

IgualdadES



EMERGENCIA SANITARIA E IGUALDAD

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

¿Ha sido España *país para viejos* durante la emergencia sanitaria de COVID-19?

**FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
Y VICENTE BELLVER CAPELLA**

Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Historia de dos epidemias: una respuesta basada en derechos

ANA MARRADES PUIG

Diseñando un nuevo modelo económico: propuestas desde el derecho constitucional y la economía feminista sobre el cuidado y la igualdad frente a la crisis COVID-19

MARTA SEIZ

Desigualdades en la división del trabajo en familias con menores durante el confinamiento por COVID-19 en España. ¿Hacia una mayor polarización socioeconómica y de género?

SERGIO MAIA TAVARES MARQUES

Social protection of self-employed workers during the COVID-19 pandemic in Portugal and the role of EU law

ESTUDIOS

TANIA GROPPI

Gender-based violence as a challenge to constitutional democracy

JOSÉ MARÍA DE LUXÁN MELÉNDEZ

La estacionalidad en el empleo público desde una perspectiva de género. Un análisis de la estadística de afiliación de la seguridad social: 2014-2019

SERGIO CÁMARA ARROYO

Criminología y perspectiva de género: la delincuencia juvenil femenina

3

AÑO II

julio/diciembre

2020

EMERGENCIA SANITARIA
E IGUALDAD



ESTUDIOS

Directora

Cristina Elías Méndez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Secretario

Emilio Pajares Montolío, *Universidad Carlos III de Madrid*

Vocales

Mercedes Bengoechea Bartolomé, *Universidad de Alcalá*
Mariana Canotilho, *Universidade de Coimbra*
Jorge Cardona Llorens, *Universitat de València*
Ángela Figueruelo Burrieza, *Universidad de Salamanca*
Itziar Gómez Fernández, *Universidad Carlos III de Madrid*
Teresa Jurado Guerrero, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Patricia Laurenzo Copello, *Universidad de Málaga*
Sabrina Ragone, *Università di Bologna*
Fernando Rey Martínez, *Universidad de Valladolid*
Carmen Sáez Lara, *Universidad de Córdoba*
Asunción Ventura Franch, *Universitat Jaume I*

Consejo Científico

Francisco Balaguer Callejón, *Universidad de Granada*
María Luisa Balaguer Callejón, *Universidad de Málaga*
Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid*
Paola Bilancia, *Università degli Studi di Milano*
Gregorio Cámara Villar, *Universidad de Granada*
Valentina Colcelli, *Consiglio Nazionale delle Ricerche-Istituto
di Fisica Applicata Nello Carrara*
Enriqueta Chicano Jávega, *Tribunal de Cuentas*
María Elisa Chuliá Rodrigo, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Laura Díez Bueso, *Universitat de Barcelona*
Teresa Freixes Sanjuán, *Universitat Autònoma de Barcelona*
Yolanda Gómez Sánchez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Tania Groppi, *Università degli Studi di Siena*
Vitulia Ivone, *Università degli Studi di Salerno*
José Antonio Montilla Martos, *Universidad de Granada*
Soledad Murillo de la Vega, *Universidad de Salamanca*
Eva-María Poptcheva, *Servicio de Estudios del Parlamento Europeo*
Amparo Rubiales Torrejón, *Universidad de Sevilla*
Remedio Sánchez Ferriz, *Universitat de València*
Ana Sánchez Lamelas, *Universidad de Cantabria*
Joaquín Sánchez-Covisa, *Fiscal de Sala del Tribunal Supremo*
Julia Sevilla Merino, *Universitat de València*
Amelia Valcárcel y Bernaldo de Quirós, *Universidad Nacional
de Educación a Distancia y Consejo de Estado*

IgualdadES

3

AÑO II

julio/diciembre

2020

ISSN-L 2695-6403

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos de la revista IGUALDADES
están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=16>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

SUSCRIPCIONES

Para adquirir números sueltos en papel debe dirigirse a:
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
<http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista>

ISSN-L: 2695-6403

DOI: 10.18042/cepc/IgdES

NIPO: 091-20-040-X (PDF)

NIPO: 091-20-041-5 (HTML)

Fotocomposición: TRECEOCHO EDICIÓN, S.L. - ÁVILA, 12-28830 San Fernando de Henares

SUMARIO

Año II. Núm. 3, julio/diciembre 2020

EMERGENCIA SANITARIA E IGUALDAD

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

¿Ha sido España *pais para viejos* durante la emergencia sanitaria de COVID-19? 275-312

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN

Y VICENTE BELLVER CAPELLA

Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia 313-341

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Historia de dos epidemias: una respuesta basada en derechos. . . 343-377

ANA MARRADES PUIG

Diseñando un nuevo modelo económico: propuestas desde el derecho constitucional y la economía feminista sobre el cuidado y la igualdad frente a la crisis COVID-19 379-402

MARTA SEIZ

Desigualdades en la división del trabajo en familias con menores durante el confinamiento por COVID-19 en España. ¿Hacia una mayor polarización socioeconómica y de género? 403-435

SERGIO MAIA TAVARES MARQUES

Social protection of self-employed workers during the COVID-19 pandemic in Portugal and the role of EU law . . . 437-454

ESTUDIOS

TANIA GROPPI

Gender-based violence as a challenge to constitutional democracy 457-471

JOSÉ MARÍA DE LUXÁN MELÉNDEZ

La estacionalidad en el empleo público desde una perspectiva de género. Un análisis de la estadística de afiliación de la seguridad social: 2014-2019 473-517

SERGIO CÁMARA ARROYO

Criminología y perspectiva de género: la delincuencia juvenil femenina 519-555

Colaboran 557-560

TABLE OF CONTENTS

Year II. Issue 3, July/December 2020

HEALTH EMERGENCY AND EQUALITY

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Has Spain been a *country for old men* during the health emergency of COVID-19?

275-312

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN

Y VICENTE BELLVER CAPELLA

Prioritize without discrimination: The Spanish Bioethics Committee opinion on the rights of people with disabilities in a pandemic context

313-341

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

A tale of two epidemics: A rights-based response

343-377

ANA MARRADES PUIG

Designing a new economic model: Proposals from constitutional law and feminist economics on care and equality in the face of the COVID-19 crisis.

379-402

MARTA SEIZ

Inequalities in the division of labor in families with children during COVID-19 confinement in Spain. Towards greater gender and socioeconomic polarization?

403-435

SERGIO MAIA TAVARES MARQUES

Social protection of self-employed workers during the COVID-19 pandemic in Portugal and the role of EU law . . .

437-454

STUDIES

TANIA GROPPI

Gender-based violence as a challenge to constitutional democracy 457-471

JOSÉ MARÍA DE LUXÁN MELÉNDEZ

Seasonality in public employment from a gender perspective. An analysis of the Social Security affiliation statistics: 2014-2019 . . 473-517

SERGIO CÁMARA ARROYO

Criminology and gender perspective: Female juvenile delinquency. . . 519-555

Contributors 557-560

EMERGENCIA SANITARIA E IGUALDAD

¿HA SIDO ESPAÑA PAÍS PARA VIEJOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA DE COVID-19?

Has Spain been a country for old men during the health emergency of COVID-19?

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA
Universidad de Oviedo¹
presnolinera@gmail.com

Cómo citar/Citation

Presno Linera, M. Á. (2020).
¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?
IgualdadES, 3, 275-312.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.01>

(Recepción: 24/06/2020; aceptación tras revisión: 06/10/2020; publicación: 18/12/2020)

That is not a country for old men [...]
An aged man is but a paltry thing,
A tattered coat upon a stick, unless
Soul clap its hands and sing, and louder sing
For every tatter in its mortal dress,
Nor is there singing school but studying
Monuments of its own magnificence;
And therefore I have sailed the seas and come
To the holy city Byzantium.

WILLIAM BUTLER YEATS, *Sailing to Byzantium* (1928).

¹ Email: presnolinera@gmail.com. En <http://presnolinera.wordpress.com> he publicado diversas entradas sobre esta cuestión desde el 9 de marzo. Este trabajo se entregó el 20 de julio de 2020 y ha sido objeto de varias modificaciones en meses posteriores gracias a las sugerencias de quienes lo revisaron a efectos de su eventual publicación.

Resumen

Las personas de mayor edad ha sido las más afectadas por la epidemia de COVID-19. En el presente trabajo se analiza si las medidas adoptadas por las diferentes administraciones públicas durante la emergencia sanitaria para proteger su vida y su salud han tenido en cuenta, cuando eso ha sido posible, su autonomía personal y su propia salud física y psíquica, en especial cuando se ha tratado de personas mayores que viven en residencias.

Palabras clave

COVID-19; crisis sanitaria; emergencia sanitaria; estado de alarma; personas mayores; grupos vulnerables; derecho a la salud; libertad de circulación; confinamiento.

Abstract

The elderly people have been hardest hit by the COVID-19 epidemic. This paper analyses whether the measures to protect their lives and health taken by the different public administrations during the health emergency have taken into account, where possible, their personal autonomy and their own physical and mental health, especially when they have been regarded as people living in Care Homes for the elderly.

Keywords

COVID-19; health crisis; health emergency; state of alarm; elderly people; vulnerable groups; right health; freedom of movement; confinement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: ¿ES ESPAÑA UN PAÍS DE VIEJOS? II. BREVE RECORDATORIO: LA EDAD NO PUEDE SER MOTIVO DE DISCRIMINACIÓN. III. APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS MAYORES. IV. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES Y SU ACCESO A LOS TRATAMIENTOS SANITARIOS Y A LA ATENCIÓN HOSPITALARIA DURANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19. V. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA POR COVID-19: 1. El confinamiento generalizado de las personas mayores hasta el 2 de mayo de 2020. 2. Los límites adicionales a las personas mayores residentes en centros sociosanitarios: prohibición de salir de los centros y de recibir visitas. VI. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: ¿ES ESPAÑA UN PAÍS DE VIEJOS?

El 12 de marzo de 2020, dos días antes de la declaración del estado de alarma, se publicó el informe *Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos*², que, en palabras de sus autores, «presenta una serie de indicadores demográficos, de salud, económicos y sociales que proporcionan una visión general de la situación, características y comportamientos de las personas mayores [de 65 años] en España, así como de los cambios que han experimentado en los últimos años». Mencionaremos algunos datos de relevancia para el asunto al que dedicamos estas páginas sobre los que se volverá más adelante.

- Así, a 27 de diciembre de 2019 había 9 057 193 personas mayores, un 19,3 % sobre el total de la población (47 026 208). Los octogenarios ya representan el 6,1 % de toda la población. Los centenarios eran 16 303.
- El mayor número de personas mayores se concentra en municipios urbanos: en los dos más grandes de España (Madrid y Barcelona) viven 1 011 955, más que en los 5877 municipios rurales.

² Pérez *et al.* (2020). A este informe se refiere, como fuente documental, el Defensor del Pueblo (2020: 5). Véase también el informe de HelpAge España (2020).

- Asturias, Castilla y León, Galicia, País Vasco, Cantabria y Aragón son las comunidades autónomas más envejecidas con proporciones de personas mayores que superan el 21 %. Baleares, Murcia, y Canarias son las comunidades con proporciones más bajas, por debajo del 16 %.
- En 2018 las mujeres en España tenían una esperanza de vida al nacer de 85,9 años y los hombres de 80,5 años (83,2, ambos sexos), según las últimas *Tablas de mortalidad* del INE.
- Más de la mitad de todas las estancias causadas en hospitales son de población mayor: en 2018 ya fueron el 57,9 %, porcentaje que sigue aumentando; de un total de 40 563 057 estancias hospitalarias (fecha de alta menos la de ingreso, no computándose estancias iguales a cero días), 23 474 841 correspondieron a personas mayores. Del total de altas de personas mayores, las enfermedades circulatorias (19,8 %), respiratorias (17,2 %), digestivas (12,1 %) y neoplasias (10,9 %) son las causas más frecuentes de asistencia hospitalaria. Le siguen en importancia las lesiones, las enfermedades genitourinarias y las del sistema osteomuscular. Un 22,2 % de personas mayores tiene obesidad, y otro 41,5 % sobrepeso.
- El patrón de edad de la mortalidad de la población en su conjunto está determinado por las causas de muerte de los mayores, que suponen el 86,0 % de todos los fallecidos en España (2018). En 2018, la principal causa de muerte entre los mayores está relacionada con enfermedades del aparato circulatorio (109 984 fallecimientos). El cáncer (tumores) es la segunda causa (85 812 fallecidos), y en tercer lugar, a distancia, se encuentran las muertes por enfermedades respiratorias (50 469).
- En 2019 la pensión media del sistema fue de 991 euros mensuales. Las pensiones de las mujeres son más bajas que las de los hombres, debido a sus diferentes carreras laborales, ocupaciones, o por tener otro tipo de pensiones (viudedad, etc.).
- El gasto fundamental de un hogar donde residen personas mayores es el mantenimiento de la propia vivienda (agua, electricidad, y otros gastos), cuya proporción suele ser más alta que en el resto de grupos de edad, alrededor del 45 % de los gastos. El capítulo alimentación es el segundo en importancia. Ambas cosas están relacionadas con unos ingresos menores en términos absolutos.
- La posición económica de los mayores ha mejorado relativamente en los años de crisis económica; su proporción en riesgo de pobreza es de un 15,6 % (2018), inferior a la del resto de los españoles. Apparentemente han evitado lo peor de la crisis económica iniciada en 2008, pero desde 2015 aumenta de nuevo el riesgo de pobreza.

- Durante la vejez, y hasta las edades muy avanzadas, la edad aumenta la probabilidad de vivir en soledad. Ha habido en los últimos años un incremento de los hogares unipersonales en personas de 65 y más años, aunque las proporciones son todavía menores que en otros países. La proporción es mayor entre las mujeres que entre los hombres (2018: 31,0% frente a 17,8%) pero en estos ha habido un aumento notable en los últimos años.
- En España hay 4,1 plazas de residencia por cada 100 personas mayores; en total, 372 985 plazas (2019). Se desconoce el nivel de ocupación, pero puede situarse entre el 75-80%.
- A partir de los 55 años hay un descenso en los porcentajes de personas que utilizan internet. Se percibe una brecha digital entre los mayores y el resto de la población. Sin embargo, la brecha se reduce rápidamente en los últimos años, especialmente por a la llegada a estas edades de personas que ya utilizaban internet previamente, más que por una alfabetización digital de los ya mayores; en 2007 la brecha era de 78,6 puntos porcentuales entre el grupo de edad más conectado (16-24 años) y el de los mayores (65-74 años); en 2019, se ha reducido a 35,5 puntos.

España no es, como no lo es país alguno en estos momentos, un *país de viejos* e, incluso, está por debajo (19,3) de la media de la Unión Europea a 27 (20,3): en dicho entorno los países con mayor número de personas mayores en el año 2019 fueron Alemania (17,9 millones), Italia (13,8), Francia (13,5) y España (9,1). En cifras relativas el orden cambia: Italia (22,8%), Grecia (22,0%), Portugal y Finlandia (21,8%) y Alemania (21,5%) son los países más envejecidos.

En todo caso, en España las personas mayores de 65 años suponen casi la quinta parte de la población y se prevé que en el año 2050 ese porcentaje se haya duplicado. Además, como se ha visto con los datos anteriores, se trata del grupo de personas que tiene más problemas de salud y que, por tanto, más atención médica y hospitalaria requiere; adicionalmente, su situación económica, en general, no es, muy boyante.

Una cuestión que tener en cuenta en relación con las personas mayores que viven en residencias sociosanitarias, públicas y privadas, es la situación legal, organizativa y prestacional de las mismas, aspectos que han venido ocupando y, para decirlo con todas las palabras, preocupando a diversas instituciones, singularmente al Defensor del Pueblo (2020: 17-19), donde se recogen una serie de conclusiones que resumiremos en las siguientes líneas³:

³ En particular sobre la gestión, véase Pino *et al.* (2020a). A modo de resumen, Pino *et al.* (2020b).

Perdura una gran dispersión normativa sobre los requisitos que deben reunir los centros residenciales para su acreditación y posterior autorización de funcionamiento. En consecuencia, para solventar esta situación se requiere que las comunidades autónomas realicen un importante esfuerzo de actualización y armonización.

No existe un mecanismo eficaz comúnmente compartido entre todas las administraciones para recopilar datos que permitan realizar estadísticas fiables que se actualicen periódicamente respecto de los recursos de atención residencial disponibles, tanto en el plano autonómico como estatal. De esta forma se podrán realizar estrategias de atención a las personas mayores más adecuadas.

Se carece de un número suficiente de plazas públicas y concertadas de atención residencial para atender los derechos subjetivos derivados de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía y atención a la dependencia. Por tanto, se requiere de un significativo esfuerzo presupuestario para dotar más plazas.

Es necesario un número suficiente de personal para prestar servicios en los centros residenciales. Por tanto, se requiere una profunda revisión al alza de las ratios de personal de atención directa para mejorar la calidad asistencial, pues se han quedado manifiestamente desfasadas. Los usuarios con dependencia son más y su dependencia es mayor y requieren una atención correcta y plenamente respetuosa con sus derechos.

Resulta importante mejorar la cualificación del personal que presta sus servicios en el sistema residencial. Las administraciones deben fomentar e impulsar planes de formación profesional específica para el desempeño de los puestos de trabajo que tienen encomendados.

Un modelo de residencias propiamente sociosanitario, con atención médica y de enfermería más amplia y extensa, en España no está regulado ni ha sido así organizado de forma general para todo el sistema. Sería útil estudiar su viabilidad y conveniencia.

Es imprescindible que las comunidades autónomas creen con urgencia, o en su caso incrementen adecuadamente, unos servicios de inspección suficientemente dotados de personal correctamente formado, para que puedan llevar a cabo su función de vigilancia de forma eficaz, para que los centros mantengan los requisitos normativos exigidos para su correcto funcionamiento y unos niveles adecuados de calidad en la prestación del servicio de atención residencial de mayores. También es muy recomendable que se aprueben planes periódicos de inspección de los centros con indicadores sobre calidad, trato inadecuado y buenas prácticas.

Es precisa una ley orgánica que delimite las circunstancias extraordinarias vinculadas a la salud y al deterioro físico y mental en las que las personas en edad avanzada pueden tener que asumir limitaciones al ejercicio y realización de algunos de sus

derechos fundamentales, con especial referencia a la atención en centros residenciales y a las situaciones en las que excepcionalmente podrían adoptarse medidas extraordinarias de restricción de la libertad y otros derechos [...]

En definitiva, resultan necesarias reformas normativas de calado que garantice a los mayores el ejercicio de una serie de derechos y que se preste una mayor atención presupuestaria, formativa, dotacional e inspectora en los centros residenciales que permita hacer frente a toda una serie de retos que hoy tiene planteado este sector, y que con toda seguridad se incrementara en un futuro inmediato».

II. BREVE RECORDATORIO: LA EDAD NO PUEDE SER MOTIVO DE DISCRIMINACIÓN

Es bien sabido que en rigor el art. 14 de la Constitución española (CE)⁴ no prohíbe cualquier trato diferenciado; sí, en palabras del Tribunal Constitucional (TC), el que introduzca

una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3).

En ese mismo fundamento jurídico se añade que

por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal la ha considerado una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto⁵.

⁴ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

⁵ Cardona *et al.* (2019).

El propio TC ya había dicho mucho tiempo atrás (STC 69/1991, de 8 de abril, FJ 4) que

la edad es, naturalmente, una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna [...] la prohibición contenida en el art. 14 de nuestra Constitución no puede ser entendida sin embargo de modo tan rígido que las circunstancias personales no puedan ser tomadas nunca en consideración por el autor de la norma o por quien la interpreta, cuando tales circunstancias son relevantes para la finalidad legítima, y en sí misma no discriminatoria, que la norma persigue.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ha incorporado a la edad de manera expresa como circunstancia que excluye el trato discriminatorio; así el art. 21 dispone que «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual» y, por citar un ejemplo jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto *Mangold c. Helm*, de 22 de noviembre de 2005) declaró que «el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario» (apdo. 75)⁶.

Dicho lo anterior, es necesario verificar si tales exigencias normativas de no discriminación por razón de edad tienen un adecuado correlato en la práctica y si las personas mayores en nuestro país no son un colectivo que sufra prácticas discriminatorias y para ello es necesario contar con unos datos que, en general, hoy todavía no se han recabado para, como se reclama en HelpAge España (2020: 33), se obtenga una imagen más precisa de la realidad que viven las personas mayores y así conocer las discriminaciones y dificultades a las que se enfrentan a la hora de ejercer sus derechos de modo que las intervenciones normativas y de políticas públicas se desarrollen lo mejor posible, cumpliendo así, además, con la obligación internacional del Estado español de incluir datos sobre las personas mayores en los informes sobre derechos humanos que realice para organismos internacionales.

⁶ Por citar un precedente más lejano en el tiempo, en Estados Unidos se aprobó en 1967 la Age Discrimination in Employment Act, que estableció la protección de los trabajadores de 40 años de edad o más frente a la discriminación por motivos de edad en la contratación, el ascenso, el despido y en los términos y condiciones del empleo. Sobre estas cuestiones en el ámbito internacional HelpAge España (2020: 10-12).

III. APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS MAYORES

El art. 50 CE establece, como uno de los principios rectores de la política social y económica, que «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio»⁷.

No nos ocuparemos aquí del evidente contenido económico y social de este precepto y que ha sido objeto de desarrollo en diversas leyes, algunas de las cuales no tienen como destinatarios específicos a las personas que la CE sitúa en «la tercera edad», como la «Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» o el «Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social». Tanto una como otra norma se centran en la protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables⁸.

Aceptando aquí la terminología «personas mayores»⁹, es obvio que las mismas no están de suyo en una situación de vulnerabilidad, pero sí son más

⁷ Véase, con detalle, Flores Giménez (2019: 29-52); sobre la protección internacional, Cebada Romero (2019: 53-71).

⁸ Sobre la protección de las personas mayores vulnerables en el contexto de la COVID-19, Presno Linera (2020a: 54-65).

⁹ Explica Martínez Ques que «la terminología empleada para designar a las personas de edad es muy variada y heterogénea. Según el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en los documentos internacionales se opta por los términos: personas mayores, personas de edad avanzada, personas de más edad, tercera edad, ancianos y cuarta edad para los mayores de 80 años. Ese Comité opta por «personas mayores», como la Asamblea General de las Naciones Unidas, término que englobaría a las personas de más de 60 años. En el servicio estadístico Eurostat se consideran mayores las de 65 o más años. En otros ámbitos jurídicos se ha fijado una edad más temprana; así, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores considera mayores a las personas a partir de los 60 años, «salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años» (art. 2) y el Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos fija en África también esa edad en los 60 años (art. 1). En todo caso, no hay que perder de vista que, como se recuerda en el Informe de HelpAge España (2020: 7), la «decisión sobre cuándo se comienza a tratar a alguien como a una

propensas a ello que personas más jóvenes, al menos en términos de grupo, por la mayor prevalencia de determinadas complicaciones de la salud¹⁰. Si sumamos a la circunstancia de la edad otros factores de vulnerabilidad, entonces su vida se complica de manera extraordinaria: por ejemplo, si tienen, además, algún tipo de discapacidad física y/o mental, si carecen de recursos suficientes, si viven en la calle, si son personas mayores que están presas, si tienen personas que dependen de ellas por razones de cuidados, económicas... En esta línea, la citada CDFUE dedica el art. 25 a las personas mayores y proclama que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural».

Es importante destacar esa exigencia de una vida digna e independiente para las personas mayores, entendida como una vida en la que no se encuentren en una posición de inferioridad respecto a otras personas y en la que puedan seguir autodeterminándose en la mayor medida posible. Cabría enlazar así el art. 25 CDFUE con el art. 10.1 CE que erige a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social, lo que en el caso de la dignidad implica, según la jurisprudencia constitucional, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que en cuanto ser humano merece la persona (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4). Por su parte, el libre desarrollo de la personalidad apunta a la maximización de la fundamentalidad de los derechos, tanto en el sentido de que extiende el haz de libertades disponibles directamente por el titular del derecho como en el de que estrecha el ámbito de actuación de los poderes públicos y, en particular, del legislador, al obligarle, cuando sea necesario, a que apruebe la legislación que permita el ejercicio del derecho y al predeterminar su contenido.

En otras palabras, y por lo que respecta a la dignidad, las personas mayores, como cualquier otra persona, deben disfrutar de unas condiciones mínimas para el ejercicio de sus derechos, lo que en su caso puede implicar la obligatoriedad por parte de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para ello. El libre desarrollo de la personalidad en el caso de las personas mayores se convierte en un principio o mandato de optimización en

persona mayor está relacionada con cuestiones culturales. Frente a este malentendido, el Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud publicado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2015 muestra, en palabras de la entonces directora general, Margaret Chan, cómo “la pérdida de capacidad generalmente asociada con el envejecimiento solo se relaciona vagamente con la edad cronológica de una persona”».

¹⁰ Barranco Avilés (2014: 17-44).

el sentido de que refuerza la preservación normativa —dimensión subjetiva de los derechos— a favor de dichas personas y lo hace frente al legislador y los demás poderes públicos, imponiendo una protección preferente de los comportamientos descritos de manera más o menos genérica y abstracta en los enunciados jurídicos constitucionales. Además, orientando la labor de desarrollo del legislador que, en cumplimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, actúa como un elemento de fortalecimiento de la garantía de la libertad jurídico-subjetiva¹¹.

IV. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES Y SU ACCESO A LOS TRATAMIENTOS SANITARIOS Y A LA ATENCIÓN HOSPITALARIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Hay que comentar recordando que el art. 43 CE dispone que «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto [...]». Es bien sabido que no se confiere a la salud la condición de derecho fundamental, es decir, no se configura como un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho)¹².

Y ello a pesar de que nadie dudará de que es «fundamental» para las personas tener garantizada la protección de la salud. Simplemente no es derecho fundamental porque la CE no lo sitúa en esa posición normativa suprema; su configuración jurídica la encomienda por completo al legislador y el individuo solo podrá alegar ese derecho en los términos dispuestos en la ley (art. 53.3 CE). En segundo término, esta ubicación sistemática determina que la regulación de la protección de la salud compete a la ley ordinaria —no a la orgánica— y dicho principio rector no está garantizado por un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios ni por el recurso de amparo ante el TC.

¹¹ Un ejemplo de lo que se está diciendo lo encontramos en el asunto resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 25 de julio de 2017, en el caso *Maria Ivone Carvalho c. Portugal*.

¹² Más extensamente, Presno (2018: 34-44); también García Amez (2018: 141-151); Gómez Sánchez (2011: 3-17); León Alonso (2010); Rey Martínez (2018: 281-296), y Tenorio Sánchez (2018: 433-446).

Dicho lo anterior, es obvio que la inclusión de la protección de la salud en el texto constitucional no es algo baladí: en primer lugar, porque se hace un reconocimiento general de los beneficiarios como se deduce del empleo de la expresión «se reconoce»; en segundo lugar, porque se incluye un mandato claro: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Por ello, cabría hablar de la salud como *principio activo* de parte de las conductas protegidas por varios derechos fundamentales, pues es la salud la que ofrece la condición necesaria para constituir derechos tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la intimidad personal.

En esta línea, es conocida la jurisprudencia del TEDH según la cual la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del CEDH (asunto *Valentín Câmpeanu c. Rumanía*, 17 de julio de 2014), así como cuando el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles (SSTEDH *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*, de 9 de abril de 2013, *Asiye Genc c. Turquía*, de 27 de enero de 2015, entre otras). Por su parte, en la STC 48/1996, de 25 de marzo, se alude a «la protección de la salud como expresión del derecho a la vida» (FJ 3) y, poco antes, el TC ya había dicho que «[...] el derecho a que no se dañe o perjudique la salud queda también comprendido en el derecho a la integridad personal» (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3).

Pues bien, la protección de la salud como parte de la protección de la vida y la integridad física y moral (integridad personal) tiene un componente universal y se garantiza a todas las personas, sin que la edad pueda ser por sí sola un motivo de trato peyorativo en este ámbito. La propia Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, prevé que

todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social [...]. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.

Esta línea ya estaba apuntada, primero, en el Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, cuyo art. 1 proclama que «las partes en el presente Convenio protegerán al

ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina», y más tarde, en el art. 35 de la CDFUE: «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

Entrando en la cuestión de la atención sanitaria a las personas mayores durante la crisis sanitaria derivada del COVID-19, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, contemplaba, en su art. 4.3, que «los actos, disposiciones y medidas [...] deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno». Y entre esas personas vulnerables se encontraban, sin duda, las personas mayores con determinadas patologías previas, sobre las que la incidencia del virus se demostró enseguida especialmente agresiva¹³.

¹³ El 30 de marzo la Sección de Cardiología Geriátrica de la Sociedad Española de Cardiología publicó un documento en cuya introducción señala: «La población de mayor edad es especialmente vulnerable a la infección por COVID-19, así como a desarrollar procesos de mayor gravedad. Este aumento de morbi-mortalidad en paciente mayor se ha asociado tanto a las comorbilidades, especialmente la enfermedad cardiovascular (ECV), como a la situación de fragilidad que conlleva una respuesta inmunológica más pobre [...]. Siendo España uno de los países más envejecidos a nivel mundial, el COVID-19 se ha convertido en una emergencia geriátrica a la que nos enfrentamos hoy en día [...]» Más adelante recuerda que «en España, en menos de 30 años se ha duplicado el número de personas mayores de 65 años, siendo alrededor del 17% de la población total, con más de 7 millones, de las que aproximadamente un 25% son octogenarias. La población de edad avanzada presenta una mayor susceptibilidad a la infección y a las formas más graves de la misma [...] los pacientes de edad avanzada con cardiopatía son especialmente vulnerables por tres motivos: son pacientes en riesgo de descompensación (en mayor o menor medida en función de la situación de su patología CV), constituyen un grupo de riesgo elevado para la infección por lo que las medidas de aislamiento deben ser especialmente estrictas, y tienen una peor accesibilidad a las posibilidades de telemedicina (dificultades en la comunicación telefónica, no acceso o desconocimiento de nuevas tecnologías...). Es por ello por lo que debemos hacer un esfuerzo por cuidar a este grupo poblacional en la situación actual aún con las limitaciones descritas, actuando en estos niveles de vulnerabilidad [...]. Dentro de los pacientes de edad avanzada, las personas institucionalizadas constituyen un grupo

La «Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», incluye un preámbulo donde se puede leer:

Los mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros centros sociosanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19 por varios motivos, como son entre otros, que habitualmente presentan edad avanzada; patología de base o comorbilidades; y su estrecho contacto con otras personas, como son sus cuidadores y otros convivientes... La propagación del COVID-19 entre personas vulnerables que viven en residencias de mayores, se está observando en los últimos días, por lo que es necesario avanzar en la adopción de medidas organizativas y de coordinación, orientadas a reducir el riesgo de

especialmente vulnerable, máxime cuando en muchos casos las residencias están siendo aisladas por focos de COVID-19 [...]» (disponible en: <https://bit.ly/36gnHfj>).

En esta misma línea hay varios documentos de interés de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología, que ya el 5 de marzo publicó unas «Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19», donde se advertía que «hasta donde conocemos, el SARS-CoV-2 afecta de forma más grave a mayores de 65 años con patología cardiovascular previa (sobre todo hipertensión e insuficiencia cardíaca) y en menor medida con patología respiratoria crónica y diabetes. La mortalidad aumenta con la edad [...]. Los residentes y usuarios de los centros sociosanitarios se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante la infección por COVID-19 por varios motivos: habitualmente presentan patología de base o comorbilidades. Suelen presentar edad avanzada. Tienen contacto estrecho con otras personas (sus cuidadores) y otros convivientes. Suelen pasar mucho tiempo en entornos cerrados y con población igualmente vulnerable». Más adelante se dice que «si una persona clasificada como contacto de un caso probable o confirmado cumple criterios de caso en investigación, se informará a las autoridades de salud pública y se realizará el seguimiento según lo establecido por las mismas. *No es necesario su traslado al centro sanitario si su estado general es bueno*» (la cursiva es nuestra). Los documentos, alguno de los cuales será citado en el cuerpo del texto de este trabajo, están disponibles en: <https://www.segg.es/actualidad-segg/covid-19>.

Desde el punto de vista de los cuidados, también deben mencionarse, entre otros documentos, las «Propuestas de la Mesa Estatal por los Derechos de las Personas Mayores con medidas de actuación urgente ante el grave riesgo para los derechos y la vida de las personas mayores ante la COVID-19», de 26 de marzo; el «Plan mundial de respuesta humanitaria de Naciones Unidas para la COVID-19 y personas mayores», de 4 de mayo, y el «Segundo documento de propuestas de la Mesa Estatal por las Personas Mayores ante la pandemia de la COVID-19 para crear un nuevo modelo de atención y cuidados en el futuro», de 7 de mayo, todos disponibles en: <https://bit.ly/2U3rmba>.

contagio así como a tratar de la forma más adecuada a las personas que sufran esta enfermedad...

Y su apartado segundo prevé las «medidas relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes COVID-19 en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios»¹⁴. En apartados posteriores se regulan las medidas sobre limpieza de los centros, profesionales sanitarios y sobre «diagnóstico, seguimiento y derivación COVID-19», pero no se contempla criterio alguno en relación con el ingreso hospitalario de los mencionados pacientes y los eventuales triajes¹⁵, algo que sí abordaban, en la misma fecha, las «Recomendaciones de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología (SEGG) sobre decisiones éticas e ingreso en UCI en situación de crisis COVID-19», que, entre otras cosas, propone en primer lugar:

Priorizar: la maximización de la supervivencia al alta hospitalaria, la maximización del número de años de vida salvados y la maximización de las posibilidades de vivir de cada una de las etapas de la vida. Aún así, *es importante enfatizar que la edad cronológica (en años) en ningún caso debería ser el único elemento a considerar en las estrategias de asignación*» (la cursiva es nuestra).

¹⁴ «1. Los residentes de los centros en los que resulta de aplicación esta orden deben clasificarse en:

a) Residentes sin síntomas y sin contacto estrecho con caso posible o confirmado de COVID-19. b) Residentes sin síntomas, en aislamiento preventivo por contacto estrecho con caso posible o confirmado de COVID-19. c) Residentes con síntomas compatibles con el COVID-19. d) Casos confirmados de COVID-19. Esta clasificación debe realizarse en cada centro con carácter urgente, y a más tardar en el plazo de un día desde que se publique esta orden.

2. En el caso de que un residente presente infección respiratoria aguda leve, debe ser aislado del resto de residentes.

3. En el caso de que haya más un residente con infección respiratoria aguda leve, y no sea posible el aislamiento individual, puede recurrirse al aislamiento por cohorte.

4. En el caso de residentes con diagnóstico COVID-19 confirmado, debe ser aislado del resto de residentes.

5. En el caso de que haya más de un residente con infección confirmada por COVID-19, puede recurrirse al aislamiento por cohortes.

6. En cualquier caso, estos residentes, casos posibles o casos confirmados de COVID-19, deben mantenerse aislados del resto de residentes [...]».

¹⁵ Véase De Miguel Beriain (2020: 229-241); en particular, Truog *et al.* (2020).

En segundo lugar, recomienda un

triaje basado en la justicia distributiva: principio coste/oportunidad: admitir un ingreso puede implicar denegar otro ingreso a otra persona que puede beneficiarse más (evitar el criterio «primero en llegar, primero en ingresar»). Aplicar criterios estrictos de ingreso en UCI basados en maximizar el beneficio del bien común. Ante pacientes críticos con otras patologías críticas diferentes a la infección por COVID-19, se debe valorar ingresar prioritariamente el que más se beneficie. Estos principios se deberían aplicar manera uniforme a todas las personas —y no de forma selectiva a los de perfil geriátrico o con patologías crónicas—¹⁶.

Estas recomendaciones no fueron las únicas publicadas en ese momento, sino que hubo otras, no coincidentes, del Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), bajo el título de «Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos»¹⁷, ante lo que el 23 de marzo la Dirección General de Políticas de Discapacidad del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 pidió un informe al Comité de Bioética de España, que lo emitió el 25 de marzo¹⁸, donde, en relación con algunas de las recomendaciones del Grupo de Trabajo de Bioética de SEMICYUC —así, la recomendación general n.º 17: «En personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada»; y la recomendación específica n.º 4: «Cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva»— señala que no son compatibles con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado firmado y ratificado por España. Añade el Comité que «sin duda, la edad, como otras circunstancias, pueden incidir en el pronóstico clínico, pero en ningún caso pueden obviarlo. Es necesario valorar las circunstancias concretas de cada paciente, sin excluir a nadie a priori. La única posible excepción de discriminación positiva por la edad son los niños [...]»¹⁹.

Posteriormente, la propia SEMICYUC, en el marco de un consenso entre veintiún sociedades científicas, seis institutos o cátedras de bioética o

¹⁶ Disponible en: <https://bit.ly/2J7DBRz>.

¹⁷ Disponible en: <https://bit.ly/3kwSB9C>. Puede verse un análisis crítico de algunas de estas recomendaciones y un comentario general en De Lora (2020); previamente, De Lora (2005: 9-32; 2009).

¹⁸ Disponible en: <https://bit.ly/3e4vIIe>. Véase De Montalvo y Bellver (2020: 243-264).

¹⁹ De Montalvo (2020).

cuidados paliativos y otras cinco entidades, postuló unas recomendaciones que van en la línea de las antes apuntadas por la SEGG²⁰.

Finalmente, el 2 de abril se publicó el *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*²¹, en el que se asume el compromiso de que «las medidas que se adopten estarán presididas por los principios de equidad, *no discriminación*, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros». Además,

la escasez de recursos, temporal o duradera, puede exigir el establecimiento de criterios de priorización de acceso a los mismos, lo que se hará con base en *criterios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados*, sin perjuicio de valorar también los aspectos singulares e individuales que presente cada persona enferma por el virus.

Como criterios generales aplicables consideramos los siguientes:

1.º *No discriminación por ningún motivo ajeno a la situación clínica del paciente y a las expectativas objetivas de supervivencia*, basadas en la evidencia.

2.º El principio de máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas, que debe compatibilizarse con la continuación de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente.

3.º Gravedad del estado de enfermedad del paciente que evidencie la necesidad de cuidados intensivos (asistencia en unidades de cuidados intensivos y acceso a ventilación mecánica).

4.º Expectativas objetivas de recuperación del paciente en el corto plazo a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia o no de patologías graves acompañantes que evidencien un pronóstico fatal (enfermos terminales con pronóstico de irreversibilidad, estado de coma irreversible, etc.), aunque pueda comportar una atención clínica añadida...

Debe subrayarse la *absoluta proscripción de empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes* en dichos contextos. En este sentido, *excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro estado de derecho (art. 14 de la Constitución española)*. En este sentido, *los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso*

²⁰ Rubio *et al.* (2020).

²¹ Disponible en: <https://bit.ly/3kaplnU>.

en particular Ello implica que, eventualmente y en la medida en que la escasez de medios básicos impida la cobertura de las necesidades de toda la población, se les aplicarán los criterios de admisión de pacientes con síntomas graves en unidades de cuidados intensivos y aplicación de ventilación mecánica asistida recogidos supra exactamente en las mismas condiciones que a cualquier otro ciudadano. Lo que no resulta en modo alguno aceptable es descartar ex ante el acceso a dichos medios a toda persona que supere una edad. Aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa vital en la que se encuentran esas personas, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo (las cursivas son nuestras).

Concluimos, pues, que al menos en términos teóricos, la edad no ha sido durante la pandemia del COVID-19 un criterio excluyente para la protección de la salud como parte de la protección de la vida y la integridad física y moral (integridad personal). Y no podría serlo porque otra cosa supondría una vulneración de la Constitución y de la legislación sanitaria, pudiendo llevar aparejada, en su caso, la exigencia de responsabilidades de diverso tipo.

No obstante, en el momento de escribir estas líneas hay abiertas varias actuaciones parlamentarias y judiciales en las que, entre otras cosas, se está analizando si, efectivamente, ese mandato teórico ha tenido el debido correlato práctico. Por citar un caso particular, se ha aludido en los medios de comunicación a un protocolo interno dirigido a los profesionales de atención primaria, y fechado el 23 de marzo, según el cual la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid desaconsejaba el traslado a los hospitales de personas mayores de 80 años con estados graves de fragilidad desde sus domicilios²². De ser cierta la aplicación de este criterio se habría producido una discriminación

²² Disponible en: <https://bit.ly/3jyNcgE>, donde se puede consultar el documento original. En la misma información se dice: «Un portavoz de la Consejería de Sanidad madrileña aseguró el martes, a preguntas de EL PAÍS, que “el documento fue modificado” en una fecha posterior, que no precisó. En este segundo documento, según este portavoz, se eliminó la edad del paciente (más de 80 años) como uno de los criterios, que además quedaron reducidos a tres en lugar de cinco. También cambia la frase “se valorará su permanencia en domicilio” por “se valorará clínicamente y de forma individualizada la adecuación de su permanencia en domicilio”. Los tres criterios para los que se recomienda no derivar al hospital quedaron redactados posteriormente así: “Paciente con enfermedad de órgano terminal (insuficiencia cardíaca crónica avanzada, enfermedad obstructiva crónica grave, cirrosis hepática, insuficiencia renal crónica grave) y/o CFS mayor o igual que 5; paciente con escala clínica de fragilidad (CFS) de 8-9, paciente con cáncer en fase terminal”».

En general, sobre la actividad de la Fiscalía en residencias de personas mayores y/o con discapacidad por la COVID-19, Pino *et al.* (2020a: 29).

por razón de edad con consecuencias innegables en la integridad física y la propia vida de las personas afectadas.

Pero, con carácter más general, hay indicios para cuestionar que en muchas de las residencias de todo el país se prestara la atención adecuada a las personas necesitadas; así, y en el contexto ya constatado de insuficiencias previas a la pandemia, con ocasión de esta última se produjo

un déficit de protección de la salud de los trabajadores vinculado a las carencias de material y al cambio de especificaciones en los protocolos, siendo así que los trabajadores fueron, en la mayoría de los casos, uno de los principales vectores de contagio en las residencias [...] el elevado número de bajas entre los trabajadores de las residencias derivado de una pluralidad de motivos (contagios, temor, protocolos demasiado rigurosos o lo contrario)²³, [...] contribuyó a la sobrecarga del personal que permaneció en el puesto y a que estos trabajadores tuvieran que asumir algunas tareas para las que no estaban suficientemente preparados al no guardar relación con su desempeño habitual. En algunos casos se produjo la ausencia durante semanas de algunos perfiles profesionales imprescindibles para garantizar la atención cotidiana y, más grave, la atención sanitaria (Pino *et al.*, 2020a: 17).

Habiendo pasado ya muchos meses después de la declaración del estado de alarma resulta, cuando menos, llamativo que no se hayan publicado datos oficiales por parte del Gobierno del número de personas fallecidas por COVID-19 o con síntomas similares en las residencias sociosanitarias —informaciones oficiosas hablan de 20 600 muertos²⁴—, con lo que no es fácil valorar la gestión llevada a cabo en cada una ni exigir, si estuviera justificado, las oportunas responsabilidades y, por último, sacar conclusiones que puedan servir de cara al futuro inmediato.

En relación con las responsabilidades, cabe recordar que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio prevé (art. 3.2)

²³ Según el informe de la Junta de Castilla y León *El impacto del COVID-19 en las residencias de personas mayores de Castilla y León y medidas adoptadas*, de 29 de septiembre de 2020, «el 15 % de los trabajadores de centros de mayores han causado baja por COVID, y se alcanza el 21 % si sumamos los que han estado en cuarentena por contacto con casos posibles o confirmados. Las dificultades para la contratación de personal sanitario y de atención directa siempre han sido frecuentes, pero durante la pandemia se han elevado. Las bajas fueron muy abundantes en marzo y abril. Las bajas con dificultades de sustitución alcanzan su máximo en los primeros días de abril para descender a la mitad una semana más tarde. En los centros con contagios, el 36 % tuvo dificultades para sustituir el personal médico, el 57% el de enfermería, y el 64 % el de atención directa».

²⁴ Disponible en: <https://bit.ly/3oxUvsY>.

que «quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes». Este precepto, como se acaba de ver, remite a lo que contemplen otras disposiciones y no regula, como recuerda Doménech Pascual (2020: 102), la responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios que esta hubiera engendrado al omitir ciertas medidas de protección.

Además, habrá que tener en cuenta que, conforme a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley [...]» (art. 32.1). En este sentido, y como también señala Doménech Pascual (*ibid.*: 103 y 105),

los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables hasta cierto punto, pero las Administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos y la exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podían haber evitado o mitigado si hubieran tomado las debidas medidas de precaución [...].

El problema que puede plantearse en la práctica es el de precisar y probar si un determinado daño —v. gr., la muerte de cierta persona— era *evitable* o *inevitable*, es decir, el de identificar qué concretos perjuicios hubieran podido prevenirse si las Administraciones implicadas hubieran actuado diligentemente y cuáles se hubieran producido de todos modos, aun cuando su actuación no mereciera reproche alguno... [En todo caso] los daños sufridos por los ciudadanos con ocasión de la crisis del COVID-19 que las Administraciones hubieran podido prevenir adoptando ciertas medidas de precaución solo serán indemnizables si la omisión de estas puede considerarse culposa por suponer una infracción del deber de llevar el cuidado exigible²⁵.

Habrà, pues, que ver en cada caso si los daños a la salud de concretas personas y las muertes causadas por la epidemia de COVID-19 pueden considerarse supuestos de fuerza mayor o si han sido originados por acciones u omisiones culposas bien de alguna entidad administrativa, de un particular que gestionaba servicios públicos, etc., tarea que, nos parece, se presenta con

²⁵ Sobre la determinación del alcance de ese deber, Doménech Pascual (2019).

no pocas complicaciones²⁶, y que si se plantea en términos generales contra la inactividad de las entidades con competencias en la materia (Estado y comunidades autónomas), podría concluir en sentencias estimatorias pero de contenido meramente declarativo.

A este respecto, cabe mencionar la reciente STS 3024/2020, de 8 de octubre, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera, que resolvió el recurso interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art. 12.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19²⁷.

Pues bien, en dicha STS se dice:

En el comienzo del impacto de la pandemia, el Ministerio de Sanidad, aunque también el conjunto de Administraciones Públicas con responsabilidades en lo que el art. 44 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, llama Sistema Nacional de Salud, que integran «el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas», no fue capaz de

²⁶ Véase Medina Alcoz (2012).

²⁷ Conforme a dicho artículo:

- «1. Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.
2. Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio.
3. En especial, se asegurará la plena disposición de las autoridades civiles responsables del ámbito de salud pública, y de los empleados que presten servicio en el mismo.
4. Estas medidas también garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria.
5. Las autoridades competentes delegadas ejercerán sus facultades a fin de asegurar que el personal y los centros y establecimientos sanitarios de carácter militar contribuyan a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.
6. Asimismo, el Ministro de Sanidad podrá ejercer aquellas facultades que resulten necesarias a estos efectos respecto de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada».

dotar a los profesionales de la salud de los medios precisos para afrontar protegidos la enfermedad y que así corrieron el peligro de contagiarse y de sufrir la enfermedad, como efectivamente se contagiaron muchos y entre ellos hubo numerosos fallecimientos.

Tal incapacidad no se corresponde con los fines perseguidos por el art. 12.4 del Real Decreto 463/2020, pues no cuesta esfuerzo establecer que no hubo una distribución de medios técnicos acorde con las necesidades puestas de manifiesto por la gestión de la crisis sanitaria. Ciertamente que las circunstancias fueron críticas y que la dimensión mundial de la pandemia pudo dificultar y retrasar el abastecimiento y su mejor distribución. Sin embargo, lo relevante para nuestro enjuiciamiento es que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y, por tanto, la Sala así ha de reiterarlo ya que, insistimos, esa insuficiencia, no sólo la hemos apreciado ya sino que ha sido admitida por las partes y, además, no cuesta esfuerzo relacionarla con la elevada incidencia de la pandemia entre los profesionales sanitarios y, por tanto, en los derechos fundamentales de los que se vieron afectados.

Ahora bien, no nos corresponde en este proceso hacer un juicio de culpabilidad, ni imputaciones de responsabilidad, sino establecer si ha existido afectación de derechos fundamentales y tal extremo ya lo hemos constatado por lo que debemos acoger la primera de las pretensiones de la demanda y declararlo así, si bien con la precisión, ya explicada, de que la incapacidad se ha de predicar del Sistema Nacional de Salud en su conjunto y no sólo de la Administración General del Estado o del Ministerio de Sanidad aunque, dirigiéndose la demanda solamente contra el Ministerio de Sanidad, no podamos extender nuestro pronunciamiento más allá (FJ 7).

En conclusión, la Sala acuerda:

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 91/2020, interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad del Ministerio de Sanidad y declarar, en los términos del fundamento séptimo, que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el art. 15 en relación con los arts. 43.1 y 40.2 de la Constitución.

V. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA POR COVID-19

Como es conocido, las restricciones a la libertad de circulación impuestas por la declaración del estado de alarma se concretaron en el art. 7 del Real

Decreto 463/2020, de 14 de marzo, titulado, precisamente, «Limitación de la libertad de circulación de las personas», y que en su punto 1 dispone:

Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza [...]²⁸.

1. EL CONFINAMIENTO GENERALIZADO DE LAS PERSONAS MAYORES HASTA EL 2 DE MAYO DE 2020 Y SU ESPECIAL INCIDENCIA EN QUIENES VIVÍAN EN RESIDENCIAS SOCIOSANITARIAS

De la lectura del citado art. 7 se deduce con claridad que la limitación de la circulación obliga a todas las personas y, por lo que respecta a las mayores, únicamente se contempló en el Decreto original que su asistencia y cuidado fuese una de las circunstancias que justificaba «circular por las vías o espacios de uso público». El 17 de marzo se publicó una reforma para permitir, además de las salidas individuales a los efectos previstos, «que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores». Y por medio de la Instrucción de 19 de marzo de 2020, del Ministerio de Sanidad, se acordó, como explica su preámbulo, «con el objeto de proteger a los colectivos más vulnerables», habilitar, en el apartado segundo, «a las personas con discapacidad, que tengan alteraciones conductuales, como por ejemplo personas con diagnóstico de espectro autista y conductas disruptivas, el cual se vea agravado por la situación de confinamiento derivada de la declaración del estado de alarma, y a un acompañante, a circular por las vías de uso público, siempre y cuando se respeten las medidas necesarias para evitar el contagio».

Pero, como regla general, se mantuvo la prohibición de «circular por las vías o espacios de uso público» a las personas mayores durante un mes y medio; concretamente, desde el 14 de marzo, fecha en la que se decretó el estado de alarma, hasta la entrada en vigor, el día 2 de mayo, de la Orden

²⁸ Cotino Hueso (2020).

SND/380/2020, de 30 de abril, sobre las condiciones en las que se puede realizar actividad física no profesional al aire libre durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuyo preámbulo se explica:

La práctica de actividad física y la reducción del sedentarismo son factores que tienen una influencia positiva en la mejora de la salud de las personas, en la prevención de las enfermedades crónicas y, por tanto, en la calidad y la esperanza de vida de la población. Así, la actividad física practicada con regularidad tiene múltiples beneficios, como, por ejemplo, la mejora del bienestar emocional, de la función inmunitaria, la reducción del riesgo de desarrollar ciertas enfermedades como diabetes tipo 2, enfermedades cardiovasculares y en general una mejora de la condición física. Asimismo, *la práctica de actividad física al aire libre conlleva beneficios adicionales, como la exposición a la luz natural para la síntesis de vitamina D o beneficios sobre la salud mental.*

Además de estos beneficios, para la población adulta mayor, la actividad física es también un factor clave para mantener una adecuada funcionalidad, un menor riesgo de caídas, unas funciones cognitivas mejor conservadas, y para prevenir posibles limitaciones funcionales moderadas y graves.

A su vez, permitir salidas para la práctica de actividad física es una medida de equidad, ya que las condiciones de las viviendas y los estilos de vida no son iguales en todos los hogares, por lo que *la declaración del estado de alarma supone un impacto desigual en la población, afectando especialmente a aquellos hogares que viven en condiciones de vida de mayor vulnerabilidad [...].*

Teniendo en cuenta los beneficios asociados a la práctica de una actividad física, unidos a los efectos negativos asociados al sedentarismo derivado de la propia declaración del estado de alarma, se considera que existe una situación de necesidad que ampara, con arreglo a lo previsto en el art. 7.1.g) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y en línea con la finalidad de su art. 7.2, la posibilidad de que las personas de 14 años en adelante retomen la actividad física al aire libre, siempre que para ello se adopten las oportunas medidas de seguridad. Del mismo modo, las actividades permitidas por esta orden resultan necesarias para el bienestar físico y psíquico de la población, entendiéndose, por tanto, que se trata de una actividad de análoga naturaleza, de acuerdo con lo previsto en el art. 7.1.h), a la asistencia y cuidado a determinados colectivos prevista en el párrafo e) de este mismo art. [...] (las cursivas son nuestras).

A partir de la entrada en vigor de esta orden, y de acuerdo con su art. 5.1.b), «[...] las personas mayores de 70 de años podrán practicar deporte individual y pasear entre las 10:00 horas y las 12:00 horas y entre las 19:00 horas y las 20:00 horas. Las personas mayores de 70 años podrán salir acompañadas de una persona conviviente de entre 14 y 70 años».

No obstante, una semana antes se había publicado la Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que entró en vigor el 26 de abril. Según su preámbulo,

y con el objeto de proteger a la población infantil, se hace preciso dictar una orden para establecer el modo en que los niños y niñas pueden realizar desplazamientos fuera de su domicilio, con el fin de aliviar las medidas a las que han estado sometidos, y las posibles consecuencias negativas que ello conlleva, al tiempo que se respetan las medidas de seguridad necesarias.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha realizado recientemente un llamamiento general a los Estados alertando sobre los efectos físicos, psicológicos y emocionales en la infancia a consecuencia de la epidemia ocasionada por el COVID-19, de las medidas adoptadas y sus consecuencias. Asimismo, el citado Comité considera que, en la situación de emergencia sanitaria, se debería permitir a los niños y niñas poder disfrutar diariamente de actividades fuera de casa de manera supervisada y manteniendo las garantías de higiene y distanciamiento social.

El impacto de la emergencia sanitaria en niños y niñas ha alterado su rutina de vida en todos sus ámbitos, como son el familiar, social, o educativo, entre otros. Del mismo modo, este impacto puede conllevar aspectos negativos en su salud somática (mayor tendencia al sobrepeso y obesidad, hipotonía, incremento del sedentarismo, etc.), así como en su salud emocional (irritabilidad, apatía y decaimiento, alteraciones del sueño, incremento de la dependencia de la persona adulta, etc.).

Teniendo en cuenta dichos efectos negativos, los cuales han evolucionado a medida que lo ha hecho la crisis sanitaria, se considera que existe una situación de necesidad que ampara... la posibilidad de que la población infantil efectúe determinados desplazamientos, siempre que para ello se adopten las oportunas medidas de seguridad. Del mismo modo, los desplazamientos permitidos por esta orden resultan necesarios para el bienestar físico y psíquico de las personas menores de edad [...].

Cabe preguntarse si no habría sido adecuada una orden similar para permitir los desplazamientos de las personas *mayores*, que a esa fecha llevaban confinadas, como el resto de la población, 43 días; al menos de población mayor especialmente vulnerable y, como es obvio, con las adecuadas medidas de seguridad, pues aunque de un modo diferente a la población infantil, sobre esas personas también estaban haciendo mella física y psicológica tantos días sin poder salir a pasear.

Hay que recordar, además, que según el informe del Observatorio Social de La Caixa *Envejecer en España*²⁹, hay en nuestro país más de 430 000 personas mayores de 65 años que no tienen agua corriente, 350 000 carecen de sistema de alcantarillado y a casi 3 500 000 no les es posible mantener su casa a una temperatura adecuada. En suma, con datos de 2018, el 20,1 % de las personas mayores de 65 años de España (1 596 675) sufren vulnerabilidad residencial extrema, definida por la acumulación de problemas graves en la vivienda, y dicha vulnerabilidad se ve notablemente incrementada cuando se está obligado a permanecer esas viviendas la práctica totalidad del día.

Asimismo, hay que recordar algunos datos que se apuntaban al principio de este texto y que aparecen en el mencionado informe de Pérez *et al.* (2020): por una parte, la prohibición general de llevar a cabo paseos durante mes y medio puede agravar algunas patologías muy presentes entre las personas mayores y, de manera singular, las enfermedades circulatorias, que son la causa más frecuente de asistencia hospitalaria para ese grupo de población (19,8 %) y la principal causa de muerte; como también se dijo, un 22,2 % de personas mayores tiene obesidad, y otro 41,5 % sobrepeso.

En segundo lugar, es conocido que un aislamiento prolongado conlleva asimismo consecuencias en la salud psíquica de todas las personas y algunas circunstancias presentes entre la población mayor hacen que este colectivo pueda verse afectado de forma especial: el citado informe constata que durante la vejez, y hasta edades muy avanzadas, la edad aumenta la probabilidad de vivir en soledad y ese aislamiento se complica por la existencia de una brecha digital entre los mayores y el resto de la población, que si bien se ha reducido en los últimos años, sigue siendo relevante: la brecha entre el grupo de edad más conectado (16-24 años) y el de los mayores (65-74 años) era en 2019 de a 35,5 puntos.

Por si fuera poco, no hay que dejar de tener presente que es, precisamente, la población mayor la que más ha visto peligrar su salud y su vida como consecuencia de la pandemia, lo que implica estrés y ansiedad adicionales, que pueden desembocar en estados de agotamiento y en el propio agravamiento de patologías previas³⁰.

²⁹ Disponible en: <https://bit.ly/2JMoQ7d>.

³⁰ En un documento de 18 de marzo (*Mental health and psychosocial considerations during the COVID-19 outbreak*) la Organización Mundial de la Salud advertía: «Older adults, especially in isolation and those with cognitive decline/dementia, may become more anxious, angry, stressed, agitated and withdrawn during the outbreak or while in quarantine [...]» (disponible en: <https://bit.ly/3l9kQv4>). Véase al respecto, por ejemplo, Wang *et al.* (2020). Con una dimensión divulgativa, Giménez Rodríguez (2020).

2. LOS LÍMITES ADICIONALES A LAS PERSONAS MAYORES RESIDENTES EN CENTROS SOCIOSANITARIOS: PROHIBICIÓN DE SALIR DE LOS CENTROS Y DE RECIBIR VISITAS

En el varias veces mencionado informe de Pérez *et al.* (2020) se dice que «en España hay 4,1 plazas de residencia por cada 100 personas mayores; en total, 372 985 plazas en 2019. Se desconoce el nivel de ocupación, pero puede situarse entre el 75-80 %». Si damos por buenos o aceptables ambos datos, estaríamos hablando de entre 280 000 y casi 300 000 personas residentes a las que el confinamiento decretado para contener la propagación de la pandemia les obligó a permanecer en los centros sin recibir visitas ni poder salir a la calle hasta, en no pocos casos, el final del estado de alarma. Y, lo que no es baladí, en unos centros, que en general, y según el Defensor del Pueblo (2020), padecían importantes deficiencias:

Es necesario un número suficiente de personal para prestar servicios en los centros residenciales. Por tanto, se requiere una profunda revisión al alza de las ratios de personal de atención directa para mejorar la calidad asistencial, pues se han quedado manifiestamente desfasadas [...].

Resulta importante mejorar la cualificación del personal que presta sus servicios en el sistema residencial [...] un modelo de residencias propiamente sociosanitario, con atención médica y de enfermería más amplia y extensa, en España no está regulado ni ha sido así organizado de forma general para todo el sistema. Sería útil estudiar su viabilidad y conveniencia [...].

Es imprescindible que las comunidades autónomas creen con urgencia, o en su caso incrementen adecuadamente, unos servicios de inspección suficientemente dotados de personal correctamente formado, para que puedan llevar a cabo su función de vigilancia de forma eficaz, para que los centros mantengan los requisitos normativos exigidos para su correcto funcionamiento y unos niveles adecuados de calidad en la prestación del servicio de atención residencial de mayores [...].

En definitiva, resultan necesarias reformas normativas de calado que garantice a los mayores el ejercicio de una serie de derechos y que se preste una mayor atención presupuestaria, formativa, dotacional e inspectora en los centros residenciales que permita hacer frente a toda una serie de retos que hoy tiene planteado este sector, y que con toda seguridad se incrementara en un futuro inmediato.

Pues bien, conocido el contexto, hay que recordar que la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, dispuso (art. 2) que «las personas vulnerables al COVID-19 también podrán hacer uso de las habilitaciones previstas en esta

orden, siempre que su condición clínica esté controlada y lo permita, y manteniendo rigurosas medidas de protección», es decir, se permitía la salida a la calle en las franjas horarias habilitadas (en el caso de las personas mayores de 70 años de 10 a 12 y de 19 a 20).

Sin embargo, se mantuvo hasta el 25 de mayo de 2020 una prohibición que ofrece serios reparos constitucionales: la ya citada Orden SND/380/2020, de 30 de abril, sobre las condiciones en las que se puede realizar actividad física no profesional al aire libre durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que, en su preámbulo, como ya hemos visto, insiste, entre otras cosas, en que «para la población adulta mayor la actividad física es también un factor clave para mantener una adecuada funcionalidad, un menor riesgo de caídas, unas funciones cognitivas mejor conservadas, y para prevenir posibles limitaciones funcionales moderadas y graves».

A pesar de estas consideraciones, y sin mayor fundamentación, se dice poco después que, «no obstante los beneficios señalados, en el momento actual de la crisis sanitaria, y con el fin de proteger uno de los colectivos más vulnerables, *en esta fase no se contempla la práctica de la actividad física prevista en esta orden por parte de los residentes en los centros sociosanitarios de mayores*» (las cursivas son mías).

En el mismo sentido, en el art. 2 se dispone (apdo. 1) que «se habilita a las personas de 14 años en adelante, a circular por las vías o espacios de uso público para la práctica de las actividades físicas permitidas por esta orden [...]», pero más adelante (apdo. 5) se prevé que «no podrán hacer uso de la habilitación contenida en el apartado 1 las personas que presenten síntomas o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19, o que se encuentren en período de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto con alguna persona con síntomas o diagnosticado de COVID-19. *Asimismo, tampoco podrán hacer uso de dicha habilitación los residentes en centros sociosanitarios de mayores*» (las cursivas son mías).

En suma, se les aplicó a todas las personas residentes en centros sociosanitarios (tuvieran o no diagnosticado COVID-19, presentaran o no síntomas y estuvieran o no en cuarentena) el mismo régimen que a las personas a las que pareció proporcional limitar su actividad física por encontrarse en una situación de riesgo: la prohibición de disfrutar de un tiempo de actividad física.

Esta prohibición absoluta parece, cuando menos, desproporcionada: como se explica en la misma Orden, la actividad física es especialmente recomendable para las personas mayores en aras a «mantener una adecuada funcionalidad, un menor riesgo de caídas, unas funciones cognitivas mejor conservadas, y para prevenir posibles limitaciones funcionales moderadas y graves». ¿Por qué no se pudieron beneficiar de esta actividad, importante para

su salud física y psíquica, ninguna de las personas que vivían en centros socio-sanitarios? No se olvide que estamos, por si hubiera alguna duda, hablando del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de circulación y también del derecho a la protección de su salud. Se dice, no obstante, con un claro resabio paternalista, que la prohibición se adoptó para «proteger uno de los colectivos más vulnerables». ¿Se *protegió* contra de su voluntad a personas autónomas y con capacidad de decidir? ¿Y se tomó, sin matiz o excepción alguna, una medida general e indiscriminada? ¿No hubieran podido hacer esa actividad ni siquiera en las inmediaciones del centro y/o acompañados de familiares, cuidadores o voluntarios en una concreta franja horaria?

Pues bien, y como ya se ha dicho más arriba, la propia Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública prevé que «todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social [...]».

Aquí nos encontramos con una aparente discriminación, pues la medida se adoptó de manera indiferenciada para todas las personas residentes, al margen de si su salida a la calle suponía algún tipo de riesgo para las demás personas que vivían en el centro sociosanitario o que trabajaban en él, y todo ello sin ofrecer criterio alguno objetivo y razonable para tal exclusión.

Dos meses después de la declaración del estado de alarma se aprobó la «Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad», en cuyo art. 20 se regulan las «visitas a viviendas tuteladas, centros residenciales de personas con discapacidad y centros residenciales de personas mayores». Ahí se dispuso:

1. Las comunidades autónomas y las ciudades autónomas podrán permitir en su ámbito territorial la realización de visitas a los residentes de viviendas tuteladas, centros residenciales de personas con discapacidad y centros residenciales de personas mayores. En este último caso, estas visitas se realizarán preferentemente en supuestos excepcionales, tales como el final de la vida o el alivio de descompensación neurocognitiva del residente.

Además, las visitas se sujetan a un protocolo estricto (cita previa, un visitante por residente, uso de equipos de protección adecuados...) y quedan excluidas en todo caso las visitas a los «centros residenciales de personas mayores en los que haya casos confirmados de COVID-19, o en los que algún residente se encuentre en período de cuarentena por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con síntomas o diagnosticada de COVID-19 (las cursivas son nuestras).

La Orden de 16 de mayo fue modificada, en lo que aquí nos interesa, por el art. 5.2 de la Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, en vigor desde las 00:00 horas del día 25 de mayo de 2020, y en el que se trasladó a las comunidades autónomas y las ciudades autónomas la fijación de los requisitos y condiciones para «la realización de visitas a los residentes de viviendas tuteladas, centros residenciales de personas con discapacidad y centros residenciales de personas mayores, así como la realización de paseos por los residentes», con lo que desde esa fecha ya no era el Ministerio de Sanidad el responsable último de dichas condiciones.

Y lo que ocurrió desde entonces y hasta el final de la vigencia del estado de alarma muestra unas diferencias muy significativas entre unas comunidades y otras si nos atenemos a las normas e indicaciones, no fáciles de encontrar en algunos casos, emitidas por las autoridades autonómicas y ello al margen de que no todos los territorios estuviesen en la misma fase, pues han coexistido también reglas distintas entre comunidades en situación sanitaria similar.

A modo de resumen, ha habido, en primer lugar, tres comunidades (Andalucía, Aragón, Galicia) que han abierto las residencias de mayores durante la fase II a las visitas, con un protocolo estricto, y que también han regulado los paseos en esa misma fase.

- En Andalucía desde la entrada en vigor de la Orden de 28 de mayo «se reanudan las visitas y los paseos en los centros residenciales de personas mayores» y se establecen las «condiciones mínimas para la realización de paseos de las personas usuarias de los centros residenciales de personas mayores [...] el residente podrá salir a dar paseos solo o ir acompañado de su cuidador habitual, ya sea familiar o no, en función de su grado de autonomía, debiendo cumplir con las mismas medidas de protección»³¹.
- En Aragón se aprobó la Orden CDS/406/2020, de 25 de mayo, según la cual «se permiten las visitas en los centros de servicios sociales especializados de carácter residencial, que no presenten casos confirmados, y siempre y cuando se respeten los requisitos mínimos para evitar el contagio [...]». Por lo que se refiere a los paseos, «las personas residentes asintomáticas, en centros de servicios sociales especializados de atención a personas mayores, que no presenten casos confirmados, podrán circular por las vías públicas o espacios de uso público [...]. La circulación queda

³¹ Por medio de la Orden de 6 de junio de 2020 se modifica la Orden de 4 de junio y se acuerda «la prórroga de las medidas adoptadas en virtud de la Orden de 28 de mayo de 2020». La prórroga se extiende hasta la finalización del estado de alarma: las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

limitada a la realización de un paseo diario, de un máximo de 60 minutos de duración y a una distancia no superior de un kilómetro con respecto al domicilio de la residencia».

- En Galicia se aprobó el «Plan de reactivación no ámbito sociosanitario en relación con la infección polo virus SARS-CoV-2» de la Consellería de Sanidade según el cual: «Etapa I: Poderán realizarse paseos en zonas amplas ao aire libre nunha distancia dun quilómetro ao redor do centro ou en espazos verdes do propio centro, mantendo sempre as medidas de distanciamento e utilizando máscara. Permitirase unha visita á semana pola persoa de referencia con cita previa. Etapa II: As persoas válidas poderán realizar saídas á farmacia e ao banco á primeira hora da mañá evitando aglomeracións de persoas neles [...]. Permitiranse dúas visita á semana pola persoa de referencia con cita previa. Etapa III: Poderán realizar saídas ao entorno urbano evitando lugares onde se concentren moitas persoas [...]».

En segundo lugar, otras comunidades (Asturias, Castilla-La Mancha, Murcia, País Vasco) han descartado como regla las visitas y los paseos en la fase II, e incluso en la Fase III, de manera que la mayoría de las personas residentes en estos centros han permanecido sin visitas ni paseos durante toda la vigencia del estado de alarma, desde el 14 de marzo hasta el 20 de junio (98 días).

- Así, en Asturias se aprobó la Resolución de 27 de mayo de 2020, de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, por la que se establecen los requisitos y condiciones para la realización de visitas en centros residenciales para personas mayores, así como la realización de paseos, con vigencia prevista «hasta la finalización de la declaración del período del estado de alarma o prórrogas del mismo». Las visitas se realizarán únicamente en «supuestos excepcionales, tales como el final de la vida o el alivio de descompensación neurocognitiva del residente y «los paseos comenzarán en una fase posterior de desescalada o en el momento a partir que lo determine la autoridad sanitaria».
- En Castilla-La Mancha la normativa está incluida en la Resolución de 27/05/2020, de la Consejería de Sanidad, que mantiene «la restricción total de visitas a las viviendas y a los centros residenciales para personas mayores, que no tengan relación profesional con el centro o sean estrictamente necesarias». Los paseos o salidas de las personas residentes ni se mencionan.
- En el País Vasco el régimen podía variar de una provincia a otra pero, en principio, las visitas solo se admitieron a partir de la fase III.

- Finalmente, la Región de Murcia tuvo a gala un régimen muy estricto de desconfinamiento, manteniendo la restricción de las visitas de familiares y sin contemplar los paseos fuera de las residencias.

En tercer lugar, la mayoría de las comunidades (Canarias, Cantabria, Castilla-León, Cataluña, Extremadura, Illes Balears, Madrid, Navarra, La Rioja, Comunidad Valenciana) han previsto, durante la fase II, y con restricciones, las visitas, pero no, con carácter general, los paseos.

