member States⁵², also the Supreme Courts that assume constitutional jurisdiction functions, and the performance of the function of constitutional justice within the Venice Commission. The meetings of the Joint Council of Constitutional Justice are held once a year at the seat of one of the Courts with constitutional functions, and every three years in the city of Venice in plenary session. It is composed of one representative (liaison officer) from each of the Courts and associations of Courts cooperating with the Venice Commission, as well as

⁵⁰ *Venice Commission: Cooperation with Constitutional Courts*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, at 13.

⁵¹ Art. 17 Rules of Procedure.

⁵² In addition to the Associate Member States, the Observer States and the States and/or entities with a special cooperation status, such as the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.

representatives elected by and from among the members of the Commission. A characteristic feature is that the chairmanship is held by two different persons, one elected by the Plenary of the Commission, and the second by and from among the liaison officers. In both cases, the term of office is two years⁵³.

XI. Bulletin on Constitutional Case-Law

The Bulletin, also called e-Bulletin, was created in 1993 and periodically reports on the constitutional jurisprudence of the Constitutional Courts and of the Courts that assume constitutional justice functions of the Member States and of the observer States that are members of the Venice Commission. In addition, the bulletins collect constitutional jurisprudence emanating from the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, in order to provide the most relevant constitutional jurisprudence of the aforementioned Courts⁵⁴. The objective is to bring together the broad and continuous constitutional jurisprudence on issues related to the three pillars of the Venice Commission and to allow the exchange of information. In addition, the content of the Bulletins allows scholars and practitioners to approach legal developments in other constitutional systems.

XII. CODICES Database

The Venice Commission has a database, called CODICES⁵⁵, which allows the consultation of more than 10,000 judgments, mostly in English and French, issued by the Constitutional Courts and Courts with constitutional functions of the Member States and observer States of the Venice Commission.

The CODICES website also provides access to the laws of the different Constitutional Courts and the Courts that assume constitutional jurisdiction functions, in order to avoid legal pilgrimage and have direct access to their content, and to the Constitutional Jurisprudence Bulletins. In short, access to the comparative constitutional information provided by CODICES facilitates the

⁵³ *Op. cit.*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, p. 8-9.

⁵⁴ *Op. cit.*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, p. 10.

⁵⁵ www.codices.coe.int

knowledge of foreign constitutional law and the possibility of enriching constitutional jurisprudence.

XIII. Venice Forum

The Venice Forum is an instrument that allows liaison officers to obtain a quick and agile response on other Constitutional Courts or Tribunals with constitutional justice functions. Its benefit is that a less formal mechanism is used to formulate and obtain responses, and that these do not have to be official responses from Member or Observer States. It is up to the liaison officer to formulate a request to the Venice Forum on the matter or issue on which he/she is seeking information, the objective being to respond to a case that is pending judgment and needs to assess issues related to comparative constitutional law that cannot be resolved by accessing the CODICES database⁵⁶.

Access to the Venice Forum website is restricted and can only be accessed through a password. Once inside, the liaison officer can generate a new discussion and make it public (also delete it), from this point on the other members can reply to it or just view it. If the liaison officer decides to create an alert, the Venice Forum will transmit to him/her any response he/she gets to the query raised, without the need to be online and pending the responses he/she may receive. In addition, the Venice Forum incorporates various news information and articles dealing with the Constitutional Courts.

XIV. Seminars and conferences with the Courts

Seminars and conferences⁵⁷ are held every year in different cities of the Member States or Observer States to address issues related to the Constitutional Courts and the Courts that assume constitutional justice functions. The sessions deal with a wide variety of topics that may arise from the responses to the requests that have been made, such as the separation of powers, the independence of the judiciary, the principles protected and safeguarded by the CoE rules, the management of the Constitutional Courts and practical issues. In the seminars and conferences, it

⁵⁶ *Op. cit.*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, p. 12.

⁵⁷ Also called CoCoSem.

is difficult to reach a consensus, but what is important is the variety of responses and different points of view to evaluate the comparative vision of Constitutional Law and to be able to offer joint solutions⁵⁸. The dialogue among the participants, in most of the scenarios magistrates or other professionals of the Constitutional Courts and Courts with constitutional functions, enriches the exchange of ideas and opinions to respond to the problems that arise with the practical activity.

XV. Cooperation with regional and linguistic groups

The origins of the Venice Commission's cooperation with the different regional and linguistic groups date back to 1996⁵⁹. The purpose of the cooperation is to establish and build bridges of cooperation between the Venice Commission and the Constitutional Courts and the Courts assuming constitutional functions, in order to guarantee the principles and values of the Venice Commission and to enable compliance with the Constitution⁶⁰. In this sense, and based on the principle of collaboration, the jurisprudence emanating from the different States is inserted in the CODICES database, which also enables the different Constitutional Courts to be part of the JCCJ⁶¹ (Joint Council on Constitutional Justice) and to participate in the different activities held by the Venice Commission.

XVI. World Conference on Constitutional Justice

Also known by its initials (WCCJ), it groups a total of 119 Constitutional Courts and Courts with constitutional justice functions from the five continents. Among its objectives is the protection and promotion of human rights through jurisprudence, the control of laws by

⁵⁸ *Op. cit.*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, p. 15.

⁵⁹ Its participants include not only Member States, Observer States and Associate Member States, but also States and entities that are subject to a special status of cooperation. By way of example, we can cite the following cooperation groups: the Association of Constitutional Courts using the French Language, the Southern African Chief Justices Forum, the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of New Democracy, the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, the Union of Arab Constitutional Courts and Councils, the Ibero-American Conference of Constitutional Justice, the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa and the Conference of Constitutional Jurisdiction of the Portuguese Speaking Countries.

⁶⁰ *Op. cit.*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, p. 13.

Constitutional Courts and the promotion of constitutional justice⁶². To achieve its objectives, it holds periodic congresses on a global scale (at least once every three years), participates in regional conferences and seminars, promotes the exchange of jurisprudence and offers its good offices to WCCJ members upon request.

The structure of the WCCJ is divided into a General Assembly, a Bureau and a Secretary. Decisions of the first two bodies of the WCCJ are adopted by consensus or failing that by a two-thirds majority of the members present at the General Assembly or the Bureau. However, in order to exercise the right to vote, members must be up to date with their financial obligations (art. 6). It should be recalled that the presidency of the Bureau rotates each year among the different groups of the Constitutional Courts, rejecting an individual presidency, where its members designate a representative to exercise the powers provided for in the Statute⁶³.

Perhaps the desired objective sought by the WCCJ is none other than to facilitate dialogue among the members of the Constitutional Courts worldwide, in the absence of any other international mechanism to respond to the problems they face. Constitutional judges are supported in bringing together the foundations of constitutional principles and the protection of human rights, in addition to being able to obtain moral support when another branch of government encroaches on their powers or wishes to interfere with the separation of powers.

XVII. Conclusions

This article aims to fill an existing gap concerning the internal structure of the Venice Commission. The fact that all States of the Council of Europe, and others that are not part of it, are members of the Venice Commission guarantees pluralism and respect for the values enshrined in Art. 1 of the 2002 Statute. In other words, the Venice Commission aims to enable its members to discuss, improve and provide advice and assistance on matters as varied as constitutional and democratic principles, human rights, the rule of law and constitutional justice, as well as to substantially improve the constitutional and democratic institutions of its participants.

⁶² Art. 1 of the Statute of the World Conference on Constitutional Justice (held in the city of Vilnius, September 12, 2017)

⁶³ See [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-WCCJ-GA\(2017\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-WCCJ-GA(2017)010-e)

The standards that develop its structure are more extensive and precise for the primary organs (members, the Bureau, the President and the Secretariat), where it is sufficient to refer to the Statute of the Venice Commission to obtain a detailed description of its organization, which is complemented by the Rules of Procedure. But the rest of the organs do not have a precise and detailed standard, with the exception of the World Conference on Constitutional Justice, which has an autonomous Statute. In order to achieve greater legal certainty, the Venice Commission is encouraged to adopt internal rules that will make it possible to delimit with greater precision the functions, procedure and organization of the secondary bodies (the Scientific Council and the Joint Council on Constitutional Justice, the Bulletin on Constitutional Case-Law, the CODICES Database, the Venice Forum, the Seminars and conferences with the Courts and the Cooperation with regional and linguistic groups).

Because only with a specific standard will it be possible to fully develop all the functions they have been performing, making their operation and structure more accessible and transparent. I am not denying that it lacks these characteristics, but rather that the absence of precise standards calls into question its internal nature. Likewise, it must be recognized that the secondary organs play a fundamental role in the collaboration of the Constitutional Justice, and in the solution of jurisdictional and legal conflicts, creating points of connection between its members that allow to obtain in a fast and precise way efficient mechanisms from a comparative point of view.

In short, the role played by the Venice Commission as an independent institution is essential to achieve a higher quality of democracy and institutions, but strengthening it means providing the primary and secondary bodies with an autonomy marked by law, delimiting their functions and competencies, as well as their internal structure and functioning.

Bibliography

La Pergola, A. (2009). "Speech by Antonio La Pergola at the Second Venice Conference", Venice, 19-20 January 1990, p. 39-44, on *Liber Amicorum Antonio La Pergola*, Juristförlaget i Lund.

Craig, P. (2017). "Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy", on *UCI Journal of International, Transnational and Comparative Law*, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper No. 1/2017.

Dürr, S. R. (2019). *The Venice Commission. Chapter 2, on Council of Europe (COE)*, Third edition, Kluwer Law International, by Tanja Kleinsorge, The Netherlands.

Garrone, P. (1999) “La Commission de Venise à la veille de son dixième anniversaire”, on *Rivista di studi politici internazionali*, n. 527.

Grabewarter, C. (2017). *Constitutional standard-setting and strengthening of new democracies*, in Schmahl, S. and Breuer, M., *The Council of Europe. Its Law and Policies*, Oxford University Press, Oxford.

Guidelines relating to the working methods of the Venice Commission - Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)

Hoffmann-Riem, W. (2014). “The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact”. On *The European Journal of International Law*, vol. 25, n. 2.

Salinas Alcega, S. (1999). *La Comisión para la Democracia a través del derecho (Comisión de Venecia) una acción, en el marco del Consejo de Europa, para el desarrollo y la extensión de los valores democráticos*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza.

Kleinsorge, T. (2019). *Council of Europe (COE)*, Third edition, Kluwer Law International, The Netherlands.

Koskeniemi, M. (2009). “Legal Fragmentation(s): An Essay on Fluidity and Form”, in G. P. Calliess et alii, *Soziologische Jurisprudenz*. Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, at 795.

Venice Commission: Cooperation with Constitutional Courts, Council of Europe, Strasbourg, 2017.

O FORTALECIMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO: UM DIÁLOGO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS

*BARELLI, Emilly de Figueiredo*⁶⁴

*MACHADO, Viviane Bastos*⁶⁵

RESUMO

Destaca-se nesse momento a existência de uma construção legislativa formalizada no intuito de efetivar a realidade de um direito que se constrói a tempos, e que efetivamente está ainda em formação. Encontrar as melhores e as mais eficientes ferramentas para efetivar a existência da igualdade não é tarefa simples, nem muito menos, perde complexidade pelo momento em que estamos vivendo. A etapa de construção da realidade feminina perpassa por mecanismos de preconceito velado, e de uma economia avassaladora, do ponto de vista de suas exigências nos dias que atualmente vivenciamos. Impressiona-se ao constatar que a quantidade de mulheres que ainda são relegadas a determinados cargos, e outras que sequer atingem o valor econômico decorrente ao seu cargo, em igualdade de condição com homens é comum. A proposta é, através de uma revisão de literatura, levantar questões humanas, históricas, legais, jurídicas, assim sendo, propõe-se nesse trabalho fazer um levantamento de algumas normas legais que buscam atingir a expectativa constitucional do princípio da igualdade através de ferramentas, especialmente, todos os questionamentos se direcionam a realidade laboral da mulher na realidade brasileira.

Palavras-chave: Mulher. Dignidade humana. Igualdade laboral.

ABSTRACT

Strengthening gender equality in the work-place: a dialogue between the democratic state of law and human rights It stands out at that moment the existence of a formalized legislative construction is not intended to effect a reality of a law that is built a times, and that is actually still in formation. Finding the best and most efficient tools for effecting the existence of equality is no simple task, let alone losing complexity when you are living. A stage of the construction of the feminine reality runs through mechanisms of veiled prejudice, and of an overpowering economy, make the point of view of their demands in the days that we live. It is surprising to note that a number of women who are still relegated to certain positions, and others who do not even reach the economic value of their burden, on equal terms with ordinary men. The proposal is, through a literature review, to raise human, historical, legal and juridical issues, so it is

⁶⁴ Advogada. Especialista em Direito Público (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana, emillybah2014@gmail.com.

⁶⁵ Mestra; advogada, professora universitária. Universidade Iguazu, Campus V, Itaperuna/RJ, Brasil; vivianembastos@hotmail.com.

proposed in this paper to make a survey of some legal norms that seek to achieve a constitutional expectation of the principle of equality through tools and Especially, all the questions are directed to a woman's labor reality in Brazilian reality.

Keywords: Woman. Human dignity. Labor equality.

SUMARIO. I. INTRODUÇÃO. II. A EVOLUÇÃO SOCIAL E POLÍTICA DE PROTEÇÃO LEGAL DO TRABALHO DA MULHER. III. A DIGNIDADE HUMANA COMO PARADIGMA LEGAL E O ADVENTO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. IV. IGUALDADE: A REALIDADE DA IGUALDADE DE GÊNERO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOBRE O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS. V. CONSIDERAÇÕES FINAIS. VI. REFERÊNCIAS

I. INTRODUÇÃO

A presença significativa da mulher no mercado de trabalho brasileiro tem sido vital para que se fortaleça a igualdade de gênero no ambiente laboral. A ocupação de cargos que anteriormente eram funções exercidas apenas pelo sexo masculino, garante à mulher a possibilidade de uma exitosa carreira profissional, em meio ao Estado Democrático de Direito.

As mulheres brasileiras que em tempos não muito distantes, como no início do século XX, exerciam restritivamente funções de cunho exclusivamente doméstico ou atividades rurícolas, de forma equivocada eram classificadas como inativas economicamente sendo ocultada sua contribuição em dados trabalhistas. Entretanto, hodiernamente, a força da mulher brasileira mostra-se em posição de destaque em meio a crises econômicas enfrentadas pelo país.

Na busca por uma complementação da renda familiar e na expectativa de maiores fontes de consumo, o gênero feminino fez-se presente em trabalhos fora do âmbito doméstico assumindo cargos, empregos e funções que garantem com sucesso, o orçamento de suas famílias. Isto posto, cabe analisar a mudança do paradigma comportamental feminino.

Certo de que, já não são vinculados à mulher ultrapassados valores sociais como a obrigatoriedade da maternidade, o excessivo número de filhos, a servidão ao seu companheiro, a ausência dos direitos políticos, ou até mesmo a obediência a dogmas religiosos.

Atualmente, estão abertas possibilidades de acesso à educação, desde os estudos basilares como também o ingresso em conceituadas universidades, propiciando desta forma, o aumento da presença feminina no mercado de trabalho.

Neste ínterim, cabe estabelecer um diálogo entre o Estado Democrático de Direito e os Direitos Humanos que norteiam a posição atual da mulher no ambiente de trabalho, abordando questões de cidadania em processos político-sociais.

Com fulcro na Lei Maior e na realidade fatídica atual, insta analisar o processo evolutivo do trabalho e da ocupação das brasileiras, evidenciando e compreendendo as principais transformações pelas quais estas passaram, além de expor legislações que possibilitaram tais avanços femininos.

O presente trabalho, desenvolveu-se através de revisão de literatura, qualitativa, objetivando a reconstrução de momentos fundamentais sobre a efetividade de resguarda à mulher cidadania, especialmente nas atividades laborais e sociais.

II. A EVOLUÇÃO SOCIAL E POLÍTICA DE PROTEÇÃO LEGAL DO TRABALHO DA MULHER

Em 15 de outubro de 1827, surgia o ensino primário para o sexo feminino, restrito a determinadas classes e, com objetivo limitado a organização da vida doméstica. Eram ensinadas técnicas voltadas para a economia doméstica, costura, decoração e pintura, induzindo assim o desenvolvimento de funções “classificadas” como femininas. Além disso, Silva (1974, p.3) afirma que também haviam indícios de particulares que ensinavam em suas casas estas supracitadas funções.

Mesmo com o acesso a cursos de nível superior, em 1879, ainda assim à mulher era restrita a ocupação de carreiras médicas ou jurídicas. Mesmo com a abolição da escravatura, em 1888, a mulher permanecia vista como uma classe explorada em meio à sociedade.

A escassez de uma educação formal impossibilitava sua profissionalização acarretando em alguns casos a marginalização e prostituição como meios de sobrevivência.

Através da Revolução de 1930, surge a era dos Direitos Trabalhistas, relata o autor Costa (2013, p. 20). Nesta, o Ministro Lindolfo Collor expede a primeira lei a versar sobre a situação da mulher trabalhadora, o Decreto 24.417-A de 1932, norma de fundamental

relevância não por sua produção legal em si, mas pela simbologia da necessidade de regulamentar e possibilitar avanço à mulher na área laboral. Esta norma, garantia proteção contra a acentuada exploração social sofrida pelo sexo feminino no ambiente laboral.

A gênese da industrialização não facilitou, a princípio, o desenvolvimento do trabalho feminino. Havia diversos setores que restringiam radicalmente a mão-de-obra feminina de forma a propiciar uma segregação sexual trabalhista. Entretanto, mesmo que outros setores permitissem seu trabalho, como por exemplo o setor fabril, a mulher era proibida de sair de casa para trabalhar. Ficando assim restrita, conforme Calil (2007, p. 01) a costuras feitas no âmbito doméstico.

Com o desenvolvimento da normatização do trabalho, foram favorecidos apenas trabalhadores do sexo masculino, havendo uma injusta dispensa da força laboral feminina. Com isto, elas apenas conseguiam trabalho em lugares menos favorecidos nos quais não havia regulamentação que as protegessem.

Em riqueza de detalhes, Barros (1995, p. 245, 297, 298) apresenta a evolução dos direitos da mulher no ambiente laboral e afirma que em 29 de dezembro de 1917, surge a primeira legislação direcionada à mulher operária no Estado de São Paulo. A lei de nº 1.596, instituiu o Serviço Sanitário do Estado, garantindo a vedação ao trabalho no último mês de gravidez e no primeiro após o período de resguardo. A Regulação do Departamento Nacional de Saúde Pública (Decreto nº 16.300, de 1923) garantia às empregadas em estabelecimentos industriais e de comércio um repouso de 60 dias, sendo 30 antes do parto, e o restante após este. Além disso, era possível que as empregadas amamentassem seus filhos, porém havia omissão no que tange ao tempo de duração do intervalo para a amamentação.

Cabe salientar que, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho, houve convenções que possuíam o escopo de igualar as condições de trabalho em todo o planeta inclusive o trabalho da mulher. A Convenção nº 3 de 1919, ratificada pelo Brasil em 1934, garantia à mulher uma licença remunerada obrigatória de seis semanas antes e depois do parto. E, estabeleceu dois intervalos de 30 minutos para a amamentação, além do mais, previa ser ilegal a dispensa da trabalhadora durante a gravidez ou durante a referida licença.

A Convenção de nº 4 da OIT, foi igualmente ratificada pelo Brasil e também trouxe alterações para o trabalho feminino. Esta vedou o labor noturno das empregadas em indústrias

tanto públicas, quanto privadas. Entretanto, obreiras que trabalhavam em lugares onde haviam apenas membros da família, não possuíam tal restrição.

Apesar de muitos direitos ainda ausentes, a mudança de paradigmas com as referidas normas foi, naquela oportunidade e ainda contemporaneamente, o começo de uma proteção legislativa ao trabalho feminino e, apesar da pouca aplicabilidade das referidas normas, com elas já podia-se pensar em garantias trabalhistas à mão-de-obra feminina.

Contudo, devido ao desafio da efetividade normativa, ainda havia uma explícita disparidade entre os sexos. Para Piovesan (2003, p. 39), a efetivação dos direitos fundamentais relaciona-se intimamente com a consolidação do Estado Democrático de Direito. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro, até mais da metade do século XX, não reconhecia a mulher como titular de direitos e plenamente capaz de exercer os atos da vida civil; lamentavelmente, era vista perante a sociedade como um simples objeto de deleite masculino. Entretanto, surge no dia 27 de agosto de 1962 a Lei n. 4.121, o “Estatuto da Mulher Casada”, que permitia ao gênero feminino certas liberdades como o recebimento da herança, a compra e venda de imóveis e a dispensa de autorização do marido para trabalhar fora de sua residência.

Felizmente, em 1984, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da mulher. Esta vedava qualquer forma discriminatória entre os gêneros ampliando a atuação feminina no âmbito político, econômico, social e garantindo a esta classe uma sucessão de direitos fornecidos pelo Estado. Em tese, deveriam possuir igualdade perante a lei, direito ao voto, direito de exercer funções públicas em todos os níveis, direito ao trabalho e oportunidade de serviços nas mesmas condições que os homens, destaca assim Calil (2007, p. 2). Como elemento construtor da cidadania, imperioso se faz definir o percurso feminino até atingir pleno acesso ao sufrágio, assim o direito ao voto foi conquistado paulatinamente, iniciando em 3 de maio de 1933, na Assembleia Nacional Constituinte, a mulher brasileira pôde finalmente em âmbito nacional votar e ser votada.

Assim apenas em 1934, na segunda Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos políticos conferidos às mulheres estiveram previstos em texto constitucional como descreve Lenza (2014, p. 133 e 134). E mais uma vez, havia restrição de voto àquelas que exerciam funções públicas remuneradas.

Finalmente, segundo o glossário eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral, com a Carta Magna de 1946, estava instaurado definitivamente o sufrágio feminino, não havendo nem que

se especificar se os eleitores poderiam ser homens ou mulheres, mas exigindo apenas a idade mínima de 18 anos e o alistamento eleitoral. Ainda, conforme informações do mesmo Tribunal, foram 100 anos em busca desta conquista, já que as discussões acerca deste assunto se iniciaram em meados do Século XIX.

Apesar de muitos direitos ainda ausentes, era o começo de uma proteção legislativa ao sexo feminino e, apesar da pouca aplicabilidade e eficácia das recentes normas, já podia-se pensar em garantias trabalhistas à mão-de-obra feminina.

Erguendo o reconhecimento formal da igualdade entre homens e mulheres, a Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, em meio ao rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais prevê que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

O referido texto constitucional, não se trata apenas de uma busca por instrumentos que garantam uma proteção contra a discriminação, mas o que se almeja são melhores condições para que a mulher possua ilimitadas oportunidades em uma sociedade culturalmente machista. Obviamente, não significa com esse clamor à igualdade o impedimento necessário no tratamento de algumas diferenças, sejam utilizados em razão do gênero, mas que sejam pautados em grau de razoabilidade e proporcionalidade. Como preleciona Yanoulas (2006, p.62), o dever do Estado neste espaço social consiste em favorecer um diálogo social a ponto de combater de forma inegociável os diversos tipos de discriminação para garantir o exercício pleno da cidadania.

III. A DIGNIDADE HUMANA COMO PARADIGMA LEGAL E O ADVENTO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Sabe-se que para uma real eficácia nos processos político-sociais é preciso haver a valorização da dignidade humana. Articular os direitos humanos implica valores que possam abranger todos os grupos sociais. O pluralismo é o que condiciona o modelo democrático brasileiro. As diferenças são parte do contexto social e o respeito a elas é primordial para que haja desenvolvimento e proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Conforme preleciona Sarlet (2007):

A dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade [...]. (p. 317)

Apesar de a dignidade da pessoa humana apresentar-se como princípio Constitucional positivado no fundamento do Estado Democrático de Direito vigente, da Silva (2000, p. 147) anuncia que em face da ordem constitucional brasileira, “já não é princípio constitucional fundamental, mas valor supremo e fundante de toda a ordem jurídica, social e política”. Infelizmente, estes conceitos não se faziam presentes em períodos mais remotos da legislação brasileira.

A dignidade da pessoa humana é uma construção natural do direito, afeta os direitos humanos e direitos fundamentais essencialmente, nessa formação a autora Barcellos (2008), com base nos ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade declara:

Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestação sociais (p.128).

Essa construção democrática da dignidade não somente edifica um Estado onde o cidadão tem elemento central em sua formação, mas especialmente uma vertente reformulada da realidade já vivida historicamente, com isso o autor John Rawl (1992) estabelece que:

O primeiro princípio, o da igual liberdade para todos, constitui o padrão primário para a convenção constituinte (...) Assim, a Constituição estabelece e protege um estatuto comum da igualdade entre os cidadãos e realiza a justiça no plano político. O segundo princípio intervém na etapa legislativa. Obriga a que as políticas económicas e sociais se orientem para a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, respeitando as condições da igualdade equitativa de oportunidades e mantendo as liberdades iguais para todos (p. 218).

A construção de uma constituição baseada fundamentalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, efetiva o Estado brasileiro com constituo da vontade humana, do trabalho sobre o ser humano em primeiro plano e como primeira geração de seus objetivos. Na verdade, tal estruturação ocorre não apenas por um interesse político, mas com fundamento em teorias internacionais de Direitos Humanos, tendo em vista que a segunda grande guerra não foi somente um momento de expansão feminina, mas especialmente a fundamentação de uma realidade onde o ser humano perdeu seu valor em si, iniciando assim uma jornada através das Constituições mundo afora, na busca da valorização do ser humano, trazendo na sua fundamentação a qualificação do ser como fonte principal de existência do Estado, e não o inverso, ou seja, sendo o ser humano utilizado para a construção de um Estado.

Desta forma, com o objetivo de estabelecer uma Constituição forte e aguerrida nos interesses do ser humano como fonte principal de sua estrutura, os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tem a dignidade da pessoa humana, o valor do trabalho, a cidadania, como estruturas de base de sua construção, ou seja, dos cinco elementos que constituem os fundamentos do texto constitucional, três são exclusivamente dirigidos ao cidadão, ao povo, sendo nacional ou internacional.

Retrospectivamente, a Constituição de 1824, prestigiou a liberdade do exercício profissional. Anos mais tarde, a Carta Republicana de 1891 passou a garantir a liberdade de

associação prevendo “o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”, como leciona Lenza (2014, p. 127). Entretanto, a discriminação feminina ainda era um obstáculo para o desenvolvimento e bem-estar social e familiar, pois dificultava a participação da mulher na prestação de serviços em geral.

Nestes termos, no ano de 1943, através do Decreto-lei nº 5.452, institui-se a mais significativa norma trabalhista conhecida como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) vigente até os dias atuais. Esta resguarda em seu Capítulo III a “Proteção ao Trabalho da Mulher” a partir do artigo 372, prevê normas acerca da duração do trabalho, das condições e da discriminação contra a mulher, como descreve Biavaschi, Fuchina, Luz (2009, p. 11). Além disso, aborda o trabalho noturno, os períodos de descanso, os métodos e locais de trabalho, a proteção à maternidade como também as penalidades à infração de qualquer dispositivo deste Capítulo.

Em relação à saúde, a CLT vedou a realização de horas extras sem um atestado médico que autorizasse como também restringiu a força muscular superior a 20 quilos em trabalhos habituais, e vinte e cinco quilos para trabalhos eventuais. Tais restrições proporcionavam uma melhor qualidade de vida à mulher, e menor possibilidade de adoecer devido a grandes esforços.

Além da saúde, normatizou-se o trabalho noturno feminino, com isso, não apenas garantia-lhe proteção à saúde, como também a sua moral; pois mulheres que trabalhavam à noite poderiam ser vistas como imorais pela sociedade, ou seja, ao mesmo tempo que se estabelecia avanços, as construções morais onde a mulher não é ser completo postergavam nas normas. Cabe observar neste ponto, fortes vestígios de uma nação machista e preconceituosa que prejudica ainda mais o acesso da mulher a ambientes que possuem trabalhos noturnos como restaurantes, bares, dentre outros. Constata-se que além das supracitadas normas, havia a proteção à maternidade que promovia garantias a saúde da gestante como também da criança gerada.

Infelizmente, todo este rol protetivo era visto como uma restrição ainda maior a mulher no mercado de trabalho. Subentendia-se que a contratação da mão-de-obra feminina seria um “peso”, um “prejuízo” para seus patrões, fazendo com que os contratantes tivessem obrigados a cumprir tantas regras e normas que poderiam sofrer danos em sua renda ao invés de lucro. Enquanto, conforme Calil (2007, p. 3), na contratação de trabalhadores do sexo masculino, não haveriam que se preocupar com direitos sociais.

Apesar de todo o relato de construção e reconstrução dos direitos femininos laborais e consequentemente a um acesso irrestrito da cidadania, assim como diante da constatação de

que a mulher seria um fardo na contratação, surge na construção das regras da Consolidação das Leis do Trabalho, o questionamento sobre a redução salarial sendo absurdo diferenciar o valor do provento feminino do masculino, desta forma, neste contexto, a CLT abarcou a isonomia salarial entre homens e mulheres contrariando aqueles que entendiam ser o trabalho feminino oneroso por si só.

Toda essa efetividade de normas, essa construção da dignidade no meio trabalhista, ocorre especialmente quando a proposta inicial da dignidade está concretamente presente, nem exacerbadamente no protecionismo desnecessário, nem muito menos no esquecimento ou na omissão em seu cumprimento. O dever do Estado nesse intrínseco jogo de direitos é buscar meios e caminhos equilibrados para fazer com que o direito ao exercício profissional e da igualdade feminina se encontrem presentes e protegidos na realidade do Estado Democrático de Direito.

No entanto, muito embora muitas normas tenham sido produzidas até o momento, o caminho da efetividade na conquista desses direitos ainda não foi plenamente efetivado. Pesquisa do Observatório Brasil da igualdade de Gênero, levanta o questionamento sobre a diferença salarial de gênero e constata:

As mulheres latino-americanas ganham menos, mesmo que possuam um maior nível de instrução. Por meio de comparação simples dos salários médios, foi constatado que os homens ganham 10% a mais que as mulheres. Já quando a comparação envolve homens e mulheres com a mesma idade e nível de instrução, essa diferença sobe para 17%. Da mesma forma, a população indígena e negra ganha em média 28% menos que a população branca de mesma idade e nível de instrução.

Com isso, a percepção da necessidade de maior efetividade aos construtos normativos deveria ser objeto de políticas públicas inteligentes e efetivas, não bastando para tanto a criação normativa para produção de seus efeitos.

IV. IGUALDADE: A REALIDADE DA IGUALDADE DE GÊNERO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOBRE O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, apresenta a concepção de uma igualdade formal, aquela adquirida perante a Lei: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Entretanto, Moraes (2002, p. 65), descreve o Princípio da Igualdade operando em dois planos distintos:

De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Isso posto, é possível afirmar que a Igualdade na lei, sendo esta formal, indica uma vedação das normas jurídicas a produção de distinções, enquanto que a Igualdade perante a lei, material, compreende uma aplicação do direito em casos reais, de forma a garantir um tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. Nas palavras de Nery Júnior (1999, p. 42): “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Salienta esclarecer que não há que se buscar uma igualdade a ponto de enaltecer o que um sujeito já possui, e apenas suprir o que outro necessita. Segundo Bulos (2002, p.79): “O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais”. Desta forma, há que se falar em uma igualdade proporcional, que alcance de forma real o contexto no qual estejam os sujeitos inseridos. Na lição de Moares (2002, p. 58): “Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.

Entretanto, a realidade da igualdade de gênero no Estado Democrático de Direito traz uma certa disparidade entre as declarações trazidas pela Lei e a sua fatídica execução. Norberto Bobbio (2004, p. 60) determina que “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e

cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhe uma proteção efetiva”. Nestes termos, é insuficiente que a Lei Maior prelecione um rol exaustivo de direitos fundamentais se o Estado não corresponder a eles com plena aplicabilidade.

A ministra Luciana Lóssio, em voto sobre a participação da mulher em propaganda partidária no Recurso Especial Eleitoral de nº 126-37.215.6.21.0000, do Rio Grande do Sul, expressamente ratificou a importância da presença feminina na política:

A igualdade de gênero é um tema caro para a Justiça Eleitoral, devendo ser obrigatoriamente cumprido pelos partidos políticos, porquanto fundamental para o fortalecimento da democracia, que tem a igualdade como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Para a ministra, o Brasil ainda não foi capaz de transferir para o plano prático o que prevê o plano teórico legal sobre a igualdade representativa de gênero. Ressaltou ainda que dos Poderes da República, o Legislativo é o único que ainda não foi presidido por uma mulher. Em termos finais, referenciou o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento afirmando que os países que possuem o maior índice de desenvolvimento humano “são aqueles que possuem considerável representação feminina, por se tratar de uma sociedade mais igualitária”. Segue abaixo diferenciação sobre igualdade formal e material, traçada por Ikawa (2008, p. 150-152) na ADI 4277/DF.

O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças [...] ao desconsiderar diferenças em identidade.[...] Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal (IKAWA, 2008, p. 150-152).

Konrad Hesse (2009, p.42), ensina que “A busca pelo Estado da efetividade dos direitos fundamentais tornou-se precondição de que chegue a haver uma real liberdade”. Não há que se

falar em direitos humanos como simples normas fortalecidas constitucionalmente, representando um símbolo da liberdade social, mas “autênticos direitos positivados, com efetiva força jurídica” (MONTEIRO, 2013, p.144). Conforme ainda Hesse, desenvolveu-se a acepção de igualdade material da seguinte forma:

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente. (HESSE *apud* GONÇALVES, 2013, p. 79).

No entanto, outro fator se faz imprescindível nesse deslinde: a compreensão da diferença entre uma igualdade formal e uma igualdade material, assim:

Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei [...]. Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito (HESSE *apud* GONÇALVES, 2013, p. 79).

Neste íterim de efetividade dos direitos fundamentais, há que se explorar acerca dos Direitos da Personalidade. A partir do Direito à Vida, sendo este o mais fundamental dos direitos, verifica-se um desdobramento ao Princípio da Dignidade Humana. Pois em união estão o direito de continuar vivo e o direito de ter uma vida digna quanto a subsistência. Farias (1996, p.47) acrescenta:

O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Observa-se contraditório falar em condições para o desenvolvimento de potencialidades quando ainda há restrições quanto ao gênero feminino no ambiente laboral. A liberdade da mulher se desenvolver e alcançar sua realização profissional, carece de atenção no que tange a respeitabilidade do Estado Democrático de Direito, pois a igualdade de gêneros só velará pelos Direitos Humanos quando realmente vivenciada.

Os direitos humanos são fundamentais na construção de uma nova realidade de direitos e na construção de uma contemporaneidade mais afeta aos interesses humanos e menos fortalecedora da vontade do Estado. No entanto, a necessidade de uma organização estatal forte e bem estruturada é fundamental para a efetividade de direitos, uma sociedade com educação de qualidade fortalece a construção de direitos, não por acaso há estudos que definem que toda entidade familiar em que a mulher tem nível mais elevado de educação seus filhos também terão, tudo isso trará uma construção social que passa pela certeza de que deveres e direitos serão observados.

Os direitos fundamentais desta feita são, nada mais que a constitucionalização dos direitos humanos, na certeza de que o cidadão poderá cobra-lo do Estado e de outros indivíduos de sua sociedade. Além disso, sabe-se que a dignidade é afeta de várias estruturas sociais e econômicas, boa condição de vida proveniente de um trabalho digno é algo fundamental, especialmente para a mulher do século XXI, assim efetivar políticas que propiciem à mulher a igualdade de condição no trabalho não somente é importante à economia, mas à sociedade como um todo, assim como sua participação em todas as atividades atinentes a construção da cidadania, como muito se necessita, na realidade política do país, onde as cotas de mulheres são exigidas, mas não são efetivas, a mulher ainda não é realidade na estrutura política. O objetivo é entender as necessidades que precisam ser atacadas, não somente por uma política que construa a igualdade, mas por uma sociedade que se conscientiza da importância de sua efetividade.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução política e social do trabalho da mulher trouxe diversas conquistas para o gênero. Houve crescente participação da presença feminina no mercado de trabalho, a mulher tornou-se destaque na educação e como consequência atingiu cargos e profissões de prestígio que anteriormente eram classificados como exclusivamente masculinos.

Entretanto, Apesar da evolução feminina no mercado de trabalho, a igualdade de gênero no ambiente laboral necessita de aprimoramento e estímulo por parte do Estado com base na dualidade “Democrático de Direito”. Não haverá efetividade se as normas garantidoras e protetoras dos Direitos Humanos estiverem apenas como “folha de papel”, assim como leciona o teórico Ferdinand Lassale. É preciso que o Estado desenvolva condições para que esta igualdade seja real.

Neste ínterim, verifica-se a evolução da mulher no mercado de trabalho como uma libertação a antigos dogmas. Atualmente, faz-se possível uma discricionária opção pelo curso de graduação, pela profissão a ser seguida, pelo casamento ou pela ausência dele e até mesmo a escolha pelo número de filhos ou por abster-se de tê-los. É atingindo no contexto fático a liberdade de escolhas individuais e profissionais que a aplicação dos direitos inerentes ao gênero feminino estará garantindo, a real igualdade material almejada.

A efetividade normativa ocorre quando a dignidade da mulher no ambiente trabalhista, político, social, venha tornar-se uma realidade de forma proporcionalmente igualitária, e não apenas em números para atingir um coeficiente meramente especulatório e necessário para cumprir norma. Tal fato não deve retirar da mulher sua independência e capacidade de desenvolvimento por uma proteção exacerbada, muito menos deixando-a desamparada de seus direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito precisa assumir a Dignidade da Pessoa Humana como paradigma existencial, de forma a garantir tratamento isonômico no que tange a real igualdade de gênero no ambiente de trabalho, de forma equilibrada, dentro das desigualdades existentes, mas sem trazer à mulher um paternalismo não condizente com sua capacidade, pois mulher alguma é incapaz de chegar ou fazer o que necessário for, basta apenas não impedir e deixá-la fazer.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da Pessoa Humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, A. M. A Mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

BOBBIO, N. A Era dos Direitos. São Paulo: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. 18 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 126-37.2015.6.21.0000, do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160923-10.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal Eleitoral. Há 80 anos as mulheres conquistaram o direito de votar e ser votadas. Disponível: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Marco/ha-80-anosmulheres-conquistaram-o-direito-de-votar-e-ser-votadas>>. Acesso em: 06 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4277/DF. BULOS, U. L. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALIL, L. E. S. Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/1erHqP>>. Acesso em: 06 jan. 2023.

COSTA, F. N. Manual do Juiz do Trabalho. Salvador: Bahia, 2013.

FARIAS, E. P. de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FUCHINA, R.; LUZ, A. F. da. A evolução Histórica dos Direitos da Mulher Sob a Ótica do Direito do Trabalho. Anais... do II Seminário Nacional de Ciência Política da UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

HESSE, K. Significado dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

LASSALE, F. O Que é Uma Constituição? 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, R. C. de A. Direitos Fundamentais Sociais: o desafio da efetividade e a instrumentalidade da ADPF. Curitiba: Juruá, 2013.

MORAES, A. de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, N. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. Homens Recebem Salários 30% Maiores Que As Mulheres No Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/Faj9fV>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXIII, no 70, julho de 2003.

PORTO, W. C. Dicionário do voto. Brasília: UnB, 2000.

RAWLS, J. Liberalismo Político. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

SARLET, I. W. (Org.) As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional RBDC, São Paulo, n. 09, p. 371, jan. /jun. 2007.

SILVA, G. C. C. *da et al* . A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais. Rev. SBPH, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 65-76, dez. 2005. Disponível em: <https://goo.gl/4ByZgY>. Acesso em 17 set. 2016.

SILVA, J. A. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, M. B. N. da. Transmissão, conservação e fusão cultural no Rio de Janeiro (1808-1821). Revista de História da USP, vol. XLVII, n.97, jan./ mar. 1974. pp.154-159

YANOULAS, S. C. Seminário Internacional GRPE 2006 OIT/Brasil: Mesa Diversidade Texto Silvia C.Yannoulas Brasília, 28 de junho de 2006.

EL PROTAGONISMO DE LAS CUESTIONES SOCIOAMBIENTALES EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES: EL ACUERDO UE-MERCOSUR

Luciana Cristina da Conceição Lima
Doctora en Derecho Ambiental Internacional

Resumen

Las cuestiones socioambientales, relacionadas con la protección del medio ambiente y el respeto a los derechos humanos, han estado cada vez más presentes en las discusiones de las agendas mundiales. Considerando la interrelación e interdependencia del tema socioambiental con el comercio internacional, este estudio busca demostrar, a través del análisis concreto del acuerdo de libre comercio negociado entre la Unión Europea y MERCOSUR, cómo la priorización de las nuevas políticas verdes del bloque europeo y el logro de sus objetivos pueden verse reflejados en las relaciones comerciales externas, influyendo y contribuyendo globalmente al desarrollo sostenible.

Palabras clave: Acuerdos Internacionales, Acuerdo UE-MERCOSUR, Desarrollo Sostenible, Pacto Verde Europeo.

Abstract

Socio-environmental issues, related to the protection of the environment and respect for human rights, have been increasingly present in discussions on world agendas. Considering the interrelationship and interdependence of the socio-environmental issue with international trade, this study seeks to demonstrate, through the concrete analysis of the free trade agreement, negotiated between the European Union and MERCOSUR, how the prioritization of the new green policies of the European bloc and the achievement of its objectives are reflected in external trade relations, influencing, and contributing globally to sustainable development.

Keywords: European Green Pact, EU-MERCOSUR Agreement, International Agreements Sustainable Development.

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CUESTIONES SOCIOAMBIENTALES EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE LIBRE COMERCIO. 2.1. Una política prioritaria para el desarrollo sostenible en la UE. 2.1.1. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). 2.1.2. El Pacto Verde Europeo (PVE). 2.1.3. Los ODS en el marco del Pacto Verde Europeo. 3. AVANCES Y LÍMITES DE LAS INICIATIVAS DE DESARROLLO SOSTENIBLE. 3.1. Políticas internas de la UE para la implementación del PVE. 3.2. Políticas externas de la UE al desarrollo sostenible. 4. ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO COMO HERRAMIENTAS DE DESARROLLO Y DE PROTECCIÓN SOCIOAMBIENTAL. 4.1. Las perspectivas comerciales entre la UE y América del Sur. 4.2. El Acuerdo UE-MERCOSUR: potenciales

contribuciones al desarrollo sostenible. 4.2.1. El MERCOSUR. 4.2.2. El Acuerdo UE-MERCOSUR. 4.2.3. El contexto socioambiental del Acuerdo UE-MERCOSUR. 4.2.4. Las perspectivas del Acuerdo UE-MERCOSUR en la actual coyuntura política sudamericana. 4.2.5. Mirando al futuro: potencialidad del acuerdo UE-MERCOSUR al incremento de las políticas socioambientales de los países sudamericanos. **5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFIA.**

1. INTRODUCCIÓN

La protección medioambiental es un valor global que considera la responsabilidad de todos frente a su deterioro y a las consecuencias actuales y futuras de una falta de actuación. A pesar de las diversas iniciativas alrededor del mundo para contener el avance de los problemas medioambientales, las agendas no avanzan lo suficiente, lo que termina debilitando la acción multilateral y disminuyendo la posibilidad de éxito de las medidas globales propuestas. La actual crisis económica mundial ha provocado el aumento de la pobreza: a ello se le suma el conflicto ruso y ucraniano, que también posee influencia directa en la economía y en el medio ambiente, lo que hace aún más evidente la importancia de acciones conjuntas de los Estados y de organismos internacionales.

Considerando la urgencia de las cuestiones socioambientales y la importancia de su enfrentamiento, el presente estudio observa cómo ha evolucionado la temática socioambiental en el ámbito de la UE, especialmente en el contexto de los acuerdos internacionales. Para ello, se realiza un análisis del Pacto Verde Europeo (PVE) y de las metas asumidas por la UE con relación a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁶⁶.

La composición teórica del estudio explica el contexto evolutivo del PVE y su política prioritaria de protección medioambiental, con el fin de evidenciar cómo el Pacto define las metas y políticas socioambientales de la UE y cómo estas metas influyen o pueden influir en las relaciones político-económicas del bloque europeo y, por consiguiente, en los acuerdos internacionales con países no

⁶⁶ En 2015, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), también conocidos como Objetivos Globales. Son 17 objetivos propuestos al mundo y que buscan reducir la pobreza, proteger el medio ambiente, promover la paz, prosperidad y justicia en el mundo. Los ODS son instrumentalizados por medio de la Agenda 2030, que propone objetivos integrados, de forma a permitir un equilibrio en la trípode social, ambiental y económica en las dimensiones social, económica y ambiental (PNUD. ¿Qué son los Objetivos de Desarrollo Sostenible? [Consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>).

miembros de la UE. En este último caso, se examina en concreto el Acuerdo UE-MERCOSUR, con el propósito de identificar las cláusulas orientadas a las cuestiones socioambientales, considerando la evidencia de este tema sobre los demás aspectos de la propuesta comercial, con el objetivo de comprender las posibilidades y límites de aplicación efectiva ante el escenario económico, social y político que actualmente se forma en el ámbito de los dos bloques.

2. LAS CUESTIONES SOCIOAMBIENTALES EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE LIBRE COMERCIO

Considerando que la sustentabilidad tiene tres vertientes: ambiental, social y económica, conformando un trípode de apoyo para un desarrollo de calidad que garantice la sobrevivencia de las próximas generaciones, se comprende que el enfrentamiento de los problemas socioambientales necesita de mayor atención lo que últimamente se evidencia en las relaciones internacionales, aunque sean estrictamente comerciales. El trípode del desarrollo sostenible, conocido como el “Trípode de Sostenibilidad”⁶⁷, interrelaciona el desarrollo económico con la protección medioambiental y las cuestiones sociales. Se trata, por lo tanto, de tres aspectos intrínsecamente relacionados e interdependientes por lo que podemos afirmar que no existe desarrollo sostenible sin que se consideren los tres elementos estructurantes.

Los problemas socioambientales son complejos y cada vez más transnacionales, involucrando varios temas como la protección ambiental, el consumo, la salud, la pobreza, la desigualdad social, entre otros directamente relacionados. Por lo tanto, su solución requiere un enfrentamiento conjunto, ya que están interrelacionados e interdependientes. El término “problema” «es subjetivo»⁶⁸, siendo adoptado en este trabajo de forma positiva, es decir, como una cuestión solucionable y una oportunidad para la toma de decisiones. De este modo, considerando el contexto de búsqueda de soluciones, se pueden encontrar diversos regímenes internacionales con el objetivo de ayudar a las naciones a enfrentar los problemas socioambientales; regímenes que

⁶⁷ El Trípode de Sostenibilidad, también conocido como Triple Bottom Line (TBL) (ELKINGTON, J. (1997). *Cannibals with forks: The triple bottom line of 21st century business*. Capstone), es un concepto que asegura que el desarrollo económico necesita considerar los principios del desarrollo sostenible, que, a su vez, involucran aspectos sociales, ambientales y de justicia social.

⁶⁸ MORENO-CRESPO, P.; MORENO-FERNÁNDEZ, O. (2015). Problemas socioambientales: concepciones del profesorado en formación inicial Andamios. *Revista de Investigación Social*, vol. 12, n. 29, pp. 73-96.

son definidos “como principios, normas, procedimientos y acciones definidas por actores con objetivos comunes sobre un determinado tema”⁶⁹.

En el ámbito del clima, en 1992, tuvo lugar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro, en la que surgió un consenso sobre los cambios climáticos y la necesidad de su tratamiento por los Estados y por la comunidad internacional, ya que es considerado un problema transfronterizo. Después de la Conferencia de Río de Janeiro, fue adoptada, en Nueva York, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992⁷⁰. Posteriormente, el Protocolo de Kyoto de 1998, derivado de la CMNUCC, se mostró como otro importante instrumento vinculante para los Estados que lo han ratificado, considerándose una continuación de la citada Convención⁷¹. Más recientemente, en 2015, tuvo lugar, en París, la Conferencia de las Partes de la CMNUCC (COP21), como continuación, también, del Protocolo de Kyoto, en la que se aprobó el denominado Acuerdo de París, un nuevo pacto global vinculante con objetivos para hacer frente a los problemas climáticos⁷².

Las cuestiones medioambientales también se han incorporado en la discusión sobre los derechos humanos. Los seres humanos pasan a ser concebidos como parte de la naturaleza y sus acciones como interrelacionadas con su entorno⁷³. De tal modo que el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, no previsto en la Declaración de Derechos Humanos de 1948⁷⁴, pasa a estar

⁶⁹ KRASNER, S. D. (2012). Causas estruturais e consequências dos regimes internacionais: regimes como variáveis intervinientes. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 42, pp. 93-110, p. 93.

⁷⁰ BENAVIDES, A. L.; GUERRA, J. M. F. (2008). El Protocolo de Kyoto y los bonos de carbono. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 6, pp. 239-24.

⁷¹ TURREGUI BYRNE, P. (2008). El régimen legal internacional del cambio climático y el protocolo de Kyoto: balance y perspectivas. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 56, p. 127-142.

⁷² Vid: UNFCCC. El acuerdo de París [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Par%C3%ADs%20habla,orientaci%C3%B3n%20general%20al%20Mecanismo%20Tecnol%C3%B3gico>.

⁷³ KNOX, J; (2018). Nuria del Viso (trad.). Principios Marco sobre derechos humanos y Medio ambiente. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 142, pp. 83-89.

⁷⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, es considerada como un régimen internacional de derechos humanos completo, una vez que busca establecer normas y compromisos que son desarrollados por diversos otros instrumentos globales y regionales de derechos humanos (BROWN, C. (2002). “El régimen internacional contemporáneo de derechos humanos”. *Sovereignty, Rights and Justice*, Polity Press, Cambridge. Relaciones Internacionales, n. 1, pp. 1-25, 2002).

relacionado con la necesidad de protección medioambiental, a fin de impulsar y garantizar un desarrollo más sostenible.

Con vistas al desarrollo sostenible, cada vez con más frecuencia, los asuntos relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos se reflejan en el ámbito de los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) que se celebran entre dos o más países con el propósito de formar una zona de libre comercio. Por regla general, los acuerdos comerciales buscan reducir o eliminar barreras comerciales, mejorar la competitividad, aumentar la producción y el desarrollo económico de las partes⁷⁵. Sin embargo, la inclusión de cláusulas, requisitos y directrices socioambientales, en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y el respeto a los derechos humanos en los acuerdos comerciales, así como relacionadas con la defensa de la democracia y con la responsabilidad social de las empresas, refuerzan la dinámica que se ha establecido en el ámbito de las negociaciones multilaterales. Por otro lado, la importancia otorgada a estas cláusulas, especialmente las de derechos humanos, suelen ser reconocidas como obstáculos para llegar a acuerdos⁷⁶.

No obstante, los regímenes internacionales no son las únicas iniciativas globales adoptadas ante las cuestiones socioambientales. Como se tratan de problemas comunes e intergeneracionales, constantemente surgen varias otras iniciativas que abordan la temática. Estas iniciativas, públicas o privadas, se forman por medio de un sistema de gobernanza más inclusivo en el que se permite la participación multiactor⁷⁷, y donde los objetivos van más allá de la formulación de instrumentos vinculantes.

La participación multiactor constituye un elemento de la gobernanza global⁷⁸ que, a su vez, supera los límites del multilateralismo tradicional, este último permeado por la participación

⁷⁵ NAVARRO RUIZ, C. (2021). Tratados de libre comercio (aspectos políticos). *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 313-329.

⁷⁶ NIEDRIST, G. (2011). Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea. *Anuario mexicano de derecho internacional*, v. 11, pp. 463-485.

⁷⁷ El término multiactor o multi-stakeholder representa la actuación o participación de diversos segmentos sociales en asuntos que interesan o afectan estos actores. Dicho de otro modo, se refiere a la participación de diversos actores públicos y privados en el enfrentamiento de determinado tema de interés común. (SARMIENTO BARLETTI, J. P.; LARSON, A. M. (2020). Modelos de participación en los foros multiactor: Resultados de una revisión de síntesis realista. *Center for International Forestry Research-CIFOR*, n. 305, pp. 1-8).

⁷⁸ La Gobernanza Global puede ser considerada como una consecuencia de la globalización, la cual ha impactado e impacta las relaciones sociales, las comunicaciones, la tecnología y los mercados, cada vez más transnacionales. Como

esencialmente estatal. La gobernanza global permite y facilita la estructuración y acciones de diversas partes interesadas estatales y no estatales que pueden valerse de mecanismos y herramientas que también pueden ser de naturaleza pública, privada o mixta⁷⁹. Sin embargo, se entiende que las iniciativas internacionales, además de involucrar a todas las partes interesadas, debido a la urgencia de las agendas socioambientales⁸⁰, deben de ser coherentes e interconectadas con los ODS, con el objetivo de promover su efectividad. En el ámbito de la UE, desde 1992, los acuerdos comerciales contemplan cláusulas que correlacionan el reto económico con el respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos⁸¹. De este modo, los acuerdos de la UE con terceros países acaban siendo vistos como herramientas capaces de promover la democracia y responsabilidad socioambiental.

2.1. Una política prioritaria para el desarrollo sostenible en la UE

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972, también denominada “Declaración de Estocolmo”, fue un marco global del despertar sobre el medio ambiente y su importancia para el hombre y las generaciones futuras⁸². Tras la Declaración de Estocolmo, tuvo lugar el Consejo de París de 1972, en el que se obtuvo el consenso sobre la importancia de definirse una política de crecimiento económico alineado con la protección del medio ambiente. Esta política se consolidó por medio del Acta Única Europea de 1987, por la cual se concretizó una base jurídica para la definición de una política medioambiental en el contexto del bloque europeo⁸³.

resultado de este proceso dinámico y complejo, que excede los límites y controles del Estado-nación, surgen nuevas formas de gobernanza que buscan una mayor participación en las negociaciones, así como la obtención de consensos sobre los caminos a seguir. La Comisión sobre Gobernanza Global (1995) define la gobernanza global como un conjunto de iniciativas por las cuales múltiples actores gestionan problemas comunes. De este modo, la gobernanza global se convierte en un camino o medio de enfrentamiento de problemas inseridos en el contexto internacional (GONÇALVES, A. *Governança Global*. (2011). En: GONÇALVES, Alcindo e COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina, p. 83.).

⁷⁹CHUECA, E. G.; ZÁRATE, L. (2021). *Hacia una ecología de saberes para la política global: Alianzas entre sociedad civil y gobiernos locales en el marco de hábitat III*. En: Las ciudades en la gobernanza global: ¿del multilateralismo a las alianzas multiactor? *Monografías CIDOB*, n. 1, pp. 81-90.

⁸⁰SARMIENTO BARLETTI, J. P.; LARSON, A. M. (2020), Op. cit.

⁸¹NIEDRIST, G., Op. cit.

⁸²FRANCÉS, I. S. (2008). La Política Medioambiental de la Unión Europea. El Principio de Integración de la Protección del Medio Ambiente: la Integración Ambiental. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 3, n. 1, pp. 129-147.

⁸³KURRER, C. (2021). La Política de Medio Ambiente: Principios Generales y Marco Básico. *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, p.1-6.

Los acuerdos establecidos por la UE paulatinamente fueron adoptando medidas cada vez más específicas con la finalidad de dirigir las acciones comerciales hacia una vertiente más responsable con el medio ambiente. El Tratado de Ámsterdam de 1999 buscó integrar las políticas medioambientales con las demás iniciativas de la UE y de los Estados miembros, como forma de establecer un lenguaje común acerca de la protección medioambiental. El Tratado de Lisboa de 2009, por su parte, trató específicamente del desarrollo sostenible y de su aplicación en las relaciones comerciales con países terceros⁸⁴. A su vez, la UE ha demostrado a lo largo del tiempo su determinación en el propósito de apoyar e instrumentalizar el desarrollo sostenible no solo a nivel interno, sino también para apoyar y financiar iniciativas medioambientales externas.

A fin de implementar los acuerdos y sus objetivos, la UE, a través de la Comisión Europea, establece programas de acción plurianuales en temas ambientales. Estos programas buscan desarrollar la política ambiental definida para la región y sus relaciones externas. El programa más reciente propuesto fue el VIII Programa de Acción Ambiental Plurianual (PMA)⁸⁵ para el período de 2021 a 2030 y a largo plazo para 2050. El VIII PMA es una iniciativa basada en los objetivos medioambientales de la UE definidos en el marco del Pacto Verde Europeo y que están conectados a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

2.1.1. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

Los ODS son considerados como la continuidad de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de 2001. Actualmente, los ODS corresponden a 17 objetivos y 169 metas globales. Los ODS son interconectados, interdependientes e indivisibles⁸⁶ y relacionados directamente a temas socioambientales como la lucha contra la pobreza, erradicación del hambre, salud, educación de calidad, energía, industria, cambio climático, igualdad, inclusión social, trabajo decente, desarrollo económico, sostenibilidad, paz, justicia y alianzas. Sin embargo, aunque los ODS están

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Vid. Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022 relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030 [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0591&from=EN>.

⁸⁶ SILVA, R. F. et al. (2021). Interdependencias y trade-offs entre los objetivos del desarrollo sostenible: evaluación de los municipios brasileños por las tres dimensiones de la sostenibilidad. *Interações (Campo Grande)*, v. 22, pp. 637-652.

interrelacionados e indivisibles, deben de ser adoptados considerando la realidad, políticas y desarrollo de cada país o región⁸⁷.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas (NNUU), la meta es que los ODS sean implementados por los países hasta 2030, pero su ejecución no avanza lo suficiente, de modo que se torna necesario que las naciones más desarrolladas unan fuerzas hacia una efectiva implementación de los ODS y del cumplimiento de las metas globalmente propuestas⁸⁸.

2.1.2. El Pacto Verde Europeo (PVE)

El Pacto Verde Europeo surge en 2019, como una iniciativa de la UE a las cuestiones socioambientales. A través de la Comisión Europea, se propone un conjunto de acciones enfocadas al desarrollo sostenible, estableciéndose políticas ambientales, sociales y económicas, que buscan, de forma conjunta, reducir los índices de polución y de emisión de gases de efecto invernadero (GEI), promover el desarrollo económico y la mejora de la eficiencia energética, así como la implementación de políticas sociales para un desarrollo conjunto y justo. El PVE propone acciones para las cuestiones climáticas, medio ambiente y océanos, energía, transporte, agricultura, financiación y desarrollo regional, industria, investigación e innovación. Su concepción es totalmente integradora y consensuada con el concepto de desarrollo sostenible, considerando, sobre todo, la importancia del medio ambiente en un contexto mucho más amplio y esencial a la propia existencia humana⁸⁹, así como se propone en los ODS.

2.1.3. Los ODS en el marco del Pacto Verde Europeo

En el ámbito de los ODS, la UE apoya los esfuerzos de las NNUU en reunir acciones eficaces para garantizar un mundo más seguro y mejor, a través de la reducción de las emisiones atmosféricas, ante la constatación científica de que el mundo camina hacia una situación de irreversibilidad. La

⁸⁷ Vid. Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2017. Naciones Unidas, Nueva York, 2017 [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2017/thesustainabledevelopmentgoalsreport2017_spanish.pdf.

⁸⁸ Vid. NNUU. La Agenda para el Desarrollo Sostenible [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda>.

⁸⁹ Vid. COMISIÓN EUROPEA. El Pacto Verde Europeo establece cómo hacer de Europa el primer continente climáticamente neutro en 2050, impulsando la economía, mejorando la salud y la calidad de vida de los ciudadanos, protegiendo la naturaleza y no dejando a nadie atrás, 2019 [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_19_6691.

UE considera los ODS como un camino para diseminar y desarrollar globalmente los principios socioambientales. Asimismo, entiende que puede asumir el liderazgo en este asunto y contribuir a que otros países o regiones también cumplan con los ODS. En este sentido, la Comisión Europea coloca el Pacto Verde Europeo como una de sus prioridades y propone objetivos generales con el reto de reducir a cero las emisiones netas de GEI hasta 2050⁹⁰.

La UE se destaca internacionalmente en la implementación de los ODS, siendo que siete Estados miembros de la UE están entre los diez más bien clasificados en el índice global de los ODS. Además, entre los 156 países evaluados, los Estados miembros de la UE se encuentran entre los cincuenta primeros. A todo ese escenario se añade la información de que la UE ha avanzado en todos los ODS en los últimos 5 años⁹¹. El PVE es la nueva respuesta de la UE frente a las metas asumidas en el Acuerdo de París y las políticas puestas en práctica demuestran el compromiso de los países miembros con la estrategia definida. Sin embargo, una cuestión importante a señalar es que algunos Estados miembros ya desarrollan políticas verdes y sociales propias, con el propósito de cumplir con los ODS y para evitar conflictos internos en el ámbito de las políticas del PVE relacionados con la soberanía y un posible sobreendeudamiento futuro⁹². Del mismo modo, las políticas y su implementación deben de considerar los progresos e iniciativas ya implementadas.

3. AVANCES Y LÍMITES DE LAS INICIATIVAS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

En julio de 2020, el Consejo Europeo tomó la decisión de que los objetivos relacionados con las cuestiones climáticas debían integrarse en las políticas y programas de la UE. Se previeron recursos en el Marco Financiero Plurianual 2021-2027, en el que el 30% se destinó a la acción por el clima⁹³. Sin embargo, el alcance y avances de las iniciativas propuestas en el contexto del PVE, así como la efectividad de las inversiones a ellas destinadas deben de ser mensuradas. Según el primer vicepresidente de la Comisión Europea, Frans Timmermans, responsable del PVE, “lo que

⁹⁰ Vid. CONSEJO EUROPEO 2022. Objetivo 55 [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>.

⁹¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA. ANEXOS del Documento de reflexión. Hacia una Europa sostenible en 2030. Anexo II. El desempeño de la UE en la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: https://commission.europa.eu/publications/sustainable-europe-2030_es.

⁹² PÉREZ, A. (2021). Pactos verdes en tiempos de pandemias. Barcelona: Ecologistas en Acción. *Observatori del Deute Globalització*- Barcelona: Icaria editorial.

⁹³ ABDULLAH, H. (2021). El Pacto Verde Europeo: integrando la acción climática en la política interior y exterior de la UE. *Anuario internacional CIDOB*, n. 1, pp. 86-87.

no se puede medir, no se puede gestionar”⁹⁴. Timmermans señala que los indicadores ayudan a lograr la gestión de los procesos y las medidas tomadas en la búsqueda de los objetivos y metas. De este modo, considerando los plazos y metas fijadas, la finalidad es promover la transición ecológica de manera célere, justa e inclusiva.

La Comisión presentó el 26 de julio de 2022, por medio del VIII Programa de Acción Medioambiental (VIII PMA)⁹⁵, una lista de indicadores para monitorear el progreso de las iniciativas y medidas tomadas para el alcance de los objetivos ambientales propuestos por la UE en el ámbito del PVE. Este PMA entró en vigor el 2 de mayo de 2022, después de diversas consultas con las partes interesadas y Estados miembros, con el objetivo principal de fomentar la transparencia e informar a todos sobre el impacto de la política “verde” (climática y medioambiental) de la UE⁹⁶. Con base en los indicadores, la Comisión informará anualmente y a partir de 2023, a través de la Agencia Europea de Medio Ambiente, los progresos de la agenda del PVE.

Alcanzar los objetivos propuestos al desarrollo sostenible y ser un líder mundial en materia medioambiental no es una tarea fácil debido a la situación actual de crisis económica y de energía por las cuales pasan los países, porque implementar propuestas, que requieren un cambio estructural y cultural, demanda cierta estabilidad en la región, así como la aceptación y participación de todos, principalmente de las empresas y de los ciudadanos. Con todo, desde el PVE, propuesto en diciembre de 2019, la región de la UE ha pasado por diversas situaciones que, de alguna forma, han retrasado o dificultado la puesta en práctica del proyecto como fue planteado.

La pandemia de la COVID-19 y el conflicto entre Rusia y Ucrania afectaron y todavía afectan la economía, el medio ambiente y la sociedad. La diversidad política de los países, incluso de personas que piensan de forma distinta sobre estas cuestiones globales, como en el caso del clima, se presenta como otro factor que suele dificultar la puesta en marcha de los objetivos, y, sobre todo, su aplicación efectiva⁹⁷. De todas formas, la UE continúa, firme en su propósito,

⁹⁴ Vid. COMISIÓN EUROPEA. VIII Programa de Acción en materia de Medio Ambiente: La UE se propone medir los avances en los objetivos medioambientales y climáticos del Pacto Verde [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_4667.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ ABDULLAH, H., Op. cit.

desarrollando estrategias para poner en práctica las iniciativas ya formuladas en el ámbito del PV y, además, construyendo nuevas propuestas que intentan promover el crecimiento económico con el uso eficiente de los recursos naturales.

Se trata de una propuesta ambiciosa por la cual la UE busca fomentar políticas de crecimiento más verdes. El principal objetivo es crecer económicamente y no generar impactos ambientales, lo que se denomina como “desacoplamiento absoluto”⁹⁸. La propuesta para el referido desacoplamiento es promover nuevas tecnologías y la utilización eficiente de los recursos naturales y de los incentivos económicos. El desacoplamiento absoluto se presenta como una “problemática”, porque los indicadores que lo calculan no consideran las importaciones de productos procedentes de lugares que generan impactos ambientales debido al crecimiento económico”⁹⁹. Así pues, si se tuvieran en cuenta los indicadores de estos lugares, de hecho, no habría desacoplamiento absoluto y sólo desacoplamiento relativo.

Los límites o posibles entrabes al alcance de los objetivos y metas propuestas están relacionados con la forma en que la UE elabora su plan interno y externo de acción, considerando, sobre todo, que los problemas socioambientales y sus reflejos son transnacionales, es decir, traspasan las fronteras. Asimismo, las iniciativas tomadas en el ámbito de la UE afectan dentro y fuera del bloque y, además, son afectadas por el exterior, ya que las cuestiones son globales y no se limitan al contexto interno. Además, la influencia global del cambio climático, la pandemia, los conflictos bélicos y las diversas crisis políticas relacionadas al retorno de ideologías discriminatorias y que acaban generando más conflictos sociales y el aumento de la pobreza, evidencian cada vez más la necesidad de cooperación internacional para el apoyo de nuevas acciones y, sobre todo, para el incremento de la gobernanza ya existente.

3.1. Políticas internas de la UE para la implementación del PVE

El PVE se presenta como una nueva estrategia sostenible de crecimiento de la UE e involucra no sólo a los gobiernos, sino también a las personas. El objetivo es promover importantes y duraderos cambios de hábitos, costumbres, patrones de consumo y sobre el modo de relacionarse con el

⁹⁸ PÉREZ, A., Op. cit.

⁹⁹ Ibidem.

medio ambiente. El PVE propone 11 objetivos¹⁰⁰ que demandan implementación, por parte de los Estados miembros, de políticas que permitan poner en práctica y unificar las transformaciones estructurales planteadas.

Para realizar los objetivos del PVE y las políticas relacionadas al desarrollo sostenible, la UE ha puesto en marcha diversas iniciativas internas que demandan la participación y compromiso de los gobiernos y personas. Estas iniciativas se implementarán a través de normativas cuyo objetivo es unificar las acciones en todo el territorio y, además, reglamentar las acciones externas relacionadas con la cuestión socioambiental. El PVE fue implementado a finales de 2019; surge a partir de la nueva Agenda Estratégica de la UE para 2019-2024, adoptada por el Consejo Europeo de 20 de junio de 2019¹⁰¹ y es considerado, incluso, como una preparación para la ley climática de la UE¹⁰². Los objetivos de la UE, a partir del marco de la Agenda Estratégica, pasan a estar directamente relacionados con el desarrollo sostenible, por lo cual se busca garantizar la protección de las personas y sus libertades individuales, permitir un desarrollo económico estructurado, dinámico y perenne, así como trabajar para que Europa se torne climáticamente neutra, con foco en la protección del medioambiente y en la justicia social. Además, el objetivo de la Agenda Estratégica es que los intereses y valores europeos sean destacados globalmente.