- En Canarias se aprobó la Orden conjunta de 29 de mayo de 2020. Por lo que se refiere a las visitas, «se asegurará como máximo una visita semanal de duración no superior a una hora, que podrá ser, esta última, ampliable según las características de cada centro». En relación con los paseos, «no está permitida la salida de las personas residentes a cualquier vía o espacio de uso público, salvo en el caso de paseos terapéuticos de personas con discapacidad, trastornos del espectro autista o con casuísticas de salud mental. Con esta salvedad, las salidas al exterior de los centros y demás establecimientos residenciales solo están permitidas, por motivos terapéuticos, para el caso de personas que no puedan soportar confinamientos indefinidos, siempre y cuando se realice acompañadas, se utilicen las medidas de protección adecuadas y se evite el contacto y la interacción con otras personas».
- En Cantabria la norma aplicable ha sido la Resolución de 26 de mayo de acuerdo con la cual «no está permitida la salida de las personas residentes a cualquier vía o espacio de uso público, salvo en el caso que, debido a la ubicación del centro residencial, el Ayuntamiento correspondiente haya establecido un perímetro de seguridad alrededor del mismo. Con esta salvedad, las salidas al exterior de los centros solo están permitidas por motivos terapéuticos para el caso de personas que no puedan soportar confinamientos indefinidos siempre y cuando se realice acompañados por un profesional, se utilicen las medidas de protección adecuadas y se evite el contacto y la interacción con otras personas». «La dirección del centro organizará las visitas que se efectuarán siempre con cita previa, por un tiempo limitado y un familiar por residente (a ser posible siempre la misma persona) y evitando el contacto físico. Se asegurará al menos una visita semanal».
- En Castilla y León se elaboró un plan de desescalada en las residencias según el cual, «sin perjuicio de las visitas a los usuarios de los centros residenciales que se realicen por razones excepcionales, tales como el final de la vida o el alivio de descompensación neurocognitiva del residente que podrán realizarse en cualquier etapa, una vez iniciada la fase 2, para

- las visitas a los residentes se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones: se deberá concertar previamente la visita con el centro residencial [...]. Se limitará a un máximo de 1 visita de 1 sola persona al día por residente, de acuerdo a lo que disponga cada centro. El número de visitantes podrá ampliarse a dos cuando uno de los visitantes requiera de la ayuda de una tercera persona. La duración aproximada de cada visita se estima de 30-45 minutos de duración, según la capacidad organizativa de cada centro».
- En Cataluña también se aprobó en mayo un plan de desescalada con los siguientes itinerarios: «Fase 0: quan el suport i procés d'atenció a les persones ho aconsellin es facilitaran en situació de seguretat les visites d'acompanyament i suport al final de vida. Fase I: afegir la prioritziació de les visites de residents en situació de descompensació de malaltia crònica. Fase II: generalització de visites a tot tipus de residents. Màxim d'una persona per resident, amb cita prèvia i amb les especificacions que es marquen en aquest document. Fase III: visites de familiars (fins a 3 persones) en zones exteriors del centre residencial».
 - En Extremadura la normativa ha estado incluida en la Resolución de 25 de mayo de 2020, del vicepresidente segundo y consejero, donde se dispuso que «se permitirá la realización de visitas de familiares en aquellos centros que se encuentren libre de COVID-19 y en donde ningún residente se encuentre en cuarentena, observando siempre las siguientes condiciones: se permitirá la visita de un solo familiar por residente y una vez por semana. No podrán acceder los familiares que presenten síntomas compatibles con la infección de coronavirus. Las visitas serán autorizadas por la dirección del centro, previa petición por el familiar, fijándose el día, la hora y el tiempo de duración de la visita [...]».
 - En Illes Balears la norma de referencia ha sido la Resolución de la consejera de Asuntos Sociales y Deportes de 25 de mayo de 2020 de acuerdo con la cual «las visitas se tienen que acordar previamente con el centro mediante un sistema de cita previa».
 - En la Comunidad de Madrid, y de conformidad con el Plan de Transición hacia una Nueva Normalidad de 22 de mayo de 2020, durante la fase II se produjo el restablecimiento de las visitas de familiares semanales (1 por residente) para aquellos residentes que tengan PCR negativo de COVID-19 en espacios designados en anterior fase, con las medidas de seguridad e higiene determinadas por las autoridades sanitarias. Estas visitas se debían realizar mediante cita previa.
 - La Comunidad Foral de Navarra aprobó la Orden Foral 161/2020, de 25 de mayo, de la Consejera de Derechos Sociales. Con arreglo a la misma solo se permitieron las visitas a centros residenciales de personas

mayores en supuestos excepcionales, tales como el final de vida, el alivio de descompensación neurocognitiva del o de la residente o en aquellas situaciones de grave deterioro de la situación psicoafectiva del o de la residente. Posteriormente, se aprobó la Orden Foral 202/2020, de 15 de junio, y desde este momento se autorizaron las visitas en los términos y condiciones señaladas en la Orden Foral 161/2020. Igualmente se autorizó la salida de las personas libres de enfermedad COVID-19 y que no estuvieran en cuarentena por contacto estrecho.

- En La Rioja se elaboró un protocolo redactado por la Dirección General de Dependencia, Discapacidad y Mayores para regular las visitas de familiares a residentes en viviendas especializadas y residencias de personas mayores y de personas con discapacidad, permitidas desde el día 28 de mayo. Todas las visitas se ajustarían a una duración máxima de treinta minutos siendo las residencias las encargadas de gestionarlas previa solicitud. Hasta la fase 3 no se permitió realizar paseos por el exterior.
- Finalmente, en la Comunidad Valenciana se aprobó la Resolución de 29 de mayo de 2020, de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas. Conforme a esta norma, el régimen ha sido el siguiente: «Fase I: Visites en cas de força major. A fi de garantir un procés final de la vida digne a les persones majors i contribuir al desenvolupament d'un duel menys traumàtic per al seu entorn, es permetran de manera excepcional per part de la direcció del centre residencial les visites de familiars o persones reunides de referència garantint així un tracte humanitzat i d'afectes. Així mateix, es permetran aquestes visites per a l'al·leujament de la descompensació neurocognitiva de la persona resident quan així ho considere l'equip tècnic professional del centre. La visita s'autoritzarà per a un màxim de dues persones per persona resident. Es realitzarà amb les degudes mesures de seguretat i higiene, de manera individual, excepte en el cas de persones convivents, que hi podran entrar conjuntament. Fase II: Es permetran les visites, sempre amb cita prèvia, de fins a dos familiars o persones reunides per persona resident, que hi hauran d'entrar de manera individual, excepte si són convivents, i en aquest cas hi podran entrar juntes. Fase III: A més de les eixides per força major, es permetran les eixides d'esplai individuals i grupals d'acord amb el pla de contingència».

VI. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

De lo visto hasta aquí podemos concluir que, al menos en términos teóricos, durante la pandemia de la COVID-19 la condición de persona

mayor no ha sido un criterio excluyente para la protección de la salud como parte de la protección de la vida y la integridad física y moral.

No obstante, y como ya se ha dicho, en el momento de finalizar estas líneas siguen abiertas varias actuaciones parlamentarias y judiciales en las que, entre otras cosas, se está analizando si, efectivamente, ese mandato teórico ha tenido el debido correlato práctico en el ámbito de las residencias sociosanitarias. Y es que hay indicios para cuestionar que en muchas de las residencias de todo el país se prestara la atención adecuada a las personas necesitadas, pues a las constatadas insuficiencias previas a la pandemia, con ocasión de esta última se produjo un déficit de protección de la salud de los trabajadores vinculado a las carencias de material y al cambio de especificaciones en los protocolos, siendo así que los trabajadores fueron, en la mayoría de los casos, uno de los principales vectores de contagio en las residencias. En algunas residencias se produjo la ausencia durante semanas de algunos perfiles profesionales imprescindibles para garantizar la atención cotidiana y, lo que es más grave, la atención sanitaria

Meses después de la declaración del estado de alarma es criticable que no se hayan publicado datos oficiales del número de personas fallecidas por COVID-19 o con síntomas similares en las residencias sociosanitarias —informaciones oficiosas hablan de 20 600 muertos—, con lo que no es fácil valorar la gestión llevada a cabo en cada una. Habrá que exigir, si estuviera justificado, las oportunas responsabilidades y, por último, sacar conclusiones que puedan servir de cara al futuro inmediato.

Por lo que respecta a la libertad deambulatoria de las personas mayores y su correlación con su salud física y psíquica, no se ha tenido suficientemente en cuenta la necesidad de garantizarles, en particular a las que más lo necesitaban, unas salidas y paseos terapéuticos adoptando, como es obvio, las adecuadas medidas de seguridad, pues, aunque de un modo diferente a la población infantil, sobre esas personas también ha hecho mucha mella física y psicológica un confinamiento tan estricto y prolongado.

En esa línea crítica hay que recordar, por lo que respecta a quienes han pasado la crisis sanitaria en centros residenciales, públicos y privados, tuvieran o no diagnosticado COVID-19, presentasen o no síntomas y estuvieran o no en cuarentena, que se les ha aplicado un mismo régimen restrictivo: la prohibición de disfrutar de un tiempo de actividad física y de recibir visitas, limitaciones que parecen, cuando menos, desproporcionadas, pues se han impuesto de manera indiferenciada para todas las personas residentes, al margen de si su salida a la calle suponía algún tipo de riesgo especial para las demás personas que vivían en el centro sociosanitario o que trabajaban en él.

No está de más, para finalizar, emplear unas palabras del Defensor del Pueblo: «Resultan necesarias reformas normativas de calado que garanticen

a los mayores el ejercicio de una serie de derechos y que se preste una mayor atención presupuestaria, formativa, dotacional e inspectora en los centros residenciales que permita hacer frente a toda una serie de retos que hoy tiene planteado este sector, y que con toda seguridad se incrementara en un futuro inmediato».

Bibliografía

- Barranco Avilés, M. C. (2014). Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo. En M. C. Barranco Avilés, C. Churruza Muguza (eds.). *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos* (pp. 17-44). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cardona, B., Flores, F. y Cabeza, J. (2019). *Edad, discriminación y derechos*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Cebada Romero, A. (2019). Las personas de edad en el Derecho Internacional: hacia una convención de la ONU sobre los derechos de las personas de edad. En B. Cardona, F. Flores y J. Cabeza (coords.). *Edad, discriminación y derechos* (pp. 53-71). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Cotino Hueso, L. (2020). Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus. *Diario La Ley*, 9608 (6). Disponible en: <https://bit.ly/2Tq73UW>.
- De Lora, P. (2005). ¿A qué inocentes debemos sacrificar? La selección de pacientes para la distribución de recursos sanitarios. *Telos: Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 14, 2, 9-32.
- De Lora, P. (2020). ¿No es respirador para viejos? Sobre la «ética del bote salvavidas» y la COVID-19. *Letras libres*, 31. Disponible en: <https://bit.ly/3kyQDpa>.
- De Miguel Beriain, I. (2020). Triaje en tiempos de pandemia: un análisis a partir de las limitaciones del marco jurídico español. En E. Atienza y J. F. Rodríguez (dirs.). *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública* (pp. 229-241). Madrid: Dikynson.
- De Montalvo, F. (2020). Pandemias, política y ciencia: el papel de la ciencia y los científicos en la solución de los conflictos derivados de la pandemia de la COVID-19, *Cuadernos de Bioética* (en prensa).
- De Montalvo, F. y Bellver, V. (2020). La bioética en los tiempos del coronavirus: una reflexión acerca de algunos dilemas éticos-legales de la pandemia a partir del Informe del Comité de Bioética de España. En E. Atienza y J. F. Rodríguez (dirs.). *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública* (pp. 243-264). Madrid: Dikynson.
- Defensor del Pueblo (2020). *Separata del Informe Anual 2019 Atención a personas mayores. Centros residenciales*. Disponible en: <https://bit.ly/2JbOFgE>.

- Doménech Pascual, G. (2019). Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del derecho de daños. *InDret*, 2. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3414907>.
- Doménech Pascual, G. (2020). Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87.
- Flores Giménez, F. (2020). Las personas mayores en la Constitución española: derechos y garantías. En B. Cardona, F. Flores y J. Cabeza (coords.). *Edad, discriminación y derechos* (pp. 29-52). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- García Amez, J. (2018). El acceso a la salud como derecho humano: los medicamentos esenciales. En Moura de Araujo *et al.* *Direitos humanos universais* (pp. 141-151). Lisboa: AAFDL.
- Giménez Rodríguez, S. (2020). COVID-19 y personas mayores: ¿puede influir el aislamiento social en la enfermedad? *The Conversation*. Disponible en: <https://bit.ly/2HIyaYv>.
- Gómez Sánchez, Y. (2011). El derecho a la salud: un nuevo derecho de libertad. En S. Delgado Bueno y F. Bandrés Moya (coords.). *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Derecho sanitario y medicina legal en el trabajo* (pp. 3-17). Barcelona: Bosch.
- HelpAge España (2020). *Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*. Disponible en: <https://bit.ly/3moqp9i>.
- Junta de Castilla y León (2020). *El impacto del COVID-19 en las residencias de personas mayores de Castilla y León y medidas adoptadas*.
- León Alonso, M. (2010). *La protección constitucional de la salud*. Las Rozas: La Ley.
- Martínez Ques, A. A. (2015). La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos. *Revista de Derecho UNED*, 17. 1067-1102. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16262>.
- Medina Alcoz, L. (2012). Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 153-181.
- Pérez, J., Abellán, A., Aceituno, P. y Ramiro, D. (2020). *Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos*. Informes Envejecimiento en Red, 25. Disponible en: <https://bit.ly/3e1ELtt>.
- Pino, E. *et al.* (2020a). *Gestión Institucional y Organizativa de las Residencias de Personas Mayores y COVID-19: dificultades y aprendizajes*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.20350/digitalCSIC/12636>.
- Pino, E. *et al.* (2020b). Cómo reducir el impacto de la COVID-19 en las residencias de mayores. *Agenda Pública*. Disponible en: <https://bit.ly/3jz3TsC>.
- Presno Linera, M. A. (2018). 40 años de Constitución y salud. *Derecho y Salud*, 28, 34-44. Disponible en: <https://bit.ly/3dZXpSl>.
- Presno Linera, M. A. (2020a). Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 54-65. Disponible en: <https://bit.ly/37HaHIH>.

- Presno Linera, M. A. (2020b). Estado de alarma y sociedad del riesgo global. En E. Atienza y J. F. Rodríguez. *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública* (pp. 15-28). Madrid: Dikynson.
- Rey Martínez, F. (2018). Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 281-296. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22121>.
- Rubio, O. *et al.* (2020). Recomendaciones éticas para la toma de decisiones difíciles en las unidades de cuidados intensivos ante la situación excepcional de crisis por la pandemia por COVID-19: revisión rápida y consenso de expertos. *Medicina Intensiva*, 44 (7), 439-445. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.medin.2020.04.006>.
- Tenorio Sánchez, P. (2018). Derecho constitucional a la protección de la salud. En M. I. Álvarez y C. Vidal (coords.). *La Constitución española: 1978-2018* (pp. 433-446). Madrid: Lefebvre El Derecho.
- Truog, D., Mitchell, C. y Daley, G. (2020). The Toughest Triage: Allocating Ventilators in a Pandemic. *New England Journal of Medicine*, 382 (21), 1973-1975. Disponible en: <https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMp2005689>.
- Wang, H. *et al.* (2020). Dementia Care During COVID-19. *The Lancet*, 395 (10231), 1190-1191. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30755-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30755-8).

**PRIORIZAR SIN DISCRIMINAR: LA DOCTRINA
DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
EN UN CONTEXTO DE PANDEMIA**

**Prioritize without discrimination: The Spanish Bioethics
Committee opinion on the rights of people with
disabilities in a pandemic context**

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
UPComillas, ICADE
fmontalvo@icade.comillas.edu

VICENTE BELLVER CAPELLA
Universitat de València
vicente.bellver@uv.es

Cómo citar/Citation

Montalvo Jääskeläinen, F. de y Bellver Capella, V. (2020).
Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre
derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia.
IgualdadES, 3, 313-341.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.02>

(Recepción: 05/07/2020; aceptación tras revisión: 06/10/2020; publicación: 18/12/2020)

Resumen

La pandemia provocada por la COVID-19 ha recobrado el viejo debate acerca de la priorización de los recursos sanitarios, surgiendo al inicio de aquella lo que puede ser perfectamente tildado de crisis bioética dentro de la crisis sanitaria, al formularse por algunas sociedades científicas españolas y extranjeras unas recomendaciones de priorización de pacientes que discriminan por razón de la edad o la discapacidad. En el marco de dicha crisis, el Comité de Bioética de España emitió un informe con el que se consagra una doctrina sobre la priorización basada en la equidad y la atención

a la vulnerabilidad, que se aparta de los criterios utilitaristas y, en particular, del relacionado con el valor social de la persona. Una de las bases de ese criterio alternativo de priorización es el reconocimiento de la igual dignidad y derechos de las personas con discapacidad, cuestión a la que el CBE ha dedicado una singular atención en los últimos cinco años.

Palabras clave

Bioética; discapacidad; salud pública; derecho a la asistencia sanitaria; pandemia.

Abstract

The COVID-19 pandemic has revived the old debate about the prioritization of health resources, emerging what can be perfectly branded as a bioethical crisis within the health crisis, as a consequence of the prioritization recommendations adopted by some scientific societies, in Spain and abroad, who discriminate on the basis of age or disability. In the framework of this «bioethical crisis», the Spanish Bioethics Committee issued a Report which enshrines a doctrine on prioritization based on equity and attention to vulnerability, which departs from utilitarian criteria and, in particular, from the criterion of the social value of the person. One of the bases of this alternative prioritization criterion is the recognition of the equal dignity and rights of people with disabilities, an issue to which the CBE has devoted singular attention in the last five years.

Keywords

Bioethics; disability; public health; right to healthcare; pandemics.

SUMARIO

I. PRIORIZACIÓN Y CASOS DIFÍCILES COMO ELEMENTOS HABITUALES DE NUESTRO SISTEMA DE SALUD. II. LAS RECOMENDACIONES DE PRIORIZACIÓN EN EL ACCESO A LAS UCI DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. III. EL CRITERIO DEL VALOR SOCIAL Y SU IMPACTO EN LA DISCAPACIDAD. IV. EL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LA PRIORIZACIÓN DE RECURSOS SANITARIOS EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA. V. LA DOCTRINA DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE BIOÉTICA Y DISCAPACIDAD. VI. CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. PRIORIZACIÓN Y CASOS DIFÍCILES COMO ELEMENTOS HABITUALES DE NUESTRO SISTEMA DE SALUD

La priorización fue el primer debate ético de calado de esta crisis sanitaria. Incluso, la aparición de dicho debate se produjo de manera abrupta, muy en los inicios de la pandemia, pudiéndose tildar de verdadera crisis dentro de la crisis (Del Río *et al.*, 2020: 1-5). Sin perjuicio de ello, es importante recordar que la priorización no es algo propio de la crisis, sino que es una característica intrínseca de nuestro modelo sanitario. Incluso podría decirse que es una de las consecuencias que derivan de sus propias virtudes. La asignación de recursos sanitarios es inherente a un sistema de salud, como el nuestro, que es universal (véase como ejemplo el triaje en urgencias, las listas de espera, la lista de espera en el trasplante de órganos o las decisiones de incluir o no en la cartera de servicios determinados medicamentos o prestaciones sanitarias). El *todo, para todos, siempre y ya* sencillamente no es posible. Así pues, la priorización de recursos sanitarios es algo que no nos puede dejar tranquilos, pero que tampoco podemos ver como algo excepcional, sino sustancial a las propias condiciones del sistema. La lista de espera quirúrgica, por ejemplo, no es una disfunción del sistema de salud, sino que deriva de la necesidad de establecer un necesario ajuste entre la oferta y la demanda (Puyol, 2009: 31). Cuestión distinta es que la gestión de la lista no responda los principios de justicia o de transparencia, pero eso constituye un debate distinto al que ahora nos ocupa.

Pese a que la priorización no sea algo extraño al sistema de salud, el contexto en el que se ha producido la priorización es mucho más trágico que

lo habitual, no solo por la premura con la que debe adoptarse la misma, sino sobre todo por sus consecuencias. La decisión debe adoptarse entre dos males, es decir, se torna ya no en problemática, sino más allá, en dilemática, pero este es precisamente el contexto en el que la reflexión bioética cobra su plena virtualidad. Y aunque es difícil decidir sobre una distribución de recursos completamente equitativa, ello no nos debe impedir tomar conciencia de que tales circunstancias extraordinarias no pueden abrumar los valores éticos fundamentales que habitualmente regulan nuestra vida social. Las necesidades de atención médica, incluso si no existen, no pueden asumir un peso tan preponderante como para comprimir el núcleo irreductible del derecho a la salud, que constituye un elemento indispensable de la dignidad humana (D'Avack, 2020: 374).

La priorización cobró en la pandemia una extraordinaria relevancia cuantitativa y cualitativa por el número de casos y por las consecuencias funestas que conllevaba la decisión en cada caso. Además, la priorización en el acceso a los recursos sanitarios se vuelve especialmente compleja cuando se trata de recursos indivisibles. Los bienes escasos divisibles son aquellos que por su naturaleza se pueden segmentar y pueden proveer una fracción de su utilidad original a un grupo de pacientes determinado; por ejemplo, cierta pastilla de un medicamento se puede cortar en dos y cada paciente solo recibe la mitad del beneficio terapéutico. Por el contrario, los bienes escasos indivisibles son aquellos que por su naturaleza no se pueden segmentar y solo un paciente se puede beneficiar de ellos en determinado momento, como sería una máquina de diálisis o, en el contexto de la pandemia, un respirador en UCI.

Además, debemos recordar que priorizar según la Real Academia Española es dar prioridad a algo, siendo la prioridad la anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden. Sin embargo, el problema en los peores momentos de la pandemia es que no se trataba ya de priorizar, sino de excluir del tratamiento a unos pacientes frente a otros. No era una mera dilación en el acceso al recurso sanitario, como no es extraño que ocurra en el triaje de urgencias o en la lista de espera quirúrgica, sino de una verdadera distribución de recursos sanitarios, en el que unos quedaban excluidos del acceso en beneficio de otros, con un evidente compromiso de la vida o, al menos, de su integridad. Por ello, la toma de decisiones en dichos momentos de la pandemia fue cualitativamente diferente a una priorización habitual, pese a que esta, como venimos manteniendo, sea algo habitual en un sistema sanitario universal como el nuestro.

La priorización de los enfermos que padecen la enfermedad de la COVID-19 y que necesitan determinados recursos sanitarios, como puedan ser los que se ofrecen en el marco de las UCI, no es, sin embargo, el único

dilema bioético relativo a la priorización que nos trae esta crisis. Junto a este debemos destacar el de la previsible priorización de la vacuna. Como ha señalado el Comité de Bioética de España en su *Informe sobre los requisitos ético-legales en la investigación con datos de salud y muestras biológicas en el marco de la pandemia de COVID-19*¹, mientras conseguimos tratamientos para curar y vacunas para prevenir, no es menos importante analizar científicamente las razones por las que el virus no muestra la misma capacidad patogénica para producir daños en la salud de todos los pacientes infectados, sino solo en algunos de ellos, evolucionando la enfermedad de manera asintomática en algunos casos y en otros, por el contrario, de manera muy tórpida e incluso catastrófica, provocando la muerte de un porcentaje nada desdeñable de las personas afectadas en comparación con otros virus comunes como el de la gripe. Y dicha línea de investigación, nos recuerda el Comité, cobra, además, especial relevancia en relación con la futura vacuna contra la enfermedad de COVID-19 porque es fácil prever que cuando se obtenga una vacuna eficaz para prevenir la infección por virus SARS-CoV-2, será harto difícil poder acceder de manera más o menos inmediata a un número suficiente de dosis para poder facilitársela a toda la población que aún no haya superado la infección y desarrollado la correspondiente inmunidad protectora. Si los mercados de provisión de productos sanitarios y medicamentos han sufrido un gran estrés y una sobredemanda que ha impedido, en el caso concreto de España, proveerse de los medios suficientes para hacer frente a la pandemia, no es nada descartable que podamos encontrarnos con un problema similar a la hora de intentar acceder a la compra de una hipotética vacuna. También el carácter global de la pandemia dificultará tal acceso, pues son todas las regiones del mundo y una población de miles de millones de personas las potencialmente interesadas en la vacuna.

Todo ello implicará, en palabras del Comité, la ineludible necesidad de establecer una priorización en la aplicación de la vacuna. A estos efectos, poder conocer con cierta evidencia científica qué individuos son más susceptibles de infectarse y cuáles son los perfiles de riesgo asociados a un peor pronóstico parece una tarea indispensable en la lucha contra la enfermedad.

En definitiva, hemos tenido que priorizar en la asignación de determinados recursos sanitarios por su insuficiencia para atender a todos los pacientes que requerían asistencia hospitalaria y medios específicos de soporte vital, y en breve tendremos que volver a priorizar en la prescripción y aplicación de la deseada vacuna. Ello, sin embargo, no debe provocar que caigamos en el sesgo de transformar todos los problemas éticos derivados de la pandemia en

¹ Disponible en: www.comitedebioetica.es.

dilemas y renunciemos no solo a la detenida reflexión y a la deliberación, sino a la búsqueda de cursos de acción intermedios a través de los que se evita el sacrificio de uno de los derechos en conflicto.

Y también es importante recordar que, al igual que la priorización es algo consustancial a nuestro sistema sanitario, también lo son, en general, los dilemas y problemas éticos complejos. Como señalara el Comité de Bioética de España en su *Informe sobre la financiación pública del medicamento profilaxis pre-exposición (PrEP) en la prevención del VIH*, de 7 de marzo de 2017², «la bioética está, por tanto, plagada de este tipo de elecciones trágicas donde cualquier decisión sobre la distribución de recursos afecta de manera sustancial a la vida de las personas pues la elección no resulta ser entre un mal y un bien sino que entre dos males». Uno de los padres de la bioética en el Cono Sur, José Alberto Mainetti, recordaba en su explicación de los orígenes de aquella que había un profesor de Derecho Romano que comenzaba sus clases con la siguiente frase: «El derecho romano en Roma, señores, comenzó por no existir», recurso puramente metafórico que le permitía afirmar al bioeticista que, igualmente, la bioética comenzó por no existir, pues como todo proceso histórico se originó en una crisis (Mainetti, 2011).

II. LAS RECOMENDACIONES DE PRIORIZACIÓN EN EL ACCESO A LAS UCIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el inicio de la crisis sanitaria, cuando la insuficiencia de los recursos sanitarios empezaba ya a preverse por el abrupto incremento del número de casos infectados y, en particular, de los que precisaban de medios de soporte vital en UCI, la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, a través de su Grupo de Bioética, aprobó el documento *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos*³.

Las recomendaciones quedan justificadas porque

una pandemia global, como la del SARS-COVID-19, puede abrumar la capacidad de las instalaciones ambulatorias, los departamentos de emergencias, los hospitales y los servicios de medicina intensiva (SMI). Impacta en los recursos disponibles, tanto a nivel de estructuras, de equipamientos y de profesionales, con graves con-

² Disponible en: www.comitedebioetica.es.

³ Disponible en: <https://semicyuc.org>.

secuencias en los resultados de los pacientes, de sus familias, de los propios profesionales sanitarios y de la sociedad en general [y] se produce, temporalmente, un desequilibrio entre las necesidades clínicas y la disponibilidad efectiva de los recursos sanitarios.

Para la sociedad científica, «esta situación excepcional se debe manejar como las situaciones de medicina de catástrofe [...]. La falta de planificación en situaciones de escasez de recursos puede llevar a la aplicación inapropiada de la situación de crisis, al desperdicio de recursos, a la pérdida inadvertida de vidas, a la pérdida de confianza y a decisiones innecesarias de triaje/racionamiento». Por ello, en palabras de las recomendaciones, «es imprescindible establecer un triaje al ingreso, basado en privilegiar la “mayor esperanza de vida”, y unos criterios de ingreso claros y de descarga de la UCI, basados en un principio de proporcionalidad y de justicia distributiva, para maximizar el beneficio del mayor número posible de personas».

Como puede deducirse de dicha explicación, en este contexto de «medicina de catástrofe» debe planificarse la utilización de los recursos, partiendo no solo de criterios científicos, sino también de principios éticos y de las propias exigencias del Estado de derecho, debiendo prevalecer «el principio de justicia distributiva». Pese a tal advertencia de la importancia de los criterios éticos, además, de los estrictamente científicos, las recomendaciones sitúan a las personas con discapacidad en una situación de evidente desventaja en el acceso a los recursos hospitalarios de medicina crítica e intensiva. Y sin bien es cierto es que las recomendaciones no establecen ningún criterio explícito de despriorización o peor prioridad de dicho colectivo, el problema radica en varios de los conceptos y criterios que incorporan las recomendaciones y, concretamente, los cuatro siguientes.

En primer lugar, las recomendaciones establecen como criterio de prioridad en la asistencia el de los «años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*)», añadiendo a continuación que «en personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada».

En segundo lugar, se afirma también que «cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serán subsidiarios de ventilación mecánica invasiva». También se añade una mención a la protección vulnerabilidad.

En tercer lugar, se hace mención a la especial protección que exigen las personas más vulnerables, pero en tal referencia se hace omisión expresa a algunas personas con discapacidad que sí puede afirmarse que han de encontrarse en una evidente situación de vulnerabilidad con ocasión del contexto de la pandemia. Así, las recomendaciones señalan expresamente que «el gran

dilema ético con esta pandemia es cómo proteger a las personas vulnerables mientras se permite la mayor cantidad posible de vida normal y actividad económica. Son especialmente vulnerables en la pandemia las personas enfermas, los profesionales sanitarios, las personas sin recursos [...]». Ciertamente es que la relación de supuestos no se cierra, debiendo entenderse que se trata de una lista abierta en la que cabría incluir a cualquier otro individuo o colectivo vulnerable, como lo serían determinadas personas con discapacidad. Sin embargo, resulta paradójico que, precisamente, dichas personas o colectivos no aparezcan mencionados como paradigma de la vulnerabilidad.

En todo caso, el criterio que realmente supone un trato desigual injustificado en perjuicio de las personas con discapacidad es con el que se cierran las recomendaciones: «Tener en cuenta el valor social de la persona enferma». Esta no es una opinión personal de quienes ahora escriben o, incluso, de los miembros del Comité de Bioética de España, sino que es compartida por el propio Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y también por el defensor del pueblo. Así, resultan paradigmáticas las palabras del defensor del pueblo en una carta en contestación a CERMI, según dan cuenta los medios de comunicación. El defensor considera que no es aceptable que determinados profesionales y expertos sanitarios estén sugiriendo «sacrificar» a personas con discapacidad por esa sola condición a la hora de administrar los medios asistenciales disponibles para afrontar la COVID-19. Para el defensor, el combate contra la enfermedad no puede dejar de lado en ningún momento los principios básicos sobre los que se cimienta nuestra sociedad democrática, garantizando en todo momento la dignidad de las personas, cualquiera que sea su condición, y el respeto a sus derechos y libertades consagrados en la Constitución⁴.

Así pues, tanto CERMI como el defensor del pueblo comparten el criterio de que el concepto de valor social que incorporan las citadas recomendaciones supone un desvalor de la discapacidad. Por tanto, si bien no hay una referencia explícita que permita afirmar que las recomendaciones atentan al derecho a la igualdad de la que son merecedoras las personas con discapacidad, sí que ello se deduce de la conjunción de los cuatro criterios mencionados y sobre todo del precitado criterio del valor social.

En todo caso, lo que llevamos relatado hasta el momento no nos gustaría que se entendiera como reproche o, menos aún, imputación ninguna a dichas sociedades científicas, ni creemos en modo alguno que tales decisiones se hayan tomado con el ánimo o propósito de perjudicar a las personas con discapacidad. Nada más lejos de nuestro propósito en este análisis de las

⁴ Véase: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/defensor-crisis-covid/>.

citadas recomendaciones. Creemos, por el contrario, que el problema que subyace en las recomendaciones es que, optando por un criterio utilitarista prevalente, sin propósito alguno de perjudicar o discriminar a las personas con discapacidad, acaban por hacerlo. Porque, precisamente, este es el problema que antes anticipábamos que presenta el utilitarismo, la poca relevancia que concede a determinados valores y derechos humanos en pos de la eficiencia en la toma de decisiones. A este respecto, resulta sumamente ilustrativo recordar la frase de uno de los padres del utilitarismo, Jeremy Bentham, cuando afirmaba que «natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense-nonsense upon stilts» (Bentham, 1843). Por ello, para evitar que conceptos tan ambiguos como la dignidad o los propios derechos humanos afectaran a la eficacia en la toma de decisiones por las autoridades públicas, ofreció a la política no una propuesta filosófica o ética, sino una mera solución pragmática que permitiera cuantificarlas numéricamente, basándose en datos empíricos (Davies, 2015: 14-17), aunque con la plausible aspiración de lograr la mayor felicidad y bienestar para el mayor número de ciudadanos.

Pero es que, además, en descargo de las propias sociedades científicas que emitieron dichas recomendaciones, debemos recordar que tal trato desigual injustificado en perjuicio de las personas con discapacidad puede también comprobarse que aparece reflejado en varias de las recomendaciones publicadas por otras sociedades científicas de países de nuestro entorno, comunidades estas, paradójicamente, que por tradición ética y jurídica vienen concediendo a la dignidad un valor muy relevante. El problema creemos que radicó, como anticipábamos antes, en el recurso al utilitarismo como criterio prevalente y en el excesivo *dilematismo* que pudo apreciarse en las primeras semanas de la pandemia. Ante un contexto que ofrece pocos espacios para la reflexión y la deliberación, el utilitarismo puede ofrecerse como el criterio más idóneo desde una perspectiva sustancialmente pragmática.

A modo de ejemplo de la presencia del utilitarismo en otros documentos emitidos por sociedades científicas o instituciones extranjeras, con una tradición cultural y ética no muy alejadas de la nuestra, pueden verse las recomendaciones de la Sociedad Científica Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia Intensiva (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva. SIAARTI), publicadas el 13 de marzo de 2020, bajo el título de *Raccomandazioni di ética clínica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*⁵. Señalan dichas recomendaciones, en términos

⁵ Puede accederse a dichas recomendaciones a través de la página web de la citada sociedad científica italiana. Puede también accederse a una versión no oficial en lengua

muy similares a los de las emitidas por las sociedades científicas españolas, que en el escenario que plantea la pandemia es necesario establecer criterios para el acceso a las UCI, basados no solo estrictamente en la idoneidad clínica y la proporcionalidad de la atención, sino inspirados también en un criterio, lo más ampliamente posible, de distribución justa y asignación adecuada de recursos limitados de salud. Este tipo de escenario es sustancialmente similar al entorno de la *medicina de desastres*, para el cual la reflexión ética a lo largo del tiempo ha desarrollado una guía concreta para los profesionales sanitarios que tienen que tomar decisiones difíciles.

Y añaden las citadas recomendaciones que, como una extensión del principio de proporcionalidad de la atención, la asignación en un contexto de grave escasez de recursos sanitarios debe tener como objetivo garantizar tratamientos intensivos a los pacientes que tienen mayores posibilidades de éxito terapéutico, es decir, para los que tienen una mayor expectativa de vida. Las recomendaciones proponen recurrir al estado funcional del paciente pues lo que sería un proceso asistencial relativamente corto para un individuo sano podría convertirse en uno mucho más largo y, por lo tanto, de más consumo de recursos para pacientes frágiles o con comorbilidades graves. El problema no radica en que las recomendaciones italianas, como ocurre con las emitidas por las sociedades científicas patrias, pretendan atentar a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, sino que, bajo el fuerte aroma del utilitarismo, terminan por hacerlo. Así, Valerio Rotondo en su valoración jurídica de dichas recomendaciones señala que la aproximación utilitarista adoptado por las mismas en la solución del problema de la asignación de recursos no solo no convence, sino que, además, puede estar en contra del principio personalista que conforma nuestro ordenamiento jurídico, el cual asume que la persona es su valor máximo y su tutela el principio constitucional supremo, existiendo un derecho fundamental a la salud, ámbito inviolable de su dignidad, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (Rotondo, 2020: 159). Y Laura Palazzani considera que si bien tales recomendaciones no pueden ser consideradas como explícitamente utilitaristas, de su línea argumentativa se derivan algunos elementos que pueden interpretarse en esta lógica (Palazzani, 2020: 364). La misma conclusión alcanza Lorenzo D'Avack, presidente del Comité Nacional para la Bioética Italiana: entre los modelos de referencia ética en la asignación de los recursos de salud, es evidente que SIAARTI se refiere al *utilitario*, desarrollado por los países anglosajones y recientemente también incorporado por el

inglesa de dichas recomendaciones en el siguiente enlace de la OMS: <https://bit.ly/2HEXUVN>.

Grupo de Bioética de la Sociedad Española de Unidades Intensivas, Críticas y Coronarias (SEMICYUC) (D'Avack, 2020: 373).

Las recomendaciones italianas no incluyen de manera expresa, como sí lo hacen las nuestras, el controvertido concepto del valor social, pero este acaba por deducirse de los criterios que incorpora de edad, fragilidad o comorbilidad que sí emplean en su determinación de la prioridad⁶.

Igualmente, el primer borrador de la *Guía bioética para asignación de recursos limitados de medicina crítica en situación de emergencia*, del Consejo de Salubridad General de México, ofrece el mismo vicio de utilitarismo. Sin embargo, tras la polémica que en la opinión pública tuvo su contenido inicial, el borrador fue sustancialmente modificado, apartándose de criterios utilitaristas.

III. EL CRITERIO DEL VALOR SOCIAL Y SU IMPACTO EN LA DISCAPACIDAD

Recurrir al concepto de valor social de los individuos, como hacen las recomendaciones de la SEMICYUC significa, inexorablemente, que unos individuos tendrán más valor que otros. Y si bien hay que esperar que la eficiencia presida toda buena elección social, no debemos olvidar que la eficiencia no es una varita mágica que hace desaparecer los conflictos morales ni está ella misma completamente libre de valores (Puyol, 2009: 30). Sin embargo, todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana.

¿Cómo debe interpretarse dicha mención al valor social? ¿Cómo puede evaluarse la utilidad social como parámetro para priorizar a unos pacientes frente a otros?

El *Diccionario del español jurídico* nos dice que un bien de reconocida utilidad social es aquel de primera necesidad, remitiéndose, además, a lo dispuesto en el art. 250 del Código Penal, que dispone que el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a

⁶ Además de las recomendaciones mencionadas de la SEMICYUC, también el Observatorio de Derecho y Bioética de la Universitat de Barcelona publicó unas recomendaciones en las que recurría al criterio de la edad para priorizar; *Recomendaciones para la toma de decisiones éticas sobre el acceso de pacientes a unidades de cuidados especiales en situaciones de pandemia. Documento de consenso del OBD*, 27 de marzo de 2020, disponible en: <https://bit.ly/3kA6EeA>.

doce meses cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

Así pues, siguiendo quizás la máxima kantiana sobre la dignidad, lo que nos viene a decir dicho diccionario y el propio ordenamiento jurídico es que cuando hablamos de utilidad o valor social nos estamos refiriendo a los bienes y no las personas, en respeto de la propia condición ontológica del ser humano.

Igualmente, el *Diccionario de la lengua española* define valor con varias acepciones, pero todas ellas referidas en el significado propio del término a los bienes o cosas. Así, nos dice que *valor* es el «grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite», «cualidad de las cosas, en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente», «importancia de una cosa». Y cuando el término *valor* puede predicarse de las personas y no de las cosas lo es en su acepción de «cualidad del ánimo, que mueve a acometer resueltamente grandes empresas y a arrostrar los peligros» o «persona que posee o a la que se le atribuyen cualidades positivas para desarrollar una determina actividad». Esta última, quizás, es la acepción a la que ha podido querer referirse la sociedad científica en sus recomendaciones, aunque los términos serían, en todo caso, extraordinariamente vagos porque la cualidad positiva para desarrollar determinada actividad sitúa la relevancia no tanto en la propia actividad sino en las cualidades de la persona para desarrollarla.

Para el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI, en su *Argumentario de urgencia para las organizaciones del movimiento CERMI sobre atención sanitaria adecuada sin discriminaciones por razón de discapacidad en la crisis de la pandemia del coronavirus*, de 2 de abril de 2020, «las personas con discapacidad deben recibir la atención médica que precisen conforme a su patología, independientemente de su discapacidad, si clínicamente esta no es relevante, y sin que esta situación suponga un sesgo para su atención médica con todas las garantías». Para CERMI, «las estrategias de salud deben abordar no solo las dimensiones médicas de la epidemia, sino también los derechos humanos y las consecuencias específicas de género de las medidas tomadas como parte de la respuesta de salud. El tratamiento debe estar disponible para todas las personas sin discriminación ni exclusiones ni preferencias o descartes odiosos». Y así, «las personas con discapacidad tendrán derecho a ser atendidas en las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), cuando la enfermedad así lo requiera. En ningún caso se podrá negar a las personas con discapacidad el recurso de la medicina intensiva»⁷.

⁷ Disponible en: <https://bit.ly/2JaSvXf>.

Negarse a asignar recursos sanitarios escasos a pacientes con discapacidades preexistentes no se fundamenta en una decisión empírica, sino en una cuestión de valores (Bagenstos, 2020: 5). No habría, pues, base científica para negar la asistencia a dichas personas más allá de criterios económicos o puramente ideológicos. Además, las decisiones de racionamiento médico se toman en tiempos de gran incertidumbre e implican pronósticos (sobre la posibilidad de recuperación y la calidad de vida después de la recuperación) que son inciertos. Es natural que cualquiera que decida bajo tales condiciones se guíe por sus valores y prejuicios, aunque solo sea inconscientemente, para resolver dichas incertidumbres. Existe una amplia evidencia de sesgo generalizado contra la discapacidad entre los profesionales médicos, un problema que se ve exacerbado por la representación insuficiente de las personas con discapacidad entre sus filas (Bagenstos, 2020: 6). Cuando los profesionales médicos determinan que una discapacidad limita la calidad de vida de una persona, están haciendo un juicio normativo controvertido que a menudo no refleja los puntos de vista de las personas con discapacidad (Bagenstos, 2020: 9).

La mención al valor social puede interpretarse, conjuntamente con la cita del criterio de años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*), como una verdadera expresión de utilitarismo como teoría vehicular de las mencionadas recomendaciones y, como tal, cae en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, asumiendo que el valor moral de las personas es intercambiable: la salud que unos ganan compensa la que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva. Porque el enfoque utilitarista ignora el imperativo categórico kantiano, que ha conformado el concepto universal y secularizado de dignidad humana, y que prohíbe utilizar a las personas exclusivamente como medios para los fines de otros. La compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí, con el fin de maximizar unos presuntos beneficios colectivos, es incompatible con la primacía de la dignidad humana. Y precisamente por ello, en una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos. Además, bajo el enfoque utilitarista, los derechos de los individuos pueden ser fácilmente infringidos porque sus beneficios individuales se agregan para constituir los beneficios colectivos.

Y la doctrina del utilitarismo, aun cuando se ha pretendido revestir de una aparente complejidad, es una mera expresión intuitiva que permite una respuesta moral casi inmediata, sin reflexión profunda de los valores en conflicto y, en especial, de la dignidad (Feito, 2019: 166). La crítica al utilitarismo no tiene que ver con los elementos que aporta para evaluar la toma de decisiones, sino con su radical insuficiencia, al desconocer la existencia de unos bienes con un valor inconmensurable, como son los derechos humanos.

Porque el utilitarismo clásico plantea, entre otros, el problema de olvidar que las personas tienen derechos inalienables e inadmisibles que no están sujetos a ningún cálculo (Ferrer y Álvarez, 2003: 112), dejando a un lado la dignidad ontológica del ser humano, que es percibida como una abstracción o una creación ideológica.

El utilitarismo incurre en una falacia naturalista, ya que el hecho de que la mayor parte de la gente desee algo no significa que ello sea digno de ser deseado. Lo que se desea no tiene que considerarse necesariamente bueno, ya que también son posibles los malos deseos (Antoine, 2004: 146). Incluso en el utilitarismo de reglas, el cual pretende superar las críticas al utilitarismo tradicional por defender que las consecuencias son lo único que debe ser atendido desde una perspectiva moral, sigue desconociendo el discurso de los derechos.

Esta ausencia de verdadera reflexión ética profunda en la forma de resolución de conflictos que postula el utilitarismo conecta, además, con una incorrecta transformación de problemas en dilemas, lo que elimina la búsqueda de cursos de acción intermedios. Y es que el ser humano tiende a reducir todos los posibles cursos de acción a dos, y además extremos, dejando en la penumbra todos los posibles cursos intermedios que son los más difíciles de ver, a lo que nosotros añadiríamos que además son los que requieren de mayor tiempo y profundidad en la reflexión para ser vistos. De este modo, para simplificar la toma de decisiones optamos por lo dicotómico, produciéndose lo que denomina sesgo del *dilematismo* (Gracia, 2019: 104-105).

Para el utilitarismo la asignación de recursos limitados en el acceso a la atención se considera correcta cuando logra, al mismo costo, el mejor resultado pragmático posible en relación con el número de pacientes que sobreviven y con la perspectiva de años de vida ganados. Sin embargo, esta elección, si se expresa en términos radicales, conduce inevitablemente a la marginación de los sujetos más débiles, considerados *marginales* (ancianos, enfermos terminales, personas con discapacidad) (Palazzani, 2020: 363). El enfoque utilitario introduce distinciones extrínsecas entre vidas con dignidad o sin dignidad, entre vidas con más o menos dignidad, basadas en condiciones de vida de calidad, número de años de vida, recuperabilidad (en términos de curación de enfermedades y bienestar), negando el reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada ser humano y de su derecho fundamental a la atención médica (*ibid.*: 365). Sin embargo, en la distribución de recursos hay que tratar de lograr el máximo de igualdad, sin evaluar cuánto vale la vida de las personas, debiendo ser todos tratados de la misma manera y tener las mismas oportunidades para acceder a los servicios de salud, de manera que se garanticen los mismos derechos a todas las personas (D'Avack, 2020: 374). Y si bien puede aceptarse un criterio de decisión basado en la idoneidad clínica y científica para evaluar la efectividad y la proporcionalidad del tratamiento,

cualquier otro criterio de selección, como la edad, el género, la pertenencia social o étnica, la discapacidad, la condición y el rol social, la responsabilidad por los comportamientos que han inducido la patología o el de los costos es éticamente inaceptable, ya que introduce una jerarquía entre vidas dignas e indignas y una violación inaceptable de los derechos humanos fundamentales (*ibid.*: 375).

La pandemia ha provocado, pues, dos fenómenos correlacionados: el recurso al utilitarismo y el sesgo dilemático como expresiones de la búsqueda de soluciones rápidas y poco comprometidas éticamente para resolver los diferentes problemas a los que aquella nos ha obligado a enfrentarnos. Parece, pues, que el sistema de pensamiento 1 de Daniel Kahneman, que identifica con el pensar rápido⁸, es el que ha estado más ocupado durante la crisis, y no solo al comienzo, sino a todo lo largo de su desarrollo.

El criterio del valor social ha sido criticado por la bioética comparada. Así, el Comité Nacional de Ética alemán (Deutscher Ethikrat) en su recomendación *ad hoc* sobre la solidaridad y la responsabilidad durante la crisis del coronavirus, de 27 de marzo de 2020, señala que el ordenamiento jurídico alemán establece un marco vinculante para la ética médica y, en dicho marco, la dignidad humana ha de quedar garantizada en términos de igualdad, otorgando una protección frente a cualquier discriminación. Además, dicho ordenamiento incorpora también el principio de indiferencia del valor vida, en virtud del cual está prohibido evaluar la vida humana. Cualquier diferencia que se establezca directa o indirecta en relación con el valor o la duración de la vida y cualquier decisión del Estado que determine una asignación desigual de posibilidades de supervivencia y riesgos de muerte en situaciones de crisis es inadmisibles. Toda vida humana goza de la misma protección. Y ello no solo significa la prohibición de diferencias por género u origen étnico, sino también de clasificar las vidas en función de la edad, el papel social y su supuesto valor o una esperanza de vida prevista⁹.

Sobre el recurso al utilitarismo como fórmula de distribución de recursos sanitarios, el Comité alemán recuerda que el ordenamiento jurídico alemán se muestra contrario a una evaluación puramente utilitaria que tenga como objetivo simplemente maximizar la vida humana o años de vida. Y si bien es lógico que deben hacerse todos los esfuerzos admisibles para salvar tantas vidas como sea posible, tales medidas no pueden vulnerar el marco de las normas constitucionales. El Estado no debe calificar la vida humana y, en

⁸ Este pensamiento rápido se caracteriza porque también es automático, frecuente, emocional, estereotipado y subconsciente.

⁹ Disponible en: <https://bit.ly/3ozA3I3>.

consecuencia, no debe prescribir qué vidas deben salvarse primero en situaciones de conflicto. Incluso en momentos excepcionales de una emergencia generalizada y catastrófica, el Estado tiene el deber no solo de salvar tantas vidas humanas como sea posible, sino también, y, sobre todo, de salvaguardar los fundamentos del sistema legal.

El Comité Nacional de Ética francés (Comité Consultatif National D'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé) en su *Informe sobre los problemas éticos de la pandemia*, de 13 de marzo de 2020, se pronuncia en similares términos y rechaza que se recurra a un criterio de priorización basado en el valor económico de la persona. Y así señala que el respeto al principio de equidad como condición esencial de actuación en el contexto de la escasez de recursos, impide seleccionar y priorizar a las personas de acuerdo con su único valor económico inmediato o futuro, es decir, el criterio de utilidad social no es aceptable porque la dignidad de una persona no depende de su utilidad. Por lo tanto, en una situación de escasez de recursos, las opciones médicas, siempre difíciles, se guiarán por una reflexión ética que tendrá en cuenta el respeto por la dignidad de las personas y el principio de equidad¹⁰.

Igualmente, rechaza dicho criterio la *Guía bioética para asignación de recursos limitados de medicina crítica en situación de emergencia*, del Consejo de Salubridad General de México, a la que antes nos hemos referido en cuanto a su versión inicial. Como ya comentamos antes, la citada guía fue profundamente modificada en su versión definitiva con ocasión de la polémica suscitada por alguno de los criterios incorporados en el primer borrador. En su versión actual, la guía puede ser considerada un verdadero ejemplo de especial sensibilidad hacia la vulnerabilidad y colectivos de personas con discapacidad, rechazando de plano el criterio del valor social.

La guía recoge una reflexión de carácter bioético sobre la pandemia y la asignación de recursos escasos que comienza proclamando que un principio fundacional de la justicia social es que todas las personas tienen el mismo valor y los mismos derechos. Además del principio de justicia, los principios orientadores de esta guía son: dignidad humana, solidaridad y equidad. Y si la salud pública tiene el objetivo de cuidar y mejorar la salud de la población y cada persona dentro de ella tiene igual valor y dignidad, esto le lleva a concluir que el objetivo de la salud pública durante una emergencia de esta naturaleza es doble: tratar al mayor número de pacientes y salvar la mayor cantidad de vidas. Para salvar a la mayor cantidad de vidas se requiere evaluar la probabilidad de que un paciente mejore y sobreviva y el tiempo que dicho paciente utilizará

¹⁰ La contribution du CCNE à la lutte contre COVID-19: *Enjeux éthiques face à une pandémie*, 13 de marzo de 2020 (disponible en: <https://bit.ly/37PwDLo>).

los recursos escasos que pueden reutilizarse. Pero ello debe hacerse atendiendo también a la situación y condiciones de grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica como serían, entre otros, las personas con discapacidad, lo que conduce a hacer ajustes razonables para que la atención que se brinda a esas personas no pueda dar lugar a discriminación por tales condiciones. Esto quiere decir que se ha de procurar un reparto justo de los beneficios y de las cargas, haciendo un uso eficiente de los recursos disponibles. En particular, la guía dice que se debe cuidar que la limitación al derecho social a la salud durante una emergencia de salud pública no castigue más a poblaciones en situación de vulnerabilidad y, aun más, durante una emergencia de salud pública los proveedores de salud privada no deberán negar la atención hospitalaria a personas que no cuenten con seguro médico privado o que no cuenten con los recursos económicos necesarios para solventar los gastos de hospitalización. Por ello, no puede excluirse a ningún paciente que sería, en condiciones ordinarias, sujeto a recibir cuidados críticos. Esto quiere decir, en principio, que tener una discapacidad no es de por sí característica que excluya a pacientes de ser candidatos a recibir cuidados críticos. Es un error que ha de evitarse a toda costa asumir que cualquier discapacidad es sinónimo de tener una calidad de vida inferior, un pronóstico desfavorable o mala salud.

La guía excluye, por ejemplo, que se recurra al criterio del orden de llegada, de manera que se de prioridad al primero en llegar, el también denominado argumento del corredor olímpico o *first come, first served*, y ello porque no solo pueda considerarse injusto cuando los valores en juego sean la vida o la integridad (en el acceso a los servicios de restauración o a la compra de entradas para espectáculos públicos puede resultar adecuado, pero cuando se plantea en relación a la adopción de una medida de soporte vital no creemos que nadie defienda éticamente dicho criterio), sino, además, porque prima la proximidad geográfica a la unidad de atención hospitalaria y favorece a las personas con mayor riqueza económica y que tienen redes sociales más extensas y a quienes viven en zonas urbanas en perjuicio de los que viven en zonas rurales.

Para la guía tampoco el criterio del *valor social percibido* de la persona es éticamente aceptable en la asignación de recursos escasos de medicina crítica. La razón es que dicho criterio supone erróneamente que las ocupaciones pueden ser objetivamente jerarquizadas y éticamente evaluadas en este contexto, y distrae la atención de las consideraciones estrictamente sanitarias. Y aun más, este criterio favorece estereotipos sociales y prejuicios que generalmente operan contra personas que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad y de discriminación histórica.

Por último, en el ámbito europeo el European Group of Ethics and New Technologies aprobó una declaración en la que declaraba que todas

las políticas y medidas deben basarse invariablemente en la idea básica de igual valor de todos los seres humanos, enraizada en una dignidad humana común¹¹, y el Comité de Bioética (DH-BIO) del Consejo de Europa, en su «Declaración sobre las consideraciones de derechos humanos relevantes para la pandemia de COVID-19» («Statement on human rights considerations relevant to the Covid-19 pandemic») de 14 de abril de 2020, subrayaba que el principio de equidad de acceso a la atención de la salud establecido en el art. 3 del Convenio de Oviedo debe mantenerse, incluso en un contexto de escasos recursos, y exige que el acceso a los recursos existentes se guíe por criterios médicos para garantizar que las vulnerabilidades no conduzcan a la discriminación en el acceso a la atención médica. Porque la protección de las personas más vulnerables en este contexto está realmente en juego, como las personas con discapacidad¹².

Además, como recuerda el Comité Nacional de Bioética de la República de San Marino, el art. 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prohíbe cualquier discriminación basada en la discapacidad, considerando como tal no solo cuando se trata al individuo de manera diferente sin justificación (distinción), sino también cuando se le excluye de un derecho o beneficio (exclusión), o cuando se limita el acceso a un servicio o un derecho (restricción). Y el riesgo en estos tiempos de pandemia es que se acaben por socavar estos derechos sobre la base de un estigma social y cultural muy fuerte para el que la vida sufriente no es sostenible ni digna de ser vivida¹³.

Por último, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en sus *Recomendaciones para la gestión de cuestiones éticas en epidemias (Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks)* de 2016¹⁴, establece que las decisiones de asignación de recursos deben guiarse por los principios éticos de utilidad y equidad. Y si bien el principio de utilidad requiere la asignación de recursos para maximizar los beneficios y minimizar las cargas, el principio de equidad exige la distribución justa de los beneficios y las cargas. En algunos casos, una distribución equitativa de los beneficios y las cargas puede considerarse justa, pero en otros puede ser más justo dar preferencia a los grupos que están en peor situación, como los grupos vulnerables. Y las mismas recomendaciones de la OMS disponen, en relación al concepto de utilidad social, que si bien puede ser ético priorizar a las personas que son esenciales para manejar un brote, no es apropiado priorizar a las personas con

¹¹ Disponible en: <https://bit.ly/3kwyAjn>.

¹² Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/bioethics/dh-bio>.

¹³ Disponible en: <https://bit.ly/37PvdjR>.

¹⁴ Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/250580>.

base en consideraciones de valor social no relacionadas con la realización de servicios críticos necesarios para la sociedad.

La propia OMS, ya en el contexto de la pandemia, aprobó un nuevo documento de reflexiones sobre la discapacidad durante la pandemia por la COVID-19 (*Disability considerations during the Covid-19 outbreak*) de 26 de marzo de 2020, en el que recuerda que las personas con discapacidad están especialmente expuestas a la enfermedad de la COVID-19 por diferentes motivos, entre los que podríamos destacar, resumidamente, las barreras para la implementación de medidas básicas de higiene, como lavarse las manos (los lavamanos y lavabos pueden ser físicamente inaccesibles o una persona puede tener dificultades físicas para frotarse bien las manos), la dificultad para mantener el distanciamiento social debido a necesidades de apoyo adicionales o por estar institucionalizados, la necesidad de tocar objetos o el entorno para obtener información o para soporte físico, la condición de salud preexistente subyacente a la discapacidad, las barreras para acceder a la atención médica. Así, debe garantizarse que las medidas de emergencia no discriminen por motivos de discapacidad. Los mecanismos de protección de los derechos humanos para las personas con discapacidad no deben reducirse en el contexto de las medidas de emergencia. Y, además, debe garantizarse también que las decisiones sobre la asignación de recursos escasos (por ejemplo, ventiladores) no se basen en impedimentos preexistentes, altas necesidades de apoyo, evaluaciones de calidad de vida o prejuicios médicos contra personas con discapacidad¹⁵.

IV. EL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LA PRIORIZACIÓN DE RECURSOS SANITARIOS EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

En este contexto de *crisis bioética* dentro de la crisis sanitaria provocada por las recomendaciones de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, el Comité de Bioética de España recibió de la Dirección General de Políticas de Discapacidad, Secretaría de Estado de Derechos Sociales, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, una petición de informe acerca de las implicaciones éticas que para las personas con discapacidad pueden tener las mencionadas, todo ello, al amparo de lo previsto en el art. 78 de la Ley de Investigación Biomédica.

¹⁵ Véase: <https://bit.ly/2HGTrCq>.

En el Informe del Comité aprobado el 25 de marzo de 2020 se señala que

en estas circunstancias, en que afrontamos una creciente escasez de recursos para atender a las personas en situación más grave, es importante adoptar unos criterios en la asignación de recursos que sean comunes para todos los españoles, de modo que no se produzcan graves inequidades asistenciales entre unos y otros. Por ello, las propuestas y recomendaciones llevadas a cabo por sociedades científicas y otros grupos de trabajo, pese a venir presuntamente avaladas por la mejor evidencia científica que se deriva de la propia cualificación profesional de quienes las están emitiendo, en el contexto de la pandemia, donde ya no se trata de fijar cuál es el mejor criterio científico-médico o cuál es la *lex artis* de la actuación individual de cada profesional, sino, mucho más allá, de limitar el derecho a la protección de la salud de algunos individuos por la escasez de recursos, la decisión solo puede corresponder única y exclusivamente a la autoridad pública, la única facultada constitucionalmente para limitar y suspender derechos. Y si bien las sociedades científicas son unos actores fundamentales para proveer a la autoridad pública de los conocimientos necesarios para establecer unos criterios nacionales de priorización, en modo alguno constituyen las entidades adecuadas para fijar dicha priorización.

Por ello, el Comité instaba al Gobierno español a crear con prontitud una comisión que aprobara dichos criterios, integrada por expertos que pudieran aportar las perspectivas científica, clínica y bioética, partiéndose del pleno respeto a la dignidad de la persona, la equidad y la protección frente a la vulnerabilidad.

En el informe también se señala que cualquier criterio o protocolo que se adopte para racionar unos recursos escasos nunca puede aplicarse de manera mecánica o automática: todo ser humano tiene derecho a una consideración personal. Sin embargo, para el Comité ello no impide que no se establezcan unos criterios generales de priorización que, en todo caso, deban ser aplicados de manera individualizada. Así pues, ningún protocolo de priorización para el Comité puede ser interpretado o utilizado como un argumento para diluir la reflexión y deliberación ética que conlleva una toma de decisiones trágica como la que tiene lugar cuando los recursos son escasos y el contexto de máxima tensión.

Los principios generales de la buena práctica médica son, en general, perfectamente aplicables a situaciones como las que precisamente genera la pandemia. Un profesional sanitario, por tanto, debe comenzar por analizar qué haría con un paciente concreto si la situación de escasez no existiera. Solo si su respuesta en una hipótesis de contexto normal involucra el uso del recurso tendrá verdadero sentido plantearse opciones de triaje y priorización. En muchas ocasiones un contexto o entorno crítico puede llevar a la confusión

de convertir en trágica una decisión que en un entorno de normalidad no lo sería porque respondería a los criterios tradicionales de beneficencia y no maleficencia. Por ello, para el Comité la primera decisión será tratar de abstraerse por unos segundos del contexto y contestar a la pregunta ¿qué debería hacerse en un contexto de normalidad? Si la solución es, por ejemplo, no adoptar una medida de soporte vital desde la perspectiva del principio de no maleficencia, no estamos ante un dilema ético específico, sino ante la respuesta correcta que se produce en la asistencia diaria. Solamente los dilemas que vienen directamente provocados por el contexto concreto que estamos viviendo exigen una reflexión y deliberación específica y más compleja.

Además, el Comité recuerda que tan estresante puede resultar para el profesional sanitario no contar con ningún criterio generalizado y uniforme que le ayude a tomar decisiones, como verse constreñido a unos criterios generales que pueda considerar injustos o poco éticos en el caso concreto. Se trata, pues, de lograr un equilibrio entre una norma general y la decisión individual que debe adoptarse con cada paciente.

En su crítica al utilitarismo que se desprende del concepto valor social, el Comité recuerda que el criterio de la equidad tiene un significado específico en el contexto del acceso a la atención de la salud y, por ello, parece que es el que mejor se acomoda a un caso como el de la pandemia. Priorizar a los colectivos más vulnerables se muestra *prima facie* como un criterio adecuado, ya que la justicia supone una distribución equitativa de los recursos disponibles. Por ello, el Comité opta por un modelo mixto que tenga presentes los principios de equidad y de protección frente a la vulnerabilidad, recordando que los criterios de priorización deben respetar, ineludiblemente, los compromisos éticos y legales asumidos por España a través de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se reafirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación.

Recuerda el Comité el tenor del art. 5 de la Convención que proclama que los Estados parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y que, en virtud de ella, tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. Y se prohíbe en el apartado siguiente toda discriminación por motivos de discapacidad, garantizándose a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. Asimismo, el art. 10 de la Convención dispone que los Estados parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho a la vida por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, y el art. 11 que

se refiere a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, disponiendo que los Estados parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de emergencias humanitarias. Finalmente, el art. 25 manifiesta que los Estados parte reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud. Y, en particular, los Estados parte:

a) exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; y b) impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Por tanto, a la luz de estos preceptos, resulta claro para el Comité de Bioética de España que la discapacidad de la persona enferma por COVID-19 no puede ser nunca por sí misma un motivo que justifique la priorización de quienes carecen de discapacidad. Ello no solo vulneraría nuestro ordenamiento jurídico, sino que también lesionaría de forma más flagrante principios éticos elementales, pues supondría entender que la vida de las personas con discapacidad tiene menos calidad y por tanto merece menos la pena atenderla, lo que resulta no solo absolutamente incoherente con la visión de la discapacidad que hoy tiene la sociedad española, sino que supondría establecer una división entre vidas humanas en función de un supuesto valor de esas vidas arbitrariamente asignado o en función de su utilidad social. En una sociedad democrática, la titularidad de derechos no puede estar ligada a la posesión o no de un determinado nivel de conocimientos, habilidades o competencias, sino a la condición de persona, pues todas las personas tienen idéntico título para el reconocimiento y disfrute de sus derechos por el mero hecho de serlo.

V. LA DOCTRINA DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE BIOÉTICA Y DISCAPACIDAD

Una de las prioridades del Comité de Bioética de España en los últimos cinco años ha sido incorporar la perspectiva de la discapacidad y los derechos

humanos a las cuestiones bioéticas. Ya se ha mencionado en este trabajo la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad que constituyó un hito en la lucha por la igualdad efectiva de las personas con discapacidad en todo el mundo. La Convención ha sido objeto de más de ciento ochenta ratificaciones hasta el momento; España fue uno de los primeros Estados del mundo en hacerlo. Pero el logro alcanzado en el ámbito del derecho internacional no significa que los principios y derechos consagrados en dicho instrumento normativo ya formen parte de la praxis jurídica de los Estados que lo ratificaron. Un cambio de la envergadura del contenido en la Convención necesita de tiempo para que los ordenamientos jurídicos lo incorporen en su integridad y, más aún, para que la sociedad lo haga suyo.

Aunque la misma va camino de cumplir quince años, todavía queda mucho por hacer hasta lograr su aplicación efectiva. Y el campo de la bioética no es una excepción. Incluso, puede afirmarse, a la vista de lo ocurrido estos meses que es aún un reto pendiente de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestra sociedad. La pandemia ha puesto sobre la mesa el debate acerca del valor que nuestra sociedad da a las personas con discapacidad.

Por ello, el Comité de Bioética de España ha dedicado un buen número de sus informes a trasladar a la bioética el espíritu de la Convención. Lo ha hecho de forma monográfica en dos informes: uno dedicado a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a la Convención, y el otro centrado en la valoración del borrador de «Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre derechos humanos y biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios». Además, en otros cuatro ha tratado expresamente cuestiones relacionadas con la discapacidad. Concretamente en sus informes sobre: el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (2014); el consejo genético prenatal (2015); el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario (2016), y el más reciente, ya mencionado, sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus (2020).

El Comité no solo ha secundado los principios consagrados en la Convención a la hora de informar sobre las materias mencionadas; ha tratado de ser coherente con la posición adoptada a lo largo de todos ellos, siempre con el objetivo final de lograr que el espíritu de la Convención alcance a todos los ámbitos de la bioética. Prueba de la necesidad de este empeño es el *Informe de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, presentado en marzo de 2020 en el 43.º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, monográficamente dedicado al *capacitismo* en la práctica médica

y científica¹⁶. La relatora especial examina el modo en que el *capacitismo* se refleja en la legislación, las políticas, las costumbres y las prácticas relativas a la prevención, la curación y la muerte asistida. El informe tiene por objeto principal denunciar un prejuicio que se advierte no solo en la sociedad, sino particularmente en la práctica médica y científica: el *capacitismo (ableism)*. Y señala que, pese a los importantes adelantos en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad a nivel nacional e internacional, las percepciones negativas profundamente arraigadas sobre el valor de la vida de estas personas siguen siendo un obstáculo permanente en todas las sociedades. Esas percepciones surgen de lo que se ha denominado *capacitismo*, un sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento *capacitista* considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana. Como consecuencia de ello suele inferirse que la calidad de vida de las personas con discapacidad es ínfima, que esas personas no tienen ningún futuro y que nunca se sentirán realizadas ni serán felices. Ante este estado de cosas, solo cabe o el permanente esfuerzo rehabilitador o el *descarte* de la persona que no alcanza determinadas capacidades.

El informe afirma que la bioética y la discapacidad han mantenido una relación estrecha pero conflictiva a lo largo de su historia reciente. Aunque comparten el interés por proporcionar una asistencia adecuada a las personas con discapacidad, los activistas de los derechos de las personas con discapacidad y los expertos en bioética suelen tener enfoques bastantes divergentes. Desde la perspectiva bioética general, la prevención o curación de la deficiencia se considera algo moralmente bueno. Dado que la discapacidad se percibe como una desviación respecto a la norma de la salud, devolver a cuerpos y mentes deficientes la salud y un funcionamiento normal es algo que se valora positivamente. Sin embargo, desde la perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad, la discapacidad es parte del proceso de la experiencia humana. La cuestión no es si se previenen o curan las deficiencias, sino cómo se garantiza que todas las personas con discapacidad gocen de los mismos derechos y oportunidades que las demás personas.

La pandemia volvió a poner de manifiesto la vigencia del prejuicio *capacitista*, que rápidamente se transforma en criterio justificador de discriminaciones en la asistencia sanitaria a personas con discapacidad. El mencionado

¹⁶ Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/43/41>.

informe de la relatora especial resulta premonitorio de este estado de cosas cuando, meses antes de la irrupción de la pandemia, afirma que las posturas *capacitistas* siguen dominando importantes debates que repercuten en los derechos de las personas con discapacidad. Las nociones desfasadas sobre la normalidad siguen imponiéndose en las deliberaciones médicas, jurídicas y filosóficas, lo que incluye conversaciones delicadas sobre la denegación o retirada de intervenciones terapéuticas de soporte vital (n. 16).

El Comité de Bioética de España ha tratado en estos años de aproximar el discurso de la bioética hegemónica en el mundo al espíritu de la Convención. A solicitud del Ministerio de Sanidad, en diciembre de 2017 aprobó un *Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*. En él se contienen, entre otras, dos recomendaciones relacionadas indirectamente con la priorización en tiempos de pandemia. Primera, el Comité entiende que la medida de internamiento forzoso por razones de trastorno psíquico prevista por el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituye una vulneración de la Convención, por lo que debería procederse a su derogación, remitiendo el tratamiento de estas situaciones a la legislación sanitaria general, eso sí, con rango de ley orgánica pues afecta a derechos fundamentales. Segunda, en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, considera que a estas personas no se les debe restringir la capacidad de obrar, sino, por el contrario, prestarles los debidos apoyos para que puedan ejercerla siempre y en plenitud. Se trata de prohibir la incapacitación por razón de la discapacidad y, por el contrario, establecer figuras como el prestador de apoyos, moduladas en atención a las circunstancias de la persona que las requiere, y sustentadas sobre la base de dos principios: que las medidas afecten lo menos posible la autonomía personal, y que las personas que desarrollen las funciones de apoyo respeten o, en su caso, actúen de acuerdo con la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias de la persona apoyada.