En el ámbito de la legislación europea sobre el clima se publicó el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999. Asimismo, en 2021 se publicó el Reglamento (UE) 2021/1229 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 relativo al instrumento de préstamo al sector público en el marco del Mecanismo para una Transición Justa. Además de las normas que ya han sido publicadas, la UE presenta diversas propuestas normativas para garantizar la implementación de los objetivos del PVE. El 14 de julio de 2021, la Comisión Europea presentó el Objetivo 55¹⁰³ o

¹⁰⁰ Vid. Infografía – Objetivo 55: cómo transformará la UE los objetivos climáticos en legislación [consulta: noviembre de 2022] Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/fit-for-55-how-the-eu-will-turn-climate-goals-into-law/>.

¹⁰¹ Vid. Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo en la reunión de referencia (EUCO 9/19, Bruselas, 20.6.2019) [consulta: noviembre de 2022] Disponible en: file:///C:/Users/lucir/Downloads/ST-9-2019-INIT_es.pdf.

¹⁰² BURGOS, E. R. (2020). El Pacto Verde Europeo como antesala de la Ley Europea del Clima. *Bioderecho*, n. 12, pp. 1-7.

¹⁰³ La expresión “Objetivo 55” se refiere a la propuesta de La UE para la reducción de las emisiones para el 55 % hasta 2030.

Fit for 55, en inglés, que se refiere a un paquete legislativo relacionado con la estrategia de acciones climáticas que tiene el objetivo de reducir las emisiones en 55% hasta 2030 y alcanzar la neutralidad climática hasta 2050. El Objetivo 55 se materializa en un conjunto de propuestas para la revisión y actualización de la legislación de la UE, para permitir un ajuste e implementación coherente y justo de las políticas climáticas, de energía y de transporte más inteligente y ecológico en el ámbito jurídico de los Estados.

El 15 de diciembre de 2021, la Comisión Europea también presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la reducción de las emisiones de metano en el sector de la energía y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/942¹⁰⁴. Recientemente, el 26 de octubre de 2022, la Comisión ha propuesto normas más restrictivas a respecto de los contaminantes del aire, aguas e, incluso, para el tratamiento de aguas residuales urbanas.

3.2. Políticas externas de la UE al desarrollo sostenible

El desarrollo sostenible es el principal reto de la UE en el marco del PVE que, a su vez, propone un conjunto de objetivos e iniciativas para promoverlo. Las ambiciosas metas definidas sitúan a la UE en una innegable posición de liderazgo mundial sobre la temática del clima y de las demás cuestiones socioambientales. Sin embargo, para que el desarrollo sea realmente sostenible, la mirada ecológica debe de ser coherente y considerar las políticas internas y externas como engranajes conectados para que todo funcione. Además, es contradictorio y contraproducente establecer normas internas más restrictas a los productos y servicios de países miembros de la UE y permitir que el mercado externo no cumpla con las mismas exigencias. Medidas así acaban afectando la competencia ya que el mercado interno tiene que realizar inversiones en nuevas tecnologías y cambiar la forma tradicional de producción para cumplir las metas establecidas sobre la energía y de producción más limpia, por ejemplo.

La coherencia y armonía de las políticas comunitarias son importantes principios que deben de ser observados tanto en el seno de la UE como en sus relaciones exteriores, especialmente las que implican desarrollo tales como: comercio, agricultura, seguridad y pesca, innovación, tecnología,

¹⁰⁴ Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la reducción de las emisiones de metano en el sector energético y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/942 [consulta: noviembre de 2022] Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0805R\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0805R(01)&from=ES).

transporte, medio ambiente, clima y la protección de derechos humanos¹⁰⁵. Además, si la UE permite importaciones sin que se cumplan los mismos requisitos impuestos al mercado interno, estará apenas cambiando el lugar de la contaminación, la explotación de la naturaleza y la violación de los derechos humanos y, por consiguiente, el bloque estaría contribuyendo indirectamente con el aumento de las desigualdades sociales en otras regiones. Por lo tanto, si el papel de la UE, como un líder mundial en el desarrollo sostenible, es influir y contribuir para que todos caminen juntos y que nadie se quede atrás, debe, además de promover acciones multilaterales, diligenciar para que ocurra una efectiva cooperación sobre la aplicación de las políticas propuestas, a fin de impedir retrocesos en la implementación global de los ODS y, principalmente, para reducir las desigualdades.

El mundo ha atravesado y sigue atravesando grandes crisis que muestran un camino más claro hacia la necesidad de cooperación entre las naciones, principalmente debido a la urgencia de los problemas climáticos. Los países con más recursos, que también se han desarrollado a costas de la explotación del medio ambiente, tienen que apoyar a los que aún están en vías de desarrollo, para que los cambios y los objetivos sean accesibles y alcanzables por todos. Las metas son diferentes, porque las situaciones y condiciones de cada país son individuales y ajustadas a su condición de desarrollo, ya que no es posible tratar a los diferentes de la misma manera, porque en este caso hablamos de igualdad material y no formal¹⁰⁶. Una forma que puede resultar muy eficaz para garantizar que el desarrollo sea coherente, justo y sostenible es reflejar las medidas adoptadas a nivel de bloque europeo en los acuerdos comerciales internacionales y, asimismo, promover condiciones para que sean efectivamente adoptadas y aplicadas por todos los involucrados.

La UE tiene varios acuerdos comerciales bilaterales como el Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón (2019), el Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur (2019) y el Acuerdo UE-Canadá (AECG) (2017). Del mismo modo, firma acuerdos multilaterales como el Acuerdo Comercial UE-

¹⁰⁵ SANAHUJA, J. A. (2008). *La efectividad de la cooperación al desarrollo entre la Unión Europea y América Latina: Balance y perspectivas, nota de información*. Bruselas, Parlamento Europeo.

¹⁰⁶ La igualdad formal es un derecho subjetivo, está prevista en los sistemas normativos y tiene una dimensión amplia, siendo aplicable de forma general a todos los ciudadanos. Se trata de la igualdad ante la ley. La igualdad material, por su vez, conocida como la igualdad real, presenta una dimensión relacionada al alcance material y efectivo del principio, llevando siempre en consideración las diferencias sociales y necesidades individuales. (CUENCA, E. C. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de estudios políticos*, n. 84, pp. 265-286).

Colombia - Ecuador - Perú (2013) y el Acuerdo de Asociación UE-Centroamérica (2013), que establecen siempre el deber de las partes de respetar los derechos humanos y proteger el medio ambiente¹⁰⁷. En cierto sentido, antes de las nuevas políticas establecidas en el marco del PVE, los acuerdos firmados con países terceros ya reflejaban las políticas de la UE en materia de medio ambiente y derechos humanos. De esta manera, considerando los puntos abordados, se entiende que una forma de garantizar la competencia comercial y también que otros países se comprometan con los ODS, es promover, exigir y monitorear el cumplimiento de los requisitos y objetivos establecidos en los acuerdos firmados, sin olvidar la necesidad de apoyo e inversiones, a través de fondos y iniciativas, que permitan que todos avancen juntos hacia el desarrollo sostenible.

4. ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO COMO HERRAMIENTAS DE DESARROLLO Y DE PROTECCIÓN SOCIOAMBIENTAL

Los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) son acuerdos internacionales establecidos entre dos o más países que pretenden promover un mejor intercambio económico entre los signatarios. Los ALC permiten que las partes definan requisitos y directrices comunes para reducir aranceles, derechos u otras barreras proteccionistas, que a menudo obstaculizan las importaciones y exportaciones de bienes y servicios¹⁰⁸. Además, los acuerdos firmados suelen promover diversos beneficios para el comercio internacional, como la diversificación de productos y el aumento de la competitividad, lo que a su vez puede contribuir con la reducción de los precios y el acceso a los productos.

Los ALC también pueden contribuir con el intercambio de conocimientos y tecnología para fomentar el crecimiento económico, incluso en los países en desarrollo. A pesar de basarse esencialmente en el comercio, los ALC pueden contribuir con el fomento del desarrollo sostenible, especialmente cuando las normas comerciales definidas por las partes desarrollan requisitos basados en principios de protección socioambiental. Un ejemplo de este contexto es la posibilidad

¹⁰⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA. Acuerdo Comercial UE-Colombia-Ecuador-Perú [consulta: enero de 2023]. Disponible en: <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/es/content/acuerdo-comercial-ue-colombia-ecuador-peru>.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C. et al. (2020). Hacia una efectiva implementación de los capítulos de comercio y desarrollo sostenible de los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea. *Revista de Estudios Europeos*, n. 75, enero-junio, pp. 72-85.

de que los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁰⁹ definan normas comerciales que tengan en cuenta la protección del medio ambiente.

Otra organización internacional de vertiente económica, pero que también actúa en el contexto del desarrollo sostenible, es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La OCDE, creada en 1960, fue concebida para fomentar el desarrollo económico en todo el mundo. Actualmente hay 38 países miembros de la OCDE, que coinciden en los principios democráticos y de mercado¹¹⁰. Las políticas, descritas en el artículo I del Convenio de la OCDE de 14 de diciembre de 1960, tienen por objeto la expansión económica y del empleo, con vistas a mejorar el nivel de vida de los países miembros y, en consecuencia, la economía mundial, mediante la expansión del comercio global. La OCDE es una organización que promueve el desarrollo sostenible y busca fomentar el bienestar, la prosperidad y la paz¹¹¹.

Las organizaciones internacionales mencionadas son ejemplos que demuestran, por el propio principio del desarrollo sostenible¹¹², que el comercio y las cuestiones sociales y medioambientales están interconectadas y interdependientes. Por lo tanto, está claro que es imposible disociar el desarrollo económico de la protección del medio ambiente, del respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de cuestiones cada vez más importantes para la humanidad. Sin embargo, considerando la interdependencia mencionada, los acuerdos comerciales internacionales pueden ser instrumentos importantes para la consecución de los objetivos propuestos, incluidos los relacionados con el fomento del crecimiento en los países en desarrollo. Un ejemplo de la potencialidad de estos instrumentos es el Acuerdo de Cotonú¹¹³, firmado en 2000 entre la UE y los 79 países que componen el grupo Estados de África, Caribe y

¹⁰⁹ La Organización Mundial del Comercio es un organismo internacional dedicado a la promoción del comercio mundial. Sin embargo, la protección medioambiental está inserida en el ámbito de sus objetivos y constituye como uno importante reto de la organización (ZÚÑIGA SCHRODER, H. (2016). La Organización Mundial del Comercio y el medio ambiente: algunos alcances. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 70, pp. 249-262).

¹¹⁰ GOIG MARTÍNEZ, J. M. (2016). La OCDE en la era de la globalización: desarrollo e influencia. *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, v. 19, pp. 111-150.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² El desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades (STRANGE, T.; BAYLEY A. (2014). *Desarrollo sostenible: Integrar la economía, la sociedad y el medio ambiente*. Esenciales OCDE, OECD Publishing, Paris).

¹¹³ Vid. Comisión Europea: Conclusión de las negociaciones posteriores a Cotonú sobre el nuevo Acuerdo de Asociación UE-África, el Caribe y el Pacífico [consulta: enero de 2023]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1552.

Pacífico (ACP), actualmente denominado de Organización de los Estados de África, Caribe y Pacífico (OEACP). El acuerdo objetivó, además de promover la integración regional de los Estados ACP y eliminar las barreras comerciales entre las partes signatarias, contribuir al desarrollo sostenible y a la erradicación de la pobreza¹¹⁴. El ejemplo de este Acuerdo es importante porque es un pacto que, no sólo reúne a varios países en un sistema de amplia cooperación, sino también tiene objetivos más relacionados con el abordaje de los problemas globales actuales, por lo que considera como prioritarias, en la reformulación del acuerdo¹¹⁵, las políticas de desarrollo sostenible establecidas en el ámbito del PVE¹¹⁶.

En este sentido, se entiende que un sistema de relaciones comerciales externas debe de ser coherente con las políticas internas de la UE, sobre todo considerando que el éxito de las medidas e iniciativas en el contexto de PVE se ven afectadas y directamente relacionadas con las políticas externas adoptadas en los acuerdos internacionales. Sin embargo, no basta firmar acuerdos, pues la cooperación internacional depende de su concretización, lo que demanda más que firmas y ratificaciones por las partes, es decir, un acuerdo internacional de cooperación necesita ser negociado, firmado y efectivamente aplicado.

4.1. Las perspectivas comerciales entre la UE y América del Sur

La UE ha puesto en práctica su estrategia para el alcance de los objetivos propuestos en el ámbito del desarrollo sostenible. Como ya expuesto anteriormente, cada vez más amplios han sido los acuerdos comerciales ya firmados por el bloque europeo y otros que están por implementarse. Este escenario demuestra un interés estratégico de expansión de las relaciones comerciales de la UE. Con este propósito, el bloque ha establecido importantes convenios con países de América Latina como el Acuerdo de Asociación UE-Centroamérica (2013), el acuerdo firmado con los Estados de América Central (Honduras, Nicaragua y Panamá, Costa Rica, El Salvador, Guatemala) y el Acuerdo Comercial Multipartes (ACM) con tres Estados parte de la Comunidad Andina de

¹¹⁴ CABALLERO, E. S. (2012). Negociación de los acuerdos de asociación económica de la Unión europea con el Grupo África, Caribe y Pacífico (2000-2008). *Revista de El Colegio de San Luis*, n. 3, pp. 172-217.

¹¹⁵ El Acuerdo de Cotonú fue prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2021. Un nuevo acuerdo de asociación multilateral está en negociación entre la UE y la OEACP (CONSEJO EUROPEO. (2022). Cambio climático: lo que está haciendo la UE [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/climate-change/>.

¹¹⁶ ALCOJOR, A. M. (2022). Transición Verde y Protección Medioambiental. ¿Una Verdadera Prioridad Para Las Relaciones África-Europa? *Fundación Alternativas: Informe África*, pp. 15-32.

Naciones (CAN)¹¹⁷: Perú, Ecuador y Colombia¹¹⁸. En 2019, la UE anunció el fin de las negociaciones con el MERCOSUR a respecto del Acuerdo UE-Mercosur, que ha sido considerado la mayor asociación en la historia de la UE¹¹⁹.

El Acuerdo UE-MERCOSUR va más allá que una mera asociación comercial, ya que es una condición geopolítica capaz de hacer frente a importantes potencias económicas como los EE. UU. y China¹²⁰. Además, la asociación interregional que se forma puede contribuir para la retomada del multilateralismo o su propia reformulación, ante su debilitamiento y casi estagnación provocados por el contexto político internacional de los últimos años. Asimismo, la asociación entre los dos bloques puede contribuir para el avance de América del Sur en la aplicación de los ODS, ya que el Pacto Verde Europeo propone añadir en los acuerdos internacionales de la UE directrices que exijan de las partes la ratificación del Acuerdo de París y la aplicación efectiva de los compromisos asumidos¹²¹.

4.2. El Acuerdo UE-MERCOSUR: potenciales contribuciones al desarrollo sostenible

La UE busca mantenerse como un liderazgo mundial al desarrollo sostenible. Sin embargo, debido a las consecuencias de la pandemia de la COVID-19 y del conflicto entre Rusia y Ucrania, el bloque europeo enfrenta una crisis que, además de retrasar el proceso de desarrollo, puede dificultar el logro de los objetivos y metas propuestos en su política verde. De este modo, más que nunca, la estrategia ha sido fomentar la cooperación internacional y multilateral, por medio de una gobernanza más inclusiva y global, que permita establecer objetivos y metas factibles, así como lograr consensos sobre iniciativas y acciones, que puedan surtir resultados efectivos a todos. En este contexto, surgen posibilidades de acuerdos que permitan la puesta en marcha de una estrategia

¹¹⁷ La Comunidad Andina de Naciones (CAN) es una organización internacional formada por 4 Estados: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, siendo concebida con el objetivo de promover el desarrollo e integración de los Estados parte y región andina (REINOSO, A. F. (2022). Nuevos retos para el Acuerdo Comercial Multipartes de la Unión Europea con Perú, Colombia y Ecuador. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, n. 2, pp. 1-35).

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ BORRELL, J. (2020). América Latina-Europa: la ‘otra’ relación transatlántica. *Análisis Carolina*, n. 51, pp. 1-5.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ SANAHUJA, J. A. (2021). Pacto verde y “Doctrina Sinatra”. ¿Por qué son importantes para América Latina? *Nueva sociedad*, pp. 141-156.

más inclusiva, justa y coherente con una propuesta de desarrollo sostenible global, donde nadie se quede atrás.

Un grande e importante paso, que puede ayudar a impulsar el desarrollo y, por consiguiente, lograr los objetivos propuestos en el ámbito de las políticas del PVE, es el estrechamiento y fortalecimiento de las relaciones entre la UE y los países latinoamericanos, lo que forma parte de la denominada “asociación estratégica euro-latinoamericana”¹²². Como parte de la referida estrategia están las negociaciones birregionales establecidas entre el bloque europeo y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

4.2.1. EL MERCOSUR

El MERCOSUR es un bloque económico creado con la finalidad de instituir una integración comercial regional para reducir barreras, aranceles y prácticas desleales de comercio. En 1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el Tratado de Asunción para el establecimiento de un mercado común¹²³. El Tratado de Asunción todavía prevé la posibilidad de que otros países latinoamericanos formen parte del bloque. De este modo, en 2006, Venezuela pasó a formar parte del MERCOSUR, pero en el momento se encuentra suspendida en su condición de Estado parte, debido a lo establecido en el Protocolo de Ushuaia¹²⁴, que dispone de la posibilidad de aplicación de sanciones en casos de ruptura del orden democrático en un Estado parte. Además de los Estados parte mencionados, Bolivia se encuentra en proceso de adhesión desde 2015. Otros países, como Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam, miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)¹²⁵, por previsión del Tratado de Asunción, pueden formar parte del MERCOSUR, pero como Estados asociados.

¹²² SANAHUJA, J. A.; DAMIÁN RODRÍGUEZ, J. (2019). Veinte años de negociaciones Unión Europea-Mercosur: Del interregionalismo a la crisis de la globalización. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, n. 13, pp. 1-28.

¹²³ TUSSIE, D; VÁZQUEZ, P. (2000). Comercio y problemas ambientales en el contexto del MERCOSUR. *Comercio y ambiente: temas para avanzar el diálogo*, pp. 1-16.

¹²⁴ Vid. segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia [consulta: diciembre de 2022]. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-ushuaia-compromiso-democratico-MERCOSUR-bolivia-chile/>.

¹²⁵ La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) es un organismo intergubernamental creado por el Tratado de Montevideo del 12 de agosto de 1980. La principal finalidad de la ALADI es promover la integración en la región latinoamericana. Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay son los países que actualmente hacen parte de la ALADI (HURTADO, J. R. (2018). Análisis sobre la Asociación Latinoamericana de Integración. *Revista Universidad y Sociedad*, v. 10, n. 4, pp. 290-295).

En el sistema del MERCOSUR cada miembro tiene derecho a un voto, las decisiones son tomadas por consenso y la presidencia es temporal y se alterna alfabéticamente, siendo que cada Estado parte permanece en la presidencia por seis meses. La estructura institucional del MERCOSUR está compuesta por: el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC), la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), el Parlamento del MERCOSUR (PARLASUR), el Foro Consultivo Económico-Social (FCES), la Secretaría del MERCOSUR (SM) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR)¹²⁶.

4.2.2. El Acuerdo UE-MERCOSUR

El 1 de julio de 1999, a través del Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y el Mercado Común del Sur de 1995, la Comisión Europea adoptó directrices sobre la negociación para un futuro acuerdo comercial entre la UE y el MERCOSUR¹²⁷. El Acuerdo Marco se fundamentó con el objetivo de fortalecer las relaciones políticas y económicas entre las partes y para preparar el terreno para la creación de una asociación interregional¹²⁸. Las directrices del Acuerdo Marco establecen el camino para la promoción, a través de la cooperación y del desarrollo económico y social de los dos bloques, teniendo en cuenta los principios del desarrollo sostenible¹²⁹.

En el período de 2000 a 2004 las negociaciones se llevaron a cabo en el ámbito de la OMC y estaban siempre relacionadas con el tema de la agricultura. Debido a los impases en las negociaciones, se produjo una paralización del diálogo que se retomó en 2010, en el ámbito del marco de la VI Cumbre UE-América Latina¹³⁰. El 28 de julio de 2019 finalizaron las negociaciones con la confirmación y divulgación del acuerdo en la cumbre del G20 de Osaka de 2019.

¹²⁶ Vid. Decisión MERCOSUR: MERCOSUR/CMC/DEC N° 9/94 [consulta: enero de 2023]. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/rex/sgt4/Ftp/atualizacoespanol/DEC_9_94_esjan14.pdf.

¹²⁷ Vid. La Decisión 1999/279/CE del Consejo relativa a la conclusión, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, y el Mercado Común del Sur y sus Estados parte [consulta: enero de 2023]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/interregional-framework-cooperation-agreement-between-the-european-community-and-mercosur.html>.

¹²⁸ STUHLREHER, A. (2000). La Unión Europea y El Mercosur: Dos Bloques Regionales Buscan Fortalecer Sus Vínculos. *Estudios Internacionales*, vol. 33, n. 130, pp. 13–23.

¹²⁹ GHIOTTO, L.; ECHAIDE, J. (2019). *Analysis of the agreement between the European Union and the MERCOSUR*. Anna Cavazzini MEP, The Greens/EFA: Berlin, Germany.

¹³⁰ Ibidem.

El 28 de julio de 2019 concluyeron en Bruselas las negociaciones sobre el Acuerdo comercial entre la Unión Europea y el bloque económico MERCOSUR. El Acuerdo UE-MERCOSUR comenzó a ser discutido en 1995, siendo más de 20 años de negociaciones discontinuas y que fueron retomadas en 2019, cuando la parte comercial del Acuerdo fue efectivamente finalizada¹³¹. El Acuerdo UE-MERCOSUR fue el que llevó más tiempo en concluirse en el mundo y no por razones de complejidad, ya que hay acuerdos al mismo nivel que tardaron pocos años hasta su conclusión, como es el caso del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) negociado y firmado en apenas 3 años¹³².

El Acuerdo UE-MERCOSUR es una asociación de la UE con una región con más de 260 millones de consumidores, siendo un destino importante para inversiones por medio de exportaciones y creación de más empleos¹³³. El Acuerdo, al igual que otras negociaciones comerciales, busca reducir las barreras fiscales y las normas proteccionistas que impiden la competencia justa entre empresas. Estas medidas, por consiguiente, pueden contribuir con la reducción de los costos de producción y de importación de productos y servicios, para aumentar la productividad, competitividad y desarrollo de los Estados miembros.

Considerando el actual contexto político y económico internacional, la concretización de un acuerdo comercial entre la UE y el MERCOSUR será de gran importancia, no sólo para las partes involucradas, sino también para el contexto global en materia de desarrollo económico, social, político y ambiental, pues representa el mayor acuerdo mundial, considerando la población y las posibilidades económicas que de él se puedan derivar¹³⁴. Sin embargo, a pesar de ser un acuerdo de iniciativa comercial, la estrategia va más allá, incluyendo, además de los objetivos económicos, el fortalecimiento de vínculos entre los dos bloques¹³⁵.

Ante las cuestiones políticas vivenciadas en Brasil, país considerado como el principal miembro del MERCOSUR por su importancia territorial, poblacional y medioambiental, el proceso de

¹³¹ SANAHUJA, J. A.; DAMIÁN RODRÍGUEZ, Op. cit.

¹³² GHOTTO, L.; ECHAIDE, J., Op. cit.

¹³³ Vid. Comisión Europea. Acuerdo Comercial UE-MERCOSUR: tender puentes para el comercio y el desarrollo sostenible [consulta: enero de 2023]. Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/july/tradoc_157989.pdf.

¹³⁴ LATORRE, M. C. (2021). *El Impacto Económico del Acuerdo Unión Europea-Mercosur en España*. (Tesis Doctoral). Escuela de Economía, Universidad Nacional de Costa Rica.

¹³⁵ STUHLREHER, A. Op. cit.

ratificación del Acuerdo se vio paralizado por preocupaciones relacionadas con un posible incumplimiento del Acuerdo y, principalmente, por la falta de empeño del ex presidente del país, Jair Bolsonaro, para proteger el medio ambiente¹³⁶.

4.2.3. El contexto socioambiental del Acuerdo UE-MERCOSU

Denominado Acuerdo de principio¹³⁷, el texto del Acuerdo UE-MERCOSUR fue publicado el 01 de julio de 2019. El texto todavía es provisorio porque está sujeto a cambios relacionados con la transcripción final y con las ofertas de acceso al mercado, pudiendo, así, sufrir cambios en el orden de los capítulos y en su propio contenido. Sin embargo, con el resumen publicado, ya se puede analizar los términos y condiciones propuestas por las partes.

El Acuerdo principio presenta 17 capítulos, sobre los cuales se definen las directrices de actuación para las partes. En general, estos temas son similares a cualquier acuerdo comercial del mismo tipo. Sin embargo, existe un evidente enfoque sobre las cuestiones medioambientales y de respeto a los derechos humanos. El texto presentado dedica un capítulo específicamente al desarrollo sostenible, siendo denominado: Comercio y Desarrollo Sostenible. Sus directrices, si bien están contenidas específicamente en el tema mencionado, en realidad muestran que están ampliamente insertadas e interconectadas con las demás directrices de los otros capítulos, ya que el desarrollo de los demás temas está vinculado a las cuestiones socioambientales establecidas en el capítulo 14, lo que se concluye por la lectura del primer párrafo del texto del Acuerdo que establece la premisa básica de que el aumento del comercio debe de respetar el medio ambiente y las condiciones de trabajo dignas, promoviendo el desarrollo sostenible.

En el campo de los requisitos socioambientales, el Acuerdo UE-MERCOSUR busca promover una relación comercial intrínseca e interdependiente con los principios del desarrollo sostenible, especialmente los relacionados con los temas laborales y ambientales. Por lo tanto, las partes del Acuerdo se comprometen a promover, a través de un sistema de cooperación, el comercio

¹³⁶ SANAHUJA, J. A.; DAMIÁN RODRÍGUEZ, Op. cit.

¹³⁷ Vid. Ministerio de Industria, Cultura y Turismo de España. MERCOSUR [consulta: enero de 2023]. Disponible en: <https://comercio.gob.es/PoliticaComercialUE/AcuerdosComerciales/acuerdoscomerciales/mercosur/190701-mercosur-acuerdo-principio-ingles.pdf>.

internacional libre y transparente, considerando, sobre todo, los niveles de desarrollo de los países, sus capacidades, necesidades y prioridades.

Por otro lado, las partes tendrán autonomía para definir e implementar sus políticas ambientales y laborales. Sin embargo, las políticas y normas definidas por cada Estado parte no pueden ser rebajadas para facilitar el comercio o atraer inversiones. Además, las partes se comprometen a respetar los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relacionados con la discriminación, el trabajo esclavo y el trabajo infantil, así como la libertad de asociación y negociación colectiva y, sobre todo, con la promoción de la responsabilidad social empresarial. En el contexto de los objetivos establecidos en el marco del PVE, se puede decir que el Acuerdo UE-MERCOSUR contempla las políticas socioambientales desarrolladas por la UE ya que menciona expresadamente el compromiso de las partes en observar y respetar normas internacionales relacionadas con los derechos humanos y aplicar efectivamente el Acuerdo de París.

4.2.4. Las perspectivas del Acuerdo UE-MERCOSUR en la actual coyuntura política sudamericana.

El Acuerdo UE-MERCOSUR presenta una oportunidad de desarrollo económico para ambos bloques. Para la UE será un gran avance hacia la ampliación del mercado y las perspectivas económicas de la propia región, así como una posibilidad de fortalecer el multilateralismo, ya que la UE es su gran defensora¹³⁸. Dentro del MERCOSUR, existe una gran perspectiva de que el aumento de los flujos comerciales con los países miembros de la UE contribuirá a mejorar el comercio, así como las condiciones socioambientales de la región. De esta forma, la conclusión efectiva del Acuerdo es más esperada que opuesta por los estados miembros del bloque sudamericano, principalmente porque el pacto con la UE puede fortalecer internamente al MERCOSUR, debilitando cualquier movimiento para deshacer el mercado común establecido¹³⁹ y, del mismo modo, permitirá captar nuevos asociados interesados en las ventajas que promueve el convenio.

¹³⁸ ROSALES 2020 ROSALES, O. (2020). Economía y geopolítica en América Latina: la urgencia de estrechar vínculos con la Unión Europea. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, n. 30, pp. 1-30.

¹³⁹ Ibidem.

Tras el anuncio público del fin de las negociaciones del Acuerdo UE-MERCOSUR, países de la UE como Francia, Irlanda y Austria se manifestaron en contra de la ratificación del Acuerdo, por cuestiones relacionadas con los aspectos normativos de las negociaciones y, sobre todo, por el escenario político en América del Sur, especialmente en Brasil, que estaba siendo liderado por un gobierno de extrema derecha que se alejaba cada vez más del Acuerdo de París y, en consecuencia, de los objetivos asumidos en materia ambiental. Los altos índices de deforestación en la Amazonía han llamado la atención del mundo, debido a la baja fiscalización y no aplicación de las leyes ambientales. Por otro lado, Reino Unido, Alemania, España, Portugal y los países nórdicos apoyaron la implementación del Acuerdo¹⁴⁰. Dentro del MERCOSUR, el presidente de Argentina, Alberto Fernández, acusa que el tema amazónico es solo una excusa para que la UE oculte el proteccionismo de algunos países miembros del bloqueo europeo a su sistema agrícola¹⁴¹.

En 2022, Brasil se sometió a elecciones para presidente de la república y Jair Bolsonaro no pudo mantenerse en el poder. La mayoría de la población decidió de forma democrática por el candidato Luiz Inácio Lula da Silva, que presentó propuestas relacionadas con los temas sociales, salud, educación, cultura, medio ambiente y, sobre todo, con la defensa de la democracia. Lula ya había gobernado el país dos veces y contribuyó con la implementación de políticas sociales para combatir la pobreza, asumiendo como principal objetivo sacar al país del mapa del hambre, lo que el país logró en 2014¹⁴², bajo el gobierno de Dilma Rousseff del mismo partido político de Lula. Además, Lula promete devolver a Brasil el protagonismo en la agenda ambiental multilateral¹⁴³.

Los resultados de las elecciones en el país fueron inmediatamente reconocidos por la comunidad internacional y generaron grandes expectativas para el fortalecimiento del bloque económico sudamericano e, incluso, para la efectiva conclusión del Acuerdo UE-MERCOSUR, ya que Brasil es un Estado clave en el acuerdo, por su extensión territorial, gran población y alto Producto Interno Bruto (PIB).

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Vid. EL PAÍS, 2022. Alberto Fernández, sobre la demora en el acuerdo UE-Mercosur: “Pidamos a Europa que nos deje de mentir” [consulta: enero de 2023]. Disponible en: <https://elpais.com/argentina/2022-12-06/alberto-fernandez-sobre-la-demora-en-el-acuerdo-ue-mercosur-pidamos-a-europa-que-nos-deje-de-mentir.html>.

¹⁴² SUMMA, Giancarlo. (2022). El regreso de Lula a un Brasil de rodillas. *Nueva Sociedad*, n. 297, pp. 16-30.

¹⁴³ Vid. TNC. The Nature Concervance. Participação de Lula na COP27 é retomada da posição do Brasil nas agendas climática e ambiental. Noviembre, 17, 2022 [consulta: enero de 2023]. Disponible en: <https://www.tnc.org.br/conecte-se/comunicacao/noticias/cop27-retomada-protagonismo-brasil>.

4.2.5. Mirando al futuro: potencialidad del acuerdo UE-MERCOSUR al incremento de las políticas socioambientales de los países sudamericanos

El Acuerdo UE-MERCOSUR presenta un gran potencial en el campo de la expansión del mercado común entre la UE y América del Sur. Sin embargo, los lineamientos establecidos en el acuerdo no involucran únicamente la expansión comercial, ya que considera el desarrollo sostenible como eje central de las operaciones comerciales, lo que también demuestra que el acuerdo puede ser una herramienta importante para el desarrollo de las políticas socioambientales instituidas por la UE en el ámbito del PVE. Los acuerdos suscritos por la UE deben adaptarse a los nuevos objetivos y directrices marcados en la nueva política verde europea, que, a su vez, busca cumplir con los compromisos asumidos en las agendas internacionales.

Por lo tanto, si bien de manera indirecta, la política socioambiental de la UE estará presente en el marco del Acuerdo UE-MERCOSUR y asumirá cierto protagonismo, lo que requerirá la adaptación del bloque sudamericano y, en consecuencia, de cada uno de los países miembros a determinados requisitos. En este contexto, surge una pregunta importante: ¿cómo hacer efectivo el acuerdo y sus requisitos en un contexto normativo, político y cultural tan diverso entre las dos regiones? Sin duda, para un acuerdo como este, deben de existir formas de garantizar un lenguaje común, lo que, incluso, ya está previsto desde el inicio de las negociaciones del acuerdo, a través de los protocolos de intenciones celebrados en 2000 entre la Asociación MERCOSUR de Normalización (AMN), el Comité Europeo de Normalización (CEN) y el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y, en 2004, entre la AMN y la International Electrotechnical Commission (IEC)¹⁴⁴.