Las dos recomendaciones de cambio en el ordenamiento jurídico todavía vigente en España se sostienen en el principio de que lo que las personas con discapacidad necesitan primariamente no es protección, sino medios para ejercer sin obstáculos y con garantías su autonomía. Y están dirigidas a lograr la igualdad efectiva de las personas con discapacidad con respecto a todas las demás. En la medida en que los ordenamientos jurídicos abandonen el modelo rehabilitador de la discapacidad y el prejuicio *capacitista*, se contribuye a crear las condiciones para que las personas con discapacidad dejen de ser percibidas como personas con menor valor social y, consecuentemente, dejen de estar entre las más expuestas a sufrir privaciones en la asistencia sanitaria o en los servicios sociales.

Más recientemente, el Comité fue de nuevo requerido por el Ministerio de Sanidad para valorar el borrador del «Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios» que viene elaborando desde hace años el Comité de Bioética del Consejo de Europa. En su informe, el Comité español se muestra muy crítico con este borrador, pues si bien se comprende que trata de proteger los derechos de las personas con discapacidad en aquellos países en los que su internamiento y tratamiento involuntario puede llevarse a cabo sin las más mínimas garantías, con esta medida acaba legitimando una práctica contraria a los derechos de este numeroso colectivo. La discapacidad nunca puede justificar por sí misma un internamiento en contra de la voluntad de la persona a la que se plantea internar.

En tiempos de pandemia es fácil que se ofrezcan, como ya se ha mencionado, criterios utilitaristas para distribuir los recursos sanitarios escasos. Apelar al valor social de las personas es uno de ellos. Pues bien, si consideramos que las personas con discapacidad son individuos que, en muchos casos, no pueden gestionar sus vidas por sí solas, o que lo logran con una inversión social en ellos muy grande, será inevitable que se conviertan en las primeras víctimas de la aplicación del criterio del valor social. Si, por el contrario, reconocemos que toda persona con discapacidad es igual a cualquier otra, y que lo único que precisa para desarrollar una vida en plenitud es que el entorno le facilite el acceso a las oportunidades que gozan los demás, automáticamente desaparecerá el prejuicio de pensar que son ciudadanos de menor valor social. Por tanto, aun en el supuesto de que se adoptara un criterio utilitarista para priorizar la asistencia sanitaria en tiempos de pandemia (cosa que, como se señalaba más arriba, carece de argumentos éticos y jurídicos solventes para ser sustentada), no tendría que afectar a las personas con discapacidad puesto que la discapacidad no sería considerada en ningún caso como un elemento de desvalor social.

Recapitulando, el Comité de Bioética de España ha dedicado una atención *prioritaria* a la consolidación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el ámbito de la asistencia sociosanitaria. No son personas disminuidas que necesitan rehabilitación o protección; son personas como cualesquiera otras, pero que secularmente se han encontrado con barreras, tanto físicas como sociales y culturales, para desarrollar sus vidas. Solo en las últimas décadas la sociedad ha empezado a tomar conciencia de que estaba configurada para facilitar la vida de cierto tipo de personas, pero no de todas. Aún queda mucho camino por recorrer: a una persona no se le puede incapacitar porque padezca una discapacidad, ni se la puede internar en contra de su voluntad porque padezca una discapacidad, ni se le puede denegar un

tratamiento vital porque padezca una discapacidad. En la medida en que se hagan las pertinentes reformas legales y se reafirmen determinados criterios de distribución de recursos sanitarios en España, estaremos en mejores condiciones de garantizar los derechos de las personas con discapacidad frente a otra emergencia sanitaria o crisis humanitaria, como la que hemos vivido.

VI. CONCLUSIÓN

La crisis de salud pública provocada por el virus SARS-CoV-19 a partir de febrero de 2020 provocó una crisis de los sistemas sanitarios de medio mundo, que vieron cómo las demandas de servicios sanitarios (vitales en muchas ocasiones) desbordaban por completo las capacidades de respuesta de los sistemas nacionales de salud. Durante semanas fue necesario priorizar la asistencia porque no se podía llegar a todos. Por parte de algunas sociedades científicas se propusieron criterios de priorización basados principalmente en una ética utilitarista. Uno de los criterios que se propuso para hacer los triajes fue el del valor social de la persona que requería la asistencia. La consecuencia fue que las personas con determinadas discapacidades, entre otras, quedaban automáticamente excluidas de la asistencia. El prejuicio *capacitista*, que dosifica la consideración hacia la persona en función de las capacidades que posea en cada momento, parecía informar esos criterios.

El Comité de Bioética de España emitió un Informe a finales de marzo de 2020 en el que advertía de la inconsistencia jurídica y ética de los criterios utilitaristas y, en particular, del relativo al valor social. Por el contrario, apuntaba a otros criterios de priorización que no resultaran discriminatorios para nadie, al estar basados en el igual valor de toda vida humana. En dicho informe se prestaba una atención preferente a la situación de las personas con discapacidad. La posición adoptada por el Comité resulta coherente con lo que ha venido acordando en materia de discapacidad en sus informes durante los últimos cinco años, de modo que existen elementos suficientes para hablar de una doctrina asentada por el Comité en materia de bioética y discapacidad. Esa doctrina se sustenta, como no puede ser de otro modo, en los principios consagrados en la Convención. Esta posición coincide con Naciones Unidas, que ha desplegado toda una batería de declaraciones e informes para evitar que los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la asistencia socio-sanitaria se vean comprometidos en estas circunstancias tan excepcionales como son las de la pandemia que estamos viviendo¹⁷. El mismo secretario general de

¹⁷ Para consultarlas todas: <https://bit.ly/31Mgmmr>.

Naciones Unidas recordó el 6 de mayo de 2020 el deber que todas las naciones tienen de garantizar a las personas con discapacidad el mismo acceso que a los demás a la asistencia sanitaria y a los tratamientos vitales¹⁸. Y no solo eso, sino que presentó la crisis del coronavirus como una oportunidad única para avanzar hacia la consecución de unas sociedades inclusivas y accesibles.

Bibliografía

- Antoine, J.-L. M. J. (2004). Genoma y bioética: una visión holística de cómo vamos hacia el mundo feliz que nos prometen las biociencias. *Acta Bioethica*, 10 (2), 131-141. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2004000200002>.
- Bagenstos, S. R. (2020). May Hospitals Withhold Ventilators from COVID-19 Patients with Pre-Existing Disabilities? Notes on the Law and Ethics of Disability-Based Medical Rationing. *Yale Journal Forum*, 130, 1-22. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3559926>.
- Bentham, J. (1843). Anarchical Fallacies. En J. Bowring (ed.). *The Works of Jeremy Bentham, vol. 2* (pp. 488-534). London: Simpkin, Marshall and Company.
- Comité de Bioética de España (2020). *Informe sobre los requisitos ético-legales en la investigación con datos de salud y muestras biológicas en el marco de la pandemia de COVID-19*. Madrid.
- Comité de Bioética de España (2020). *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*. Madrid.
- Comité de Bioética de España (2019). *Informe valorando el borrador de Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios*. Madrid.
- Comité de Bioética de España (2017). *Informe sobre la financiación pública del medicamento profilaxis pre-exposición (PrEP) en la prevención del VIH*. Madrid.
- Comité de Bioética de España (2017). *Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid.
- Comité Nacional de Ética alemán (Deutscher Ethikrat) (2020). *Recomendación ad hoc sobre la solidaridad y la responsabilidad durante la crisis del coronavirus*. Berlín.
- Comité Nacional de Ética francés (Comité Consultatif National D'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé) (2020). *Informe sobre los problemas éticos de la pandemia*. Paris.

¹⁸ «We must guarantee the equal rights of people with disabilities to access healthcare and lifesaving procedures during the pandemic»; António Guterres, *Remarks at the meeting of principals on the United Nations Disability Inclusion Strategy*, 6 de mayo de 2020 (disponible en: <https://bit.ly/3mvEqSy>).

- Comité de Bioética (DH-BIO), Consejo de Europa (2020). *Declaración sobre las consideraciones de derechos humanos relevantes para la pandemia de Covid-19 (Statement on human rights considerations relevant to the Covid-19 pandemic)*. Bruselas.
- Consejo de Salubridad General (2020). *Guía bioética para asignación de recursos limitados de medicina crítica en situación de emergencia*. México.
- D'Avack, L. (2020). COVID-19: Criteri etici. *Biolaw Journal*, 2, 371-378.
- Davies, W. (2015). *The Happiness Industry: How the Government and Big Business Sold Us Well-Being*. London: Verso Books.
- Del Río, R., De Ojeda, J. y Soriano, V. (2020). The Resurgence of Medical Ethics During the Coronavirus Disease (COVID)-19 Outbreak. *AIDS Reviews*, 22 (3), 1-5. Disponible en: <https://doi.org/10.24875/AIDSRev.M20000034>.
- European Group of Ethics in Science and New Technologies (2020). *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*. Brussels.
- Feito, L. (2019). *Neuroética. Cómo hace juicios morales nuestro cerebro*. Madrid: Plaza y Valdés.
- Ferrer, J. J. y Álvarez, J. C. (2003). *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Gracia Guillén, D. (2019). *Bioética mínima*. Madrid: Triacastela.
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Madrid: Debate.
- Mainetti, J. A. (2011). Bioética. En C. M. Romeo Casabona (dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares.
- National Bioethics Committee of the Republic of San Marino (2020). *Answer to the requested urgent opinion on ethical issues regarding to the use of invasive assisted ventilation in patients all age with serious disabilities in relation to COVID-19 pandemic*. San Marino.
- Observatorio de Derecho y Bioética de la Universitat de Barcelona (2020). *Recomendaciones para la toma de decisiones éticas sobre el acceso de pacientes a unidades de cuidados especiales en situaciones de pandemia. Documento de consenso*. Barcelona.
- Palazzani, L. (2020). La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare? *Biolaw Journal*, 2, 359-370.
- Pemán Gavín, J. (2001). Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro. *Revista de Administración Pública*, 156, 101-154.
- Puyol, A. (2009). Ética y priorización en las listas de espera de sanidad. En VV.AA. *Listas de espera. ¿Lo podemos hacer mejor?* (pp. 29-48). Barcelona: Fundació Víctor Grifols i Lucas.
- Rotondo, V. (2020). La decisión clínica en una situación de pandemia. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 154-163.
- Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, Grupo de Bioética (2020). *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*. Madrid.

HISTORIA DE DOS EPIDEMIAS: UNA RESPUESTA BASADA EN DERECHOS¹

A tale of two epidemics: A rights-based response

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS
Universidad de Alcalá
miguelangel.ramiro@uah.es

Cómo citar/Citation

Ramiro Avilés, M. Á. (2020).

Historia de dos epidemias: una respuesta basada en derechos.

IgualdadES, 3, 343-377.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/lgdES.3.03>

(Recepción: 01/09/2020; aceptación tras revisión: 06/10/2020; publicación: 18/12/2020)

Resumen

La respuesta médica a la pandemia por SARS-CoV-2 debe complementarse con una respuesta basada en derechos. La epidemia por VIH permite tener un punto de referencia a la hora de abordar algunas cuestiones controvertidas como son la afectación a la seguridad, entendida como salud pública; el acceso a los medicamentos esenciales; o la importancia del derecho a la intimidad. La protección de la salud pública y la defensa de los derechos no debe entenderse como una empresa antagónica, pues cabe configurar una ética de la salud pública que permita la compatibilidad basada en la autonomía relacional.

Palabras clave

Igualdad y no discriminación; derechos; ética de la salud pública; VIH; SARS-CoV-2.

¹ Este trabajo es uno de los resultados del proyecto de investigación «Determinantes Legales y Éticos del COVID-19», financiado por el Vicerrectorado de Investigación y Transferencias de la Universidad de Alcalá (COVID-19 UAH 2019/00003/016/001/017).

Abstract

The medical response to the SARS-CoV-2 pandemic must be complemented by a rights-based response. The HIV epidemic provides a point of reference when addressing some controversial issues, such as the impact on security, understood as public health; access to essential medicines; or the relevance of the right to privacy. The protection of public health and the defense of rights should not be understood as an antagonistic issue, since it is possible to configure an ethics of public health that allows compatibility based on relational autonomy.

Keywords

Equality and non-discrimination; rights; public health ethics; HIV; SARS-CoV-2.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPUESTA NORMATIVA A LAS ENFERMEDADES QUE PUEDEN COMUNICARSE A TERCERAS PERSONAS. III EL VIH Y EL SARS-COV-2 COMO UN ASUNTO DE SEGURIDAD. IV. EL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS ESENCIALES PARA TRATAR O PREVENIR LA INFECCIÓN POR VIH O SARS-COV-2. V. UNA RESPUESTA A LA PANDEMIA DE SARS-COV-2 BASADA EN UNA ÉTICA DE LA SALUD PÚBLICA Y EN LOS DERECHOS. VI. CONCLUSION. BIBLIOGRAFÍA.

It was the best of times, it was the worst of times, it was the age of wisdom, it was the age of foolishness [...] it was the spring of hope, it was the winter of despair [...].

CHARLES DICKENS, *A tale of two cities*

I. INTRODUCCIÓN

Una crisis global de salud pública puede vivirse como *el mejor de los tiempos* por los lazos de solidaridad que se tejen entre las personas y las naciones, pero también puede ser *el peor de los tiempos* por la aparición de comportamientos insolidarios de acaparamiento de productos básicos no solo por particulares, sino también por Estados. Igualmente, una pandemia originada por un agente biológico para el que no hay un tratamiento o una vacuna que sean seguros y eficaces puede vivirse como *la primavera de la esperanza* ante la promesa de su descubrimiento o como *el invierno de la desesperación* cuando mueren cientos de miles de personas en todo el mundo por su falta.

Estas dualidades se hacen patentes tanto en la pandemia que la Organización Mundial de la Salud (OMS) oficializó el 11 de marzo de 2020 por el brote de un coronavirus desconocido hasta la fecha, el SARS-CoV-2, que causa la enfermedad denominada COVID-19, como en una de las epidemias con la que convivimos desde la década de 1980 provocada por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), que causa el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (sida) y que en 2018 ha matado aproximadamente a 770 000 personas en todo el mundo (ONUSIDA, 2019). Aunque el SARS-CoV-2 no

es el mismo tipo de virus que el VIH y las personas con VIH no tienen, en principio, más riesgos que la población general de contagiarse con el coronavirus (Vizcarra *et al.*, 2020), ambas epidemias se han relacionado por cómo afectan a los derechos de las personas las medidas de salud pública que pueden requerirse para su control (ONUSIDA, 2020a, 2020b, 2020c). Esta relación permite preguntar si desde un punto de vista ético, jurídico y político habría alguna lección aprendida en el caso del VIH que fuera aplicable al nuevo coronavirus para, cuanto menos, no cometer los mismos errores.

En este trabajo presento dos de esas lecciones que afectan a los derechos de las personas con VIH desde el inicio de la epidemia y que están repitiéndose en la epidemia por SARS-CoV-2. Son cuestiones que atañen, en primer lugar, a la relación que ambas epidemias mantienen con la seguridad y, en segundo lugar, al acceso a los medicamentos esenciales. Ambas se proyectan tanto a un nivel micro como a un nivel macro, pues conciernen a los derechos de las personas infectadas, pero también tienen implicaciones en las relaciones entre Estados o entre Estados y grandes multinacionales farmacéuticas. En el caso de la relación entre el SARS-CoV-2 y la seguridad, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha señalado el poder destabilizador de este virus a nivel global y, por otro lado, a nivel estatal están adoptándose diversas medidas para proteger la salud pública que pueden afectar a los derechos a la intimidad y a la privacidad de las personas infectadas o de las personas que se sospecha que están infectadas o de las personas que se relacionan con ellas². Por su parte, los ensayos clínicos puestos en marcha para desarrollar vacunas o tratamientos seguros y eficaces deben respetar los derechos de las personas que voluntariamente participen y, una vez que se descubra una u otro, se planteará la cuestión de si esos fármacos pueden considerarse un bien más de consumo sujeto a los derechos exclusivos que concede una patente o si, por el contrario, deben ser considerados un bien público global cuyo acceso no puede estar restringido a ninguna persona o a ningún Estado. Partiendo de la experiencia obtenida en el campo del VIH, finalizaré el trabajo señalando cómo debería construirse una respuesta al SARS-CoV-2 basada en derechos fundados en una ética de la salud pública. Pero antes es necesario plantear las bases de la respuesta normativa que está presente en toda enfermedad infecciosa que es contagiosa o transmisible, es decir, que puede comunicarse a terceras personas y que puede provocar un brote epidémico.

² La economía del lenguaje obliga a que la referencia a las personas con SARS-CoV-2, las personas que se sospecha que están infectadas, las personas que se relacionan con ellas o las personas que han desarrollado la COVID-19 se resuma en el texto como «las personas afectadas por el SARS-CoV-2».

II. LA RESPUESTA NORMATIVA A LAS ENFERMEDADES QUE PUEDEN COMUNICARSE A TERCERAS PERSONAS

Desde el inicio de la epidemia de VIH en España en 1981, según los datos epidemiológicos, se han infectado aproximadamente 204 000 personas y han fallecido 59 525 por Sida (Unidad de Vigilancia de VIH, ITS y Hepatitis, 2020; Unidad de Vigilancia de VIH y Comportamientos de Riesgo, 2019). Por su parte, desde el inicio de la pandemia de SARS-CoV-2 y hasta septiembre de 2020, en España se estima que se han contagiado casi 500 000 personas con el coronavirus y han fallecido casi 40 000 por COVID-19, produciéndose un colapso del sistema sanitario debido a la acumulación de personas que requerían asistencia sanitaria (Condes *et al.*, 2020), a la inexistencia de un tratamiento o vacuna específicos (Sanders *et al.*, 2020) y a la gran demanda de cuidados intensivos para las personas con infecciones graves (Graselli *et al.*, 2020), llegándose a tener que decidir quién tenía acceso a los cuidados de soporte vital (Truog *et al.*, 2020) sobre la base de criterios de utilidad social, como la edad avanzada o la discapacidad (SEMICYUC, 2020), y no sobre la base de criterios clínicos (CBE, 2020; DREDF, 2020; Auriemma *et al.*, 2020; Mello *et al.*, 2020). Por otro lado, a diferencia del VIH, que no ha requerido la aprobación o modificación de muchas normas jurídicas, el control del SARS-CoV-2 ha requerido la declaración del estado de alarma, contemplado en el art. 116 de la Constitución Española, y la aprobación de cientos de normas jurídicas.

Tanto en el caso del VIH como del SARS-CoV-2 estamos ante agentes biológicos que pueden transmitirse o contagiarse a terceras personas, causando daños que pueden llegar a ser graves e irreparables en su salud, y que pueden ser epidémicos, afectando negativamente a la salud pública, entendida como la salud de toda la población y no como un simple sumatorio de la salud individual. Al igual que otras enfermedades crónicas u otras discapacidades que no pueden comunicarse a terceras personas o que no pueden causar una epidemia, las enfermedades que sí pueden hacerlo también han tenido algún tipo de respuesta normativa (Aginam, 2002; Magnusson, Patterson 2011; Greer y Mätzke, 2012), que en la actualidad debe enmarcarse en el respeto del principio del imperio de la ley que es consustancial a todo Estado de derecho. Un brote epidémico de un agente biológico comunicable puede, además, generar una situación de anormalidad democrática que implique que el Gobierno, respetando el imperio de la ley, necesite adoptar determinadas decisiones que limiten, restrinjan o invadan el ejercicio de los derechos y libertades por la ciudadanía (Gostin, 2005).

No estamos, pues, ante un problema meramente biológico, que solo requiere una respuesta científico-médica, sino ante uno que exige una respuesta

normativa en la que la ética y el derecho van a jugar un papel clave para controlar el VIH o el SARS-CoV-2 de una forma rápida y justa. Ambas respuestas, la científica y la normativa, deben ir acompañadas para que las diferentes Administraciones públicas puedan tomar decisiones que se materialicen mediante la aprobación de normas jurídicas o la implementación de políticas públicas que sean constitucionalmente válidas, éticamente justas y además estén avaladas por el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente. Así se evitaría lo que ha ocurrido en el ámbito del VIH, donde el éxito de la respuesta médica no se ha visto reflejado en la respuesta normativa, pues las personas con VIH siguen siendo discriminadas y continúan viendo limitados sus derechos por normas jurídicas desfasadas (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal, 2018).

Como ha mostrado la epidemia de VIH, la respuesta centrada exclusivamente en los aspectos científico-técnicos solo será un éxito relativo si no va acompañada de una respuesta normativa en la que al mismo tiempo se proteja la salud pública y se respeten los derechos y libertades de las personas infectadas (Gostin *et al.*, 2020). De nada sirve la consecución de los objetivos 90-90-90 marcados por ONUSIDA si las personas con VIH siguen siendo discriminadas y estigmatizadas (ONUSIDA, 2017). La consecución de un tratamiento o una vacuna específicos, seguros y eficaces para el SARS-CoV-2 o la COVID-19 resolverá una parte de los problemas normativos, pero no todos. Hasta que llegue ese momento, y en cualquier caso, la ética de la salud pública exige que deba respetarse la igual dignidad de todas las personas afectadas por el SARS-CoV-2 para que puedan disfrutar sus derechos y libertades sin más limitaciones y sin más tratos diferenciados que los estrictamente necesarios. Debe evitarse, como ocurre en el caso del VIH, que aquellas sean discriminadas por la aplicación de las normas jurídicas, todavía vigentes en el sistema jurídico español y en tantos otros, que excluyen del acceso a determinados bienes y servicios a las personas con enfermedades infecto-contagiosas, enfermedades crónicas rebeldes o resistentes al tratamiento. Si bien en algunas ocasiones la limitación o el trato diferenciado pueden llegar a estar justificados, será necesario hacer una valoración individualizada de una y otro, ajustándolos a los conocimientos científicos que se dispongan en cada momento. Las limitaciones de derechos y los tratos diferenciados hacia las personas afectadas por el SARS-CoV-2 estarán justificados en tanto en cuanto exista una evidencia científica que respalde su idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Studdert y Hall, 2020). Este respaldo conseguirá, además, que las respuestas normativas no se queden obsoletas, lo cual podría llegar a limitar en exceso los derechos, perpetuar comportamientos diferenciados que con el paso del tiempo pueden devenir discriminatorios y generar barreras actitudinales en la población. Esto es precisamente lo que en España sucede con las personas con VIH (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal, 2016).

Desde que se conocieron en la década de 1980 los primeros casos de una extraña infección que afectaba fundamentalmente a hombres que tenían sexo con hombres llegando a causarles la muerte, hasta que en 2019 se ha demostrado científicamente en los estudios PARTNER que las personas con VIH no transmiten el virus aunque mantengan relaciones sexuales sin preservativo, si mantienen una carga viral indetectable en sangre por la acción del tratamiento antirretroviral (Rodger *et al.*, 2019), se produjo en muchas partes del mundo una epidemia legal sobre el VIH (Begg, 1990: 10) que ha hecho que las personas con VIH vean cómo sus derechos y libertades están limitados y sometidos a tratos discriminatorios (Gostin, 2004). El estigma asociado a dos de las vías de transmisión del VIH (sexo sin protección profiláctica y consumo de drogas por vía parenteral), las barreras construidas alrededor de las personas que formaban los *grupos de riesgo* y la falta de adecuación de la respuesta normativa a la nueva evidencia científica explican que la limitación y la discriminación sigan estando presentes en muchos ámbitos de la vida cotidiana, lo cual impide su normalización e inclusión social (Ramiro Avilés, 2017).

Esta limitación de derechos y discriminación, ya sea directa, indirecta o por asociación por razón de su condición de salud, han estado presentes en todos los países, tal y como se evidencia en los informes específicos que ONUSIDA elabora sobre la materia. En concreto, en el informe sobre estigma y discriminación hacia las personas con VIH en el ámbito sanitario, señala que las personas con VIH todavía se encuentran con múltiples barreras en un ámbito en el que, dada la formación científico-técnica sobre la infección que se supone a las personas que trabajan en el mismo, no debería producirse ninguna situación de discriminación. Estas barreras dificultan el acceso a las pruebas de detección del virus y al tratamiento antirretroviral, amplificando de esa manera el impacto negativo que el VIH tiene en las personas y en la sociedad, pues el retraso en el inicio del tratamiento no solo afecta a la salud individual, sino que también aumenta la carga de virus circulante en la sociedad, favoreciendo con ello su transmisión (ONUSIDA, 2016). En España se ha producido un fiel reflejo de esta situación, ya que las personas con VIH no pueden disfrutar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas al tener que seguir enfrentándose a barreras institucionales, normativas (incluidas en leyes y protocolos internos) y actitudinales en el ámbito sanitario, ya sea en su condición de pacientes o de trabajadores sanitarios con VIH (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal, 2020). A pesar de que desde 2003 no se han documentado casos de transmisión iatrogénica del VIH (Henderson *et al.*, 2010), las personas con VIH tienen muchas dificultades para trabajar en el ámbito sanitario, aunque no realicen procedimientos invasores con riesgo de exposición accidental

a los virus de transmisión sanguínea, definidos como aquellos en que «las manos enguantadas del trabajador pueden estar en contacto con instrumentos cortantes, puntas de aguja o fragmentos de tejidos punzantes o cortantes (espículas de huesos, dientes) situados en el interior de una cavidad abierta del cuerpo, herida o espacio anatómico, o aquellos en los que las manos o las puntas de los dedos pueden no estar completamente visibles durante todo o durante una parte del procedimiento». Una de las razones que explican esta exclusión que todavía pueden sufrir las personas con VIH como profesionales de la salud se debe a que en las respuestas normativas se han visto reflejados los miedos y el desconocimiento que se tiene sobre el VIH, en muchas ocasiones amplificadas por los medios de comunicación (Brown *et al.*, 1996).

La evidencia científica sobre la distinta naturaleza de los virus determinará el diseño de la respuesta normativa que es más adecuada en cada caso, pues «las variaciones microbiológicas e inmunológicas en las enfermedades infecciosas que potencialmente pueden convertirse en pandémicas tienen implicaciones distintas tanto para la epidemiología de la enfermedad infecciosa cuanto a cómo la enfermedad puede y debería tratarse por la medicina clínica, la intervención y vigilancia de salud pública, las previsiones legales» (Smith y Silva, 2015). Si el virus se contagia por vía aérea de forma inadvertida, como ocurre con el SARS-CoV-2 (Morawska y Milton, 2020), o si el virus solo es transmisible por determinadas vías, como ocurre con el VIH, marcará una diferencia significativa en el tipo de intervención estatal que sería legítima y en la justificación de las limitaciones de derechos o de tratos diferenciados.

Un virus contagioso como el SARS-CoV-2 justificaría el aislamiento de las personas infectadas, bien en domicilios particulares bien en centros sanitarios, pero nunca en centros de detención; o también justificaría el seguimiento más estrecho de la adherencia al tratamiento terapéutico, pudiéndose llegar hasta su imposición, como ocurre en el caso de la tuberculosis. En cambio, estas medidas no serían pertinentes en una persona con VIH, incluso si no toma el tratamiento antirretroviral y tiene la carga viral detectable en sangre, porque el virus no se transmite por vía aérea. En el caso de las personas con VIH sí podrían estar justificadas determinadas restricciones al derecho a la intimidad personal, obligando a revelar el estado serológico, si se ha generado una situación de riesgo de transmisión.

De igual forma, el diseño de la respuesta normativa deberá tener en cuenta la severidad del daño y la disponibilidad de un tratamiento o vacuna seguros y eficaces (Taylor, 2019). Ambos factores son relevantes, pues en el primer caso si el daño que se pretende evitar no es significativo, la intervención estatal debe limitarse a campañas informativas que busquen concienciar a las personas sobre un determinado cambio de comportamiento; en el segundo caso, la no disponibilidad de un tratamiento terapéutico o una vacuna es un

factor que debe manejarse con extrema precaución para no causar un daño en la persona que recibe el diagnóstico, como ocurre cuando se detecta una enfermedad genética. Al respecto cabe señalar que estamos ante dos virus que pueden llegar a causar la muerte de las personas infectadas, por lo que las restricciones encuentran parte de su fundamentación en el principio de no maleficencia, aunque en el caso del VIH, por el hecho de contar con un tratamiento que es seguro y eficaz, la severidad de las restricciones debe ser menor.

La consecución de una respuesta normativa adecuada desde la ética de la salud pública que sea respetuosa de los derechos de las personas afectadas por el SARS-CoV-2 se complica porque, desde un punto de vista biológico, el virus no discrimina entre las personas a quien infecta; pero no debe olvidarse que existen una serie de determinantes sociales de la salud que sí modifican el impacto que el SARS-CoV-2 tiene sobre las personas (Webb Hopper y Nápoles, 2020; Berkowitz *et al.*, 2020; Egede y Walker, 2020), en especial aquellas que están en una situación de vulnerabilidad porque no pueden ejercer plenamente su autonomía de la voluntad, porque están expuestas a mayores riesgos o porque sufren un reparto inequitativo de las cargas y los beneficios durante la pandemia (Coleman, 2009; Presno Linera, 2020).

Estos determinantes sociales son esenciales para comprender de forma integral los diferentes niveles de impacto de la epidemia (Marmot, 2005, 2015). Las condiciones de la vida diaria de las personas son las que tienen la principal influencia sobre la salud. Los elementos que la hacen buena están repartidos de manera desigual, de ahí que la salud esté repartida de forma desigual y que sean los barrios más desfavorecidos y las personas que realizan *trabajos de cuello azul* las más afectadas por la pandemia de SARS-CoV-2. Sobre estos determinantes sociales de la salud deben incidir los determinantes legales de la salud (Gostin *et al.*, 2019), que se materializan en la Constitución, donde se reconocen el derecho a la protección de la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, y en el resto del ordenamiento jurídico. Será capital que la gobernanza de las oleadas de nuevas infecciones y de la *nueva normalidad* esté fundamentada en los derechos y en los valores y principios que conforman la ética de la salud pública. Como veremos más adelante, el diferente impacto que tienen las epidemias sobre las personas dependiendo de los determinantes sociales de la salud podría justificar la necesidad de la aprobación de normas jurídicas que buscasen la profundización de la justicia social mediante la igualdad como diferenciación, reconociendo derechos específicos a determinados colectivos que tradicionalmente han estado excluidos y cuyo punto de partida es mucho peor.

La búsqueda de una respuesta normativa adecuada desde la ética de la salud pública obliga a hacer un esfuerzo de reflexión sobre el impacto que puede producirse en los derechos y libertades de las personas afectadas por el

SARS-CoV-2 o por el VIH, pues los poderes públicos y sus agentes van a intervenir en la vida social, económica, política y cultural con medidas que pueden limitar o suspender su libertad, autonomía o intimidad y privacidad. Tradicionalmente la protección de la salud pública se ha planteado como un conflicto con los derechos individuales que suponía la adopción de ciertas medidas que en algunas ocasiones han llegado a ser calificadas como paternalistas (Childress *et al.*, 2002), que afectaban el contenido esencial de los derechos y las libertades, poniéndolos en peligro más allá de lo que es necesario en una sociedad democrática (Nogueira, 2020) o que llegaban a constituir un trato diferenciado que es discriminatorio por falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. De igual modo, estas condiciones de salud ponen en tensión la eficacia horizontal de los derechos porque los particulares también pueden afectar negativamente los derechos y las libertades de las personas afectadas por el SARS-CoV-2 o el VIH, alimentando el ostracismo social y el estigma hacia ellas, lo que deviene en comportamientos discriminatorios por razón de la condición de salud. Así ocurre, por ejemplo, cuando a las personas con VIH se les deniega el acceso a un servicio que es ofertado al resto de personas con la justificación de que existe un riesgo de transmisión o se les coloca en el último puesto de la lista de espera con la justificación de que es preciso hacer una limpieza más concienzuda (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal, 2020). Esos comportamientos discriminatorios u otros similares ya los han vivido o los están viviendo las personas afectadas por el SARS-CoV-2, destacando aquellas que por su trabajo o profesión estaban más expuestas al contagio (Rimmer, 2020; Amon, 2020).

Tanto el VIH como el SARS-CoV-2 tienen la capacidad de crear un clima de miedo que en muchas ocasiones conduce a los Estados y a los particulares a tomar decisiones basadas más en las emociones que en las razones aportadas por la evidencia científica (Selgelid y Enemark, 2008) o por los principios, valores y derechos que dimanan de la ética de la salud pública. A esto se suma que ambos virus han provocado una situación excepcional de crisis de salud pública, pues pueden propagarse rápida y extensamente y las enfermedades que causan, el sida o la COVID-19, son un riesgo real, grave e inminente no solo para la vida, salud e integridad física de las personas, sino también para la salud pública y, como ahora veremos, para la integridad y preservación de la sociedad.

III. EL VIH Y EL SARS-COV-2 COMO UN ASUNTO DE SEGURIDAD

El VIH mantiene una estrecha relación con la seguridad tanto a nivel nacional como global (Feldbaum *et al.*, 2006), que también se ha visto reflejada en el nuevo coronavirus, lo cual ha provocado que el Consejo de Seguridad de

Naciones Unidas haya tenido que pronunciarse en 2000 y 2020 en las Resoluciones 1308 y 2532 sobre el peligro que las pandemias suponen para la paz y la seguridad internacionales. Aunque es indudable que ambos virus pueden convertirse en factores de desestabilización política por los impactos militares, sociales y económicos que traen consigo, las respuestas de los Estados y de las organizaciones internacionales no deberían perder como eje de actuación los valores y principios de la ética de la salud pública y los derechos de las personas, prestando especial atención al impacto sobre los derechos de las mujeres y de las niñas (Mills y Nachegea, 2006) o de otros colectivos minoritarios en situación de vulnerabilidad, como puede ser la población desplazada (Hargreaves *et al.*, 2020) o los trabajadores y las trabajadoras sexuales (Platt *et al.*, 2020).

El VIH tiene el discutible honor de ser la primera condición de salud que ha sido objeto de debate en el Consejo de Seguridad, lo que llevó a la aprobación en 2000 de la Resolución 1308, en la que destacaba que, si no se contralaba, la pandemia del VIH podía plantear un riesgo global para la estabilidad y la seguridad (Rushton, 2010). Era la primera vez en la historia del Consejo de Seguridad que se señalaba un tema de salud como una amenaza a la seguridad internacional (Selgelid y Enemark, 2008). El SARS-CoV-2 también ha sido objeto de análisis desde esta perspectiva, pues el Consejo de Seguridad en su Resolución 2532 expresa su «grave preocupación por el efecto devastador de la pandemia de COVID-19 en todo el mundo, especialmente en los países asolados por conflictos armados, los que se encuentran en situaciones de posconflicto o los afectados por crisis humanitarias»; reconoce «que las condiciones de violencia e inestabilidad que se dan en las situaciones de conflicto pueden exacerbar la pandemia y que, a la inversa, la pandemia puede exacerbar las consecuencias humanitarias negativas de las situaciones de conflicto» y además «que los avances en materia de consolidación de la paz y desarrollo logrados por los países en transición y los países en situaciones posconflicto podrían quedar anulados por el brote de la pandemia de COVID-19», y concluye considerando la probabilidad de «que el alcance sin precedentes de la pandemia de COVID-19 ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales».

Sin duda alguna, el establecimiento de una conexión directa entre el SARS-CoV-2 y la seguridad a cualquier escala permite movilizar recursos económicos e instituciones para luchar contra su propagación descontrolada, al igual que ha ocurrido en el caso del VIH (Elbe 2006), pero la necesidad de *luchar* contra una enfermedad infecciosa y de *combatir* la expansión de la epidemia tradicionalmente han justificado la limitación de los derechos y las libertades de las personas afectadas por ambos virus. Como advierte Susan Sontag, el uso y el abuso del lenguaje y las metáforas militares «contribuyen

a la estigmatización de ciertas enfermedades y, por extensión, a quienes estén enfermas» (Sontag, 2002: 97). El virus microscópico es el enemigo que batir y la persona infectada la representación corpórea de un quintacolumnista.

Cuando se vinculó el VIH con la seguridad y comenzó a utilizarse terminología y lenguaje de corte militar (guerra, batalla, enemigo, invasión, arsenal, lucha, combate, compatriotas, caídos) no solo se le despojó de su componente humanitario, sino que también se creó una amenaza existencial tanto para las personas como para la sociedad *qua* sociedad (Elbe, 2006). De ahí la necesidad de adoptar medidas políticas y jurídicas que preservaran y conservaran a unas y otra mediante la restricción de derechos y libertades de las personas con VIH, llegando incluso a la utilización del derecho penal (Lazzarini *et al.*, 2013). La consideración del VIH como un problema de seguridad ha facilitado la aprobación de normas jurídicas, ha perpetuado su vigencia y también ha permitido la adopción de políticas públicas para contener al virus *invasor*, afectando negativamente a los derechos y libertades de las personas con VIH. La criminalización de muchas conductas relacionadas con las vías de transmisión del VIH es un claro ejemplo (Weait, 2007) y supone una revictimización, ya que las personas con VIH son víctimas no solo del virus y de las condiciones sociales que amplifican su impacto, sino también de las normas jurídicas que restringen sus derechos y libertades mediante su encarcelamiento (Battin *et al.*, 2007) o mediante la imposición de sanciones (Amoedo, 2020).

Esta forma de relacionar los virus con la seguridad genera además una serie de ideas en el imaginario colectivo, creando barreras actitudinales que obstaculizan el disfrute de los derechos y libertades en igualdad de condiciones. En el caso del VIH, esas barreras actitudinales atribuyen a las personas con VIH una mayor peligrosidad hacia el resto de la comunidad, lo que dificulta enormemente la normalización de sus vidas (Elbe, 2006). Esta mayor peligrosidad ha justificado que en muchos países los cuerpos uniformados de seguridad hayan desarrollado una serie de prácticas de acoso y hostigamiento hacia las personas con VIH, hacia las personas que se sospecha que tienen VIH, hacia las personas que se consideran que integran *grupos de riesgo* o hacia las personas que se relacionan con personas con VIH (Crofts y Patterson, 2016). En este sentido, en el caso del SARS-CoV-2 ya ha comenzado a discutirse si es posible exigir responsabilidades civiles y penales al personal sanitario (Tomkins *et al.*, 2020; Cohen *et al.*, 2020a; Doménech, 2020), lo cual podría extenderse a todas las personas que se sospecha que han sido responsables del contagio del virus, pudiendo haber llegado a causar la muerte de una tercera.

La relación entre el nuevo coronavirus y la seguridad podría reproducir los mismos problemas y resultar contraproducente para los esfuerzos de normalizar las percepciones sociales sobre las personas afectadas por el SARS-CoV-2, tal y como ha ocurrido con el VIH. Esta relación crea la impresión de que

los temas de salud global no preocupan como una cuestión de justicia social, sino en tanto en cuanto afectan a los intereses centrales de seguridad de los Estados. Este enfoque deshumaniza la respuesta al SARS-CoV-2, deja a un lado los valores y principios de la ética de la salud pública y los derechos de las personas afectadas por el SARS-CoV-2, lo cual puede significar que a la larga los Estados podrían dejar de prestarle atención y reducir sus aportaciones de cooperación internacional si ya no fuesen un peligro para su seguridad (Peterson 2002). Esto es precisamente lo que ha ocurrido con el VIH en los Estados de renta alta, pues una vez que se ha conseguido un tratamiento antirretroviral que es seguro y eficaz y que hace crónica la condición de salud, solo se preocupan de la atención farmacológica de las personas que están dentro de sus fronteras. Como el VIH ya no es considerado un problema de seguridad, pues no pone en peligro la salud pública de los países donde se garantiza el acceso al tratamiento antirretroviral, los esfuerzos para garantizar que todas las personas infectadas tengan acceso al tratamiento antirretroviral han disminuido. Así, en 2020 ha sido imposible alcanzar a nivel global los objetivos marcados que fijaban en el 90 % las personas que saben que tienen VIH; en el 90 % las personas que saben que tienen VIH y tienen acceso al tratamiento antirretroviral; y en el 90 % las personas que saben que tienen VIH, que tienen acceso al tratamiento y han conseguido la indetectabilidad de la carga viral. Estos objetivos solo se han conseguido en los países de renta alta (ONUSIDA, 2019).

La ética de la salud pública y los derechos que sobre ella se asientan admiten que la excepcionalidad de la situación generada por un brote epidémico de un agente biológico requiere medidas excepcionales que implican una mayor intervención del Estado para proteger la salud pública (Selgelid *et al.*, 2009; Cotino, 2020). Desde un punto de vista político, el Estado debe preocuparse por la consecución y conservación de una buena salud pública mediante la aprobación de normas jurídicas y la puesta en marcha de políticas para promover, proteger, mejorar y, cuando sea necesario, restaurarla, porque como señalaba Hobbes, un Estado que no logra mantener la seguridad carece de sentido; pero esta intervención nunca debería significar un modo y una intensidad que pueda invadir los derechos y libertades de las personas o pueda traer consecuencias indeseadas (Enemark, 2006).

En el caso del VIH, una excesiva limitación del derecho a la intimidad personal y de la privacidad de los datos de carácter personal para preservar la salud pública ha desincentivado que las personas se hagan las pruebas de detección por las consecuencias negativas que un resultado positivo pudiera tener en sus vidas (Galletly y Pinkerton, 2006): despidos del trabajo (Pereira, 2010), reclamaciones de responsabilidad civil o penal por transmitir o exponer

al virus a terceras personas (Alventosa, 2014), tratos diferenciados discriminatorios en diversos ámbitos de la vida cotidiana (Ramiro Avilés, 2017).

Esta relación entre el VIH y la seguridad, entendida como salud pública, justificó que cuando estuvieron disponibles las primeras pruebas de detección del VIH diversas agencias gubernamentales en diversos países propusieran que todas las personas *en riesgo* de infectarse con el virus tuvieran que someterse a dichas pruebas. En algunos casos era voluntario, pero en otros fue obligatorio (Gostin, 2004). Esta medida tenía una importante repercusión desde el punto de vista de la salud pública porque hacía posible la vigilancia epidemiológica y permitía administrar adecuadamente los recursos materiales y humanos, pero a nivel individual no fue bien acogida porque las pruebas de detección no eran fiables; no existía un tratamiento terapéutico al que pudiera accederse; no se explicó adecuadamente cómo iba protegerse la confidencialidad; y, finalmente, porque la homosexualidad, el consumo de drogas o la simple exposición de terceras personas al virus eran acciones que estaban tipificadas como delito en algunos países (Fox *et al.*, 1987; Bayer, 1989).

Ese es un ejemplo de cómo el diseño de una política de salud pública no debe tener en cuenta únicamente el elemento comunitario, sino también el individual. De ese modo, cualquier medida de detección de personas infectadas debe asegurar que combina tanto un beneficio social como un beneficio individual, tanto para ser efectiva como para proteger adecuadamente los derechos de las personas afectadas. Esta combinación se ha logrado en el ámbito del VIH con las pruebas anónimas de detección que permiten cumplir, por un lado, con el objetivo de salud pública de la vigilancia epidemiológica y, por otro, con la protección de la identidad de la personas (Barnes y Cohen, 2019). Las autoridades sanitarias saben la incidencia real del VIH en una determinada comunidad, por lo que pueden diseñar intervenciones para modificar el comportamiento de las personas y reducir su incidencia, al tiempo que está garantizado el anonimato de la persona que se realiza la prueba de detección.

Los conocimientos científicos que se tengan en cada momento serán muy importantes en el diseño de la respuesta normativa pues, en el caso del VIH, cuando se logró desarrollar tanto unas pruebas fiables de detección como un tratamiento antirretroviral seguro y eficaz para reducir la transmisión vertical del VIH, se pudo justificar mejor que a todas las mujeres embarazadas se les incluyera de forma protocolaria una prueba de detección del VIH durante el seguimiento del embarazo. No obstante, las mujeres que dan un resultado positivo a la infección por VIH siguen manteniendo su capacidad de decisión sobre el inicio o no del tratamiento antirretroviral (Barnes y Cohen, 2019), lo cual puede tener serias consecuencias legales si se produce la transmisión efectiva del virus al bebé. En todo caso, una ética de la salud pública respe-

tuosa con los derechos de las personas y consciente del impacto de género debe evitar, en la medida de lo posible, la imposición de cualquier tipo de acción o comportamiento y tratar igual aquellos casos que sean iguales.

A la vista de esto, en el caso del SARS-CoV-2 debería discutirse si las personas tienen derecho a no saber el resultado de las pruebas de detección, habida cuenta de que no existe un tratamiento terapéutico, aunque sí existen medidas efectivas para evitar el contagio a terceras personas (Andorno, 2016). O la idoneidad de los *pasaportes inmunológicos* para determinar si tienen efectos positivos o negativos en el control del coronavirus, habida cuenta de la actual falta de sensibilidad de las pruebas o de los incentivos o desincentivos que puede haber para realizárselas (GTM, 2020; Persad, Emanuel, 2020; Kirkcaldy *et al.*, 2020; Hall y Studdert, 2020). De igual modo, debería debatirse de qué manera sería admisible, respetando los derechos a la intimidad y la privacidad de las personas, el rastreo de las personas que han estado en contacto con personas con un diagnóstico confirmado de contagio por coronavirus para que aquellas puedan adoptar medidas de prevención y las autoridades sanitarias puedan desarrollar correctamente el seguimiento epidemiológico; si la descarga de las aplicaciones digitales será voluntaria; si se recogerán datos de geolocalización o solo los de proximidad a una persona diagnosticada o cuánta información personal se recopilará (Cohen *et al.*, 2020b). Y, por último, habría que cuestionar la proporcionalidad de las propuestas que exigen que las personas declaren obligatoriamente su estado de salud, ya sea respecto al SARS-CoV-2 o al VIH u otras condiciones de salud, en el centro de trabajo para proteger la salud pública (Sulmasy y Veatch, 2020).

IV. EL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS ESENCIALES PARA TRATAR O PREVENIR LA INFECCIÓN POR VIH O SARS-COV-2

El acceso a los medicamentos esenciales está íntimamente relacionado con el desarrollo real y efectivo de varios de derechos tradicionalmente incorporados a los listados reconocidos constitucionalmente, como es el caso del derecho a la protección de la salud o a la vida e integridad física. El acceso a los medicamentos esenciales también está relacionado con otros derechos menos conocidos, como es el derecho a disfrutar de los avances del progreso científico, que si bien no reconoce el derecho a acceder al medicamento sí implica el derecho de las personas a disfrutar de un entramado legal que favorezca el acceso a los beneficios del progreso científico. Lo interesante de esta relación es que ambos derechos se funden durante una epidemia, pues la única manera de proteger la salud de las personas afectadas por el VIH o por el

SARS-CoV-2 es crear un entramado legal que permita el acceso a las innovaciones farmacológicas que se vayan desarrollando en los ensayos clínicos.

Al inicio de la epidemia de VIH se carecía de un tratamiento farmacológico o de una vacuna que fueran seguros y eficaces. Esta carencia significó la muerte en todo el mundo de cientos de miles de personas porque «la infección por el VIH-1 provoca una progresiva destrucción de la inmunidad celular, una activación persistente de todo el sistema inmunitario y de mecanismos inflamatorios inespecíficos asociados, e irremediamente la muerte por acumulación de patología oportunista que el deteriorado sistema inmunitario del individuo infectado es incapaz de contener» (Llibre *et al.*, 2010: 615).

La historia de la infección por el VIH se transformó radicalmente una vez que, fruto de los ensayos clínicos con medicamentos, se logró desarrollar el primer tratamiento antirretroviral de gran amplitud (Llibre *et al.*, 2009). A partir de ese momento las tasas de mortalidad y morbilidad descendieron abruptamente (Palella *et al.*, 1998). Gracias a la investigación clínica, a los ensayos clínicos con medicamentos y a los estudios observacionales, puede afirmarse que el VIH es una condición de salud cronificada en aquellos países en los que se garantiza un acceso regular a los tratamientos antirretrovirales, ya sean innovadores (o de marca) o genéricos (Deeks *et al.*, 2013). Este acceso, al medicamento antirretroviral supone en esos países el desarrollo real y efectivo del derecho a la protección de la salud en el nivel más alto posible.

Esta es la historia de un éxito sin precedentes en la medicina moderna, pues, como señala Anthony Fauci, el extraordinario esfuerzo investigador dedicado al sida y la rapidez con la que se han logrado avances sobrepasan con creces los esfuerzos y los avances que se han logrado en cualquier otra enfermedad infecciosa (Fauci, 1999). Aunque todavía no se cuenta con una vacuna, en solo cuatro décadas se han conseguido un tratamiento profiláctico preexposición y un tratamiento profiláctico postexposición que evitan que se produzca la infección por el VIH si una persona va a estar o ha estado expuesta al virus, y además se cuenta con tratamientos antirretrovirales que en una sola pastilla combinan a dosis fijas los distintos componentes farmacológicos con acción antiviral que son necesarios «para suprimir por completo y de forma duradera la replicación del VIH-1, permitir una restauración progresiva de los recuentos de células T CD4+, y reducir la morbilidad y la mortalidad de los afectados» (Llibre *et al.*, 2010: 615). Como se señala a lo largo del texto, este éxito científico debe tener una traducción en términos normativos para que los principios éticos y las normas legales se interpreten y apliquen teniéndolo en cuenta. El impacto en los derechos de las personas con VIH debería ser de tal magnitud que se acabasen las barreras institucionales, normativas y actitudinales. Si una persona con VIH, que tiene suprimida la carga viral gracias a la acción del tratamiento antirretroviral, no puede transmitir el virus aunque mantenga relaciones sexuales sin

preservativo, no se entiende cómo siguen estando excluidas de determinadas actividades o profesiones (Eisinger *et al.*, 2019).

Pero esta historia de éxito no ha estado exenta de momentos en que no se han respetado los principios y valores de la ética de la salud pública, con la consiguiente vulneración de los derechos de las personas con VIH. Uno de esos momentos ocurrió precisamente durante el desarrollo de las investigaciones de los tratamientos antirretrovirales.

En general, la epidemia de VIH trastocó los presupuestos sobre los que se asentaba la investigación clínica, ya que obligó a que se reinterpretaran los principios éticos que la regulaban. Dichos principios (respeto a las personas, beneficencia y justicia) se encontraban formulados en el denominado *Informe Belmont* (Ramiro Avilés, 2014). La interpretación que se hacía de los mismos limitaba la participación de las personas con VIH en la investigación clínica al no disponerse en ese momento de suficiente información sobre la probabilidad y magnitud de los riesgos, afectándose a la calidad del consentimiento que se podía otorgar. Aunque nadie desconocía que esos principios pretendían proteger los derechos y el bienestar de las personas con VIH, estas exigían que fueran interpretados teniendo en cuenta un escenario en el que solo en Estados Unidos ya habían muerto 50 000 personas y en el que morirían muchas más antes de que finalizasen los estudios clínicos que estaban en marcha (Delaney, 1989).

Fue en 1986 cuando en el primer ensayo clínico controlado con placebo se probó la efectividad de la zidovudina (AZT) al reducir la mortalidad entre los pacientes con Sida (Fischl *et al.*, 1987). Al poco de hacerse públicos los resultados del ensayo, las personas infectadas con el VIH que estaban entrando en la fase del sida exigieron el acceso a la AZT (Watcher, 1992). Esta exigencia no era fácil de satisfacer y planteaba serios problemas éticos y legales, pues se trataba del único ensayo clínico que se había desarrollado hasta la fecha, en un grupo pequeño de personas que tenían la enfermedad en un estado avanzado, con unos criterios de inclusión muy restrictivos, tenía unos efectos secundarios considerables, solo mejoraba la esperanza de vida en el corto plazo, y la eficacia a largo plazo y la seguridad eran desconocidos (Killen, 2008). A pesar de los condicionantes, y dada la ausencia absoluta de una opción terapéutica mejor, la Food and Drug Administration (FDA) aprobó, mediante un nuevo procedimiento regulatorio denominado *treatment investigational new drugs* (*Treatment INDs*), la comercialización y el uso de medicamentos en investigación por personas con VIH si su vida corría un inminente y grave peligro. Esta nueva regulación suponía aceptar que un promotor pudiese solicitar la aprobación de la FDA para distribuir un medicamento si probaba que se trataba una enfermedad grave o que hacía peligrar la vida, que no existían alternativas satisfactorias, que el medicamento estaba en investigación en un ensayo clínico controlado o que había concluido y se había solicitado

la aprobación de comercialización (Greenberg, 2000). Era una regulación, todavía vigente, que va más allá del uso compasivo o del uso fuera de ficha técnica, ya que no se basaba en casos aislados. Posteriormente vinieron otros ensayos que probaron que la AZT podía, entre otras cosas, reducir la transmisión perinatal o transmisión vertical (Connor *et al.*, 1994).

En 1994 se publicaron los resultados del primer ensayo clínico aleatorizado con AZT para reducir la incidencia de la infección por VIH en hijos de mujeres embarazadas con VIH (Lurie y Wolfe, 1997). El ensayo se denominaba ACTG 076. La zidovudina se administró en Francia y Estados Unidos a mujeres embarazadas, oralmente durante la gestación y por vía intravenosa durante el parto. En el primer análisis intermedio de datos se comprobó que el régimen de administración había reducido la incidencia de infección por VIH en el recién nacido en dos tercios. Estos datos determinaron que se interrumpiese el ensayo clínico, pues la eficacia y seguridad estaba suficientemente probada, y que se recomendase a las autoridades sanitarias la inclusión de ese régimen de administración como tratamiento estándar de todas las mujeres embarazadas con VIH. Entre 1994 y 1997 se publicaron diversos estudios en los que se seguía demostrando que el régimen de tratamiento probado en el ensayo ACTG 076 contribuía a que la tasa de bebés infectados con VIH por una transmisión perinatal descendiese considerablemente (Lurie y Wolfe, 1997).

El problema era que el régimen de tratamiento tenía un precio muy elevado, lo cual determinaba que muchos países, especialmente los de renta más baja, no pudieran costearlo. Eran esos países, precisamente, en los que existía una proyección estadística según la cual, si no se hacía nada por evitarlo, en el año 2000 habría seis millones de mujeres embarazadas que estarían infectadas y que transmitirían el VIH a sus bebés, bien durante el parto o bien durante el período de lactancia. La búsqueda de un régimen de tratamiento menos costoso, pero igual de efectivo, era, por tanto, deseable tanto para los países de renta alta como para los países de renta baja.

A tal efecto se comenzaron a diseñar varios ensayos clínicos en los que, después de diversas reuniones, la OMS consideró que estaba justificada la inclusión de un grupo control que podría recibir placebo porque ese diseño ofrece «la mejor opción para una valoración rápida y científicamente válida de regímenes alternativos de medicamentos antirretrovirales para prevenir la transmisión [perinatal] del VIH»³.

³ «Recommendations from the Meeting on Mother-to-Infant Transmission of HIV by Use of Antiretrovirals», Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 23-25 de junio de 1994. Disponible en: <https://bit.ly/2HWo1I6>.

Todos los ensayos clínicos que en su diseño admitían la existencia de un grupo control con placebo se realizaron en países de renta baja, ya que en los países de renta alta las normas jurídicas regulatorias de la investigación biomédica clínica prohíben poner innecesariamente en riesgo a las personas que participan. En los países de renta alta, las mujeres con VIH embarazadas que fueran incluidas en el grupo control recibirían el régimen de tratamiento probado en el ensayo ACTG 076, independientemente del coste, al ser considerado como el tratamiento estándar; en cambio, las mujeres con VIH embarazadas que vivieran en países de renta baja y fueran incluidas en el grupo control recibirían placebo porque aquel régimen de tratamiento no se había convertido en el tratamiento estándar por su elevado coste.

Al margen de plantear un problema de doble estándar normativo (Macklin, 2004), se denunció un problema de acceso que traía causa en la reforma de las legislaciones nacionales sobre patentes que en 1994 la Organización Mundial del Comercio (OMC) había impuesto con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADIPC o TRIPS en sus siglas en inglés). A través de los TRIPS, los Estados pertenecientes a la OMC se obligaban a conceder a todas las empresas farmacéuticas un derecho exclusivo de explotación de los medicamentos durante veinte años (Rosenberg, 2014). Estos derechos exclusivos de explotación afectaron negativamente tanto a la protección de la salud individual de las personas como de la salud pública, pues los países de renta baja debido al precio fueron incapaces de proveer un tratamiento seguro y eficaz a las personas con VIH y la transmisión del virus se descontroló.

La protección de la propiedad intelectual de los fármacos a través de las patentes creaba una situación de monopolio que permitía a las empresas farmacéuticas poner prácticamente el precio que quisieran (en esos años un tratamiento antirretroviral costaba anualmente entre 10 000 y 15 000 USD por persona), pues la fabricación de las versiones genéricas de esos medicamentos estaba prohibida. Muchas de las compañías farmacéuticas estaban abusando de su posición de monopolio en el mercado y causando una catástrofe humanitaria (Hoen *et al.*, 2011). Esto empujó a algunos países, como Sudáfrica, donde el 25 % de las mujeres en edad fértil estaban infectadas con el VIH, a saltarse las normas de propiedad intelectual y permitir la fabricación de medicamentos genéricos que se compraban por un precio sensiblemente inferior (en esos años un tratamiento antirretroviral genérico costaba anualmente 350 USD por persona). A raíz de la demanda que 41 empresas farmacéuticas presentaron contra Sudáfrica en 1998, la sociedad civil de los países más afectados por la epidemia de VIH comenzó a movilizarse para exigir la flexibilización de las leyes sobre propiedad intelectual mediante licencias obligatorias (Rosenberg, 2014). Después de diversos

avatares, el resultado final de estas movilizaciones fue la Declaración de Doha sobre los ADIPC y la Salud Pública adoptada en 2001, que establece que los TRIPS podían y debían interpretarse y aplicarse de tal forma que permitiesen a los Estados proteger la salud pública y promover el acceso a los medicamentos para todas las personas. Esta declaración «ha sido esencial para hacer que las versiones genéricas de bajo coste de medicamentos patentados estén disponibles a gran escala» (Hoen *et al.*, 2011) y con ello se cambió el rumbo del VIH en los países de renta baja (Kumarasamy *et al.*, 2003) porque cuando los productores de medicamentos genéricos entran en el mercado los precios de todos los medicamentos bajan drásticamente (Grover *et al.*, 2012).

A pesar de ello, y debido a diversos factores, entre los que se encuentran la presión de las empresas farmacéuticas, los acuerdos comerciales bilaterales entre los países, la falta de voluntad política (Schüklenk y Ashcroft, 2002; Hoen *et al.*, 2011; De Miguel, 2013) y el paso atrás dado en Naciones Unidas (Kiddell-Monroe, 2014), cerca de veintidós millones de personas con VIH que viven en países de renta baja siguen sin tener acceso a los tratamientos antirretrovirales (Barnes y Cohen 2019), de tal forma que, aunque las tasas de mortalidad se reducen anualmente en estos países, continúa siendo injustamente elevada si la comparamos con las de los países de renta alta (ONUSIDA, 2014) —es injusta porque son muertes que se podrían evitar (Kiddell-Monroe, 2014)—. Por ello, una situación como la descrita, en la que existe un fármaco que puede salvar la vida de las personas con VIH, pero sigue habiendo muertes porque el medicamento es muy caro, plantea la necesidad de reflexionar desde la ética de la salud pública sobre la búsqueda de un modelo de sociedad con una mayor justicia social. Una cuestión sobre la que también tenemos que reflexionar durante la actual pandemia.

En todo caso, gracias a la investigación biomédica clínica se disponen en la actualidad de los tratamientos profilácticos y terapéuticos para tratar el VIH, alguno de los cuales se han probado para la infección por SARS-CoV-2, siendo otro de los logros importantes en la epidemia de VIH la modificación de la concepción que se tenía sobre la patentabilidad de las medicinas esenciales (Hoen *et al.*, 2011: 2) y las responsabilidades y obligaciones de las grandes farmacéuticas como sujetos no estatales (Grover *et al.*, 2012). Ambas cuestiones son de aplicación directa a la actual pandemia. En primer lugar, en torno a la investigación que se está desarrollando para obtener un tratamiento terapéutico o una vacuna que sean seguros y eficaces, se han planteado diversas cuestiones que afectan a los derechos y al bienestar de las personas afectadas por el SARS-CoV-2; en segundo lugar, cuando se logre desarrollar uno u otra, cobrará todo sentido la discusión sobre su patentabilidad y el

acceso equitativo a un medicamento que debería ser considerado como un bien público global (Bollyky *et al.*, 2020).

La COVID-19 no va a ser una enfermedad olvidada, pues afecta por igual a países de renta alta y a países de renta baja. Esto garantiza que se destinen los fondos suficientes para la investigación, al igual que ha ocurrido con el VIH. Estaríamos ante otro escenario muy diferente si el SARS-CoV-2 fuese un virus o una bacteria como los que causan la tuberculosis o la malaria (Grover *et al.*, 2012).

Respecto a la investigación biomédica clínica, en los inicios de la pandemia por coronavirus se produjo la discusión sobre la idoneidad del uso compasivo de medicamentos o fuera de ficha técnica o si podían ponerse en marcha ensayos clínicos con personas sanas a las que se les exponga el coronavirus (los llamados *human challenge trials*). Además, los ensayos clínicos también se están desarrollando en países de renta baja.

En el primer caso, quizás fruto de la desesperación que producía el fallecimiento de las personas por la COVID-19, se prodigó el uso compasivo de medicamentos en investigación fuera de un ensayo clínico o el uso fuera de ficha técnica de un medicamento autorizado para otra indicación (Kalil, 2020). El problema que plantean estas opciones en términos de derechos, dejando a un lado la cuestión del malentendido terapéutico (Appelbaum *et al.*, 1982), es que a las personas que reciben esas intervenciones se las expone a un riesgo sin que se pueda garantizar un beneficio terapéutico individual o la obtención de información útil para desarrollar los tratamientos (Caplan y Bateman-House, 2015). Por un lado, se produce una tensión entre el interés individual de una persona por *intentar* todas las opciones, y por otro el interés colectivo de una sociedad por organizar ensayos clínicos con medicamentos que proporcionen información fiable (Trogen *et al.*, 2020). Una respuesta desde la ética de la salud pública deberá encontrar una solución en la que se regule cuándo sí puede estar justificado el uso compasivo y cuando es preferible el diseño de un ensayo clínico. En este sentido, si la enfermedad no es letal en el 100 % de los casos y no se sabe si el medicamento experimental beneficiará o dañará a la persona (creándose una situación de verdadero equilibrio clínico), entonces es ético poner en marcha un ensayo clínico aleatorizado con un grupo control que recibirá el tratamiento estándar o placebo. Sin un grupo control, no es posible determinar con precisión los daños de los medicamentos experimentales (Kalil, 2020).

Por lo que respecta a los *human challenge trials* se plantea si para acelerar el desarrollo de la vacuna se debe contar con la participación de personas a las que se les inyecte una vacuna experimental para, acto seguido y de forma controlada, exponerles al coronavirus para que desarrollen una respuesta inmunológica (Jamrozik y Selgelid, 2020). Son muchas las cuestiones que

desde la ética de la salud pública deben sopesarse para dar una respuesta con la que se protejan los derechos de las personas que se presten a participar en este tipo de investigación. La severidad del daño, la edad de las personas que participan, la compensación por los posibles daños y el proceso de obtención del consentimiento informado son algunas de ellas (Tambornino y Lanzerath, 2020). Sin necesidad de caer en el excepcionalismo en la investigación (London y Kimmelman, 2020), este tipo de ensayos clínicos, que ya se han puesto en marcha en otras ocasiones (Darton *et al.*, 2015), sería admisible si existe una revisión sistemática concienzuda del protocolo de investigación por un órgano independiente; si se adoptan medidas de seguridad adecuadas para proteger a las personas que participan y a la sociedad; si hay una adecuada valoración de los riesgos; si los grupos vulnerables están adecuadamente protegidos, y si se establece un sistema justo de compensación por los daños (Bamberg *et al.*, 2016; Binik, 2020; OMS, 2020).

Por último, en la investigación llevada a cabo en los países de renta baja debe evitarse la existencia de un doble estándar normativo (Ramiro Avilés, 2019) y debe garantizarse el acceso a los tratamientos terapéuticos y a las vacunas que se desarrollen (Yearby, 2003-2004). El doble estándar normativo es una vulneración de los principios básicos de la ética de la salud pública porque no todas las personas que participan en los ensayos clínicos multicéntricos y multinacionales van a ser tratadas conforme a los mismos criterios de evaluación del riesgo, siendo más exigentes en los países de renta alta que en los de renta baja.

Las personas con COVID-19 pueden encontrarse en una situación muy similar a las personas con VIH si cuando se desarrolle la vacuna no se garantiza su acceso porque el precio sea muy elevado. Al igual que ocurrió con el caso del VIH, en el caso del SARS-CoV-2 esa inequidad se exagera desde el momento en que los ensayos clínicos con medicamentos también se realizan en los países de renta media y baja. Una solución desde la ética de la salud pública pasa por considerar a los tratamientos terapéuticos o las vacunas que se desarrollen como bienes públicos globales, pues de lo contrario se expondría al mundo a un gran peligro (Barret, 2007). Los bienes públicos son aquellos que una vez que se suministran no plantean una rivalidad en el consumo y no excluyen a nadie de los beneficios porque ningún país puede ser excluido de su disfrute ni el consumo de un país afecta a las oportunidades de consumo de otro (Kaul y Mendoza, 2003). La distribución de los bienes públicos globales debe ser equitativa (Kiddell-Monroe, 2014). Esta categorización como bienes públicos globales se impone desde la búsqueda de la justicia social por la ética de la salud pública.

V. UNA RESPUESTA ALA PANDEMIA DE SARS-COV-2 BASADA EN UNA ÉTICA DE LA SALUD PÚBLICA Y EN LOS DERECHOS

La respuesta basada en la ética de la salud pública y la respuesta basada en los derechos suelen presentarse como antagónicas (Lee, 2012) porque exponen la clásica tensión entre la democracia (la mayoría) y los derechos (la minoría). Esta dicotomía puede resolverse reconociendo que es posible fundamentar una ética de la salud pública que se nutra de una serie de valores y principios que tienen su origen en una variedad de corrientes filosóficas —entre las que se encontraría la ética del cuidado del feminismo (Roberts y Reich, 2002) o el republicanismo cívico (Jennings, 2007)— a través de las cuales se propugna un cambio del espacio público por la insatisfacción que produce la solución del individualismo posesivo liberal.

La salud pública no debe entenderse enfrentada a los derechos porque ambas tienen como objetivo la búsqueda de la justicia social, lo que significa tratar de construir una respuesta a los problemas sociales con la que corrijan las injusticias sistémicas y estructurales que existen entre los diferentes grupos. En esta tarea es esencial reconocer que las oportunidades, elecciones e intereses de las personas están determinadas por los grupos a los que pertenecen, los cuales estarán en una situación de ventaja o desventaja (por ejemplo, respecto a la salud o la discapacidad). De tal modo que a la hora de diseñar una respuesta a los problemas debe tenerse en consideración el contexto en el que se toma la decisión para saber si representa los intereses de las clases más aventajadas o si con ello se busca reequilibrar la partida. Por ello, las personas que no se exponen diariamente al coronavirus porque tienen trabajos de *cuello blanco* que pueden hacerse de forma remota (teletrabajo) tendrán una serie de intereses respecto de los pasaportes inmunológicos (saber si las personas que atienden en las tiendas o reparten encargos están infectadas) que no coinciden con los intereses de las personas con trabajos presenciales (saber el estado serológico permitirá no perder el trabajo). Por ese motivo, una respuesta al COVID-19 desde una ética de la salud pública no enfrentada a los derechos supone que en pos de una mayor justicia social, de una mejor distribución de derechos y oportunidades, se deban imponer restricciones en la autonomía individual, entendida desde una óptica estrictamente liberal.

La ética de la salud pública buscará a través de las normas jurídicas y políticas públicas la eliminación de una serie de desigualdades estructurales que afectan al disfrute del derecho a la salud tanto en su dimensión individual como colectiva. De ese modo el bienestar de una persona y el bienestar de toda la sociedad se convierten en asuntos que conciernen a todas las personas. Como se ha ejemplificado anteriormente con el caso de las pruebas de detección del VIH, la intervención de la salud pública debe considerar el impacto en el

bienestar individual y el impacto en el bienestar colectivo. Esta nueva mirada permitirá aceptar como legítimas determinadas intromisiones en la vida de la persona que, desde una óptica liberal, pueden ser consideradas como paternalistas. De este modo, tenemos que la regulación de la salud pública debe verse como un ejercicio de equilibrio, y no como una lucha, entre la libertad individual y el bienestar de la comunidad.

Los principios y valores que conforman la ética de la salud pública y las normas jurídicas que los recogen tratan a las personas no como seres atomizados, sino como seres sociales interrelacionados. De este modo, se reconoce que las personas están situadas en un contexto económico, social y político; que debe procurarse un acceso justo y no discriminatorio a las oportunidades y derechos, y que debe subrayarse la inclusión de todas las personas (Baylis *et al.*, 2008; Kenny *et al.*, 2010). A través de estos principios y valores se trata de promover la búsqueda de un nuevo modelo de sociedad, con un mayor nivel de justicia social (Kass 2004).

Este camino teórico comenzó a fraguarse precisamente cuando se inició la pandemia de VIH al plantearse problemas que no podían elucidarse con las categorías teóricas clásicas heredadas del pensamiento liberal (Bayer *et al.*, 1986; Faden y Kass, 1991; Gostin y Curran, 1987).

Sentadas estas bases, una respuesta desde la ética de la salud pública que respete los derechos de las personas afectadas por el SARS-CoV-2 debe partir del pleno reconocimiento y la garantía del principio de igualdad y no discriminación, sin olvidar la interseccionalidad (Barrere y Mororo, 2011), para lograr una regulación de las diferentes cuestiones (desarrollo de tratamientos y vacunas seguros y eficaces a través de ensayos clínicos con medicamentos; acceso a los medicamentos esenciales cuando estén disponibles; protección de la intimidad personal y de la privacidad de los datos de salud para controlar la propagación del coronavirus) con la que se profundice en la justicia social. Esto requerirá que a través de los determinantes legales de la salud se desarrolle tanto un proceso de generalización como un proceso de especificación de los derechos (Peces-Barba, 1995) para que no haya ningún tipo de discriminación, ya sea directa, indirecta o por asociación. Esto permitirá combinar medidas de accesibilidad universal, como obligación *ex ante*, y ajustes razonables, como obligación *ex post*, para profundizar en la consecución de una mayor inclusión social de las personas afectadas por el SARS-CoV-2 pues, como les ha ocurrido a las personas con VIH, van a tener que comenzar a enfrentarse a un entorno construido que no valora positivamente ni la enfermedad ni la discapacidad ni a las personas con una enfermedad aguda o crónica ni a las personas con una discapacidad.

VI. CONCLUSION

La historia de la epidemia por VIH que comenzó en la década de 1980 contiene una serie de lecciones que deberían aprenderse para no repetir los mismos errores con la actual pandemia por SARS-CoV-2. La principal lección es que al tratarse de agentes biológicos que ponen en peligro no solo la salud individual, sino también la salud pública, la respuesta médica debe completarse necesariamente con una respuesta normativa que debe estar actualizada en todo momento para que las normas jurídicas no legitimen o perpetúen comportamientos discriminatorios o limitaciones de derechos que no son idóneos, necesarios o proporcionales en una sociedad democrática. Esto requiere construir una ética de la salud pública que deje a un lado los postulados del pensamiento liberal, centrado exclusivamente en la autonomía individual, para incorporar una serie de valores que fundamentan una autonomía relacional que permite considerar a las personas no como seres atomizados, sino como seres sociales interrelacionados que están situados en un contexto económico, social y político que determina sus decisiones y elecciones, lo cual procurará un acceso justo y no discriminatorio a las oportunidades y derechos y hará posible la inclusión de todas las personas. La construcción de una respuesta al SARS-CoV-2 basada en los derechos desde esta forma de entender la ética de la salud pública trata de promover la búsqueda de un nuevo modelo de sociedad, con un mayor nivel de justicia social.

Bibliografía

- Aginam, O. (2002). International law and communicable diseases. *Bulletin of the World Health Organization*, 80, 946-951.
- Alventosa, J. (2014). Responsabilidad civil derivada de transmisión de VIH/Sida por vía sexual en el ámbito jurídico español. *Revista de Derecho Patrimonial*, 34, 229-265.
- Amoedo Souto, C. A. (2020). Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. *El Cronista*, 86-87, 66-77.
- Amon, J. (2020). Human rights protections are needed alongside PPE for health-care workers responding to COVID-19. *Lancet Global Health*, 8 (7), E896. Disponible en: [https://doi.org/10.106/S2214.109X\(20\)30252-7](https://doi.org/10.106/S2214.109X(20)30252-7).
- Andorno, R. (2016). The right not to know does not apply to HIV testing. *Journal of Medical Ethics*, 42 (2), 104-105. Disponible en: <https://doi.org/10.1136/medethics-2015-103210>.

- Appelbaum, P., Roth, L. H. y Lidz, C. (1982). The therapeutic misconception: Informed consent in psychiatric research. *International Journal of Law and Psychiatry*, 5, 319-329. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/0160-2527\(82\)90026-7](https://doi.org/10.1016/0160-2527(82)90026-7).
- Auriemma, C., Molinero, A. M., Houtrow, A. J., Persad, G., White, D. B. y Halpern, S. D. (2020). Eliminating categorical exclusion criteria in crisis standards of care framework. *American Journal of Bioethics*, 20 (7), 28-36. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15265161.2020.1764141>.
- Bamberg, B., Selgelid, M., Weijer, C., Savulescu, J. y Pollard, A. J. (2016). Ethical criteria for human challenge studies in infectious diseases. *Public Health Ethics*, 9 (1), 92-103. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/phe/phv026>.
- Barnes, M. y Cohen, D. A. (2019). Global HIV/AIDS Prevention and treatment: Public health ethics considerations. En A. Mastroianni, J. Kahn and N. Kass (eds.). *The Oxford Handbook of Public Health Ethics*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190245191.013.41>.
- Barrere, M. y Morondo, D. (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 15-42.
- Barret, S. (2007). *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. Oxford: Oxford University Press.
- Battin, M., Francis, L. P., Jacobson, J. A. y Smith, C. B (2007). The patient as victim and vector: Bioethics and the challenge of infectious diseases. En R. E. Ashcroft, A. Dawson, H. Draper, y J. R. McMillan (eds.). *Principles of Health Care Ethics* (pp. 269-288). London: John Wiley. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/9780470510544.ch85>.
- Bayer, R. (1989). *Private acts, social consequences: AIDS and the politics of public health*. New York: Free Press.
- Bayer, R., Levine, C. y Wolf, S. M. (1986). HIV antibody screening: An ethical framework for evaluating proposed programs. *JAMA*, 256, 1768-1774. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.256.13.1768>.
- Baylis, F., Kenny, N. P. y Sherwin, S. (2008). A relational account of public health ethics. *Public Health Ethics*, 1 (3), 196-209. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/phe/phn025>.
- Begg, R. (1990). Legal ethics and AIDS. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 3 (1), 1-56.
- Berkowitz, S., Kenny, N. P. y Sherwin, S. (2020). COVID-19 and health equity. *New England Journal of Medicine*, 383 (12), e76. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2021209>.
- Binik, A. (2019). What risks should be permissible in controlled human infection model studies? *Bioethics*, 34, 420-430. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/bioe.12736>.
- Bollyky, T., Gostin, L. O. y Hamburg, M. A. (2020). The equitable distribution of COVID-19 therapeutics and vaccines. *JAMA*, 323, 2462-2463. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.6641>.

- Brown, J., Chapman, S. y Lupton, D. (1996). Infinitesimal risk as public health crisis: News media coverage of a doctor-patient HIV contact tracing investigation. *Social Science and Medicine*, 43 (12), 1685-1695. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/0277-9536\(95\)00402-5](https://doi.org/10.1016/0277-9536(95)00402-5).
- Caplan, A. y Bateman-House, A. (2015). Should patients in need be given access to experimental drugs? *Expert Opinion on Pharmacotherapy*, 16 (9), 1275-1279. Disponible en: <https://doi.org/10.1517/14656566.2015.1046837>.
- CBE (2020). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*. Madrid: Comité de Bioética de España. Disponible en: <https://bit.ly/3265AaW>.
- Childress, J., Faden, R. R., Gaare, R. D., Gostin, L. O., Kahn, J., Bonnie, R. J. y Nieburg, P. (2002). Public health ethics. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 30, 170-178. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.2002.tb00384.x>.
- Cohen, G., Crespo, A. M. y White, D. B. (2020a). Potential legal liability for withdrawing or withholding ventilators during COVID-19. *JAMA*, 323, 1901-1902. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.5442>.
- Cohen, I. G., Gostin, L. O. y Weitzner, D. J. (2020b). Digital smartphone tracking for COVID-19: public health and civil liberties in tension. *JAMA*, 323, 2371-2372. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.8570>.
- Coleman, C. (2009). Vulnerability as a regulatory category in human subject research. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 37 (1), 12-18. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.2009.00346.x>.
- Condes, E. y Arribas, J. R. (2020). Impact of COVID-19 on Madrid hospital system. *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.eimc.2020.06.005>.
- Connor, E. M., Sperling, R. S., Gelber, R., Kiselev, P., Scott, G., O'sullivan, M. J., y Jimenez, E. (1994). Reduction of maternal-infant transmission of Human Immunodeficiency Virus Type I with Zidovudine treatment. *New England Journal of Medicine*, 331, 1173-1180.
- Cotino, L. (2020). Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. *El Cronista*, 86-87, 88-101.
- Crofts, N. y Patterson, D. (2016). Police must join the fast track to end AIDS by 2030. *Journal of the Internacional AIDS Society*, 19 (4), Disponible en: <https://doi.org/10.7448/IAS.19.4.21153>.
- Darton, T., Blohmke, C. J., Moorthy, V. S., Altmann, D. M., Hayden, F. G., Clutterbuck, E. A. y Pollard, A. J. (2015). Design, recruitment, and microbiological considerations in human challenge studies. *Lancet Infectious Diseases*, 15, 840-851. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(15\)00068-7](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(15)00068-7).
- De Miguel, I. (2013). Patentes y VIH/Sida: La crónica de un cambio del que debemos congratularnos. En J. de la Torre (ed.). *30 años de VIH-Sida. Balance*

- y nuevas perspectivas de prevención* (pp. 119-130). Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- Deeks, S., Lewin, S. R. y Havlir, D. V. (2013). The end of AIDS: HIV infection as a chronic disease. *Lancet*, 382, 1525-1533. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(13\)61809-7](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(13)61809-7).
- Delaney, M. (1989). The case for patient access to experimental therapy. *Journal of Infectious Diseases*, 159, 416-419. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/infdis/159.3.416>.
- Doménech, G. (2020). Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19. *El Cronista*, 86-87, 102-109.
- DREDF. (2020). *Preventing discrimination in the treatment of COVID-19 patients: The illegality of medical rationing on the basis of disability*. Berkeley: Disability Rights Education and Defense Fund.
- Egede, L. y Walker, R. (2020). Structural racism, social risk factors, and COVID-19. *New England Journal of Medicine*, 383 (12), e77. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2023616>.
- Eisinger, R., Dieffenbach, C. W. y Fauci, A. S. (2019). HIV viral load and transmissibility of HIV infection. Undetectable equals Untransmittable. *JAMA*, 321, 451-452. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2018.21167>.
- Elbe, S. (2006). Should HIV/AIDS be securitized? The ethical dilemma of linking HIV/AIDS and security. *International Studies Quarterly*, 50 (1), 119-144. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2478.2006.00395.x>.
- Enemark, C. (2006). Securitizing infectious diseases. En M. J. Selgelid, M. P. Battin y C. B. Smith (eds.). *Ethics and Infectious Disease* (pp. 327-343). Oxford: Wiley.
- Faden, R. y Kass, N. (1991). Bioethics and public health in the 1980s: Resource allocation and AIDS. *Annual Review of Public Health*, 12 (1), 335-360. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev.pu.12.050191.002003>.
- Fauci, A. (1999). The AIDS epidemic: Considerations for the 21st century. *New England Journal of Medicine*, 341, 1046-1450. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJM199909303411406>.
- Feldbaum, H., Lee, K. y Patel, P. (2006). The national security implications of HIV/AIDS. *PLoS Medicine*, 3 (6), 774-778. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.0030171>.
- Fischl, M., Richman, D. D., Grieco, M. H., Gottlieb, M. S., Volberding, P. A., Laskin, O. L. y Jackson, G. G. (1987). The efficacy of azidothymidine (AZT) in the treatment of patients with AIDS and AIDS-related complex. *New England Journal of Medicine*, 317, 185-191. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJM198707233170401>.
- Fox, R., Odaka, N. J., Brookmeyer, R. y Polk, B. F. (1987). Effect of HIV antibody disclosure on subsequent sexual activity in homosexual men. *Aids*, 1 (4), 241-246.
- Galletly, C. y Pinkerton, S. (2006). Conflicting Messages: How criminal HIV disclosure laws undermine public health efforts to control the spread of HIV. *AIDS*

- Behaviour*, 10 (5), 451-461. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10461-006-9117-3>.
- Gostin, L., Monahan, J. T., Kaldor, J., DeBartolo, M., Friedman, E. A., Gottschalk, K. y Cabal, L. (2019). The legal determinants of health. *Lancet*, 393, 1857-1910. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)30233-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)30233-8).
- Gostin, L. (2004). *The AIDS Pandemic*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Gostin, L. (2005). The future of communicable disease control: Toward a new concept in public health law. *The Milbank Quarterly*, 83 (4), 1-17.
- Gostin, L. (2020). The shibboleth of human rights in public health. *Lancet Public Health*, 5 (9), e471-e472. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(20\)30182-1](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(20)30182-1).
- Gostin, L. y Curran, W. (1987). AIDS screening, confidentiality and the duty to warn. *American Journal of Public Health*, 77 (3), 361-365. Disponible en: <https://doi.org/10.2105/AJPH.77.3.361>.
- Graselli, G., Pesenti, A. y Cecconi, M. (2020). Critical care utilization for the COVID-19 outbreak in Lombardy, Italy. *JAMA*, 323, 1545-1546. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.4031>.
- Greenberg, M. D. (2000). AIDS, experimental drug approval, and the FDA new drug screening process. *Legislation and Public Policy*, 3, 295-350.
- Greer, S. y Mätzke M. (2012). Bacteria without borders: communicable disease politics in Europe. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 37 (6), 887-914. Disponible en: <https://doi.org/10.1215/03616878-1813763>.
- Grover, A., Citro, B., Mankad, M. y Lander, F. (2012). Pharmaceutical companies and global lack of access to medicines. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 40 (2), 234-250. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.2012.00661.x>.
- GTM (2020). *Posicionamiento del GTM sobre un posible pasaporte inmunológico*. Madrid: Grupo de Trabajo Multidisciplinar del Ministerio de Ciencia e Innovación sobre el COVID-19.
- Hall, M. y Studdert, D. (2020). Privileges and immunity certification during the COVID-19 pandemic. *JAMA*. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.7712>.
- Hargreaves, S., Zenner, D., Wickramage, K., Deal, A. y Hayward, S. E. (2020). Targeting COVID-19 interventions towards migrants in humanitarian settings. *Lancet Infectious Diseases*, 20 (6), 645. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30292-9](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30292-9).
- Henderson, D., Demby, L., Fishman, N. O., Grady, C., Lundstrom, T., Palmore, T. N. Society for Healthcare Epidemiology of America (2010). SHEA Guideline for management of healthcare workers who are infected with Hepatitis B Virus, Hepatitis C Virus, and/or Human Immunodeficiency Virus. *Infection Control and Hospital Epidemiology*, 31 (3), 203-232. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/650298>.

- Hoen, E. (2011). Driving a decade of change: HIV/AIDS, patents and access to medicines for all. *Journal of the International AIDS Society*, 14 (1), 1-12. Disponible en: <https://doi.org/10.1186/1758-2652-14-15>.
- Jamrozik, E. y Selgelid, M. (2020). COVID-19 human challenge studies: ethical issues. *Lancet Infectious Diseases*. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30438-2](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30438-2).
- Jennings, B. (2007). Public health and civic republicanism: Toward an alternative framework for public health ethics. En A. Dawson y M. Verweij (eds.). *Ethics, Prevention and Public Health* (pp. 30-58). New York: Oxford University Press.
- Kalil, A. (2020). Treating COVID-19: Off label drug use, compassionate use, and randomized clinical trials during pandemics. *JAMA*, 323, 1897-1898. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.4742>.
- Kass, N. (2004). Public health ethics: from foundations and frameworks to justice and global public health. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 32 (2), 232-242. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.2004.tb00470.x>.
- Kaul, I. y Mendoza, R. (2003). Advancing the concept of public good. En L. Kaul, P. Conceição, K. Le Goulven y R. U. Mendoza (eds.). *Providing Global Public Goods* (pp. 78-111). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/0195157400.003.0004>.
- Kenny, N., Sherwin, S. B. y Baylis, F. E. (2010). Re-visioning public health ethics: A relational perspective. *Canadian Journal of Public Health*, 101 (1), 9-11. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF03405552>.
- Kiddell-Monroe, R. (2014). Access to medicines and distributive justice. *Developing World Bioethics*, 14 (2), 59-66. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/dewb.12046>.
- Killen, J. (2008). HIV research. En E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller y D. Wendle (eds.). *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics* (pp. 97-109). New York: Oxford University Press.
- Kirkcaldy, R. (2020). COVID-19 and postinfection immunity. *JAMA*, 323, 2245-2246. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.7869>.
- Kumarasamy, N., Solomon, S., Chaguturu, S. K., Cecelia, A. J., Vallabhaneni, S., Flanigan, T. P. y Mayer, K. H (2005). The changing natural history of HIV disease: Before and after the introduction of generic antiretroviral therapy in Southern India. *Clinical Infectious Diseases*, 41 (10), 1525-1528. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/497267>.
- Lazzarini, Z., Galletly, C. L., Mykhalovskiy, E., Harsono, D., O'Keefe, E., Singer, M. y Levine, R. J. (2013). Criminalization of HIV transmission and exposure: Research and policy agenda. *American Journal of Public Health*, 103 (8), 1350-1353. Disponible en: <https://doi.org/10.2105/AJPH.2013.301267>.
- Lee, L. (2012). Public health ethics theory: Review and path to convergence. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 40 (1), 85-98. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.2012.00648.x>.

- Libre J. M., Falco, V., Tural, C., Negredo, E., Pineda, J. A., Muñoz, J. y Miralles, C. (2009). The changing face of HIV/AIDS in treated patients. *Current HIV Research*, 7, 365-377. Disponible en: <https://doi.org/10.2174/157016209788680633>.
- Libre J. M., Antela, A., Arribas, J. R., Domingo, P., Gatell, J. M., López-Aldeguer, J., Ortega, E. (2010). El papel de las combinaciones de antirretrovirales a dosis fija en el tratamiento de la infección por VIH-1. *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, 28 (9), 615-620. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.eimc.2010.08.004>.
- London, A. J. y Kimmelman, J. (2020). Against pandemic research exceptionalism. *Science*, 368, 476-477. Disponible en: <https://doi.org/10.1126/science.abc1731>.
- Lurie, P. y Wolfe, S. (1997). Unethical trials of interventions to reduce perinatal transmission of the Human Immunodeficiency Virus in developing countries. *New England Journal of Medicine*, 337, 853-856. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJM199709183371212>.
- Macklin, R. (2004). *Double Standards in Medical Research in Developing Countries*, New York: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511495359>.
- Magnusson, R. y Patterson, D. (2011). The role of law in the global response to NCDs. *Lancet*, 378, 859-860. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(11\)60975-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(11)60975-6).
- Marmot, M. (2005). Social determinants of health inequalities. *Lancet*, 365, 1099-1104. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(05\)74234-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(05)74234-3).
- Marmot, M. (2015). *The Health Gap*. London: Bloomsbury.
- Mello, M. Persad, G. y White, D. B. (2020). Respecting disability rights: Towards improved crisis standards of care. *New England Journal of Medicine*, 383, e26. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2011997>.
- Mills, E. y Nachega, J. (2006). HIV infection as a weapon of war. *Lancet Infectious Disease*, 6 (12), 752-753. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(06\)70635-1](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(06)70635-1).
- Morawska, L. y Milton, D. (2020). It is time to address airborne transmission of COVID-19. *Clinical Infectious Diseases*, 6, ciae939. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/cid/ciae939>.
- Nogueira, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción. *El Cronista*, 86-87, 22-31.
- OMS (2020). *Key criteria for the ethical acceptability of COVID-19 human challenge studies*. Geneva: WHO Working Group for Guidance on Human Challenge Studies in COVID-19. Disponible en: <https://bit.ly/2GrbNXu>.
- ONUSIDA (2016). *Eliminación de la discriminación en el sector sanitario. Paso fundamental para poner fin a la epidemia del Sida*. Geneva: Joint United Nations Program on HIV/AIDS.

- ONUSIDA (2017). *Fast-track and human rights. Advancing human rights in efforts to accelerate the response to HIV*. Geneva: Joint United Nations Program on HIV/AIDS.
- ONUSIDA (2019). *Aids Data*. Geneva: Joint United Nations Program on HIV/AIDS.
- ONUSIDA (2020a). *Rights in the time of COVID-19. Lessons from HIV for an effective, community-led response*. Geneva: Joint United Nations Program on HIV/AIDS.
- ONUSIDA (2020b). *Seizing the moment. Tackling entrenched inequalities to end epidemics*. Geneva: Joint United Nations Program on HIV/AIDS.
- ONUSIDA (2020c). *Rights in a pandemic. Lockdowns, rights and lessons from HIV in the early response to COVID-19*. Geneva: Joint United Nations Program on HIV/AIDS.
- Palella, F., Delaney, K. M., Moorman, A. C., Loveless, M. O., Fuhrer, J., Satten, G. A. HIV Outpatient Study Investigators (1998). Declining morbidity and mortality among patients with advanced human immunodeficiency virus infection. *New England Journal of Medicine*, 338, 853-860. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJM199803263381301>.
- Peces-Barba, G. (1995). *Ética, poder y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pereira, A. (2010). HIV/Aids and discrimination in the workplace: the cook and the surgeon living with HIV. *European Journal of Health Law*, 17, 139-147. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/138819010X12609402446876>.
- Persad, G. y Emanuel, E. (2020). The Ethics of COVID-19 immunity-based licenses («immunity passports»). *JAMA*, 323, 2241-2242. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.8102>.
- Peterson, S. (2002). Epidemic disease and national security. *Security Studies*, 12 (2), 43-81. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/0963-640291906799>.
- Platt, L., Elmes, J., Stevenson, L., Holt, V., Rolles, S. y Stuart, R. (2020). Sex workers must not be forgotten in the COVID-19 response. *Lancet*. Disponible en: [https://doi.org/10.106/S0140-6736\(20\)31033-3](https://doi.org/10.106/S0140-6736(20)31033-3)
- Presno Linera, M. A. (2020). Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de grupos vulnerables. *El Cronista*, 86-87, 54-65.
- Ramiro Avilés M. A. (2014). Investigación biomédica clínica sobre VIH/Sida en personas institucionalizadas. En M. A. Ramiro (ed.). *Ética y Medicina* (pp. 109-151). Madrid: Dykinson.
- Ramiro Avilés M. A. (2017). Aspectos jurídicos del VIH: los derechos de las personas con VIH en España. En M. J. Fuster, A. Lagúa y F. Molero (coords.). *Formación de mediadores y mediadoras para el apoyo a personas con VIH* (pp. 585-624). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Ramiro Avilés M. A. (2019). Clinical trials in crisis situations: Ethical issues. En D. O'Mathúna e I. De Miguel (eds.). *Ethics and Law for Chemical, Radiological, Nuclear & Explosive Crises* (pp. 117-133). Cham: Springer.

- Ramiro Avilés, M. A. y Ramírez Carvajal P. (2016). Discriminación por razón de VIH. *Revista Multidisciplinar del Sida*, 14 (9), 45-54.
- Ramiro Avilés, M. A. y Ramírez Carvajal P. (2018). La exclusión de las personas con VIH de los cuerpos uniformados de seguridad en España. *Revista Vasca de Administración Pública*, 112, 209-242.
- Ramiro Avilés, M. A. y Ramírez Carvajal P. (2020). *Informe de las consultas recibidas en la Clínica Legal CESIDA-UAH 2019-2020*. Disponible en: <https://bit.ly/2I-0VXU3>.
- Rimmer, A. (2020). Covid-19: Doctors «face difficulties» getting life insurance after exposure to disease. *British Medical Journal*, 369, m2517. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2517>.
- Roberts, M. y Reich, M. (2002). Ethical analysis in public health. *Lancet*, 359, 1055-1059. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(02\)08097-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(02)08097-2).
- Rodger, A., Cambiano, V., Bruun, T., Vernazza, P., Collins, S., Degen, O. y Raben, D. (2019). Risk of HIV transmission through condomless sex in serodifferent gay couples with the HIV-positive partner taking suppressive antiretroviral therapy (PARTNER): final results of a multicentre, prospective, observational study. *Lancet*, 393, 2428-2438.
- Rosenberg, S. (2014). Asserting the primacy of health over patent rights. *Developing World Bioethics*, 14 (2), 83-91. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/dewb.12050>.
- Rushton, S. (2010). AIDS and international security in the United Nations system. *Health Policy and Planning*, 25 (6), 495-504. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/heapol/czq051>.
- Sander, J., Monogue, M. L., Jodlowski, T. Z. y Cutrell, J. B. (2020). Pharmacological treatments for Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). A review. *JAMA*. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.6019>.
- Schüklenk, U. y Ashcroft, R. (2002). Affordable access to essential medication in developing countries. *Journal of Medicine and Philosophy*, 27 (2), 179-195. Disponible en: <https://doi.org/10.1076/jmep.27.2.179.2989>.
- Selgelid, M. y Enemark, C. (2008). Infectious diseases, security and ethics: The case of HIV/AIDS. *Bioethics*, 22 (9), 457-465. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2008.00696.x>.
- Selgelid, M., McLean, A. R., Arinaminpathy, N. y Savulescu, J. (2009). Infectious disease ethics: Limiting liberty in context of contagion. *Bioethical Inquiry*, 6 (2), 149-52. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11673-009-9166-1>.
- SEMICYUC (2020). *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de Cuidados Intensivos*. Madrid: Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. Disponible en: <https://bit.ly/387zsHK>.
- Smith, M. y Silva, D. (2015). Ethics for pandemics beyond influenza. *Monash Bioethics Review*, 33, 130-147. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40592-015-0038-7>.

- Sontag, S. (2002). *Illness as metaphor and Aids and its metaphors*. London: Penguin.
- Studdert, D. y Hall, M. (2020). Disease control, civil liberties, and mass testing. *New England Journal of Medicine*, 383, 102-104. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2007637>.
- Sulmasy, D. y Veatch, R. (2020). Should institutions disclose the names of employees with Covid-19? *Hasting Center Report*, 50 (3): 25-27. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/hast.1107>.
- Tambornino, L. y Lanzerath, D. (2020). COVID-19 human challenge trials: What research ethics committees need to consider. *Research Ethics*, 16 (3-4), 1-11. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1747016120943635>.
- Taylor, H. (2019). An overview of ethics, public health and communicable diseases. En A. Mastroianni, J. Kahn y N. Kass (eds.). *The Oxford Handbook of Public Health Ethics* (p. 429). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190245191.013.37>.
- Tomkins, C., Purshouse, C., Heywood, R., Miola, J., Cave, E. y Devaney, S. (2020). Should doctors tackling Covid-19 be immune from negligence liability claims? *British Medical Journal*, 370. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2487>.
- Trogen B., Oshinsky, D. y Caplan, A. (2020). Adverse consequences of rushing a SARS-CoV-2 vaccine. *JAMA*, 323, 2460-2461. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.8917>.
- Truog, R., Mitchell, C. y Daley, G. Q. (2020). The toughest triage. Allocating ventilators in a pandemic. *New England Journal of Medicine*, 382, 1973-1975. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2005689>.
- Unidad de Vigilancia de VIH y Comportamientos de Riesgo (2019). *Vigilancia Epidemiológica del VIH y Sida en España 2018*. Madrid: Sistema de Información sobre Nuevos Diagnósticos de VIH y Registro Nacional de Casos de Sida/ Plan Nacional sobre el Sida, Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación. Disponible en: <https://bit.ly/3l5Vnmc>.
- Unidad de Vigilancia de VIH, ITS y Hepatitis (2020). *Mortalidad por VIH y Sida en España, año 2018. Evaluación 1981-2018*. Madrid: Centro Nacional de Epidemiología, Instituto de Salud Carlos III/Plan Nacional sobre el Sida, Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación. Disponible en: <https://bit.ly/3l5VFJO>.
- Vizcarra, P., Pérez-Elías, M. J., Quereda, C., Moreno, A., Vivancos, M. J., Drona, F. y Navas, E. (2020). Description of COVID-19 in HIV-infected individuals: a single-centre, prospective cohort. *Lancet HIV*. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S2352-3018\(20\)30164-8](https://doi.org/10.1016/S2352-3018(20)30164-8).
- Watcher, R. (1992). AIDS, activism and the politics of health. *New England Journal of Medicine*, 326, 128-133. Disponible en: <https://doi.org/10.1056/NEJM199201093260209>.
- Weait, M. (2007). *Intimacy and Responsibility. The criminalisation of HIV transmission*. London: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780203937938>.

- Webb Hooper, M. y Nápoles, A. (2020). COVID-19 and racial/ethnic disparities. *JAMA*, 323, 2466-2467. Disponible en: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.8598>.
- Yearby, R. (2003-2004). Good enough to use for research, but not good enough to benefit from the results of that research: Are the clinical HIV vaccine trials in Africa unjust? *De Paul Law Review*, 53, 1127-1153.

DISEÑANDO UN NUEVO MODELO ECONÓMICO: PROPUESTAS DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA ECONOMÍA FEMINISTA SOBRE EL CUIDADO Y LA IGUALDAD FRENTE A LA CRISIS COVID-19¹

Designing a new economic model: proposals from
constitutional law and feminist economics on care
and equality in the face of the COVID-19 crisis

ANA MARRADES PUIG
Universitat de València
Ana.I.Marrades@uv.es

Cómo citar/Citation

Marrades Puig, A. (2020).

Diseñando un nuevo modelo económico: propuestas
desde el derecho constitucional y la economía feminista
sobre el cuidado y la igualdad frente a la crisis COVID-19.

IgualdadES, 3, 379-402.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.04>

(Recepción: 01/07/2020; aceptación tras revisión: 06/10/2020; publicación: 18/12/2020)

Resumen

La crisis provocada por la pandemia COVID-19 ha puesto de manifiesto las debilidades del sistema económico, sanitario y de cuidados. Ha supuesto también un punto de inflexión para replantearnos un cambio cultural —que ya se estaba

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Generando un interpretación del derecho en clave de igualdad de género», del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad RTI2018-100669-B-I00. Así como también como resultado de las investigaciones propuestas por la Cátedra de Economía Feminista de la Universitat de València para el curso 2020.

fraguando y que ahora deviene más necesario que nunca, acompañado de cambios en el modelo económico y de nuevas formas de diseñar las políticas públicas— que reorganice el sistema de valores que rigen en nuestra sociedad, resituando el valor del cuidado y la atención a las personas por encima de otros intereses económicos. Este trabajo pretende, por un lado, reflexionar sobre la necesidad de entender la economía desde otros enfoques, teniendo como fundamento la universalización de los derechos fundamentales y la acción del derecho inspirada en la ética del cuidado, de la igualdad y de la solidaridad, y por otro, ofrecer propuestas desde la economía feminista y el derecho constitucional para afrontar la nueva era post COVID-19.

Palabras clave

Crisis COVID; cuidados; economía feminista; derechos fundamentales.

Abstract

The crisis caused by the COVID-19 pandemic has highlighted weaknesses in the economic, health and care system. It has also been a turning point to rethink a cultural change—which was already being forged and which is now becoming more necessary than ever, accompanied by changes in the economic model and new ways of designing public policies— that reorganizes the system of values that govern our society, restoring the value of care and attention to people above other economic interests. This work aims, on the one hand, to reflect on the need to understand the economy from other approaches, with the basis of the universalization of fundamental rights and the action of law inspired by the ethics of care, equality and solidarity, and on the other hand, to offer proposals from the feminist economy and the constitutional law to face the new post-COVID-19 era.

Keywords

COVID crisis; care; feminist economy; fundamental rights.

SUMARIO

I. LA CRISIS DEL COVID-19 Y LA VULNERABILIDAD HUMANA. II. EL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ TENEMOS Y A QUÉ ASPIRAMOS? III. LOS CUIDADOS Y LAS CUIDADORAS: 1. La ética del cuidado. 2. El colectivo de las cuidadoras. IV. LAS PROPUESTAS DESDE LA ECONOMÍA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL: 1. Desde la economía feminista: 1.1. *Una renta de cuidados*. 1.2. *Un sistema estatal de cuidados*. 2. Desde el derecho constitucional: 2.1. *Los derechos sociales fundamentales*. 2.2. *La jurisprudencia en igualdad*. V. A MODO DE EPÍLOGO: ¿UNA NUEVA ERA? VI. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. LA CRISIS DEL COVID-19 Y LA VULNERABILIDAD HUMANA

En los primeros periodos de la crisis COVID-19 coincidentes con las primeras semanas de vigencia del estado de alarma², el foco de interés se situaba en la tensión entre la seguridad/salud y la libertad. Entrando ya en la fase de desescalada el foco fue desplazándose hacia otra tensión, la que iba emergiendo entre la seguridad para la salud de las personas junto con el buen funcionamiento de los servicios sanitarios y la economía, y esta tensión vino para quedarse, ya que el daño a la economía se augura irreparable.

¿Es posible conciliar ambos extremos, es decir, la protección de la salud de toda la población y el crecimiento económico? O incluso más allá de la vuelta a la normalidad de la situación sanitaria y la superación de las medidas de protección después de la desescalada total, ¿es posible recuperar la estabilidad económica y hacerlo sin dañar las conquistas alcanzadas en derechos sociales? Es la pregunta o preguntas cruciales para que los países, azotados por la pandemia en mayor o menor medida, puedan seguir adelante, en especial los países que se reconocen como Estados sociales y democráticos de derecho.

Diseñar consiste en hacer un plan detallado para la ejecución de una acción o una idea. La idea o el objeto de este trabajo es apuntar algunas reflexiones sobre qué modelo económico debe observarse o qué posibles modificaciones

² El Gobierno aprobó el 14 de marzo de 2020 declarar el estado de alarma (Real Decreto 463/2020) en todo el territorio español para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19 (disponible en: <https://bit.ly/3paln2h>).

deben introducirse para que podamos afrontar la crisis económica y de derechos que está emergiendo y se proyecta como una amenaza también para el futuro. Ahora más que nunca la economía y el derecho deben entenderse.

Para ello debemos partir de algunas obviedades que la crisis COVID-19 ha puesto de manifiesto.

La extrema vulnerabilidad del ser humano es la primera de ellas, junto con el valor de la vida y todo lo que ayuda a sostenerla: el cuidado a las personas debe revalorizarse en el marco de un Estado social de derecho. Somos vulnerables e interdependientes, y en circunstancias de fragilidad necesitamos de los demás.

Por tanto, y como consecuencia de lo anterior, en segundo lugar, el colectivo de las personas cuidadoras debe estar altamente reconocido desde una perspectiva económica, pero también social y política. Como dice Alain Touraine, «estamos entrando en un nuevo tipo de sociedad, la sociedad de los servicios, pero de los servicios entre humanos», por lo que esta crisis revalorizará la categoría de los cuidadores, cuya labor debe estar bien remunerada (Bassets, 2020).

Tercero, el colectivo de las personas cuidadoras está altamente *generizado*. Un 70 % del sector sociosanitario está formado por mujeres. Y no solo desde el ámbito profesionalizado, sino también en el ámbito privado: las cuidadoras de la familia, de las personas menores, mayores, enfermas y dependientes también son mujeres³. Por eso su *productividad* (en términos mercantiles⁴) ha disminuido y eso ha provocado un incremento de la desigualdad existente, situando a las mujeres que se han ocupado del cuidado durante este periodo en una posición más complicada en el ámbito laboral.

Por último, el cuidado sea o no remunerado, debe ser revalorizado en la sociedad y contar para la economía (Moltó y Uriel, 2008: 228) porque del mismo depende la supervivencia de la sociedad en condiciones dignas, y para ello se requiere un cambio cultural que revalorice lo verdaderamente importante: la salud de las personas en un entorno sostenible, sin contaminación, con unas condiciones vitales garantizadas. También es obvio que para esto hay que invertir en los cuidados, hay que invertir en sanidad y hay que educar en la transmisión de los valores de la solidaridad, la diversidad, la igualdad y la corresponsabilidad.

³ «Comunicado» de la Cátedra de Economía Feminista ante la COVID-19 (disponible en: <https://bit.ly/3p5aDCx>).

⁴ La cantidad de trabajo no disminuye, pero sí la *productividad* en términos de mercado, ya que lo que se da es un trasvase de horas de trabajo entre la esfera mercantil y la de cuidados no remunerados.

Educación, nuevos valores, cambios de paradigmas culturales y económicos, son propósitos que están siendo reiterados en esta época en crisis. Touraine plantea como una de las decisiones fundamentales para Europa «la liberación por medio de las mujeres», es decir, «el derrumbamiento de la razón como aspecto central y la recomposición de los afectos en torno a la razón y la comunicación, una sociedad del *care* (de los cuidados)». En definitiva, plantear un nuevo modelo de cultura y de sociedad que priorice los cuidados. Tal vez construir una épica del cuidado que diría Irene Vallejo (2020), que señale quiénes son ahora las verdaderas heroínas y héroes.

Según propone Katrine Marçal (2016:127), si se quiere preservar el cuidado a las personas en nuestra sociedad, este debe ocupar un papel central y debe ser apoyado con los recursos económicos necesarios. De este modo se recuperarán otros bienes esenciales para la economía, no solo los productivos deben contar, sino también los reproductivos. Solo así se pueden reconciliar los distintos valores democráticos.

II. EL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ TENEMOS Y A QUÉ ASPIRAMOS?

En el marco de su preámbulo, la Constitución española comienza su redacción apelando a la voluntad de la Nación española de «garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo». El modelo económico —o Constitución económica— queda definido en el título VII, «Economía y Hacienda», aunque no solo, porque hay otros aspectos que lo definen en el título I, como los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica.

Entonces, ¿de qué modelo económico parte la Constitución española? Parece ser que aunque conjuga elementos sociales y concede un margen de intervención estatal, la Constitución de 1978 establece un patrón de economía de mercado próximo al modo neoliberal de entender la economía. Como ya explicaba López Guerra (1983: 17) «una de las peculiaridades de la Constitución española, frente a la gran mayoría de los textos constitucionales de otros países es que — pese a los comentarios que a veces se han hecho— se pronuncia explícitamente en favor de un modelo económico determinado, que es, en definitiva, el de la economía de mercado; modelo que, con todas las precisiones que puedan hacerse, se corresponde, en nuestro lenguaje, con el sistema “capitalista”». Si bien la acción de algunos Ejecutivos a través de ciertas políticas públicas, el desarrollo legislativo y determinada interpretación jurisprudencial han ido permitiendo nuevos enfoques con tintes más sociales. Es obvio que ello ha dependido y dependerá en mayor o menor medida de la

orientación política del Gobierno en cada legislatura. Sin embargo, en todo caso sigue predominando el diseño trazado por la economía convencional.

La economía feminista se aparta de la forma convencional de entender la economía para proponer otro modelo que aspire a lograr un orden económico justo, que asegure una digna calidad de vida para todas las personas. Lourdes Benería *et al.* sintetizan dos posibles enfoques de este modelo, el de los derechos y el de las capacidades, en su obra magistral (2018).

El enfoque de las capacidades es uno de los discursos más potentes contra el planteamiento neoliberal. Este enfoque económico postulado por Amartya Sen y Martha Nussbaum se fundamenta sobre políticas dirigidas a suprimir los obstáculos que encuentran las personas en su vida para poder vivirla en libertad de la mejor manera posible. «Las capacidades representan el potencial multidimensional de cada individuo. Una capacidad es la posibilidad de ser y de hacer lo que la persona quiere ser y hacer» (Benería *et al.*, 2018: 65). Este concepto se identifica de manera bastante plausible con el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución española reconoce en el art. 10 como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social.

Martha Nussbaum desarrolló el enfoque de las capacidades ajustándolo a una teoría de la justicia y de la potenciación universal de las capacidades de las mujeres. Elaboró una lista irreducible de capacidades, entre las que necesariamente está la de vivir una vida digna con salud y con libertad de acción, libre de violencia de género. Este, que sería el resumen esencial de esa lista de diez capacidades, tiene como premisa, explican las autoras (*ibid.*: 66), la idea de que «ser humano o humana implica ser un ente físico con cuerpo, ser cuidado o cuidada y poder cuidar a otras personas». Nussbaum (2003, 2004) está poniendo el foco de nuevo, en el cuidado, y por otro lado está exigiendo que estas capacidades sean universales, es decir, que estén garantizadas constitucionalmente en todas partes. El reclamo de la inclusión de las capacidades en el texto constitucional resulta evidente y consecuentemente se nos plantea la siguiente pregunta: ¿es posible conciliar la garantía de estas capacidades con el modelo económico de nuestra Constitución? La respuesta puede ser afirmativa si se conjuga el art. 10 —la dignidad humana como eje y el libre desarrollo de la personalidad como posibilidad— con las garantías de los derechos sociales y otros posibles ingredientes, que —como más adelante se verá— tienen que ver con la revisión de algunos derechos sociales o principios rectores como derechos fundamentales o el reconocimiento de algún otro derecho fundamental.

Esta última reflexión enlaza con el otro enfoque económico: el enfoque de los derechos humanos. Este enfoque desarrollado por Balakrishnan y Elson (2011) parece que podría tener mayor incidencia en la modificación de las políticas neoliberales, ya que permite realizar su evaluación a partir de los derechos, considerando que existen unos mínimos esenciales en los derechos

económicos y sociales que es preciso preservar en todos los procesos económicos (Benería *et al.*, 2018: 72).

Resulta evidente que ambos enfoques se complementan y tienen importantes objetivos comunes, como por ejemplo la satisfacción de las necesidades humanas para una vida digna. Así podríamos considerar que nuestra Constitución se puede interpretar en clave feminista y de igualdad real también en relación con el modelo económico desde el art. 10, que sitúa la dignidad como eje de los derechos y el desarrollo libre de la personalidad como fundamento del orden político, junto con el artículo 9.2, que promueve lo necesario para que la igualdad sea efectiva. A ello habría que añadir una revisión de los derechos del capítulo III y algunos del capítulo II en tres sentidos: ampliación de la relación de derechos fundamentales, de manera que algunos derechos no considerados como fundamentales por no estar ubicados en la sección primera del capítulo II lo sean; utilización efectiva de la cláusula hermenéutica del artículo 10.2 para ampliar el contenido de algunos derechos, e inclusión de algún nuevo derecho.

El objetivo de revisar y reinterpretar la Constitución en clave de género e igualitaria obedece principalmente a la obligación de hacer frente a las situaciones de necesidad económica que habrá que solucionar, así como a las graves discriminaciones entre personas afectadas por la epidemia en España.

Como argumenta Ramonet (2020), incluso grandes defensores del modelo neoliberal están tomando conciencia de los tremendos errores del neoliberalismo al considerar que hay que construir una *sociedad justa* «mediante un nuevo modelo definitivamente más justo, más ecológico, más feminista, más democrático, más social, menos desigual». Sin embargo, «es poco probable que una vez vencido el azote, mantengan sus propósitos. Sería una auténtica revolución [...]. Y un virus, por perturbador que sea, no sustituye a una revolución [...]. No podemos pecar de inocentes. Las luchas sociales seguirán siendo indispensables [...], los poderes dominantes, por mucho que se hayan tambaleado, se esforzarán por retomar el control [...] con mayor violencia, si cabe. Tratarán de hacernos regresar a la vieja “normalidad”. O sea, al Estado de las desigualdades permanentes», desigualdades que ahora serán más profundas y evidentes. Las desigualdades económicas por supuesto, pero también las desigualdades que se basan en el género y en la forma en que se estructura la sociedad, y las discriminaciones por razón de sexo. Todas están relacionadas por ese fenómeno del que tantas veces se ha alertado de la *feminización de la pobreza*, y no solo en países en vías de desarrollo, sino también en el nuestro y en el marco de los países de la Unión Europea.

Por otro lado, la desigualdad hay que analizarla en relación con otros dos conceptos: la conciliación y la corresponsabilidad. La crisis de la COVID-19 ha puesto en evidencia más que nunca que la carga de los cuidados y la aten-

ción a las personas en la familia la siguen llevando las mujeres. Parece que de nuevo la conciliación sea cosa de ellas y que la corresponsabilidad se haya ido diluyendo. Con el cierre de los centros educativos y las niñas y los niños en los hogares, las mujeres manifiestan la imposibilidad de conciliar. Su productividad, junto con su salud física y mental, se están viendo ya afectadas y ello tendrá consecuencias profesionales, sin lugar a dudas.

Todo apunta a una quiebra del principio de igualdad, lo que exige un modelo económico diferente al neoliberal. A ello cabe añadir que los modelos de producción del que se nutre el sistema económico que conocemos han estado saqueando la naturaleza y modificando el clima, alterando la biodiversidad y creando las condiciones objetivas para que nuevos virus y nuevas enfermedades aparezcan. Este es pues otro motivo para intentar sustituirlo. Alicia Puleo describe el neoliberalismo global como «un avatar del patriarcado originario», desde el ecofeminismo que denuncia la falsa e interesada definición de felicidad como acumulación de bienes materiales que van lastrando la existencia de las personas y del medio que habitamos (2019: 13). Este movimiento analiza el dominio de la sociedad patriarcal sobre la naturaleza y las mujeres a través de sus diversas manifestaciones históricas. Ya desde la filosofía clásica se asimilaba mujer y naturaleza, *un ser para otros*, asociando a los hombres con la cultura. Esta idea nos ha estado acompañando a través de los siglos y la seguimos viendo reflejada hoy en la asunción pretendidamente *espontánea* de las tareas del cuidado por las mujeres.

III. LOS CUIDADOS Y LAS CUIDADORAS

1. LA ÉTICA DEL CUIDADO

El concepto de *ética del cuidado* surge en la década de los ochenta a partir de los estudios de Carol Gilligan (1985: 13) sobre el desarrollo de la psicología evolutiva en mujeres y hombres y los *dos* diversos modos de hablar de problemas morales, de las dos diversas *éticas*, la de la justicia y los derechos; y, la del cuidado y la responsabilidad.

Gilligan (1985: 266) explica que, aunque ambas éticas se basan en la igualdad, la moral de los derechos se centra en la comprensión de la imparcialidad, mientras que la ética de la responsabilidad se centra en el reconocimiento de las diferencias de necesidad. Ambas se complementan (*ibid.*: 280) sin que la ética del cuidado deba suponer «dependencia o subordinación», y ambas constituyen «dos perspectivas morales que organizan tanto el pensamiento como los sentimientos y empoderan al sujeto a tomar diferentes tipos de acciones tanto en la vida pública como privada» (1993:209).

Aunque ya en otras ocasiones me he pronunciado ampliamente (Marrades Puig, 2016, 2018, 2019) sobre este concepto y sus aspectos más relevantes en los estudios feministas, merece la pena resituarlo actualmente tras dos décadas del inicio del siglo XXI y al comienzo de la que probablemente podría ser una nueva era.

Con el soporte de la teoría de Victoria Camps (2000: 69-77), que marca una guía de lo que supone entender el cuidado al inicio del siglo XXI, y con los cambios acontecidos en estas dos primeras décadas, podemos configurar el cuidado como un elemento indispensable para una sociedad más justa que debe complementarse con otro elemento; la corresponsabilidad. Así lo han entendido los poderes públicos, y en concreto, a modo de ejemplo, el segundo Gobierno de la XII legislatura aprobó el «Real Decreto Ley 6/2019⁵, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación», con el fin de ir ajustando la duración igual de los permisos de maternidad y paternidad.

Con la crisis producida por la COVID-19 han saltado las alarmas acerca de la necesidad de revalorizar el cuidado, poner la atención a las personas en el centro y llamar a la solidaridad y corresponsabilidad. Sin embargo, de nuevo, algunas voces feministas alertan sobre la precaución que hay que observar al acentuar la importancia del cuidado por el riesgo de seguir recayendo en las mujeres. Incluso ante la coincidencia demostrable de que los países gobernados por mujeres han gestionado mejor la crisis sanitaria (Kohan, 2020) hay un empeño en matizar que la causa de la posible mejor gestión no debe descansar en rasgos diferenciales y que puede deberse a muchas otras variables. Cierto, pero también lo es que, debido a una educación determinada, estamos mejor dotadas de cualidades para la empatía, la comunicación y la gestión de conflictos de cuidados. Una larga trayectoria histórica nos avala.

Es preciso insistir en que no hablamos de cualidades innatas sino aprendidas⁶, por lo que de la misma manera que las hemos aprendido las mujeres pueden aprenderlas los hombres. Consecuentemente pueden extenderse a toda la sociedad o todas las sociedades a través de la educación y de la reconstrucción del sistema social que hace muchos años se encargó de atribuir roles y cualidades a las personas en función de su sexo. Si nacías mujer estabas asignada a los cuidados y si nacías varón estabas exento de su aprendizaje y de su práctica. Así, aunque se ejerciera profesionalmente, por ejemplo, un profesional de la medicina

⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>.

⁶ Me refiero al proceso de socialización que a lo largo de la historia y en el seno de una estructura social patriarcal ha *preparado* a las mujeres para las tareas del cuidado. Existe una amplia bibliografía sobre ello que a modo de ejemplo puede citarse, como los trabajos de Carol Gilligan y Victoria Camps.

curaba, decidía sobre una intervención o tratamiento, pero *no cuidaba*; eso lo hacía la enfermera. Con el tiempo se fue equilibrando el ámbito profesional, pero no del todo: según el informe de ONU *Mujeres ante la crisis de la COVID* (Bathia, 2020), la presencia de mujeres en los foros internacionales de estudio y gestión de medidas ante la crisis es significativamente menor a la de los hombres; por tanto, el mando de la gestión sigue siendo masculino. Por otro lado, en los hogares las mujeres siguen asumiendo la carga de los cuidados. La crisis sanitaria COVID-19 ha intensificado la brecha de cuidados y la balanza se ha decantado claramente por aumentar la carga en las mujeres.

2. EL COLECTIVO DE CUIDADORAS

Al referirme al colectivo de cuidadoras estoy pensando en dos grupos principalmente: las mujeres de la familia que cuidan de las personas que tienen a su cargo (menores, mayores, enfermas, dependientes), y las cuidadoras externas asalariadas.

La crisis ha salpicado de manera desigual a ambos grupos de mujeres, y siempre en sentido negativo. Las mujeres han tenido que asumir el peso principal de los cuidados en los hogares y además sin la ayuda externa, en caso de que existiera, ya que el temor al contagio y la debida precaución suspendió provisionalmente los contratos. Por otro lado, y por la misma razón, las cuidadoras profesionales vieron suspendidos sus trabajos y reducidos sus ingresos.

El peso principal de los cuidados ha repercutido muy negativamente en la conciliación, a pesar de la falacia del teletrabajo que parecía propiciarlo, y la corresponsabilidad ha brillado por su ausencia.

Un estudio muy reciente de la Universitat de Valencia (Benlloch y Aguado, 2020) sobre la conciliación en el confinamiento por el estado de alarma decretado ante la pandemia COVID-19 ha detectado importantes problemas. Entre ellos, y principalmente, que las mujeres que teletrabajan están cuidando al mismo tiempo, asumiendo ellas las tareas del cuidado y, a la vez, «facilitando que sus parejas trabajen o teletrabajen». El hecho de tener «el trabajo en casa» no aligera la carga, sino al contrario; la supuesta flexibilidad se convierte en «una demostración continua y un ejercicio de responsabilidad para con sus superiores». Por otro lado, las madres se han convertido prácticamente también en maestras, realizando ellas mayoritariamente el seguimiento escolar de los hijos e hijas en edad educativa. Sin embargo, y como factor positivo, en algunas parejas se ha observado una mayor disposición por parte de los hombres a realizar tareas que no solían realizar antes (poner lavadoras, cocinar, ir a la compra, compartir horas de juego con los niños...). Ahora bien, la gestión doméstica principalmente la siguen llevando las mujeres. La carga de doble y triple jornada es tal que deben optar por trasnochar o trabajar

durante la madrugada para provechar las horas de silencio y de concentración en los trabajos que lo requieran. Por otro lado, hay que añadir que la *productividad* de trabajos académicos de mujeres también se ha reducido.

Es imprescindible recuperar la política para las personas y con enfoque de género, es imprescindible recuperar el sentido de la corresponsabilidad porque si no se toma en serio, las políticas de igualdad y las conquistas a través de ellas alcanzadas pueden retroceder significativamente.

María Ángeles Durán (2018: 481) apunta que las predicciones de demanda de cuidados tienen un significado especial por la urgencia de encontrar alternativas a los problemas que no podrán resolver ni el mercado ni los hogares ni el Estado. Si se prevé que para 2050 la demanda aumente un 50% más que en la actualidad, resulta indispensable tomar en serio este problema.

IV. LAS PROPUESTAS DESDE LA ECONOMÍA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho y la economía han caminado paralelamente desde que se fundaron las primeras cátedras de Economía en todas las facultades de derecho en el siglo XIX en Europa (Schumpeter⁷, 2004: 792-793, 805). Además de la jurisprudencia, la sociología, la historia y la psicología son otras ciencias sociales imprescindibles para el análisis económico (2004: 747). Como diría Schumpeter, la economía es «un gran ómnibus que acarrea numerosos pasajeros de intereses y capacidades inconmensurables» *ibid.*: 793).

Por otro lado, el modelo económico de un Estado queda definido en su constitución y desde esa perspectiva el derecho constitucional se relaciona con la economía, especialmente en nuestro caso desde esa parte llamada la *constitución económica*, y desde otros espacios donde se recogen valores y principios como el preámbulo o el título preliminar, así como también en el título I, donde se recogen los derechos. La evolución de la configuración del poder público ha estado siempre vinculada a la evolución de la economía a través del marco fundamental del derecho constitucional (Gordillo, 2019); por tanto, la evolución de modelo económico debe reflejarse también en el orden constitucional.

1. DESDE LA ECONOMÍA FEMINISTA

La economía no puede analizarse como un compartimento estanco, sino en relación con otras áreas del conocimiento que le proporcionan el sustento

⁷ La edición consultada es la de la Fundación ICO, Ariel. La edición original fue publicada en 1954 por Oxford University Press.

y el contexto para su estudio; pero además, actualmente es preciso analizar la economía desde enfoques diferentes al tradicional basado en el *homo economicus*. Este concepto, propuesto por Adam Smith en *La riqueza de las naciones* (1776), de modelo racional y universal de la economía que trata de satisfacer sus deseos y buscar riqueza y utilidad con el menor coste y esfuerzo posible, sería más tarde completado por Stuart Mill (1836, 1844) con la búsqueda del bienestar. En definitiva, ese modelo de conducta humana que ha venido definiendo el pensamiento económico desde entonces, se ha demostrado insuficiente porque no puede ser universal ni tiene en cuenta otros aspectos necesarios para la comprensión completa del comportamiento económico.

La economía feminista utiliza la metáfora de la generación *espontánea* del hombre económico (el «hombre hongo»), como si no hubiera tenido infancia o vejez (Benería *et al.*, 2018: 97) ni necesidades de cuidado de ningún tipo, y destaca que para los economistas estas no entraban en la ecuación. Como dice Katrine Marçal, «de la mano invisible de Adam Smith nació un hombre económico» que tomaba decisiones y las ejecutaba para satisfacer sus deseos de obtener riqueza y utilidad sin tener en cuenta que para ello era imprescindible la intervención de otras personas y el desempeño de otras ocupaciones. «Adam Smith logró solo a medias responder a la pregunta fundamental de la economía, ya que si tenía asegurada la comida no era solo porque los comerciantes sirvieran a sus propios intereses por medio del comercio, sino también porque su madre se encargaba de ponérsela en la mesa todos los días» (Marçal, 2016: 28). La labor desempeñada por las mujeres a lo largo de la Historia, necesaria para el sostenimiento de la vida nunca ha contado para la economía. Paradójicamente, la palabra *economía* viene del griego *οἶκος* («casa») y *νέμωμαι* («administración»): *oikonomos* («administración del hogar»), y son las mujeres las que se han ocupado de la gestión de los hogares, labor imprescindible para el desarrollo económico.

Según el estudio de María Ángeles Durán (2018: 373), «ninguna otra actividad de la economía española consume tanto trabajo como el cuidado. Sin embargo es invisible en la Contabilidad Nacional». Como he comentado anteriormente, el trabajo de cuidados realizado por las mujeres para sostener la vida —que afecta no solo a cuestiones de salud y de bienestar, sino que además se extiende a todos los aspectos de la convivencia (*ibid.*: 373)— no cuenta para la economía; por tanto, la contabilidad económica queda incompleta.

Si se quiere tener una visión completa de la economía no se puede ignorar lo que la mitad de la población hace la mitad del tiempo (Marçal, 2016: 67). El trabajo de las mujeres (o los trabajos de cuidados sin considerar quien lo ejerce, aunque sabemos que son mayoritariamente ejercidos por las mujeres, también ahora) se da por descontado, es «una estructura invisible e indeleble» (*id.*). Como las tareas domésticas son cíclicas, no crean bienes tangibles que se puedan comercializar y, por tanto, no se consideran una *tarea económica*.

La economía feminista pone en valor las actividades que no producen bienes tangibles, pero que son imprescindibles para mantener la vida, las familias; en definitiva, la estructura social. La idea de que sin aquellas la vida no se sostiene tiene que ser el fundamento y la justificación de las políticas socioeconómicas.

Existen varias propuestas que afloran para devolver a las tareas de cuidado la importancia que merecen. En este trabajo nos centraremos especialmente en aquellas que se reivindican desde el feminismo como movimiento que tiene como objetivo alcanzar la justicia social en igualdad.

1.1. Una renta de cuidados

Desde una perspectiva económica y política, la sociedad descansa sobre dos pilares fundamentales: la producción de bienes que necesitamos para nuestra subsistencia y la producción de «nosotros mismos» porque nos necesitamos (Jónasdóttir, 1993: 53-65). Sin embargo, lo que los hombres controlan y explotan de ese modo de producción por el que nos relacionamos no es el trabajo de las mujeres y el poder del trabajo, sino el amor y el poder de vida resultante de ese modelo de producción (Jónasdóttir, 1993: 70). Los vínculos y dependencias económicas, jurídicas, etc. que han existido entre mujeres y hombres a través de la historia se han debilitado, quedando solo el vínculo natural: «la dependencia del amor», de la que la necesidad de cuidados es una de sus manifestaciones.

Como argumenta Katrine Marçal (2016: 127), la economía debería haberse organizado en torno a lo que es importante para la gente. En lugar de eso lo que se hizo fue «redefinir a las personas para que se ajustaran a una idea de economía», y si «de verdad hubiésemos querido preservar el amor y el cuidado en nuestras sociedades», en lugar de apartarlos de la idea central de economía «deberíamos haberlos apoyado con dinero y recursos».

Las reivindicaciones de una renta que reconozca la centralidad del trabajo de reproducción y de cuidados y retribuya el trabajo feminizado e invisibilizado están desde hace tiempo muy presentes, y más ahora en plena crisis económica y sanitaria derivada de la COVID-19. La mercantilización de la vida no es compatible con las actividades de *cuidado* y con la preocupación por resituar la vida en el centro de la política. Como explica Giacomo D'Alisa (2020), quizás no haya que elegir, pero sí priorizar y buscar el equilibrio necesario para dar valor al cuidado.

El enfoque por una renta de cuidados no se basa en un derecho abstracto universal a una renta mínima como hace el enfoque de la renta básica universal, sino en la labor de cuidado que se ejerce diariamente. No se demanda una renta sin importar la contribución a la producción del valor social, sino más bien se reivindica la parte de valor social a la cual se contribuye con el

trabajo de *cuidado*; un trabajo que generalmente se vuelve invisible para que sea más fácilmente apropiable. Como explica D'Alisa, el objeto de la renta es la contraprestación por hacer posible una vida mejor para el conjunto de la sociedad y para que el sistema sea sostenible. El fin de reivindicar esta renta es «visibilizar la materialidad de los actos de cuidado y reproducción y su iniqua distribución entre los géneros». La campaña internacional por una renta del cuidado surge de la Globalwomenstrike.net, que se define como una red internacional de base que hace campaña por el reconocimiento y el pago de todo el trabajo de cuidado, en el hogar y fuera⁸.

Si bien la remuneración de los cuidados, sobre todo cuando son los propios —es decir de los seres queridos o al propio cargo— es un tema complejo porque la mayoría de las veces es percibido como un preferencia individual (Benería *et al.*, 2018: 297), incluso como un «acto de amor» (como explicaba Jónasdóttir, 1993), hace tiempo que la investigación de la economía feminista comenzó el debate por la valoración del trabajo doméstico o de cuidados, no el ejercido por las profesionales o asalariadas contratadas a tal efecto, sino el no remunerado, el llamado «trabajo reproductivo» (Benería *et al.*: 286), insistiendo en la importancia de documentarlo y contabilizarlo. Es preciso destacar que se empleó este concepto de *trabajo reproductivo* para resaltar el valor vital de esta forma de trabajo no remunerado para la «reproducción de la fuerza de trabajo, actual y futura». Su visibilidad tiene una repercusión en el incremento de su valor, y por otro lado sirve para analizar las desventajas que genera para quien lo ejerce y compensar los desequilibrios mediante las políticas de conciliación y corresponsabilidad.

1.2. Un sistema estatal de cuidados

Las políticas públicas recientes han ido consolidando a través del marco normativo (especialmente sobre conciliación, corresponsabilidad, flexibilización de los tiempos, igualdad de oportunidades) un modo diferente de atender a las necesidades de cuidado de manera más solidaria y corresponsable. El

⁸ «Las madres y otros cuidadores o cuidadoras tienen derecho a un salario digno [...]. La codicia corporativa y la conquista militar nos están empobreciendo, destruyendo el clima y el mundo. Hacemos campaña por una economía solidaria en la que los seres humanos y todas las vidas son centrales, no un medio para llegar a un fin. Hacemos campaña para poner fin a las relaciones de poder de sexo, raza, clase, ingresos, nación, estatus migratorio, ciudad y campo, edad, discapacidad, ocupación, identidad de género, Norte y Sur [...] (véase las organizaciones que forman parte de GWS). Trabajamos con Payday, una red de hombres que comparten nuestros objetivos». Este es el núcleo principal del manifiesto que puede verse en: <https://globalwomenstrike.net/>.

mencionado «Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación» constituye un avance importante por la igualdad efectiva al permitir, entre otras medidas, la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad, pero es solo una de las manifestaciones de lo que podría ser un sistema estatal de cuidados.

La crisis sociosanitaria de la COVID-19 ha puesto en evidencia no solo la vulnerabilidad de las personas, sino también la fragilidad del sistema de cuidados: de los y las menores a cargo de madres trabajadoras que no han podido atender sus obligaciones profesionales en igualdad de condiciones; de las profesionales del cuidado que no han podido ejercerlo por el confinamiento, dejando desatendidas personas necesitadas; del personal médico y de enfermería que se han visto desbordados sin medios, y del sector más frágil que se ha mostrado en la crisis, las residencias y centros de personas mayores. En definitiva, una débil red de cuidados.

La comisión para la reconstrucción social y económica ha llamado a comparecer al grupo de trabajo Cuidados y COVID-19⁹, cuya finalidad es lograr la constitución de un sistema estatal de cuidados partiendo de un plan de arranque con un triple objetivo: el compromiso institucional, generar un debate social y dar respuesta a situaciones de emergencia.

Las medidas de emergencia que se plantean ante la crisis COVID abarcan cuatro grandes áreas: las relativas al empleo en el hogar, los cuidados de hijas e hijos, los cuidados de las personas mayores y dependientes, y las relativas a garantizar el empleo en condiciones dignas, creando empleo público en el ámbito de los cuidados (dependencia, residencias mayores, escuelas infantiles 0-3, y atención en domicilio).

Y las políticas específicas que deberían desarrollarse para garantizar un derecho universal al cuidado estarían vinculadas a tres ámbitos: la reorganización del sistema de servicios de cuidados, la reformulación y ampliación de las prestaciones y la profesionalización de los cuidados en precario (cuidadoras no profesionales). En definitiva, las *políticas faro* que deben guiar la orientación del nuevo modelo están básicamente enfocadas a un marco normativo específico: la *ley de cuidados y sostenibilidad de la vida* y la *ley de tiempos*.

⁹ *Aportación feminista al debate de la reconstrucción post-COVID-19. Hacia un sistema estatal de cuidados*. Documento elaborado por el grupo de trabajo Cuidados y COVID-19, en el que han participado Yayo Herrero, Toni Morillas, Amaia Pérez Orozco, Carmen Castro, Inés Campillo, Bibiana Medialdea, María Eugenia R. Palop, Laura Gómez, Ángela Rodríguez, Cristina Simó, Amanda Meyer, Nora García, Esther López Barceló, Haizea Miguela y Clara Alonso.

La primera tendría como objeto principal la identificación de los servicios y actividades esenciales para la sostenibilidad de la vida, mientras que la segunda, la fijación de los criterios para disolver la división sexual del trabajo y la regulación del reparto y los usos del tiempo (vitales, laborales, de crianza y cuidados y de ciudadanía). Esta propuesta de marco normativo constituiría la base para la transición a un modelo económico pensado para sostener la vida. El contrapunto para sostener la economía estaría en la responsabilidad individual y colectiva de asumir funciones y responsabilidades con las demás personas con quienes nos relacionamos.

2. DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Desde el derecho constitucional se han hecho también propuestas referidas sobre todo al cambio constitucional, que se dirigen, por un lado, a una revisión de los derechos sociales, dotándoles de mayores garantías y ampliando su interpretación por la vía jurisprudencial, y por otro, al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales sociales.

Universalizar los derechos fundamentales, no solamente los de libertad, sino también los sociales, es un tema pendiente en el constitucionalismo, pero no solo, también lo es limitar el control ejercido por los poderes económicos imponiendo determinadas condiciones al Estado en detrimento de las garantías de los derechos sociales, afectando así la fuerza normativa de la Constitución (Balaguer, 2018).

2.1. *Los derechos sociales fundamentales*

El preámbulo de la Constitución española proclama «el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida». Uno de los instrumentos más potentes para lograrlo es el reconocimiento de una serie de derechos que se hallan garantizados en el título I, aunque el problema es que no con la misma intensidad, es decir, no con las mismas garantías.

Según las garantías constitucionales, la Constitución española distingue tres grupos de derechos: el primer nivel estaría integrado por los derechos fundamentales, los que pueden gozar de la protección reforzada del recurso de amparo (arts. 14-30); el segundo se refiere a aquellos considerados derechos subjetivos, pero que quedan fuera de esta protección (arts. 31-38), y el tercero se correspondería con los que quedan ubicados en el capítulo III, los principios rectores de la política social y económica (arts. 39-52). Sin embargo, esta distinción que se hizo en 1978 no responde a la realidad de 2020, especialmente porque algunos derechos que se ubican fuera de la sección primera son tan fundamentales como los incluidos en ella. Son los llamados derechos sociales, que bien

podrían llamarse derechos sociales fundamentales, y que se encuentran tanto en la sección segunda del capítulo II, como en el capítulo III dentro de los principios rectores de la política social y económica, muchos de los cuales están ya enunciados como derechos (salud, vivienda). En todo caso, es posible defender el carácter fundamental de los derechos sociales partiendo de la indivisibilidad de todos los derechos humanos (Jimena Quesada, 2012: 1408). Según Ferrajoli (2019: 16), entre los derechos fundamentales se distinguen los derechos individuales de libertad y los derechos sociales, que son los que sirven para remover o reducir las desigualdades sociales, de manera que la igualdad jurídica se identifica con el universalismo de los derechos fundamentales en el sentido de que son derechos indivisibles que corresponden igual y universalmente a todas las personas.

Estos derechos se corresponden muy bien con el mencionado enfoque de los derechos de Balakrishnan y Elson (2011), que permite realizar la evaluación de las políticas públicas a partir de los derechos, considerando que existen unos mínimos esenciales en los derechos económicos y sociales que es preciso preservar en todos los procesos económicos (Benería *et al.*, 2018: 72). Por otro lado, pueden vincularse los derechos sociales, muchos de los cuales se hallan incluidos en los principios rectores, con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). «El corazón de los ODS se relaciona con el constitucionalismo social y este en el caso español tiene su más fiel reflejo en los principios rectores de la política social y económica» (Jimena, 2019: 34).

Se ha escrito mucho sobre la revisión de los derechos sociales¹⁰ y de la necesidad de dotarles de reconocimiento y de las máximas garantías como uno de los retos pendientes para la ciudadanía (Rubio, 2013: 206). Se ha propuesto por parte de la doctrina constitucional dotar a todos los derechos de la consideración de derechos fundamentales¹¹, también por parte de los partidos políticos y de organizaciones no gubernamentales (Marrades Puig, 2016: 222). Ello podría hacerse por la vía de la interpretación y, cuando fuera posible, por medio de una reforma constitucional.

En la propuesta de reforma constitucional de Rodríguez Ruiz y Gómez Fernández (2018: 129, 130) se constata la necesidad de sacar del capítulo III algunos auténticos derechos, como son el derecho a la salud en un medioambiente sano y sostenible (Rodríguez Ruiz, Marrades Puig y León Alonso 2018: 124, 125) o el

¹⁰ A estos efectos, puede verse *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. No es objeto de este trabajo el análisis de los derechos sociales pero sí en relación a las posibilidades para dotarles de las máximas garantías.

¹¹ Red Feminista de Derecho Constitucional. Posicionamiento de la RFDC ante la necesaria reforma de la Constitución. (4/12/2017) (disponible en: <https://bit.ly/389Ftnw>).

derecho a la vivienda (*ibid.*: 124-125) para formar parte del capítulo II junto con otros derechos de nueva creación.

Es preciso hablar de la inclusión de nuevos derechos que llenen el vacío que las nuevas exigencias sociales demandan. Hace algún tiempo que vienen reivindicándose, entre ellos el derecho al cuidado (Marrades Puig, 2016; 2018: 105; 2019: 21 y ss.), y ahora ante la emergencia y la crisis provocada por la COVID-19 no hay duda de que hay que afrontar este reto. El grupo de trabajo de Cuidados y COVID-19 en su comparecencia ante la Comisión para la Reconstrucción Social y Económica presentó los presupuestos para una ley estatal de cuidados que debería ir vinculada a un derecho al cuidado. El fin de la ley y del reconocimiento del derecho al cuidado es obtener el compromiso de los poderes públicos para priorizar el cuidado y la atención a las personas en igualdad de condiciones por encima de otros intereses económicos. Es un proyecto que permite la transición de modelo económico mediante un proceso que puede ser más o menos radical, pero necesario para erradicar desigualdades. Como señala Ferrajoli en su prólogo al *Manifiesto por la igualdad* (2019), el proyecto de la igualdad —que conlleva la promoción del interés de todos—, puede convertirse en el nuevo sustrato de reconstrucción de la política: desde arriba como programa reformador y como proyección de las promesas constitucionales, mediante la introducción de límites no solo a los poderes públicos, sino también a los poderes privados del mercado, en garantía tanto de los derechos individuales de libertad como de los derechos sociales; y desde abajo como motor de la participación y movilización política al ser la igualdad en los derechos fundamentales un factor de recomposición solidaria de la disgregación social producida por el dominio de los mercados.

2.2. La jurisprudencia en igualdad

Mediante su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha ido completando el concepto de igualdad, conjugando la igualdad formal del art. 14 con la promoción de la igualdad real o efectiva del 9.2., especialmente en relación con la igualdad de género, y como afirma M. Luisa Balaguer (2019: 75), «ha contribuido a cambiar de manera muy importante la jurisprudencia conceptual en que se venía desarrollando la jurisdicción ordinaria, fundamentalmente en los primeros años de la justicia constitucional». Sin embargo, como acertadamente señala Itziar Gómez (2019: 79), «la jurisprudencia constitucional no distingue las desigualdades basadas en el sexo de cualesquiera otras discriminaciones fundadas en causas sociales, ideológicas, personales y de cualquier otro tipo», ni tampoco «realiza una construcción específica sobre el género, sino que habla indistintamente de sexo y género (STC 159/2016), a pesar de que parece apreciarse cierta conciencia de la distinción en la STC 59/2008».