La intención de cooperación, en este sentido, se ha establecido a través del sistema de armonización normativa, una herramienta muy utilizada, incluso en el contexto interno del bloque europeo. La armonización regulatoria puede verse como un paso importante hacia el logro de los objetivos del acuerdo, principalmente en el ámbito socioambiental, al alinear las políticas de cada miembro con los más altos estándares internacionales en términos de desarrollo sostenible. Esto se debe a que, ante la dificultad de establecer normas efectivamente vinculantes en el ámbito de

¹⁴⁴ Vid. AMN. Associação MERCOSUL de Normalização. Documentos [consulta: enero de 2023]. Disponible en: <<https://www.amn.org.br/Paginas/Paginas/5?url=Documentos>>.

los acuerdos internacionales, la armonización, a través de normas técnicas, termina siendo una herramienta importante para la transferencia de tecnología, información y conocimiento, mayor transparencia y calidad de los productos y servicios, así como la posibilidad de creer en el cumplimiento del contrato y prácticas comerciales¹⁴⁵. Las normas técnicas, concebidas como estándares de aplicación voluntaria, son establecidas por organismos internacionales privados, a través de un consenso obtenido en un proceso de formulación amplio y de múltiples partes interesadas. Son normas de naturaleza más flexible y adaptable y, por eso, pueden utilizarse para regular sistemas complejos y que sufren alteraciones constantes, con el objetivo de establecer las mejores prácticas en el ámbito del tema para el cual son formuladas.

Como ya ha sido señalado, los acuerdos firmados por la UE deben de respetar la política de desarrollo establecida por el bloque y estas políticas pueden ser complejas o alejadas de la realidad de los países en desarrollo. Por lo tanto, la armonización, a través de normas técnicas puede facilitar las prácticas comerciales entre países, porque tienen la capacidad de crear un lenguaje común, lo que favorece la adaptación y garantiza cierta seguridad para las operaciones de mercado, así como para las empresas. La UE trabaja mucho con esta herramienta, precisamente por su singular condición de bloque económico, en el que las normas establecidas a nivel comunitario tienen una aplicación prioritaria con relación a las normas estatales. Por ello, invierte fuertemente en el desarrollo de normas técnicas, fortaleciendo cada vez más la corregulación, que, a su vez, se ocupa de la armonización de las normas estatales con las normas privadas, como una forma de tornar la regulación de ciertos asuntos más técnica, especializada, flexible y estandarizada.

Sin embargo, existe otra cuestión importante relacionada con el aspecto económico de los países en desarrollo, ya que la implementación de los ODS y el logro de las metas asumidas por cada Estado dependen de recursos financieros, no previstos como compromisos vinculantes de financiamiento en las agendas multilaterales¹⁴⁶, ni el Acuerdo UE-MERCOSUR las prevé explícitamente. De este modo, esta cuestión necesita ser prevista en el ámbito de la implementación

¹⁴⁵ Vid. IEC. International Electrotechnical Commission. What is an international standard? Consulta: enero de 2023. Disponible en: <https://www.iec.ch/understanding-standards>.

¹⁴⁶ SANAHUJA, J. A. et al. (2017). Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. *Política y Sociedad*, pp. 521-543.

del acuerdo, de tal modo que las partes realmente puedan tener condiciones de cumplir las directrices establecidas en el instrumento.

En esto sentido, uniendo las cuestiones relacionadas por un lado con la diversidad político-normativa, económica, social y cultural de las dos regiones y, por otro, con la dificultad de crear compromisos financieros, que efectivamente promuevan resultados y permitan cierta paridad en el alcance de los requisitos del acuerdo comercial, se entiende que la promoción del avance del proceso de armonización puede ser una importante contribución al alcance de los objetivos asumidos entre las partes. La armonización puede, sobretodo, proporcionar mayor agilidad a la implementación del Acuerdo, considerando la necesidad de adaptar los sistemas regulatorios en todas partes y en todos los niveles (OCDE 2019), para asegurar la calidad, coherencia y uniformidad de las prácticas, especialmente en lo que respecta al desarrollo sostenible.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. El desarrollo sostenible reúne diferentes objetivos, pero interconectados e interdependientes y que requieren la definición de estrategias de acción basadas fundamentalmente en la cooperación, ya que se trata de problemas globales y que dependen de acción conjunta. En esta perspectiva, los acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales pueden, además de su propósito principal, ser entendidos como herramientas para promover la difusión de la conciencia sobre temas comunes relacionados con los principios democráticos, la preservación del medio ambiente, la protección y el fortalecimiento de los derechos humanos.

SEGUNDA. La UE ha ejercido un importante papel de apoyo a la gobernanza global de las cuestiones socioambientales y de desarrollo sostenible. Por diversas razones, el escenario mundial en los últimos años ha sido muy difícil para hacer frente a estas agendas, pues temas políticos y económicos, como la disputa comercial entre EE. UU. y China, la guerra entre Rusia y Ucrania y los efectos de la pandemia, han contribuido a una casi parálisis de las agendas multilaterales. Sin embargo, algunos hechos ocurridos en el escenario mundial apuntan a una posible reanudación del diálogo multilateral, como el regreso de Estados Unidos al Acuerdo de París, con la ambiciosa meta de reducir a cero las emisiones de gases de efecto invernadero para 2050 y el cambio político en Brasil, que trajo esperanzas a la agenda medioambiental.

TERCERA. La reanudación del diálogo y las inversiones en acuerdos interregionales, que buscan, además de expandir el comercio, la efectiva implementación y cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pueden considerarse pasos importantes hacia un multilateralismo más fuerte y que sustente la gobernanza global de temas complejos y de responsabilidad común. El Acuerdo UE-MERCOSUR puede caracterizarse como una iniciativa hacia esa dirección, pues promueve el intercambio entre dos regiones de fundamental importancia en el escenario internacional, posibilitando ventajas para ambos bloques y, sobre todo, la implementación efectiva de una agenda socioambiental en el ámbito comercial, a través de lineamientos y requisitos contemplados como premisas en el acuerdo a suscribir entre las partes. Además, existe la posibilidad de ampliar el acuerdo, debido a la posible adhesión de otros países sudamericanos por interés en los beneficios de la unión aduanera, que aumentará con el acuerdo con la UE.

CUARTA. Reflexivamente, el acuerdo económico traerá consigo la necesidad de adecuación de la práctica comercial de todos los involucrados a los más rigurosos requisitos socioambientales y pautas sostenibles. Esto se debe a que existe una gran diferencia en el desarrollo económico y regulatorio de los temas socioambientales entre la UE y el MERCOSUR. Observando el lado positivo de la diferencia señalada, la cooperación entre las dos regiones puede ayudar a los países miembros del MERCOSUR a implementar y alcanzar sus metas y objetivos relacionados con el desarrollo sostenible.

QUINTA. La cooperación puede materializarse a través de la armonización técnico-normativa, que, por un lado, permite el alineamiento de las reglas utilizadas en el ámbito del comercio común y, por otro lado, facilita la adecuación de las prácticas y reglas definidas en el contexto interno de cada Estado, a través de un sistema de corregulación que proporciona una alineación de prácticas capaz de contribuir de manera más efectiva para lograr resultados positivos en las agendas multilaterales de sostenibilidad.

SEXTA. El incremento de las cuestiones socioambientales en los tratados de libre comercio confirma la importancia y protagonismo del tema que, además de ganar un capítulo específico, como es el caso del Acuerdo UE-MERCOSUR, aparece como un comando central del pacto, pues condiciona el comercio entre las partes a las directrices internacionales de protección del medio ambiente, de respeto a los derechos humanos y, también, de control de la responsabilidad social

de las empresas. Por lo tanto, no cabe duda de que el punto central del acuerdo es el comercio, pero con un enfoque integrado de las dimensiones económica, social, ambiental y climática y, sobre todo, de estar en línea con las normas, reglamentos y políticas socioambientales internacionales, reafirmando el compromiso de los dos bloques con el desarrollo sostenible.

6. BIBLIOGRAFIA

ABDULLAH, H. (2021). El Pacto Verde Europeo: integrando la acción climática en la política interior y exterior de la UE. *Anuario internacional CIDOB*, n. 1, pp. 86-87.

ALCOJOR, A. M. (2022). Transición Verde y Protección Medioambiental. ¿Una Verdadera Prioridad Para Las Relaciones África-Europa? *Fundación Alternativas: Informe África*, pp. 15-32.

BENAVIDES, A. L.; GUERRA, J. M. F. (2008). El Protocolo de Kyoto y los bonos de carbono. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 6, pp. 239-248.

BORRELL, J. (2020). América Latina-Europa: la ‘otra’ relación transatlántica. *Análisis Carolina*, n. 51, pp. 1-5.

BROWN, C. (2002). El régimen internacional contemporáneo de derechos humanos. Sovereignty, Rights and Justice, Polity Press, Cambridge. *Relaciones Internacionales*, n. 1, pp. 1-25, 2002.

BURGOS, E. R. (2020). “El Pacto Verde Europeo como antesala de la Ley Europea del Clima”. *Bioderecho*, n. 12, pp. 1-7, 2020.

CABALLERO, E. S. (2012). Negociación de los acuerdos de asociación económica de la Unión europea con el Grupo África, Caribe y Pacífico (2000-2008). *Revista de El Colegio de San Luis*, n. 3, pp. 172-217.

CHUECA, E. G.; ZÁRATE, L. (2021). Hacia una ecología de saberes para la política global: Alianzas entre sociedad civil y gobiernos locales en el marco de hábitat III. En: Las ciudades en la gobernanza global: ¿del multilateralismo a las alianzas multiactor? Monografías CIDOB, n. 1, pp. 81-90.

CUENCA, E. C. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de estudios políticos*, n. 84, pp. 265-286.

ELKINGTON, J. (1997). *Cannibals with forks: The triple bottom line of 21st century business*. Capstone.

FRANCÉS, I. S. (2008). La Política Medioambiental de la Unión Europea. El Principio de Integración de la Protección del Medio Ambiente: la Integración Ambiental. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 3, n. 1, pp. 129-147.

- GHIOTTO, L.; ECHAIDE, J. (2019). *Analysis of the agreement between the European Union and the MERCOSUR*. Anna Cavazzini MEP, The Greens/EFA: Berlin, Germany.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M. (2016). La OCDE en la era de la globalización: desarrollo e influencia. *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, v. 19, pp. 111-150.
- GONÇALVES, A. (2011). *Governança Global*. En: GONÇALVES, Alcindo e COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina.
- HURTADO, J. R. (2018). Análisis sobre la Asociación Latinoamericana de Integración. *Revista Universidad y Sociedad*, v. 10, n. 4, pp. 290-295.
- KNOX, J; Nuria del Viso (trad.). (2018). Principios Marco sobre derechos humanos y Medio ambiente. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 142, pp. 83-89.
- KRASNER, S. D. (2012). Causas estruturais e consequências dos regimes internacionais: regimes como variáveis intervenientes. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 42, pp. 93-110.
- KURRER, C. (2021). La Política de Medio Ambiente: Principios Generales y Marco Básico. Fichas técnicas sobre la Unión Europea, p.1-6.
- LATORRE, M. C. (2021). *El Impacto Económico del Acuerdo Unión Europea-Mercosur en España*. (Tesis Doctoral). Escuela de Economía, Universidad Nacional de Costa Rica.
- MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C. et al. (2020). Hacia una efectiva implementación de los capítulos de comercio y desarrollo sostenible de los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea. *Revista de Estudios Europeos*, n. 75, enero-junio, pp. 72-85.
- MORENO-CRESPO, P.; MORENO-FERNÁNDEZ, O. (2015). Problemas socioambientales: concepciones del profesorado en formación inicial Andamios. *Revista de Investigación Social*, vol. 12, n. 29, pp. 73-96.
- NAVARRO RUIZ, C. (2021). Tratados de libre comercio (aspectos políticos). *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 313-329.
- NIEDRIST, G. (2011). Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea. *Anuario mexicano de derecho internacional*, v. 11, pp. 463-485.
- PÉREZ, A. (2021). Pactos verdes en tiempos de pandemias. *Barcelona: Ecologistas en Acció. Observatori del Deute Globalització- Barcelona: Icaria editorial*.
- REINOSO, A. F. (2022). Nuevos retos para el Acuerdo Comercial Multipartes de la Unión Europea con Perú, Colombia y Ecuador. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, n. 2, pp. 1-35.
- ROSALES, O. (2020). Economía y geopolítica en América Latina: la urgencia de estrechar vínculos con la Unión Europea. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, n. 30, pp. 1-30.

SANAHUJA, J. A. (2021). Pacto verde y “Doctrina Sinatra”. ¿Por qué son importantes para América Latina? *Nueva sociedad*, pp. 141-156.

SANAHUJA, J. A. et al. (2017). Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. *Política y Sociedad*, pp. 521-543.

SANAHUJA, J. A. (2008). *La efectividad de la cooperación al desarrollo entre la Unión Europea y América Latina: Balance y perspectivas, nota de información*. Bruselas, Parlamento Europeo.

SANAHUJA, J. A.; DAMIÁN RODRÍGUEZ, J. (2019). Veinte años de negociaciones Unión Europea-Mercosur: Del interregionalismo a la crisis de la globalización. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, n. 13, pp. 1-28.

SARMIENTO BARLETTI, J. P.; LARSON, A. M. (2020). Modelos de participación en los foros multiactor: Resultados de una revisión de síntesis realista. *Center for International Forestry Research-CIFOR*, n. 305, pp. 1-8.

SILVA, R. F. et al. (2021). Interdependencias y trade-offs entre los objetivos del desarrollo sostenible: evaluación de los municipios brasileños por las tres dimensiones de la sostenibilidad. *Interações (Campo Grande)*, v. 22, pp. 637-652.

STRANGE, T.; BAYLEY A. (2014). Desarrollo sostenible: Integrar la economía, la sociedad y el medio ambiente. Esenciales OCDE, OECD Publishing, Paris.

STUHLREHER, A. (2000). La Unión Europea y El Mercosur: Dos Bloques Regionales Buscan Fortalecer Sus Vínculos. *Estudios Internacionales*, vol. 33, n. 130, pp. 13–23.

SUMMA, Giancarlo. (2022). El regreso de Lula a un Brasil de rodillas. *Nueva Sociedad*, n. 297, pp. 16-30.

TURREGUI BYRNE, P. (2008). El régimen legal internacional del cambio climático y el protocolo de Kyoto: balance y perspectivas. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 56, p. 127-142.

TUSSIE, D; VÁZQUEZ, P. (2000). Comercio y problemas ambientales en el contexto del MERCOSUR. *Comercio y ambiente: temas para avanzar el diálogo*, pp. 1-16.

ZÚÑIGA SCHRODER, H. (2016). La Organización Mundial del Comercio y el medio ambiente: algunos alcances. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 70, pp. 249-262.

Bibliografía complementaria

COMISIÓN EUROPEA. (2022). VIII Programa de Acción en materia de Medio Ambiente: La UE se propone medir los avances en los objetivos medioambientales y climáticos del Pacto Verde [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_4667.

COMISIÓN EUROPEA. (2021). Comunicado a prensa. Conclusión de las negociaciones posteriores a Cotonú sobre el nuevo Acuerdo de Asociación UE-África, el Caribe y el Pacífico, 15

de abril de 2021. Bruselas [consulta: enero de 2023]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1552.

COMISIÓN EUROPEA. (2019). El Pacto Verde Europeo establece cómo hacer de Europa el primer continente climáticamente neutro en 2050, impulsando la economía, mejorando la salud y la calidad de vida de los ciudadanos, protegiendo la naturaleza y no dejando a nadie atrás, 2019 [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_19_6691.

CONSEJO EUROPEO. (2022). Cambio climático: lo que está haciendo la UE [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/climate-change/>.

IEC. International Electrotechnical Commission. (2022). What is an international standard? Consulta: 23/01/2023. Disponible en: <https://www.iec.ch/understanding-standards>.

NNUU. (2022). La Agenda para el Desarrollo Sostenible [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda>.

NNUU. Asamblea General. (2000). Resolución A/55/2, de 8 de diciembre de 2000 [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

TNC. The Nature Concervance. (2022). Participação de Lula na COP27 é retomada da posição do Brasil nas agendas climática e ambiental. Noviembre, 17, 2022 [consulta: enero de 2023]. Disponible en: <https://www.tnc.org.br/conecte-se/comunicacao/noticias/cop27-retomada-protagonismo-brasil>.

UN. United Nations Development Group. (2017). Mainstreaming the 2030 Agenda for sustainable development: Reference guide to UN country teams. 2017 [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG-Mainstreaming-the-2030-Agenda-Reference-Guide-2017.pdf>.

Legislación citada

Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1119>.

Reglamento (UE) 2021/1229 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 relativo al instrumento de préstamo al sector público en el marco del Mecanismo para una Transición Justa [consulta: noviembre de 2022]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1229>.

Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)) [consulta: octubre de 2022]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0005yfrom=ES>.

LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA

Paula Viviana Arancibia ¹⁴⁷

Abogada en Argentina y graduada en Derecho Español

Resumen

La finalidad de esta investigación está centrada en analizar los aspectos más relevantes del sistema legal de protección de los derechos de los niños y niñas con discapacidad, tomando como sujetos de referencia a aquellos menores que habitan el territorio español. Para ello se realizará la exposición dentro de un esquema de trabajo en el que se analizarán las tres jurisdicciones territoriales que los ampara (internacional, europea y española), para luego, analizar posibles medidas superadoras que se podrían adoptar para mejorar el sistema. Todo ello en un marco de absoluto respeto y reconocimiento hacia la labor que se viene desarrollando en el tema, no solo desde los ámbitos sociológicos, jurídicos, doctrinarios, académicos y políticos, sino también por las numerosas organizaciones destinadas a la protección, promoción y representación de este colectivo y la más importante de todas las labores: la de los propios niños, niñas y sus familias.

Palabras clave: Niños y niñas con discapacidad, inclusión social, sistema de protección, derechos.

Abstract

The purpose of this research is focused on analyzing the most relevant aspects of the legal system for the protection of the rights of children with disabilities, taking as reference subjects those minors living in Spanish territory. For this purpose, the exposition will be carried out within a work scheme in which the three territorial jurisdictions that protect them (international, European and Spanish) will be analyzed, in order to then analyze possible measures that could be adopted to improve the system. All this within a framework of absolute respect and recognition of the work that has been developed on the subject, not only from the sociological, legal, doctrinal, academic

¹⁴⁷ Quiero expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que me han acompañado a lo largo de mi trayectoria personal y profesional. A la Dra. María del Ángel Iglesias Vázquez, porque sin su dirección y acompañamiento no hubiera podido ser posible esta publicación. A mis padres, hermanos, familia Manza y Del Ben, por haber sido pilares fundamentales en mi vida, y especialmente a Silvana, Liliana, Leonardo, Josefina y Joaquín. Gracias por el apoyo de siempre.

and political fields, but also by the numerous organizations dedicated to the protection, promotion and representation of this group and the most important of all the work: that of the children themselves and their families.

Keywords: Children with disabilities, social inclusion, protection system, rights.

SUMARIO. I. LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y EL SISTEMA DE PROTECCION DE SUS DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA. 1. EL ROL DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO EN MATERIA DE MENORES CON DISCAPACIDAD. 1.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. 1.2. EL MARCO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL VIGENTE. 1.3. EL MARCO DE PROTECCIÓN EUROPEO. 1.3.1 EL CONSEJO DE EUROPA. 1.3.2 LA UNIÓN EUROPEA. 1.4. EL MARCO DE PROTECCIÓN ESPAÑOL. II. PROPUESTAS DE MEJORAS AL SISTEMA. 1. ALGUNAS CUESTIONES VINCULADAS CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD. NECESIDAD DE UNIFICACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE DEPENDENCIA. **2. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA NACIONAL DE ESTIMULACIÓN TEMPRANA, REHABILITACIÓN INTEGRAL Y FOMENTO DE AUTONOMÍA.** 3. ADOPCIÓN DE ACCIONES CONCRETAS DE SENSIBILIZACION DE LA SOCIEDAD. 4. LA BUSQUEDA DE UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE CALIDAD. 5. EMPODERAR A LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y SUS FAMILIAS. 6. DICTADO DE MEDIDAS DE APOYO PARA LAS FAMILIAS. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA. V. ANEXO DOCUMENTAL

I. LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA

1. EL ROL DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO EN MATERIA DE MENORES CON DISCAPACIDAD

Para entender la actualidad de una determinada problemática social y proponer modificaciones en torno a la atención que el derecho puede otorgarle a la misma, resulta fundamental conocer como evolucionaron las ideas sobre la que se basa el marco legal actual. A esos efectos, comenzamos por señalar que tal como lo sostiene Palacios (2018), a lo largo de la historia de la humanidad, se pueden diferenciar tres modelos teóricos respecto de la discapacidad: el de prescindencia; el médico rehabilitador y el social.

Ahora bien, en atención a la limitación de abordaje del presente trabajo, nos dedicaremos a reseñar los últimos dos modelos nombrados, por ser los que más nos interesan a los fines de esta investigación en atención a la proximidad cronológica de los mismos.

En ese orden, comenzamos por destacar que en el llamado modelo rehabilitador-médico, se considera como causa de la discapacidad a la patología, desde el punto de vista médico, que padece la persona. El foco de este modelo está puesto en la afectación de la salud del niño, por lo cual, lo que predomina en ella es la idea de rehabilitar medicamente al menor, hasta el punto de que las condiciones que lo discapacitan desaparezcan o se disimulen, para que de esta forma logre “encajar” en la sociedad. En otras palabras, lo que importa por encima de todo, es que el niño supere las “barreras que el propio niño tiene”.

Desde el punto de vista del derecho, la solución que se brinda a la problemática, es el reconocimiento de la necesidad de recibir las prestaciones médicas-rehabilitadoras que requieran, a los efectos de que consigan su adaptación a la sociedad y se intenta compensar los padecimientos sufridos por el menor, a través de políticas asistenciales para ellos y sus familias, siempre atendiendo a la disponibilidad y la suficiencia de los recursos económicos y a las prioridades fijadas por la política distributiva del respectivo Estado.

Asimismo, atendiendo a los inconvenientes que los niños tienen en su participación en las actividades de la comunidad, se les diseñó un sistema paralelo donde desarrollar su vida en aras de protegerlo, evitando que se enfrenten a las barreras impuestas socialmente, en ámbitos “especiales” donde la “sociedad normal” no tiene interacción, profundizando aún más su exclusión social.

Desde el punto de vista de su personalidad jurídica, su capacidad para obrar se encontraba doblemente limitada por su condición de niño y de persona con discapacidad. Se consolidaba un sistema de proteccionismo paternalista, donde en el afán de brindarle cuidado y protección, se lo privaba del ejercicio y pleno goce de sus derechos, anulando totalmente su autonomía personal y la posibilidad de participar en la toma de las decisiones que los afectaban, pasando a ser considerados solamente simples objetos de protección legal.

En el modelo social, se considera que las causas que hacen a una persona discapacitada son sociales. En esta concepción, la discapacidad no puede ser observada como una particularidad de un individuo, sino como una creación del ámbito en el que transcurre su vida. En tal sentido Olivier (1996, como se citó en Foschiani, 2017, pág. 29) indica que “en una sociedad que no puede ofrecer una respuesta apropiada a quienes tienen una deficiencia o una limitación funcional, la discapacidad será todo aquello que impone restricciones a estas personas”.

A nivel jurídico, el cambio en materia de niñez y discapacidad se vio reflejado en la labor desarrollada por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU). En primer lugar, se comenzó a transitar una etapa superadora en la sociedad y en la respuesta del derecho hacia el niño en general. Se reconstruyó el sistema legal, dando lugar a uno que tiene en cuenta no solo su protección y bienestar, sino también el fomento y el respeto de la autonomía de los niños y niñas. La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, forma parte de los cimientos del sistema del derecho de la niñez actual. En la misma se establecía expresamente el deber de la humanidad de poner a los niños en “condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente”, haciendo hincapié en que el “niño deficiente debe ser estimulado” (art.2, DGDN, ONU, 1924). El camino iniciado por esta declaración fue continuado por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) en el año 1989, instrumento jurídico donde se consagró definitivamente el marco legal de protección, promoción y respeto de los derechos de los niños y niñas dentro de la categoría de los Derechos Humanos.

En materia de discapacidad, el cambio en el enfoque jurídico llegó unos años más tarde. Se advirtió que los esfuerzos realizados en torno a la integración de las personas con discapacidad en la sociedad no fueron suficientes. Se entendió que, a los efectos de una correcta mirada respecto a las necesidades del sector, resultaba fundamental “escucharlos”. En consecuencia, la ONU dispuso la creación de un Comité de expertos, integrado entre otros, por asociaciones de personas con discapacidad, con la finalidad de realizar una Convención Internacional de protección y promoción de los derechos de las personas con diversidad funcional. Se llega así a la celebración de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), la cual no solo adopta el modelo social, sino que al igual que lo había hecho la CDN, posicionó a los derechos de las personas con discapacidad dentro de la categoría de Derechos Humanos.

Sin perjuicio del análisis que se realizará en los apartados subsiguientes respecto del sistema de protección de sus derechos vigente en la materia, no se puede dejar de resaltar la importancia que este cambio de concepción tuvo. Es que considerar a los derechos de los niños y niñas con discapacidad como parte integrante de los Derechos Humanos, significa que “tienen su origen en la dignidad y en el valor de la persona humana...” (Preámbulo, párr. 2º Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993). Los derechos de los cuales son sujetos son de carácter universal, les son inherentes por el solo hecho de su condición humana y como tal, no solo deben ser protegidos activamente por la sociedad, sino que además deben ser eficientemente garantizados. Nace así un principio fundamental a tener en cuenta en el marco de la garantía eficiente de los derechos de los niños con o sin discapacidad. Un principio que por su importancia corresponde sea analizado en forma autónoma en el siguiente apartado:” el interés superior del niño”.

1.1. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La importancia de este principio previsto principalmente en el art. 3, párrafo 1º, de la CDN, viene dada por su finalidad: “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Observación General N° 14, Comité CDN, 2013, p. 3). ¿Pero qué significa en la realidad este principio?

Algunos autores entienden que el llamado interés superior del menor se vincula a la” libre e integral personalidad del niño, lo que le otorga supremacía a todo aquello que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas...”. (Alfonso Pérez, 1997 citado por Femenia Lopez, 2019, pág. 34). Para la mayoría de la doctrina, se trata de un concepto abstracto, de una cláusula indeterminada, y que, por lo tanto, no resulta posible e incluso es contrario a su propia finalidad, intentar dotarla de un contenido concreto de manera general.

Por su parte, la Observación N°14 citada, ha intentado arrojar luz respecto a la correcta interpretación y por ende aplicación de este principio. Ha expresado que el interés superior del niño posee una triple concepción: la de derecho sustantivo; la de principio interpretativo fundamental y la de norma de procedimiento.

Es un derecho sustantivo porque es un derecho que los niños tienen a que su interés superior sea una consideración primordial por evaluar y tener en cuenta al momento de ponderar intereses en conflicto en el marco de una toma de decisiones. Es un principio interpretativo fundamental, puesto que, en caso de existencia de más de una interpretación sobre una misma norma jurídica, siempre se deberá elegir aquella que satisfaga mejor el interés superior del niño. Por último, es una norma de procedimiento, porque siempre que se tome una decisión que les afecte (de manera individual o colectiva) el proceso de adopción de la respectiva decisión deberá incluir una estimación de las posibles consecuencias que la misma puede acarrear para ellos.

Teniendo en cuenta dichas pautas, se debe evaluar, ponderar y precisar en cada caso en concreto donde se encuentren en juego los derechos e intereses de los niños (ya sea en casos particulares como también en general) cual es el interés superior de ellos. Es decir, que se trata de un concepto dinámico, flexible y adaptable que debe definirse individualmente, teniendo en consideración no sólo la situación concreta del menor afectado por la decisión sino también el contexto de ésta. Para ello, resulta innegable la conexión existente entre el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, previsto por el art. 12 de la CDN.

Ambos conceptos tienen una vital importancia, pero asimismo se encuentran atravesados por una gran dificultad: los dos dependen del grado de autonomía del menor a los efectos de participar en la toma de decisiones que afecten su vida. Ambos preceptos son los principales sobre los que se basa el vigente sistema de protección legal de los derechos de los niños con y sin discapacidad, pero que, en el caso de éstos últimos, adquieren una mayor relevancia por el desafío que implica para los adultos que deben tomar decisiones a su respecto, el respeto y la garantía del efectivo ejercicio de estos derechos por parte de los menores afectados. Para ello, deben tomarse medidas específicas, las cuales deben evaluarse de manera individual, previendo “la provisión de los apoyos y ajustes razonables que sean necesarios para garantizar su plena participación en la evaluación de sus mejores intereses” (Cardona Llorens, 2013 p.4). Sólo teniendo en consideración estas pautas, puede funcionar el sistema de protección y promoción de derechos: concibiendo, al niño con discapacidad como un verdadero titular y sujeto de derecho, el cual debe tener la posibilidad, con las adaptaciones y atendiendo a las necesidades del caso, de ejercer su derecho a expresar sus deseos e inquietudes en todo aquello que forme parte de su vida.

1.2. EL MARCO DE PROTECCION INTERNACIONAL VIGENTE

En el ámbito internacional, encontramos en la labor desarrollada por la ONU el núcleo principal del sistema de protección en la materia. Los niños y niñas con diversidad funcional se encuentran alcanzados por todos aquellos textos jurídicos tanto de carácter vinculantes como de carácter *soft law*, que tienen por finalidad la protección de los Derechos Humanos. Entre ellos, podemos destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), las Convenciones Internacionales sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial y contra la mujer (1965 y 1969 respectivamente), entre otros.

Ahora bien, en atención al estrecho marco cognoscitivo del presente trabajo, centraremos el análisis en los dos instrumentos jurídicos más relevantes, por ser aquellos que están expresamente destinados a la protección, promoción y aseguramiento de los derechos de los niños y niñas con diversidad funcional: la CDN y la CDPD. En ambos casos se trata de convenciones internacionales que por su naturaleza devienen en vinculantes para los Estados que las firman y ratifican (en el caso, el Estado Español). En ellas, no sólo se consagran los derechos de los cuales son titulares, sino que se establece el deber de los Estados parte de protección de esos derechos.

Con respecto a la CDN, encontramos en el art. 23 la primera norma específica en materia de niñez y discapacidad. En dicho precepto (que por razones de brevedad no transcribiremos íntegramente en el presente) se establece el expreso reconocimiento por parte de los Estados parte al derecho al disfrute de una “vida plena y decente en condiciones de dignidad...” (art.23 CDN, ONU). Sin embargo, el deber que se impone a los Estados parte resulta en una primera instancia, insuficiente. Si bien se reconoce el derecho del niño a recibir cuidados especiales, el deber del Estado se encuentra limitado solo a alentar y asegurar que “ la prestación al niño reúna las condiciones requeridas” (*ibidem*), brindando asistencia cuando los responsables del cuidado del niño lo soliciten, siempre atendiendo a los recursos disponibles, lo que en otras palabras significa, dejar al arbitrio del propio Estado en el marco de su política distributiva y asistencialista, el grado de cumplimiento de dicho deber.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de resaltar la importancia que la CDN tuvo y tiene para este sector de la sociedad. En primer lugar, porque fue, “hasta la entrada en vigor de la CDPC, la única norma jurídica universal de naturaleza convencional específicamente dirigida a proteger los derechos de los niños con discapacidad” (Biel Portero, 2009, p.91). En segundo lugar, porque más allá de lo previsto por el artículo antes referido, la totalidad de los restantes derechos consagrados por la convención les resultan aplicables, puesto que antes de la condición de discapacidad, hay que estar a la condición de niñez de estos sujetos.

En lo que respecta a la CDPD comenzamos por destacar que es un hito en materia de derechos humanos, puesto que no solo es un tratado relativo al derecho de las personas con discapacidad, sino que “enriquece el acervo común de los derechos humanos de todas las personas aportando un nuevo paradigma: todos somos diferentes en algo a los demás miembros de la sociedad” (San José Gil, 2007, citado por Biel Portero, 2009, p. 114).

La Convención consagra principios fundamentales, como la “no discriminación”, “participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad”, “accesibilidad” y “respeto a la evolución de las facultades de niños y niñas con discapacidad” entre otros (art. 3 apartados b, c, f y h CDPC, ONU), los cuales son transversales a la misma, y van de la mano en la búsqueda del cumplimiento de su propósito.

La CDPC recoge a través de todo el cuerpo de la misma, el modelo social de discapacidad. En ese entendimiento, establece un amplio abanico de obligaciones a los Estados parte. Sin embargo, debemos resaltar la existencia de dos tipos de exigibilidad respecto de ellas. Por un lado, la inmediata con relación al pleno disfrute y ejercicio de los llamados derechos políticos y civiles y, por otro lado, la progresiva en materia de derechos económicos, sociales y culturales, al establecer que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas hasta el “máximo de sus recursos disponibles para lograr de manera progresiva el pleno ejercicio de estos derechos” (art. 4.2 CDPD, ONU).

En materia de niñez, cobran especial relevancia los arts. 7, 9, 18, 23, 24, 25 y 26 al referirse exclusivamente a los niños y niñas con discapacidad, a la accesibilidad entendida como

eliminación de obstáculos y barreras de acceso, a la educación inclusiva, a la salud y a la rehabilitación entre otros.

El marco normativo antes referido, se integra y complementa con las herramientas de control previstas a los efectos del cumplimiento de los derechos consagrados en el mismo. Al respecto, resulta fundamental destacar el importante rol que ejercen los Comités de expertos creados al amparo de los Pactos Internacionales y en particular de las Convenciones analizadas. Los mismos han cumplido y cumplen una función esencial en materia de aplicación de dichos instrumentos jurídicos. Así, a través de sus observaciones generales han fijado las pautas de interpretación de los diferentes principios, derechos y deberes establecidos en las convenciones¹⁴⁸.

En ese orden, no podemos dejar de mencionar la Declaración conjunta publicada en el mes de marzo del año 2022, sobre los derechos de los niños con discapacidad, emitida por el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el marco de dicha declaración, ambos Comités abordan temas de relevancia con respecto a la problemática, entre ellos la no discriminación, el interés superior del niño, el respeto a sus opiniones, el derecho a la educación inclusiva y el derecho a la vida familiar.

Asimismo más allá de las facultades interpretativas antes referidas, los Comités tienen rasgos contenciosos, al permitir que un individuo o grupo de ellos puedan efectuar comunicaciones o quejas en las que se afirme ser víctima de violaciones de alguno de los derechos establecidos en las Convenciones o en sus protocolos facultativos por parte de un Estado parte, como así también realizar investigaciones de oficio ante la información fidedigna de existencia de una violación grave o sistemática de los derechos enunciados en ellas.