De acuerdo con Itziar Gómez, creo que no se puede juzgar la distinción por razón de género con el mismo método racional con que se juzga las demás, «buscando la causa de la discriminación y las razones que justifican su existencia, para valorar después si tal justificación es constitucionalmente admisible o no lo es», ya que ese método analiza el caso perdiendo de vista el contexto de discriminación estructural en que se desarrolla la vida de las mujeres, por lo que no puede producir los mismos resultados. Esta reflexión describe una parte reciente de la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad social que ha supuesto una involución a la hora de interpretar el principio de igualdad debido a este error de enfoque. No obstante, la producción de algunos votos particulares ha contribuido a matizar estos errores de interpretación de la igualdad social con perspectiva de género, especialmente en materia de cuidados.

Uno en concreto, el emitido al fallo de la STC 117/2018, de 29 de octubre de 2018 (Recurso de Amparo 6299-2017), pone en valor la necesidad de interpretar la igualdad en relación con la corresponsabilidad dentro de la familia y en el marco de una sociedad que está en transformación. «La interpretación que formula el Tribunal, y que no deja de traer al centro del análisis el reparto equitativo de las responsabilidades familiares, olvida que no se trata solo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino de la repercusión externa que la asunción de responsabilidades familiares tiene en el ámbito laboral» porque obviamente tiene una repercusión social al desincentivar la contratación de mujeres en un periodo de edad determinado.

Merece la pena transcribir literalmente el párrafo donde la magistrada Balaguer argumenta que «la Sentencia ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del artículo 9.2 CE. Un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan».

Balaguer se refiere a la STC 128/1987 como el hito histórico que supuso en la jurisprudencia constitucional sobre igualdad, pero tres décadas después y tras cambios sustanciales,

sigue existiendo una fractura clara entre hombres y mujeres en el mercado laboral... Hoy ya no se trata solo de lamentar que la mujer concentre la mayor parte de cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente del cuidado de los hijos, porque sigue haciéndolo a pesar de los avances innegables. Se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esa realidad social, destinadas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esa realidad y no aseguran la igualdad real de las mujeres en el acceso al mundo laboral y su promoción dentro del mismo. Se trata de examinar por qué esas medidas no logran atajar el problema del desigual reparto de los desincentivos entre los hombres y las mujeres.

Por eso, dice Octavio Salazar (2019: 88) que esta sentencia es un ejemplo de cómo el TC no considera la dimensión relacional que el género conlleva ni las estructuras sociales y económicas que siguen dividiendo la ciudadanía en la esfera pública masculina y la privada femenina. Salazar analiza de forma crítica que la sentencia no aluda a los criterios interpretativos de la LO 3/2007 ni incorpore en sus razonamientos las herramientas que el feminismo jurídico lleva décadas aportando para hacer eficaz, también desde el punto de vista de la interpretación y la aplicación del derecho, el mandato del art. 9.2 CE. A ello se suma también García Campá (2019: 14) al señalar la evidente tensión que en ocasiones se desprende entre la LO 1/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la propia Constitución, entre el concepto de igualdad de la ley (art. 1.11) y los límites a la discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE.

Creo, siguiendo la reflexión de Juana Gil Ruíz (2019: 73), que uno de los grandes retos que se nos plantea en el ámbito laboral consiste en «encontrar un modelo satisfactorio para mujeres y hombres coherente con las expectativas de la vida familiar y profesional, más aún ante las profundas transformaciones que están afectando al modo en que se relacionan estos en dichos ámbitos». Justamente la clave está en el modo de relacionarnos y en las expectativas que tenemos, que no son más que las dignas aspiraciones de tener una vida plena en igualdad de condiciones en el ámbito personal, familiar y laboral-profesional, pero también de participar en la vida pública más allá del trabajo, eso es, en el ámbito político, social y cultural. Es necesario lograr esta comprensión, un anhelo de tantos siglos para las mujeres ahora también compartido por muchos hombres que sean capaces de abordar con determinación este reto de la igualdad en sus relaciones personales y laborales y necesariamente desde sus puestos en las instituciones públicas. Es uno de los elementos indispensables para esta nueva era de la igualdad que parece se está fraguando. La crisis sociosanitaria de la COVID-19 ha supuesto un punto de inflexión para actuar sobre los problemas que ya existían y que ahora se han manifestado de manera todavía más intensa.

V. A MODO DE EPÍLOGO: ¿UNA NUEVA ERA?

Se escuchan voces que afirman que estamos ante el comienzo de una nueva era o que claman por ella. Es pronto para hacer afirmaciones rotundas, pero lo cierto es que estamos atravesando grandes transformaciones.

Según el *Diccionario RAE*, *era* significa: «Período de tiempo que se cuenta a partir de un hecho destacado» y también: «Extenso período histórico caracterizado por una gran innovación en las formas de vida y de cultura».

Acogiéndonos al primer significado de la palabra, y en el caso que nos ocupa es obvio que estamos comenzando un nuevo período de un tiempo convulso e incierto de crisis social, económica y seguramente cultural a partir de un hecho *muy* destacado como la epidemia o pandemia, si lo explicamos desde una perspectiva global, causada por la COVID-19, con un dramático impacto en la vida de las personas. Si nos referimos al segundo significado, nos faltaría el elemento *tiempo* («extenso período histórico») para poder observar a largo plazo si la crisis sanitaria y económica producida por la COVID-19 ha provocado una «gran innovación en las formas de vida y cultura». Aun así, esta «innovación» es ya perfectamente palpable y visible.

Es evidente que somos ahora más conscientes que nunca de nuestra vulnerabilidad y por tanto más conscientes de la necesidad de seguridad, a la vez que tenemos muy presente la importancia de garantizar la libertad. Es un equilibrio que debe obtenerse conjugando los valores de solidaridad y de cuidado con los ya reconocidos por nuestro Estado social y democrático de derecho, de igualdad y libertad, recuperando la proclama de nuestro preámbulo constitucional: «Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todas las personas una digna calidad de vida». Pero el progreso de la economía no puede darse mientras sigan rigiendo las reglas tradicionales del mercado y el productivismo, desconsiderando que otros valores cuentan para la economía, que son en definitiva los esenciales para una vida digna. Necesitamos un cambio cultural que recupere el valor de la persona y que reoriente la escala de valores. Este tiempo de confinamiento nos ha hecho más conscientes de las cosas importantes y de las cosas prescindibles, nos ha hecho más conscientes de lo que debe contar, de la jerarquía de los valores, incluso de la jerarquía de las profesiones y ocupaciones, de lo que debe ocupar un papel central en la economía y en la política, incluso de la importancia de vivir en un planeta más limpio, y todo ello sí que nos aproxima al cambio cultural. Es esperable que la fuerza del poder económico trate de impedirlo, pero es preciso apuntalar las estructuras del cambio y no retroceder; hemos arriesgado demasiado. Como manifestaba Ferrajoli en el primer período del confinamiento, «esperemos que esta emergencia del coronavirus provoque un despertar de la razón, generando la plena consciencia de nuestra fragilidad y de nuestra interdependencia global [...] y de la falta de adecuadas instituciones globales de garantía» (García Jaén, 2020).

Ahora que aquel está tocando a su fin, estamos ya en condiciones de determinar los fallos del sistema. Si se quiere preservar el cuidado a las personas, resulta imprescindible dotar de medios económicos a las instituciones de cuidado para que un rebrote de la pandemia o cualquier otra situación similar no sature el sistema sanitario. Pero a la vez hay que reforzar el sistema educativo para equilibrar el igual acceso al mismo de todas las personas ante una situación como la vivida, y no solo desde una perspectiva económica,

sino también como vehículo para transmitir los valores de ese cambio; entre estos también debe estar el sentido de responsabilidad que todas las personas debemos asumir para cuidar y cuidarnos.

En el momento de cierre de este trabajo, recién finalizado el extenso periodo de estado de alarma¹², la pandemia COVID-19 sigue amenazándonos con rebrotes de la enfermedad, lo que hace necesario seguir apelando al sentido de la responsabilidad individual y colectiva. Parece ser que tendremos que acostumbrarnos a vivir entre la inseguridad y la incerteza. Por ello deviene imprescindible contar con un sistema sociosanitario fuerte y apoyado por un diseño económico de políticas públicas que priorice la atención a las personas.

Bibliografía

- Balaguer Callejón, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30, 2.
- Balaguer Callejón, M. L. (2019). Encuesta sobre igualdad entre hombres y mujeres. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 15-99. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24398>.
- Balakrishnan, R. y Elson, D. (2011). Introduction: Economic Policies and Human Rights Obligations. En R. Balakrishnan y D. Elson (eds.). *Economic Policies and Human Rights* (pp. 1-27). Londres: Zed Books.
- Bathia, A. (2020). *Las mujeres y el covid 19: cinco acciones que los gobiernos pueden adoptar sin demora*. ONU Mujeres. Disponible en: <https://bit.ly/2HXUf5B>.
- Benería, L., Berik, G. y Floro, M. (2018). *Género, desarrollo y globalización. Una visión desde la economía feminista*. Barcelona: Bellaterra
- Benlloch, C. y Aguado, E. (2020). Teletrabajo y conciliación. El estrés se ceba con las mujeres. *The Conversation* [blog] 29-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/389wJ0K>.
- Camps, V. (2000.) *El siglo de las mujeres*. Madrid: Cátedra
- Cascajo Castro, J. L., Terol Becerra, M. J., Domínguez Vila, A. M. y Navarro Marchante, V. J. (coords.) (2012). *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Durán Heras, M. Á. (2018). *La riqueza invisible del cuidado*. Valencia: Universitat de València.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta.
- García Campá, S. (2019). Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 433, 1-22

¹² El 20 de junio de 2020 el presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, comparecía en Moncloa para declarar el fin del estado de alarma el 21 de junio de 2020 (disponible en: <https://bit.ly/34THvGk>).

- Gil Ruiz, J. M. (2019). Repensando la Constitución: una mirada al deber de trabajar y al derecho al trabajo. *Revista de Derecho Político*, 104, 59-85. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.104.2019.24309>.
- Gilligan, C. (1982). *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Mass, Harvard University Press.
- Gilligan, C. (1985). *La moral y la teoría, psicología del desarrollo femenino*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gilligan, C. (1993). Replay to critics. En M. J. Larrabee (ed). *An ethic of Care*. Londres: Routledge.
- Gómez Fernández, I. (2019). Encuesta sobre igualdad entre hombres y mujeres. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 15-99. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24398>.
- Gordillo Pérez, L. y Rodríguez Ortiz F. (2019). *Constitución económica y gobernanza económica de la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Jimena Quesada, L. (2012). La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa. En J. L. Cascajo Castro, M. Terol Becerra, A. Domínguez Vila y V. Navarro Marchante (coords.). *Derechos Sociales y principios rectores, Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, L. (2019). El constitucionalismo social y los objetivos de desarrollo sostenible, *Lex Social*, 9, 1, 13-45.
- Jónasdóttir, A. (1993). *El poder del amor, ¿le importa el sexo a la democracia?*. Madrid: Cátedra.
- León Alonso, M. (2018). Artículo 15 y Artículo 34. En Y. Gómez Sánchez (coord.) *Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario* (pp. 88-95 y 124-126). Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters.
- López Guerra, (1983). El modelo económico en la Constitución. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 2, 17-25.
- Marçal, K. (2016). *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith?* Barcelona: Penguin.
- Marrades Puig, A. (2016). Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional. *Revista de Derecho Político*, 97, 209-242. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.97.2016.17623>.
- Marrades Puig (2018). Artículo 26 y Artículo 34. En Y. Gómez Sánchez (coord.) *Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario* (pp. 105-107 y 124-126). Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters.
- Marrades Puig, A. (2019). La ética del cuidado, la igualdad y la diversidad: valores para una constitución del siglo XXI. En A. Marrades Puig (coord.). *Retos del estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado* (pp.17-39). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mill, J. S. (1836). On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It. *London and Westminster Review*, 4, 120-164.
- Mill, J. S. (1844). *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*. London: Longmans, Green, Reader and Dyer.
- Moltó Carbonell, M. L. y Uriel, E. (2008). *El trabajo doméstico cuenta: las cuentas de los hogares en España*. Madrid: Fundación de las Cajas de Ahorros.

- Nussbaum, M. (2003). Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice. *Feminist Economics* 9 (2-3), 33-59. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/1354570022000077926>.
- Nussbaum, M. (2004). Promoting Women's Capabilities. En L. Beneria, S. Bisnath (ed.). *Global Tensions* (pp. 241-256). Nueva York: Routledge.
- Puleo, A. (2019). *Claves ecofeministas para rebeldes que aman la tierra y a los animales*. Madrid: Plaza y Valdés.
- Rodríguez Ruiz y Gómez Fernández (2018). Los principios rectores de la política social y económica. Nuevos principios rectores de la política social y económica. En Y. Gómez Sánchez (coord.) *Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario* (pp. 129-130) Pamplona: Aranzadi, Thomson-Reuters.
- Rubio Castro, A. (2013). *Las Innovaciones en la medición de la desigualdad*. Madrid: Dykinson.
- Salazar Benítez, O. (2019). Encuesta sobre igualdad entre hombres y mujeres. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 15-99. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24398>.
- Schumpeter, J. (2004). *Historia del análisis económico*. Barcelona: Ariel.
- Sen, A. (1999) *Development as Freedom*. New York: Knopf.

Artículos de prensa

- Bassets, M. (2020). Alain Touraine, sociólogo: «Esta crisis va a empujar hacia arriba a los cuidadores», *El País*, 29-3-2020. Disponible en: <https://bit.ly/38dYyFb>.
- D'Alisa, G. (2020). Vital es el «cuidado», no una renta mínima. *El Diario.es*, 2-6-2020. Disponible en: <https://bit.ly/35VhHsA>.
- García Jaén, B. (2020). Luigi Ferrajoli, filósofo: «Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata». *El País*, 28-3-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2TO7Izs>.
- Kohan, M. (2020). ¿Están respondiendo mejor a la crisis del coronavirus los países gobernados por mujeres? *Público*, 16-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/388ANow>.
- Ramonet, I. (2020). La pandemia y el sistema-mundo. *Le Monde Diplomatique*, 25-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3jV4iFG>.
- Vallejo, I. (2020). Épica del cuidado. *El País*, 15-3-2020. Disponible en: <https://bit.ly/328lMsr>.

Webgrafía

- <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx>
- <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/3/news-women-and-covid-19-governments-actions-by-ded-bhatia>
- <https://globalwomensstrike.net/>
- http://feministasconstitucional.org/wp-content/uploads/2017/12/RFDC_posicionamiento_RefConst-4-diciembre-2017..pdf
- <https://www.youtube.com/watch?v=RkOG2JCboTY>

DESIGUALDADES EN LA DIVISIÓN DEL TRABAJO EN FAMILIAS CON MENORES DURANTE EL CONFINAMIENTO POR COVID-19 EN ESPAÑA. ¿HACIA UNA MAYOR POLARIZACIÓN SOCIOECONÓMICA Y DE GÉNERO?¹

Inequalities in the division of labor in families
with children during COVID-19 confinement
in Spain. Towards greater gender
and socioeconomic polarization?

MARTA SEIZ

Universidad Nacional de Educación a Distancia

mseiz@poli.uned.es

Cómo citar/Citation

Seiz, M. (2020).

Desigualdades en la división del trabajo en familias
con menores durante el confinamiento por COVID-19 en España.

¿Hacia una mayor polarización socioeconómica y de género?

IgualdadES, 3, 403-435.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.05>

(Recepción: 01/07/2020; aceptación tras revisión: 06/10/2020; publicación: 18/12/2020)

Resumen

El confinamiento de la población española en sus hogares y el cierre de los centros escolares y de cuidado debido a la pandemia de COVID-19 generaron un aumento inédito de demandas domésticas para las familias con menores, en tanto

¹ Este artículo ha sido realizado gracias a la financiación de una ayuda Juan de La Cierva-Incorporación (IJC2018-038444-I) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

que los progenitores tuvieron que adaptarse al teletrabajo o interrumpir su actividad laboral. Partiendo de una encuesta realizada durante el estado de alarma, se analiza si las familias en las que ambos mantuvieron su empleo recurriendo al teletrabajo y/o la flexibilidad horaria establecieron distribuciones de tareas más corresponsables que aquellas en las que no se dieron tales circunstancias. Los resultados muestran que este fue el caso, lo que sugiere una polarización social, basada en desigualdades de género, entre familias con y sin condiciones favorables al mantenimiento de un modelo igualitario de doble ingreso. El estudio también revela una mayor carga de trabajo para las mujeres durante el período analizado.

Palabras clave

División del trabajo; desigualdades sociales; igualdad de género; corresponsabilidad; cuidados; teletrabajo; flexibilidad; COVID-19.

Abstract

The confinement of the Spanish population within their households and the closure of schools and daycare centers due to the COVID-19 pandemic generated an unprecedented increase in domestic demands for families with children, as parents had to adapt to remote work or interrupt their labor market activity. Drawing on a survey carried out during the state of alarm, it is analyzed whether families where both parents maintained their jobs resorting to telework or flexibility established more co-responsible distributions of tasks than those where such circumstances were not present. Results show that such was the case, which suggests social polarization based on gender inequalities between families with and without favorable conditions for the maintenance of an egalitarian dual-earner model. The study also reveals a larger relative workload for women during the analyzed period.

Keywords

Division of labor; social inequalities; gender equality; housework; care; telework; flexibility; COVID-19.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO, MARCO TEÓRICO Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN. III. DATOS Y METODOLOGÍA. IV. RESULTADOS. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. APÉNDICE.

I. INTRODUCCIÓN

A mediados de marzo de 2020, la inminente pandemia de COVID-19 situaba a la población mundial en una situación de emergencia, provocando en países de todos los continentes una profunda interrupción de la actividad social y económica. En el caso de España, el alcance y la velocidad de los contagios dieron lugar a la declaración de un estado de alarma y al decreto del confinamiento de la población. Durante la fase más restrictiva de este período, las familias se vieron obligadas a permanecer recluidas en sus hogares, sin posibilidad de contacto con personas ajenas a dicho núcleo, inclusive familiares. Los centros escolares, las escuelas infantiles y los centros de día se mantuvieron cerrados. Se produjo la interrupción de servicios no esenciales y del ejercicio de cualquier empleo que no pudiera llevarse a cabo de forma telemática desde el hogar. Esta situación generó, de la noche a la mañana, un incremento considerable de demandas de tiempo y trabajo a las que enfrentarse en el ámbito familiar. La permanencia forzosa de todos los miembros del hogar en el mismo a lo largo de la jornada, así como la ausencia de posibilidades de externalización, no podían sino generar un aumento de la cantidad e intensidad de las tareas domésticas y de cuidado, que habrían de ser asumidas exclusivamente en la esfera privada. En el caso de las familias con menores en edad escolar, se añadía la necesidad de ocuparse también parcialmente de su atención educativa, siguiendo los materiales e instrucciones proporcionados telemáticamente por los docentes. En estas circunstancias, y dadas las interrupciones de la actividad laboral o la transición al teletrabajo que la situación impuso en muchos hogares, se planteó un escenario inédito para la renegociación súbita de los roles familiares, en un contexto de vertiginosa reorganización de los tiempos de toda la sociedad.

Este artículo, basado en una encuesta realizada a través de internet en la fase más estricta del estado de alarma («Conciliación y usos del tiempo

en España en el contexto de la pandemia COVID-19»), examina el resultado de las renegociaciones mencionadas con el fin de analizar el alcance de las diferencias de género en la división del trabajo durante el confinamiento. Se pone el foco en núcleos familiares biparentales con hijos menores de dieciocho años, por dos motivos: en primer lugar, la intensidad y variedad de las necesidades domésticas que debieron abordarse en paralelo en estos hogares fue considerable. En segundo lugar, en las generaciones con hijos de esta edad la participación laboral de los dos progenitores es relativamente frecuente (González y Jurado Guerrero, 2015), por lo que cabía esperar un cierto potencial de conflicto y redefinición de roles ante los constreñimientos impuestos por la crisis de la COVID-19.

El principal objetivo del estudio es examinar, partiendo de la teoría sobre la disponibilidad de tiempo, si el acceso a medidas de conciliación (teletrabajo y/o flexibilidad) por parte de *ambos* progenitores tuvo un impacto visible sobre la posibilidad de establecer divisiones del trabajo corresponsables durante el confinamiento. Parece razonable imaginar distribuciones de tareas más igualitarias en familias donde tanto el padre como la madre pudieron mantener su empleo mediante el trabajo en remoto, o bien turnándose en sus jornadas laborales. En una situación de intensas demandas domésticas y de cuidado, como las impuestas por el estado de alarma, debería resultar más fácil mantener una distribución equitativa del trabajo si ambos progenitores, además de compartir las responsabilidades económicas, tienen presencia conjunta en el hogar y pueden repartirse otras tareas, o si ambos pueden alternarse en su dedicación a las mismas. Por el contrario, la falta de acceso a las medidas mencionadas podría haber conducido a algunos progenitores —con mayor probabilidad las madres²— a interrumpir o reducir notablemente su implicación laboral para ocuparse del trabajo no remunerado, con la consiguiente generación de cargas domésticas desiguales y un acceso diferencial a los recursos económicos. Como la pérdida de empleo derivada de la crisis de la COVID-19 fue muy significativa (Carta *et al.*, 2020), otros hogares habrían tenido que afrontar una situación de desempleo o inactividad indeseada por parte de algún progenitor o de ambos, así como la necesidad de negociar nuevos acuerdos en un contexto de marcada incertidumbre y dificultad económica. Estas circunstancias podrían haber reforzado patrones de género tradicionales o haberlos contrarrestado en función de la reacción de cada

² Las madres muestran, tanto en el contexto internacional como en el caso de España, una mayor propensión que los padres a abandonar el mercado de trabajo o reducir su participación laboral cuando surgen necesidades intensas de cuidado. Véase, por ejemplo, Grunow y Evertsson (2019).

pareja a la situación y a la mayor disponibilidad de tiempo paterna. Como se explicará en la sección teórica, el grado de internalización por parte de las parejas de las normas sociales imperantes con respecto a los roles considerados adecuados para madres y padres es potencialmente clave en este sentido.

En resumen, el análisis pretende arrojar luz sobre posibles diferencias, en términos de igualdad de género en la división intrafamiliar del trabajo, entre parejas en las que ambos miembros pudieron hacer uso del teletrabajo y/o la flexibilidad laboral durante el estado de alarma, y aquellas en las que no se pudieron utilizar estos recursos. Se intenta asimismo desentrañar qué papel ha jugado cada una de estas medidas en el fomento de una distribución de tareas corresponsable. Del mismo modo, se presta atención a la posible relación de las tendencias encontradas con variables de estratificación social, en concreto con el nivel educativo y el tipo de ocupación de la madre. Estos dos factores podrían haber ejercido una influencia adicional importante sobre los arreglos familiares respecto a la organización y los usos del tiempo, ya que se asocian con la internalización de valores de género más o menos tradicionales (Farré y Vella, 2013) y con los recursos que las mujeres pueden movilizar en las negociaciones con sus parejas (Lundberg y Pollak, 1996).

En último término, este trabajo busca identificar si existen indicios de una polarización social incipiente desencadenada o agudizada por la crisis de la COVID-19 y basada en la magnitud de las desigualdades de género en las familias. La principal hipótesis que se plantea es que determinadas condiciones laborales —en concreto, el acceso a medidas de conciliación por parte de los dos progenitores durante el confinamiento— podrían haber facilitado, en una minoría de familias, una distribución corresponsable de tareas que no se habrá podido establecer en muchas otras. De ser el caso, este fenómeno podría tener a medio plazo una repercusión más amplia en términos de vulnerabilidad socioeconómica, especialmente en un contexto de recesión como el que se anticipa. La corresponsabilidad en el reparto de tareas y roles dentro de las parejas es un factor esencial para que mujeres y hombres puedan mantenerse igualmente activos en el mercado de trabajo y consolidar su posición económica (véase, por ejemplo, González y Jurado-Guerrero, 2015). En consecuencia, aquellas familias que hayan podido establecer durante el estado de alarma las bases de una división corresponsable del trabajo estarán mejor posicionadas para mantener dos empleos durante una crisis sin tener que reducir jornada e ingresos, y por tanto más protegidas frente al riesgo de pobreza. Por el contrario, en aquellas en las que se hayan reproducido patrones tradicionales y en las que la mujer haya interrumpido o limitado su participación laboral para cuidar o atender otras necesidades domésticas, no solo habrá tenido lugar un aumento de la vulnerabilidad inmediata del hogar, sino que podrían instaurarse dinámicas de comportamiento difíciles

de romper. Este último escenario es una posibilidad real ante la perspectiva de elevadas tasas de desempleo como consecuencia de la pandemia, especialmente teniendo en cuenta que el empleo femenino, hasta la fecha, ha sido el más castigado por su impacto (Hupkau y Victoria, 2020; Farré *et al.*, 2020). Esta circunstancia podría dificultar considerablemente la permanencia en el mercado de trabajo de las mujeres que hayan interrumpido o reducido su participación laboral durante el confinamiento para hacer frente a responsabilidades familiares.

Analizar las dimensiones mencionadas resulta relevante en el contexto identificado por investigaciones paralelas sobre el impacto de la pandemia en la desigualdad de género en España. Se ha constatado que, si bien se dio un ligero aumento de la participación doméstica de los hombres durante el confinamiento, la carga de trabajo en el hogar continuó recayendo fundamentalmente sobre las mujeres, tal y como venía sucediendo con anterioridad (Farré *et al.*, 2020). Estos hallazgos hacen pertinente, no obstante, indagar sobre posibles diferencias entre distintos grupos sociales y su alcance, así como sobre su relación con la situación concreta de las familias durante el confinamiento, especialmente en términos de condiciones laborales. En este sentido, las investigaciones previas sobre desigualdades de género en los usos del tiempo han prestado tradicionalmente más atención al efecto de la dedicación horaria al trabajo remunerado que a los de aspectos más cualitativos como el acceso al teletrabajo y/o la flexibilidad horaria. En los últimos años, algunas contribuciones al respecto sobre otros países han sugerido que este tipo de medidas facilitarían la implicación masculina en tareas del hogar (Giovanis, 2018), aunque también hay investigaciones previas que sugieren lo contrario (véase Noonan, 2013) y otras realizadas en el contexto de la pandemia que encuentran tendencias opuestas para el trabajo doméstico y los cuidados (Lyttelton *et al.*, 2020). El presente estudio puede representar una aportación adicional a esta literatura, además de contribuir al conocimiento existente sobre la influencia de la pandemia en distintos tipos de desigualdad en el caso español.

II. CONTEXTO, MARCO TEÓRICO Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

Las estrictas condiciones de confinamiento establecidas en España a raíz de la expansión de la COVID-19 supusieron en muchos hogares no solo el recrudecimiento de conflictos entre las exigencias domésticas y las laborales, sino también un nuevo escenario de negociación intrafamiliar. Con todo, aunque la necesidad de redistribuir los tiempos es algo a lo que se enfrentaron las familias en su conjunto, el período de confinamiento no afectó a todas

por igual. Como se ha señalado, existen importantes diferencias relativas a la posibilidad de que ambos progenitores pudieran o no ejercer un empleo durante la fase más estricta del estado de alarma. En algunas familias se dieron condiciones favorables a la participación laboral tanto del padre como de la madre, y estos pudieron, además, ejercer su profesión en remoto y/o alternar sus respectivos horarios para compatibilizar ambos empleos con las necesidades domésticas. Puede afirmarse que este grupo, en el conjunto de la población española, constituye una minoría privilegiada, ya que se ha estimado que solo alrededor del 30 % de los trabajadores comenzó a teletrabajar por primera vez a raíz de la crisis de la COVID-19 (Eurofound, 2020), y menos de un 5 % lo hacía regularmente con anterioridad (INE, 2020). Los empleos más susceptibles de llevarse a cabo desde casa son los llamados *de cuello blanco*, a tiempo completo, de carácter indefinido y asociados a un nivel educativo elevado (Palomino *et al.*, 2020). Las cifras de flexibilidad horaria en España también venían siendo bajas en los últimos años, salvo en los puestos más altos de la jerarquía ocupacional (Brega Baytelman y González Pérez, 2020). En consecuencia, cabría esperar que las familias con condiciones más ventajosas para una conciliación corresponsable también partieran de una situación socioeconómica especialmente favorable.

En otros casos, por el contrario, la clausura de los centros de trabajo supuso un expediente de regulación de empleo para empleados que solo podían ejercer su profesión de manera presencial. A finales de mayo de 2020, tres millones de trabajadores en España se encontraban en esta situación. Otras personas —más de un millón de cotizantes a la seguridad social y alrededor de un millón y medio de trabajadores autónomos— perdieron su empleo como consecuencia de la paralización extensiva de la actividad económica (Doménech, 2020). La necesidad de atender a los hijos ante el cierre de los centros escolares y servicios de cuidado forzó a aquellos progenitores que mantuvieron su empleo sin posibilidad de alternancia con la pareja o teletrabajo a acogerse a una reducción de jornada dentro del llamado Plan MECUIDA. Esta reducción podía comprender hasta el 100 % de la jornada laboral, con una reducción de ingresos equivalente³ (BOE, 2020). Dado que en España mayoritariamente son las madres quienes hacen uso de permisos parentales y reducciones de jornada (González y Jurado Guerrero, 2015), es muy probable que también hayan sido fundamentalmente mujeres quienes se hayan encontrado en esta situación.

³ Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 (BOE, A-2020-3824. Disponible en: <https://bit.ly/3mOtXls>).

Estas diferencias de partida, favorecedoras del mantenimiento de dos empleos en algunos hogares durante el confinamiento y no en otros, podrían haber sido cruciales para la posibilidad de establecer distribuciones del trabajo más o menos igualitarias. Las tres perspectivas teóricas habitualmente utilizadas para explicar la división de género del trabajo en las parejas predecirían, dadas las circunstancias mencionadas, una mayor probabilidad de reparto corresponsable de tareas en familias en las que ambos progenitores tuvieron la posibilidad de conservar su empleo y de hacer uso del teletrabajo y/o la flexibilidad horaria.

Uno de los principales marcos explicativos de la distribución intrafamiliar del trabajo es el conocido como *teoría de la disponibilidad de tiempo*. Según esta perspectiva, la dedicación de cada miembro de la pareja a las tareas domésticas y de cuidado se determinaría de forma racional en función de sus respectivos constreñimientos y compromisos temporales. En este sentido, se considera que el tiempo que cada uno ha de dedicar al trabajo remunerado juega un papel fundamental (Hiller, 1984; Coverman, 1985; Presser, 1994; Shelton y John, 1996). Esta perspectiva está respaldada por abundante literatura empírica, si bien la magnitud de los efectos varía entre países, entre hombres y mujeres, en función de si se considera la disponibilidad de tiempo propia o la de la pareja, y entre diferentes actividades (véanse, por ejemplo, Esping-Andersen, 2009; Aassve *et al.*, 2014; Gracia y Esping-Andersen, 2005). Con respecto al objetivo concreto de este trabajo, la perspectiva de la disponibilidad de tiempo ofrece un fundamento sólido para esperar distribuciones de tareas más corresponsables en conjunto en familias en las que ambos progenitores mantuvieron su empleo. Desde un punto de vista estrictamente teórico, la dedicación por parte del padre y de la madre al trabajo remunerado durante el confinamiento habría reducido el tiempo disponible de cada uno para otras tareas, haciendo más necesario repartirlas entre ambos para poder abarcarlas en toda su magnitud. A nivel empírico, se ha constatado en investigaciones previas que el tiempo que la pareja dedica al empleo correlaciona, tanto para hombres como para mujeres, de forma positiva con la dedicación propia a las tareas domésticas, aunque esta adaptación parece ser menor en el caso de los hombres (Gershuny *et al.*, 2005). En lo referente a los cuidados, la implicación paterna parece responder positivamente a la participación laboral de la pareja (Gutiérrez-Domènech, 2010; Gracia y Kalmijn, 2016), aunque el efecto no es uniforme en todos los países y difiere entre distintas dimensiones del cuidado (Hook and Wolfe, 2012; Gracia y Esping-Andersen, 2015). En el caso concreto de España, se ha observado que el empleo materno influye positivamente en el tiempo que dedican los padres de niños pequeños a cuidados físicos y de rutina, lo que resulta un factor clave para una mayor igualdad de género en el hogar (Gracia, 2014; Gracia y Esping-Andersen, 2015).

Las madres en España tienden a dedicar más horas al cuidado que los padres, aún en parejas de doble ingreso (González *et al.*, 2015). Con todo, el aumento habitual de la implicación paterna cuando la madre está empleada debería situar a estas parejas en una situación más favorable, de entrada, para alcanzar acuerdos corresponsables.

Esta expectativa parece especialmente relevante en un contexto de demandas domésticas muy intensas como el que caracterizó al confinamiento en las familias con hijos menores a cargo. Los progenitores tuvieron que hacer frente, al mismo tiempo, a necesidades de cuidado, de juego y de atención educativa, así como a una carga de tareas domésticas incrementada debido a la mayor presencia en el hogar de todos sus miembros. En familias biparentales en las que tanto padres como madres continuaron ejerciendo un trabajo remunerado, cabe suponer que fuera necesario compartir en gran medida las tareas para poder abarcarlas. El teletrabajo de ambos, a priori, debería haber aumentado la probabilidad de un reparto equitativo con respecto a situaciones en las que un progenitor trabajó fuera de casa y el otro dentro, ya que la presencia en el hogar facilita que se asuma una mayor carga doméstica (Giovanis, 2018). La flexibilidad horaria, por su parte, podría haber propiciado también un reparto corresponsable al favorecer la alternancia de roles entre los dos progenitores a lo largo del día. En los últimos años, se ha puesto el foco precisamente en estas variables como posibles facilitadoras de la conciliación y la corresponsabilidad. La flexibilidad laboral podría tener un efecto positivo en este sentido al incrementar la autonomía de los individuos para disponer de su tiempo y distribuirlo entre diferentes tareas atendiendo a sus necesidades horarias. El teletrabajo, por su parte, disminuiría los conflictos tradicionalmente derivados de la separación temporal y física de las esferas laboral y doméstica (véase Chung y Van der Lippe, 2020). Hay que tener en cuenta, no obstante, que otros factores más allá de los relacionados con la disponibilidad temporal inciden en la distribución intrafamiliar de tareas, pudiendo haber resultado importantes durante el confinamiento. Para empezar, es muy probable que las parejas cuyos miembros pudieron permanecer laboralmente activos presenten un sesgo de selección; es decir, características que podrían hacerlas, ya de entrada, más proclives tanto a conservar sus empleos como a alcanzar repartos de tareas más igualitarios. En concreto, podrían tener un mayor nivel educativo, ya que este, como se ha indicado, se asocia fuertemente en España con una mayor probabilidad de ejercer una profesión que permita realizar teletrabajo (Palomino *et al.*, 2020). De ser el caso, cabría esperar que también pudieran presentar actitudes e ideales potencialmente favorecedores de divisiones corresponsables del trabajo, puesto que un nivel educativo elevado suele asociarse con valores de género menos tradicionales (González y Jurado Guerrero, 2009).

Otro de los grandes marcos explicativos de la división del trabajo dentro de las parejas lo constituyen, precisamente, las teorías basadas en el género. Estas relacionan los arreglos acordados con el grado de internalización, por parte de los individuos, de las normas tradicionales que permean toda la estructura social respecto a los roles considerados adecuados para hombres y mujeres (Brines, 1993). Una adherencia normativa a roles tradicionales tendrá como resultado comportamientos menos igualitarios, mientras que unos valores y actitudes no tradicionales favorecerán divisiones del trabajo corresponsables e incluso marcadamente opuestas a la norma social, como que el padre asuma el rol de cuidador primario o que la madre sea la principal proveedora económica (véase Seiz *et al.*, 2019). Las normas, ideologías y valores de género tienen un efecto propio sobre la división del trabajo, pero también actúan como mediadoras de la influencia de otras variables como la disponibilidad de tiempo. En este sentido, se ha observado que los hombres socializados en valores no tradicionales son especialmente proclives a incrementar su implicación en los cuidados ante una situación de desempleo (Abril *et al.*, 2015). Por el contrario, la internalización de normas tradicionales puede llevar a la reproducción de roles normativos incluso en contextos en los que sería racional o necesario distribuir el trabajo de otra manera. Una ilustración de este fenómeno serían aquellos comportamientos englobados en la perspectiva conocida como «doing gender» (West y Zimmermann, 1987), que pone el foco en la reproducción de roles de género tradicionales en las actividades cotidianas como el reparto del trabajo. Algunas investigaciones han mostrado que en hogares en los que la mujer ejerce de único o principal proveedor económico los miembros de la pareja pueden desarrollar comportamientos tradicionales para compensar la desviación con respecto a la norma social —por ejemplo, las mujeres aumentan su dedicación al trabajo remunerado y los hombres la disminuyen (Greenstein, 2000; Bittman *et al.*, 2003)—. Con respecto al teletrabajo y la flexibilidad, estudios recientes han señalado que podrían llegar a reforzar los roles de género tradicionales en contextos sociales en los que estos sean predominantes a nivel actitudinal y normativo. En estos casos, los hombres podrían utilizar dichas medidas para extender su implicación laboral más allá del horario oficial, y las mujeres para incrementar su dedicación familiar (Chung y Van der Lippe, 2020).

En el caso español, el hecho de que el teletrabajo y la flexibilidad horaria se asocien predominantemente a empleos en las posiciones superiores de la estructura ocupacional y a un nivel educativo elevado tiene implicaciones en términos de expectativas sobre su posible efecto sobre la corresponsabilidad en las parejas. En primer lugar, los individuos con un mayor nivel educativo tienden a adherirse en mayor medida a actitudes de género no tradicionales, por lo que cabría esperar que en este subgrupo las medidas de teletrabajo y

flexibilidad contribuyan más a facilitar la corresponsabilidad que a fomentar divisiones tradicionales del trabajo. En segundo lugar, más allá de los factores relacionados con la disponibilidad de tiempo y los valores de género, las madres que hayan accedido a estas medidas de conciliación podrían tener una posición más favorable que otras a la hora de negociar con sus parejas arreglos corresponsables. Este punto de partida, a priori más ventajoso, se sustentaría en la *teoría de los recursos relativos*, otro de los grandes marcos explicativos de la división de género del trabajo (especialmente, del no remunerado). Esta perspectiva parte del supuesto de que las tareas domésticas, por lo general, constituyen actividades poco atractivas para los individuos, por lo que estos tratarán de negociar arreglos que reduzcan su implicación en las mismas. En caso de que en las negociaciones llevadas a cabo en el seno de las parejas se diera una colisión de preferencias, los recursos de cada miembro con respecto al otro serían determinantes para el resultado de la negociación, ya que podrían utilizarse en la misma para invocar algún tipo de amenaza (generalmente, la de la separación) (Lundberg y Pollak, 1996). En consecuencia, este marco teórico predice que las mujeres con una mejor posición económica tendrían mayor poder de negociación y, por tanto, un punto de partida más propicio que otras para conseguir establecer distribuciones igualitarias de tareas. Como se ha señalado, es probable que las mujeres que accedieron a medidas de teletrabajo y/o flexibilidad durante el confinamiento sean precisamente aquellas con una posición educativa y laboral más elevada. Este sería un factor adicional que podría haber favorecido divisiones corresponsables del trabajo en hogares con acceso a tales medidas por parte de ambos progenitores.

En resumen, partiendo de las perspectivas teóricas habitualmente utilizadas para explicar la división intrafamiliar del trabajo, encontramos motivos para suponer que las familias con dos progenitores empleados y con derecho a teletrabajo/flexibilidad horaria habrían estado, por diversas razones, mejor posicionadas para establecer estrategias corresponsables durante la emergencia sanitaria. Con el fin de verificar hasta qué punto fue el caso y arrojar luz sobre los factores potencialmente implicados, se formulan las siguientes preguntas de investigación:

- En las familias en las que ambos progenitores mantuvieron su empleo y accedieron conjuntamente al teletrabajo y/o la flexibilidad horaria durante el confinamiento, ¿se establecieron divisiones del trabajo más corresponsables que en familias que no gozaron de tales condiciones, tal y como podría esperarse desde la perspectiva de la disponibilidad de tiempo?
- Más allá de la influencia del acceso de ambos progenitores al teletrabajo y/o la flexibilidad horaria, ¿se observa algún efecto positivo del nivel

educativo y la posición ocupacional de las madres sobre el establecimiento de arreglos corresponsables, tal y como cabría predecir desde la teoría de los recursos relativos o los marcos explicativos basados en los valores de género?

- ¿Cuál ha sido la importancia relativa, durante el confinamiento, de los factores relacionados con el empleo de cada progenitor, así como de la educación y el tipo de ocupación de la madre, a la hora de condicionar un reparto equitativo de tareas dentro de las parejas?

La exploración de estas cuestiones aportará indicaciones sobre si nos encontramos, como consecuencia de la emergencia sanitaria por COVID-19, ante una polarización social incipiente entre familias con condiciones favorables para la corresponsabilidad y el mantenimiento de un doble ingreso, y otras en posiciones en varios aspectos más vulnerables.

III. DATOS Y METODOLOGÍA

El análisis, como se ha señalado en la sección introductoria, está basado en la encuesta «Conciliación y usos del tiempo en España en el contexto de la pandemia COVID-19», llevada a cabo entre el 9 de abril y el 11 de mayo de 2020 (n=1287 individuos). Debido tanto al método de reclutamiento utilizado (muestreo de bola de nieve en redes sociales) como a la administración del cuestionario a través de internet, esta encuesta no tiene un carácter representativo. Por el contrario, presenta un sesgo relacionado con el mayor acceso a una población con un nivel educativo relativamente elevado, conexión a internet y buen manejo de las nuevas tecnologías, así como probablemente concienciada con las necesidades de los procesos de investigación y las cuestiones referentes a la conciliación. Se da una sobre-representación relativa de personas entre 35 y 44 años (65%), con estudios superiores (82%), empleadas (87%), y con ocupaciones de carácter directivo, profesional, técnico, o de apoyo administrativo (códigos 1 a 4 en la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIOU-08)) (93%). La mayoría de las personas encuestadas tienen uno (38%) o dos hijos (50%), siendo en el 61% de los casos al menos alguno de ellos menor de seis años. En el apéndice se presenta una tabla descriptiva de las principales características de la muestra general. Estos sesgos impiden, como es natural, extraer conclusiones generales extrapolables al conjunto de la población española de familias con menores. Sin embargo, no deberían suponer un obstáculo significativo para el objetivo de detectar desigualdades asociadas al disfrute o no de medidas de teletrabajo/flexibilidad por parte de las madres y los padres. El

motivo es que la submuestra relevante para este análisis —familias biparentales heterosexuales con los dos progenitores conviviendo en el mismo hogar— sí presenta una distribución equilibrada en este sentido. De las 908 familias que componen la submuestra utilizada en este estudio, el 46 % ($n = 418$) se caracterizó por el disfrute de las medidas de conciliación mencionadas por parte de ambos progenitores, mientras que en el 54 % de los casos ($n = 490$) no se dio esta situación. Respecto a los otros dos factores señalados en la sección teórica como potencialmente relevantes a la hora de acentuar desigualdades —el nivel educativo de la madre y su tipo de ocupación—, la variabilidad es suficiente para permitir un análisis cuantitativo (el 82 % de las mujeres analizadas han completado estudios superiores y el 18 % no lo han hecho; el 54 % desempeñan ocupaciones profesionales en el nivel 2 del CIOU, pero el resto están repartidas entre los distintos niveles jerárquicos).

El motivo para centrar el trabajo en familias con dos progenitores conviviendo en el hogar es que se busca examinar el resultado de las negociaciones cotidianas de las parejas confinadas junto a sus hijos. Se incluyen solo familias heterosexuales por dos razones: por un lado, el limitado número de familias homosexuales representado en la encuesta (diez observaciones) imposibilitaba cualquier análisis sustantivo. Por otro lado, en el foco de este artículo está la brecha de género en la división del trabajo *dentro* de las parejas. Se parte exclusivamente de personas encuestadas de sexo femenino ($n = 908$), ya que solo estas proporcionan información sobre el tipo de ocupación y el nivel educativo maternos; variables claves en el análisis. La muestra equivalente de hombres, además, habría resultado demasiado reducida ($n = 216$) para permitir un análisis en subgrupos.

El análisis, de naturaleza mayormente descriptiva, comienza con el examen de las características de los dos grupos en los que se divide la muestra de interés, con el fin de detectar probables sesgos de selección, en términos socioeconómicos, entre las familias en las que ambos progenitores se pudieron acoger a medidas de teletrabajo/flexibilidad, y aquellas en las que no fue el caso. Se incluye a las familias en el primer subgrupo si tanto el padre como la madre hicieron uso del teletrabajo o si ambos pudieron recurrir a la flexibilidad horaria. Se presta particular atención al nivel educativo de la madre, desglosado en las categorías que se presentan en la tabla 1, así como a su posición en la jerarquía ocupacional según el CIOU-08.

A continuación, para responder a la primera pregunta de investigación formulada en la sección teórica —es decir, para averiguar si las familias en las que ambos progenitores accedieron a teletrabajo/flexibilidad establecieron divisiones de tareas más corresponsables durante el confinamiento—, se procede de entrada a explorar los usos absolutos del tiempo en cada subgrupo familiar. En particular, se consideran las

horas medias dedicadas por las mujeres y sus parejas, respectivamente, al trabajo remunerado, el trabajo doméstico rutinario (comida, limpieza, compra), los cuidados físicos y de rutina (alimentación, higiene, vestido, vigilancia), el juego con los niños y la atención educativa. Con el fin de capturar de forma más precisa cómo fue la distribución de los tiempos en términos relativos, se calcula también el porcentaje que asumieron, en promedio, las madres y los padres en cada subgrupo con respecto a cada tipo de trabajo. La finalidad de esta medida es ver hasta qué punto las tareas se dividieron o no de manera igualitaria —entendiendo como tal una distribución en la que ningún progenitor realizó menos del 40 % de la tarea en cuestión ni más del 60 %— en cada categoría de familias. Por último, se cuantifica qué porcentaje de parejas en cada una de ellas alcanzó distribuciones del trabajo igualitarias (según la definición mencionada), tradicionales (la madre realizó menos del 40 % de las horas en el caso del trabajo remunerado y más del 60 % en el caso del trabajo no remunerado), y no normativas (la mujer realizó más del 60 % de las horas en el caso del trabajo remunerado y menos del 40 % en el caso del trabajo no remunerado). Los umbrales de 40 % y 60 %, utilizados para distinguir los repartos igualitarios de los tradicionales y no normativos, respectivamente, responden a convenciones habituales en la literatura sobre la división del trabajo en el seno de las parejas (véanse por ejemplo, Nock, 2001; Esping-Andersen *et al.*, 2013; Domínguez-Folgueras *et al.*, 2018; González *et al.*, 2018). Para complementar la información descriptiva sobre la primera pregunta de investigación y corroborar si el acceso conjunto a medidas de teletrabajo/flexibilidad hizo más probable un reparto de tareas corresponsable entre los progenitores, se recurre a modelos de regresión logística. Estos permiten también responder a la segunda pregunta de investigación y examinar un posible efecto adicional del nivel educativo y la posición ocupacional de la madre. Se ejecuta un modelo similar para cada una de las tareas de interés (trabajo remunerado, tareas domésticas, cuidados físicos y de rutina, juego, y atención educativa). La variable dependiente es, en todos los casos, una variable dicotómica que recoge si se estableció una división corresponsable del trabajo (entendida, como se ha explicado arriba, como aquella en la que ninguno de los miembros de la pareja realizó más del 60 % de la tarea en cuestión ni menos del 40 %). Como variables independientes se incorporan otras variables dicotómicas que miden si ambos progenitores hicieron uso del teletrabajo y/o la flexibilidad; si la madre tenía estudios universitarios, y si tenía una ocupación clasificada en los niveles 1 o 2 del CIOU-08 (directivas o profesionales). Como controles se incluyen variables dicotómicas que reflejan si había más de un niño en la familia y la presencia de menores de seis años, respec-

tivamente. Por último, se analiza asimismo la importancia relativa de las dos características maternas mencionadas frente a los factores relacionados con el empleo de cada progenitor mediante modelos de regresión que incluyen, para cada uno por separado, medidas dicotómicas de su situación laboral (empleado vs. no empleado), el acceso al teletrabajo y el acceso a la flexibilidad horaria. Estos modelos se realizan también para cada actividad de trabajo remunerado y no remunerado, siendo la variable dependiente, de nuevo, el establecimiento de una división corresponsable del trabajo durante el período de confinamiento.

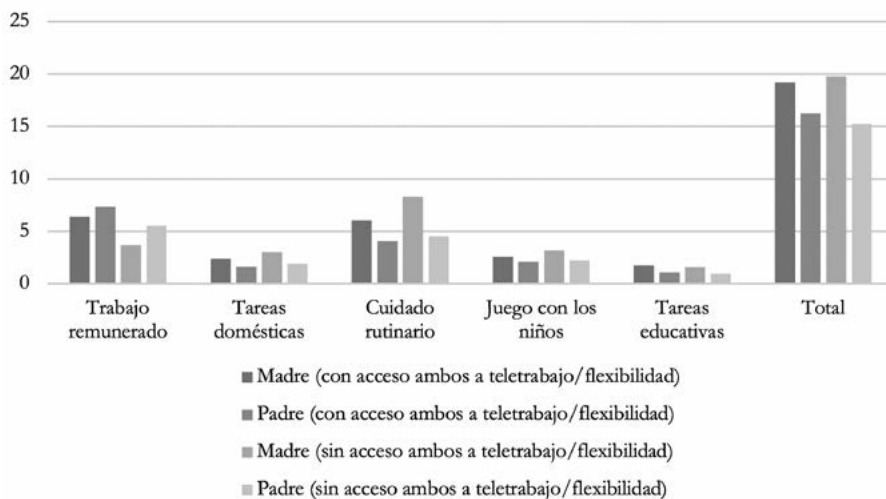
IV. RESULTADOS

En la tabla 1 se presentan las características generales de la muestra de mujeres analizada, que se ha dividido en los dos subgrupos claves para esta investigación: uno en el que ambos progenitores hicieron uso de medidas de teletrabajo/flexibilidad durante el confinamiento, y otro en el que no fue el caso. Como se puede observar, los dos subgrupos son bastante similares en cuanto a distribución de edades, si bien el segundo está compuesto, en conjunto, por individuos algo más jóvenes. En los dos casos predominan las mujeres con estudios universitarios, aunque el nivel educativo es más elevado en el primer subgrupo (el 42 % de las madres tienen estudios de máster y doctorado, frente al 29 % del segundo). El segundo subgrupo cuenta, además, con una proporción visiblemente mayor de mujeres con estudios de educación secundaria o inferiores (13,5 %, frente al 3 % del primero). Respecto a la situación laboral, en el segundo subgrupo hay un 27 % de mujeres que declaran no estar empleadas. También hay diferencias en cuanto a la posición de la mujer en la estructura ocupacional, ya que en el primer subgrupo se da una proporción mayor de encuestadas en ocupaciones directivas (8,6 % frente a 5,7 %) y de profesionales técnicas e intelectuales (63,4 % frente a 46,7 %). Como contraste, en el segundo subgrupo se observa una proporción relativamente mayor de personal de apoyo administrativo (18,4 % frente a 9,6 %) y de trabajadoras de los sectores comercial y de servicios (7,4 % frente al 3,8 %). En resumen, existe una diferencia de partida entre las dos categorías de familia estudiadas basada en el nivel educativo y la posición en la jerarquía ocupacional. Los dos son más elevados en aquellas familias en las que ambos progenitores gozaron de acceso a teletrabajo/flexibilidad durante el confinamiento, confirmando el sesgo de selección postulado en la sección teórica.

Un primer análisis del promedio diario de horas dedicadas al trabajo remunerado, las tareas domésticas, los cuidados, el juego con los hijos, y la

educación de estos revela, en primer lugar, diferencias de género en el empleo del tiempo dentro de las familias durante el período de confinamiento. Estas diferencias son evidentes tanto en familias en las que ambos progenitores tuvieron acceso a medidas de teletrabajo/flexibilidad, como en aquellas en las que no se dio esta circunstancia, aunque resultan más marcadas en el último grupo. Como se puede apreciar en el gráfico 1, los padres dedicaron, en cualquiera de los casos, más tiempo al trabajo remunerado que las madres, si bien la distancia fue mayor (casi dos horas más) en el segundo grupo que en el primero (la diferencia entre el padre y la madre no llega en este caso a una hora). En el grupo en el que ambos progenitores pudieron conservar su empleo y hacer uso conjunto del teletrabajo y/o la flexibilidad horaria, las madres dedicaron una media de algo más de seis horas a su profesión, y los padres algo más de siete. En el grupo en el que los progenitores no pudieron hacer uso simultáneo de tales medidas de conciliación, las madres realizaron casi cuatro horas diarias de trabajo remunerado y los padres unas cinco y media en promedio. Esta menor cantidad de horas, con respecto al grupo anterior, se debe probablemente al hecho de que el segundo grupo recoge una cierta proporción de personas que no pudieron trabajar (27,1% en el caso de las mujeres y 16,5% en el caso de los hombres), tal y como pone de manifiesto la tabla 1.

Gráfico 1. *Dedicación media diaria a distintos tipos de trabajo en familias biparentales en función del acceso o no de ambos progenitores a medidas de teletrabajo/flexibilidad*



Fuente: elaboración propia.

Tabla 1. *Características demográficas y socioeconómicas de las mujeres en los subgrupos de análisis y sus parejas*

	Parejas en las que ambos progenitores hicieron uso de teletrabajo/ flexibilidad	Parejas en otras situaciones
Edad de la madre		
25-34 años	8,8%	12,4%
35-44 años	69,9%	69,2%
>45 años	21,3%	18,4%
Valores perdidos	-	-
Nivel de estudios de la madre		
Doctorado	12,0%	5,1%
Máster	30,4%	24,3%
Licenciatura, diplomatura o grado	48,1%	45,9%
Formación profesional de cualquier ciclo	6,2%	11,2%
Enseñanza general secundaria de segundo ciclo	2,6%	8,6%
Enseñanza general secundaria de primer ciclo	0,5%	4,1%
Estudios primarios o sin estudios	-	0,8%
Valores perdidos	0,2%	-
Situación laboral de la madre		
Empleada/o (por cuenta ajena o propia)	98,5%	72,9%
Desempleada	0,5%*	10,6%
No empleada, otra situación	1,0%*	9,2%
Ama de casa	-	7,3%
Valores perdidos	-	-
Profesión (CIOU-08) de la madre		
Directoras y gerentes	8,6%	5,7%
Profesionales técnicos e intelectuales	63,4%	46,7%
Técnicas y profesionales de nivel medio	10,1%	9,6%
Personal de apoyo administrativo	9,6%	18,4%
Trabajadoras de los servicios y vendedoras de comercios y mercados	3,8%	7,4%
Agricultoras y trabajadoras calificadas agropecuarias, forestales y pesqueras	-	-
Oficiales, operarias y artesanas de artes mecánicas y de otros oficios	0,2%	0,4%
Operadoras de instalaciones de máquinas y ensambladoras	-	0,4%
Ocupaciones elementales	0,2%	1,8%
Valores perdidos	4,1%	9,6%

Tabla 1. *Características demográficas y socioeconómicas de las mujeres en los subgrupos de análisis y sus parejas* (continuación)

	Parejas en las que ambos progenitores hicieron uso de teletrabajo/ flexibilidad	Parejas en otras situaciones
Situación laboral de la pareja		
Pareja empleada (por cuenta ajena o propia)	98,1 %	83,5 %
Pareja desempleada	0,5 %*	8,6 %
Pareja no empleada, otra situación	1,4 %*	6,9 %
Pareja ama de casa	-	1,0 %
Valores perdidos	-	-
Número de hijos presentes en el hogar		
Uno	36,4 %	38,4 %
Dos	52,4 %	49,8 %
Tres	10,0 %	10,6 %
Cuatro o más	1,2 %	1,2 %
Presencia de hijos menores de 3 años		
Sí	32,8 %	37,1 %
No	67,2 %	62,7 %
Valores perdidos	-	0,2 %
Presencia de hijos menores de 6 años		
Sí	63,9 %	63,9 %
No	36,1 %	35,9 %
Valores perdidos	-	0,2 %

*Estas cifras corresponden a personas que realizan trabajo remunerado (han indicado que realizan varias horas al día) a pesar de declarar no encontrarse empleadas (tampoco son autónomas). Como probablemente se trate de personas que están trabajando sin contrato, se incluyen en el análisis y en este subgrupo de familias.

Fuente: elaboración propia.

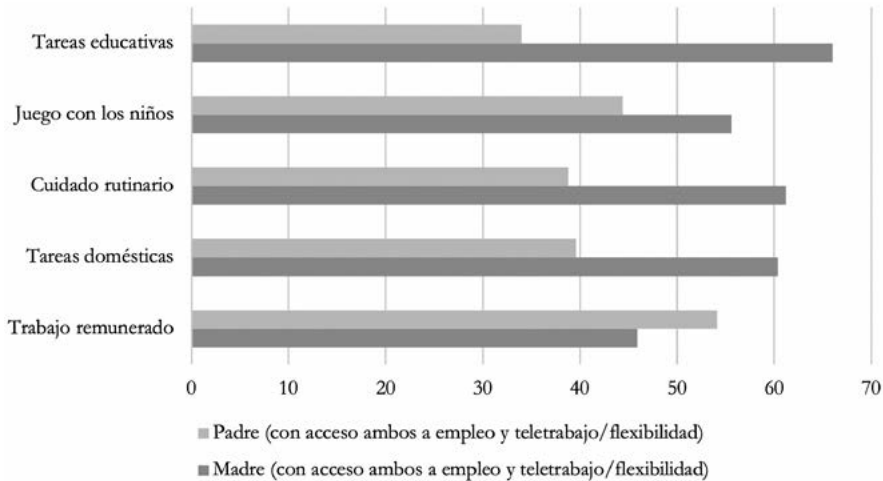
En lo que respecta al trabajo no remunerado, la dedicación de las madres fue mayor en los dos grupos, pero las diferencias de género son más visibles, de nuevo, en el segundo. En el grupo de familias en las que ambos progenitores teletrabajaron o hicieron uso de la flexibilidad laboral, las mujeres realizaron, en promedio, algo más de dos horas diarias de tareas domésticas, siendo la diferencia con respecto a sus parejas de algo menos de una hora. En el grupo de familias en las que alguno de los progenitores (o los dos) no pudo recurrir a las medidas mencionadas, las madres realizaron tres horas de trabajo doméstico en promedio y los hombres algo menos de dos. Todas las diferencias son aún

más acentuadas con respecto al cuidado. En la muestra de familias con acceso a medidas de conciliación tanto para el padre como para la madre, las mujeres dedicaron algo más de seis horas diarias a los cuidados físicos y de rutina, dos horas más que sus parejas. En el subgrupo sin acceso conjunto a medidas de conciliación, la brecha fue considerablemente mayor: ellas invirtieron más de ocho horas diarias en cuidar, y su implicación prácticamente duplicó la de sus parejas. La distancia se acorta en lo referente al juego con los hijos, si bien fueron de nuevo las madres —especialmente en familias sin acceso de ambos progenitores al teletrabajo/la flexibilidad horaria— quienes mostraron una mayor dedicación (algo más de tres horas diarias; una más que sus parejas, en el caso de este grupo en concreto). En las familias en las que ambos padres pudieron teletrabajar o recurrir a horarios flexibles, la diferencia fue de media hora, dedicando las madres algo más de dos horas y media diarias a esta tarea. Por último, la atención educativa también recayó fundamentalmente sobre las madres, y entre ellas fueron las del primer subgrupo las que más tiempo destinaron a esta labor (una hora y tres cuartos al día; seguidas de cerca por las madres del segundo subgrupo. Los hombres, en los dos subgrupos, dedicaron en promedio alrededor de una hora).

En resumen, analizando la dedicación horaria absoluta a distintos tipos de trabajo durante el confinamiento, se observa que los padres destinaron más tiempo que las madres al trabajo remunerado, incluso en parejas en los que ambos tuvieron acceso al teletrabajo y/o la flexibilidad horaria, mientras que las mujeres realizaron más horas de trabajo no remunerado. Estas diferencias por género, no obstante, fueron menores en estas últimas familias que en aquellas en las que los progenitores no pudieron hacer uso conjunto de tales medidas. Es importante destacar que las madres en este segundo subgrupo fueron quienes asumieron una mayor carga de trabajo total, realizando, en promedio, casi veinte horas diarias de trabajo remunerado y no remunerado. La cifra media correspondiente a las madres del primer subgrupo fue solo ligeramente menor —en total, asumieron una carga de trabajo equivalente a poco más de diecinueve horas—. Estas cifras contrastan visiblemente con las correspondientes al total de trabajo diario realizado por los hombres. La carga de trabajo asumida por los padres fue de tres horas menos que la correspondiente a las madres en caso del primer subgrupo, y de casi cinco horas menos en el caso del segundo.

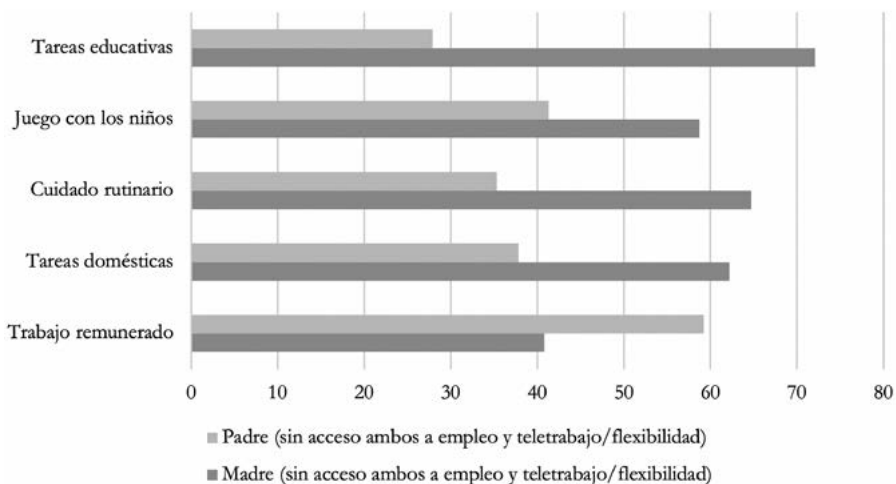
La elaboración de medidas relativas que cuantifican exactamente la magnitud de la brecha de género en cada tipo familia y por tipo de trabajo nos permite, con todo, matizar los resultados anteriores. En concreto, se analiza si las parejas en las que ambos miembros hicieron uso de teletrabajo/flexibilidad horaria se aproximaron o no, en términos generales, a una división corresponsable del trabajo, y en qué medida se diferencian del segundo grupo en este sentido. Los gráficos 2 y 3 muestran el porcentaje del trabajo diario

Gráfico 2. *Proporción media (%) de la carga de trabajo diario asumida por madres y padres en familias en las que ambos progenitores hicieron uso de teletrabajo/flexibilidad horaria durante el confinamiento*



Fuente: elaboración propia.

Gráfico 3. *Proporción media (%) de la carga de trabajo diario asumida por madres y padres en familias en las que los progenitores no hicieron uso conjunto de teletrabajo/flexibilidad horaria durante el confinamiento*



Fuente: elaboración propia.

asumido, en promedio, por madres y padres en los dos tipos de familias biparentales analizadas. Los resultados obtenidos revelan diferencias relativas a la igualdad de género en la división del trabajo entre los dos subgrupos. Aunque las madres, como se ha expuesto, asumieron una mayor carga de trabajo en términos absolutos, en las familias en las que ambos progenitores mantuvieron su empleo y pudieron hacer uso de teletrabajo y/o flexibilidad horaria, respectivamente, se alcanzaron distribuciones que pueden clasificarse como igualitarias en el trabajo remunerado y en el juego con los niños. Las cifras correspondientes al reparto relativo de las tareas domésticas y de cuidado rutinario en este grupo, aunque no corresponden estrictamente a una distribución igualitaria, se aproximan mucho —las madres asumieron poco más del 60 % y los padres poco menos del 40 %—. Solo las tareas educativas recayeron de forma más evidente sobre las madres, que realizaron, en promedio, el 66 % de las mismas. En el grupo de familias sin acceso a teletrabajo/flexibilidad por parte de los dos progenitores, las tendencias observadas son en gran medida semejantes a las descritas, aunque con mayor participación femenina relativa en la mayoría de las tareas. Solo el trabajo remunerado⁴ y el juego se distribuyeron de tal forma que entran dentro de los umbrales de distribución corresponsable. El resto de las tareas fueron asumidas en más de un 60 % por las madres. Entre ellas destaca, una vez más, la atención educativa (en promedio, las madres de este grupo proporcionaron el 72 % de la misma).

Otra medida del grado de desigualdad de género encontrado en los dos grupos de familias estudiadas la proporciona la cuantificación de los porcentajes de parejas que establecieron, en cada uno de ellos, distribuciones tradicionales, igualitarias o no normativas de cada actividad, de acuerdo con los umbrales descritos en la sección de metodología. En el gráfico 4 se compara la prevalencia de cada una de estas distribuciones en los dos subgrupos analizados con respecto a cada tipo de tarea. Esta representación nos permite hacernos una idea de la frecuencia de cada tipo de división del trabajo en función de la situación laboral de las parejas. Se puede constatar, en primer lugar, que las divisiones corresponsables del trabajo —para cualquiera de las tareas examinadas— fueron más frecuentes durante el confinamiento entre aquellas parejas en las que ambos progenitores desempeñaron un empleo con acceso a medidas de teletrabajo/flexibilidad.

Las diferencias son evidentes en lo que respecta al trabajo remunerado. Entre las familias en las que ambos progenitores mantuvieron su empleo

⁴ Para hacer el cálculo de la distribución relativa de las horas de trabajo remunerado dentro de las parejas solo se han incluido aquellos casos en los que al menos un progenitor ha trabajado, lo que en el caso del segundo subgrupo equivale a 436 familias.

y pudieron utilizar medidas de conciliación, este se distribuyó de forma igualitaria en el 73 % de los casos, y de forma tradicional solo en el 7 % (las distribuciones no normativas, por su parte, ascendieron al 20 %). Respecto al resto de las familias, solo el 25 % alcanzaron divisiones igualitarias de las horas dedicadas al empleo, y el 26 % las dividieron de forma tradicional. Llama la atención en este segundo subgrupo, por otra parte, la cantidad de parejas (49 %) que establecieron distribuciones no normativas del trabajo remunerado durante el confinamiento. Esta cifra debe interpretarse con mucha cautela, ya que podrían haber influido en ella dos factores: en esta categoría de familias, el 17 % de los padres no estuvo trabajando, y se han eliminado también del cálculo de distribuciones relativas del trabajo remunerado aquellas familias en las que ningún progenitor trabajó. Esto significa que podría haber una proporción no despreciable de familias en este grupo en las que la madre fue la única proveedora económica. El cálculo de este porcentaje revela que es el caso —el 21,4 % de las parejas de este subgrupo se encontró en esta situación, lo que en parte explica la cifra relativamente elevada de distribuciones no normativas—. Con todo, persiste casi un 28 % de parejas que establecieron este tipo de acuerdos aun cuando ambos progenitores declaraban haber trabajado.

En el grupo de familias con acceso a teletrabajo/flexibilidad para el padre y la madre se observa, asimismo, una mayor proporción de distribuciones corresponsables de tareas domésticas que en el segundo (50 % frente al 43 %). También se aprecia una menor proporción de distribuciones tradicionales (44 % frente al 48 %). Las distribuciones no normativas de las tareas domésticas fueron algo más frecuentes en el segundo grupo (casi el 9 % del total, frente al casi 6 % del primer grupo), pero es probable que se deba a la circunstancia arriba mencionada —habrá parejas en las que la madre haya asumido la totalidad del trabajo remunerado por encontrarse el padre desempleado, y cabe imaginar que en esta circunstancia haya sido más fácil que él asuma una cantidad significativa de tareas domésticas debido a una mayor disponibilidad de tiempo—.

En lo que se refiere al cuidado de rutina, se aprecian diferencias más acentuadas entre los subgrupos. En la categoría de familias con acceso a medidas de conciliación para ambos progenitores, la mayoría de las divisiones del cuidado (55 %) fueron igualitarias, mientras que solo el 41 % de las parejas optaron por distribuciones del tiempo tradicionales. En el segundo subgrupo, por el contrario, la tendencia fue la inversa: los arreglos tradicionales fueron predominantes (54 %), y solo el 40 % de las parejas establecieron acuerdos corresponsables. Las divisiones del cuidado no normativas —en las que el padre asumió más del 60 % del mismo— fueron minoritarias en ambos grupos. Se observa una incidencia ligeramente más elevada en el segundo, posiblemente por los motivos de disponibilidad de tiempo ya señalados. En lo que respecta al juego con los niños, la tendencia mayoritaria en el primer grupo también

fue la distribución corresponsable (56 % de las parejas), mientras que en el segundo grupo las proporciones correspondientes a los arreglos tradicionales e igualitarios fueron muy similares (43 % frente a 42 %). Cabe destacar que en ambos grupos los arreglos entendidos como *no normativos* —en el sentido de que el padre asumió más del 60 % de las horas realizadas— fueron visiblemente más frecuentes en el juego que en el cuidado. Este hallazgo es coherente con investigaciones previas que detectan una menor brecha de género en actividades lúdicas que en aquellas de carácter rutinario (Craig y Mullan, 2011).

La implicación en las tareas educativas de los hijos merece mención aparte, ya que en este ámbito predominaron las distribuciones tradicionales —con la madre haciéndose cargo de más del 60 % de las tareas— en los dos grupos de familias estudiados (en el 51 % y el 59 % de los casos, respectivamente, se dio este patrón durante el confinamiento). Los arreglos igualitarios, no obstante, fueron más comunes también en el primer grupo que en el segundo (38 % frente a 30 %). En ambos casos, las familias en las que el padre asumió más del 60 % de las tareas educativas constituyeron alrededor del 11 % del total.

En resumen, las familias en las que ambos progenitores mantuvieron el empleo con acceso a medidas de teletrabajo/flexibilidad horaria durante el confinamiento alcanzaron en mayor medida arreglos corresponsables en la división del trabajo remunerado y no remunerado, tal y como cabía esperar desde la perspectiva de la disponibilidad de tiempo. Con todo, hay que preguntarse si esta asociación se explica mayormente por el disfrute conjunto de las medidas de conciliación mencionadas, o si responde a un sesgo de selección relacionado con un nivel educativo y una posición profesional más elevada por parte de las madres que pudiera conferirles un mayor poder de negociación y mayor predisposición a negociar arreglos corresponsables. Otra posibilidad es que estas dos últimas variables muestren un efecto independiente y adicional al de las relacionadas con la disponibilidad de tiempo sobre la probabilidad de establecimiento de estrategias corresponsables durante el confinamiento. Los modelos de regresión presentados en la tabla 2 incluyen simultáneamente todas las variables mencionadas, así como controles correspondientes al número y la edad de los hijos. Como se puede observar, el uso conjunto del teletrabajo/la flexibilidad horaria por parte de ambos progenitores muestra una asociación positiva y significativa con la división corresponsable de la práctica totalidad de las actividades consideradas⁵. Esta relación es especialmente fuerte en lo que respecta a las horas de trabajo remunerado. El nivel educativo de la madre no muestra en los modelos ninguna asociación significativa con una distribución

⁵ En el caso de las tareas domésticas, la asociación es positiva, pero no es significativa con un nivel de confianza del 95%. Sí lo sería con un nivel de confianza del 90%.

Gráfico 4. *Proporción (%) de parejas que adoptaron distribuciones tradicionales, igualitarias y no normativas del trabajo remunerado y no remunerado en las dos submuestras de interés*



Fuente: elaboración propia.

más igualitaria del trabajo durante el período de emergencia sanitaria. Tampoco lo hace el hecho de que esta tuviera una posición elevada en la jerarquía ocupacional, salvo en el caso de las horas de trabajo remunerado, en el que se intuye un posible efecto (la asociación es positiva y significativa con un nivel de confianza del 90%). Estos resultados no varían si se introducen las variables de nivel educativo y tipo de ocupación por sí solas, sin tener en cuenta el uso del teletrabajo y la flexibilidad horaria, lo que indica que las últimas no enmascaran un posible efecto de las primeras⁶.

En los modelos presentados en la tabla 3 se busca desentrañar exactamente qué elementos del uso conjunto del teletrabajo/flexibilidad por parte de ambos progenitores se asocia con la mayor probabilidad de distribución corresponsable del trabajo. Como se puede apreciar, las divisiones igualitarias del trabajo remunerado muestran una asociación positiva y fuerte, como cabía suponer, con el empleo del padre y la madre, así como con el teletrabajo de ambos. La flexibilidad horaria por parte del padre también se asoció con una mayor frecuencia de divisiones igualitarias de las horas de trabajo remunerado, pero no así la de la madre —en este caso, el efecto es negativo—. Hay que destacar que en este

⁶ Estos resultados no se muestran por razones de espacio, pero están disponibles bajo petición.

Tabla 2. Regresiones logísticas de la probabilidad de haber alcanzado divisiones corresponsables del trabajo remunerado y no remunerado durante el confinamiento (coeficientes expresados como odds ratio, errores estándar entre paréntesis)

	División igualitaria del trabajo remunerado	División igualitaria de las tareas domésticas	División igualitaria del cuidado físico y de rutina	División igualitaria de las actividades de juego	División igualitaria de las actividades educativas
Uso del teletrabajo / la flexibilidad por parte de ambos progenitores	7.11*** (1.16)	1.30(*) (.19)	1.79*** (.26)	1.82*** (.27)	1.44* (.23)
Madre con estudios universitarios	.93 (.26)	.98 (.23)	1.01 (.24)	.83 (.19)	.89(.23)
Madre en ocupación de carácter directivo o profesional (CIOU-08 1 o 2)	1.45(*) (.29)	.96 (.17)	1.06 (.19)	.98 (.18)	1.09 (.22)
Más de un menor en el hogar	1.14 (.19)	.99 (.14)	1.04 (.15)	1.00 (.15)	.70* (.12)
Presencia de menores de 6 años en el hogar	.68* (.11)	1.07 (.16)	.86 (.13)	.65*** (.10)	1.23 (.20)
Constante	.36*** (.09)	.77 (.17)	.71 (.17)	1.12 (.26)	.49** (.12)
Pseudo R2	.17	.003	.02	.02	.01

Fuente: elaboración propia.

modelo, al controlar por diferentes variables de disponibilidad de tiempo por separado, sí emerge una relación positiva entre un estatus ocupacional elevado por parte de la madre y la división igualitaria de las horas de trabajo en el seno de la pareja. Las divisiones igualitarias del trabajo doméstico solo se asocian de forma positiva y significativa con el hecho de que la madre estuviera empleada durante el confinamiento, así como con la flexibilidad horaria por parte de padre. La flexibilidad horaria materna, por el contrario, parece guardar relación con una mayor desigualdad en el trabajo doméstico.

Los factores que incidieron, a su vez, en la probabilidad de una distribución igualitaria del cuidado de rutina durante el confinamiento fueron el empleo y el teletrabajo maternos, así como la flexibilidad horaria por parte del padre. Como en el caso del trabajo doméstico, la flexibilidad horaria por parte de la madre se asoció negativamente con el reparto corresponsable de las

Tabla 3. Regresiones logísticas de la probabilidad de haber alcanzado divisiones corresponsables del trabajo remunerado y no remunerado durante el confinamiento. Variables independientes de empleo desglosadas para cada progenitor

	División igualitaria del trabajo remunerado	División igualitaria de las tareas domésticas	División igualitaria del cuidado físico y de rutina	División igualitaria de las actividades de juego	División igualitaria de las actividades educativas
Madre empleada	9.55*** (4.84)	1.58*** (.17)	1.44*** (.16)	1.49*** (.16)	1.17 (.13)
Padre empleado	9.67*** (3.99)	1.04 (.15)	.85 (.12)	1.05 (.15)	1.29 (.22)
Madre teletrabajó	1.69*** (.20)	1.13 (.12)	1.36** (.14)	1.01 (.10)	.85 (.10)
Pareja teletrabajó	1.21** (.07)	.96 (.05)	1.01 (.06)	1.02 (.06)	1.00 (.61)
Madre con flexibilidad horaria	.80* (.09)	.76** (.70)	.75** (.07)	1.07 (.10)	1.05 (.11)
Padre con flexibilidad horaria	1.12* (.05)	1.08* (.04)	1.15*** (.05)	1.07 (.04)	1.10* (.05)
Madre con estudios universitarios	.86 (.25)	1.02 (.24)	1.02 (0.25)	.84 (.20)	.93 (.24)
Madre en ocupación de carácter directivo o profesional (CIOU-08 1 o 2)	1.57* (.29)	.96 (.17)	1.06 (.19)	.99 (.18)	1.15 (.23)
Más de un menor en el hogar	1.01 (.17)	.97 (.14)	1.02 (.15)	.99 (.15)	.68* (.12)
Presencia de menores de 6 años en el hogar	.71* (.12)	1.12 (.17)	.91 (.14)	.68* (.10)	1.21 (.20)
Constante	4.07e-10*** (1.18e-09)	.15* (.12)	.31 (.26)	.16* (.13)	.09* (.08)
Pseudo R2	.23	.003	.02	.03	.01

Fuente: elaboración propia.

tareas de cuidado. En lo que respecta a las actividades lúdicas, solo el empleo de la madre muestra una asociación significativa (y positiva) con una distribución igualitaria de las horas durante el confinamiento. En el caso de las tareas educativas, únicamente la flexibilidad horaria del padre se asoció con una mayor probabilidad de distribución igualitaria durante el confinamiento.

V. CONCLUSIONES

Este estudio ha analizado los patrones de división del trabajo en el seno de las familias con hijos menores a cargo durante el confinamiento por COVID-19, prestando especial atención a la posible importancia del acceso al teletrabajo y/o flexibilidad horaria por parte de ambos progenitores para el establecimiento de un reparto de tareas corresponsable. Se ha partido de la perspectiva teórica de la disponibilidad de tiempo para examinar el impacto potencial de ambos factores como facilitadores de una distribución igualitaria de los tiempos de trabajo y cuidado entre ambos progenitores. Por otro lado, se ha considerado también, a partir de las teorías sobre los recursos relativos y las normas de género, un posible efecto del nivel educativo y del tipo de ocupación de la madre en el resultado de las negociaciones en el seno de las parejas. El objetivo último ha sido detectar una posible brecha, en términos de desigualdad de género, entre parejas con condiciones laborales potencialmente favorecedoras de divisiones del trabajo corresponsables y aquellas que durante el confinamiento no partieron de una situación tan ventajosa.

Los resultados indican, en línea con las expectativas teóricas formuladas, que el primer grupo de familias sí se diferenció del segundo en cuanto a las desigualdades de género establecidas en los hogares durante la emergencia sanitaria por motivos aparentemente relacionados con la disponibilidad de tiempo. Si bien es cierto que en ambos casos se observa una brecha entre hombres y mujeres respecto al tiempo dedicado a cada una de las tareas analizadas, esta fue, en términos absolutos y relativos, menor en las parejas con acceso conjunto al teletrabajo y la flexibilidad. En más de la mitad de estas familias, asimismo, se establecieron divisiones corresponsables del trabajo remunerado, las tareas domésticas, los cuidados, y las actividades lúdicas; situación que contrasta visiblemente con la del segundo grupo, en el que predominaron las distribuciones del tiempo tradicionales. Estos hallazgos sugieren que, de perpetuarse estas tendencias durante el curso de la pandemia, podríamos encontrarnos ante la ampliación de una brecha social basada en las condiciones laborales y el acceso a las medidas de conciliación, ya que la distribución corresponsable del trabajo —especialmente del no remunerado— es un prerequisite para el mantenimiento de un modelo igualitario de doble

ingreso que proteja efectivamente a las familias con menores del riesgo de pobreza y vulnerabilidad social. Las características laborales que se asociaron de forma más evidente con una mayor probabilidad de alcanzar arreglos corresponsables variaron según la actividad examinada. En la muestra analizada, el empleo de la madre resultó fundamental para el equilibrio de género en la dedicación doméstica, de cuidado y de juego; el teletrabajo materno para la distribución equitativa del trabajo remunerado, y la flexibilidad horaria del padre para su implicación en la atención educativa. El nivel educativo y la posición ocupacional de las madres no se revelan en este análisis como factores significativos en términos generales, aunque el último factor sí parece haber favorecido divisiones más igualitarias del trabajo remunerado.

Estos resultados contribuyen a la perspectiva teórica basada en la disponibilidad de tiempo de los miembros de la pareja evidenciando la importancia de la *disponibilidad conjunta*. En un contexto de elevadas demandas domésticas, que ambos progenitores dispongan simultáneamente de condiciones que faciliten la compatibilización de roles como trabajadores y cuidadores (en este caso, teletrabajo) y/o la alternancia en los mismos (flexibilidad) parece ser un factor importante para maximizar las probabilidades de división corresponsable del trabajo. Las investigaciones futuras en este ámbito, más allá de poner el foco en las horas de trabajo de cada miembro de la pareja como ha sido lo habitual en la literatura previa, deberían incrementar la atención a estas dimensiones más cualitativas de los tiempos de trabajo. En particular, es fundamental explorar su relevancia en diferentes contextos y analizar de qué maneras concretas las condiciones de trabajo de la madre y el padre se complementan e interactúan para favorecer o dificultar una distribución equitativa de tareas y responsabilidades. Los hallazgos obtenidos en este estudio también sugieren que la importancia de los recursos relativos y los valores de género individuales para la división del trabajo doméstico pueden pasar a un segundo plano, en determinados casos, en contextos familiares en los que los que la conciliación corresponsable se ve facilitada o impedida por factores estructurales relacionados con las condiciones laborales. Con todo, más allá de las diferencias observadas entre familias en cuanto a las posibilidades de establecer estrategias corresponsables, es preciso destacar la sobrecarga de trabajo asumida en todos los tipos de hogar por las madres. A pesar de la evolución hacia un modelo de división del trabajo más igualitario observada en una proporción aún minoritaria de familias, todo apunta a que han sido las mujeres quienes, una vez más, han absorbido en mayor medida el impacto de la pandemia, esta vez en términos de incremento de las exigencias domésticas. Este fenómeno pone de manifiesto que, a nivel agregado, la persistencia de normas sociales tradicionales en la sociedad continúa dificultando una corresponsabilidad plena en los hogares, incluso en aquellos donde se dan circunstancias más favorables a su consecución.

Por último, es fundamental recordar las limitaciones metodológicas de este estudio en cuanto a posibilidades de generalización, ya que está basado en una encuesta no representativa y con diversos sesgos potenciales derivados de su administración *online*. Las conclusiones extraídas de este trabajo deberían ser sometidas a análisis posteriores a partir de fuentes de datos representativas —algunas de ellas ya desarrolladas durante la pandemia en España y otros países de nuestro entorno⁷— con el fin de contrastar su validez.

Bibliografía

- Aassve, A., Fuochi, G., y Mencarini, L. (2014). Desperate housework: Relative resources, time availability, economic dependency, and gender ideology across Europe. *Journal of Family Issues*, 35 (8), 1000-1022. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0192513X14522248>.
- Abril, P., Jurado Guerrero, T. y Monferrer, J. M. (2015). Paternidades en construcción. En M. J. González y T. Jurado-Guerrero (comps.). *Padres y madres corresponsables: una utopía real* (pp. 100-193). Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Ahrendt, D. *et al.* (2020). Living, working and COVID-19. First findings, April 2020. *Eurofound*. Disponible en: <https://bit.ly/3mTb2pQ>.
- Bittman, M., England, P., Sayer, L., Folbre, N., y Matheson, G. (2003). When does gender trump money? Bargaining and time in household work. *American Journal of sociology*, 109 (1), 186-214. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/378341>.
- Brega Baytelman, C. y González Pérez, M. (2020). Coronavirus, conciliación y sesgo de género. *Agenda Pública* [blog] 19-03-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3oWTWJe>.
- Brines, J. (1993). The exchange value of housework. *Rationality and society*, 5 (3), 302-340.
- Carta, G., García, J. R. y Ulloa, C. A. (2020). España: la EPA del 1T20 confirma un impacto notable de la COVID-19 en el mercado laboral. *BBVA Research*. Disponible en: <https://bit.ly/2JBt3uj>.
- Chung, H. y Van der Lippe, T. (2020). Flexible working, work-life balance, and gender equality: Introduction. *Social Indicators Research*, 151, 365-381. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11205-018-2025-x>.
- Coverman, S. (1985). Explaining husbands' participation in domestic labor. *Sociological quarterly*, 26 (1), 81-97.
- Craig, L. y Mullan, K. (2011). How mothers and fathers share childcare: A cross-national time-use comparison. *American Sociological Review*, 76 (6), 834-861. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0003122411427673>.

⁷ Véase Farré *et al.* (2020).

- Doménech, R. (2020). *Reconstruir el mercado de trabajo tras la COVID-19. Análisis regional España*. BBVA Research. Disponible en: <https://bit.ly/2I65Yzx>.
- Dominguez-Folgueras, M., Jurado-Guerrero, T. y Botía-Morillas, C. (2018). Against the odds? Keeping a nontraditional division of domestic work after first parenthood in Spain. *Journal of Family Issues*, 39 (7), 1855-1879. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0192513X17729399>.
- Esping-Andersen, G. (2009). *The incomplete revolution: Adapting welfare states to women's new roles*. Cambridge: Polity Press.
- Esping-Andersen, G., Boertien, D., Bonke, J. y Gracia, P. (2013). Couple specialization in multiple equilibria. *European Sociological Review*, 29 (6), 1280-1294. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/esr/jct004>.
- Farré, L. y Vella, F. (2013). The intergenerational transmission of gender role attitudes and its implications for female labour force participation. *Economica*, 80 (318), 219-247. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/ecca.12008>.
- Farré, L., Fawaz, Y., González, L. y Graves, J. (2020). How the COVID-19 Lockdown affected Gender Inequality in Paid and Unpaid Work in Spain. *IZA Institute of Labor Economics*, 13434. Disponible en: <https://bit.ly/2I693j5>.
- Gershuny, J., Bittman, M. y Brice, J. (2005). Exit, voice, and suffering: Do couples adapt to changing employment patterns? *Journal of marriage and family*, 67 (3), 656-665. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1741-3737.2005.00160.x>.
- Giovanis, E. (2018). Are Women Happier When Their Spouse is Teleworker? *Journal of Happiness Studies*, 19 (3), 719-754. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10902-017-9847-0>.
- González, M. J. y Jurado Guerrero, T. (2009). ¿Cuándo se implican los hombres en las tareas domésticas? Un análisis de la Encuesta de Empleo del Tiempo. *Panorama Social*, 10, 65-81.
- González, M. J. y Jurado Guerrero, T. (comps.) (2015). *Padres y madres corresponsables: una utopía real*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- González, M. J., Lapuerta, I., Martín-García, T. y Seiz, M. (2018). Anticipating and practicing fatherhood in Spain. En R. Musumecy y A. Santero (comps.). *Fathers, childcare and work: Cultures, practices and policies* (pp. 17-44). Bingley: Emerald Publishing Limited. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/S1530-353520180000012002>.
- Gracia, P. (2014). Fathers' child care involvement and children's age in Spain: A time use study on differences by education and mothers' employment. *European Sociological Review*, 30 (2), 137-150. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/esr/jcu037>.
- Gracia, P. y Esping-Andersen, G. (2015). Fathers' child care time and mothers' paid work: A cross-national study of Denmark, Spain, and the United Kingdom. *Family Science*, 6 (1), 270-281. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/19424620.2015.1082336>.
- Gracia, P. y Kalmijn, M. (2016). Parents' family time and work schedules: The split-shift schedule in Spain. *Journal of Marriage and Family*, 78 (2), 401-415. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jomf.12270>.

- Greenstein, T. N. (2000). Economic dependence, gender, and the division of labor in the home: A replication and extension. *Journal of Marriage and Family*, 62 (2), 322-335. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1741-3737.2000.00322.x>.
- Grunow, D. y Evertsson, M. (comp.) (2019). *New Parents in Europe*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781788972970>.
- Gutiérrez-Domènech, M. (2010). Parental employment and time with children in Spain. *Review of Economics of the Household*, 8 (3), 371-391. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11150-010-9096-z>.
- Hiller, D. V. (1984). Power dependence and division of family work. *Sex Roles*, 10 (11-12), 1003-1019. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF00288521>.
- Hook, J. L. y Wolfe, C. M. (2012). New fathers? Residential fathers' time with children in four countries. *Journal of Family Issues*, 33 (4), 415-450. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0192513X11425779>.
- Hupkau, C. y Victoria, C. (2020). *COVID-19 y desigualdad de género en España*. Madrid: EsadeEcPol.
- Instituto Nacional de Estadística (INE) (2020). El teletrabajo en España y la UE antes dlla COVID-19. *Cifras INE, Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística*. Disponible en: <https://bit.ly/38aebqj>.
- Lyttelton, T., Zang, E. y Musick, K. (2020). *Gender Differences in Telecommuting and Implications for Inequality at Home and Work*. Disponible en: <https://doi.org/10.31235/osf.io/tdf8c>.
- Lundberg, S. y Pollak, R. A. (1996). Bargaining and distribution in marriage. *Journal of Economic Perspectives*, 10 (4), 139-158. Disponible en: <https://doi.org/10.1257/jep.10.4.139>.
- Nock, S. L. (2001). The marriages of equally dependent spouses. *Journal of Family Issues*, 22 (6), 755-775. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/019251301022006005>.
- Noonan, M. (2013). The impact of social policy on the gendered division of housework. *Journal of Family Theory and Review*, 5 (2), 124-134. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jftr.12008>.
- Palomino, J. C., Rodríguez, J. G. y Sebastián, R. (2020). Teletrabajo en España, ¿estamos preparados para el distanciamiento? *Nada es Gratis* [blog.], 08-05-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3er9HDx>.
- Presser, H. B. (1994). Employment schedules among dual-earner spouses and the division of household labor by gender. *American Sociological Review*, 59 (3), 348-364. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2095938>.
- Seiz, M., González, M. J., Jurado-Guerrero, T., Lapuerta, I. y Martín-García, T. (2019). Non-normative couples in Spain: mothers' career commitment, fathers' work arrangements, and egalitarian ideologies. En D. Grunow y M. Evertsson (comps.). *New Parents in Europe* (pp. 169-186). Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781788972970.00019>.
- Shelton, B. A. y John, D. (1996). The division of household labor. *Annual review of sociology*, 22 (1), 299-322. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev.soc.22.1.299>.
- West, C., y Zimmerman, D. H. (1987). Doing gender. *Gender and Society*, 1 (2), 125-151. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0891243287001002002>.

APÉNDICE

Tabla 4. *Características socioeconómicas de la muestra general de personas encuestadas (familias biparentales o monoparentales con hijos menores de 18 años en el hogar)*

	Mujeres encuestadas (N = 1019)	Hombres encuestados (N = 227)
Edad		
18-24 años	0,1 %	-
25-34 años	10,1 %	4,4 %
35-44 años	67,6 %	61,2 %
>45 años	22,2 %	34,4 %
Valores perdidos	-	-
Nivel de estudios		
Doctorado	8,7 %	17,2 %
Máster	26,0 %	35,7 %
Licenciatura, diplomatura o grado	46,6 %	30,8 %
Formación profesional de cualquier ciclo	9,6 %	7,9 %
Enseñanza general secundaria de segundo ciclo	6,1 %	6,2 %
Enseñanza general secundaria de primer ciclo	2,4 %	2,2 %
Estudios primarios o sin estudios	0,5 %	-
Valores perdidos	0,1 %	-
Situación laboral		
Empleada/o (por cuenta ajena o propia)	85,3 %	95,7 %
Desempleada/o	5,9 %	3,1 %
No empleada/o, otra situación	5,0 %	0,4 %
Ama/o de casa	3,7 %	0,4 %
Valores perdidos	0,1 %	0,4 %
Profesión (CIOU-08)		
Directoras/es y gerentes	6,7 %	7,1 %
Profesionales técnicos e intelectuales	54,4 %	64,8 %
Técnicas/os y profesionales de nivel medio	10,1 %	12,3 %
Personal de apoyo administrativo	14,3 %	6,2 %
Trabajadoras/es de los servicios y vendedoras/es de comercios y mercados	5,6 %	2,6 %
Agricultoras/es y trabajadoras/es calificadas/os agropecuarias/os, forestales y pesqueras/os	-	0,4 %
Oficiales, operarias/os y artesanas/os de artes mecánicas y de otros oficios	0,7 %	2,6 %
Operadoras/es de instalaciones de máquinas y ensambladoras/es	0,2 %	0,4 %
Ocupaciones elementales	1,1 %	0,4 %
Valores perdidos	6,9 %	3,0 %

Tabla 4. *Características socioeconómicas de la muestra general de personas encuestadas (familias biparentales o monoparentales con hijos menores de 18 años en el hogar)* (continuación)

	Mujeres encuestadas (N = 1019)	Hombres encuestados (N = 227)
Convivencia de pareja		
Convive con una pareja	90,8 %	95,6 %
No convive con una pareja porque no tiene	7,3 %	2,7 %
No convive con una pareja por otros motivos	1,8 %	1,3 %
Valores perdidos	0,1 %	0,4 %
Situación laboral de la pareja (si procede)		
Pareja empleada (por cuenta ajena o propia)	82,2 %	76,2 %
Pareja desempleada	4,3 %	8,8 %
Pareja no empleada, otra situación	3,9 %	5,3 %
Pareja ama de casa	0,5 %	5,3 %
No procede, porque no convive con una pareja	9,0 %	4,0 %
Valores perdidos	0,1 %	0,4 %
Número de hijos presentes en el hogar		
Uno	39,9 %	32,2 %
Dos	49,6 %	51,1 %
Tres	9,3 %	14,1 %
Cuatro o más	1,2 %	2,6 %
Presencia de hijos menores de 3 años		
Sí	32,8 %	33,5 %
No	66,9 %	66,1 %
Valores perdidos	0,3 %	0,4 %
Presencia de hijos menores de 6 años		
Sí	61,7 %	61,9 %
No	37,9 %	38,1 %
Valores perdidos	0,4 %	-
Presencia de hijos mayores de 12 años		
Sí	14,4 %	81,1 %
No	85,3 %	18,5 %
Valores perdidos	0,3 %	0,4
Presencia de hijos con necesidades especiales (discapacidad, enfermedad crónica u otras)		
Sí	9,4 %	6,6 %
No	90,2 %	93,0 %
Valores perdidos	0,4 %	0,4 %

Fuente: elaboración propia.

SOCIAL PROTECTION OF SELF-EMPLOYED WORKERS DURING THE COVID-19 PANDEMIC IN PORTUGAL AND THE ROLE OF EU LAW

La protección social de los trabajadores por cuenta
propia durante la pandemia de COVID-19 en
Portugal y el papel del derecho de la UE

SERGIO MAIA TAVARES MARQUES
Tribunal Constitucional (Portugal)
sergiomaiatavares@gmail.com

Cómo citar/Citation

Tavares Marques, S. M. (2020).
Social protection of self-employed workers during the COVID-19
pandemic in Portugal and the role of EU law.
IgualdadES, 3, 437-454.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.06>

(Reception: 29/06/2020; acceptance: 06/10/2020; publication: 18/12/2020)

Abstract

In recent years, the increasingly dominant economic structure in the EU has been ignited by digital platforms and e-tools that depend upon independent and precarious workers, in special after the financial crisis. Such background hampers the social protection rights of workers and in the context of the COVID-19 pandemic they find themselves further exposed. This deprotection is even more evident concerning the self-employed, as independent workers, due to their precarious job relations, are less covered by social assistance than contracted ones. In Portugal, the national government approved an emergency aid to face this context. The present paper seeks to ascertain if such benefit, albeit possibly lawful in light of EU law, might be insufficient for the purpose of combating social exclusion. It lastly reflects how the EU could live up to its role of complementing national action in social matters.

Keywords

Social protection; self-employed workers; exclusion; emergency benefit; fundamental rights.

Resumen

En los últimos años, la estructura económica que se impone día tras día en la UE se ha visto impulsada por plataformas digitales y herramientas electrónicas que dependen de trabajadores independientes y precarios, en especial después de la crisis financiera. Tales circunstancias obstaculizan los derechos de protección social de los trabajadores y, en el contexto de la pandemia COVID-19, estos se encuentran más expuestos. Esta desprotección es aún más evidente en lo que respecta a los trabajadores autónomos, ya que los trabajadores independientes, debido a sus condiciones laborales precarias, están menos cubiertos por la asistencia social que los contratados. En Portugal, el Gobierno nacional aprobó una ayuda de emergencia para hacer frente a esta situación. El presente artículo trata de determinar si esa prestación, aunque posiblemente sea legal a la luz de la legislación de la Unión Europea, podría ser insuficiente para luchar contra la exclusión social. Por último, reflexiona sobre cómo podría la UE estar a la altura de su función de complementar la acción nacional en materia social.

Palabras clave

Protección social; trabajadores por cuenta propia; exclusión; beneficio de emergencia; derechos fundamentales.

CONTENTS

I. INTRODUCTION. II. OVERVIEW OF WORKERS' SOCIAL PROTECTION RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION. III. COVID-19 AND PORTUGUESE EMERGENCY POLICIES FOR SELF-EMPLOYED WORKERS. IV. LAWFUL BUT INSUFFICIENT AS REGARDS ITS PURPOSE? WHEN SOCIAL PROTECTION OF WORKERS DOES NOT ENSURE THE FIGHT AGAINST EXCLUSION. V. CONCLUDING REMARKS. *BIBLIOGRAPHY.*

I. INTRODUCTION

Many voices stated that the COVID-19 pandemic consisted of a symmetrical crisis in the European Union (EU)¹. However, this could not be further from the truth. As demonstrated by the number of victims in Italy and Spain², the amount of state aid Germany provided nationally³ and unemployment rate projections for 2020 and 2021⁴, it becomes clear that its impacts are in fact highly unequal. Nevertheless, besides considerable imbalances from country to country in the EU, the pandemic also affected wages and income and provoked changes in the social protection of workers across the member states, revealing disparities and legal shortcomings. This paper will address a specific sample of them.

¹ For instance, the European Parliament resolution on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences (2020/2616(RSP)), where recital A reads that the crisis “represents an exogenous and symmetrical shock to the health systems, societies and economies of the EU”, available at: <https://bit.ly/32chDn6>, accessed on 31st May, 2020.

² The European Centre for Disease Prevention and Control presents daily up-to-date statistics, including comparative epidemiological curves, available on: <https://bit.ly/3erqHtl>, accessed on 31st May, 2020.

³ As approved by the European Commission in the “State aid Temporary Framework to support the economy in the context of the COVID-19 outbreak”, Communication C(2020) 1863 final, available on: <https://bit.ly/2GqPt02>, accessed on 31st May, 2020.

⁴ As described in the *European Commission's Economic Forecast. Spring 2020*, pp. 52-53, available on: <https://bit.ly/3mRSMge>, accessed on 31st May, 2020.

Concretely, I will focus on the emergency aid created in Portugal for self-employed workers below the threshold of social security contributions, as established by *Decreto-Lei* 20-C/2020, of 7th May (amending the *Decreto-Lei* 10-A/2020)⁵. My point is to ascertain if such benefit, albeit possibly lawful in light of art. 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) and consistent with the *rationale* of provisions deriving from the European Pillar of Social Rights (EPSR), might be insufficient for the purpose of combating exclusion as provided for in arts. 9 and 151 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). As that purpose is binding to member states as well as to the EU, and considering their shared powers in this regard (art. 153, TFEU), I will reflect on how the EU could live up to its role of supporting and complementing national action.

In the first section, starting from a context of troublesome economic structure, entrenched on digitisation and precariousness, I will analyse the EU legal framework concerning the social protection of workers (*i.e.*, CFREU, EPSR and the Council Recommendation 2019/C 387/01, of 8 November 2019). In the second section, I will look into the Portuguese emergency policies in this matter (namely, *Decreto-Lei* 20-C/2020) concentrating on the aforementioned benefit. Finally, in the third section, I will contrast the lawfulness of the national measure with its insufficiency regarding the fight against exclusion. My aim is to highlight how the granting of this social security benefit, whilst necessary and relevant in the context of the COVID-19 pandemic, may not be enough to fulfil the EU's objective of social inclusion.

II. OVERVIEW OF WORKERS' SOCIAL PROTECTION RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION

Over the last few years, world economy has been ignited by apps and electronic platforms trading a wide range of services and goods⁶. This new model is often called sharing or collaborative economy⁷ (Hatzopoulos and

⁵ For an overview on the general Portuguese constitutional and legal response to the COVID-19 crisis, see Lanceiro (2020) and Santos Botelho (2020).

⁶ Barbara de Micheli *et al.* (2018: 10) mention a change in the “nature of employment relationships”. For its turn, Eurofound (2015) has attempted to distinguish the new forms of employment and identified the following: “employee sharing”, “job sharing”, “interim management”, “casual work”, “ICT-based mobile work”, “voucher-based work”, “portfolio work”, “crowd employment” and “collaborative employment”.

⁷ Despite conceptual divergences, EU institutions do not seem to take part in this scholar debate. See, for instance, the European Commission Study on the assessment

Roma, 2017). However, social protection of the respective precarious and self-employed workers was not met with the same thrill. In his recent artistic project, apropos of the COVID-19-inflicted quarantine, Francisco Balaguer (2020: 34) vividly explained the phenomenon in the subtitle of one of his cartoons: “Teleworking is fine, they just need to invent tele-rest and then our whole world will be completely virtual”.

Indeed, the spreading context of *uberisation* of labour relations brings about several challenges to social protection and workers’ rights in the EU, commencing with the most basic work-life balance⁸; but above all it perils the entire (disputable) construction of the European Social Union whose equilibrium comes from EU institutions and member states alike.

For instance, Spasova and Wilkens (2018: 97) claim new business models opt for alternative jobs positions “as a substitute for salaried employment” and pose a “challenge for national labour and social legislation”. Once a generalised necessity for adding household incomings —sometimes faced as a career alternative— precarious jobs have wide openly exhibited a void of social guarantees. Gravely felt in critical times; even more so during a period of pandemic which hinders all *uberised* works and workers.

As this economic model —usually based on digital disruption following massive youth unemployment rates— relies upon unstable and unpredictable labour relations, rights such as fair wages, annual leave and paid vacation, extra hours pay and overtime limits, full work insurance, social security, *inter alia*, are undermined. Those grounds are nonetheless at the core of social Europe. In that regard, *uberisation* venture is its antithesis⁹.

It is acknowledged that much beyond the project of an internal market (increasingly digital¹⁰) the EU has developed into a polity legitimised by fundamental rights and, in the words of Claire Kilpatrick (2014: 394), it also

of the regulatory aspects affecting the collaborative economy in the tourism accommodation sector in the 28 Member States (580/PP/GRO/IMA/15/15111J), 04 May 2018; the Joint Research Centre 2018 Report on Platform Workers in Europe; Communication an European Agenda for Collaborative Economy [COM (2016) 356 final], 06 February 2016; the European Parliament Resolution of 15 June 2017, on a European Agenda for Collaborative Economy [2017/2003 (INI)]; and the early European Economic and Social Committee’s opinion on collaborative or participatory consumption, a sustainability model for the 21st century, of 21 January 2014.

⁸ See Directive 2019/1158, on work-life balance for parents and carers, which was adopted following the standards of the European Pillar of Social Rights.

⁹ For a perspective on digital inequities as a new dimension of inequalities within the EU social rule of law, see Canotilho (2019).

¹⁰ See Oliveira (2019).

materialises a “social constitution” that should not suffer marginalisation. In essence, the European Social Union legal foundations consist of CFREU, the treaties and the social *acquis* deriving from the multilevel/inter-constitutional integration. As well, CJEU’s case-law¹¹ and public policies linked to social matters —and in close cooperation with member states standards in favour of the higher level of protection—, including the on-going implementation of the EPSR, play a decisive role towards the achievement of the EU’s social constitution.

The principle underlying the social constitution is the protection of vulnerable individuals, mostly in times of economic meltdown (Vandenbroucke, 2017: 3). Supposedly, European economic integration (*i.e.*, Euro and Economic and Monetary Union) was to serve as a channel to prosperity and welfare which were to be mirrored in the different national social policies. In effect, as I argue, such elaborate legal structure creates in the EU a substantially binding *public reason of social democratisation* (Maia, 2019) that must be upheld in European actions.

Nevertheless, although the European Social Union multileveled constitution seems robust, the fact is that over the last years there has been an overpowering distortion in the EU functioning. While attempting to surpass EMU’s faulty design, economic rules —mostly the ones impacting solidarity expenditures in some member states’ treasures— ceased being the means of integration convergence to become its objective (Lörcher and Schömann, 2016: 14). Social democratisation was not upheld. That failure came at a cost of setting aside cohesion and marginalising the social constitution.

Altogether, in the recent aftermath of economic adjustment programmes (created under intergovernmental treaties), that previous wrested legal-political shift, alongside digitisation of work and informal self-employment growth, provoked severe inequality consequences. As stated by Mariana Canotilho (2016: 884), European regulation concerning economic, financial and labour matters restricts national public choices of social benefits. At the present time of COVID-19 pandemic such solidarity turmoil is especially visible. The implications of the crisis do not encompass only the health emergency; in fact, they expose the vulnerabilities of the globalised economic system and the flaws of a welfare-limited labour market, which are the focus of this paper.

Legal provisions on social protection of workers in the EU, thus, situate in the centre of this realm.

¹¹ On that point, see Quesada (2017).

In this way, pursuant to art. 34, CFREU¹², the protection against the loss of income (illness; accidents; old age; unemployment; maternity; etc.) through social security and social assistance instruments is a concern of the EU in line with national laws and practices¹³. For the purpose of this paper, the distinction between social security and social assistance is not significant; the relevant idea is that workers shall be free from the risk of social exclusion and poverty, as provided for in art. 34 (3), CFREU—that must be read in conjunction with arts. 151 and 153 (1)(c)(j), TFEU. It is clear that such standard is adjustable to each member state's actual welfare resources and conditions.

In any case, the EU keeps a concept of poverty of its own since the European Council of 1975. The definition recalls that “people are said to be living in poverty if their income and resources are so inadequate as to preclude them from having a standard of living considered acceptable in the society in which they live. Because of their poverty, they may experience multiple disadvantages through unemployment, low income, poor housing, inadequate health care and barriers to lifelong learning, culture, sport and recreation. They are often excluded and marginalised from participating in activities (economic, social and cultural) that are the norm for other people and their access to fundamental rights may be restricted”¹⁴.

Moreover, following a 2019 report by the European Social Policy Network on in-work poverty, data indicate that 9.4% of workers were at risk of poverty, which accounts for around 20.5 million people¹⁵. Impressively, the figures raise to 22.2% regarding self-employed workers. The study demonstrates, then, that the self-employed suffer a greater risk of social exclusion

¹² It states: “art. 34. Social security and social assistance. 1. The Union recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services providing protection in cases such as maternity, illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment, in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices. 2. Everyone residing and moving legally within the European Union is entitled to social security benefits and social advantages in accordance with Union law and national laws and practices. 3. In order to combat social exclusion and poverty, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices”.

¹³ Much of this protection is enforced under the framework of Regulation 883/2004, on the coordination of social security systems.

¹⁴ Available on: <https://bit.ly/2GxicAw>, accessed on 11th June 2020.

¹⁵ Available on: <https://bit.ly/32tdjjN>, accessed on 11th June 2020.

and are more likely to require their social protection rights. The paradox is, as commented above, that self-employment occupations are in general less covered/protected by social guarantees than contracted workers.

Whether such difference in treatment is objectively and lawfully justified exceeds my point in this paper. As I will develop in the next section, my argument is solely to emphasise the vulnerability of self-employed workers in the context of COVID-19.

Irrespective of not defining *how* social assistance ought to be provided, it seems undoubtful that art. 34 (3), CFREU aims at ensuring a decent existence while leaving for member states to implement so. As follows, CJEU's judgments *Krüger* (C-291/97)¹⁶ and *Kamberaj* (C-571/10)¹⁷ reiterate the wide margin of discretion member states have when taking into consideration the *conditions* of concession, the *amount* and the *objective* of social benefits.

A large decree of appreciation does not entail, though, that art. 34 should be interpreted as a principle, non-self-standing or un-justiciable. In fact, referring to different legal bases but with a similar *rationale*, judgments *Robinson-Steele* (C-131/04)¹⁸, *Egenberger* (C-414/16)¹⁹, *Bauer* (C-596/16 and C-570/16)²⁰ and *QH* (C-762/18 e C-37/19)²¹ prove the opposite: EU social rights can be self-executive.

Consequently, in sum, art. 34, CFREU combined with art. 151, TFEU may, in effect, lead to an entitlement of the protection against social exclusion and poverty enshrined as fundamental social rights, initiated beforehand in the European Social Charter and the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers. This evolution culminated in their affirmation as *self-sufficient standards*; instead of being subordinated to economic rules (Leite, 2012: 672). The competence to carry out concrete actions enforcing that right belongs mainly to the member states under the encouragement of the European Commission, compliant with art. 156, TFEU.

Building on this legal structure, such *acquis* recently gained expression in the EPSR²². More precisely in its Principle 12 respecting social protection, where it reads “regardless of the type and duration of their employment

¹⁶ ECLI:EU:C:1999:396.

¹⁷ ECLI:EU:C:2012:233.

¹⁸ ECLI:EU:C:2006:177.

¹⁹ ECLI:EU:C:2018:257.

²⁰ ECLI:EU:C:2018:871.

²¹ ECLI:EU:C:2020:504.

²² Adopted as Commission Recommendation (EU) 2017/761 of 26 April 2017 on the European Pillar of Social Rights and Interinstitutional Proclamation (2017/C 428/09).

relationship, workers, and, under comparable conditions, the self-employed, have the right to adequate social protection”. In this sense, Principle 12 envisages to suppress situations where workers do not have sufficient resources to live in decent conditions as it intends to support their endowment in circumstances where their regular earnings are impaired. I would also argue that these circumstances comprise likewise the COVID-19 pandemic effects. The provision, hence, confirms the idea of entitling a right of inclusion for workers.

Following Maurizio Ferrera’s (2018: 22) description, the EPSR might be an “operational arm” because it empowers citizens with both normative and policy-driven instruments. For her turn, while acknowledging it will not unravel all of EU’s social problems, Sacha Garben (2019) sustains that by virtue of its programmatic nature the Pillar is successful at reviving TFEU’s social title.

Conversely, some authors consider —not without some reason— the solutions proposed in the EPSR are neither adequate nor effective (Masala, 2018: 68), given its soft law nature (typical of the open method of coordination) and its lack of ampliation of EU competencies to enhance social rights. As realistic as they are, critiques of this kind, however, do not seem to take into full account that soft law can be a highly influential mechanism for member states. Also, they seem to disregard that even in domains in which the EU has limited or indirect powers, it can make a deep legal impact (*v.g.* education, youth, sport and culture).

Council Recommendation 2019/C 387/01, of 8 November 2019, demonstrates both sides’ accuracy²³. Adopted to materialise Principle 12 of the EPSR as well as art. 34, CFREU, the recommendation addresses the access to social protection for workers and the self-employed. In its recitals, it recognises that *social protection schemes are still largely based on full-time contracts* and that new forms of self-employment have appeared in the EU, such as on-demand work, voucher-based work and platform work. In addition, it is stated that it applies to the protection from loss of work-related income upon the occurrence of a certain risk and that “some self-employed persons have insufficient access to the branches of social protection”. The recitals also

²³ “Simplistic hard and soft dichotomies whereas the former have all binding effects and are considered ‘law’ whereas the latter, non-binding, can only have ‘practical’ effects with no legal relevance in a court of law cannot work, neither in times of crisis nor in usual times. [...] [T]he more interesting question pertains to the effectiveness of COVID-19 soft law” (Stefan, 2020: 6-7).

reveal concerns with gaps in social protection growing economic uncertainty, the risk of poverty and inequalities.

Considering those gaps may erupt damaging economic and fiscal impacts and affect key purposes of the Union, they are a matter of common interest for member states. Adequate coverage is, therefore, essential. Commensurate with Recital 17, “social protection is considered to be adequate when it allows individuals to uphold a decent standard of living, replace their income loss in a reasonable manner and live with dignity, and prevents them from falling into poverty”. The obstacle in providing adequate coverage is that the social protection schemes in some member states exclude certain categories of workers, in special the ones with precarious jobs because they do not meet the criteria (designed for classic employees) for accessing benefits. Thresholds on qualifying periods or minimum working periods, for instance, pose a real threat about creating entitlements disadvantages.

Very importantly, even if a type of social protection is granted, the benefit itself may be insufficient or untimely. In that case, the *decent standard of living* of the workers will be in jeopardy. This is why art. 9 of the Recommendation states an effective coverage so that member states ensure all workers and self-employed are not prevented from accruing or accessing benefits due to rules governing contributions and entitlements. On top of that, “differences in the rules governing the schemes between labour market statuses or types of employment relationship should be proportionate and reflect the specific situation of beneficiaries” [art. 9 (b)].

Finally, arts. 11 to 14 establish the parameters of adequacy of the protection, which should be assessed considering the national social system as a whole. The first specification recommends member states to ensure workers receive, in timely manner, appropriate income replacement and to repeal any risk of them falling into poverty, in conformity with national circumstances. Besides, member states are recommended to promote real equality amongst workers by ensuring all types of employment relationship and labour market status obtain potential exemptions or reductions in social contributions under fair and similar conditions.

Art. 14 provides the last substantially relevant qualification for our analysis. It recommends member states to base the calculation of the social protection contributions and *entitlements of the self-employed* on objective and transparent assessment of their income in order to *reflect their actual earnings*. From this, it seems conceivable to conclude that the clause means to determine that the concept of decent standard of living matches the maintenance of, at least, most of the self-employed actual earning so that she/he keeps her/his general level of well-being, rights and dignity. If so, *adequate* national social protection should yield tangible benefits for all workers to be free from the

risk of social exclusion and poverty, in line with CFREU and TFEU. Social *inclusion* is, thus, the utter measure of social protection adequacy lawfulness.

III. COVID-19 AND PORTUGUESE EMERGENCY POLICIES FOR SELF-EMPLOYED WORKERS

In Portugal, the pandemic aggravated the reality of social deprivation. Although its comprehensive analysis needs more time to be grasped, as Rita Calçada Pires puts it (2020: 702), *vis-à-vis* the economic and social resume and their budgetary impact, it is possible to shed light in some decisive features. According to a survey conducted by Escola Nacional de Saúde Pública (National School of Public Health), workers with lower wages were more severely hit by the labour and economic breakdown in the period from March to May 2020. The enquiry shows that families with an income of up to 650 euros registered the higher rates of earnings loss. In this group, near 39% of the workers affirmed their gains were partially cut and 25% said they have lost them completely²⁴. Also, 53,8% of self-employed affirmed to seriously fear lose their income, whereas 24,6% of employees had the same worry. Joining these data allows us to deduce the vulnerability of the self-employed due to the precariousness of their labour relationships.

Reacting to this background subsequent to COVID-19, the government created a regime of emergency and temporary support to workers in general through *Decreto-Lei* n.º 10-A/2020. Apart from norms on other subjects (public procurement; expenditure; education; restrictions on service provision; etc.) and rules on employees (family assistance; sickness benefits) —applicable too, where suitable, to self-employed—, art. 26 of the *decreto* presents the central action in favour of the self-employed: an special aid to compensate their economic activity drop.

It consists of financial support (pay) exclusive to self-employed who are not pensioners. They must have contributions records on at least three consecutive months in the past twelve months. They must prove the situation of halting of their activity or sector as a result of the pandemic [art. 26 (1)] and this circumstance must be endorsed [art. 26 (2)].

For the duration of this measure, the entitlement of the pay is limited to a maximum six-months period. The benefit is paid on a monthly basis, renewable until that time restraint. Its amount ponders the self-employed

²⁴ Full data and results can be consulted in the Portuguese original version, available on: <https://bit.ly/36295k3>, accessed on 2nd June 2020.

remuneration registered as their contribution base in the public files. If the figure is EUR 658,22 or lower, the assistance matches the value of the *Indexante dos Apoios Sociais* (IAS), *i.e.*, the social benefit indexing [art. 26 (3)]. In 2020 that sum amounts to EUR 438,81 (*Portaria* n.º 27/2020). If the registered figure is higher than EUR 658,22, the support may raise to EUR 635 at most (matching the national minimum wage). The payment begins in the following month of the request [art. 26 (4)] and it cannot be cumulated with any other emergency support (art. 26 (6)).

Indeed, the need for having contribution records represented a threshold difficult to attend to by some self-employed, particularly young professionals and recent independent workers because, normally, they do not account enough time in their contribution history²⁵. Moreover, in Portugal, self-employed are exempt from contributing to the social system during the first year of financial and tax registry [art. 157 (1)(d) of *Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social*], which means that *Decreto-Lei* 10-A/2020 excluded the situation of newly self-employed due to a legal stimulus instilled earlier by the state. The Portuguese ombudsman—who has powers for issuing recommendations to the public administration and *locus standi* in fundamental rights matters—alerted the government of this contradictory regime and it became clear that this legal conundrum had to be overcome.

As a result, *Decreto-Lei* n.º 20-C/2020 came into force. Not only it specified that the minimum rate of the benefit is 50% of IAS (variable to more, depending on the officially registered income) for self-employed who meet the original criteria [art. 26 (11) amended], but it also added art. 28-A to the norm.

This new art. 28-A defined that the extraordinary support includes self-employed who have initiated their contribution records for more than twelve months but still do not meet the criteria [art. 28-A (1)(a)]; who have initiated their contribution records less than twelve months before (b); and

²⁵ It is relevant to note the situation of lawyers and solicitors who were excluded from this regime because their social security status is distinguished. These independent workers have their own social security system, whose funding is not state-owned, provided by CPAS (*Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores*). It is an autonomous pension institution, with legal personality and private management. Such differentiation raised controversial consequences, as many of them were in the same situation as the other self-employed workers, but did not received the same assistance. See, in this regard, the Portuguese ombudsman procedures, namely, Recommendation n.º 5/B/2020, of 21st March, and the Communications S-PdJ/2020/10855 Q/2075/2020 (UT3) and S-PdJ/2020/10864 Q/2075/2020 (UT3), both of 8th May.

who are exempt from contributing to the social system (c). So, apparently, self-employed who did not meet the original criteria of the contribution thresholds would now get emergency social protection, crucial in times of COVID-19, to face the economic breakdown and their radical loss of income, as the data show.

However, in art. 28-A (2) lies the ultimate question in view of the *decent standard of living*. It sets out that the financial support lasts a month renewable to a maximum of three months and that its *upper* limit equals half the amount of IAS, a total of EUR 219,41²⁶. The minimum limit matches the lowest value of contribution base. The precise final number relies on the calculation of the reported income average between March, 1st 2019 and February, 29th 2020 *ex vi* art. 162 (1), CRCSPSS and art. 26 (8), *Decreto-Lei* n.º 20-C/2020.

Given its concrete amount and length, does this social protection benefit, guarantee, overall, adequate inclusion and prevent the risk of poverty, in light of EU law?

IV. LAWFUL BUT INSUFFICIENT AS REGARDS ITS PURPOSE? WHEN SOCIAL PROTECTION OF WORKERS DOES NOT ENSURE THE FIGHT AGAINST EXCLUSION

As provided for in EU law, social protection rights, while leaving a wide margin of appreciation for member states concerning conditions, amount and objective, can be self-executive. As such, the fundamental right enshrined in art. 34 (3), CFREU, in conjunction with arts. 151 and 153, TFEU, and expressed in Principle 12 of EPSR—plus Council Recommendation 2019/C 387/01—encompasses an adequate entitlement that reflects, as much as possible, independent workers' actual earnings in order to safeguard their decent standard of living, freeing them from the risk of poverty.

When analysing the Portuguese benefit of *Decreto-Lei* n.º 20-C/2020, it seems unquestionable that its adoption observed the conditions, amount and objective designed by public officials. It settles the manner through which the exceptional pay can be acceded; the financial value of the allowance in each individual case; and the intent of supporting the recipients during the effects of the pandemic. So, from the standpoint of competence, the legal measure looks flawless.

Also, irrespective of the unfulfillment of contributions' threshold, it provides a social protection entitlement to independent workers below that

²⁶ Less than a third of the national minimum salary.

level. Without assuming its nature explicitly in the wording of the art. 28-A, this approach possibly makes the extraordinary policy a non-contributory special benefit. Accordingly, it is fair to say that its mere existence upholds the fundamental social right CFREU states. Hence, the Portuguese benefit claims lawfulness — so far, considering those aspects, it is difficult to argue otherwise.

Yet, if we examine the action as regards its content and concrete dimension, some problems emerge, namely its adequacy, prevention of poverty and provision of a decent standard of living.

As mentioned before, to be deemed adequate the protection must comprise an *income replacement* that is enough to repeal any risk of falling into poverty, compliant with the national circumstances. Because relative poverty, in this sense, is defined as a preclusion to enjoy activities reputed as ordinary in his/her social sphere, if the self-employed finds him/herself under poor housing conditions, deficient healthcare and is excluded from educational, cultural and recreational doings, then his/her fundamental rights are unlawfully restricted. Bearing this concept in mind, it is necessary to contrast the amount and length of the benefit with their capability of guaranteeing in Portugal the development of behaviours socially embedded.

Perhaps an illustrative way to begin is to check housing costs. According to the *Instituto Nacional de Estatística* (National Institute of Statistics), the city of Belmonte, in the district of Castelo Branco, displayed the lowest costs of housing rental per square meter in 2019. INE figures show that one m² in Belmonte costs in average EUR 1,70²⁷. If we take into account that in the EU the average floor area per person is 42,56 m²²⁸, we can project that one self-employed to live alone in Belmonte will spend EUR 72,35 per month.

In this exercise, assuming this independent worker requested and received the emergency benefit as laid out in art. 28-A and that this is her/his only income resource, she/he has EUR 219,41 to cover all life expenses. Debiting the cost of the rental out of the income, she/he will have remaining a total of EUR 167,26.

For energy costs, the main company in Portugal charges EUR 0,14270 for kWh in that city (public information) and if the person spends approximately 200 kWh per month, it equals to EUR 28,54. For water and sanitation costs, the basic fee in Belmonte costs EUR 0,48 per m³ (public information), so an average of 7m³/month will add to EUR 3,36, plus taxes and tariffs.

This calculation leaves about EUR 135 available to pay for food (proper, balanced nutrition), transport, mobile and maybe internet. It does not

²⁷ Data available on: <https://bit.ly/389sYrX>, accessed on 22nd June 2020.

²⁸ Data available on: <https://bit.ly/3kY2nBQ>, accessed on 22nd June 2020.

seem easy to accommodate other expenses with hygiene products, clothing or unexpected illnesses (medicines against *influenza*, for instance), let alone books, newspapers, theatre or sports. All in all, even in the example of one of the cheapest towns to live in Portugal, the COVID-19 emergency benefit for self-employed below the contribution threshold fails to prevent poverty.

For its turn, the idea inserted in the decent standard of living embraces the maintenance of most of the worker's regular earnings in a way that she/he can keep their well-being by ensuring effective social inclusion. As I have argued, the sole benefit of EUR 219,41 is insufficient to accomplish the purpose of fighting exclusion, contradicting the essence of the fundamental right of social assistance (art. 34, CFREU). The genuine enjoyment of social protection relies upon counterbalancing inequalities and growing real equality. Therefore, any policy of social assistance that does not sustain these endowments will inevitably miss the obligation of inclusion (arts. 9 and 151, TFEU)²⁹.

Social assistance enforces social inclusion through implementing collective integration in community relations and promoting the self-realisation of the personality. Unemployed as much as workers without sufficient income struggle to achieve such level of conviviality. In this scope, the absence or the shortcoming of equality policies menace the bedrock of republican democracy: non-exclusionary common good. Public welfare, thus, demands combating all forms of exclusion, including, if not mostly, the financial one.

V. CONCLUDING REMARKS

Considering that the EU legal standard is applicable in the matter, what could the Union do to back the member states in the execution of this function? I submit that instead of facing this benefit as part of the social security scheme —a domain where the EU has powers to coordinate, but not to act directly—, the EU could interpret it as a hybrid social assistance instrument. This hybrid nature results from the fact that it is an extraordinary non-contributory pay while, at the same time, it is an entitlement directed to workers who would normally fit the social security system. Using this perspective, the EU would be able to fund an instrument belonging to some kind of emergency programme that workers could accede directly. This would

²⁹ Similarly, this obligation of “real equality” also weights on the Portuguese state by virtue of art. 9 (d) of the Constitution. The Constitutional Court, in plenary session, once ruled that there exists a right to claim from the state a positive provision that assigns a dignified existence (Judgment 509/02).

be rather different than the initiative of SURE (*temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)³⁰, a funding programme of 100 billion euros, which consists of loans to member states that will manage how to invest the capital —provided that the loan conditions are met.

In my opinion, this alternative formula would best enhance the protection of the fundamental right to social assistance present in art. 34, CFREU and its corollary of decent standard of living. Consequently, the obligation of equality and the objective of social inclusion would as well be satisfied. In times of COVID-19 pandemic, it is vital that workers, particularly the most vulnerable and precarious self-employed, are not left behind.

In conclusion, we face a highly problematic economic structure which in recent years has been ignited by digital platforms and e-tools. Such background hampers the social protection rights of workers and in the context of the COVID-19 pandemic they find themselves further exposed. This deprotection is even more evident concerning the self-employed, as independent workers due to their precarious job relations are less covered by social assistance than contracted ones. In Portugal, this more vulnerable group of workers earns lower wages and they were most affected by the pandemic. As a response, the national government approved an emergency aid. Its first version in *Decreto-Lei* n.º 10-A/2020 excluded self-employed workers below the threshold of social security contributions and, then, it was amended by *Decreto-Lei* 20-C/2020 to cover those workers as well.

In light of EU law (CFREU, EPSR and Council Recommendation 2019/C 387/01), the national instrument seems lawful, but considering its amount and extension I demonstrated it is insufficient to fulfil the objective of combating poverty and exclusion and to ensure a decent standard of living. This shortcoming precludes the implementation of a real social equality. Therefore, to be effective the Portuguese emergency social assistance would benefit from an EU fund that workers could directly accede to complement and replace fairly their incomes lost after COVID-19.

In this way, member states and the EU alike will live up to their legal obligation of social inclusion.

Bibliography

Balaguer Callejón, F. (2020). *50 cartoons for a quarantine*. Granada: Granada Editorial.

³⁰ Council Regulation 2020/672.

- Canotilho, M. (2016). Igualdade de oportunidades e não discriminação. In A. Silveira, M. Canotilho and P. Froufe (eds.). *Direito da União Europeia. Elementos de direito e políticas da União* (pp. 883-944). Coimbra: Almedina.
- Canotilho, M. (2019). Direito público e sociedade técnica: desafios para a jurisprudência constitucional do século XXI. *3ª Conferência Quadrilateral dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha, Itália e do Conselho Constitucional de França*, 10-10-2019, Lisboa.
- De Micheli, B., Figari, F., Iudicone, F., Lombardi, A., Matsaganis, M., Raitano, M. and Vesan, P. (2018). *Access to social protection for all forms of employment: Assessing the options for a possible EU initiative*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Available at: <https://bit.ly/34TBHfW>.
- Ferrera, M. (2018). The European Social Union: how to piece it together. In B. Vanhercke, D. Ghailani and S. Sabato (eds.). *Social Policy in the European Union: state of play 2018* (pp. 17-33). Brussels: ETUI aisbl.
- Garben, S. (2019). The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and Significance. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21, 101-127. Available at: <https://doi.org/10.1017/cel.2019.3>.
- Hatzopoulos, V. and Roma, S. (2017). Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU law. *Common Market Law Review*, 54, 81-128.
- Kilpatrick, C. (2014). Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law? *European Constitutional Law Review*, 10, 393-421. Available at: <https://doi.org/10.1017/S1574019614001308>.
- Lanceiro, R. T. (2020). Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da Covid- 19. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 41 (1), 729-746.
- Leite, J. (2012). Comentário ao artigo 153.º. In M. L. Porto and G. Anastácio (ed.). *Tratado de Lisboa anotado e comentado* (pp. 670-673). Coimbra: Almedina.
- Lörcher, K. and Schömann, I. (2016). *The European Pillar of Social Rights: Critical legal analysis and proposals*. Report 139. Brussels: ETUI aisbl. Available at: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2859976>.
- Maia, Sergio (2019). *A razão pública da União de Direito. Da juridicidade à democratização social*. Cascais: Principia.
- Mandl, I., Curtarelli, M., Riso, S., Vargas Llave, O. and Gerogiannis, E. (2015). New Forms of Employment. *Eurofound*. Luxembourg: Publishing Office of the European Union. Available at: <https://bit.ly/386TbYh>.
- Masala, P. (2018). ¿Qué perspectivas para el constitucionalismo social en Europa? (Buscando, e intentando encender, luces en tempos oscuros). *Lex Social*, 8 (2), 58-75. Available at: <https://bit.ly/3oUzDMH>.
- Oliveira, P. C. (2019). Digital Single Market: electronic commerce and collaborative economy. *UNIO-EU Law Journal*, 5 (2), 4-14. Available at: <https://doi.org/10.21814/unio.5.2.2288>.
- Pires, R. C. (2020). Segurança Social em modo de exceção. In AA. VV. *Direito Administrativo de Necessidade e Exceção* (pp. 643-705). Lisboa: AAFDL.

- Quesada, L. J. (2017). The asymmetric evolution of the social case-law of the Court of Justice: new challenges in the context of the European Pillar of Social Rights. *UNIO–EU Law Journal*, 3 (2), 4-19. Available at: <https://doi.org/10.21814/unio.3.2.2>.
- Santos Botelho, C. (2020). Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência. In AA.VV. *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção* (pp. 9-57). Lisboa: AAFDL.
- Spasova, S. and Wilkens, M. (2018). The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection. In B. Vanhercke, D. Ghailani and S. Sabato (eds.). *Social Policy in the European Union: state of play 2018* (pp. 97-116). Brussels: ETUI aisbl.
- Stefan, O. (2020) COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda. *European Papers, European Forum*, 3-6-2020, 1-8. Available at: <https://bit.ly/3mQRQJ3>.
- Vandenbroucke, F. (2017). The idea of a European Social Union: A normative introduction. In F. Vandenbroucke, C. Barnard and G. De Baere (ed.). *A European Social Union after the crisis* (pp. 3-46). Cambridge: CUP. Available at: <https://doi.org/10.1017/9781108235174.002>.

ESTUDIOS

GENDER-BASED VIOLENCE AS A CHALLENGE TO CONSTITUTIONAL DEMOCRACY¹

La violencia de género como desafío a la democracia constitucional

TANIA GROPPI
University of Siena
tania.groppi@unisi.it

Cómo citar/Citation

Groppi, T. (2020).
Gender-based violence as a challenge to constitutional democracy.
IgualdadES, 3, 457-471.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.07>

(Reception: 07/09/2020; acceptance: 06/10/2020; publication: 18/12/2020)

Abstract

The article deals with gender-based violence, considering that its increase, during the COVID-19 pandemic, does not represent a novelty. Notwithstanding the flows of legislation in the last decades, both at domestic and international level, this dramatic human rights violation has not been eradicated within the constitutional democracies. The article points out that gender-based violence represents a triple challenge to the founding values of constitutional democracy: a) as violence; b) as an expression of a hierarchical conception of the society; c) and, finally, as an extreme form of silencing and marginalizing the most peaceful component of society, the women. It considers that the difficulties in eradicating gender-based violence are related to the difficulties that constitutional democracies are experiencing in the

¹ This paper was firstly presented as Introductory Remarks in the Conference on “Gender-based Violence Between National and Supranational Approaches. The Way Forward”, organized by the University of Milan on December 6th, 2019. I would like to thank Marilisa D’Amico and Costanza Nardocci for their kindness and their support.

XX century. Therefore, it concludes that the struggle for women's rights and against gender-based violence is nowadays more crucial than ever.

Keywords

COVID-19; gender-based violence; gender equality; liberal democracy; constitutional democracy.

Resumen

El artículo trata sobre la violencia de género, considerando que el aumento, durante la pandemia COVID-19, no representa una novedad. A pesar de los flujos de legislación en las últimas décadas, tanto a nivel nacional como internacional, esta dramática violación de los derechos humanos no ha sido erradicada dentro de las democracias constitucionales. El artículo señala que la violencia de género representa un triple desafío a los valores fundacionales de la democracia constitucional: a) como violencia; b) como expresión de una concepción jerárquica y patriarcal de la sociedad, y finalmente c) como forma extrema de silenciar y marginar al componente más pacífico de la sociedad, las mujeres. Considera que las dificultades para erradicar la violencia de género están relacionadas con las dificultades que atraviesan las democracias constitucionales en el siglo xx. Por tanto, concluye que la lucha por los derechos de la mujer y contra la violencia de género es más crucial que nunca en este momento.

Palabras clave

Pandemia COVID-19; violencia de género; paridad de género; Estado constitucional democrático de derecho; Estado democrático pluralista.

CONTENTS

I. "A DISEASE OF THE SOCIETY". II. PEACE AS THE CORE VALUE OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY. III. WOMEN'S RIGHTS AND PEACE VALUES. IV. GENDER-BASED VIOLENCE AND DEMOCRATIC DEGRADATION. *BIBLIOGRAPHY.*

I. "A DISEASE OF THE SOCIETY"

In 2020, one of the most evident consequences of COVID-19 pandemic and consequent lockdown of half of the world population was an increase in gender violence, especially of domestic violence².

Nothing new under the sun. In the XXI Century, gender-based violence, especially in its more common meaning of violence against girls and women perpetrated for gender reasons³, can be considered as one of the most

² For some data at global level, *see* <https://bit.ly/34Yet8x>. See also the Observatory on COVID and Gender established by the International Association of Constitutional Law: <https://bit.ly/3mS7RhS>. Specifically, on the situation in Italy see Bassu (2020: 595 ff.); D'Amico (2020: 16 ff.) (in Italian).

³ The shift from the expression "violence against women" to "gender-based violence", in the 1990s, was aimed at incorporating social and historical legacy: see Cocchiara (2014: 3 ff.) (in Italian). An example of this tendency is Recommendation no.19 of the United Nations Committee of the CEDAW (Convention on the elimination of all forms of violence against women), 1992, whose opening words are: "Gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men". Within the Council of Europe, the turning point is the Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence opened to signature on 11/05/2011 (Istanbul Convention), whose Article 3, lett. d) states: "gender-based violence against women' shall mean violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately". Within the European Union, the definition of gender-based violence was first established by Directive 2012/29/UE of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime: "Violence that is directed against a person because of that person's gender, gender identity or gender expression or that affects persons of a particular gender disproportionately, is understood as gender-based violence" (no. 17).

widespread, persistent and devastating human rights violations⁴, which affects (at different levels) developed and underdeveloped countries, in Western world and Global South, in liberal democracies and authoritarian regimes, in wartime and in time of peace⁵.

“A disease of the society”, it has been defined⁶. Every day, newspapers and other media—as well as our personal experiences, I am afraid—confirm this impression. However, as usually when we deal with social facts, to capture the phenomenon we need indicators and measurement. Qualitative analysis and some forms of storytelling are also needed and welcomed, even more when data is not available, as it happens very often in exploring the historical perspective.

All those sources converge in indicating that violence against women is one of the main forms of violence still in existence. Data from the World Health Organization, according to which, “globally, at least one in three women will be beaten, coerced into sex or otherwise abused by an intimate partner over the course of her lifetime”⁷ are striking.

Scholars have pointed out a correlation between discrimination and gender inequality, on one hand, and violence against women, on the other. Clear evidence has been provided indicating that the countries with a better track on gender equality score more favourably also in terms of domestic

⁴ This is the opening statement of the United Nations webpage dedicated to the International Day for the Elimination of Violence against Women, although no data are quoted to support the statement: <https://bit.ly/32bYuSa>

⁵ Women’s rights are considered as human rights since the CEDAW Convention adopted in 1979 by the General Assembly of the UN. An important step forward in clarifying this approach was represented by the World Conference on Human Rights held in Vienna, Austria, in 1993: see para. 18 of the Vienna Declaration and Programme of Action, <https://bit.ly/3oZxsYm>. See Calloni (2007: 1372 ff.) (in Italian).

⁶ Roy (2016: 124).

⁷ <https://bit.ly/32emYKH> See also the UN Secretary-General Ban-Ki moon’s Campaign “UNiTE TO END VIOLENCE AGAINST WOMEN,” ‘Framework for Action: Programme of United Nations Activities and Expected Outcomes 2008-2015’ (2008) 2 (UNSG Campaign Unite to End Violence Against Women), quoted by Stedman (2013: 4 ff.). “Proportion of ever-partnered women and girls aged 15 years and older subjected to physical, sexual or psychological violence by a current or former intimate partner in the previous 12 months, by form of violence and by age” is an indicator of target 5.2 of Sustainable Development Goals of the United Nations (Goal 5 is “Achieve gender equality and empower all women and girls”): <https://sdgs.un.org/goals/goal5>.

violence against women⁸. Conversely, data on the violence in the public sphere is more inconsistent. Non-domestic violence seems higher in more developed and equal countries, possibly in response to female emancipation (as a new index developed by scholars at the University of Siena points out)⁹.

The link between the prevalence of patriarchal norms and values in society and violence against women, identified since the 1970s (I would like to mention the seminal study of Susan Brownmiller on rape, *Against Our Will*¹⁰), emerges clearly from all the measures and indicators available and it has been pointed out by all social sciences, by international organizations and by courts¹¹.

As for legal studies, the main question remains the contribution that law, at international and domestic level, can provide to prevent, stop, or reduce, violence against woman. The legal framework on women's rights dramatically improved since the 1970s, representing one of the most successful human rights stories¹². A significant effort on fighting gender-based violence has been put in place in the last decades, new international conventions have been signed and ratified and new domestic laws have been approved¹³, contributing to

⁸ To quote the Preamble of the Istanbul Convention: "Recognising that the realisation of *de jure* and *de facto* equality between women and men is a key element in the prevention of violence against women". It has also been pointed out that «[g]ender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men": UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) (General Recommendation No. 19, para. 1).

⁹ Bettio and Betti (2019).

¹⁰ Brownmiller (1975).

¹¹ Only a couple of examples. European Court of Human Rights, *Talpis v. Italy*, para. 145 "The Court considers that the applicant provided prima facie evidence, backed up by undisputed statistical data, that domestic violence primarily affects women and that, despite the reforms implemented, a large number of women are murdered by their partners or former partners (femicide) and, secondly, that the socio-cultural attitudes of tolerance of domestic violence persist". The UN Secretary General: Antonio Gutierrez, Message on the International Day for the Elimination of Violence against Women, 25 November 2019, according to which "Sexual violence against women and girls is rooted in centuries of male domination. Let us not forget that the gender inequalities that fuel rape culture are essentially a question of power imbalances": <https://bit.ly/3mSAkEl>

¹² On the human rights trends, including women's rights, see Sikkink (2017: 151 ff.).

¹³ In Europe, it is worth mentioning the Istanbul Convention, ratified by 35 out of 47 countries (<https://bit.ly/3jTVEY9> last accessed August 7th, 2020). See especially Scotti (2017). A special mention deserves the complicated history of the inclusion of

a significant legal evolution, especially reshaping the conducts included in the gender-based crimes¹⁴; important case-law has also been developed by domestic and international courts¹⁵. Nevertheless, the problem does not seem either eradicated or even mitigated. Therefore, once law is in force, how can we, as lawyers, contribute?