¹⁴⁸ A modo de ejemplo, podemos citar entre otras: Observación General núm. 4 Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, 25 de noviembre del 2016. Observación General núm. 7 Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención, 9 de noviembre del 2018. Observación General núm. 9 Comité de los Derechos del Niño (2006) sobre los derechos de los niños con discapacidad, 11 al 29 de septiembre del 2006.

La crítica al sistema consiste en la ausencia de normativa dentro de las propias Convenciones como en sus Protocolos adicionales que refieran o atribuyan fuerza vinculante a los dictámenes y recomendaciones emitidos por los distintos Comités, dejando al arbitrio de cada Estado parte, el establecimiento o no, de mecanismos que permitan incorporar dichos dictámenes a su ordenamiento jurídico interno como así también la implementación de procesos autónomos para la ejecución de los mismos en los casos de condena por vulneración de derechos ¹⁴⁹.

1.3. EL MARCO DE PROTECCIÓN EUROPEO

1.3.1 EL CONSEJO DE EUROPA

En primer lugar, corresponde señalar que, al igual que en el ámbito internacional, la totalidad de las normas y textos jurídicos destinados a la protección de los Derechos Humanos, resultan de aplicación a los niños y niñas con discapacidad que se encuentren bajo su jurisdicción.

Dentro de ellos, debemos destacar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), la Carta Social Europea (CSE) y sus Protocolos adicionales, instrumentos estos que fueron ratificados en su totalidad por España, razón por la cual se encuentran en pleno vigor.

Con respecto al CEDH, debemos resaltar que, en su redacción original, se trata de un instrumento jurídico donde se contempla y consagra los derechos fundamentales de carácter civiles y políticos que le corresponde a toda persona que habite bajo la jurisdicción de un Estado parte, en el caso el territorio español. Sin embargo, al día de hoy, a través de sus Protocolos adicionales y la labor desarrollada por la institución encargada del control de su cumplimiento, dicha categorización de derechos se ha ido entremezclando con los denominados derechos económicos y sociales¹⁵⁰.

Ahora bien, más allá de la importancia normativa *per se* del Convenio, lo que lo hace un instrumento de protección y promoción de derechos relevante, es su mecanismo de control, el cual

¹⁴⁹ En el caso de España, al día de la presentación del presente trabajo, no existe una norma legal que establezca un mecanismo de integración de las recomendaciones de los Comités al ordenamiento jurídico interno, como tampoco una vía de reclamo autónoma que permita exigir el debido cumplimiento de los dictámenes que declaran la existencia de una vulneración a alguno de los derechos fundamentales contenidos en los pactos y convenciones internacionales.

¹⁵⁰ En el caso Airey del 9 de octubre de 1979, el TEDH amplió la interpretación en materia de categorías de derechos, indicando que no puede hablarse de una división plena entre los derechos civiles y políticos reconocidos en CEDH y los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que aquellos que resultan reconocidos por el CEDH tienen implicaciones de naturaleza económica y social.

está en manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En ese sentido, la función del Tribunal es fundamental, no sólo en lo que respecta a la interpretación y aplicación del Convenio, actualizando y ampliando muchos de los derechos originariamente reconocidos, sino a los efectos de garantizar el efectivo cumplimiento del mismo por parte de los Estados que lo hubieren ratificado. Por la vía del art.14 del CEDH al hablar de la no discriminación en el goce de los derechos reconocidos por ley (conforme la modificación introducida por el Protocolo 12 en su art.1) y el art. 8 que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el TEDH ha encontrado la vía de acceso para analizar las violaciones a los derechos de los niños y niñas con discapacidad ¹⁵¹.

En este orden, merece una mención especial el caso GL contra Italia de fecha 10 de septiembre del año 2020, en el cual el Tribunal dispuso que, en función de la normativa internacional y europea, la educación inclusiva era una responsabilidad para los Estados, estableciendo que la misma no solo se limitaba a la mera concurrencia del niño o niña con diversidad funcional al establecimiento educativo ordinario, sino también al otorgamiento de las medidas de apoyo que los mismos requirieran en dicho ámbito. Señaló que al “decidir cómo regular el acceso a la educación, un Estado debe encontrar un equilibrio entre, por un lado, las necesidades educativas de las personas bajo su jurisdicción y, por otro, su limitada capacidad para atenderlas.” (49 de la decisión de fondo). Y que toda restricción a los derechos fundamentales, como el de la educación, cuando iba destinada a un sector de la sociedad vulnerable que había sido objeto de una “considerable discriminación en el pasado” (54 de decisión de fondo), el margen de apreciación del Estado es mucho más pequeño.

El fallo referido, posee una gran relevancia a los fines de este trabajo. En primer lugar, por la cercanía cronológica del mismo, lo que permite tener una visión actualizada del alcance que el Tribunal otorga a los compromisos asumidos por los Estados miembros, en su caso, con el derecho a la educación. Asimismo, entendemos que, en el caso, el TEDH avanza un paso más,

¹⁵¹ A modo de referencia podemos citar los asuntos L.R. contra Macedonia del Norte, de 23 de enero de 2020; Stoian contra Rumania (Application no. 289/14) del 25 Junio 2019, Caso “Dupin contra Francia del 24 de enero de 2019”, “Nencheva y otros contra Bulgaria, nº 48609/06, 18 de junio de 2013”.

estableciendo pautas en materia de disponibilidad de recursos económicos de los Estados parte y su obligación de equilibrar la escasez de los mismos con las necesidades propias del sector.

Con respecto a la Carta Social Europea, se trata de un instrumento jurídico en donde se consagran los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en su versión revisada del año 1996). En este documento, existen normas que refieren a la niñez (art.7) y explícitamente a la discapacidad. El art. 15 consagra el derecho al efectivo ejercicio de la autonomía, la integración social y la participación en la comunidad con independencia de la edad y establece una serie de compromisos de los Estados parte para garantizar los mismos. Entre ellos, destacamos el compromiso de adopción de medidas adecuadas para procurar la orientación y educación en el ámbito general siempre que sea posible y el de promover la plena integración y participación social de las personas con discapacidad, mediante la aplicación de medidas dirigidas a superar determinadas barreras de acceso. Según expresa Biel Portero (2009 p.193) citando a Cardona (2001) este artículo “supone el pleno reconocimiento del derecho a ser diferente [...] y el deber de la sociedad de adaptarse a las necesidades específicas de estas personas”.

La importancia del contenido de este instrumento normativo se ve contrarrestado, sin embargo, por el grado de vinculación jurídica y el mecanismo de control previsto para la aplicación del mismo. En primer lugar, porque el sometimiento de los Estados partes a la CSE no lo es a su totalidad, sino que se permite una ratificación parcial de la misma (art. A de la parte III) y segundo, porque a diferencia de lo que ocurre con el CEDH, la CSE no prevé una institución de carácter jurisdiccional y con potestad coercitiva a los efectos del control de los compromisos asumidos por los Estados, sino que su aplicación e interpretación se encuentra en manos del Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CEDS), cuya función principal es analizar la conformidad de las actuaciones de los Estados con las obligaciones que emanan de la Carta (ya sea a través de la presentación de sus informes como incluso a través de la presentación de denuncias colectivas), debiendo remitir sus conclusiones al Comité de Ministros del Consejo de Europa quienes serán los encargados de emitir resolución y recomendación a los Estados respectivos¹⁵².

¹⁵² Respecto a la fuerza vinculante y forma de incorporación y cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones dictadas: ídem Comités de Convenciones y Pactos de ONU.

Sin perjuicio de ello, en el seno del CEDS, se han dictado numerosas conclusiones vinculadas a los derechos de los niños y niñas con discapacidad de una gran relevancia, puesto que han permitido perfilar la correcta interpretación y aplicación de las normas de la Carta ¹⁵³. De entre ellas, destacaremos el asunto promovido por la Federación Internacional de Derechos Humanos e Inclusión Europa contra el Estado de Bélgica (denuncia No 141/2017) vinculado con el derecho a la educación inclusiva. En el marco del asunto, el Comité concluyó que si bien es reconocido que el derecho a la educación inclusiva es difícil y económicamente costoso de resolver, los Estados en cumplimiento de lo dispuesto por la CSE deben adoptar medidas que cumplan con un triple criterio: plazo razonable, progreso medible y un financiamiento con el uso máximo de los recursos de los cuales disponen e indicó que las autoridades públicas deben tener conciencia de las consecuencias que sus elecciones tienen en los grupos de mayor vulnerabilidad y sus familias “sobre las que recae la carga más pesada en caso de deficiencias institucionales” (171 de la decisión de fondo).

El fallo aludido, sin perjuicio de que se encuentra vinculado al derecho a la educación inclusiva, fija pautas que pueden ser utilizadas de parámetros para la totalidad de los derechos consagrados en la Carta. El CEDS refuerza y pone énfasis en la necesidad de un financiamiento para este sector con el máximo de los recursos disponibles de los Estados, como así también resalta la obligación de los mismos de tomar medidas concretas y eficientes, que impliquen un progreso en el ejercicio de los derechos de los menores con discapacidad. Asimismo, no podemos dejar de señalar la importancia del reconocimiento formal efectuado a las familias de los niños y niñas, al indicar que son ellas, quienes deben cargar con las consecuencias de la insuficiencia estatal.

1.3.2 LA UNION EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea (en adelante U.E), debemos citar como relevante dentro del llamado derecho originario, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como marco de reconocimiento de los derechos fundamentales a los ciudadanos de la Unión, con especial mención del art. 20 que consagra el derecho a la igualdad, art. 21 el cual

¹⁵³ Entre otros: Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) y Centro de Defensa de la Discapacidad Mental (MDAC) contra República Checa del 23 de noviembre del 2020, el “Mental Disability Advocacy Center (MDAC) contra Bulgaria”, asunto n° 41/2007, 3 de junio de 2008.

establece la no discriminación por razón de la edad y discapacidad, art.24 que reconoce de manera expresa el derecho a los menores a la protección y cuidado necesario para su bienestar y el art. 26 que consagra el derecho de las personas con diversidad funcional a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, integración social y participación en la comunidad.

Por su parte, tanto en el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), existen preceptos con implicancia directa o indirecta a los niños y niñas con discapacidad. Nos referimos a los arts. 2, 3.3 2º párrafo del TUE y art. 19 del TFUE, los cuales disponen como valores que fundamentan a la Unión, a la igualdad, la no discriminación y su expresa postura de combate contra la exclusión social y la discriminación, como así también la protección de los derechos de los niños.

Asimismo, en virtud de la autorización conferida a través de la Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración de la CDPD, desde el 23 de diciembre de 2010, la convención es vinculante en la Unión Europea y forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión.

Por su parte, en lo que respecta al derecho derivado, dentro del marco de sus competencias, la U.E ha avanzado a regular distintos aspectos con implicancias para los niños y niñas con discapacidad. Entre ellos la Resolución de 31 de mayo de 1990, del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en su seno, relativa a la integración de los niños y los jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios; la Resolución del Consejo de la Unión europea y representantes de los gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el Consejo el 20 de diciembre de 1996, relativa a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; la Decisión del Consejo (2000/750/CE) sobre la creación de un programa de acción comunitario que luche contra la discriminación (2001-2006); Decisión del Consejo (2001/903/CE) del 3 de diciembre de 2001 relativa al Año Europeo de Personas con Discapacidad 2003, el Reglamento (CE) n o 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 , sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

En lo que respecta al mecanismo de control, el cual es ejercido principalmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), debemos destacar que la protección de los derechos consagrados en este ámbito, se encuentran enmarcada en el principio de subsidiariedad, es decir, que está dirigido a las instituciones de la UE y los Estados parte de la misma únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión.

En ese orden, los aportes que el Tribunal ha hecho en la materia son de gran importancia, llegando incluso a extender en alguna de sus resoluciones, el marco protectorio de los derechos del menor con discapacidad a su familia. Así, en el asunto de S. Coleman contra *Attridge Law, Steve Law*, asunto C/303/06, de fecha 17 de 2008, sostuvo el Tribunal, que la igualdad de trato consagrada en la normativa en análisis (Directiva 2000/78 / CE del Consejo de 27 de noviembre del 2000) no aludía exclusivamente a una determinada categoría de personas (aquellas que padecían discapacidad), sino que correspondía interpretarse en un sentido más amplio, entendiendo que cuando el acoso laboral sufrido por un trabajador estaba relacionado con la discapacidad de un hijo al que le destinaba la mayor parte de los cuidados que el mismo requería, ese comportamiento debía ser considerado contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación.

Como se puede advertir, el fallo reseñado está dotado de especial relevancia. Ha consagrado lo que la doctrina ha denominado discriminación por asociación, permitiendo ampliar el paraguas protector del sistema a aquellas personas que se ven perjudicados en el ejercicio de sus propios derechos en razón de un acto de discriminación basado en la discapacidad de alguno de los miembros de su familia, en el caso que nos ocupa, de los menores con discapacidad.

1.4. EL MARCO DE PROTECCIÓN ESPAÑOL

En el marco de protección español existe hoy en día una gran dispersión normativa producto de que tanto la niñez como la discapacidad son materias que atraviesan a la sociedad. Es decir, que, más allá de las normas expresamente destinadas al goce, ejercicio y protección de los derechos de este colectivo, existen referencias a los mismos en muchas leyes que regulan los distintos ámbitos de la vida en comunidad. Sin perjuicio de ello, y toda vez que no resultaría posible en el marco del presente trabajo, analizar todas y cada una de las normas que refieren en algún aspecto a los niños y niñas con o sin discapacidad, es que al igual que lo hemos realizado en los apartados anteriores,

nos basaremos en aquella normativa que resulta ser el principal pilar en el marco de protección de los derechos de los individuos de este colectivo.

La primera de las normas que conforman su marco de protección, y que resulta ser fuente de todas las fuentes, siendo la cúspide de todo el sistema jurídico estatal, es la Constitución Española. Dentro del amplio abanico de derechos que en la misma se reconocen a las personas que habitan el territorio español, algunas de ellas poseen particular relevancia para los niños y niñas con discapacidad. Destáquese el establecimiento de la igualdad como valor superior de todo el ordenamiento jurídico (art. 1), el deber de los poderes públicos de promover condiciones para el efectivo y real ejercicio de la igualdad, facilitando la participación de todos los ciudadanos a la vida política, económica, social y cultural (art. 9), el principio de no discriminación (art. 14), el derecho a la vida e integridad física y social (art.15), el derecho a la educación (art. 27), el deber de los poder públicos de proteger social, económica y jurídicamente a la familia y el derecho de los menores de gozar de la protección prevista en los tratados internacionales (art. 39), el derecho a la salud (art. 45), la obligación a los poderes públicos de realizar políticas de previsión, rehabilitación e integración de las personas con diversidad funcional (art.49) entre otros.

Por otra parte, corresponde destacar que España ha firmado y ratificado los acuerdos (y sus respectivos protocolos) a los que nos referimos en el análisis del sistema internacional y europeo, por lo que los derechos, compromisos y garantías que se desprenden de los mismos, se integran al marco protectorio del derecho español.

A nivel legal, debemos citar como relevantes la Ley orgánica de protección jurídica del menor 1/1996, 15 de enero; la Ley 4/2003, 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley 39/2006 , 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; el Real Decreto Ley 1/2013, 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social; la Ley 8/2021, del 2 de junio, sobre reforma de legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; ley 15/2022, 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; la Ley

Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

En rangos generales, todo el bloque normativo español citado en el párrafo precedente, se encuentra en consonancia con los conceptos asumidos internacionalmente y en Europa sobre la niñez y discapacidad. Es decir, que no solo se establece un marco de protección legal respecto de los derechos de los niños y niñas, sino que se hace hincapié en la promoción y el respeto de la autonomía de los mismos, atendiendo primordialmente a su interés superior y a su inclusión en la sociedad. Para ello, se adopta plenamente el nuevo modelo social de la discapacidad, poniendo énfasis en el rol activo de la misma en materia de mejora de accesibilidad. En resumen, podemos concluir que el marco de protección español se funda en los siguientes principios: igualdad, no discriminación, inclusión social, accesibilidad en sentido amplio (transporte, movilidad, sensorial, cognitiva), educación inclusiva, rehabilitación, entre otros.

Ahora bien, este marco de protección, se integra con el sistema de control establecido a nivel jurisdiccional mediante los tribunales ordinarios, por la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional por la vulneración de algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como así también los mecanismos administrativos creados normativamente a los cuales se puede recurrir ante la violación de alguno de los derechos reconocidos¹⁵⁴.

Respecto del ámbito jurisdiccional, hemos de destacar que los tribunales han ido perfilando el alcance concreto de los distintos preceptos normativos a los que hiciéramos referencia, muchas veces, incluso, marcando el camino a seguir para futuras reformas legislativas.

Así en la sentencia No 1.976/2017 de fecha 14 de diciembre de 2017 dictada por el Tribunal Supremo Sala Contencioso-administrativo, se consagró expresamente el derecho a la educación inclusiva como un derecho fundamental, señalando que la educación de los niños y niñas con

¹⁵⁴ Cítese a modo de ejemplo: Oficina Permanente Especializada, perteneciente al Consejo Nacional de Discapacidad, Sistema de arbitraje en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, Sistema de infracciones por incumplimientos de las obligaciones derivadas de la Ley de Igualdad, No Discriminación y Accesibilidad Universal.

discapacidad, en los ámbitos ordinarios de educación con los apoyos y atenciones educativas específicas, personalizadas y efectivas es la regla, y que la excepción es la educación en centros de educación especial. Sostuvo que esta interpretación, impone un doble mandato a la Administración pública: en primer lugar, la obligación de brindar los medios de apoyo necesarios para que la inclusión del niño en el centro ordinario sea posible y segundo, el cargo de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados dentro del centro educativo ordinario, entendiendo que para que eso sea así, las medidas requeridas por el niño, deben significar una carga desproporcionada para la administración.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, recientemente, en una sentencia dictada en fecha 31 de mayo del 2021, ha reforzado los criterios seguidos en anteriores pronunciamientos respecto a las cuestiones vinculadas a la niñez y a la discapacidad. En dicho decisorio, en el marco de un proceso de amparo iniciado por la vulneración al derecho de tutela judicial efectiva, sostuvo la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan con lo dispuesto en el art. 39 de la CE, atendiendo de un modo preferente la situación de los niños, puesto que su “superior interés, es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales “(FJ II STC 113/2021) y que aún más, tratándose de personas con discapacidad su sistema de protección exige una motivación reforzada en materia de restricción de sus derechos.

Como hemos de observar, ambos tribunales, destacan en sus pronunciamientos la necesidad de una razonada, suficiente y reforzada motivación por parte de los diferentes órganos que componen los poderes públicos, al momento de adoptar medidas que impliquen restricciones a alguno de los derechos fundamentales de los niños y niñas con discapacidad. Ello atendiendo a la vulnerabilidad del sector, lo que los hace sujetos titulares de una especial y más eficiente garantía de respeto y protección legal de sus derechos.

Ahora bien, del análisis efectuado se desprende que los derechos de los menores con diversidad funcional se encuentran previstos y consagrados normativamente dentro del territorio español y que el Estado ha trabajado, y lo sigue haciendo, en aras de la protección y promoción de sus

derechos. El interrogante radica en si la normativa vigente resulta suficiente para garantizar el efectivo ejercicio y goce de los mismos.

“Los niños sufren esperas de hasta un año para tener plaza en Atención Temprana” (Guindo, D. Las provincias. 26 de octubre de 2021). “Los niños con discapacidad necesitan un trabajo constante de rehabilitación, las que les proporcionan los colegios son insuficientes” (Delgado, P. “¿Cuántos costes asumen las familias de niños con discapacidad? COPE. 21 de septiembre del 2022). “La lucha desesperada de muchas familias para tener escolarizados a sus hijos con necesidades especiales”. (Reviejo, S. Público. 31 de octubre de 2021). “La doble brecha de la atención temprana de 0 a 6: "Hay miles de niños perdidos entre las cifras" (Esteban, R. RTVE. 12 de febrero de 2021). Son algunos de los titulares y frases que día tras día pueden leerse en los medios de información a lo largo de todo el territorio español.

Si bien hemos referido que, de manera general, las normas españolas están en consonancia con los nuevos principios y derechos consagrados a nivel internacional y europeo, qué es lo que ocurre para que en la práctica el sistema de protección y ejercicio de derechos de los niños y niñas con discapacidad sea insuficiente. Reseñaremos algunas de las cuestiones que hemos advertido en el marco de la realización de esta investigación, a los cuales nos referiremos en concreto en el apartado destinado a las propuestas de mejora del sistema.

* Vacíos normativos en la materia: no existe una ley de apoyo a la familia de los niños y niñas con discapacidad, en donde entre otras cosas, se contemple la asistencia de tipo económica de manera unificada y que también se tenga en cuenta una simplificación de los trámites que en la actualidad se ven obligados a realizar.

* Inconsistencias legales en algunas normas: nos referimos puntualmente al art. 5 de la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia ¹⁵⁵, que en su redacción textual parecería excluir prima facie de las

¹⁵⁵ Disponible para su consulta en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990>

prestaciones contempladas en la ley, a los niños y niñas con discapacidad en función de su nacionalidad y que no cumplan con 5 años de residencia efectiva en territorio español.

* Leyes que prevén la adopción de políticas inclusivas sin la correspondiente especificación ni asignación de materiales y herramientas para llevarlas a cabo. Puntualmente nos referimos a la ley de educación, que establece un sistema de educación inclusiva y de asignación de medidas de apoyo, sin individualizar en qué consisten las mismas, otorgando un plazo amplio de 10 años para cumplir los objetivos fijados en la ley, sin disponer ninguna medida de transición entre el modelo anterior y el actual.

* Ausencia de una unificación legal en todo el territorio español en ámbitos fundamentales que hacen al efectivo ejercicio de los derechos, por ejemplo, en materia de atención integral de los niños y niñas con discapacidad.

* Ausencia de políticas públicas destinadas a brindar información de manera concreta, accesible y cercana a los menores y sus familias con respecto a los derechos de los cuales son titulares, como así también en materia de concientización social sobre la problemática.

Las reseñadas son algunas de las causas que, a nuestro criterio, determinan que aún más allá de los avances legales que se realizaron en el tema, en lo cotidiano, los niños y niñas con diversidad funcional y sus familias, sigan encontrándose con obstáculos no sólo sociales, sino también de tipo administrativos y logísticos en el ejercicio de sus derechos. Resulta necesario trabajar en aquellos aspectos prácticos que hacen al efectivo goce de los derechos consagrados. Hasta tanto la sociedad se encuentre diseñada atendiendo a la diversidad humana, se requieren mecanismos que permitan que la transición entre el modelo médico y el social, pueda llevarse a cabo con efectividad y eficacia, porque en el medio de las normas jurídicas y de las deficiencias del sistema, están los niños y niñas que requieren del efectivo ejercicio de sus derechos para forjar un mejor futuro.

II. PROPUESTAS DE MEJORAS

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado anterior, en los epígrafes que siguen a continuación, nos dedicaremos a aportar propuestas superadoras al sistema actual desde un enfoque práctico, no sin antes aclarar que fueron seleccionadas aquellas que, a nuestro modo de ver, resultan importantes en materia de goce y disfrute de derechos, por ser los ámbitos fundamentales en donde deben desenvolverse los niños en la sociedad como así también por poseer un importante rol en

materia de la búsqueda de su pleno desarrollo y obtención de una mejor calidad de vida de los mismos.

Nos referimos en primer lugar al reconocimiento del grado de discapacidad y del de dependencia analizando las deficiencias del sistema y la necesidad de una unificación del mismo, al sistema de atención integral de los niños y niñas con diversidad funcional, a la necesaria concientización y sensibilización social sobre la materia, a la búsqueda de una educación inclusiva de calidad, a la importancia de empoderar individualmente a los menores que integran este sector de la sociedad en la búsqueda de un eficiente reconocimiento y ejercicio de sus derechos y a la necesidad del diseño de medidas de apoyo a las familias.

1. ALGUNAS CUESTIONES VINCULADAS CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD. NECESIDAD DE UNIFICACION CON EL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE DEPENDENCIA

Al día de hoy no existen mecanismos a nivel internacional ni europeo (con la salvedad de lo referido en el párrafo siguiente), que impliquen un reconocimiento recíproco de los países a la condición de discapacidad de sus habitantes. Es por ello, que consideramos necesario que se avance con medidas que impliquen el otorgamiento de validez (incluso de manera provisoria) a los certificados de reconocimiento de discapacidad expedidos de manera oficial.

En el caso de los países miembros de la Unión Europea, resulta fundamental que se consolide la iniciativa efectuada por la Comisión, referida a la implementación de la Tarjeta de Discapacidad Europea¹⁵⁶. Esta medida permitiría que los niños y niñas con diversidad funcional en ejercicio de su derecho a libre circulación y fijación de residencia, puedan encontrarse desde el primer día amparados por el marco de protección previsto, hasta tanto el Estado respectivo (aquel en el que fijen residencia) efectúe la valoración de la discapacidad en función de sus propias normas.

El porqué de la importancia de esta cuestión resulta fundamental para nosotros: la puerta de acceso al sistema de protección existente en materia de discapacidad resulta ser el reconocimiento formal

¹⁵⁶ Disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1139&langId=es>

del Estado a la condición de discapacitado. Sin el reconocimiento de esta condición, los niños y niñas con diversidades funcionales y sus familias, no pueden contar con las medidas de apoyo que resultan necesarias para poder afrontar las consecuencias de los obstáculos existentes en la sociedad.

Analizando ahora puntualmente lo que sucede en el ámbito español, debemos hacer hincapié en dos cuestiones que giran alrededor de este acápite. En primer lugar, hay que destacar que a pesar de la búsqueda efectuada por medio de los carriles disponibles (a través de la información publicada por los medios digitales de los cuales disponen), no se ha podido al día de la confección del presente, dar con una estadística estatal oficial respecto al plazo promedio de tramitación de los pedidos de reconocimiento de discapacidad o agravamiento de la misma. El no contar con la información resulta para nosotros una omisión de gran importancia, puesto que deja fuera de todo análisis estadístico alguno (invisibilizándolos), a aquellos niños y niñas que padecen una discapacidad, pero que la misma no les fue aún reconocida. Si no se conoce los datos reales de un determinado fenómeno social, difícilmente pueda avanzarse con soluciones que tiendan a mejorar o dar respuesta a la problemática.

Ahora bien, sin perjuicio de la ausencia de datos oficiales al alcance de cualquier ciudadano que quiera informarse al respecto, en el marco del presente trabajo, a los fines de poder contar con dicha información, nos hemos puesto en contacto con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI) y por intermedio de los portales de transparencia y al amparo de las leyes de información pública, con el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y con las áreas encargadas de los reconocimientos de discapacidad de las respectivas CCAA.

Tal como se desprende del anexo documental que obra al final del presente, en todo el territorio español existe una diferencia sustancial en los plazos de tramitación de los pedidos, alcanzando en algunos lugares casi los dos años de duración. Es decir, que algunos individuos que habitan en determinados territorios de España, a los efectos de poder contar con las medidas previstas para protección y promoción de sus derechos, pueden llegar a esperar hasta 24 meses para tener reconocido el derecho a las mismas.

Sin embargo, corresponde realizar una aclaración. Precisamente en el mes de octubre del año 2022, se ha dictado una nueva norma sobre el tema, que tiene como objetivo principal no solo la adecuación normativa a los parámetros dispuestos por la CDPD, sino también dotar de mayor celeridad al reconocimiento de discapacidad¹⁵⁷ 13. Ahora bien, hasta tanto la normativa referida resulte aplicada y se encuentre completamente afianzada a los fines de poder evaluar en lo concreto los resultados de esta, resulta fundamental que el Estado realice algunas modificaciones en el tema. En primer lugar, deben existir estadísticas oficiales al alcance de quienes la quieran ver, respecto del tiempo de duración de la tramitación de los reconocimientos de discapacidad, para de esta forma incluir a dichos niños y niñas dentro de las pautas objetivas a analizar en futuras mejoras al sistema. Por otro lado, deben publicarse periódicamente el estado en que se encuentran las peticiones efectuadas, para que las personas interesadas en la misma puedan llevar un cierto control del estado del trámite. Por último, es fundamental dotar de los recursos necesarios a las respectivas oficinas de reconocimiento, para poder brindar una respuesta efectiva en un plazo mucho más breve.

Otro aspecto para analizar es la necesidad de una unificación de los trámites de reconocimiento de discapacidad y el reconocimiento de grado de dependencia. Simplificar los mismos, implica liberar a las familias de los niños y niñas con discapacidad de lidiar con la burocracia del sistema cada vez que quieren poder gozar de algunas de las medidas de apoyo que los menores necesitan. El entendimiento por parte de la sociedad y en este caso, de los poderes públicos que actúan en representación de ésta, de la importancia de simplificar en lo cotidiano, el acceso a las medidas de apoyo a los niños y niñas y sus familias resulta fundamental para poder repensar un marco de protección que en lo concreto contemple una menor disposición de tiempo, energía y lucha de las familias y los menores con el sistema.

Por otra parte, no podemos citar el reconocimiento del grado de dependencia, sin hacer una mención especial a la necesidad de reforma a la actual redacción del art. 5 de la ley que lo

¹⁵⁷ Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Puede consultarse el mismo a través del siguiente link: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-17105

contempla. En el marco de los derechos de los niños y niñas en general, pero aún más entre aquellos que poseen una discapacidad, no puede permitirse una diferenciación de derechos entre ellos en función de su nacionalidad o lugar de residencia anterior. Es por ello, que resulta necesario modificar la actual redacción, permitiendo de este modo que cualquier niño que posea una diversidad funcional y habite el territorio español, pueda acceder a las medidas previstas en la mencionada ley, sin imposición de ningún obstáculo extra basado en su nacionalidad o plazo de permanencia en el territorio español.

2. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA NACIONAL DE ESTIMULACION TEMPRANA, REHABILITACIÓN INTEGRAL Y FOMENTO DE AUTONOMÍA

No puede perderse de vista que, a los efectos de promover y garantizar el mayor grado de autonomía posible a un niño o niña con discapacidad, resulta fundamental que los mismos puedan contar con los tratamientos terapéuticos y rehabilitadores necesarios para potenciar su desarrollo, tanto desde los primeros momentos de su vida hasta el momento del paso a su adultez, si así lo requirieren.

Actualmente en España, no hay uniformidad legal ni fáctica en materia de prestación de dichos tratamientos. En términos generales, en la práctica, el acceso a los mismos se realiza, en el caso de los niños de menor edad (0 a 6 años) a través de los centros de estimulación temprana públicos o concertados que en cada localidad existen, mientras que aquellos niños mayores de 6 años y menores de 18, deben acceder a las terapias respectivas, en su gran mayoría, mediante el sistema de becas de ayuda escolar previsto por el Estado, las cuales no solo, no alcanzan a cubrir muchas veces la totalidad de las rehabilitaciones que el menor necesita, sino que dependen de los ingresos económicos de las familias, a la par que resulta ser un engorroso trámite a realizar cada año escolar para poder acceder a las mismas.

Al respecto creemos que el Estado debe asegurar la absoluta y universal accesibilidad a los tratamientos terapéuticos y rehabilitadores, los cuales deben ser prestados de manera gratuita para todos los niños y niñas que los necesiten independientemente de la edad de los mismos. Para ello, resulta fundamental contemplar a dichos tratamientos, como herramientas necesarias para garantizar que el menor goce de la mejor salud a la que por sus condiciones personales pueda

aspirar, atendiendo a un concepto integral de la misma, no solo desde el punto de vista físico, sino también psicológico, socioafectivo, social, entre otros. Es por ello, que los mismos deben ser brindados íntegramente por el sistema de salud. Es decir, que ya sea por el sistema de salud pública o regulando el sistema de salud privado, los niños y niñas con discapacidad, deben poder acceder a los tratamientos terapéuticos que necesiten por derivación de los médicos que los atiendan, sin necesidad de realizar ningún trámite extra para ello y en un plazo razonable de atención. Sólo así, puede asegurarse que todos los esfuerzos de la sociedad están puestos a garantizar el efectivo goce de los derechos consagrados normativamente al sector, como es el derecho a la salud, a la autonomía personal, a la rehabilitación, entre otros.

3. ADOPCION DE ACCIONES CONCRETAS DE SENSIBILIZACION DE LA SOCIEDAD

Según los datos publicados por el INE, en el marco de la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia realizada en el año 2020, el 37.9% de los niños y niñas con diversidad funcional de entre seis y quince años, percibió en el ámbito escolar discriminación por motivo de su discapacidad¹⁵⁸.

Es por ello, que más allá del cambio normativo que hubo sobre la materia y el enfoque que sobre la misma se ha adoptado, resulta necesario avanzar con políticas y estrategias para erradicar cualquier forma de discriminación que puedan sentir los niños y niñas afectados, respecto a su condición. Avanzar en la sensibilización de la sociedad en su conjunto sobre la materia, no solo como una acción positiva para el colectivo, sino también en cumplimiento de los compromisos asumidos en el marco del art. 8 de la CDPD. Consideramos que las medidas de concientización social, deben ser incorporadas en todos los ámbitos, pero principalmente, en el ámbito escolar. La realización de campañas y jornadas de concientización tanto de los niños que concurren a los establecimientos educativos como de sus familias, puede ser el puntapié inicial en la búsqueda del cambio de la mirada de la comunidad respecto a la materia. Como sostuviera Daniel Comín (2014)

¹⁵⁸ Disponible en

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&idp=1254735573175

¹⁵⁹: “Si enseñamos a los niños a aceptar la diversidad como algo normal, no será necesario hablar de inclusión, sino de convivencia”.

4. LA BÚSQUEDA DE UNA EDUCACION INCLUSIVA DE CALIDAD

En el análisis de la normativa que integra el sistema español, hemos destacado que uno de los principios y derechos consagrados en la misma, es el de la educación inclusiva, lo que en otras palabras quiere decir, que los niños y niñas con diversidad funcional, por regla general, deben concurrir a los establecimientos educativos ordinarios al igual que lo realizan sus pares¹⁶⁰.

Pero para que la inclusión sea efectiva y verdadera, la misma debe ser de calidad. No basta con la mera concurrencia de los niños y niñas al colegio ordinario. Es necesario que se les brinde y provea las medidas de apoyo que requieran para su proyecto educativo, que tengan en cuenta no solo su inclusión en el grupo sino también el total desarrollo de su personalidad. Una educación que se base en potenciar sus aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades.

Para ello, resulta necesario dotar a cada niño de las herramientas y recursos que necesiten a lo largo de su trayectoria escolar, siendo fundamental el dictado de normas que determinen cuales son las medidas de apoyo que la Administración educativa debe proveer a los menores y cuál es el mecanismo previsto para su solicitud.

Sin ánimo de analizar medidas educativas concretas que exceden claramente el alcance y la finalidad del presente trabajo, consideramos fundamental destacar la necesidad del debido cumplimiento por parte de las Administraciones educativas y de los centros de estudios, de lo dispuesto en el art. 111 de la LOMLOE, es decir, el uso con carácter general de las Tecnologías de Información y Comunicación existentes (TICS), que pueden significar una gran ventaja para el alumnado con discapacidad.

¹⁵⁹ Disponible en <https://twitter.com/danielcomin/status/418737803153772545>

¹⁶⁰ Conforme se desprende principalmente del art. 74 de la Ley Orgánica 2/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Para ello, es necesario analizar algunas cuestiones en torno a su implementación. En primer lugar, no puede obviarse que la capacitación de los docentes es clave si se quiere tener éxito en el uso de las mismas. La tecnología importa un verdadero avance en la sociedad, es por ello que trabajar en la accesibilidad digital de los niños con discapacidad debe ser un objetivo en materia educativa. Pero para poder avanzar con ello, como todo, se requieren recursos económicos. Es necesario que se comience a trabajar una modernización de las herramientas educativas hoy existentes, y para ello, los poderes públicos correspondientes deben dotar a los establecimientos educativos de las mismas. Solo mejorando y aumentando los recursos económicos disponibles puede materializarse el pleno disfrute del derecho a una educación inclusiva de calidad.

Asimismo, no puede obviarse que, en determinados supuestos, generalmente en materia de discapacidad intelectual, los menores con necesidades educativas específicas necesitan en la búsqueda de una educación inclusiva de calidad que potencie sus capacidades y habilidades, el apoyo de una persona en el aula que pueda brindarles la asistencia que necesiten y propiciarles la atención personalizada que requieren en su proceso de aprendizaje. Es necesario que se tomen medidas que garanticen esta ayuda a los menores, creando un cuerpo de docentes auxiliares que puedan ser enviados a las escuelas que lo requieran, a los efectos de otorgar los apoyos que se necesiten.

5. EMPODERAR A LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y SUS FAMILIAS

Resulta de suma importancia que los niños, niñas y sus familias puedan acceder de manera concreta, fácil y efectiva a la información necesaria a los efectos del debido ejercicio de los derechos que las normas consagran, como así también las acciones que puedan promover en vías de reclamación de éstos. Como hemos visto, a lo largo del desarrollo del presente trabajo, el marco de protección en la materia es amplio, pero a la vez difuso.

Sin ánimo de quitar el mérito que merece en este aspecto la labor desarrollada por las organizaciones que se dedican a representar, promover y asistir tanto a los menores como a sus familias, creemos que el Estado debe tener un rol más activo en la búsqueda del empoderamiento de este sector.

Es por ello, que consideramos que adjunto con la resolución del reconocimiento de discapacidad, se le debería proveer a las personas que representan a esos menores o incluso a ellos mismos (cuando su grado de madurez y condición lo permitan y en un formato accesible para ellos) de una guía que los acompañe en la búsqueda del respeto al pleno goce de sus derechos. Informarlos es empoderarlos y es vital que ese empoderamiento sea fomentado y promovido por los poderes públicos pertinentes desde el primer momento.

6. DICTADO DE MEDIDAS DE APOYO PARA LAS FAMILIAS

Las familias a cargo del niño o niña con diversidad funcional, además de la importante labor del cuidado, protección y fomento del desarrollo pleno del mismo, tienen a su cargo la realización de numerosos trámites, no solo los vinculados con los reconocimientos de la propia discapacidad y la dependencia, sino también para acceder a las distintas ayudas económicas que el Estado le dispensa. Dichas ayudas, hasta tanto se consiga la plena y universal accesibilidad a los tratamientos terapéuticos y de rehabilitación integral, y una educación inclusiva de calidad, resultan necesarias a los efectos de conseguir una mejora en los ingresos económicos de la unidad familiar, que permitan sortear los mayores costos en los que necesariamente deben incurrir en la búsqueda de la consecución de la mejor calidad de vida para dicho menor. Existe un consumo no solo de tipo económico, sino de tiempo, muy superior al de cualquier realidad familiar. Terapias, rehabilitaciones, consultas y realización de estudios médicos, reuniones en los ámbitos escolares, reclamos ante las diferentes dependencias vinculadas al ejercicio de los derechos, son algunas de las causas, por las cuales, en muchos casos algún miembro del grupo familiar debe resignar horas de trabajo a los fines de poder abarcar estas cuestiones.

Asimismo, en materia de “pedidos de asistencia estatal”, los trámites deben ser presentados en diferentes organismos o dependencias (ya sea en forma presencial o digital) y requieren completar numerosos formularios y adjunción de documentación (en la mayoría de los casos similares) para poder acceder a los mismos.

En función de lo expuesto, consideramos necesario la sanción de una ley que implemente medidas de apoyo concretas a las familias, no solo que unifique las ayudadas brindadas por el Estado en materia económica, sino también que contemple una simplificación de tipo logística. Para ello,

entendemos que la creación de una Oficina de Atención a la Diversidad dentro de los ámbitos locales de cada una de las CCAA, encargada de llevar un registro de las personas con discapacidad que habiten en dicha localidad, y asimismo que entre sus funciones esté contemplado la tramitación oficiosa y de forma unificada de todas aquellas cuestiones que se vinculen al menor en su relación con los poderes públicos (solicitud de becas, de subsidios, de medidas de apoyos específicos, etc.) es una medida que importaría un alivio para las familias de las niñas y niños. Una oficina que sea el referente, a la que se pueda acudir (presencial, telefónica o digitalmente) de manera sencilla. Esto aparejaría una doble consecuencia: en primer lugar, el tener individualizadas las personas que integran este sector a los fines de que pueda brindarse la ayuda que las mismas necesitan en tiempo oportuno, atendiendo a las circunstancias particulares de cada una. En segundo lugar, la unificación de los pedidos, lo que no sólo beneficia a los interesados, sino que también beneficia a la propia administración pública atendiendo a principios de celeridad, economía procesal y eficiencia, entre otros.

III. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo del desarrollo del presente trabajo, más allá de los relevantes avances que se han efectuado a nivel normativo, es una verdad fáctica incuestionable que aún en las sociedades más desarrolladas, los obstáculos y barreras de acceso con las que se enfrentan los niños y niñas con discapacidad subsisten al día de hoy. Pensar en una sociedad totalmente inclusiva diseñada para la diversidad de las personas que habitan en ella, requiere de un proceso de transformación que llevará años de trabajo y de buenas intenciones hasta su total implementación. Es por ello, que a la par de los cambios en materia de accesibilidad, no pueden perderse de vista la importancia de otorgar a los niños y niñas con diversidad funcional y sus familias, las medidas y recursos necesarios para paliar las todavía existentes falencias estructurales de la sociedad. En función de todo lo hasta aquí expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera. En materia de niñez y discapacidad, la sociedad y los ordenamientos jurídicos internacional, europeo y español han ido evolucionando en torno a la concepción que se tenía, implementando un nuevo sistema de protección legal de sus derechos, que fomenta el respeto a la autonomía del menor y que tiende a concederle atención primordial al interés superior del mismo en el marco de la toma de decisiones que lo afecten. Todo ello bajo un enfoque social, consagrando

el concepto de inclusión social, el cual implica la construcción de un nuevo diseño de sociedad que incluya a los menores con discapacidad, adoptando medidas que permitan favorecer la accesibilidad de los mismos en los distintos ámbitos, como así también previéndose medidas de apoyo en la búsqueda de la superación de los obstáculos todavía existentes.

Segunda. Los mecanismos de control vigentes en los distintos Convenios, Tratados y Pactos con alcance internacional y europeo, como así también los dispuestos por el ordenamiento jurídico español, han permitido concretar la correcta interpretación y aplicación de la normativa, en muchos casos ampliando el paraguas protector del sistema a la familia de los niños y niñas afectados. Sin perjuicio de ello, conforme se desprende de la información aportada en el presente trabajo, se concluye que en lo cotidiano los avances y mejoras normativas en España, no resultan ser suficientes para los menores y sus familias.

Tercera. La existencia de vacíos legales, inconsistencias normativas y la ausencia de adopción de medidas prácticas en el ámbito español, son algunas de las causas que originan la insuficiencia del sistema en la actualidad, por lo que resulta necesario avanzar en la adopción de decisiones que tiendan a mejorar en la práctica el ejercicio de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico internacional, europeo y nacional.

Cuarta. Entre las medidas propuestas hicimos hincapié en aquellas que representan la puerta de acceso al sistema protectorio y otras que se vinculan con el ejercicio efectivo y pleno goce de los derechos consagrados. Nos referimos a la necesidad de implementar mecanismos que permitan otorgar validez en forma recíproca entre países a los reconocimientos oficiales de discapacidad, como también a la necesidad de propiciar una disminución considerable de los plazos actuales de tramitación.

Quinta. Asimismo, consideramos necesario una unificación del reconocimiento de discapacidad y el grado de dependencia, avanzamos en propuestas concretas para la búsqueda de una educación inclusiva de calidad, poniendo el foco en el dictado de normativa que individualice y establezca las diferentes medidas de apoyo que la Administración educativa y los colegios deben proveer al alumnado con discapacidad y la forma de acceso a las mismas. Sumado a ello resaltamos la importancia de concientizar y sensibilizar a la sociedad y como contracara, de empoderar a los niños, niñas y familias, a través de ofrecerles una información clara, concreta y accesible sobre sus derechos.

Sexta. Resulta necesario el establecimiento de un sistema nacional de atención integral de los menores desde el ámbito de la salud, sin distinción de edad, en donde se brinden todas las terapias y rehabilitaciones que los niños y niñas requieran en la búsqueda de la obtención del mayor grado de autonomía.

Séptima. Existe una necesidad imperiosa de apoyar a las familias de los menores, no solo desde el aspecto económico, sino desde un aspecto práctico, y para ello propusimos el dictado de una ley que cree una Oficina de Atención a la Diversidad encargada de registrar y tramitar oficiosamente las peticiones efectuadas por los niños, niñas y sus familias, a los efectos de unificar la totalidad de los trámites actualmente existentes en la materia.

IV. BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA BASICA

Alonso Parreño, M. J. (2008). Los derechos de los niños con discapacidad en España. Madrid: CINCA.

Biel Portero, I. (2009). Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico internacional y Europeo. [Tesis doctoral] Universidad Jaume I, departamento de Derechos Público, Castellón.

Campoy Cervera, I. (2017). La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños con o sin discapacidad. Revista Derechos y Libertades, N°37, 131-165.

Cardona Llorens, J. (2013). La participación de los niños y niñas con discapacidad. Conferencia Internacional 2008-2013: cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid.

Cardona Llorens, J. (2014). El Interés Superior del Niño. Balance y Perspectiva del concepto en el 25° aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Revista Española de Desarrollo y Cooperación, 21-38.

Consejo de Europa (2015). Manual de Legislación europea sobre los derechos del niño. Luxemburgo: Agencia Europea de los Derechos Fundamentales.

Cuenca Gómez, P. (2016). Derechos Humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos. Revista AFD, 53-84

Foschiani, G. (2017). El Rol del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces .

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

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

Femenia Lopez, P. (2019). El principio del Interés Superior del Menor en La determinación de la filiación en interés del menor. Madrid: Dykinson, 33-62.

Garcia Rubio, M. P. (2020). ¿Que es y para que sirve el interés superior del menor? Revista Actualidad jurídico Iberoamericana , número 13, 14-49.

Rea Granados, A. (2016). Evolución del derecho internacional sobre la infancia. Revista Colombiana de Derechos Internacional, número 29, 147-192.

INFORMES

CERMI. (2022). Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2021. Colección Convención ONU.

UNICEF. (2021). Reconocidos, contabilizados, incluidos: Utilizar los datos para arrojar luz sobre el bienestar de los niños y las niñas con discapacidad. Nueva York: ONU

WEBGRAFIA

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 Mayo

2013, disponible en esta dirección:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

Delgado, P. (2021) “¿Cuántos costes asumen las familias de niños con discapacidad?” COPE.
https://www.cope.es/actualidad/sociedad/noticias/cuantos-costes-asumen-las-familias-ninos-con-discapacidad-20220921_2301996

Esteban, R.(2021) “La doble brecha de la atención temprana de 0 a 6: "Hay miles de niños perdidos entre las cifras".RTVE.<https://www.rtve.es/noticias/20210212/espana-suspende-atencion-temprana-ninos/1989218.shtml>

Guindo, D. (2021) “Los niños sufren esperas de hasta un año para tener plaza en Atención Temprana” Las provincias. <https://www.lasprovincias.es/comunitat/ninos-sufren-esperas-20211025200033-nt.html>

Reviejo, S. (2021) “La lucha desesperada de muchas familias para tener escolarizados a sus hijos con necesidades especiales”.Público.<https://www.publico.es/sociedad/integracion-escolar-lucha-desesperada-muchas-familias-escolarizados-hijos-necesidades-especiales.html>

LEGISLACION CITADA

Internacional

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>

Europa

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Celebrado por el Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Carta Social Europea (revisada). Celebrada en el seno del Consejo de Europa, de fecha 3 de mayo de 1996. Disponible en <https://rm.coe.int/168047e013>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de diciembre de 2000. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Tratado de la Unión Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre del 2007. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016ME/TXT&from=ES>

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre del 2007. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016ME/TXT&from=ES>

España

Constitución Española, publicada en fecha 29 de diciembre de 1978. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-21990>

Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17264

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>

JURISPRUDENCIA REFERENCIADA

Europa

Sentencia de fecha de fecha 17 de julio del 2008, Discriminación directa por motivo de la discapacidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto: C-303/06. ECLI:EU:C:2008:415

Sentencia de fecha 10 de septiembre del 2020, Caso GL contra Italia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Requête no 59751/15.

Decisión núm. 141/2017 del Comité Europeo de Derechos Económicos y Sociales, del 9 de septiembre del 2020. “International Federation for Human Rights (FIDH) and Inclusion Europe

España

Sentencia de fecha 14 de diciembre del 2017, Derecho a la Educación Inclusiva, Tribunal Supremo Sala Contencioso-administrativa. ECLI: ES:TS:2017:4521.

Sentencia de fecha 31 de mayo del 2021, Vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva (motivación), Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2021:113.

V. ANEXO DOCUMENTAL

Información relativa al plazo de resolución promedio de las solicitudes de reconocimiento de discapacidad a nivel estatal

		municipios. En Avilés 2 años, En Oviedo 1año y en Gijón 9 meses	Hay excepciones en cuanto a patologías que comprometen la vida de la Persona y existe mayor celeridad	Escasez de personal, se necesitarían más equipos de valoración en los centros.	
CERMI CANARIAS	2 año			1) SI 2) SI 3) SI	SI
CERMI Cantabria	7 meses	Cantabria es Comunidad Autónoma uniprovincial.	Cuando surge este tipo de situaciones, se habla con las trabajadoras Sociales para agilizar el proceso.	1) SI 2) NO 3) SI	SI
CERMI CASTILLA LA MANCHA	12 meses	Toledo 18 meses , Albacete 14 meses	NO	1) NO 2) SI 3) SI 4) Falta médicos	SI
CERMI CASTILLA Y LEON	TRES MESES	NO	NO		NO
CERMI CEUTA	3 a 4 meses		NO	1) SI 2) SI 3) SI	SI
CERMI Comunidad de Madrid	Disponemos de dos indicadores diferenciados, por una parte en el caso del CRECOVI (Centro Regional de Coordinación y Valoración Infantil, 0-6 años) en el que la media de días es de 102,12 y los Centros Base, en los que la media de días está en 251,50.		Se prioriza la citación para valoración en el caso de ELA al ser una enfermedad muy degenerativa y de evolución rápida. Asimismo, si el ciudadano/a justifica la urgencia de la valoración, la petición es estudiada por el equipo de valoración y si se estima justificado, se prioriza la cita.	1) NO 2) SI 3) SI 4) Falta médicos	NO
CERMI CV	1 año y 6 meses	Valencia y Alicante	NO; SE ESTA ULTIMANDO UN PLAN DE CHOQUE PARA INTENTAR REDUCIR LISTA DE ESPERA	1) HAY CUATRO EN C.V. 2) SI 3) SI	SI
Cermi Extremadura	6 MESES CACERES - 1 AÑO BADAJOZ	Badajoz	NO	1) SI 2) NO 3) SI	SI
CERMI Galicia	Una media de 14 meses en Pontevedra y Coruña y Pontevedra y Coruña; y Lugo y Ourense sobre 10 meses.		Si. Hay que contemplarlo en las solicitudes de caducidad certificado, para acceso empleo, para solicitudes de becas, mayores de 90 años, menores de 18 años,...) pero creemos que no resulta demasiado eficaz.	1) SI 2) SI 3) SI	SI
Cermi Illes Balears	1 año	somos uniprovinciales	SI	1) NO 2) SI 3) SI	
CERMI LA RIOJA	El centro de valoración de discapacidad y dependencia de La Rioja no dispone del dato	La Rioja es uniprovincial	NO	Salvo, casos puntuales, no hay retrasos generalizados.	NO
CERMI MELILLA	2 MESES		NO	4 por falta de informes que ha de aportar el solicitante de los especialistas	NO
CERMI REGION DE MURCIA	12 y 18 meses		si existen pero la realidad es que no lo hacen porque dicen que hay muchas excepciones y no vincula la tramitación de la discapacidad a la valoración de la dependencia.	2 SI, y 4 Otros: el retraso se ocasiona porque se impactando en la realización de valoraciones porque aún ningún equipo de la provincia de Barcelona está trabajando al 100%	SI
CERMI (Navarra)	6 MESES		NO	1) NO 2) SI 3) NO	SI
COCARMI (Catalunya)	8-9 meses	Barcelona, concretamente en las zonas de Anoia, Badalona y Catalunya Central	Lo desconocemos. Aunque nos informan de la priorización de casos	1) NO 2) SI 3) SI 4) La COVID también está impactando en la realización de valoraciones porque aún ningún equipo de la provincia de Barcelona está trabajando al 100%	SI
EDEKA (País Vasco)	ENTRE 3 Y 5 MESES. TIEMPO MÍNIMO 3 MESES. TODO EL PROCESO ENTRE 3 Y 5 MESES	NUESTRO CERMI PLURIPROVINCIAL. NO HAY NINGUNA	ES Si, para los servicios de atención temprana se suelen emitir certificados provisionales por requerimientos de trabajo, por accidentes que precisan recursos rápidos y	1) NO 2) SI 3) SI	SI

		PROVINCIA QUE EL PLAZO SE DILATE	para agilizar el proceso también las propias entidades facilitan informes realizados por sus personas técnicas		
TOTAL					

Información relativa al plazo de resolución promedio de las solicitudes de reconocimiento de discapacidad brindada por las CCAA requeridas

Andalucía



Consejería de Inclusión Social, Juventud,
Familias e Igualdad,
Transparencia Pública de Andalucía



Consejería de Inclusión Social, Juventud,
Familias e Igualdad,
Transparencia Pública de Andalucía

DATOS DE LA SOLICITUD

Nombre: Paula Viviana
NIF: Y926555V
Nº de solicitud: SOL-2022/0009669 PID@
Número de expediente: EXP-2022/00002011 PID@

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de octubre de 2022 tuvo entrada en la **CONSEJERÍA DE INCLUSIÓN SOCIAL, JUVENTUD, FAMILIAS E IGUALDAD** solicitud de información pública a través de la plataforma PID@, cuyo tenor se reproduce literalmente:

ASUNTO: Solicito informe sobre plazos de resolución promedio reconocimiento de minusvalía.
INFORMACIÓN: Buenos días. A los efectos de contar con información oficial respecto de la investigación desarrollada en el marco del trabajo final de grado de derecho (alumno ante UNIR), solicito tenga bien en cuenta respecto al plazo promedio de resolución de los reconocimientos de valoración de minusvalía en general y en particular para el caso de los menores. Motiva la presente consulta el no haber podido hallar en las páginas de información oficial los estadísticos al respecto. Desde este momento agradezco la respuesta.

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- La plataforma PID@ permite acceder a información, documentos o contenidos que previamente están en poder de esta Administración. Las leyes de transparencia no se refieren a la consulta de datos personales, expedientes particulares o cuando la persona tiene la condición de interesada en un procedimiento.

SEGUNDO.- Tras el análisis de la solicitud y realizadas las comprobaciones necesarias para establecer si se son aplicables los límites al derecho de acceso a la información establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y lo establecido en los artículos 25 y 26 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, la persona titular de la Dirección General de Personas con Discapacidad, de acuerdo con todo lo anterior, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 3.1 del Decreto 289/2015, de 21 de julio, por el que se regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, procede

RESOLVER

CONCEDER EL ACCESO a la información solicitada número SOL-2022/0009669 PID@ presentada por Dña. Paula Viviana Arancibia con fecha 11/10/2022.

Avenida de Portugal, 14
41013 Sevilla.



Escudo de España de documento electrónico

FIRMADO POR	IRIMACULADA SANTISTEBAN SERRANO	10/11/2022	PÁGINA 10
VERIFICACIÓN	https://sede01.juntadeandalucia.es/verificarFirma		



Consejería de Inclusión Social, Juventud,
Familias e Igualdad,
Transparencia Pública de Andalucía

Mediante este documento se notifica a la persona solicitante el presente acto, según lo exige en el artículo 46.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En Sevilla, a la fecha de la firma digital.

LA DIRECTORA GENERAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

(Fdo:) Irinaulada Santisteban Serrano

Avenida de Portugal, 14
41013 Sevilla.



Escudo de España de documento electrónico

FIRMADO POR	IRIMACULADA SANTISTEBAN SERRANO	10/11/2022	PÁGINA 10
VERIFICACIÓN	https://sede01.juntadeandalucia.es/verificarFirma		

En primer lugar para determinar un grado de discapacidad es necesario el previo reconocimiento, calificación y valoración del mismo. Asimismo, para poder acceder a cualquiera de los servicios y prestaciones que existen a disposición de las personas con discapacidad, es imprescindible tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

A continuación se indica el enlace donde puede consultar los trámites necesarios para el reconocimiento, calificación y valoración del grado de discapacidad:
<https://juntadeandalucia.es/servicios/sede/tramites/procedimientos/detalles/69.html>

En segundo lugar y en relación a su solicitud de información arriba referenciada se le adjunta cuadro referente al tiempo promedio de los plazos de Resolución del Reconocimiento de la Discapacidad, tanto a nivel general como en el caso de menores.

CENTRO DE VALORACIÓN Y ORIENTACIÓN	PROMEDIO DE DÍAS (tiempo desde solicitud hasta resolución)	PROMEDIO DE DÍAS MENORES (0-5 AÑOS) (tiempo desde solicitud hasta resolución)
ALMERÍA	230	147
ALGECIRAS	457	234
CADIZ	308	207
CÓRDOBA	259	176
GRANADA	257	215
HUELVA	224	167
JAÉN	136	120
MÁLAGA	460	325
SEVILLA	277	236

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o, previa y potestativamente, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a su notificación, de conformidad con el artículo 33.1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

Avenida de Portugal, 14
41013 Sevilla.



Escudo de España de documento electrónico

FIRMADO POR	IRIMACULADA SANTISTEBAN SERRANO	10/11/2022	PÁGINA 25
VERIFICACIÓN	https://sede01.juntadeandalucia.es/verificarFirma		

Galicia



Paula Viviana Arancibia
Calle Bilbao 42-6ª-Puerta 27
46009 Valencia

PR100A – ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

Con fecha 11/10/2022 se recibió solicitud de información pública con código de procedimiento PR100A y registro de entrada 2022/2494493, por parte de Paula Viviana Arancibia, con DNI 99266565V, al amparo de la Ley de Transparencia y Gobierno de Galicia, en la que se solicita:

"Información respecto al plazo promedio de resolución de los reconocimientos de valoración de minusvalía (en general y en particular para el caso de los menores)".

En respuesta a esta petición, puede consultar la Orden del 25 de noviembre de 2015 por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes (DOG n.º 236 del viernes 11 de diciembre de 2015) y el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE n.º 22 del 26 de enero de 2000) y en la Corrección de errores del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre publicada en el BOE n.º 62, del 13 de marzo de 2000.

Firmado digitalmente

Documento Verificado en www.sedelectronica.galicia.es
Código Seguro de Verificación (CSV): C03839964AD3E84F4F43

Documento Verificado en www.sedelectronica.galicia.es
Código Seguro de Verificación (CSV): C03839964AD3E84F4F43

Castilla-La Mancha



D.ª PAULA VIVIANA ARANCIBIA
C/ BILBAO NÚM. 42, PUERTA 27
46009.- VALENCIA

RESOLUCIÓN ESTIMATORIA

REF: SAIP/22/270200/00022.

Con relación a la solicitud de información pública planteada por usted, con el siguiente detalle:

"A los efectos de contar con información oficial respecto de la investigación desarrollada en el marco del trabajo final de Grado de Derecho (alumno de UNIR), solicito tenga bien informar respecto al plazo promedio de resolución de los reconocimientos de valoración de minusvalía (en general y en particular para el caso de los menores). Motiva la presente consulta el no haber podido hallar en las páginas de información oficial las estadísticas al respecto."

Le informo que el plazo promedio de espera para la valoración del grado de discapacidad a nivel regional son trece meses cuando se trata de personas mayores y de siete meses en el caso de niños o niñas.

Asimismo, le informo que la terminología utilizada de "minusválidos", "minusvalía" o "personas con minusvalía" ha sido ya superada por la de "discapacidad" o "persona con discapacidad", tal como se indica en la disposición adicional octava de la Ley 38/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A modo de ejemplo el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE núm. 262, de 20 de octubre de 2022).

Contra la presente resolución podrá interponerse, con carácter potestativo, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o bien recurso contencioso-administrativo en los plazos, de un mes y dos meses respectivamente, desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, en relación con los artículos 20.5 y 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y el artículo 10 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA SECRETARÍA GENERAL DE LA
CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL

Firmado digitalmente el 07-11-2022
por Natalia Ruiz

Consejería de Bienestar Social
Secretaría General
Ayda de Franco, 4
45071 Toledo

Tel. 925 267 099
e-mail: sgbiensetsocial@com.es

www.castillalamancha.es

La Rioja

30/11/22, 8:35

Gmail - RV: Solicito informe de plazo promedio de resolución



paula.arancibia@gmail.com

RV: Solicito informe de plazo promedio de resolución

1 mensaje

Para: "Ana Zuazo Sáez" <azuazo@la Rioja.org>

Para: "paula.arancibia@gmail.com" <arancibiapaulav@gmail.com>

16 de noviembre de 2022, 12:03

Buenos días Paula

Primero disculpa la demora en la respuesta y manifestar mi satisfacción porque estás dedicando una investigación en este campo.

Respecto a datos de tiempo de reconocimiento de grado de discapacidad, te comento que el Ministerio suele hacer una publicación de datos anuales, aunque no sé si figuran tiempos de tramitación. Nosotros los recogemos en las memorias anuales, pero no siempre se publican.

El tiempo desde la solicitud hasta la emisión de reconocimiento tras la valoración pertinente puede variar dependiendo de las patologías de la persona, bien sean sensoriales, físicas o psicológicas, y también de otra variables como la edad. Como bien dices lo menores y máxime los menores de 6 años se valoran en un plazo corto, 1 o 2 meses.

Como promedio estamos en unos 180 días, pero es un dato muy variable.

Si pudiera ser, estaríamos encantados de que nos puedas ofrecer tu trabajo.

Mucha suerte

Saludos

Muchas gracias

Ana Zuazo Sáez

Directora

Centro de Valoración de la Discapacidad y Dependencia

Dirección General Dependencia, Discapacidad y Mayores

Teléfono (La Rioja) 941 291100 Extensión corte: 31060

Teléfono celular: 941 29 10 50

Teléfono: 941 291080

azuazo@la Rioja.org

Comunidad Valenciana



Núm. de expediente: GVAGIP/2022/415

RESOLUCIÓN DE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: ESTIMATORIA

I. Antecedentes de hecho

Primero. El día 11 de octubre de 2022 tiene entrada en el registro electrónico de la Generalitat la solicitud de acceso a la información pública, con número de registro GV RTE/2022/322101, efectuada al amparo de la normativa de transparencia de la Generalitat, en la que se indica lo siguiente:

"Buenos días. A los efectos de contar con información oficial respecto de la investigación desarrollada en el marco del trabajo final de grado de derecho (alumna ante UNIR), solicito tenga bien informar respecto al plazo promedio de resolución de los reconocimientos de valoración de minusvalía (en general y en particular para el caso de los menores). Motiva la presente consulta el no haber podido hallar en las páginas de información oficial las estadísticas al respecto. Desde este momento agradeceré la respuesta."

Segundo. En esta fecha de entrada comienza a contar el plazo máximo de un mes para resolver y notificar por el órgano competente de la CONSELLERIA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS INCLUSIVAS.

II. Fundamentos de derecho

Primero. El artículo 27 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, y el artículo 42.1 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, establecen que cualquier ciudadano o ciudadana, a título individual o en representación de cualquier organización constituida legalmente, tiene derecho de acceso a la información pública, mediante una solicitud previa y sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Para el ejercicio de este derecho no es necesario motivar la solicitud ni anexar la ley.

Segundo. Los artículos 9, 28 y 32 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, y los artículos 44 a 49 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, establecen los límites de acceso a la información pública, el régimen aplicable en el caso de que la información solicitada contenga datos de carácter personal y las causas de inadmisión.

Tercero. El artículo 35 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, establece los órganos competentes para la resolución del procedimiento de solicitud de acceso a la información pública. El artículo 14 del Decreto 170/2020, de 30 de octubre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la CONSELLERIA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS INCLUSIVAS, establece que el órgano competente para resolver es DIRECCIÓN GENERAL DE DIVERSIDAD FUNCIONAL Y SALUD MENTAL.

En atención a los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho descritos,

RESUELVO

Primero. Visto que la solicitud no incurre en ninguno de los límites de acceso a la información pública ni contiene datos de carácter personal que hayan de ser protegidos ni existe causa de inadmisión, se estima la solicitud, se concede el acceso a la información pública solicitada y se comunica a quien la ha solicitado:

- o Como anexo a la presente resolución.

Real	25/10/2017	24/10/2011	si	116
Real	25/10/2017	24/10/2022	No	167

EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA Y LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LÍNEA

THE RIGHT TO HUMAN DIGNITY AND ONLINE CONTENT MODERATION

Clara Rodríguez Ilárraz

Doctoranda CEINDO, Universidad CEU San Pablo (Madrid)

RESUMEN: La dignidad humana constituye el fundamento de los Derechos Humanos, de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la mejor doctrina constitucional, en la que se sitúan la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 10.1 de la Constitución española. Es un concepto etéreo, que pretende ser ahora aplicado a una Sociedad Digital intangible y global, siendo objeto de este trabajo analizar las implicaciones de la protección de la dignidad humana en línea y su impacto en la moderación de contenidos a la luz de la nueva Ley de Servicios Digitales.

Palabras clave: Dignidad Humana; Moderación De Contenidos; Derechos Digitales; Supervisión En Línea.

ABSTRACT: Human dignity constitutes the foundation of Human Rights, in accordance with the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the best constitutional doctrine, in which the Bonn Fundamental Law and article 10.1 of the Spanish Constitution can be traced. It is an ethereal concept, which is now intended to be applied to an intangible and global Digital Society, being the aim of this article to analyze the implications of the protection of human dignity online and its impact on the moderation of contents, considering the new European Data Services' regulation.

Keywords: Human dignity; Content Moderation; Digital Rights; Online Supervision.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. - I. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD DIGITAL. I.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN EN INTERNET. I.2. INTIMIDAD INFORMÁTICA Y SEGURIDAD EN LÍNEA. I.3. PARTICIPACIÓN CIUDADANA. - II. RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN Y SANCIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DIGITALES. – II.1. RESPONSABILIDADES LEGALES DE LAS REDES SOCIALES. - II.2. LA IMPORTANCIA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. - III. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La dignidad se ha definido de múltiples formas, habiéndose incluso caracterizado con atributos que, finalmente, han sido rebatidos: como la capacidad para comunicarse, la capacidad para razonar o la capacidad para sentir, siendo todos ellos atributos que no tienen por qué tener todos los seres humanos. HUME, en su *Tratado de la naturaleza humana*, evidencia que de un ser, no se puede derivar a ser, es decir, que las características que se atribuyan a la naturaleza humana no pueden implicar distintos niveles de dignidad, pues *es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de ser humano*¹⁶¹.

Aún así, el legislador trata de regular, y los Estados miembros de la Unión Europea tratan de determinar, qué contenidos en línea podrían vulnerar la dignidad humana y, con ello, vulnerar otros derechos. Porque el fundamento de la vida humana digna sería el desarrollo de la vida conforme a lo que cada persona considere que constituye su propia dignidad como ser humano. Esto es: reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida¹⁶²; pero, siguiéndose a STUART MILL, en *Sobre la libertad*¹⁶³, se discierne entre la voluntad manifestada por el individuo y la auténtica voluntad del individuo, que no tienen por qué coincidir siempre¹⁶⁴. La delgada línea entre la protección de la dignidad humana y la limitación de los derechos inherentes a la misma radica en que se garantice una seguridad jurídica apropiada, no siendo la primera vez que el Tribunal de Justicia Europeo ha tenido que ponderar este asunto, en aplicación del principio de proporcionalidad¹⁶⁵. Y es que, en la Sociedad Digital, el legislador entiende que la auténtica voluntad del individuo debe dirigirse hacia el aseguramiento de un grado de protección coherente en todo el territorio de la Unión Europea, que contribuya a la protección frente a la discriminación y al derecho a la dignidad humana en línea, en la prestación de los servicios digitales¹⁶⁶.