II. PEACE AS THE CORE VALUE OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

The answer to this question (how can we, as lawyers, contribute?) is especially related to the effectiveness of legal norms (as it happens more often with international and constitutional provisions)¹⁶ and to the enforcement of legislation, positive obligations included¹⁷. It also touches the “cultural” role

rape in the crimes against humanity: it is worthy mentioning that rape was not considered in the Nuremberg and Tokyo trials after the Second World War, becoming object of a long omission, lasted till the end of the XX Century. The situation changed only in the 1990s with the International Criminal Tribunals for Rwanda and for the former Yugoslavia, culminating in the Rome Statute establishing the International Criminal Court, article 7, including in those crimes “Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity”: see Ellis (2007). It is worthy mentioning also the resolution of the Security Council of the UN 1820 of the 19 June 2008, according to which “rape and other forms of sexual violence can constitute a war crime, a crime against humanity, or a constitutive act with respect to genocide”. At domestic level, at least 144 countries have passed laws on domestic violence, and 154 have laws on sexual harassment. World Bank Group (2018). *Women, Business and the Law 2018*, database. For a glance on Italian recent legislation, Pezzini and Lorenzetti (2020), (in Italian).

¹⁴ A good example can be the introduction of the crime of “femicide”, on which see the seminal study of Radford and Russell, 1992. The historical perspective is presented by Feci and Schettini (2017) (in Italian).

¹⁵ I would like to quote here at least the leading cases of the ECHR and of the ICHR, which contributed to the reframing of gender-based violence, respectively *Opuz v. Turkey* (ECHR judgment of 9 June 2009) and *González and others (“Campo Algodonero”) v. Mexico* (ICHR judgement of 16 November 2009).

¹⁶ As it has been pointed out, “The gap between equality guarantee in constitutions and the unequal relative status of the sexes is striking in virtually all settings”: Mackinnon (2012: 406).

¹⁷ The major gaps in the enforcement of positive obligations include a lack of adequate enforcement by police and the judiciary of civil remedies and criminal sanctions for violence against women, and an absence or inadequate provision of services such as shelters which mean that women often have no choice but to continue living with

of law and its contribution as factor of social change and it would lead us to delve ourselves into the “law and society” perspective.

However, I would like to focus on “the other side of the moon”: that is, the contribution that social studies on gender-based violence can give to constitutional law: actually, I believe the struggle against gender-based violence is at the same time a struggle for individual rights of especially subalterne people and a struggle to strengthen, and even to protect, constitutional (or liberal) democracy.

We cannot forget that in liberal democracies –this aspect has been especially emphasized after the Second World War, in the so-called Post-war paradigm, *id est* the “constitutional democracy”¹⁸– one of the main goals of law (at international and domestic level) has been the reduction of violence. I would like to say: it is not any more a matter of *monopoly of violence* by the State, as it used to be since the establishment of the Modern State, in the Hobbesian perspective. It has become a matter of *eradication of violence*. It has not always been the case in the history of mankind, and it has definitely not always been the case until the Second World War. Let us think of death penalty, torture and cruel punishment¹⁹. In our perspective, it is irrelevant if this goal, codified in domestic constitutions and in international documents, has not yet been accomplished and war, violent conflicts, injustice, still afflict millions and millions of human beings. Aspirational values do not lose their prescriptive nature, only because they aren’t immediately and fully effective: they remain as directional principles, and guide policymakers while also shaping our understanding of what is proper and acceptable (common sense).

If we think about language and words, we can see this more clearly. What is the opposite of “violence”? There is no specific word. We refer to “non-violence”. I would suggest the opposite of violence is actually “peace”.

Peace is the core value of the Post-war paradigm, at national and international level, in the public and in the private sphere²⁰.

Therefore, the fight against any form of violence is part of this set of values we call “peace”.

their abusers: see Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence against Women. The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women, UN Doc. E/CN.4/2006/61, 20 January 2006, para. 49.

¹⁸ On the Post-war Paradigm see Weinrib (2006: 89); Groppi (2020: 33) (in Italian).

¹⁹ The development of the new international law during and soon after the Second World War was vividly described by Sands (2016).

²⁰ Peace as international dimension of the constitutional State has been pointed out by Ginsburg (2018).

III. WOMEN'S RIGHTS AND PEACE VALUES

Within this framework, I would like to add that the struggle for women's rights and against gender-based violence is even more crucial.

First of all, we should reflect on the patriarchal society. Gender-based violence is a gender perpetrated violence, which is an aspect of male domination. It is part of an unequal relationships, which is, in turn, part of a vision according to which the strong shall rule over the weak, and the weak are contemptible as they are weak²¹. Even more, if we consider that gender difference is the constitutive experience of the human relationship, the asymmetries and hierarchies between the sexes represent the paradigm on which all asymmetries and hierarchies of society are forged²².

We should not forget that this approach is incompatible with constitutional democracy and, what's more, it is at the origin of the more violent and brutal totalitarian regimes²³.

I would like to quote a lesser-known 1989 book by a Norwegian legal philosopher, Harald Ofstad, *Our Contempt for Weakness. Nazi Norms and*

²¹ See the Preamble of the Declaration on the elimination of violence against women adopted by the General Assembly of the United Nations (Resolution 48/104 of 20 December 1993): "Recognizing that violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between men and women, which have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of the full advancement of women, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men". Similar wording in the Preamble of the Istanbul Convention of the Council of Europe: "Recognising that violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between women and men, which have led to domination over, and discrimination against, women by men and to the prevention of the full advancement of women; Recognising the structural nature of violence against women as gender-based violence, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men".

²² On gender equality in the perspective of the "anti-subordination principle" see in the Italian scholarship multiple interventions of Barbara Pezzini. Among those, Pezzini (2009: 1141 ff., spec. 1147) (in Italian).

²³ I would like to quote the explanatory report of the Minister of Justice Dino Grandi in the fascist government, in presenting the new Civil Code, on March 16, 1942: "Our law, as we feel it and understand it, is the law of the Roman state, hierarchical and authoritarian, the law of human good sense and therefore universal, enlightened and recognized by the fundamental principles of our [Fascist] Revolution" —quoted by Novarese (2014: 233 ff., spec. 259) (in Italian).

Values-and Our Own: “If we examine ourselves in the mirror of Nazism, we see our own traits.... Nazism did not originate in Germany of the 1930s and did not disappear in 1945. It expresses deeply rooted tendencies which are constantly alive in and around us... We consider ourselves rid of Nazism because we abhor the gas chambers. We forget that they were the ultimate product of a philosophy which despised the weak and admired the strong... We are not living in their situation, but we practise many of the same norms and evaluations”²⁴.

In addition, gender-based violence not only does open our discourse to the hierarchical conception of the social relationships which still permeates our approach. It also represents an attack to the founding values of the constitutional State also as for the main target of it, i.e. the female part of the society.

As it has been pointed out (here, I would like to mention the masterly contribution of Virginia Woolf in *Three Guineas*²⁵ written on the eve of World War II) women represent pacifist values, values which may be expected to reduce violence²⁶. It does not matter if we rely on the controversial explanation based on the psychological legacy of the basic biological difference between the sexes or if we privilege the social and cultural perspective, summarized by the gender-based approach. Both perspectives converge in that a more feminized world would be a more peaceful world²⁷. Although this perspective implies a risk of gender essentialism²⁸, many indicators support this conclusion (at the point that it is impossible to quote them here²⁹). Just a suggestion, for

²⁴ Ofstad (1989: 5-7).

²⁵ Woolf (1938).

²⁶ The use of the word “represent” opens the doors to the debate about the “descriptive” or “substantive” representation of women, which was introduced since Pitkin’s seminal work on representation (Pitkin, 1973).

²⁷ The close link between women’s empowerment and peace has been pointed out by several international conferences and documents, beginning from the 1970s: see Salvatici (2007: 327 ff.). A landmark text is the United Nations Security Council Resolution on Women and Peace and Security approved on 31 October 2000 (S/RES/1325). The resolution reaffirms the important role of women in the prevention and resolution of conflicts, peace negotiations, peace-building, peacekeeping, humanitarian response and in post-conflict reconstruction and stresses the importance of their equal participation and full involvement in all efforts for the maintenance and promotion of peace and security. Clear evidence is provided by Hudson *et al.* (2014).

²⁸ This risk has been pointed out by many scholars. See Grosz (1995).

²⁹ To quote only one data, globally, more than 90% of perpetrators of intentional homicide are male: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2019) *Global*

what it is worth: please have a look at the winners of the Nobel Peace Prize, since its establishment, in 1901³⁰.

“The only people who should be allowed to govern countries with nuclear weapons are mothers, those who are still breast-feeding their babies”: this is the Japanese survivor of two nuclear bombs Tsutomu Yamaguchi quoted by Steve Pinker in his inspiring book on the decline of violence³¹. Pope Franciscus, celebrating Women’s day in 2019, stated: “Peace, then, is born of women, it arises and is rekindled by the tenderness of mothers. Thus, the dream of peace becomes a reality when we look towards women... If we take to heart the importance of the future, if we dream of a future peace, we need to give space to women”³².

I fully share this approach, which is deeply rooted in history and culture. In Western tradition, the power is masculine, and the justice, as mediation, as composition of conflicts, is feminine as very often the iconography and arts remind us³³. Let us think, among many others, to the famous series of frescos by Ambrogio Lorenzetti in the Palazzo Pubblico of Siena or by Giotto in the Cappella Scrovegni in Padua³⁴.

Therefore, gender-based violence represents a triple challenge to the founding values of constitutional democracy: 1) as violence; 2) as an expression of a hierarchical conception of the society; 3) and, finally, as an extreme form of silencing and marginalizing the most peaceful component of society.

IV. GENDER-BASED VIOLENCE AND DEMOCRATIC DEGRADATION

In recent years, at global level, it has been pointed out that the overall progress in reducing gender inequality has been slowing³⁵. In some countries, we even witness a backsliding of women’s rights³⁶. This situation has an impact

Study on Homicide, Executive Summary, 23: <https://bit.ly/3enFXyh> On the issue of the measurement of violence, see Walby *et al.* (2017).

³⁰ <https://bit.ly/3k3G9NC>.

³¹ Pinker (2011: 684).

³² Address of His Holiness Pope Francis to Members of the American Jewish Committee, Consistory Hall, Friday, 8 March 2019, <https://bit.ly/3eqO8mH>.

³³ Zagrebelsky (2018: 373 ff.) (in Italian).

³⁴ See Frugoni (2019) (in Italian).

³⁵ See UNDP, *Human Development Report*, 2019, 150, showing the evolution of the Gender Inequality Index. <https://bit.ly/38cqlFY>.

³⁶ First Vice-President of the European Commission, Frans Timmermans, introducing, in 2017, the annual colloquium on Fundamental Rights, dedicated to “Women’s

on the difficulties in eradicating gender-based violence, notwithstanding the legislative measures taken in the last decades, as it contributes to foster sexism and discrimination, which, as previously indicated, represent the breeding ground for gender violence.

It is no wonder, therefore, that this situation goes hand in hand with the deterioration of democratic systems and the attack to the Post-war paradigm that has been reported by many sources³⁷; a development that has been defined by scholars as “constitutional retrogression”, “democratic decay”, “democratic recession” or “democratic degradation”³⁸. Irrespective of the definitional issue, these expressions refer to the tendency, which has taken place in the past decade worldwide, of constitutional liberal democratic systems to experience an incremental degradation both structurally and substantively. This process has led to new authoritarian regimes (sometimes called electoral authoritarianism, competitive authoritarianism, illiberal democracy, semi-democracy, hybrid regimes): regimes that are neither a pure democracy nor an unfettered autocracy, but that include elements of both.

As for women’s rights, regime type matters³⁹. All the indicators show that women’s rights are especially at stake in non-democratic regimes, whereas they are likely to be protected in democracies. This is intuitive, since, in order to flourish, democracies need, on one hand, societies that value autonomy, self-expression and individual freedom, and on the other, an active civil society. Within the EU, we could refer to the experience of the two countries that experienced a democratic degradation in the last decade, namely Hungary and Poland. In both countries, the *acquis* in terms of gender rights was under attack by the populist government and both

Rights in Turbulent Times”, pointed out with concern that “over the last five or ten years –probably also linked to the conflagration of crises we’ve had– things are moving backwards in many parts of the world»: <https://bit.ly/35YDqQm> The “backlash against gender equality” was pointed out also by the European Union Agency for Fundamental Rights, Challenges to women’s human rights in the EU, 2017: 21 ff.: <https://bit.ly/2TUbd04>.

³⁷ See the indicators measuring the health of constitutional liberal democracies worldwide (in terms of rights and freedoms and rule of law), developed, among others, by Freedom House (“Freedom in the World”), Bertelsmann Stiftung (“Bertelsmann Transformation Index”), the World Bank (“Worldwide Governance Indicators”), the World Justice Project (“Rule of Law Index”), and V-Democracy (V-Index).

³⁸ Ginsburg and Huq (2018).

³⁹ Tripp (2013: 515 ss.). The relationship between populism and gender is more complicated, depending on the varieties of populism: see the studies published in Spierings and Zaslove (2015), and especially Mudde and Rovirà Kaltwasser (2015:16 ff.).

are backsliding in gender equality and women's rights⁴⁰. As for Hungary, the regressive policies in this field were considered by the EU Parliament in initiating the sanctioning procedure provided by Article 7 of the Treaty of European Union aimed at ensuring that all EU countries respect the common values of the EU⁴¹. To make this conclusion even more explicit, in 2020 the Hungarian Parliament refused ratifying the Convention⁴², whereas the Polish government announced its intention to withdraw from the Istanbul Convention⁴³.

For these reasons, the struggle for women's rights and against gender-based violence is now more crucial than ever: at a time when liberal democracy is questioned and challenged by new authoritarian regimes and it is losing its appeal for an increasing number of voters even in stabilised democracies, this struggle would fuel the values upon which liberal democracy is based.

Therefore, it can benefit not only the dignity and the rights of the direct victims of gender violence, but, more generally, the victims of any oppression and, ultimately, our common goal: peace.

⁴⁰ As for Poland, the Gender Equality Index decreased from 2015: see European Institute for Gender Equality (EIGE) 2019 Report on Poland, <https://bit.ly/3oVllv4>. Similar situation for Hungary, where during her visit from 4 to 8 February 2019, the Commissioner of Human Rights of the Council of Europe found that Hungary is backsliding in gender equality and women's rights. In fact, with 50.8 points out of 100, the country holds the second to last place in the 2017 Gender Equality Index of the European Institute for Gender Equality and has even gone down two positions since 2005": CommDH(2019)13 especially 31 ff.

⁴¹ As for Hungary, see European Parliament, Resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to art. 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL)) P8_TA(2018)0340 <https://bit.ly/3erIn8k>.

⁴² Hungary has not ratified the convention, as critically pointed out by the Commissioner of Human Rights: CommDH(2019)13, 31 ff. In May 2020 the Hungarian Parliament rejected the proposal of ratification: <https://bit.ly/3oTjy9T>.

⁴³ <https://bit.ly/38bsDow>. Poland ratified the Convention on April 27, 2015, contextually approving a Declaration according to which "The Republic of Poland declares that it will apply the Convention in accordance with the principles and the provisions of the Constitution of the Republic of Poland". The Declaration was contested by several States: Austria, Finland, the Netherlands, Norway, Sweden, Switzerland, according to which it amounts to an inadmissible general reservation. A debate on the withdrawal is also open in Turkey: Doğan (2020).

Bibliography

- Bassu, C. (2020). Parità di genere ai tempi del Coronavirus: l'impatto diretto e indiretto della crisi sanitaria sui diritti delle donne. *Percorsi costituzionali*, 595.
- Bettio, F., Ticci, E. and Betti G. (2019). A Fuzzy Index and Severity Scale to Measure Violence Against Women. *Social Indicators Research*, 148 (1), 225-249. Available at: <https://doi.org/10.1007/s11205-019-02197-7>.
- Brownmiller, S. (1975). *Against Our Will. Men, Women and Rape*. New York: Simon and Schuster.
- Calloni, M. (2007). Violenza di genere. In M. Flores (ed). *Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione* (pp. 1372-1376). Torino: UTET.
- Cocchiara, M. A. (ed) (2014). *Violenza di genere, politica e istituzioni*. Milano: Giuffrè.
- D'Amico, M. (2020). Emergenza, diritti, discriminazioni. *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 16-42.
- Doğan, S. (2020). *Istanbul Convention: Violence, Women and Turkey*. Disponibile en: <https://bit.ly/32d8s5Z>.
- Ellis, M. (2007). Breaking the Silence: Rape as an International Crime. *Case Western Reserve Journal of International Law* 38, 225. Available at: <https://bit.ly/34V-QtCQ>.
- Feci, S. and Schettini, L. (eds.) (2017). *La violenza contro le donne nella storia*. Roma: Viella.
- Frugoni, C. (2019). *Paradiso vista inferno. Buon Governo e tirannide nel Medioevo di Ambrogio Lorenzetti*. Bologna: Il Mulino.
- Ginsburg, T. and Huq, A. Z. (2018). *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press. Available at: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226564418.001.0001>.
- Ginsburg, T. (2018). War and Constitutional Design (version 2.0). *Paper presented in the X World Conference of the International Association of Constitutional Law, Seoul, June 2018*.
- Groppi, T. (2020). *Menopaggio. Lo Stato costituzionale nel XXI secolo*. Bologna: Il Mulino.
- Grosz, E. (1995). *Space, Time, and Perversion: Essays on the Politics of Bodies*. New York: Routledge.
- Hudson, V. M., Ballif-Spanvill, B., Caprioli, M. and Emmett, Ch. F. (2014). *Sex and World Peace*. New York: Columbia University Press.
- Mackinnon, C. A. (2012). Gender in Constitutions. In M. Rosenfeld, A. Sajò (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 406 y ss.). Oxford: Oxford University Press. Available at: <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199578610.013.0021>.
- Mudde, C. and Rovirà Kaltwasser, C. (2015). Vox Populi or Vox Masculini? Populism and Gender in Northern Europe and South America. *Patterns of Prejudice*, 49 (1-2), 16-36. Available at: <https://doi.org/10.1080/0031322X.2015.1014197>.

- Novarese, D. (2014). Sul corpo delle donne. Stupro e debitum coniugale in Italia fra otto e novecento. In M. A. Cocchiara (ed.). *Violenza di genere, politica e istituzioni* (p. 233). Milano: Giuffrè.
- Ofstad, H. (1989). *Our Contempt for Weakness. Nazi Norms and Values*. Stockholm: Almqvist and Wiksell International.
- Pezzini, B. (2009). L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione. In G. Brunelli, A. Pugiottio, P. Veronesi (eds.). *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III (p. 1141). Napoli: Jovene.
- Pezzini, B. and Lorenzetti, A. (2020). *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*. Torino: Giappichelli.
- Pinker, S. (2011). *The Better Angels of Our Nature. Why Violence Has Declined*. New York: Viking Books.
- Pitkin, H. F. (1973). *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press.
- Radford, J. and Russell, D. E. H. (1992). *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York: Twayne.
- Roy, G. (2016). Gender-Based Violence Against Women in India: A Step Forward or A Step Backward? An Explonatory Study. In S. Pozzolo and G. Viggiani (eds). *Investigating Gender Based Violence* (pp. 124 y ss.). London: WS and H Publishing.
- Salvatici, S. (2007). Diritti delle donne, diritti umani. In M. Flores (ed). *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione* (pp. 314-357). Torino: UTET.
- Sands, P. (2016). *East West Street. On the Origins of "Genocide" and "Crimes Against Humanity"*. London: Weidenfeld and Nicholson.
- Scotti, V. (2017). Protecting women from rape. A comparative analysis in the light of the Istanbul Convention. In G. Piccinelli, I. Kherkheulidze and A. Borroni (eds.). *Reconsidering Gender Based Violence and Other Forms of Violence Against Women. Comparative Research/Analysis in the Light of the Istanbul Convention* (pp. 124 y ss.). Tricase: Libellula Edizioni.
- Sikkink, K. (2017). *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*. Princeton: Princeton University Press. Available at: <https://doi.org/10.2307/j.ctvc77hg2>.
- Spierings, N. and Zaslove, A. (2015). Gender and Populist Radical Right Politics. *Patterns of Prejudice*, 49 (1-2), 3-15. Available at: <https://doi.org/10.1080/0031322X.2015.1023642>.
- Stedman, B. (2013). The Leap from Theory to Practice: Snapshot of Women's Rights Through a Legal Lens. *Merkourios*, 29 (77) 4-28. Available at: <https://doi.org/10.5334/ujiel.bt>.
- Tripp, A. M. (2013). Political Systems and Gender. In G. Waylen, K. Celis, J. Kantola, and S. L. Weldon (eds.). *The Oxford Handbook of Gender and Politics* (pp. 515). Oxford: Oxford University Press. Available at: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199751457.013.0020>.

- Walby, S., Towers, J., Balderston, S., Corradi, C., Francis, B., Heiskanen, M., Helweg-Larsen, K., Mergaert, L., Olive, Ph., Palmer, E., Stöckl, H. and Strid, S. (2017). *The concept and measurement of violence*. Bristol: Policy Press. Available at: https://doi.org/10.26530/OAPEN_623150.
- Weinrib, L. E. (2006). The Post-War Paradigm and American Exceptionalism. In S. Choudhry (ed.). *The Migration of Constitutional Ideas* (pp. 84-112). Cambridge: Cambridge University Press. Available at: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493683.004>.
- Woolf, V. (1938). *Three Guineas*. London: Hogarth Press.
- Zagrebelsky, G. (2018). *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi.

LA ESTACIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN ANÁLISIS DE LA ESTADÍSTICA DE AFILIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: 2014-2019

Seasonality in public employment from a gender perspective. An analysis of the Social Security affiliation statistics: 2014-2019

JOSÉ MARÍA DE LUXÁN MELÉNDEZ
Instituto Complutense de Ciencia de la Administración (UCM)
jmluxan@ucm.es

Cómo citar/Citation

Luxán Meléndez, J. M.^o de (2020).

La estacionalidad en el empleo público desde una perspectiva de género. Un análisis de la estadística de afiliación de la seguridad social: 2014-2019.

IgualdadES, 3, 473-517.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.08>

(Recepción: 02/06/2020; aceptación tras revisión: 06/10/2020; publicación: 18/12/2020)

Resumen

En este trabajo se presenta la evolución mensual del empleo público en España entre 2014 y 2019. En un marco económico expansivo, al que acompaña un incremento del sector público, el empleo en la Administración considerado anualmente alcanza su pico más alto en diciembre y su mayor ajuste en septiembre. Este patrón temporal difiere de la pauta del sector privado, y no es homogéneo: varía según el género, depende del tipo de actividad y difiere en cada Administración pública. Se analizan conjuntamente el promedio mensual de afiliación diaria a la seguridad social y la serie trimestral de la *Encuesta de Población Activa*.

Palabras clave

Políticas públicas; empleo público; estudios de género; trabajo estacional; seguridad social.

Abstract

This study presents the monthly evolution of public employment in Spain between the years 2014 and 2019. In an expansive economic framework, accompanied by an increase of the public sector, employment in the administration, annually, reaches its highest peak in December, and its biggest adjustment in September. This time pattern differs from the pattern observed in the private sector, and it is not homogeneous; it varies by gender, depends on the type of activity, and it differs in each public administration. In the present work, we analyse together the monthly average of daily affiliation to the Social Security and the quarterly series of the Labour Force Survey.

Keywords

Public policies; public employment; gender studies; seasonal work; Social Security.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA EXPANSIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO FEMENINO. III. EL EMPLEO PÚBLICO EN LAS ESTADÍSTICAS DE PERIODICIDAD MENSUAL Y TRIMESTRAL. IV. LA PAUTA ESTACIONAL DEL EMPLEO PÚBLICO: 1. Empleo público y privado. 2. Empleo femenino y masculino. V. ESTACIONALIDAD POR RAMAS DE ACTIVIDAD: 1. Educación. 2. Sanidad. 3. Actividades de Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria. VI. ESTACIONALIDAD POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. Administración estatal. 2. Administración autonómica: 2.1. *Administraciones autonómicas con menor tasa de empleo femenino*. 2.2. *Administraciones autonómicas con mayor tasa de empleo femenino*. 3. Administración local. VII. DISCUSIÓN Y PROPUESTAS: 1. La pauta estacional del empleo público. 2. Vacaciones o estacionalidad. 3. Diferencia o desigualdad. 4. Revisión y propuestas para mejorar las estadísticas de periodicidad mensual y trimestral. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se presenta la evolución¹ del empleo público en España entre 2014 y 2019. Se pretende observar si hay una pauta estacional en la evolución mensual del empleo público, para lo que se tiene en cuenta el promedio de afiliación diaria a la seguridad social y la serie de la *Encuesta de Población Activa* (EPA). Se persigue analizar si en un marco económico expansivo, al que acompaña un incremento del sector público, el empleo en la Administración tiene un patrón temporal que difiere de la pauta del sector privado, y que varía según el tipo de actividad y ámbito de la Administración.

El interés de abordar el estudio de la *estacionalidad* desde una perspectiva de género deviene de que para explicar las variaciones temporales del empleo pueden aducirse razones vinculadas a las características de las actividades del sector público y a su heterogeneidad institucional, o pueden señalarse otras asociadas a las políticas de empleo, pero sin acudir a la noción de desigualdad

¹ No se tiene en cuenta el impacto en el sector público de la crisis sanitaria de la COVID-19.

ninguna de ellas por sí misma parece suficiente para explicar un sesgo de género sistemático.

Abordar esta cuestión contribuye a cuestionar el mito de la meritocracia, a resaltar la invisibilidad de la mujer (Criado Perez, 2020) y a preguntarnos por la continuidad o por la quiebra de la desigualdad de género en el sector público.

El problema que se plantea tiene distintos planos. Se refiere en primer a la elasticidad temporal de la actividad pública, de manera que si de forma regular hay un tiempo en el que se amplía o se reduce la oferta de servicios públicos, puede esperarse que en alguna proporción en los mismos periodos disminuya o se incremente el empleo y eventualmente se altere el peso del empleo femenino. La elasticidad temporal del empleo público implica una cuestión general vinculada con el diseño del proceso de producción y distribución de bienes y servicios públicos. «Las administraciones públicas son fábrica de derechos, garantía de libertades y proveedores de servicios colectivos que representan casi el 50 % del PIB» (Sevilla, 2020: 213), y su acción continua o temporal, permanente o estacional, afecta a las relaciones de la política con la economía y la sociedad. La Administración es una de las instituciones más relevante de las políticas públicas², de manera que «la inacción de la administración [...] no sería posible a menos que se ponga en riesgo la propia continuidad de la sociedad» (Olías de Lima, 2006: 13).

Un segundo aspecto tiene que ver con el modo de trabajar del sector público. Si se opta por un modelo de mayor o menor concentración del tiempo de trabajo, que todos coincidan o no en los mismos horarios y periodos de descanso, que se sustituya o no se sustituya a los que por alguna razón no puedan acudir a su puesto, o que para atender picos y valles de actividad previstos o no previstos se amplíe o se reduzca el empleo, puede esperarse que temporalmente se modifique el *stock* de empleo. Una distribución de género desigual en la estacionalidad del empleo alcanza al diseño de las políticas de igualdad y al marco de las relaciones laborales en el ámbito público³, un sector en el que la brecha salarial no está cerrada (Luxán Meléndez, 2018: 294-297).

Y por último, un tercer elemento se refiere a las características de las distintas fuentes de información del empleo público, de forma que la visión so-

² Sobre el análisis de políticas públicas pueden verse los trabajos de Joan Subirats (Subirats *et al.*, 2012).

³ Carmen Sáez Lara presenta «una revisión de la igualdad entre hombres y mujeres, desde una perspectiva que combina el análisis de las cifras, del marco normativo, de los planes de igualdad y de las resoluciones judiciales más importantes» (Sáez Lara, 2019: 79-109).

bre el alcance de la temporalidad y sobre las diferencias de género varía según las fuentes estadísticas que se utilicen. Si se opta por datos de carácter anual o semestral es imposible vislumbrar variaciones estacionales, mientras que solo si se consideran datos trimestrales o mensuales se puede constatar si de forma regular se incrementa o se reduce el empleo. La visibilidad de la estacionalidad desde una perspectiva de género igualmente afecta al desarrollo y evaluación de las políticas de igualdad que requieren sistemas de información eficientes (Luxán Meléndez, 2020: 41-43).

El incremento del empleo femenino, en especial en el sector público, es uno de los rasgos más relevantes de la sociedad española y forma parte de «una revolución profunda y original, la batalla por la igualdad entre las mujeres y los hombres [...] un cambio histórico de enorme alcance [...] que se ha producido sin violencia» (Alberdi, 2020: 17). El empleo público, un sector en el que la mujer es mayoritaria, se caracteriza por su especialización en la esfera científica, educativa y sanitaria, por la utilización masiva de las tecnologías de la información y por la amplitud de sus funciones directivas, ámbitos todos ellos que se identifican por el empleo masivo de personal del alta cualificación (técnicos, profesionales, científicos, e intelectuales) cuya ocupación participa en procesos de generación, difusión y utilización de conocimientos científico-técnicos (Luxán Meléndez, 2019a: 155).

En una fecha temprana de esta *larga marcha* por la igualdad, Ángeles Duran en su estudio sobre las relaciones de dominación subrayó que «todos los teóricos de la estratificación social coinciden en que en las sociedades industriales los recursos se distribuyen de forma desigual, y no solo los materiales, sino también el prestigio y el poder [...] (por lo que) en resumen, si dentro de la óptica funcionalista se acepta que, en general, la mujer ocupa un lugar secundario, tendrá que ser porque (entre otros factores) hay mecanismos sociales que institucionalizan la desigualdad de los sexos» (Durán, 1977: 11-16) y hoy la estacionalidad del empleo puede ser uno de ellos.

«La historia del feminismo español y, por tanto, la historia de nuestra cultura vive un momento importante: el regreso de la modernas» (Capdevilla-Árgüelles, 2018: 17), una vuelta al futuro que en el marco del Laboratorio de Igualdad del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (*Equality-LAB*) me ha permitido conocer la importancia científica y *reivindicativa* (Barrera López, 2016: 625-628) que hasta 1986 tuvo el Seminario de Estudios Sociológicos sobre la Mujer que en 1960 fundara María Laffitte⁴.

⁴ Sobre María Laffitte me remito a la conferencia que Nuria Capdevilla-Argüelles, pronunció el 24 de febrero de 2020 en el CEPC.

El Consejo Económico y Social (CES) subraya que «la igualdad entre hombres y mujeres ha vivido un importante impulso tanto en la orientación de las políticas como en el plano normativo, avances que no han impedido que las mujeres sigan sin estar adecuadamente representadas en muchos ámbitos sociales, laborales y políticos» (CES, 2011: 287).

Con la idea de estacionalidad no nos referimos a las actividades de temporada, «aquellas que habitualmente solo se desarrollan durante ciertos días del año, continuos o alternos, (y a efectos tributarios), siempre que el total no exceda de ciento ochenta días por año» (Agencia Tributaria, 2019), sino a la variación mensual del *stock* de empleo público, cuya volatilidad se debe a la los contratos de duración determinada y a la del empleo fijo.

Junto al empleo permanente, funcionarios o laborales, el Estatuto Básico del Empleado Público despliega tres tipos de personal temporal: funcionarios interinos, personal laboral temporal y personal eventual, para los que «el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado»⁵.

Es necesario recordar que en España desde 2019 la proporción de empleo temporal es mayor en el ámbito público que en el privado (Luxán Meléndez, 2019b: 82-83). Para el CES el crecimiento del trabajo temporal en el sector público se debe a una pluralidad de factores. En su informe de 2004 señala causas de alcance general, de naturaleza económica y presupuestaria⁶ y de naturaleza jurídica y organizativa⁷. Además, para cada tipo de Administración el CES señala elementos singulares. Así, en la Administración estatal el peso de la temporalidad es muy importante entre el personal de las Fuerzas Armadas, «que supone algo más de la mitad del total de asalariados temporales en este ámbito» (CES, 2004: 115). En la Administración autonómica destaca

⁵ Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Cláusula 3.

⁶ «Insuficiencia de los recursos destinados a dotar las plantillas de funcionarios y personal laboral [...] tanto por una política de topes o de contención de la dotación de recursos humanos, con carácter general, como por necesidades de gasto en nuevos servicios y actividades en expansión que no van acompañadas, sin embargo, de una base financiera y presupuestaria estable y previsible» (CES, 2004: 107).

⁷ «La evolución y permanencia de la temporalidad guarda relación, así, con la adecuación de las (Relaciones de Puestos de Trabajo), la utilización de la planificación estratégica en la ordenación del empleo público, las convocatorias y procedimientos de selección de personal para la cobertura de vacantes con carácter definitivo, y la eficacia de otros mecanismos de provisión de puestos como, por ejemplo, la movilidad de los empleados públicos» (*ibid.*: 109).

la temporalidad en el ámbito educativo y sanitario. Y sobre la Administración local subraya el elevadísimo porcentaje de temporalidad en general.

II. LA EXPANSIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO FEMENINO

El incremento del sector público, medido por la variación del empleo, sobre todo femenino, es una de las transformaciones más relevantes impulsadas por la Constitución de 1978. De acuerdo con la EPA, el empleo público ha pasado de 1 358 100 a 3 253 300, un incremento de 0,52 % trimestral, una proporción sensiblemente superior al 0,35 % del empleo asalariado privado. Esta expansión del empleo público es coherente con las variaciones de la población y el PIB (Luxán Meléndez, 2019a: 147-150), y es directamente proporcional (R^2 0,81) al crecimiento del empleo asalariado privado.

Desde 1976 el crecimiento del empleo público ha sido constante⁸, y hay diferencias importantes entre el empleo femenino y el masculino (figura 1). El femenino ha pasado de 343 300 a 1 842 000, un ritmo medio del 0,99 % de incremento trimestral. Esta tendencia cambió entre el tercer trimestre de 2011 y el tercero de 2014, tres años que acumularon una disminución de 205 600 empleos, con un ritmo medio trimestral de destrucción de empleo femenino de -0,90 %, y aunque no fuera la primera vez que se produjo, supuso la disminución⁹ continuada de mayor duración e intensidad: trece trimestres seguidos y una caída del 12 %.

La evolución del empleo femenino y masculino tienen una correlación positiva baja (R^2 0,7). En la figura 1 se observa que el incremento rápido y sostenido del empleo femenino se diferencia de la evolución mucho más pausada del masculino, que ha pasado de 1 014 800 a 1 411 300, con un saldo

⁸ El incremento ha sido constante excepto en el periodo que va del cuarto trimestre de 2011 al cuarto de 2013, dos años que acumularon una disminución de 325 300 empleos netos, con un ritmo medio trimestral de destrucción de empleo público de un -0,93 %, y aunque un ajuste no sea la primera vez que se produce, este periodo ha tenido la disminución continuada de mayor duración e intensidad: nueve trimestres seguidos, con una caída del 10 % del empleo.

⁹ La ampliación del empleo masculino ha estado comprometida por tres ajustes. En el bienio 2012-2013, nueve trimestres, se acumuló una disminución del 6,1 % del empleo masculino, con un ritmo medio trimestral de destrucción de empleo de 0,90 %. Un ajuste de duración equivalente a los de 1993-94 y 1997-98, ambos también de nueve trimestres seguidos, pero que tuvieron una intensidad superior entre el cuarto trimestre de 1992 y el cuarto de 1994, donde el empleo público masculino disminuyó un 6,8 %, y entre el cuarto trimestre de 1996 y el cuarto de 1998, en el que se contrajo un 8 %.

medio trimestral de 0,21 %, casi cuatro veces más reducido que la variación del empleo femenino.

Figura 1. *El empleo público en España (1976-2019)*



Fuente: elaboración propia a partir de la EPA. Unidades en miles, EPA trimestral, último dato trimestre de 2019.

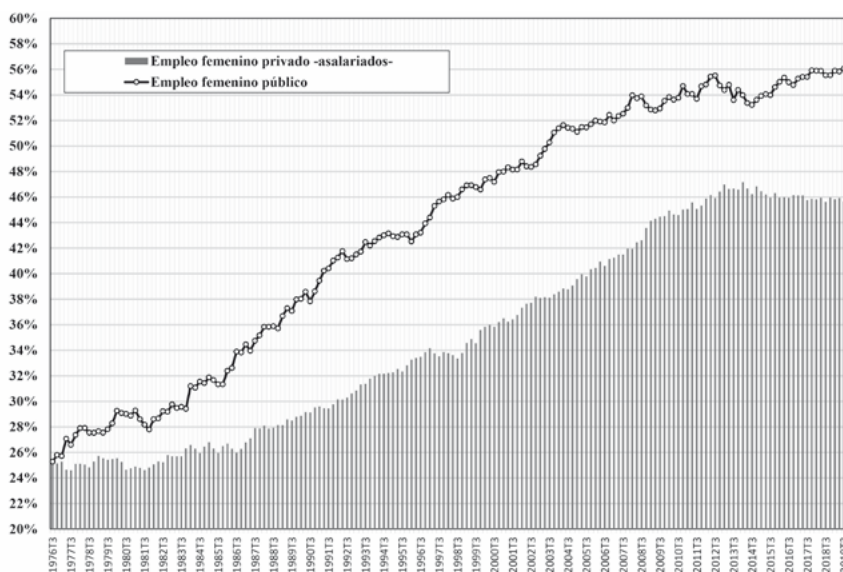
En el sector público el empleo femenino (figura 2) es mayoritario desde el tercer trimestre de 2003, y desde 1976 su peso ha crecido en 31 puntos, hasta situarse en el 56,6%. Un incremento de 1 498 700 empleos netos adicionales, que representa el 79% del aumento del empleo público durante todo el periodo de la democracia, una cifra muy considerable, pero solo algo mayor que la del aporte femenino al empleo asalariado neto adicional en el sector privado, que ha sido del 71,5%.

En toda esta etapa, la variación de la participación femenina en los sectores público y privado es directamente proporcional (R^2 0.93), pero si en 1976 la proporción del empleo femenino era del 25% en ambos colectivos, en 2019 el peso en el privado, un 45,9%, es inferior en más de 10 puntos al porcentaje femenino en el empleo público.

En el sector público el empleo femenino (figura 2) es mayoritario desde el tercer trimestre de 2003, y su peso desde 1976 hasta 2019 ha aumentado 31 puntos, hasta situarse en el 56,6%. Un incremento de 1 498 700 empleos netos adicionales, que representa el 79% del aumento del empleo público

durante todo el periodo de la democracia, una cifra muy considerable, pero solo algo mayor que la del aporte femenino al empleo asalariado neto adicional en el sector privado, que ha sido del 71,5 %.

Figura 2. *Porcentaje de empleo femenino en España en los sectores público y privado (1976-2019)*



Fuente: elaboración propia a partir de la EPA. Unidades en miles, EPA trimestral, último dato trimestre de 2019.

En los últimos años, desde 2015, la evolución de los sectores público y privado no guarda ya una evolución semejante ($R^2 0,45$). En el ámbito privado el porcentaje de empleo femenino está detenido, mientras que en el sector público, tras la reducción del bienio 2013-14, el peso de las mujeres sigue creciendo.

Desde 1994 el CES subraya el comportamiento diferencial del sector público y el privado (CES, 1994: 17) y en su tercer informe insiste en que «aprecia, además, una mayor proporción de mujeres que de hombres en el sector público, lo que se explica, entre otros motivos, por el tipo de actividades desarrolladas en dicho ámbito (con un fuerte peso de aquellas en las que se aprecia una mayor segregación por sexo: sanidad, educación o servicios sociales, etc.), por la existencia de una mayor estabilidad laboral, por modalidades de acceso más objetivas, o por las mayores posibilidades de promoción» (CES, 2011: 146).

Frente a la idea de que el sector público conlleva una mayor estabilidad en el empleo y que son más numerosos los contratados indefinidos en el ámbito público que en el sector privado «puede objetarse que en los últimos años la temporalidad no solo es muy alta, mayor que entre los empleados del sector privado, sino que además la temporalidad es mayoritaria entre los empleados públicos que pertenecen a las generaciones nacidas en la democracia» (Luxán Meléndez, 2019b: 88), y además también puede subrayarse que entre los temporales las mujeres son con mucho el grupo mayoritario y superan en más de 20 puntos al porcentaje de mujeres con contrato temporal en el sector privado, cuya proporción es similar a la de las mujeres con contrato privado indefinido.

Desde el tercer trimestre de 2003 en el sector público el empleo femenino es mayoritario, y desde 2010 también supera el 50 % del empleo público indefinido. Esta mayoría femenina se incrementa de manera muy considerable en el empleo temporal (figura 3). De media, en el periodo 2002-2019 entre los empleados contratados de manera temporal por el sector público, casi dos tercios son mujeres.

El peso del empleo femenino es mucho menor y sobre todo es mucho más equilibrado entre los asalariados del sector privado. De media, entre 2002 y 2019, las tasas de feminización del empleo indefinido y del temporal del ámbito privado son equivalentes, respectivamente un 43 % y un 44 %, muy lejos del 50 % y del 64 % del empleo indefinido y temporal en el sector público.

Estas cifras confirman, como se ha señalado para el periodo 1995-2008, que ser asalariado del sector público «incrementa en torno a un 25 % la probabilidad de tener un contrato temporal con respecto a serlo en el sector privado», distancia que marca «la discriminación que sufren las mujeres en el sector público (y no en el sector privado) en la obtención de un contrato indefinido» (Fernández-Gutiérrez y Díaz-Fuentes, 2009: 80 y 82)

III. EL EMPLEO PÚBLICO EN LAS ESTADÍSTICAS DE PERIODICIDAD MENSUAL Y TRIMESTRAL

El sector público dispone de seis fuentes principales¹⁰ de información estadística sobre el volumen, evolución y características del empleo público, todas ellas con objetivos, metodologías y resultados diferentes (Luxán Melén-

¹⁰ *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; Estadística de Mercado de Trabajo y Pensiones en las Fuentes Tributarias; Estadística de la Intervención General del Estado; estadística de la seguridad social; Contabilidad Nacional; Encuesta de Población Activa.* Además, publican cifras de empleo público la Mutualidad Gene-

dez, 2020). Por la amplitud de sus series y por el nivel de desagregación, las más relevantes son la EPA y el *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas* (BEPSP). Pero si se considera una periodicidad temporal inferior a un semestre las estadísticas disponibles son la EPA trimestral, y con una serie mensual, la *Estadística de Afiliación a la Seguridad Social*.

La EPA es una investigación continua, por muestreo, de periodicidad trimestral, que recoge información sobre la población que reside en viviendas familiares del territorio nacional, e incluye a las «personas con trabajo por cuenta ajena o asalariadas que durante la semana de referencia hayan trabajado, incluso de forma esporádica u ocasional, al menos una hora a cambio de un sueldo, salario u otra forma de retribución conexas, en metálico o en especie» (Instituto Nacional de Estadística, 2017: 5). La EPA publica datos sobre los asalariados del sector público con información (Tabla 1) desagregada por género, edad, distribución territorial, actividad económica, ocupación profesional, tipo de administración, tipo de contrato, duración del contrato, tipo de jornada, flujos de la población activa, y retribuciones.

La Seguridad Social (tabla 1), con datos desde octubre de 2013, publica mensualmente información desagregada por género, provincia, actividad económica y tipo de Administración de los empleados del sector público estatal¹¹, de las comunidades autónomas¹² y del sector público local¹³ incluidos en la seguridad social, cuyo número se ha incrementado progresivamente como consecuencia de los cambios¹⁴ en el régimen de seguridad social del empleo

ral de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial.

¹¹ Incluye la Administración General del Estado (ministerios), órganos constitucionales (Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional, Consejo de Estado), organismos autónomos, entidades públicas empresariales, entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social (incluye las mutuas), fundaciones y sociedades mercantiles.

¹² Personal de comunidades autónomas., sanidad, servicios sociales, educación (no se incluyen los centros docentes subvencionados), justicia, organismos autónomos, entidades públicas empresariales, fundaciones y sociedades mercantiles.

¹³ Incluye ayuntamientos, cabildos, consejos, diputaciones, organismos autónomos, entidades públicas empresariales, fundaciones y sociedades mercantiles.

¹⁴ El art. 20.1 del «Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo», estableció como obligatorio el encuadramiento en el régimen general de la seguridad social de todos los funcionarios de nuevo ingreso. «Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto

Tabla 1. *Comparación de las estadísticas de empleo público con periodicidad mensual o trimestral*

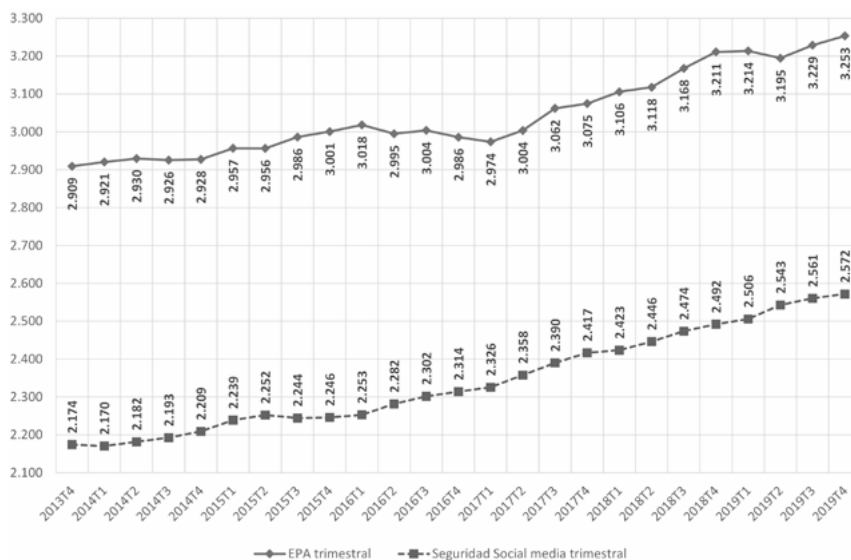
	Encuesta de Población Activa	Estadística de la Seguridad Social
Ámbito temporal	Serie trimestral desde 1976	Serie mensual desde octubre 2013
Ámbito territorial	España	España
Ámbito funcional	Asalariados del sector público (sólo actividad principal)	Empleados públicos en la Seguridad Social
Variables principales	Género	Género
	Edad	
	Distribución territorial • Comunidad Autónoma	Distribución territorial • Comunidad Autónoma • Provincia
	Actividad Económica Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2019 a dos dígitos que comprende 99 tipos ⁽¹⁾	Actividad Económica Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2019 a dos dígitos que comprende 99 tipos ⁽¹⁾
	Ocupación profesional 10 grandes grupos de la Clasificación Nacional de Ocupaciones Profesionales 2011	
	Tipo de administración • Central • Seguridad Social • Comunidad Autónoma • Local • Empresas e instituciones públicas • Otras	Tipo de administración • Estatal • Autonómica • Local
	Tipo y duración de contrato • Duración indefinida, permanente a lo largo del tiempo • Duración indefinida, discontinuo • Duración temporal	
	Duración de contrato: días; meses; años	
	Tipo de Jornada	
	Flujos de la población activa	
	Retribuciones	
	Comparación	Permite comparaciones internacionales y sectoriales

⁽¹⁾ Entre ellas por su mayor volumen en el empleo público: Captación, depuración y distribución de agua; Recogida, tratamiento y eliminación de residuos; Transporte terrestre y por tubería; Almacenamiento y actividades anexas al transporte; Actividades postales y de correos; Actividades de programación y emisión de radio y televisión.; Servicios técnicos de arquitectura e ingeniería; Investigación y desarrollo; Servicios a edificios y actividades de jardinería; Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria.; Educación; Actividades sanitarias; Asistencia en establecimientos residenciales; Actividades de servicios sociales sin alojamiento

Fuente: elaboración propia.

público. «Esta estadística ofrece la media mensual de afiliados del sector público clasificado por ámbito territorial. Estas medias se obtienen a partir del saldo diario de afiliados en alta y se calcula empleando exclusivamente los días hábiles del mes correspondiente» (Seguridad Social, 2018: 1).

Figura 3. Empleo en el sector público según la EPA y la seguridad social (2013-2019)



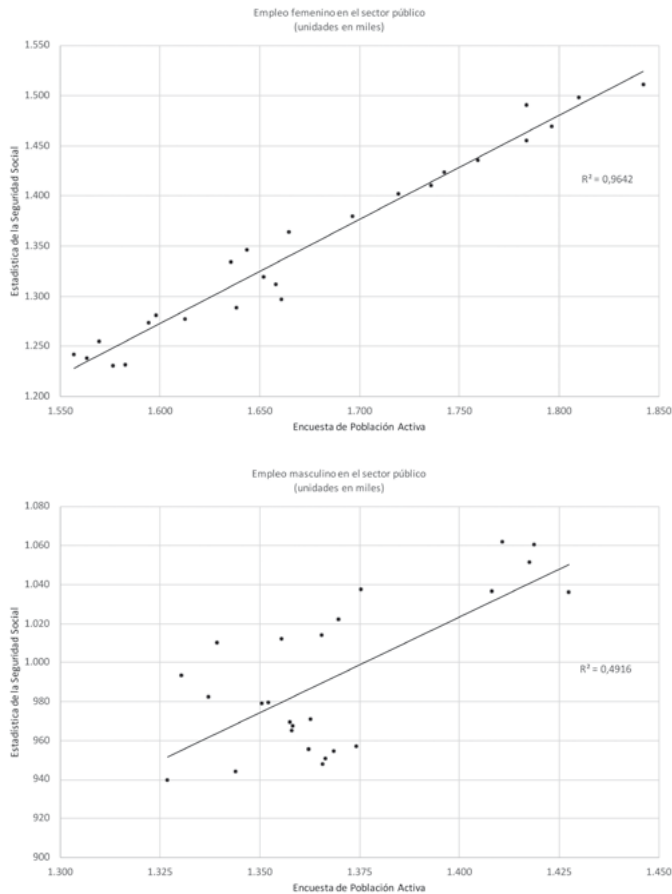
Fuente: elaboración propia a partir de la EPA trimestral y de la media trimestral de la Estadística de Afiliación a la Seguridad Social. Último dato, diciembre de 2019.

En la figura 3 puede observarse que los datos de la EPA y de la seguridad social evolucionan de forma directamente proporcional, son consistentes y cuentan una alta correlación positiva (R^2 0,94), pero al mismo tiempo entre ambas hay una diferencia media de más de 700 000 empleos que corresponden

Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha». Esta disposición fue derogada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que con la misma literalidad del texto de 2010 en su disposición adicional tercera prevé la incorporación de los empleados públicos al régimen general de la seguridad social de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso.

con los que «no están afiliados a la Seguridad Social por pertenecer a alguna de las mutualidades existentes (MUFACE, MUJEU e ISFAS)» (Seguridad Social, 2018: 1). En promedio la seguridad social recoge el 77 % del total del empleo público de la EPA.

Figura 4. *Correlación entre el empleo público femenino y masculino en la EPA y en la estadística de la seguridad social (2013-2019)*

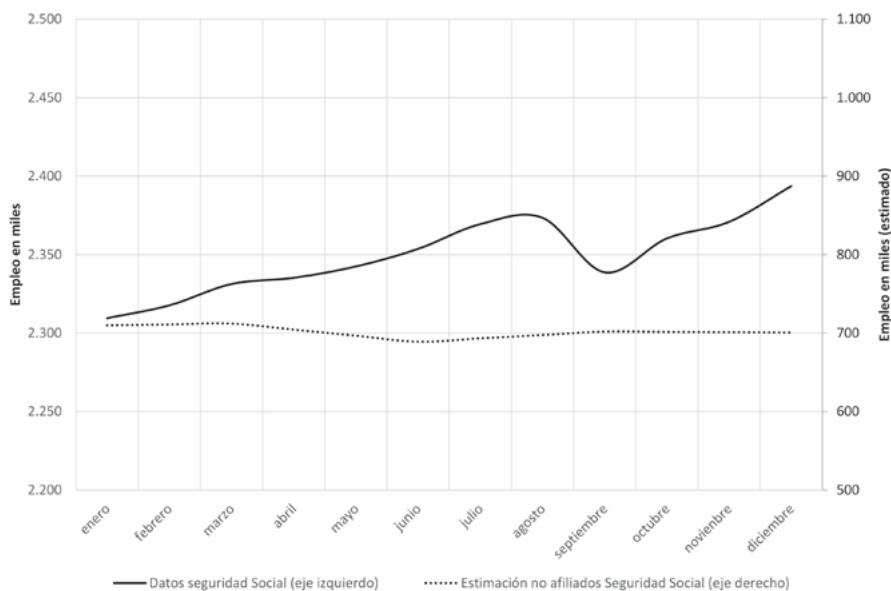


Fuente: elaboración propia a partir de la EPA trimestral y de la media trimestral de la Estadística Mensual de *Afiliación Diaria a la Seguridad Social*. Último dato cuarto trimestre 2019.

Tanto la serie de la EPA como la de la seguridad social deben tomarse con prudencia. Como se ha señalado la estadística de la seguridad social no incluye a los funcionarios de las mutualidades, con lo que el sector público está muy infrarrepresentado. Si se compara el empleo público femenino y masculino de

la EPA y de la seguridad social (figura 4) se constata que las diferencias entre ambas series se amplían en el empleo masculino. En el femenino hay una relación directamente proporcional (R^2 0,96), mientras en masculino no hay correlación (R^2 0,49).

Figura 5. *Estimación del promedio mensual de empleo público (2014-2019)*



Fuente: elaboración propia a partir de la EPA. Unidades en miles, EPA trimestral, último dato trimestre de 2019.

Para obtener un promedio mensual del empleo público a partir de las series de la EPA y de la seguridad social, primero hemos restado a la serie del sector público de la EPA la media trimestral de empleo público de la estadística de la seguridad social. Con este resultado se puede reconstruir¹⁵ una serie mensual del empleo público no integrado en la seguridad social y sumarla a la serie mensual de los empleados públicos incluidos en la seguridad social.

Como era de esperar, dado los colectivos que recoge cada estadística, la evolución mensual de ambas series difiere de manera considerable (figura 5). En el periodo 2014-2019 el promedio mensual, igual que la diferencia trimestral, del colectivo no integrado en la seguridad social permanece constante,

¹⁵ Una vez calculada la diferencia trimestral para obtener la serie mensual de los empleados públicos hemos asignado a cada mes una variación igual a un 1/3 de la variación del trimestre.

sobre 700 000 empleos, mientras que el promedio mensual de la seguridad social integra la mayor variación del empleo público. Los resultados de esta estimación deben valorarse sin olvidar que se están considerando conjuntamente datos trimestrales de una muestra y la media mensual de un registro administrativo.

IV. PAUTA ESTACIONAL DEL EMPLEO PÚBLICO

En un marco económico expansivo, al que acompaña un incremento del sector público, el empleo en la Administración anualmente alcanza su pico más alto en diciembre y su mayor contracción en septiembre. Este patrón temporal difiere de la pauta del sector privado y no es homogéneo, ya que varía según el género.

El carácter registral de la estadística de la seguridad social y su periodicidad mensual incorpora una serie sobre la evolución del sector público que permite identificar una pauta estacional, vinculada a las políticas de empleo público y a las características de las actividades del sector público. La repetición de una variación temporal supone un comportamiento estacional. Un patrón estacional, por tanto, que difiere del sector privado¹⁶ y que diferencia el empleo femenino del masculino.

Septiembre, el mes siguiente al periodo vacacional más intenso, es el de mayor ajuste del empleo y supone un patrón de transición del verano al otoño, en el que confluyen la sanidad y la educación. Una pauta estacional asociada a las actividades vinculadas al cuidado, que conforman un campo de actividad de especialización pública y de mayor presencia laboral femenina.

Si estacionalmente se modifica la actividad, puede esperarse que en alguna proporción en los periodos valle y en los picos también varíe el volumen de empleo. E igualmente, si una institución opta por concentrar o distribuir los días de descanso y que mayoritariamente sus empleados coincidan o no, en el mismo periodo de vacaciones —todos en navidad o en verano¹⁷—, puede igualmente esperarse que en alguna proporción en esos periodos se disminuya

¹⁶ Para facilitar una comparación homogénea con el sector público incluido en la seguridad social, en este trabajo el sector privado se refiere a los asalariados del régimen general de la seguridad social, restados los empleados públicos.

¹⁷ También para cualquier día no laborable, pero la estadística de la seguridad social, aunque parte de la afiliación diaria, solo presenta el promedio mensual, por lo que no pueden observarse oscilaciones diarias.

o, por el contrario, si se mantiene la actividad, se incrementa el número de empleos para sustituir a los que estén de vacaciones o a los que por alguna razón no puedan acudir al trabajo.

Algunos ejemplos permiten expresar este doble condicionante vinculado a las características de cada tipo de actividad y a las distintas políticas de personal, que justifican la heterogeneidad de la pauta temporal de cada Administración y la de sus actividades.

En el ámbito educativo, puesto que a lo largo del año hay un tiempo en el que no hay alumnos, habrá un periodo en el que será menos necesario sustituir a los profesores que por distintas razones no puedan incorporarse al trabajo, y por la misma razón en ese tiempo tampoco sería necesario completar la plantilla de trabajadores.

Por el contrario, en otras actividades en las que el servicio público se presta de forma continua, como son las urgencias —bomberos o policía— y la sanidad, si las vacaciones laborales se concentran en los meses de verano¹⁸ y se quiere mantener un volumen de actividad suficiente, puede esperarse que en esos periodos no se reduzca, sino que se incrementa el volumen del empleo.

De otros sectores como las actividades deportivas, recreativas y de entretenimiento, si se ofertan de manera estacional y su actividad se expande o incluso se desarrolle casi exclusivamente en algunos meses del año, puede esperarse que en ese periodo incrementen el empleo.

En estas y en otras actividades cabe que en periodos de insuficiencia presupuestaria, o simplemente en las vacaciones o en general para atender incidencias temporales, las Administraciones públicas reduzcan su actividad —disminuyan su horario, o cierren algún servicio—, lo que supondría que no fuera necesario realizar incrementos de personal; o por el contrario puede que, para prestar el servicio público, no acudan a personal propio adicional, sino que de manera temporal o fija opten por contratar a empresas que transitoriamente o de manera continuada, total o parcialmente, suministren el servicio.

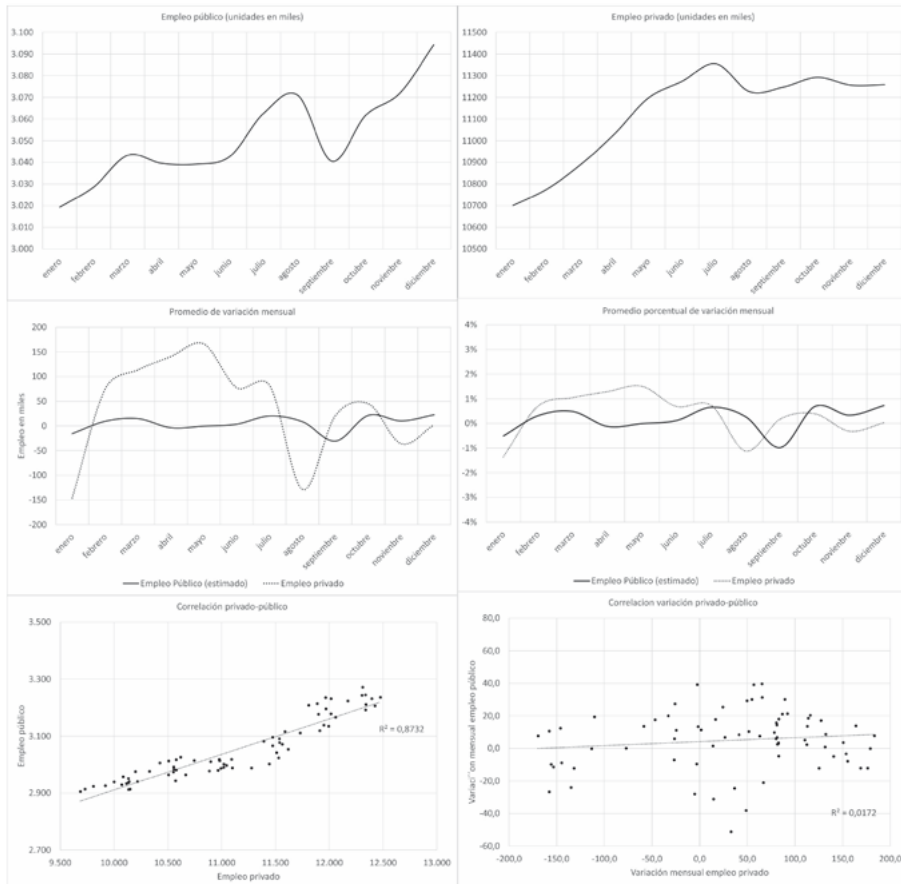
¹⁸ Puede expresarse también para los casos en los que una gran parte tenga una jornada con el mismo número de horas, distribuida semanalmente de lunes a viernes, y al mismo tiempo los días festivos en sábado y domingo, o durante las 24 horas se opte por mantener la actividad, pero la estadística de la seguridad social, aunque parte de la afiliación diaria, en el ámbito público no publica datos de altas y bajas del y solo presenta el promedio mensual de afiliación media, por lo que no pueden observarse oscilaciones diarias.

1. EMPLEO PÚBLICO Y PRIVADO

Entre 2014 y 2019 el empleo en los sectores público y privado (figura 6) evoluciona de forma directamente proporcional (R^2 0.87). EL crecimiento es mucho mayor en el privado (27 %) que en el empleo público (13 %), y si se compara su variación mensual, se constatan diferencias, ya que no guardan una correlación estadística (R^2 0,02) y tienen patrones estacionales distintos.

En los primeros meses del año, en el sector público, la variación mensual del empleo es reducida. Hasta el mes agosto se dibuja una línea constante que quiebra en septiembre y octubre, con un ajuste en forma de campana invertida.

Figura 6. Promedio mensual de empleo público y privado (2014-2019)



Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de la seguridad social y de la EPA. La regresión sobre toda la serie mensual. Último dato, diciembre de 2019.

En la esfera privada, la variación mensual del empleo esboza una meseta, un arco de circunferencia con un diámetro ancho, de ocho meses, que parte en enero (-1,35%), tiene su punto más alto en mayo (1,51%) y llega hasta agosto (-1,12%). Una campana que enlaza con una segunda onda, más estrecha, que tiene su pico más alto en octubre. En el ámbito privado, los meses de más contracción, de mayor disminución del empleo son enero y agosto, inmediatamente después de las fiestas de fin año y durante las vacaciones.

2. EMPLEO FEMENINO Y MASCULINO

Entre 2014 y 2019, en la serie de la seguridad social el empleo público femenino ha pasado de 1 229 232 a 1 526 031. Como se ha señalado, estas cifras deben tomarse con reserva, dado que no incluyen el empleo no integrado en la seguridad social. Para solventar esta falta de información, hemos estimado una nueva serie mensual. Con esta revisión el empleo público femenino pasaría a 1 579 000 en enero de 2014, y a 1 857 000 en diciembre de 2019. En el sexenio se da un incremento del 18%, lejos del 24% de la estadística de la seguridad social, y dado el método de estimación, próximo al 16% del incremento de la EPA.

En un marco de crecimiento del PIB y de expansión del empleo, anualmente el empleo público alcanza su pico más alto en diciembre, y una reducción del empleo en septiembre. Este ajuste temporal dibuja un patrón de conducta que varía según el género.

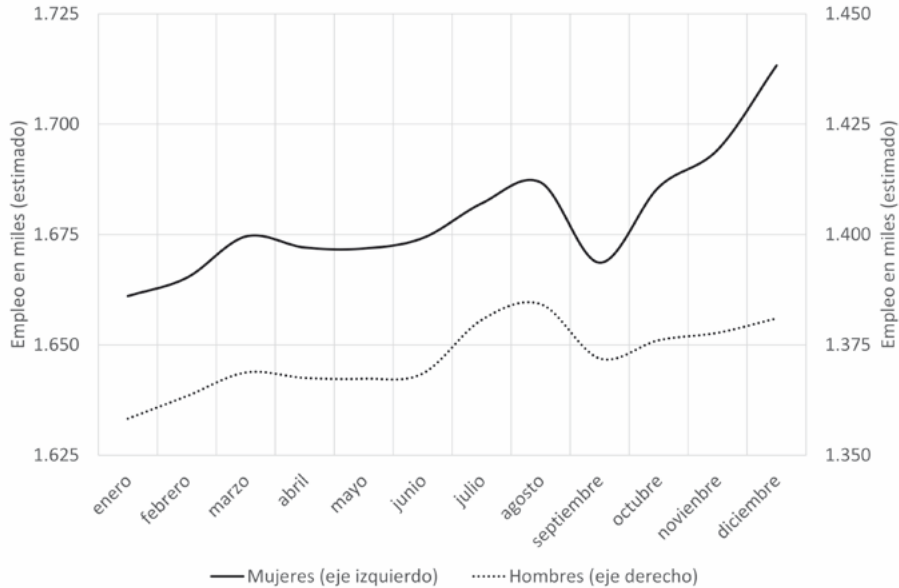
La variación del empleo público femenino es mayor que la del masculino, y su evolución es diferente. Mientras que en el ámbito privado la volatilidad del empleo femenino es ligeramente inferior a la del empleo masculino (figura 8).

Hasta el mes de septiembre, la evolución del empleo de hombres y mujeres es semejante: tras un incremento en el primer trimestre, se mantiene estable hasta junio, se incrementa de nuevo en julio y agosto y se reduce en septiembre. Mientras que desde octubre, el ritmo de incremento es mucho mayor entre las mujeres.

El volumen del empleo femenino y masculino en los sectores privado y público (figura 8) evoluciona de forma desigual. En el privado su evolución es directamente proporcional (R^2 0.97), mientras que no tiene correlación en el sector público (R^2 0.60). Si se compara la variación mensual, se constatan diferencias importantes y aparecen dos patrones estacionales distintos.

Mensualmente el empleo público femenino ha tenido un crecimiento sostenido que convive con un ajuste periódico en el mes de septiembre. En promedio, septiembre es el mes de mayor contracción en el empleo público femenino, y diciembre el de mayor expansión.

Figura 7. Promedio mensual del empleo en el sector público según género (2014-2019)



Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de la seguridad social y de la EPA. Último dato, diciembre de 2019.

La proporción del empleo femenino difiere en los sectores público y privado (Luxán Meléndez, 2018). Entre enero de 2014 y diciembre de 2019 el porcentaje de empleo femenino del sector público, en la estadística de la seguridad social, ha pasado de un 57% a un 59%, un incremento que contrasta con la estabilidad del porcentaje femenino en el ámbito privado, que ha pasado de un 46,3% a un 45,9%. Esta evolución difiere de los datos estimados para el conjunto del empleo público, que en el mismo periodo 2014-2019 han pasado de un 54% a un 52%. Esta discrepancia se explica por las diferencias de las características del empleo público que recogen la EPA y la estadística de la seguridad social.

La variación mensual del empleo público femenino y masculino tiene una pauta estacional similar, en forma de V, cuya base es el mes septiembre; pero difieren en la intensidad del repunte de octubre, algo mayor entre las mujeres.

En el sector privado la variación mensual del empleo femenino tiene una pauta estacional en forma de W, cuyo primer punto de inflexión es en el mes de agosto, con los extremos muy abiertos entre mayo y septiembre, y la

Figura 8. Promedio mensual del empleo (2014-2019)



Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de la seguridad social y de la EPA. Último dato, diciembre de 2019.

segunda base en diciembre, para rebotar inmediatamente en enero. Mientras que la variación del empleo masculino adopta un patrón en forma de L, desciende de junio a agosto, y recupera una parte en septiembre, para recuperarse en enero del año siguiente.

V. ESTACIONALIDAD POR RAMAS DE ACTIVIDAD

Por el volumen de empleo, de acuerdo con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) las actividades principales del sector público son la educación, la sanidad y un grupo heterogéneo y específico del sector público, en el que se integra la Administración pública, la defensa y la seguridad social. Estos tres grupos reúnen el 84% del empleo público. La serie¹⁹ publicada por la seguridad social según la actividad económica no cuenta con datos desagregados por género. El empleo público en educación y en sanidad tienen un componente estacional relevante, mientras que en el sector más general (Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria) y en el resto del sector público la variación mensual es más reducida. En la figura 9, a partir de la serie de la seguridad social y de la EPA, se presenta el promedio mensual del empleo en el sector público.

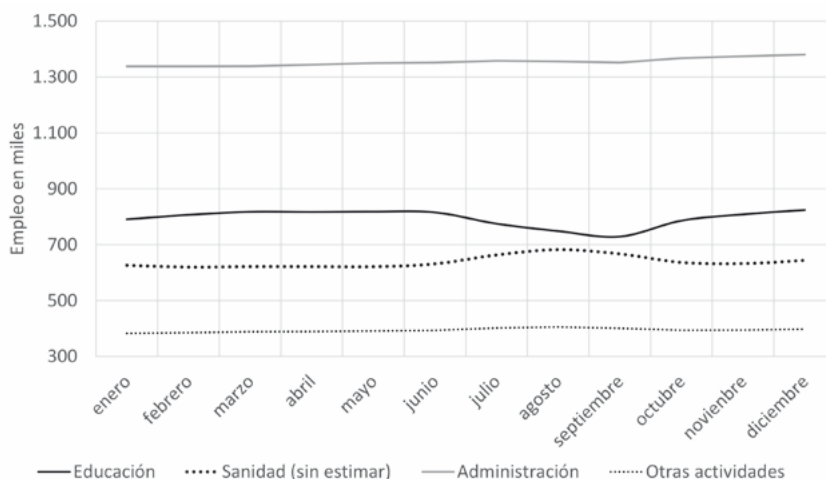
1. EDUCACIÓN

En educación el empleo público incluido en la seguridad social ha pasado de 248 310 en enero de 2014 a 388 268 en diciembre de 2019. Un incremento del 56,4%. Estas cifras deben relativizarse porque no incluyen a los funcionarios del ámbito de MUFACE²⁰. Para solventar esta discrepancia hemos estimado los datos del sector público a partir de la serie de la EPA. Con esta revisión se estima que el empleo público en educación ha pasado de 691 000 en enero de 2014 a 915 000 en diciembre de 2019. Un incremento del 32%, lejos del 56,4% de los empleados incluidos en la seguridad social.

¹⁹ Para el sector público la estadística mensual publicada por la Seguridad Social según la actividad económica no cuenta con datos desagregados por género o por provincia y comunidad autónoma.