Tradicionalmente, la protección de los derechos humanos se ha vinculado con el papel del Estado, desde el punto de vista de respetar él mismo los derechos de su población, como desde la perspectiva de protegerla frente a las violaciones de sus derechos por otros actores sociales¹⁶⁷. Por tanto, los Estados deben garantizar los derechos humanos a su población para evitar incurrir en

¹⁶¹ Campoy Cervera, I. (2004). Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21, p. 146

¹⁶² *Ídem*. p. 147

¹⁶³ Stuart Mill, J. (1984). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza. p. 182

¹⁶⁴ *Opt. Cit.* Campoy Cervera, I., p. 148

¹⁶⁵ *Vid.* Sentencias TJUE de 8 de abril de 2014, caso «Digital Rights Ireland» y de 21 de diciembre de 2016, caso «Tele2» y 5 de abril 2022, en el asunto C-140/20

¹⁶⁶ Sánchez Guarido, A., & Maddio Medina, A. (2020). El TJUE reabre el debate entre privacidad o seguridad nacional: *Diario La Ley*, Wolters Klubber, N° 9743, Sección Tribuna, p. 5

¹⁶⁷ Reglamento europeo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. p. 14

¹⁶⁷ Delgado Azar, I., & Hernández Baqueiro, A. (2008). Prácticas culturales, actores no estatales y el paradigma del Estado en la realización de los derechos humanos: *Fundamentos en humanidades*, N° 17, p. 111

una deslegitimación y ser aceptados y aceptables ante sus propias poblaciones y ante otros Estados. Sin embargo, este esquema de protección propio del mercado interior, que ya había voces que apuntaban hacia su insuficiencia, pues no ha impedido la aparición del terrorismo, del narcotráfico o del crimen organizado¹⁶⁸, entre otros, es cuestionable que pueda ser aplicado directamente a la Sociedad Digital. La Unión Europea afirma que aquello que es ilegal en el mundo analógico, también lo es en el mundo digital¹⁶⁹. Pero incluso en la configuración actual de la legislación internacional de derechos humanos, no hay claridad sobre el tratamiento que corresponde dar a los casos en que intervienen actores no estatales y muchos gobiernos son incapaces de enfrentar a los actores transnacionales poderosos de manera efectiva¹⁷⁰. De hecho, las nuevas tecnologías, especialmente la ingeniería genética que plantea distintos retos bioéticos, o las redes de Quinta Generación, junto con las aplicaciones digitales y las prácticas de comunicación, se prevé que generen tal impulso que desafíen la gobernanza y el control de los Estados¹⁷¹. Todo ello unido a la creciente internacionalización e interrelación mundial de las actividades económicas, propio de la globalización, que puede suponer de nuevo una alteración del marco de estabilidad en el que se ha venido desarrollando el Estado de Bienestar¹⁷².

La transición hacia una sociedad de la información que opera con una reducida mano de obra constituye el nuevo cambio en los paradigmas económicos marcados por la evolución tecnológica y energética, sustentada esta última en fuentes renovables y biológicas de energía¹⁷³. Todo ello producto de la informatización o virtualización de los sectores económicos y de la automatización de los procesos. Para BORJA y CASTELLS, hemos entrado en un nuevo tipo de sociedad que podría denominarse *la sociedad de flujos*, en la que la base material de los procesos, en los que el poderío y la riqueza están organizados en redes globales por los que circulan flujos de información, expresan relaciones de poder, lo cual escapa con frecuencia a sus controladores, como los gobiernos, que hoy luchan por regular la Sociedad Digital¹⁷⁴.

La Unión Europea ha ido avanzando hacia su soberanía digital con sus propias reglas y decisiones, desplegando sus infraestructuras, haciendo uso de términos como los de *autonomía estratégica*, *soberanía* o *geopolítica*, que se han incorporado al acervo comunitario tras la confrontación entre Estados Unidos y China, entre otros motivos, como la necesidad general de los Estados de acelerar su recuperación económica tras la Covid-19 y la reducción del desfase

¹⁶⁸ *Ídem.* p. 114

¹⁶⁹ Consejo de Europa. (2022). Your life online: how is the EU taking it easier and safe for you?, de Consilium Europa. Sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/en/your-online-life-and-the-eu/>

¹⁷⁰ *Opt. Cit.* Delgado Azar, I., & Hernández Baqueiro, A., p. 116

¹⁷¹ Sergey, K., & Daria, K. (2020). The Rationalization of the Surveillance: From the 'Society of Normalization' to the Digital Society and Beyond: Montenegrin Journal of Economics, 16, N° 3, p. 200

¹⁷² Aragón Medina, J. (2010). El estado de bienestar como proyecto político en un mundo en transformación: Gaceta sindical, reflexión y debate, N° 15, p. 34

¹⁷³ Pérez Pérez, G. (2013). Ciudadanía social, globalización y estado del bienestar. Tesis Doctoral, Madrid. Universidad Complutense, p. 246

¹⁷⁴ *Opt. Cit.* Pérez Pérez, G., p. 251

tecnológico para que Europa pueda competir en las mejores condiciones en los mercados mundiales¹⁷⁵. Si bien es imposible que la Unión Europea supere a las dos grandes potencias en inteligencia artificial (Estados Unidos y China), esta puede jugar un importante papel en la regulación de la protección de datos y, en general, de los derechos respecto de las nuevas tecnologías, aportando una orientación garantista que rectifique la de los dos superpoderes mencionados¹⁷⁶.

El día 15 de diciembre de 2020, la Comisión Europea consideró oportuno presentar una propuesta de reglamento para asegurar un grado de protección coherente en toda la Unión, que ha sido recientemente publicado en fecha 27 de octubre 2022, y que tiene como fin evitar divergencias que dificulten la libre prestación de los servicios digitales en el mercado interior y para garantizar también la protección uniforme de los derechos y obligaciones, tanto en las empresas, como en los consumidores¹⁷⁷. Si bien cabe llamar la atención en que delega en los Estados miembros la concreción de las sanciones y la supervisión del cumplimiento de la nueva normativa, a pesar de proponer la Comisión un reglamento, en vez de una Directiva, se trata de una de las propuestas legislativas que más expectación ha generado en los últimos tiempos, debido al cambio radical que se ha venido produciendo en la sociedad gracias a Internet y al conjunto de las nuevas tecnologías¹⁷⁸, presentando la Unión Europea este nuevo reglamento denominado «Ley de Servicios Digitales» o «DSA», por sus siglas en inglés, en el que destaca expresamente la protección del derecho a la dignidad humana en línea, ya desde su Exposición de Motivos¹⁷⁹. Por ello, sin más dilación, se procede a analizar en este artículo el concepto de dignidad humana línea y sus implicaciones en la moderación de contenidos en línea.

I. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD DIGITAL

En los últimos años, podemos observar cómo los Estados buscan cada vez más afirmar la soberanía estatal en la Sociedad Digital¹⁸⁰. Por ejemplo, la Unión Europea ha reconocido que el despliegue y la gestión de las redes 5G son cuestiones de seguridad nacional¹⁸¹ y que la seguridad de las redes 5G es esencial para garantizar la autonomía estratégica de la Unión¹⁸². En la

¹⁷⁵ De Arteaga, F. (2020). La UE: a la búsqueda de la soberanía digital. 2022, de Análisis Real Instituto Elcano (ARI), N° 34. Sitio web: <https://www.realinstitutoelcano.org/comentarios/la-ue-a-la-busqueda-de-la-soberania-digital/>, p. 1

¹⁷⁶ *Opt. Cit.* Martínez López-Sáez, M., p. 513

¹⁷⁷ *Opt. Cit.* Ley de Servicios Digitales, p. 14

¹⁷⁸ Soldevila Frago, S. (2021). La Ley de Servicios Digitales: necesaria y polémica: Actualidad Administrativa, Sección Europa. Wolters Klubber, N° 3, p. 1

¹⁷⁹ *Opt. Cit.* Ley de Servicios Digitales, p. 14

¹⁸⁰ Pohle, J. & Voelsen, D. (2021). Centrality and power. The struggle over the techno-political configuration of the Internet and the Global Digital Order: Policy and Internet, N° 1, p. 3

¹⁸¹ European Data Protection Supervisor. (2020). Shaping a Safer Digital Future. The EDPS Strategy 2020-2024, de EDPS Europa. Sitio web: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/strategy/edps-strategy-2020-2024-shaping-safer-digital-future_en, p.1

¹⁸² Comisión Europea. (2019). UE-China, una perspectiva estratégica, de EDPS Europa. Sitio web: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-eu-china-a-strategic-outlook_es.pdf, p.1

Declaración emitida por el Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2021, se destacó la necesidad de reforzar la soberanía digital de Europa *con autodeterminación y apertura, aprovechando sus puntos fuertes y reduciendo sus debilidades, y por medio de actuaciones inteligentes y selectivas, manteniendo la apertura de los mercados y la cooperación mundial*¹⁸³. El objetivo de lograr la autonomía tecnológica y la soberanía digital se ha convertido en una prioridad dentro de la Unión Europea, a pesar de que los Estados miembros siguen apelando a su soberanía en el mundo físico en el sentido tradicional. La idea de soberanía digital está asociada con la actividad de la Unión Europea¹⁸⁴, un fenómeno jurídico y político nuevo y, por muchas razones, completamente original¹⁸⁵.

La dignidad humana se ha convertido, por tanto, en una base de legitimación para el legislador y para la intervención de los poderes públicos en los servicios digitales. De acuerdo con la nueva Ley de Servicios Digitales, la Sociedad Digital requiere normas armonizadas para combatir los contenidos ilícitos en línea, para regular las exenciones de responsabilidad y la moderación de contenidos, sobre responsabilidades y rendición de cuentas para los servicios digitales, sobre los niveles adecuados de seguridad jurídica e informática (ciberseguridad) y las obligaciones de los prestadores de servicios (especialmente en materia de notificación y respuesta rápida)¹⁸⁶. De todos ellos, cabe llamar la atención a que el reglamento consagra por primera vez el derecho a la dignidad humana en línea, que a su vez se convierte en título habilitante para que cada uno de los Estados miembros pueda determinar qué contenidos en línea son ilícitos, o cuáles son lícitos pero dañinos y deben moderarse para la protección de los derechos del niño y la mitigación del riesgo de discriminación en línea, todo ello sin afectar a la libertad de empresa, ni a la libertad de expresión o información de los cibernautas.

En este sentido, la nueva normativa europea define el contenido ilícito, en su artículo 2.g), como *toda información que por sí sola o en referencia a una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla las leyes de la Unión o las leyes de un Estado miembro, sea cual sea el objeto o carácter concreto de esas leyes*. Asimismo, en el apartado p), define la moderación de contenidos como *aquellas actividades realizadas por los prestadores de servicios intermediarios destinadas a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información compatible con sus condiciones, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado*.

¹⁸³ Consejo Europeo. (2021). Declaración de los miembros del Consejo Europeo, de *Consilium Europa*. Sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/media/49007/250321-vtc-euco-statement-es.pdf>, p. 1

¹⁸⁴ Robles-Carrillo, M. (2021). European Union Policy on 5G. Context, scope and limits: Telecommunications Policy, 45, N° 8, p. 1

¹⁸⁵ Brey Blanco, J.L. & Lozano Maneiro, A. (2017). Formas de estado, sentimiento constitucional y soberanía. Madrid: Dykinson, p. 1

¹⁸⁶ *Opt. Cit.* Ley de Servicios Digitales, p. 1

En España, encuadrada en la iniciativa Plan Digital 2025, a cargo de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se aprobó la Carta de los Derechos Digitales (2021) que comienza con la palabra dignidad. El *corpus* del documento tiene su base en los notables avances ya realizados para el reconocimiento de los derechos digitales, entre los que cabe destacar el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia¹⁸⁷. Constituye un documento muy relevante en materia de Derechos Digitales ya que trae influencia de sus predecesoras, la «Declaración de Tallín sobre la administración electrónica» (2017), la «Declaración de Berlín sobre la sociedad digital y el gobierno digital basado en valores» (2020), así como de la «Declaración de Lisboa sobre una democracia digital con propósito» (2021), todas ellas, junto con la española, que iniciaron el camino de reclamar un modelo de transformación digital, *que refuerce la dimensión humana del ecosistema digital y tenga como núcleo el mercado único digital*¹⁸⁸, nacido en el año 2015. Y que, al mismo tiempo, han influenciado la «Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital» (2021). Existen también cuestiones incluidas en la Carta española que no se encuentran en la Declaración europea, tales como el derecho de acceso a la cultura en el entorno digital, el pseudonimato o el empleo de la neurotecnología, uno de los aspectos más controvertidos y de necesaria regulación en el nuevo entorno digital¹⁸⁹.

La dignidad, por tanto, ha constituido el concepto sobre el que se ha venido construyendo y se continúa elaborando una legislación cuya pretensión va más allá de la mera regulación de Internet, porque su principal fin es garantizar la protección uniforme de derechos y obligaciones en todo el territorio europeo, a la luz de la dignidad humana que debe considerarse en una nueva dimensión: en línea.

1.1 LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN EN INTERNET

Hoy en día, la lucha por la defensa de la libertad de expresión está tan presente como al inicio de los movimientos por la defensa de las libertades civiles y del Estado de Derecho¹⁹⁰. Los cibernautas pueden expresar por Internet, en tiempo real, todas sus opiniones. Que dicha libertad

¹⁸⁷ Caballero Trenado, L. (2021). La Carta de Derechos Digitales, una oportunidad de gobernanza para España: Anales de la Real Academia de Doctores de España, 6, N° 3, p. 410

¹⁸⁸ Comisión Europea. (2022). Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, de Eur-Lex Europa. Sitio web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0027&from=ES>, p. 1

¹⁸⁹ Piñar Real, A. (2021). La Declaración de derechos y principios digitales de la Comisión Europea. ¿Hacia un marco constitucional de los derechos digitales en Europa?: Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review, 10, p. 46

¹⁹⁰ Álvarez, JD. & Iturralde, M. (2011). Libertad de expresión y litigio de alto impacto: Estudios Generales, Universidad de Los Andes, p. 9.

pueda ser controlada o limitada por una especie de “gendarmería” que pueda bloquear, filtrar, censurar o ejercer un poder disciplinario¹⁹¹, es algo que, hasta ahora, impactaba únicamente en el contenido ilícito, cuya definición se propone ampliar a aquel contenido en línea que *incumpla las leyes de la Unión o las leyes de un Estado miembro sea cual sea el objeto o carácter concreto de esas leyes*¹⁹². La ampliación de la definición de contenido ilícito que ha aprobado y publicado la Unión Europea difiere en gran medida de la definición dada por la Recomendación de la Comisión en el año 2017, donde limitaba el concepto a *toda aquella información que no es conforme al Derecho de la UE o al ordenamiento jurídico de un Estado miembro*, incluyéndose los contenidos terroristas, el material relacionado con el abuso sexual de menores, la incitación al odio, las estafas y los fraudes comerciales, o las violaciones de los derechos de la propiedad intelectual¹⁹³. Si tenemos en cuenta que, como contenido ilícito, se propone entender también una vulneración en materia de protección de datos, en materia de derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, en materia de defensa de la competencia o competencia desleal, en materia de propiedad industrial, etc., en el entorno *online*, puede atisbarse la intencionalidad del legislador de no limitarse entonces a los ilícitos penales para determinar que un contenido es ilícito, lo cual constituye un punto de partida también para la novedosa moderación de los contenidos en línea propuesta en la Ley de Servicios Digitales. De hecho, la Unión Europea en su Recomendación 2018/334 de la Comisión, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea ya afirmaba que *los contenidos ilícitos en línea deben abordarse mediante salvaguardas adecuadas y sólidas para garantizar la protección de los derechos fundamentales [...] que incluyen, en función del caso, la libertad de expresión, que incluye la de recibir y divulgar información; el derecho al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales; [...] también puede incluir la libertad de empresa y la protección del derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la dignidad humana y la no discriminación [...]*¹⁹⁴. Tanto en dicha Recomendación, como en la nueva Ley de Servicios Digitales, se establecen los criterios para determinar mecanismos de notificación y acción que permitan a los prestadores de servicios digitales actuar contra los contenidos ilícitos, lo cual constituye al mismo tiempo una medida para regular las exenciones de responsabilidad de estos prestadores, especialmente de los intermediarios y de las plataformas en línea de muy gran tamaño, que son quienes más obligaciones legales se exige que cumplan, quienes deberán sujetarse a unas normas claras de diligencia debida. Sin embargo, el carácter ilícito de los contenidos, productos, servicios y actividades de los usuarios no se define en el reglamento, sino que se derivará, de acuerdo con este, del Derecho de la Unión o de la legislación nacional conforme al Derecho de la Unión¹⁹⁵. Ello entonces nos lleva a examinar el derecho nacional en el que no se

¹⁹¹ Bernal Ramírez, EJ. (2016). La libertad de expresión en Internet: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 10, p. 165.

¹⁹² *Opt. Cit.* Ley de Servicios Digitales, art. 2 g)

¹⁹³ Comisión Europea. (2018). Recomendación de la Comisión sobre las medidas para luchar eficazmente contra los contenidos ilícitos en línea, de European Commission. Sitio web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_18_1170, p. 1

¹⁹⁴ Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea. Introducción. Punto 13, p. 10

¹⁹⁵ *Opt. Cit.* Ley de Servicios Digitales, p. 163

ha definido todavía qué contenidos se consideran ilícitos online y qué consecuencias jurídicas llevan aparejados. Es por ello por lo que adquieren una mayor relevancia todos los instrumentos de autorregulación y de resolución de conflictos extrajudiciales, para determinar, por ejemplo, si la retirada de un contenido por una red social se ajusta a las normas éticas y jurídicas, o no. En este contexto, nacen numerosas políticas adoptadas, sobre todo, por los prestadores de servicios de mayor representatividad, frente al odio y a la discriminación en línea, frente a la desnudez, frente al contenido multimedia de carácter delicado, frente al contenido abusivo, etc., habiendo implementando todas ellas un mecanismo de notificación y acción que permite a los usuarios denunciar comportamientos lesivos y que después ello pueda ser reproducido por medio de herramientas automatizadas de moderación de contenidos, de tal forma que, sin intervención humana, el legislador espera que los contenidos en la red se depuren, cada vez más, de forma automática. Los algoritmos están empezando a reemplazar a las personas a la hora de tomar decisiones fundamentales en varios ámbitos de nuestra vida diaria y cada vez más son cuestionados, por ejemplo, ante la proliferación de noticias falsas en los medios sociales¹⁹⁶, las conocidas *fake news*, que no necesariamente deben ser mentira, pero pueden identificar relatos interesados que pretenden influir en nuestra percepción de la realidad¹⁹⁷.

Precisamente aquellos que defienden una inteligencia artificial ética abogan por la transparencia de los algoritmos, por su apertura o publicidad y contraste social a nivel global pues muchos de ellos podrían resultar ser enormemente imprecisos y fomentar, al contrario de la voluntad del legislador, comportamientos discriminatorios y que sesguen el conocimiento de la población¹⁹⁸, presentándose esta iniciativa como una solución real frente a los comportamientos ilícitos, o lícitos pero perjudiciales, en Internet.

I.2 INTIMIDAD INFORMÁTICA Y SEGURIDAD EN LÍNEA

La informática es susceptible de una utilización contraria al propio ser humano y, en concreto, se ha convertido en un peligroso medio que permite violar de forma cuasi impune la intimidad de las personas a través de una manipulación informática de sus datos personales¹⁹⁹. La intimidad informática, recogida en el artículo 18.4 de la Constitución española, se ha venido implementando en España desde la Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento

¹⁹⁶ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. (2017). Más allá de los datos abiertos: algoritmos abiertos, de Datos.Gob.Es. Sitio web: <https://datos.gob.es/es/blog/mas-alla-de-los-datos-abiertos-algoritmos-abiertos>, p. 1

¹⁹⁷ Gómez de Ágreda, A. (2018). Posverdad y 'fake news'. Falsas noticias, no noticias falsas. Telos: Cuadernos de comunicación e innovación, 109, p. 18

¹⁹⁸ Open Government Partnership (OGP). (2016). OGP Paris Summit. 2022, de Youtube. Sitio web: <https://www.youtube.com/watch?v=PAOk3nEay-8>, p. 1

¹⁹⁹ Sánchez de Diego Fdez. De La Riva, M. (1994). La transparencia de las bases de datos como mecanismo de protección de la intimidad de las personas. Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, N° 4, p. 145

automatizado de los datos de carácter personal. Es un derecho fundamental de los especialmente protegidos, al encontrarse recogido dentro de la Sección 1ª, del Capítulo 2º del Título I, por lo que además puede ser invocado ante los órganos de justicia sin necesidad de esperar a la norma que lo desarrolle. Este derecho se proyecta sobre los tres momentos claves por los que transcurren los datos de carácter personal en Internet: (i) el momento de capturar o recoger la información introducida por el usuario, (ii) el momento de conservación y tratamiento automatizado de los datos y (iii) la utilización o difusión de los datos después de haber sido tratados, lo que puede reconducir al tradicional derecho a la intimidad o, en su caso, al derecho al honor, entre otros. En definitiva, el contenido esencial del derecho a la intimidad informática es el control de toda persona sobre sus datos de carácter personal tratados informáticamente²⁰⁰.

Actualmente, con el avance de la técnica y de la legislación (hoy está vigente la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en España), podemos distinguir entre los sistemas clásicos o automáticos y los sistemas de autonomía decisional o autónomos²⁰¹. Los sistemas automáticos son aquellos que establecen un resultado predeterminado, mientras que los de autonomía decisional valorarán un hecho en concreto en función de lo que la inteligencia artificial ha ido aprendiendo y que obtiene de otros datos y decisiones previamente adoptadas, determinando el algoritmo en cada caso cuál es la consecuencia más adecuada²⁰². Podemos afirmar que es la unión entre la predictibilidad y la toma de decisiones automatizadas propia de los sistemas clásicos. En cualquier caso, para que las herramientas informáticas puedan trabajar en este sentido, es necesario que existan datos y que los sistemas de toma de decisiones procesen la realidad social que, en sí misma, está construida ya sobre estructuras que discriminan a las personas que pertenecen a grupos desventajados, incorporando, reproduciendo y perpetuando los algoritmos estas estructuras de discriminación²⁰³. Por ello, la falta de transparencia de los sistemas algorítmicos dificulta el control general de legalidad sobre la toma de decisiones automatizadas, limitando la posibilidad de que los individuos afectados impugnen o se opongan a los resultados que se obtienen, abogando la doctrina por dotar de transparencia a los algoritmos, haciéndolos comprensibles, de acceso público y sostenibles²⁰⁴.

Además del reto al que se enfrenta el legislador europeo en materia de transparencia en Internet, la seguridad en línea es otro de los asuntos que se trata en la Ley de Servicios Digitales europea. De acuerdo con el Considerando 56 de la misma, *las plataformas en línea de muy gran tamaño tienen un modo de uso que influye en gran medida en la seguridad en línea, en la opinión y el discurso públicos y en el comercio en línea*. Para el legislador ello debe implicar exigir a estas plataformas que evalúen los riesgos sistémicos que entraña el funcionamiento y uso de su servicio,

²⁰⁰ Opt. Cit. Sánchez de Diego Fdez. De La Riva, M., p. 149

²⁰¹ Soriano Arnanz, A. (2021). Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos: Revista de Derecho Público: teoría y método, N° 1, p. 88

²⁰² Ídem.

²⁰³ Solon B. & Andrew S. (2016). Big data's disparate impact: California Law Review, 104, pp. 671-732

²⁰⁴ Opt. Cit. Soriano Arnanz, A., p. 94

así como los posibles usos indebidos por parte de sus usuarios, adoptando medidas de reducción de riesgos apropiadas. El nuevo reglamento establece que deben evaluarse en profundidad tres categorías de riesgos sistémicos: los riesgos asociados al uso indebido de su servicio mediante la difusión de contenidos ilícitos; los efectos del servicio para el ejercicio de los derechos protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales, riesgos que pueden derivarse, por ejemplo, del diseño de los sistemas algorítmicos utilizados. Y por último, la tercera categoría de riesgos, se refiere a la manipulación deliberada del servicio de la plataforma con efectos previsibles para la salud, el discurso cívico, los procesos electorales, la seguridad pública y la protección de los menores. Este riesgo puede derivarse de la creación de cuentas falsas, el uso de *bots* y otros comportamientos total o parcialmente automatizados que pueden dar lugar a la difusión rápida y extendida de información de un contenido ilícito o incompatible con las condiciones de la plataforma, es decir, lícito pero dañino. De hecho, esta normativa tiene relación directa con la propuesta de Directiva relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad (NIS 2), que pretende incluir en su ámbito de aplicación la ciberseguridad de las plataformas de servicios de redes sociales. Las implicaciones jurídicas que ello tiene en materia de supervisión serían, por lo menos, que dependerían de las directrices dadas por el Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), que es la entidad de referencia para el desarrollo de la ciberseguridad y de la confianza digital en el sector privado y que deberán determinarse normas y modos de actuación comunes, que posiblemente afecten también a las empresas proveedoras de estas plataformas de redes sociales de gran tamaño, lo que aumenta la importancia de la autorregulación por medio del establecimiento de códigos de conducta en el sector y la creación e implantación de normas comunes o estandarizadas. Para el Derecho de la competencia comunitario, la estandarización únicamente puede considerarse no restrictiva cuando permite acceder en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias a todos los agentes económicos. De acuerdo con la Ley de Servicios Digitales, la Sociedad Digital se estructuraría entorno a un modelo mixto de autorregulación y control administrativo para combatir los contenidos ilícitos en línea y regular las exenciones de responsabilidad y la moderación de contenidos. De acuerdo con el nuevo reglamento, la adopción de medidas de control, inspección y sanción se justifica en *el crecimiento dinámico de la economía digital y la aparición de nuevos tipos de prestadores de servicios, que los Estados miembros gestionan de forma diferente y que hacen necesario clarificar los objetivos iniciales*²⁰⁵.

I.3 PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La red se ha convertido en una herramienta para el dinamismo político, que va desde informar y organizar grupos, hasta reclutar voluntades o incluso actuar colectivamente sobre

²⁰⁵ *Opt. Cit.* Ley de Servicios Digitales, p. 8

determinados ámbitos²⁰⁶. La gobernanza participativa y colaborativa que se promueve actualmente está basada en la implicación de la ciudadanía en general y sus actores sociales, desde arriba hacia abajo, es decir, la obligación de los gobiernos y políticos de consultar y comprometer a los ciudadanos en los asuntos de la democracia²⁰⁷. Las redes sociales son parte de la cotidianidad del siglo XXI, teniendo millones de usuarios. Partiendo de esta premisa y de que la participación ciudadana es fundamental para la democracia, no se puede esperar que en una sociedad cuya cultura cívica se basa en la desconfianza hacia la política y los políticos, una red social se convierta repentinamente en el escenario de debates democráticos²⁰⁸.

La democracia se entiende como una forma de gobierno donde el pueblo se configura como la única fuente de poder legítima y, dentro de este marco, el modelo de democracia en el mundo más extendido es el representativo, entre otras cuestiones, por tratarse de un sistema práctico, que permite la cesión del poder popular en un mandato representativo libre²⁰⁹. Sin embargo, en la última década han sido numerosas las voces críticas al modelo actual de democracia imperante en los países occidentales por la supuesta incapacidad de los gobernantes de gestionar la *cosa pública*, lo que conlleva a una pérdida de confianza política, al menos, en parte del electorado²¹⁰. Y es que no es de extrañar dado que las obligaciones de rendición de cuentas se están imponiendo por parte del legislador a entidades como las plataformas en línea de muy gran tamaño, pero no se aplican dichas obligaciones, de *accountability* como es conocido el término en el mundo anglosajón, a la gestión de los gobernantes elegidos por el pueblo. Concretamente, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, en su sentencia 76/1994, afirma en su Fundamento Jurídico Tercero que *nuestra Constitución diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa, sobre los de participación directa*. Precisamente esta brecha es la que vienen a tapar las redes sociales, que permiten una participación directa y en tiempo real de los ciudadanos en cualquier asunto. Además, generan diálogo entre los distintos grupos sociales sin importar el tiempo o el lugar de la interacción, pudiendo crear una conciencia compartida y fortalecer la movilización en base a dicha identidad colectiva, fundamentada en la indignación ciudadana ante la corrupción, la falta de transparencia y la desinformación, siendo Anonymous o Wikileaks ejemplos de ello²¹¹.

La generalización de una sociedad globalizada e interconectada parece que viene reclamando un nuevo sistema de gobierno que perfeccione nuestra democracia, a través de mecanismos e

²⁰⁶ Pinho De Oliveira, F. (2021). Breves aspectos sobre Internet, democracia y participación ciudadana: Temas de Comunicación, 43, p. 8

²⁰⁷ *Ídem*.

²⁰⁸ Noriega Carrasco, E. & Izábal de la Garza, E. (2021). Capital social y participación política de usuarios de Facebook: Revista de Ciencias Sociales y Humanas, 35, p. 135

²⁰⁹ Montero Caro, D. (2020). Nuevas oportunidades de participación en el marco del modelo de gobierno abierto: Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público, 68, N° 1, p. 427

²¹⁰ *Ídem*.

²¹¹ Rodríguez Rodríguez, K. (2018). Movimientos sociales y el uso de las redes sociales: El caso de Anonymous: Batey, Revista cubana de Antropología Social, 11, N° 3, p. 25

instrumentos de participación popular que permitan la convivencia con el sistema representativo actual, lo que ya sucede en la actualidad. En este contexto, han sido numerosas las iniciativas de Gobierno Abierto adoptadas por los países que componen la Alianza para el Gobierno Abierto (OPG, por sus siglas en inglés), desde su creación en el año 2011. También en ese año se crearon dos iniciativas relevantes en Estados Unidos («we the people») y en Reino Unido («e-petitions»), que podría considerarse la homónima británica. Básicamente el experimento consistía en que los usuarios de una plataforma, previamente registrados, proponían una petición en línea, recibiendo respuesta oficial por parte de la Casa Blanca, o del Parlamento o el Gobierno británicos, si dicha petición alcanzaba un apoyo de, al menos, cien mil firmas en treinta días, existiendo casos de éxito de estas iniciativas. La ciudadanía reclama una mayor participación en aquellos asuntos que le afectan e, igualmente, exige una comunicación bidireccional con los poderes públicos de forma constante y no solo en periodo electoral²¹².

II. RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN Y SANCIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DIGITALES

El nuevo reglamento europeo establece obligaciones asimétricas de diligencia debida para diferentes tipos de prestadores de servicios digitales en función de la naturaleza de los servicios y su dimensión, para garantizar que sus servicios no se utilicen indebidamente y que los prestadores actúen de manera responsable. Establece la siguiente tipología de prestadores de servicios digitales: en primer lugar, los prestadores de servicios intermediarios, ya regulados en la Directiva de Comercio Electrónico, pero definidos por primera vez en el artículo 2.f) de la Ley de Servicios Digitales. De acuerdo con este artículo, los prestadores de servicios intermediarios pueden consistir en (i) un servicio de mera transmisión, o bien en (ii) un servicio de transmisión que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información (*caching*), o (iii) en un servicio de alojamiento de datos. En segundo lugar, los prestadores de servicios de alojamiento, aquellos dedicados únicamente a prestar un servicio consistente en almacenar datos facilitados por los destinatarios del servicio y a petición de éstos²¹³, donde se incluyen las plataformas en línea, esto es, las redes sociales, definidas en el punto h) del artículo 2 como *un prestador de servicios de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información [...]*, a quienes las medidas que se les aplican de manera específica son más restrictivas que para otras empresas, entendiéndose que son proporcionadas a su capacidad de cumplimiento²¹⁴.

El reglamento, para regular los servicios digitales, contempla medidas de supervisión y autoriza la imposición de sanciones de acuerdo con unos límites máximos, a imponer por los Estados miembros a los prestadores de servicios digitales, esto es, a los intermediarios, alojadores y plataformas en línea de gran tamaño. Pero, al mismo tiempo, prohíbe imponer obligaciones

²¹² *Opt. Cit.* Montero Caro, D., p. 20

²¹³ *Opt. Cit.* Ley de Servicios Digitales, art. 2.f)

²¹⁴ *Ídem.* p. 13

generales de supervisión porque podrían limitar de forma desproporcionada la libertad de expresión y la libertad de recibir información e imponer cargas excesivas a los prestadores de servicios digitales y, de este modo, interferir indebidamente en su libertad de empresa²¹⁵. Se establece expresamente en su Exposición de Motivos que *la legislación propuesta mantendrá la prohibición de imponer obligaciones generales de supervisión que en sí misma es crucial para lograr el justo y necesario equilibrio de los derechos fundamentales en el mundo digital*. Pero esta prohibición *a priori* parece ser contraria a la posibilidad de que las autoridades administrativas nacionales y europeas puedan ordenar a los prestadores de servicios digitales que actúen contra determinados contenidos ilícitos²¹⁶, entre otras exigencias legales que se proponen, y todo ello bajo una supervisión pública. Para comprender la configuración de esta prohibición general, es necesario distinguir entre obligaciones de carácter general y obligaciones específicas, pues se prohíbe realmente la imposición de una obligación general de control, pero no la de obligaciones de supervisión de carácter específico²¹⁷. La justificación de la intervención del Estado en la Sociedad Digital la encontramos ya en el año 2000, con la publicación de la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (Directiva sobre el comercio electrónico o DCE), concretamente en el artículo 3, que consagró el principio del mercado interior para la supervisión de los servicios digitales, permitiendo así que los Estados miembros pudieran restringir desde entonces la libertad de la prestación de los servicios de la sociedad de la información, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (i) concurrir razones de orden público, en particular, la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento de delitos, incluidos la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad; (ii) que se produzcan violaciones de la dignidad humana y (iii) por razones de salud pública. También en el texto de esta Directiva, en el Considerando número 48, ya se establecía que la prohibición de imponer obligaciones generales de supervisión *no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios que apliquen un deber de diligencia que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales*. Los límites continúan resultando algo difusos, pues si la ley nacional de un Estado miembro exige a determinados prestadores de servicios digitales que despliegue ciertos medios o herramientas para detectar y prevenir contenidos ilícitos, o moderar los mismos, ¿puede ello realmente ser considerado como una obligación específica y no general de supervisión y control de los contenidos en línea? La intervención del Estado sobre la Sociedad Digital no ha sido siempre pacífica. El Tribunal de Justicia europeo²¹⁸ ya declaró la invalidez de una norma por ser contraria a los Derechos Fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esto es, los derechos de intimidad y protección de datos

²¹⁵ Ley de Servicios Digitales, p. 14

²¹⁶ *Ibidem*. p. 4

²¹⁷ Peguera Poch, M. (2005). La prohibición de establecer obligaciones generales de supervisión: Revista de Propiedad Intelectual e industrial en Internet, 1, p. 26

²¹⁸ *Vid.* Sentencias TJUE de 8 de abril de 2014, caso «Digital Rights Ireland» y de 21 de diciembre de 2016, caso «Tele2» y 5 de abril 2022, en el asunto C-140/20

personales, confirmando la inadmisibilidad de toda regulación destinada a conservar, de manera generalizada e indiscriminada, datos de tráfico y localización, salvo que en dicha norma queden limitados en el tiempo los plazos de conservación. Y a todo ello, además, debe añadirse la consideración de que, a pesar de revestir la normativa europea la naturaleza jurídica de reglamento, la Ley de Servicios Digitales otorga a los Estados miembros la facultad de decidir el sistema de supervisión, estableciendo como límite, en su artículo 42.3, que las sanciones impuestas por un incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el reglamento no excederán *del 6% de la renta o facturación anual* del prestador de servicios afectado, haciéndose la excepción respecto de las *sanciones por proporcionar, no responder o no rectificar información incorrecta, incompleta o engañosa, o por no someterse a una inspección sobre el terreno* que, en este caso, *no excederán del 1% de la renta o facturación anual del prestador afectado*; así como con respecto al *importe máximo de una multa coercitiva, que no puede exceder del 5% de la facturación media diaria del prestador de servicios intermediarios afectado en el ejercicio fiscal anterior por día, calculado a partir de la fecha especificada en la decisión de que se trate*.

II.1 RESPONSABILIDADES LEGALES DE LAS REDES SOCIALES

Los artículos 16 y siguientes del nuevo reglamento recogen las obligaciones adicionales aplicables a las plataformas en línea, excluyéndose de su ámbito de aplicación expresamente aquellas que sean microempresas o pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CE²¹⁹. El artículo 17 comienza determinando la obligación de estas plataformas de facilitar a sus usuarios, durante un periodo mínimo de seis meses desde la decisión tomada por la misma, el acceso a un sistema interno eficaz de tramitación de reclamaciones, de carácter gratuito, de fácil acceso y manejo, que incluya: (a) las decisiones de retirada de la información o inhabilitación del acceso a la misma; (b) las decisiones de suspender o cesar la prestación del servicio, total o parcialmente, a los usuarios y (c) las decisiones de suspender o eliminar la cuenta de los usuarios, todas ellas suficientemente precisas y adecuadamente fundamentadas, velando que no se adopten exclusivamente por medios automatizados. El artículo 18 crea nuevos órganos de resolución extrajudicial de conflictos, que serán aquellos certificados por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro donde el órgano de resolución extrajudicial de litigios esté establecido, previéndose que incluso las plataformas puedan reembolsar a los destinatarios los honorarios y otros gastos que estos hubieran sufrido como consecuencia del litigio. Sin embargo, establece expresamente que *si el órgano resuelve el litigio en favor de las plataformas en línea, el destinatario no estará obligado a reembolsar los honorarios u otros gastos que la plataforma en línea haya desembolsado o deba desembolsar en relación con la resolución del litigio*²²⁰. Lo cierto es que la intervención del legislador en el sector privado viene avalada por el principio de precaución, que justifica la imposición de mayores

²¹⁹ Vid. Ley de Servicios Digitales, art. 16.

²²⁰ Vid. Ley de Servicios Digitales, art. 18.3.

obligaciones y cargas sobre aquellas actividades económicas susceptibles de producir daños sobre los intereses públicos y cuya magnitud es desconocida²²¹. Asimismo el artículo 19 crea la figura de los alertadores fiables, condición que parece que solo podrán adoptar personas jurídicas, que también será otorgada por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro donde el solicitante esté establecido, que deberá poseer conocimientos y competencias específicas para detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos, representar intereses colectivos y no depender de ninguna plataforma en línea, así como realizar sus actividades con el fin de enviar avisos de manera oportuna, diligente y objetiva²²². Además, con el fin de mejorar las obligaciones de transparencia de las plataformas en línea, el legislador propone que incluyan en sus informes el uso de medios automáticos con fines de moderación de contenidos, incluida una especificación de los fines precisos, los indicadores de la precisión de los medios automatizados para cumplir dichos fines y las salvaguardias aplicadas²²³.

Por otro lado, las plataformas en línea de muy gran tamaño, esto es, aquellas que prestan sus servicios *a un número medio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones*²²⁴, deberán someterse a su propia costa y, al menos, una vez al año, a una auditoría independiente, así como designar a uno o varios encargados de cumplimiento con la responsabilidad de vigilar el cumplimiento del propio reglamento, que deberán desempeñar sus funciones de manera independiente y comunicarse, tanto al coordinador de servicios digitales, como a la Comisión europea. Para ello, la propia Comisión promoverá la elaboración y aplicación de normas estandarizadas, realizadas por los organismos internacionales y europeos de normalización, al menos, en lo relativo a los criterios de auditoría de las plataformas en línea de muy gran tamaño, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Servicios Digitales.

II.2 LA IMPORTANCIA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Como la Sociedad Digital requiere normas armonizadas para combatir los contenidos ilícitos, o lícitos pero dañinos en línea, debiéndose ponderar el derecho a la dignidad humana junto con otros derechos, como el de la libertad de expresión, o el derecho a la intimidad informática mencionados anteriormente, la Sección Quinta del reglamento incluye otras disposiciones relativas a las obligaciones de diligencia debida aplicables a los prestadores de servicios digitales, haciendo referencia específicamente a los códigos de conducta como herramienta para actuar frente a los contenidos ilícitos y riesgos sistémicos que puedan afectar a las plataformas en línea de muy gran tamaño, a otras plataformas en línea y a otros prestadores de servicios intermediarios, así como a organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas, que podrán hacer uso de esta

²²¹ *Opt. Cit.* Soriano Arnanz, A., p. 96

²²² *Vid.* Ley de Servicios Digitales, art. 19.2

²²³ *Ídem.* Art. 23.1.c)

²²⁴ *Íbidem.* Art. 25.1

herramienta para, por ejemplo, *establecer compromisos de adopción de medidas específicas de reducción de riesgos*²²⁵.

En palabras del Prof. DÍAZ-ROMERAL, *a falta de una definición de código de conducta [...], puede construirse sobre la base de la Directiva 2005/29/CE, que establece que es un acuerdo de buenas prácticas no impuesto por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, ni por el Derecho de la Unión, pero sí aprobado por una autoridad pública de control competente y, en su caso, por [...] la Comisión [...]*. Esto es: a las autoridades públicas les corresponderá finalmente el control de la legalidad de estos códigos de conducta y su adecuación, así como su aprobación y publicidad para que produzcan plenos efectos²²⁶. De esta forma, aun cuando las buenas prácticas son establecidas por los agentes privados, se produce una mínima intervención del Estado, de acuerdo con la tesis de Fiedrich HAYEK, considerado la referencia más importante del neoliberalismo²²⁷, que se refleja también en el ámbito regulatorio de la Sociedad Digital, de forma inevitable, en aras de proteger la libertad de empresa frente a los acuerdos, decisiones o prácticas ilícitas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 101 del TFUE, que pudieran afectar al comercio. Frente a la intervención, aunque sea mínima, las ventajas de la autorregulación son, entre otras: (i) la voluntariedad, lo que facilita considerablemente su aplicación práctica y su cumplimiento sin imposición de los poderes públicos; (ii) la flexibilidad y la especialización, porque las normas que se recogen en estos códigos suelen estar mucho más adaptadas al problema concreto que se desea solucionar, ya que la elaboración de éstos se ha efectuado, precisamente, por las personas que se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver, y (ii) el desarrollo de estándares que pueden cubrir eventuales lagunas de carácter legal²²⁸. Igualmente, los códigos de conducta en Internet sirven como concienciación pública ya que, además de recoger los imperativos legales, incluyen un conjunto de recomendaciones de buenas prácticas, que hacen al público consciente de los problemas y estimula un debate para designar responsabilidades²²⁹. Por el momento, se han publicado recientemente dos códigos de conducta por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), el primero de Farmaindustria, de febrero 2022, sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de los ensayos clínicos y otras investigaciones clínicas y de la fármaco vigilancia y, por otro lado, el de la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), de junio del mismo año, relativo al tratamiento de datos personales en los sistemas comunes del sector asegurador, que se unen al de Autocontrol sobre el tratamiento de datos en la actividad publicitaria, publicado en

²²⁵ Vid. Ley de Servicios Digitales, art. 35.2

²²⁶ Díaz-Romeral Gómez, A. (2016). Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos, en Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad (2016), VV.AA. Madrid: Reus, S.A., p. 390

²²⁷ Lence Reija, C. (2017). La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas: Revista REALA, nº 17, p. 1

²²⁸ López Jiménez, D. (2011). Los códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet: Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, 5, p. 23

²²⁹ Suárez-Villegas, J.C. & López Jiménez, D. (2011). La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI. Sevilla: Edufora Editorial Mad S.L., p. 1152

el año 2020. Precisamente de Autocontrol, junto con Adigital, cabe mencionar también el Código de Confianza Online (2002), así como el de servicios de comunicaciones electrónicas (2017) y el código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad (2020), entre otros códigos de conducta del ámbito publicitario y otros sectores.

En el ámbito europeo destaca el código de conducta para combatir la incitación ilegal al odio en Internet, adoptado gracias a la iniciativa de cuatro grandes empresas del sector de las telecomunicaciones: *YouTube*, *Twitter*, *Facebook* y *Microsoft*, en el que han asumido, entre otros compromisos, el establecimiento de filtros de detección de contenidos lesivos (o potencialmente lesivos) y su retirada en un plazo de 24 horas²³⁰. También la doctrina anglosajona *lawful but harmful*²³¹ que se está creando a raíz de la falta de definición de aquel contenido legal pero dañino, algo que ya hay quien señala puede limitar el derecho a la libertad de expresión²³². En abril del año 2019, el Parlamento Británico publicó un informe sobre los daños online²³³ en el que estableció el principio de *safety by design*. Un principio híbrido que aúna el principio de protección de datos europeo de la privacidad por defecto y desde el diseño (artículo 25 del RGPD), con la seguridad jurídica, la ciberseguridad, la moderación de contenidos y el reporte de contenidos ilícitos o legales pero dañinos. En su propuesta legislativa en materia de seguridad en línea, denominada *Online Safety Bill*, tratan de definir los contenidos dañinos, teniendo claro que las publicaciones sobre autolesión, acoso o trastornos alimentarios entrarían en esta definición²³⁴. En definitiva, somos testigos y, en cierto modo los protagonistas, de un impulso al *soft law* o derecho no vinculante, especialmente por lo que respecta a la protección de los consumidores y/o usuarios en Internet en general, producto de la extensión de su dignidad humana al entorno cibernético.

En este orden de cosas, los códigos de conducta se erigen como una solución eficaz para suplir aquellas lagunas legales por medio de normas no vinculantes puestas en práctica por la industria²³⁵. No obstante, puede afirmarse que, aunque no tengan rango de Ley, sí que ostentan un carácter constitutivo pues ha de existir un organismo de control que actúe frente a los posibles incumplimientos del código imponiendo la sanción que, en cada caso, corresponda²³⁶. Este sistema de autodisciplina facilita que las estipulaciones de los códigos de conducta no resulten meramente

²³⁰ Gutiérrez Castillo, V. (2020). El control europeo del ciberespacio ante el discurso de odio. Análisis de las medidas de lucha y prevención: Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales, 22, N° 45, p. 305

²³¹ Llana González, P. (2022). Legal pero dañino: por qué las redes permiten acoso, pero no pezones. El País, Sección de Tecnología, p. 1

²³² Higson-Bliss, L. (2022). Online safety bill: ambiguous definitions of harm could threaten freedom of speech – instead of protecting it. The Conversation, p. 1

²³³ Parlamento Reino Unido. (2019). Online harms. White Paper, de Registro de Publicaciones Oficiales. Sitio web: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/973939/Online_Harms_White_Paper_V2.pdf, p. 1

²³⁴ *Opt. Cit.* Llana González, P., p. 1

²³⁵ *Opt. Cit.* López Jiménez, D., p. 4

²³⁶ *Ídem.* p. 5

testimoniales y constituyen un plus adicional de protección en claro beneficio del consumidor o usuario²³⁷.

III. CONCLUSIONES

Doctrinalmente se ha debatido acerca de si la dignidad se trata de un fundamento último o inicial del reconocimiento de los derechos humanos, distinguiendo RAFAEL DE ASÍS entre dignidad humana y vida humana digna, entendiendo que la dignidad humana constituye el punto de partida para el reconocimiento de los derechos, mientras que la vida humana digna, entendida como el desarrollo de la vida conforme a esa dignidad humana, serviría como fundamento, pero último, de los derechos humanos²³⁸. Ello implica que cualquier limitación de derechos a los ciudadanos, concedidos precisamente por la dignidad que ostentan, afectará a su calidad de vida.

Es más: las implicaciones de una tutela desproporcionada de la dignidad humana en línea podrían llegar incluso a despersonalizar Internet ya que, si debemos ser perfectos, al menos cibernéticamente, ¿qué diferencia habría entre un robot y un humano? Las nuevas tecnologías inciden sobre numerosos derechos entre los que ocupan una posición destacada el derecho a la libertad de expresión, el de intimidad y el derecho a la privacidad, en la línea con la Declaración europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital y sus predecesoras, de acuerdo con lo anteriormente analizado, que exigen implementar acciones tendentes a garantizar una mayor transparencia en Internet.

En el análisis de la inteligencia artificial y sus efectos, han prevalecido hasta hoy dos aproximaciones teóricas: su abordaje a partir del derecho a la vida privada y la protección de datos personales y, por otro lado, desde el prisma ético, como ocurre con los algoritmos que toman decisiones automatizadas, situándose al ser humano en el centro. La capacidad exponencial de procesar datos que provienen de multitud de fuentes ha convertido en una realidad la posibilidad de realizar análisis predictivos y la automatización de decisiones, lo cual constituye una fuente de discriminación que parece que encuentra su justificación en la prevención y protección de la dignidad humana en línea. El legislador europeo tiene la intención de extender a Internet la regulación propia del Mercado Interior, si bien debe tenerse en cuenta que, cuando hablamos de contenidos ilícitos en línea, no solo se pretende hacer referencia a aquellos contenidos que, de darse en el mundo real, también serían delictivos; sino que la nueva normativa lo que propone es entender como ilícito todo aquel contenido que no cumpla con ciertos estándares o buenas prácticas, que aún están por determinar. Si los modelos algorítmicos cuentan con garantías, prohibiciones claras de discriminación y formas de control de las distintas formas de discriminación, pudiendo el Derecho después regular las consecuencias de dichas vulneraciones, trasladaríamos la clave del asunto a la resolución de conflictos o litigios. Y no se trata de eso. Se

²³⁷ *Ibidem*

²³⁸ *Opt. Cit.* Campoy Cervera, I., p. 144

trata de que se produzca realmente una transformación en las estructuras sociales que generan las desigualdades²³⁹.

Debido a la opacidad, la complejidad técnica y el comportamiento parcialmente autónomo de algunos sistemas de inteligencia artificial, la dignidad humana en línea exige que las plataformas detecten el uso de cuentas falsas, *bots* y otros comportamientos total o parcialmente automatizados, cuya rápida difusión puede provocar efectos, como se analizaba en el artículo anteriormente, en el discurso cívico, los procesos electorales y la seguridad pública, entre otros.

De esta forma, el legislador entiende que establece un marco jurídico por el que los Estados miembros van a ser capaces de proteger a su población frente a las violaciones de sus derechos por otros actores sociales como, por ejemplo, por parte de las plataformas en línea de muy gran tamaño. La nueva Ley de Servicios Digitales impone una serie de obligaciones asimétricas a los prestadores de servicios digitales (intermediarios, alojadores y plataformas en línea de muy gran tamaño), en materia de transparencia, notificación, rendición de cuentas y medición de riesgos, fortaleciendo también la resolución extrajudicial de conflictos en relación con la retirada de contenidos y la suspensión o el bloqueo de las cuentas de los usuarios. Ya existen iniciativas por parte del legislador que fomentan la utilización de órganos de resolución de conflictos extrajudiciales en materia de protección de datos, de publicidad, de comercio electrónico y de consumidores y usuarios, pero no es coherente la asimetría que el nuevo reglamento otorga a estos prestadores de servicios digitales, pues todo resulta ser una cadena ya que, por ejemplo, la plataforma en línea también puede hacer uso de proveedores que no tienen que cumplir, según la normativa, con las obligaciones legales tan estrictas que se exigen a las redes sociales. Por ello, los prestadores de servicios digitales deberán analizar las consecuencias de los altos estándares de cumplimiento legal que entrarán próximamente en vigor, exigidos a las redes sociales en Europa, con efecto directo en todos los Estados miembros. No es una norma clara en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la misma ya que, a pesar de que su naturaleza jurídica es de reglamento, no unifica qué contenidos se consideran ilícitos o lícitos pero dañinos y las consecuencias que ello lleva aparejado, estableciendo meramente una serie de topes o máximos que los Estados miembros deberán tener de referencia a la hora de implementar dichas directrices, tal y como se ha analizado anteriormente.

Por ello, parece necesario implementar mayores mecanismos eficaces en materia de educación a la población, que de resolución de conflictos o mayores herramientas para analizar y detectar el contenido de la red y el comportamiento de los cibernautas, habida cuenta de que las que existen ya hoy en día han sido suficientes para despertar un movimiento de utilización ética de la tecnología que permita minimizar los riesgos de las decisiones automatizadas en las personas. Personas que, por el mero hecho de serlo, ya son consideradas dignas de derechos, haciendo uso

²³⁹ Añón Roig, M.J. (2022). Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos. Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, 9, N° 19, p. 22

el legislador de esta dignidad como título habilitante para justificar su intervención en otros derechos, de cuyo análisis en el artículo se puede extraer que el derecho a la dignidad humana en línea no sólo está protegiendo cualquier forma de odio y discriminación en las redes sociales. Porque únicamente a las plataformas en línea se les imponen obligaciones de medición de riesgos con respecto a la moderación de contenidos y los contenidos ilícitos, no se imponen a todos los prestadores de servicios digitales por igual. Concretamente, la legislación propone que los poderes públicos sean quienes (i) acrediten qué entidades pueden ser considerados alertadores fiables, una nueva figura que crea el reglamento con el fin de vigilar el contenido de las plataformas en línea; (ii) acrediten qué entidades pueden ser consideradas órganos de resolución de conflictos extrajudiciales y (iii) determinen qué contenidos son ilícitos y sus consecuencias legales, a nivel nacional, así como cuáles pueden ser considerados lícitos, pero dañinos, y sus consecuencias legales.

En definitiva, la implicación del derecho a la dignidad en línea en la moderación de contenidos en las redes sociales es muy alta, porque sirve de base para que el legislador imponga una serie de obligaciones a las plataformas en línea que muy probablemente repercuta negativamente en los propios usuarios. Algunas de las cargas que se esperan imponer en Europa a las redes sociales son la exigencia de auditorías anuales o la designación a uno o varios encargados de cumplimiento, lo que puede suponer un aumento de costes que, unido a la crisis sanitaria, humanitaria y económica que está viviendo Europa, deja claro que la única forma en la que estos prestadores podrían no incrementar su presión regulatoria es acudiendo a los mecanismos de autorregulación y, muy especialmente, a la realización de un código de conducta nacional sobre la moderación de contenidos, aprobado por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), que ya promovió la redacción de la Carta de los Derechos Digitales en España, sin carácter normativo. Hay voces que abogan porque los códigos de conducta y otras formas de *soft law* formen parte de las fuentes del Derecho, sin embargo, ello podría implicar la modificación de las estructuras básicas del poder legislativo, concretamente, de cómo deben aprobarse las normas para que tengan un carácter vinculante.

Las redes sociales contribuyen a un debate social, plural y diverso en el que, los mismos defectos que se nos presentan en la realidad tangible, mundo de las cosas o mundo analógico, se traslada fácilmente a la realidad cibernética respecto de la cual cada uno tiene su idea. Por ello, la protección de la libertad de expresión debe constituir el medio para garantizar la dignidad humana, evitando que los cibernautas puedan ser víctimas de una campaña de desinformación, de la censura o de la intimidación, siendo la participación de la sociedad fundamental para poner solución a las consecuencias del uso de la tecnología, subsistiendo el debate entre la soberanía y la globalización en el uso de las telecomunicaciones. Aún así, ello no debe impedir que se produzca un movimiento de democratización y transparencia de las plataformas en línea de muy gran tamaño, especialmente en lo que respecta a sus algoritmos y las decisiones automatizadas. Respecto de la democratización de las redes sociales, como se ha analizado anteriormente, se presentan en la nueva normativa europea varias soluciones para disminuir las actitudes nocivas en la red, que son: (i) la

implementación de mecanismos de denuncia (notificación y respuesta rápida) frente a contenidos inadecuados, por los propios usuarios de la plataforma, y (ii) la resolución extrajudicial de conflictos. Respecto a este último punto, se ha comprobado cómo el reglamento exige, en su artículo 17, que las plataformas en línea faciliten a los usuarios un sistema interno de tramitación de reclamaciones y, además, en caso de que finalmente la plataforma hubiera bloqueado, suspendido o cesado el servicio o un contenido a cualquier usuario bajo justa causa, no quedará el usuario obligado a abonar las costas del proceso extrajudicial. Ello puede provocar que se produzcan numerosas reclamaciones, que exijan además a las plataformas centrarse en su resolución, revisándose de forma más exigente el contenido que circula por su red social, así como sobre la actividad de sus usuarios, estando todo ello vigilado por entidades que el reglamento denomina alertadores fiables, para quienes la plataforma deberá adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias, de tal modo que se asegure de recibir los avisos enviados por estos. A ello debe añadirse la obligación que se propone sobre la realización de auditorías anuales, la obligación de notificar cualquier información sospechosa de delito, de trazabilidad de los comerciantes que forman parte de la publicidad de su red y de transparencia informativa, debiendo comunicar numerosos informes y datos al coordinador de servicios digitales, otra figura nueva que se crea de con el reglamento, junto con la Junta de coordinadores de servicios digitales y los órganos de resolución extrajudicial de conflictos.

Parece que en la nueva estructura que se le quiere dar a los prestadores de servicios digitales y muy especialmente a las plataformas en línea, faltaría crear un órgano autónomo, independiente del poder ejecutivo, dedicado a la supervisión de los contenidos y los comportamientos en línea, con financiación pública. No puede negarse que el legislador con este nuevo reglamento apuesta por imponer grandes cargas a las plataformas, lo cual puede repercutir después, por ejemplo, en la gratuidad del servicio, o en la libertad dada a los usuarios para interactuar en su red. Al final, toda la estructura que se ha erigido sobre la intervención del poder ejecutivo en la moderación de contenidos, teniendo como título habilitante la protección de la dignidad humana, ciertamente da pie a que puedan producirse situaciones de censura, de transmisión de información sesgada o partidista, de acuerdo con los intereses del gobierno de turno. Por ello, tras el estudio realizado puede concluirse que la mayor implicación de la protección de la dignidad humana en línea es su impacto sobre la moderación de los contenidos y los comportamientos en Internet que no debería depender del poder ejecutivo y que debería estar financiado públicamente habida cuenta de que las exigencias impuestas por el legislador europeo pueden resultar ser desproporcionadamente onerosas para las plataformas en línea actuales, construidas bajo otra filosofía mucho menos ética y cuya transformación depende, en primera instancia, de la propia transformación de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, JD. & Iturralde, M. (2011). Libertad de expresión y litigio de alto impacto: Estudios Generales, Universidad de Los Andes

Añón Roig, M.J. (2022). Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 9, Nº 19

Aragón Medina, J. (2010). El estado de bienestar como proyecto político en un mundo en transformación: *Gaceta sindical, reflexión y debate*, Nº 15

Bernal Ramírez, EJ. (2016). La libertad de expresión en Internet: *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 10

Brey Blanco, JL. & Lozano Maneiro, A. (2017). *Formas de estado, sentimiento constitucional y soberanía*. Madrid: Dykinson

Caballero Trenado, L. (2021). La Carta de Derechos Digitales, una oportunidad de gobernanza para España: *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 6, Nº 3

Campoy Cervera, I. (2004). Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21

Comisión Europea. (2018). Recomendación de la Comisión sobre las medidas para luchar eficazmente contra los contenidos ilícitos en línea, de European Commission. Sitio web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_18_1170

Comisión Europea. (2019). UE-China, una perspectiva estratégica, de EDPS Europa. Sitio web: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-eu-china-a-strategic-outlook_es.pdf

Consejo de Europa. (2022). Your life online: how is the EU taking it easier and safe for you?, de Consilium Europa. Sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/en/your-online-life-and-the-eu/>

De Arteaga, F. (2020). La UE: a la búsqueda de la soberanía digital. 2022, de Análisis Real Instituto Elcano (ARI), Nº 34. Sitio web: <https://www.realinstitutoelcano.org/comentarios/la-ue-a-la-busqueda-de-la-soberania-digital/>

Delgado Azar, I., & Hernández Baqueiro, A. (2008). *Prácticas culturales, actores no estatales y el paradigma del Estado en la realización de los derechos humanos: Fundamentos en humanidades*, Nº 17

Díaz-Romeral Gómez, A. (2016). Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos, en *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (2016), VV.AA. Madrid: Reus, S.A.

European Data Protection Supervisor. (2020). Shaping a Safer Digital Future. The EDPS Strategy 2020-2024, de EDPS Europa. Sitio web: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/strategy/edps-strategy-2020-2024-shaping-safer-digital-future_en

Gómez de Ágreda, A. (2018). Posverdad y 'fake news'. Falsas noticias, no noticias falsas. Telos: Cuadernos de comunicación e innovación, 109

Gutiérrez Castillo, V. (2020). El control europeo del ciberespacio ante el discurso de odio. Análisis de las medidas de lucha y prevención: Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales, 22, N° 45

Higson-Bliss, L. (2022). Online safety bill: ambiguous definitions of harm could threaten freedom of speech – instead of protecting it. The Conversation

Lence Reija, C. (2017). La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas: Revista REALA, n° 17

Llaneza González, P. (2022). Legal pero dañino: por qué las redes permiten acoso, pero no pezones. El País, Sección de Tecnología

López Jiménez, D. (2011). Los códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet: Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, 5

Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. (2017). Más allá de los datos abiertos: algoritmos abiertos, de Datos.Gob.Es. Sitio web: <https://datos.gob.es/es/blog/mas-alla-de-los-datos-abiertos-algoritmos-abiertos>

Montero Caro, D. (2020). Nuevas oportunidades de participación en el marco del modelo de gobierno abierto: Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público, 68, N° 1

Noriega Carrasco, E. & Izábal de la Garza, E. (2021). Capital social y participación política de usuarios de Facebook: Revista de Ciencias Sociales y Humanas, 35

Open Government Partnership (OGP). (2016). OGP Paris Summit. 2022, de Youtube. Sitio web: <https://www.youtube.com/watch?v=PAOk3nEay-8>

Peguera Poch, M. (2005). La prohibición de establecer obligaciones generales de supervisión: Revista de Propiedad Intelectual e industrial en Internet, 1

Pérez Pérez, G. (2013). Ciudadanía social, globalización y estado del bienestar. Tesis Doctoral, Madrid. Universidad Complutense

Pinho De Oliveira, F. (2021). Breves aspectos sobre Internet, democracia y participación ciudadana: Temas de Comunicación, 43

Piñar Real, A. (2021). La Declaración de derechos y principios digitales de la Comisión Europea. ¿Hacia un marco constitucional de los derechos digitales en Europa?: Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review, 10

Pohle, J. & Voelsen, D. (2021). Centrality and power. The struggle over the technological configuration of the Internet and the Global Digital Order: Policy and Internet, Nº 1

Robles-Carrillo, M. (2021). European Union Policy on 5G. Context, scope and limits: Telecommunications Policy, 45, Nº 8

Rodríguez Rodríguez, K. (2018). Movimientos sociales y el uso de las redes sociales: El caso de Anonymous: Batey, Revista cubana de Antropología Social, 11, Nº 3

Sánchez de Diego Fdez. De La Riva, M. (1994). La transparencia de las bases de datos como mecanismo de protección de la intimidad de las personas. Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, Nº 4

Sánchez Guarido, A., & Maddio Medina, A. (2020). El TJUE reabre el debate entre privacidad o seguridad nacional: Diario La Ley, Wolters Klubber, Nº 9743, Sección Tribuna

Sergey, K., & Daria, K. (2020). The Rationalization of the Surveillance: From the ‘Society of Normalization’ to the Digital Society and Beyond: Montenegrin Journal of Economics, 16, Nº 3

Soldevila Fragoso, S. (2021). La Ley de Servicios Digitales: necesaria y polémica: Actualidad Administrativa, Sección Europa. Wolters Klubber, Nº 3

Solon B. & Andrew S. (2016). Big data’s disparate impact: California Law Review, 104

Soriano Arnanz, A. (2021). Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos: Revista de Derecho Público: teoría y método, Nº 1

Stuart Mill, J. (1984). Sobre la libertad. Madrid: Alianza

Suárez-Villegas, J.C. & López Jiménez, D. (2011). La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI. Sevilla: Edufora Editorial Mad S.L.

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Sentencia TJUE de 8 de abril de 2014, caso «Digital Rights Ireland

Sentencia TJUE de 21 de diciembre de 2016, caso «Tele2»

Sentencia TJUE de 5 de abril 2022, en el asunto C-140/20

Reglamento europeo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE

Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea

Parlamento Reino Unido. (2019). Online harms. White Paper, de Registro de Publicaciones Oficiales. Sitio web: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/973939/Online_Harms_White_Paper_V2.pdf

Consejo Europeo. (2021). Declaración de los miembros del Consejo Europeo, de *Consilium* Europa. Sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/media/49007/250321-vtc-euco-statement-es.pdf>

Comisión Europea. (2022). Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, de Eur-Lex Europa. Sitio web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0027&from=ES>

SECCIÓN II. RECENSIONES

Recensión: Torres Ávila, J. (2017). *La transparencia y el buen gobierno: una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales*, JUS público, ISBN: 9789588934228

Review: Torres Ávila, J. (2017). *Transparency and good governance: a perspective from human rights and the obligations of local governments*, JUS público, ISBN: 9789588934228

Manuel Palomares Herrera
Doctor en Derecho

En la presente obra, editada en castellano por la Universidad Católica de Colombia, el autor nos ofrece 134 páginas de una simbiosis cada vez menos tabú; hablamos de la interconexión de la transparencia y los derechos humanos como un binomio que se hace trampolín hacia su iusfundamentalización. Tanto impreso como en formato electrónico, hablamos de cuatro capítulos en donde se hace una investigación jurídica dirigida a la revisión ética, administrativa y de responsabilidad profesional, aunque se presenta por el autor como un sondeo de la política legislativa y al concepto de ciencia política en transparencia a nivel municipal.

Una de las ideas más novedosas que mantiene es que la participación ciudadana interactiva puede solo ejercerse desde la transparencia de la que el ciudadano puede nutrirse desde que ya no solo queda al ámbito funcional de decisión la información pública, para lo que se requieren las herramientas de la era digital. También se destaca la premisa de que “fortalecer lo local es fundamental para establecer un Estado que pueda alcanzar las metas del Estado Constitucional” para lo que la transparencia es un nuevo pilar.

El primero de los capítulos (pp. 9-69) del manuscrito, titulado “*La receta de la nueva legitimidad: el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto*” es donde descansa la hermenéutica, la epistemología, el análisis de principios, las reflexiones de Derechos Humanos y Transparencia y es esta la base internacional para ir creando la atmósfera de acceso al ámbito regional que viene en adelante. Es por ello por lo que en el segundo capítulo (pp. 69-89) rubricado “*Las obligaciones de las regiones y las localidades frente a los derechos humanos*” queda justificado el grueso del contenido del libro, y es ahí donde aborda la descentralización de las políticas públicas, de la transparencia política en la práctica local y su enfoque en derechos humanos.

En “*Estrategias de la implementación de las obligaciones del derecho a la información pública y la transparencia en el ámbito local*” (pp. 89-100) analiza y cuestiona las herramientas puestas al servicio del ciudadano y lo compara desde los niveles de cumplimiento para conocer la repercusión real de la norma y así visar el cumplimiento por parte de las administraciones. Y al hilo de lo anterior en lo que se refiere a incumplimientos o repercusiones penales que trasciendan y que sobresalgan de las responsabilidades que suponen las infracciones administrativas finaliza con el

capítulo *“El derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección y prevención de los derechos. El caso del acceso a la información”* (pp. 105-112).

Para finalizar, y por no *spoilear* conclusiones del trabajo del profesor Torres, terminar extrayendo de esta recomendable obra que ofrece una perspectiva moderna de la transparencia colombiana, donde allana el camino con unas recomendaciones de implementación y visiones prácticas bien estructuradas consciente en todo momento del escaso desarrollo democrático y de esquemas de participación ciudadana y en recursos de las administraciones más cercanas al ciudadano, las locales, que, paradójicamente, es donde reside el grueso competencial del Estado en este territorio.