²⁰ Con otra metodología en la EPA el total de la educación, pública y privada en 4º T de 2019 asciende a 1.291.100 asalariados, mientras que en la Seguridad Social figuran 982.600, una diferencia de 308.500. Además, con respecto al cuarto trimestre de 2013 el incremento de empleo en educación en el 4T de 2019, según la EPA ha sido de un 17%.

Figura 9. Promedio mensual estimado del empleo público según la actividad (2014-2019)



Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de la seguridad social y de la EPA. Último dato, diciembre de 2019.

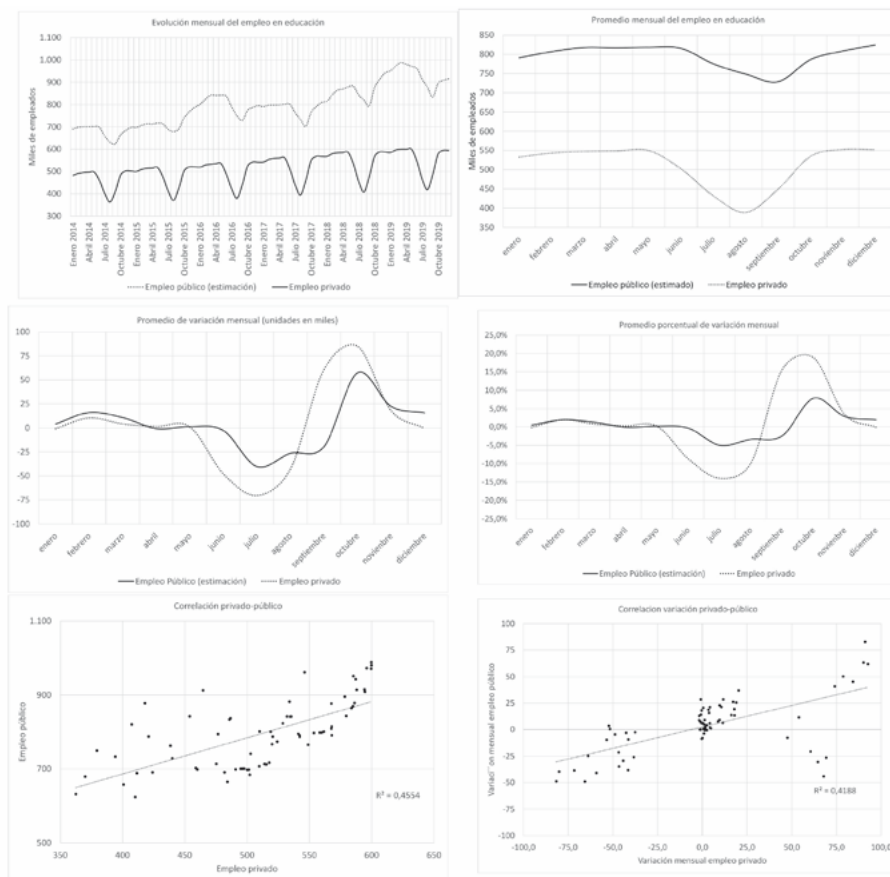
Durante las vacaciones escolares, o en general en los periodos no lectivos, hay una menor necesidad de sustituir a los trabajadores de la plantilla si sus vacaciones laborales o sus días de descanso coinciden con los alumnos. Y puesto que si hay un tiempo en el que *supuestamente* no hay alumnos, habría un tiempo en el que no sería necesario sustituir a los profesores que, durante ese mismo periodo y por distintas razones, no puedan incorporarse al trabajo. Por el mismo argumento, en ese periodo tampoco sería necesario completar la plantilla. Además, si se concentran las jubilaciones al finalizar el curso, parte de la variación del empleo fijo se produciría al finalizar el verano.

Esta práctica de ajuste de la plantilla según el calendario escolar se desarrolla en el sector privado y en el público. Las políticas de personal incorporan, en una actividad no temporal, cierta proporción de trabajo estacional. Durante los meses de verano se produce un fuerte ajuste del empleo, que se recupera al comienzo del año académico. Una pauta de conducta que contrasta con la continuidad de la actividad docente, que eventualmente encuentra justificación en una reducción de costes laborales o en un desajuste en el ritmo de incorporación de nuevos empleos.

La evolución del sector público difiere del sector privado, por lo que no guarda correlación (R^2 0.45). En el ámbito público y en el privado (figura 10), entre 2014 y 2019 se ha producido un incremento sostenido del empleo en ambos sectores en los primeros meses del año y la variación mensual es

reducida, una tendencia que contrasta con el ajuste de verano y la expansión de otoño, en el que difieren en intensidad y duración.

Figura 10. *Evolución mensual del empleo en educación (2014-2019)*



Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de la seguridad social y de la EPA. Último dato, diciembre de 2019.

En promedio, en el mes de julio el sector público reduce su plantilla en 40 300 empleos, un 5 %, una cifra considerable, pero menor que la del ajuste del sector privado, que disminuye en 70 300 empleos, un 14 % de su plantilla.

En el sector público el ajuste de las vacaciones escolares se produce entre junio y septiembre, y en promedio en los cuatro meses se acumula una reducción de 89 300 empleos, un 11 % del empleo de mayo, que se recupera entre octubre y diciembre, meses que de media suman 95 400 empleos adicionales.

Mientras, en el ámbito privado, en una operación acordeón, más intensa y de menor duración, entre junio y agosto se acumula una reducción de 161 109 empleos, un 30 % de la plantilla de mayo, que casi íntegramente, también, se recupera en septiembre y octubre al añadir 145 767 empleos adicionales.

2. ACTIVIDADES SANITARIAS

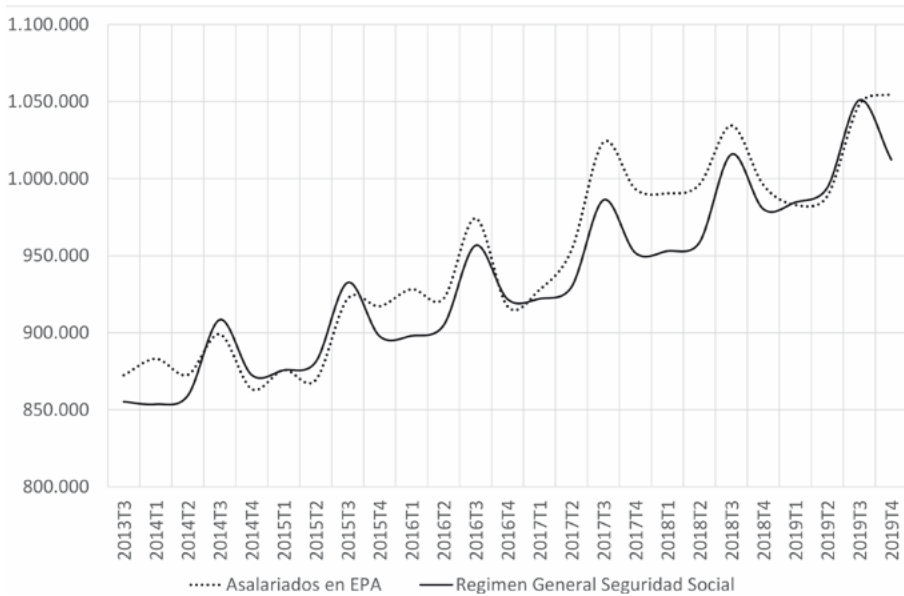
En sanidad, el empleo público incluido en la seguridad social ha pasado de 593 552 en octubre de 2013 a 689 962 en diciembre de 2019, un incremento del 16 %. Por las características laborales²¹ del personal sanitario, las cifras de la EPA y de la estadística de la seguridad social (figura 11) son sustancialmente idénticas, lo que hace innecesaria cualquier estimación.

El empleo sanitario privado, entre 2014 y 2019, ha crecido un 26 %, muy por encima del 16 % de incremento del empleo público. En uno y otro ámbito el empleo ha crecido de manera regular y constante en los meses de vacaciones, para reducirse en otoño. La intensidad de la expansión y del ajuste es mucho mayor en el sector público.

En las actividades en las que el servicio público se presta de formas continua, como ocurre con la sanidad, si las vacaciones laborales se concentran en los meses de verano, o si todos tuvieran una jornada de 37,5 horas distribuida semanalmente de lunes a viernes, y a la vez en verano y los sábados y domingos o durante las 24 horas se quiere mantener una actividad importante, se producirá una ampliación de la jornada o de la plantilla en los días y periodos de descanso, e igualmente el empleo se incrementará para sustituir al personal que durante todo del año por distintas razones no pueda incorporarse al trabajo.

La variación mensual del empleo sanitario (figura 12) tiene una pauta extraordinariamente diferenciada de la evolución del empleo educativo. En sanidad, sobre todo en el ámbito público se ajusta la plantilla según el calendario laboral. Las políticas de personal incorporan, en una actividad continua, cierta proporción de trabajo estacional. Durante los meses de verano se produce una fuerte expansión del empleo, que se reduce en otoño. Una pauta de conducta que encuentra justificación en razones organizativas y eventualmente en una reducción de costes laborales.

²¹ En el régimen general de la seguridad social no se encuentren los empleados públicos incluidos en MUFACE, y en el régimen de trabajadores autónomos tampoco están incluidos los jubilados que continúan con su actividad profesional.

Figura 11. *Empleo en sanidad (2013-2019). Comparación de fuentes*

Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de la seguridad social y de la EPA. Último dato, diciembre de 2019.

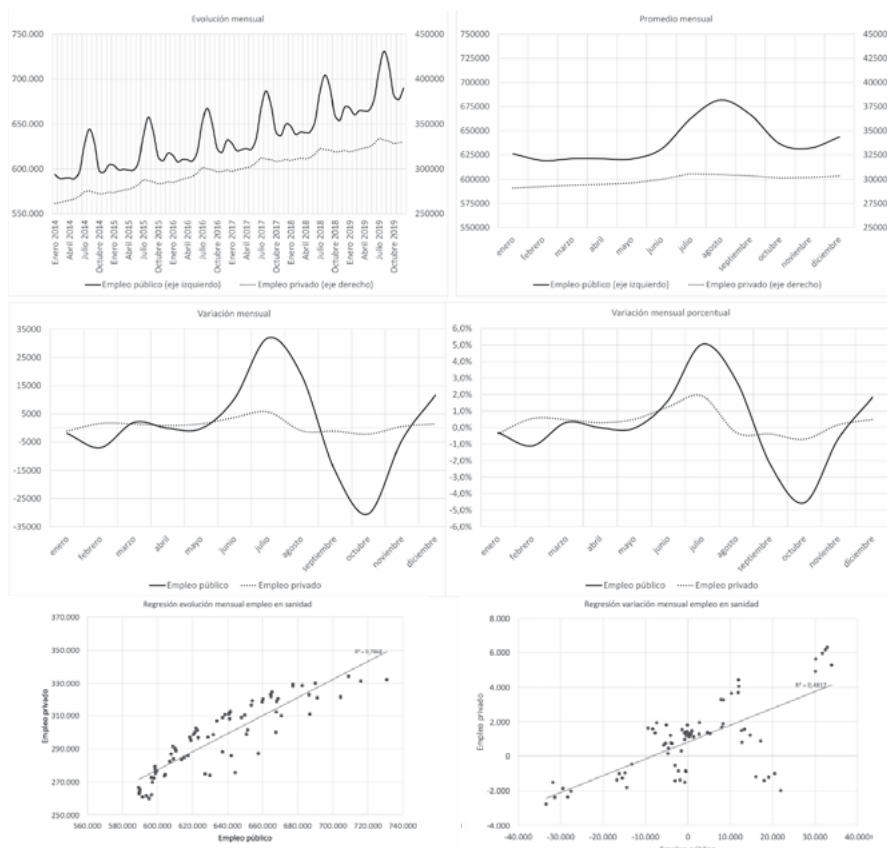
La evolución mensual de los sectores público y privado guarda una correlación estadística positiva (R^2 0.78). En el ámbito público y privado (figura 12), entre 2014 y 2019 se ha producido un incremento sostenido del empleo. En ambos sectores, en los primeros meses del año, la variación mensual del empleo es reducida, una tendencia que contrasta con la expansión en verano y la inmediata contracción en otoño, en el que difieren en intensidad y duración.

En promedio, en el mes de julio el sector público amplía su plantilla en 31 860 empleos, un 5,5 %, una cifra considerable y mucho mayor que la del ámbito privado, que solo aumenta en 5 718 empleos, un 1,91 %.

En los meses de vacaciones, entre junio y agosto de media la sanidad pública se incrementa en 61 000 empleos, un 10 %, volumen que se reduce entre septiembre y octubre, meses en los que de media disminuye en 45 000 empleos, un 7 %.

Mientras, en el ámbito privado, de forma menos intensa y con menor duración entre junio y agosto acumula una ampliación de 8 454 empleos, un 2,9 % de la plantilla de mayo, que se reduce parcialmente en septiembre y octubre, meses que cuentan con 3 315 empleos menos.

Figura 12. Empleados en actividades sanitarias incluidos en el régimen general de la seguridad social (2014-2019)

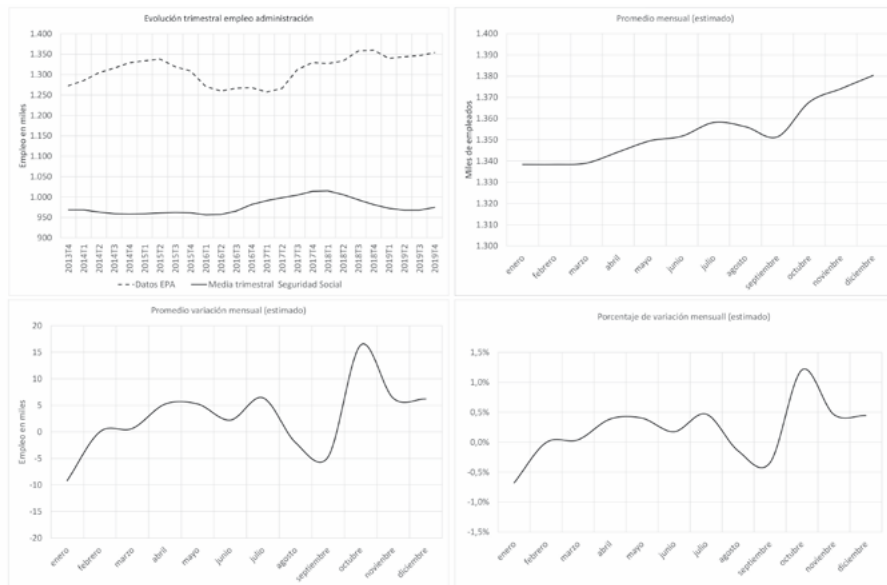


Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de la seguridad social y de la EPA. Último dato, diciembre de 2019.

3. ACTIVIDADES ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DEFENSA Y SEGURIDAD SOCIAL OBLIGATORIA

En el segmento más específico del sector público, que agrega las actividades de Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria (figura 13), el empleo incluido en la seguridad social ha pasado de 961 365 en enero de 2013 a 1 090 223 en diciembre de 2019, un incremento del 13%. Estas cifras deben tomarse con prudencia porque no incluyen a los funcionarios del ámbito de las mutualidades, con lo que el sector público está muy infrarrepresentado.

Figura 13. *Empleo en Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria (2014-2019)*



Fuente: elaboración propia. Media mensual de afiliación diaria a la seguridad social (último dato, diciembre de 2019) y EPA (último dato, cuarto trimestre de 2019). Estimación mensual ponderada con la EPA.

Para solventar esta falta de información hemos estimado los datos del sector público con la serie de la EPA. Con esta revisión²² se estima que el empleo en Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria ha pasado de cerca de 1 289 000 en enero de 2014 a 1 358 000 en diciembre de 2019, un incremento del 5%. Además de las diferencias numéricas, producto de los colectivos que recoge cada estadística, la discrepancia entre la EPA y la

²² Con otra metodología en la EPA el total de asalariados en Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria en el cuarto trimestre de 2019 asciende a 1 353 900, mientras que en la seguridad social figuran 1 086 679, una diferencia de 267 221 empleos. Puesto que la cifras de la EPA y de la seguridad social son muy distintas, y dado que falta el colectivo de empleados fijos del sector público incluido en las mutualidades y cuyo factor de variación mensual más relevante en estos años es la jubilación, para estudiar la evolución mensual del empleo se ha realizado una estimación mensual de los datos de la Seguridad Social ponderada con la evolución trimestral de la EPA.

seguridad social se centra en el tercer trimestre. Para la EPA crece el número de empleados y para la seguridad social desciende.

En periodos de insuficiencia presupuestaria, en las vacaciones o en general para atender incidencias temporales, puede que las Administraciones públicas reduzcan su actividad —disminuyan su horario, cierren los domingos y en las vacaciones, o por ausencia ese día no haya actividad—, lo que supondría que no fuera necesario realizar incrementos de personal temporal o fijo o que no acudan a personal propio adicional, sino que opten por contratar a empresas que transitoriamente o de manera continuada, total o parcialmente, suministren el servicio, lo que implicaría que tampoco fuera necesario realizar incrementos de personal.

En la Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria se ha producido un incremento sostenido cuya variación mensual, que se diferencia tanto del sector educativo como del sanitario, solo está parcialmente vinculada a los meses de verano en los que hay una pequeña disminución del empleo público.

VI. ESTACIONALIDAD POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha señalado, entre octubre de 2013 y diciembre de 2019, de acuerdo con los datos de afiliación a la seguridad social, el empleo femenino en el total de las Administraciones públicas ha pasado de un 56,4% a un 58,9%, una proporción que varía significativamente según el tipo de Administración pública.

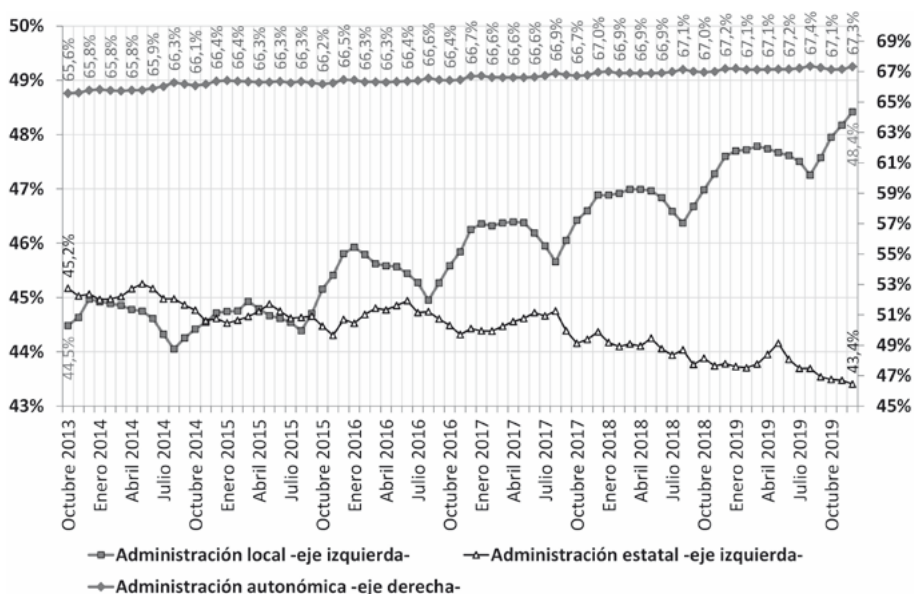
La distribución del empleo público por Administración pública en la EPA y en la serie de la seguridad social tienen algunas inconsistencias. Las diferencias se justifican por el ámbito de ambas estadísticas y por la clasificación de Administraciones públicas que emplea la EPA, que incorpora en la misma tipología²³ un criterio territorial y otro funcional, mientras que la seguridad social²⁴ emplea solo un criterio territorial.

Estas diferencias dificultan emplear la EPA para ponderar el total del empleo público, por lo que solo se tiene en cuenta la serie de la seguridad social, lo que implica que dado el peso de la educación, el volumen de la

²³ La EPA establece una tipología de Administraciones públicas con las siguientes categorías: central; seguridad social; comunidad autónoma; local; empresas e instituciones públicas; otro tipo.

²⁴ La seguridad social establece una tipología de administraciones públicas con las siguientes categorías: estatal; autonómica; local.

Figura 14. *Porcentaje de empleo femenino en las Administraciones públicas (2013-2019)*



Fuente: elaboración propia. Media mensual de afiliación diaria a la seguridad social. Último dato, septiembre de 2019.

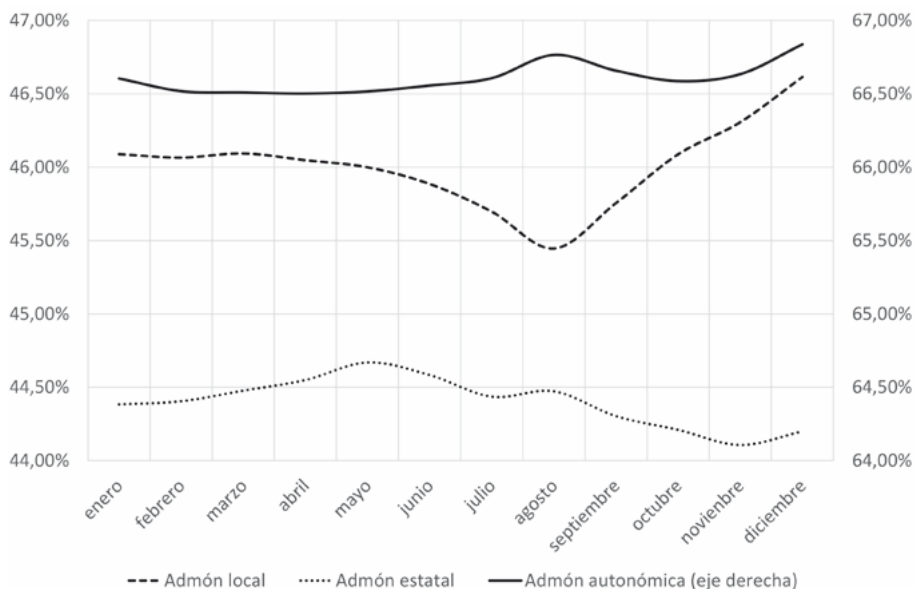
Administración autonómica está infrarrepresentado, de forma que haya que considerar con prudencia la comparación de la evolución mensual de las distintas Administraciones.

La tasa de empleo femenino y la estacionalidad en las Administraciones públicas no es homogénea. En la figura 14 se recoge la evolución mensual (octubre de 2013 a diciembre de 2019) del porcentaje del empleo femenino en cada tipo de Administración, y en la figura 15 se presenta el promedio mensual entre 2014 y 2019.

En la Administración autonómica, la de mayor peso del empleo femenino, con los datos de la seguridad social la proporción de mujeres se ha incrementado en 1,8 puntos: ha pasado de un 65,6% en octubre de 2013 a un 67,3% en diciembre de 2019. Por el contrario, en la Administración estatal, la de menor proporción de empleo femenino, el porcentaje se ha reducido en 1,8 puntos, y ha pasado de un 45,2% a un 43,4%. Y en la Administración local, la proporción de empleo femenino se ha incrementado de forma muy considerable, en 3,9 puntos, y ha pasado de un 44,5% a un 48,9%.

En promedio, la variación mensual del porcentaje de empleo femenino en las Administraciones públicas es relativamente pequeño, nunca más de un

Figura 15. Promedio mensual del porcentaje de empleo femenino en las Administraciones públicas (2014-2019)



Fuente: elaboración propia. Media mensual de afiliación diaria a la seguridad social. Último dato, diciembre de 2019.

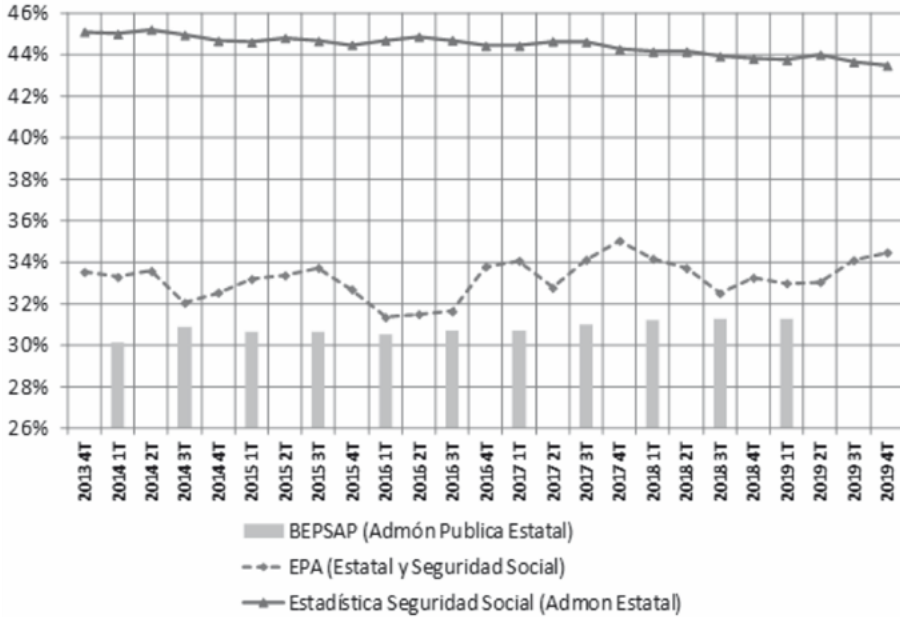
punto²⁵, y se pueden observar tres pautas estacionales: en la Administración estatal, en la segunda mitad del año, sobre todo desde septiembre, disminuye el porcentaje de empleo femenino. En la autonómica, tal vez debido al peso de la sanidad, el porcentaje del empleo femenino permanece estable en la primera mitad del año, se incrementa en el verano, especialmente en agosto, y luego también en diciembre. Y en la local, tal vez por el peso de las actividades deportivas, recreativas y de entretenimiento, el porcentaje de empleo femenino disminuye en agosto y se incrementa de septiembre a diciembre.

1. ADMINISTRACIÓN ESTATAL

Entre 2013 y 2019, de acuerdo con los datos de afiliación a la seguridad social, el empleo en la Administración estatal ha pasado de 294 167 a 354 190,

²⁵ Con los datos de la seguridad social, en diciembre de 2019, la variación de un punto en el total de las Administraciones públicas corresponde a 26 000 empleos, y con los datos de la EPA en el cuarto trimestre de 2019 a 33 000 empleos.

Figura 16. *Porcentaje de empleo femenino en el ámbito estatal (2013-2019). Comparación de fuentes*



Fuente: elaboración propia. Para la seguridad social se tiene en cuenta la media trimestral de las medias mensuales de afiliación diaria (último dato, agosto de 2019). Para la EPA se suma la Administración central y la de la seguridad social, y no se incluye la rúbrica «Entidades y empresas públicas» (último dato, cuarto trimestre de 2019). Para el BEPSAP los datos son semestrales y corresponden a la rúbrica «Administración pública estatal» (último dato, enero de 2019).

un incremento del 20%. En este periodo, el empleo femenino estatal ha pasado de 132 878 a 153 741, un incremento del 16%, mucho menor que el 24% de crecimiento del masculino.

El aumento neto del empleo femenino supone el 35% del total del incremento del empleo estatal, por lo que en los últimos seis años el porcentaje de empleo femenino ha disminuido de un 45,2% a un 43,4%, una evolución negativa de 1,8 puntos.

Estos datos deben relativizarse porque la evolución del peso del empleo femenino en el ámbito estatal medido con la serie de la seguridad social difiere sensiblemente de otras fuentes estadísticas (figura 16).

En el BEPSAP la tasa de participación femenina es mucho más reducida y en los últimos seis años se ha incrementado, pero debe tenerse en cuenta que

incluye las fuerzas armadas y las fuerzas y cuerpos de seguridad²⁶, que representan en enero de 2019 el 50 % de la Administración pública estatal, con un peso femenino del 12 %, mucho más reducido que el del resto de las Administraciones públicas. En la EPA, los *asalariados públicos*, que incluyen también a las fuerzas armadas y a las fuerzas y cuerpos de seguridad, el porcentaje de empleo femenino en la Administración estatal es también mucho más reducido que el de la serie de la seguridad social.

2. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

En las Administraciones autonómicas, de acuerdo con la estadística de la seguridad social, entre 2013 y 2019 el empleo público ha pasado de 1 216 570 a 1 531 822, lo que supone un incremento del 26 %, superior en seis puntos al de la Administración estatal, y casi en otros 20 al aumento de la local. En este periodo el empleo público femenino autonómico se amplía de 797 741 a 1 031 332, un incremento del 29 %, muy superior al 19 % del empleo masculino. La ampliación neta del empleo femenino supone el 74 % del total del aumento del empleo autonómico. En los últimos seis años el porcentaje de empleo femenino en las Administraciones autonómicas ha pasado de un 65,57 % a un 67,33 %.

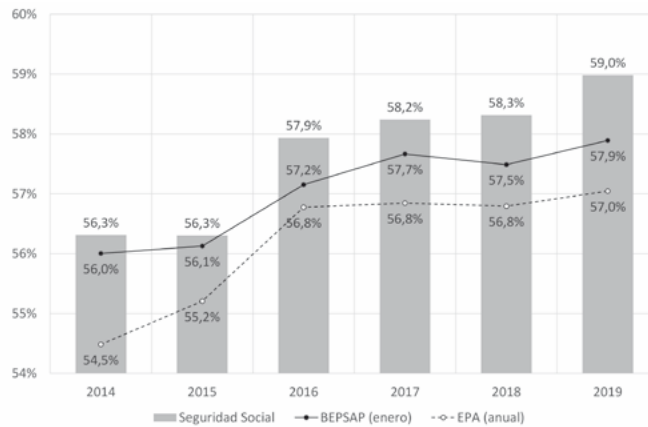
Medida por su peso en el empleo público, la Administración autonómica es más grande que hace seis años (figura 17). Estas cifras deben tomarse con prudencia. Si se comparan las distintas estadísticas que ofrecen información sobre el empleo público, el peso del empleo de las Administraciones autonómicas en 2019 oscila entre un 59 % en la estadística de la seguridad social, un 58 % según el *Boletín del Registro Central de Personal* y un 57 % en la EPA. Las características de los colectivos que recogen las tres estadísticas explican sus diferencias: en el BEPSAP no figura gran parte del empleo temporal; en la estadística de la seguridad social no aparecen los vinculados a las mutualidades de funcionarios, y como se ha señalado, en la EPA la tipología sobre el tipo de Administración recoge un doble criterio territorial y funcional.

En las Administraciones autonómicas el empleo mantiene una pauta estacional vinculada al final del verano (figura 18). En promedio los meses de mayor variación son septiembre y octubre. Septiembre el de mayor contracción y octubre el de mayor expansión.

En septiembre, de media, con respecto al mes de agosto, un 78 % de la disminución del total nacional del empleo público autonómico corresponde

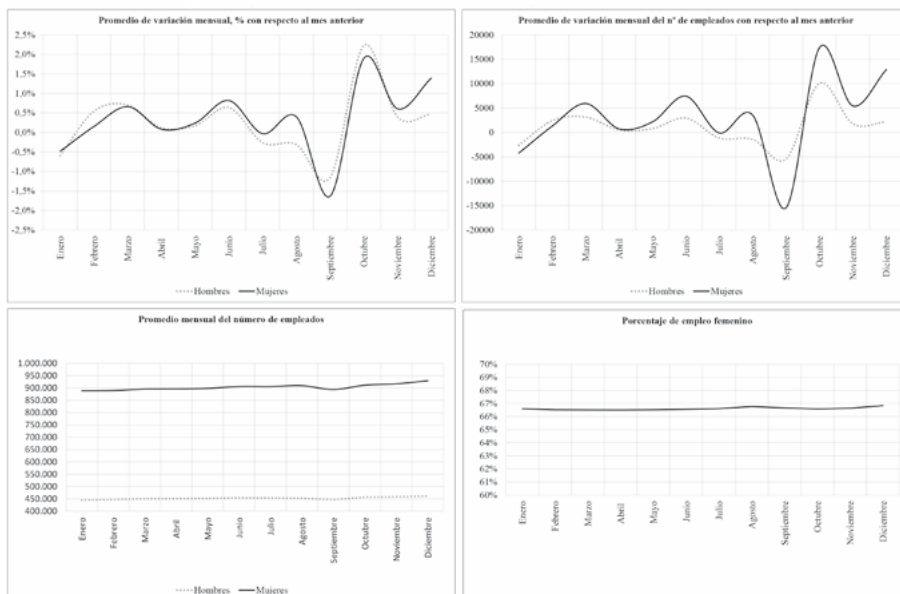
²⁶ Un colectivo que en parte pertenece a ISFAS, por lo que está infrarrepresentado en el régimen general de la seguridad social.

Figura 17. *Proporción del empleo de las Administraciones autonómicas en el total del empleo público. Comparación de fuentes*



Fuente: elaboración propia. Para la estadística de la seguridad social, afiliación media en el mes de enero. Para la EPA, datos anuales. Para el BEPSAP, datos de enero.

Figura 18. *Empleados en las Administraciones autonómicas. Promedio mensual (2014-2019)*



Fuente: elaboración propia. Promedio de la media mensual de afiliación diaria a la seguridad social. Último dato, diciembre de 2019.

Figura 19. *Desigualdad y riqueza en las comunidades autónomas*

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas del INE.

al empleo femenino, y en octubre, un mes en el que se recupera el empleo público, con referencia a septiembre solo un 62 % de los nuevos empleos son mujeres.

De media en diciembre, el mes de mayor empleo, con respecto al mes de septiembre, el de menor empleo, un 72 % del incremento del empleo público autonómico corresponde al empleo femenino. Y en enero, un mes en el que se reduce el empleo público, con referencia a diciembre del año anterior un 61 % del ajuste corresponde al empleo de las mujeres.

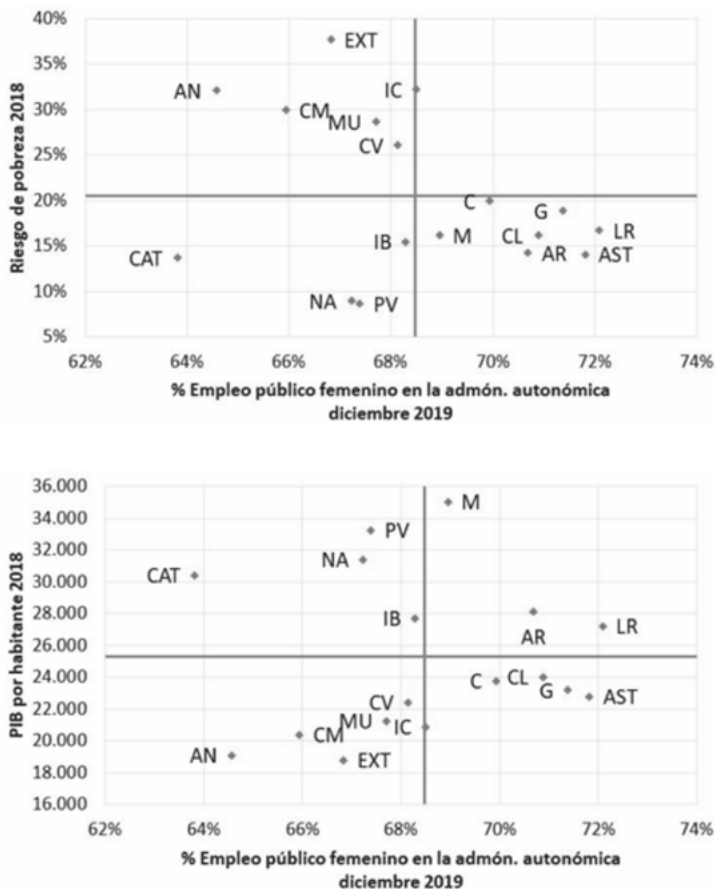
El patrón estacional en la Administración autonómica, que conlleva en los periodos valle y en los picos un incremento o una disminución del empleo, es mayor en el femenino que en el masculino, y su evolución es semejante. Los empleos femeninos y masculinos disminuyen o se incrementan en los mismos meses. Ambos colectivos guardan una relación directamente proporcional ($R^2 0,79$).

Las diferencias de género (figura 18) son más acusadas en agosto y diciembre. Agosto es el único mes en el que se invierte el signo, y en promedio disminuye el número de hombres (-0,31 %), mientras que se incrementa el de mujeres (0,40 %). Aunque en ambos colectivos crece el empleo, diciembre es el periodo que acumula mayor diferencia entre hombres y mujeres.

La tasa de empleo femenino y la estacionalidad en las Administraciones autonómicas no son homogéneas. Si se combina (figura 19) el PIB por

habitante y la proporción de población en riesgo de pobreza²⁷, variables que guardan una correlación baja (R^2 0,69), se pueden distinguir las comunidades autónomas según su mayor o menor riqueza y desigualdad.

Figura 20. *Empleo femenino en las Administraciones autonómicas. PIB por habitante y riesgo de pobreza*



Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas del INE y la seguridad social. La línea continua representa la media de las comunidades autónomas.

²⁷ «La población en riesgo de pobreza relativa es el porcentaje de personas que viven en hogares cuya renta total equivalente anual está por debajo del umbral de pobreza. El umbral de pobreza se fija en el 60% de la mediana de los ingresos por unidad de consumo de los hogares a nivel nacional». *Encuesta de Condiciones de Vida*. INE.

Esta tipología configura tres espacios geográficos, con características sociales y económicas homogéneos: el sur de la Península y las Canarias, el cuadrante noroccidental y el nororiental, incluyendo las Islas Baleares y Madrid.

2.1. Administraciones autonómicas con menor tasa de empleo público femenino

La evolución mensual del empleo público en Andalucía y Cataluña, las Administraciones autonómicas con más empleo público y menor porcentaje de empleo femenino, presentan dos pautas estacionales (figura 21), semejantes a la evolución de la educación y de la sanidad.

En diciembre de 2019 Cataluña fue la Administración autonómica con menor proporción de empleo femenino, un 63,8%, cuatro puntos menos que el total autonómico nacional (67,3%). Andalucía la segunda con menor proporción de empleo femenino, con un 64,6%, tres puntos menos que el total autonómico nacional. En ambas comunidades el empleo femenino en la Administración autonómica tiene un incremento sostenido cuya variación mensual está estrechamente vinculada al verano. Les iguala el volumen de empleo y una baja tasa de empleo femenino, y les diferencia la riqueza y la desigualdad.

Cataluña, con Navarra, el País Vasco y las Islas Baleares conforman el grupo de comunidades autónomas con menor riesgo de pobreza y mayor PIB por habitante.

Andalucía, con Extremadura, Castilla-La Mancha, Murcia y Canarias conforman el grupo de comunidades autónomas con mayor riesgo de pobreza y menor PIB por habitante.

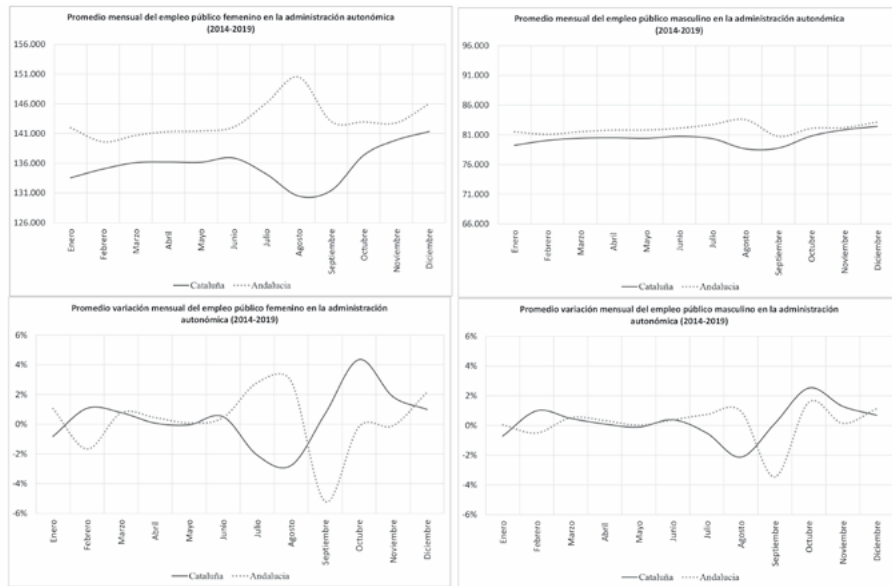
Con una pauta temporal asimétrica (figura 21) y en una proporción análoga al peso del empleo femenino, la mayor parte de la elasticidad veraniega del empleo autonómico en Andalucía y Cataluña, tanto la contracción como la expansión, se debe al empleo femenino.

La Administración autonómica de Cataluña sigue una pauta recesiva en verano, equivalente a la Administración educativa, según la cual, en los meses de verano, entre junio y agosto, se acumula una disminución de un -4% del empleo público autonómico. Contracción que en un 61% corresponde al empleo femenino. Un volumen de empleo que de manera regular se recupera inmediatamente en el inicio del curso académico, de forma que en el mes de octubre de media el empleo se incrementa en un 4% con respecto al mes de agosto. Expansión que en un 64% corresponde al empleo femenino.

Por el contrario, la Administración autonómica de Andalucía sigue una pauta expansiva en verano, equivalente a la sanidad. En los meses de verano, entre junio y agosto, de media hay un incremento acumulado

de 10 809 empleos en el sector público autonómico, un 5 % adicional, Un volumen de empleo público que de manera regular se retrae inmediatamente en septiembre (-5 %). La expansión del verano en un 69 % corresponde al empleo femenino, y la reducción en septiembre igualmente al empleo femenino en un 54 %.

Figura 21. *Promedio mensual del empleo público en las Administraciones autonómicas de Andalucía y Cataluña (2014-2019)*



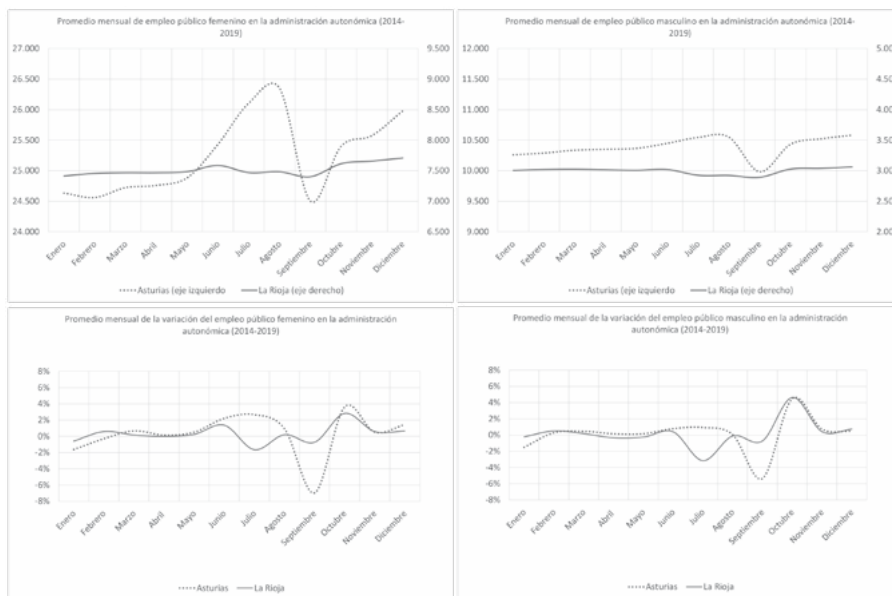
Fuente: elaboración propia. Media mensual de afiliación diaria a la seguridad social. Último dato, diciembre de 2019.

2.2. Administraciones autonómicas con mayor tasa de empleo público femenino

La evolución mensual del empleo público en Asturias y La Rioja, dos de las Administraciones autonómicas con menor volumen de empleo y mayor porcentaje de empleo femenino, cuenta con dos pautas estacionales asimétricas (figura 22).

En diciembre de 2019 La Rioja y Asturias fueron las Administraciones autonómicas con mayor proporción de empleo femenino, un 72 %, cinco puntos más que el total autonómico nacional (67,3 %). En ambas el empleo femenino en la Administración autonómica tuvo un incremento sostenido cuya variación mensual está vinculada al verano.

Figura 22. Promedio mensual del empleo en las Administraciones autonómicas de Asturias y La Rioja (2014-2019)



Fuente: elaboración propia. Media mensual de afiliación diaria a la seguridad social. Último dato, diciembre de 2019.

Les iguala, por su tamaño, un volumen de empleo reducido, una alta tasa de empleo femenino y un riesgo de desigualdad por debajo de la media nacional. Y les diferencia la riqueza por habitante: La Rioja por encima de la media nacional y Asturias por debajo.

La Rioja y Asturias, con Madrid, Cantabria, Castilla y León, Galicia y Aragón conforman un grupo (figura 20) de comunidades autónomas con mayor tasa de empleo femenino en la Administración autonómica y menor riesgo de pobreza.

La evolución temporal del empleo en la Administración autonómica de La Rioja, aunque relativamente estable, sigue una pauta equivalente a la Administración educativa. Así, en los meses de verano, entre en junio y septiembre, se acumula una disminución del empleo de un -3 %. Contracción que en un 59 % corresponde a empleo femenino. Un volumen de empleo que de manera regular se recupera inmediatamente en el inicio del curso académico, de forma que en el mes de octubre de media el empleo se incrementa en un 3 % con respecto al mes de septiembre. Expansión que en un 61 % corresponde a empleo femenino. Como en los casos de Andalucía y Cataluña, en La Rioja

la mayoría de la elasticidad veraniega, tanto la contracción como la expansión del empleo público autonómico, se debe al empleo femenino.

En Asturias la evolución mensual del empleo público autonómico tiene una pauta estacional más marcada que en La Rioja. La Administración asturiana sigue una pauta estacional expansiva en verano. Entre junio y agosto de media hay un incremento acumulado de 1400 empleos en el sector público autonómico, un 4% adicional, volumen que se reduce inmediatamente en septiembre, con una disminución media de 1650 empleos, un 4%. Expansión y contracción que mayoritariamente corresponden a empleo femenino, respectivamente un 66 y un 56%.

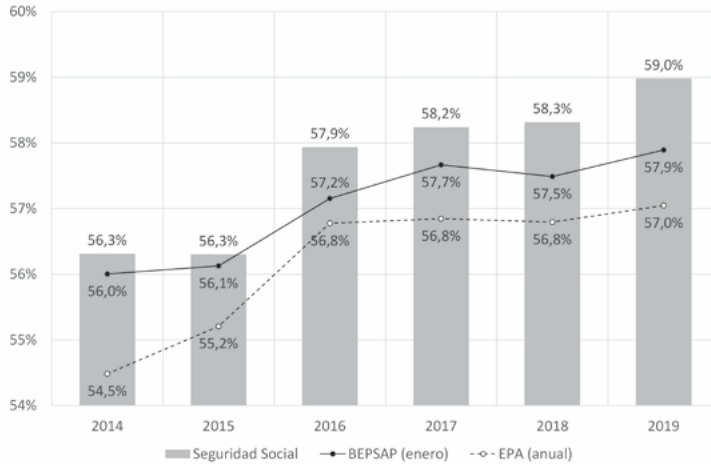
3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Entre 2013 y 2019, de acuerdo con los datos de afiliación a la seguridad social, el empleo en la Administración local ha pasado de 658760 a 704206, un incremento del 6,9%. En este periodo el empleo femenino ha pasado de 293045 a 340958, un incremento del 16,4%, muy lejos del -0,72% de disminución del empleo masculino. El crecimiento neto del empleo femenino supone la totalidad del crecimiento del empleo local, un 105%. Entre 2013 y 2019 el porcentaje de empleo femenino ha pasado de un 45,2% a un 48,4%, un incremento de 3,2 puntos.

Por su peso en el empleo público, la Administración local es menor que hace seis años (figura 23). Esta conclusión debe tomarse con prudencia. Si se comparan las estadísticas de empleo público, el peso de las Administraciones locales en 2019 oscila entre un 27,7% en la estadística de la seguridad social, un 22,3% en el BEPSAP y un 20,5% en la EPA. Como se ha señalado, las características de los colectivos que recogen las tres estadísticas explican sus diferencias: en el BEPSAP no figura gran parte del empleo temporal; en la estadística de la seguridad social no aparecen los vinculados a las mutualidades de funcionarios, y como se ha señalado, en la EPA la tipología sobre el tipo de Administración recoge un doble criterio territorial y funcional.

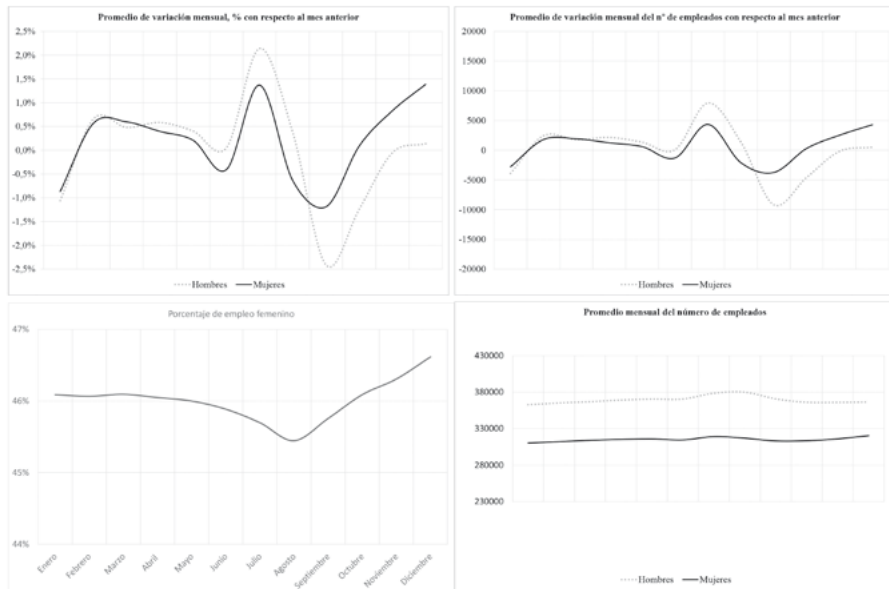
En las Administraciones locales, el empleo mantiene una pauta estacional vinculada al verano (figura 24). En promedio los meses de mayor variación son julio y septiembre: julio el de mayor expansión y septiembre el de mayor contracción. A diferencia de la Administración autonómica, en el ámbito local la variación mensual del empleo es menor entre las mujeres que entre los hombres. Debe tenerse en cuenta que en sectores como el de las actividades deportivas, recreativas y de entretenimiento que tienen una oferta estacional y su actividad se expande o se desarrolla casi exclusivamente en algunos meses del año, el peso del empleo femenino es reducido.

Figura 23. *Proporción del empleo de las Administraciones locales en el total del empleo público. Comparación de fuentes*



Fuente: elaboración propia. Para la seguridad social, afiliación media en el mes de enero. Para la EPA, datos anuales. Para el BEPSAP, datos de enero.

Figura 24. *Empleo en la Administración local. Promedio (2014-2019)*



Fuente: elaboración propia. Media mensual de afiliación diaria a la seguridad social. Último dato, diciembre de 2019.

En julio un 35 % del incremento del empleo en la Administración local corresponde al empleo femenino y al finalizar el verano, en septiembre, de media con respecto al mes de julio, el 43 % de la disminución del empleo público local es femenino.

El patrón estacional de la Administración local, que implica en los periodos valle y en los picos un incremento o una disminución del empleo, es menor en el empleo femenino que en el masculino.

VII. DISCUSIÓN Y PROPUESTAS

Hasta ahora, con la serie trimestral de la *Encuesta de Población Activa*, sabíamos que una parte importante del empleo público es temporal, y que lo es en una proporción que ha llegado a ser mayor que la del ámbito privado. También sabemos que el empleo público temporal es mayoritario entre los más jóvenes. Con los datos mensuales de la seguridad social sabíamos que en septiembre se reduce el empleo público. Y ahora con una serie de varios años comprobamos que este patrón responde a una pauta estacional que difiere según el género, que varía según el tipo de actividad y que diferencia a cada Administración pública.

1. LA PAUTA ESTACIONAL DEL EMPLEO PÚBLICO

Casi la mitad del sector público cuenta con una pauta estacional de creación y destrucción de empleo. Un patrón de transición del verano al otoño que, cualitativa y cuantitativamente, constituye un rasgo esencial en actividades vinculadas al cuidado, como son la sanidad o la educación, que conforman un campo de especialización pública, con gran presencia laboral femenina. Un ámbito que distingue a las Administraciones autonómicas del resto del sector público.

2. VACACIONES O ESTACIONALIDAD

El patrón estacional del empleo público depende del tipo de actividad y de las pautas de la política laboral. Se pueden señalar cuatro tipos de ajuste estacional:

- *Disminución estacional del empleo.* En algunas actividades, como la educación y en algunas Administraciones públicas, como la autonómica catalana o la riojana, los meses de verano son una etapa de contracción y luego, a partir de octubre, se inicia un periodo de expansión del empleo.

La volatilidad se vincula a la elasticidad de la actividad, y si esta se reduce y luego se recupera, el empleo seguirá la misma pauta. Durante las vacaciones escolares disminuye el empleo y se incrementa al inicio del curso académico.

- *Ampliación estacional del empleo.* Por el contrario, en actividades como la sanidad o en algunas Administraciones públicas, como la autonómica andaluza o la asturiana, la pauta estival pasa primero por una etapa de expansión del empleo y luego de contracción. Para prestar el servicio, durante las vacaciones laborales se amplía el empleo, y a la vuelta se reduce.
- *Empleo de temporada.* En otras como las actividades recreativas o en las Administraciones locales, la variación del empleo público también está vinculada a una pauta de temporada estival. Para desarrollar la actividad se amplía el empleo, y al concluir se reduce.
- *Disminución y recuperación de la actividad sin ajuste del empleo.* Cabe también que en algunos sectores o en algunas organizaciones como la estatal el empleo no esté asociado ni a las vacaciones ni a la estacionalidad. Puede que en vacaciones se limite y prácticamente se cierre la actividad o incluso que algún mes se declare inhábil, y esto no influya en el empleo, que ni aumenta ni disminuye.

3. DIFERENCIA O DESIGUALDAD

El peso del empleo femenino varía según el tipo de Administración pública. Más de dos tercios del empleo de la Administración autonómica son mujeres, y menos de la mitad lo son en la Administración estatal y local. En los últimos años, la proporción de mujeres ha disminuido ligeramente en la Administración estatal, se incrementa en la Administración local y crece ligeramente en la Administración autonómica.

En la Administración autonómica la mayor parte de la elasticidad del empleo público, tanto la contracción como la expansión, se debe al empleo femenino, y por el contrario, en la Administración local la mayoría de la volatilidad estival, tanto la reducción como la ampliación, se debe al empleo masculino.

Esta diferencia sistemática, vinculada al tipo de actividad de las Administraciones públicas implica una especialización de género, asociada a condiciones de trabajo desiguales, y supone una pauta de discriminación de género que podría corregirse si se acelera una política orientada a reducir la contratación temporal en el sector público y se valoran las opciones de disminuir la concentración de los periodos de vacaciones.

4. REVISIÓN Y PROPUESTAS PARA MEJORAR LAS ESTADÍSTICAS DE PERIODICIDAD MENSUAL Y TRIMESTRAL

El sector público dispone de seis de fuentes principales de información estadística sobre el volumen, evolución y características del empleo público, todas ellas con objetivos, metodologías y resultados diferente. Por la amplitud de sus series y por el nivel de desagregación, las más relevantes son la EPA y el BEPSAP. Pero si se considera una periodicidad temporal inferior a un semestre, las estadísticas disponibles son la EPA trimestral, y la estadística mensual de afiliación a la seguridad social.

El carácter registral de la estadística de la seguridad social y su periodicidad incorpora una serie sobre la evolución del sector público que permite analizar con detalle la evolución temporal del empleo público.

Para mejorar la comparación de las estadísticas del empleo público se podría avanzar hacia definiciones comunes, y a medio plazo ampliar el ámbito del Registro Central de Personal, incorporando de forma directa y continua los registros individuales de la seguridad social. Esta aproximación permitiría contar en un único registro, información sobre la totalidad del empleo público que además serviría de referencia para la EPA y para la estadística de síntesis de contabilidad nacional.

De manera inmediata, el BEPSAP podría publicar información mensual, recoger todas las fuentes de información, y elaborar una estadística de síntesis sobre el empleo público.

En la metodología de la EPA se podrían aclarar las categorías de la tipología de Administraciones públicas, con un criterio territorial uniforme (estatal, autonómico y local) y desagregar en cada nivel las categorías que fueran necesarias (seguridad social, empresas e instituciones públicas).

En la estadística de la seguridad social se podría desagregar por género y ámbito territorial la serie de afiliación media mensual del empleo público por actividad económica.

Bibliografía

- Agencia Tributaria (2019). *Declaración del impuesto sobre las personas físicas*.
- Alberdi, I. (2020). Historia del feminismo. *Revista de Occidente*, 466, 17-25.
- Barrera López, B. (2016). El Seminario de Estudios Sociológicos de la Mujer (1960-1986). Investigación y reivindicación feminista del Tardofranquismo a la Transición. *Bulletin Hispanique* 118 (2), 611-62. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/bulletinhispanique.4601>.
- Capdevila-Árgüelles, N. (2018). *El regreso de las modernas*. La Caja Books.

- Consejo Económico y Social (1994). *Informe sobre la situación de la mujer en la realidad sociolaboral española*. CES.
- Consejo Económico y Social (2004). *La temporalidad en el empleo en el sector público*. Madrid: CES.
- Consejo Económico y Social (2011). *Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*. Madrid: CES.
- Consejo Económico y Social (2016). *La participación laboral de las mujeres en España*. Madrid: CES.
- Criado Perez, C. (2020). *La mujer invisible. Descubre cómo los datos configuran un mundo hecho por y para los hombres*. Barcelona. Seix Barral.
- Durán, M. A. (1977). *Dominación, sexo y cambio social*. Madrid: Cuadernos para el Dialogo.
- Fernández-Gutiérrez, M. y Díaz-Fuentes, D. (2009). Empleo público y temporalidad. ¿Es el sector público parte del problema? *Temas Laborales*, 102, 51-87.
- Instituto Nacional de Estadística (2017). *Encuesta de Población Activa. Metodología 2005, Descripción general de la encuesta*. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.
- Instituto Nacional de Estadística (2017). *Inventario de operaciones estadísticas*.
- Luxán Meléndez, J. M. (2018). Brecha salarial o discriminación laboral. Retribuciones y carrera profesional de las mujeres en el sector público. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 287-304. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/CGAP.55085>.
- Luxán Meléndez, J. M. (2019a). Las políticas de empleo público en España (1996-2017): diagnóstico y propuestas para su modernización y eficiencia. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 141, 141-166.
- Luxán Meléndez, J. M. (2019b). La ruptura del contrato de lealtad. Evolución del empleo científico-técnico en el sector público español. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 6 (2), 71-91. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/cgap.65911>.
- Luxán Meléndez, J. M. (2020). Las fuentes de información sobre el empleo público en España: revisión, diagnóstico y propuestas de cambio. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 23, 20-44. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/gapp.i23.10686>.
- Olías de Lima, B. (2006). *Manual de Organización administrativa del Estado*. Madrid: Síntesis.
- Registro Central de Personal (varios años). *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Registro Central de Personal*. Madrid: Ministerio de Política Territorial y Función Pública.
- Sáez Lara, C. (2019). La igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*. Número extraordinario, 79-109.
- Seguridad Social (2018). *Metodología de Afiliados en alta Empleo Público*. Disponible en: <https://bit.ly/32f37uT>.
- Sevilla, J. (2020). Los organismos públicos. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte* 173, 208-215.
- Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C. y Varone, F. (2012). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel.

CRIMINOLOGÍA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA¹

Criminology and gender perspective:
Female juvenile delinquency

SERGIO CÁMARA ARROYO
Universidad Nacional de Educación a Distancia
scamara@der.uned.es

Cómo citar/Citation

Cámara Arroyo, S. (2020).
Criminología y perspectiva de género: la delincuencia juvenil femenina.
IgualdadES, 3, 519-555.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.09>

(Recepción: 30/06/2020; aceptación tras revisión: 06/10/2020; publicación: 18/12/2020)

Resumen

La delincuencia juvenil femenina es un sector minoritario dentro de un sector minoritario, que es la delincuencia femenina. A pesar de haber sido ignorado durante mucho tiempo por la criminología, en los últimos años ha recabado la atención de los estudiosos de esta disciplina, ante su posible aumento en la última década. En el presente estudio se analizará la delincuencia juvenil femenina en España desde la perspectiva de género, atendiendo específicamente al modo en el que los comportamientos antisociales de las menores se manifiestan, así como al análisis de los espacios criminógenos más relevantes en la actualidad en los que se ha registrado un aumento

¹ Esta investigación se ha realizado durante el programa de estancias de investigación postdoctorales de la UDIMA 2019-2020. Asimismo, el presente artículo se ubica en el marco de una investigación más amplia que conformará un corpus único sobre la delincuencia juvenil femenina, en forma de tesis doctoral del Programa de Ciencias Forenses de la UAH.

de la actividad delictiva de las mujeres jóvenes y menores de edad: la violencia intrafamiliar y la cibercriminalidad.

Palabras clave

Agresión relacional; cibercriminalidad; COVID-19; criminología feminista; delincuencia juvenil; género; igualdad.

Abstract

Female juvenile delinquency is a minority sector within a minority sector, which is female delinquency. Despite having been ignored for a long time by Criminology, in recent years it has attracted the attention of scholars of this discipline, given its possible increase in the last decade. In this study, female juvenile delinquency in Spain will be analyzed from a gender perspective, paying specific attention to the way in which the antisocial behaviors of girls are manifested; as well as the analysis of the most relevant criminogenic spaces at present, in which there has been an increase in the criminal activity of young women and minors: intrafamily violence and cybercrime.

Keywords

COVID-19; cybercrime; equality; feminist criminology; gender; juvenile delinquency; relational aggression.

SUMARIO

I. CRIMINOLOGÍA JUVENIL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO. II. EL AUMENTO DE LA PRESENCIA DE LAS MENORES EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL. III. LA VIOLENCIA Y LAS MENORES: LA AGRESIÓN RELACIONAL. IV. LOS ESPACIOS CRIMINÓGENOS DE LA PANDEMIA Y SU INCIDENCIA EN LA DELINCUENCIA DE LAS ADOLESCENTES: 1. Menor infractora y violencia intrafamiliar: una constante tensión durante el confinamiento. 2. Una realidad alternativa en el confinamiento: el ciberespacio y la delincuencia juvenil femenina. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO: OTRAS FUENTES DOCUMENTALES.

I. CRIMINOLOGÍA JUVENIL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

La delincuencia juvenil tradicionalmente ha sido vista por los criminólogos como un fenómeno principalmente masculino (Chesney-Lind, 1989; Bartolomé *et al.*, 2009; Ondarre, 2017). A mayor abundamiento, aunque es frecuente que en los actuales estudios sobre criminalidad se incluya a la mujer adulta delincente, pocos son los estudios —tanto a nivel cuantitativo como cualitativo— que hagan referencia expresa a la menor delincente en particular (Alder y Worrall, 2004; Pozo Gordaliza, 2013a, 2013b). En la misma línea se sitúa toda una escala de autores que han advertido sobre la *invisibilidad* de las menores delincentes de una u otra forma (Bergsmann, 1989; Chesney-Lind, 1999; Pozo Gordaliza, 2011; Nieto Morales, 2013; Guirao González y Bas Peña, 2013).

Desgraciadamente, debido al contexto social y cultural de nuestras sociedades, la mayor parte de las investigaciones criminológicas realizadas hasta la segunda mitad del siglo xx se han volcado en el estudio de la criminalidad desde la perspectiva del sexo biológico, diferenciando entre hombres y mujeres a través de la dimensión fisiológica, psiquiátrica, biológica o psicológica.

Pocas obras han especializado el estudio de tales teorías criminológicas circunscribiéndolas al ámbito de la menor delincente. En conclusión, tal y como expone Vázquez González (2019: 16), «lo que no logra explicar satisfactoriamente ninguna de las teorías criminológicas es el porqué de esa diferencia cuantitativa entre la delincuencia juvenil masculina y femenina». En el mismo sentido se pronuncia Yagüe Olmos y Cabello Sánchez (2005: 34) cuando

aseguran que para tratar de explicar la delincuencia de las jóvenes «hemos de hablar por tanto de multicausalidad y de interdependencia de las mismas, sin que en la actualidad exista un modelo teórico explicativo único y consensuado en el que quede claramente delimitadas y cuantificadas las variables intervinientes».

La investigación sobre las diferencias presentes en el desarrollo entre los jóvenes varones y las mujeres, es un área de estudio relativamente nueva dentro de la criminología (Romero Mendoza, 2003). La criminalidad infantil femenina comenzó a estudiarse específicamente a finales de los años sesenta del pasado siglo, momento en el que, con el movimiento de liberación de la mujer, comienza a percibirse socialmente un aumento considerable de la misma (Montañés Rodríguez, Bartolomé Gutiérrez *et al.*, 1999; Bartolomé Gutiérrez, 1999; Pozo Gordaliza, 2011; Ondarre, 2017).

Como indican muy acertadamente Sherman y Balck (2015), un argumento fundamental para enfocarse en las niñas radica en los principios de equidad e igualdad. La equidad en el campo de la justicia juvenil significa un sistema diseñado para abordar de manera justa y significativa las circunstancias individuales de las niñas, así como las preocupaciones colectivas de las niñas como grupo. No significa replicar lo mismo que existe para los niños, particularmente cuando ese sistema es, frecuentemente, demasiado punitivo e ineficaz. Significa crear sistemas estructurados con una comprensión, respeto por el género y las diferencias individuales.

Actualmente existe una convicción generalizada en la comunidad académica sobre la necesidad de introducir en el estudio de las ciencias sociales, económicas, políticas y jurídicas la denominada *perspectiva de género*. La criminología no ha sido, ni mucho menos, ajena a esta demanda (Heidensohn, 2003). Como disciplina que estudia el fenómeno criminal y a sus autores en conjunto, tanto el sexo, entendido como la diferenciación puramente biológica que define y distingue fisiológicamente a hombres y mujeres, como el concepto social de género, que comprende la construcción social, psicológica y cultural de lo que es ser un hombre o una mujer en nuestras sociedades contemporáneas, han sido integrados tanto en los trabajos teóricos como en la investigación empírica criminológica (Belknap, 2001; Bloom *et al.*, 2005).

La perspectiva de género se ha convertido en los últimos años en una herramienta metodológica (un enfoque) y programática (generador de políticas sociales) exigible en todos los campos de estudio jurídicos, sociales y políticos. Sin embargo, históricamente se ha ignorado a la población delictual juvenil femenina con base en el paradigma «género-crimen» (Brown *et al.*, 2010). Como expone Pozo Gordaliza (2011: 403; 2012b: 270), las menores delinquentes «han sido definidas y estudiadas por el sexo, no por el género. Esto ha provocado una distorsión en la fotografía».

Recientemente han comenzado a realizarse investigaciones diferenciales acerca de los factores de riesgo de comisión del delito entre infractores menores de edad de ambos sexos, donde se establecían algunas diferencias importantes que pueden resultar de utilidad a la hora de prevenir la delincuencia juvenil femenina (Farrington, y Painter, 2004; Wong, 2012). Desde la óptica del control social intrafamiliar, el aprendizaje social y las tesis de la tensión pueden establecerse algunas diferencias fundamentales en la delincuencia juvenil según su género. La construcción teórica de los feminismos ha influido de manera determinante en la traslación de la perspectiva de género al campo de la criminología en general, y en particular al estudio de la menor infractora (Del Olmo, 1998; Romero Mendoza, 2003).

Bajo el paraguas de las perspectivas criminológicas feministas (Maqueda Abreu, 2014), como resumen Belknap y Holsinger (2006), las variables que conducen al comportamiento problemático de las menores pueden atribuirse a una variedad de fuentes: roles de género socializados, opresión estructural, vulnerabilidad al abuso de los hombres y respuestas femeninas a la combinación de factores de riesgo. En otras palabras, las historias de niñas y niños en la delincuencia pueden ser parcialmente específicas de género, con diferencias en los procesos de desarrollo, comportamientos problemáticos resultantes, etc.

Una de las corrientes doctrinales que operan dentro de los estudios de género, y que se han ocupado de la delincuencia de las menores de edad, es la llamada «teoría feminista de la delincuencia de la mujer» (Daly y Chesney-Lind, 1988). Según Chesney-Lind (1989: 19-20), principal impulsora de la teoría feminista explicativa de la delincuencia juvenil femenina, esta corriente de pensamiento no se basa exclusivamente en la influencia de los roles de género, sino que también significa la construcción de explicaciones sobre el comportamiento femenino que sean sensibles al contexto patriarcal, el papel de las agencias de control social en el mantenimiento de las desigualdades de género y a la situación de las niñas desde una perspectiva interseccional.

Se trata de focalizar la investigación de la delincuencia juvenil desde una perspectiva individualizadora por razones de género que atienda no solamente al contexto (el papel de la menor en la sociedad), sino a la propia menor y su mundo como protagonista y axioma principal del estudio (Chesney-Lind y Shelden, 2004; Chesney-Lind y Pasko, 2004; Chesney-Lind, 2007). Las teorías feministas también examinan la criminalidad femenina como un reflejo de las situaciones de las vidas de mujeres y niñas y sus intentos de sobrevivir (Chesney-Lind, 1997; Chesney-Lind y Bloom, 1997).

Esta escuela criminológica examina el rol que juegan las desigualdades de género en los factores de riesgo para la comisión de hechos delictivos, y también cómo afectan tales desigualdades en la naturaleza de los delitos cometidos por las jóvenes. Su principal esquema conceptual fue desarrollado

por Daly (1998), y puede resumirse en los siguientes puntos fundamentales: vías de género al incumplimiento de la ley (conocida como *the pathways perspective*, que incluye los procesos de victimación), crimen de género y vidas de género.

En nuestro país, tal y como señalan los estudios y estadísticas recopiladas por la doctrina, los datos han indicado siempre una mayor actividad delictiva entre los varones que entre las mujeres menores de edad (Serrano Gómez, 1969, 1970; Herrero Herrero, 2005; Tejedor Gil y Pereña Munoz, 2007; Vázquez González, 2007; García Pérez, 2008; Serrano Tárraga, 2009; Montero Hernanz, 2011). Teniendo en cuenta este contexto estadístico, no asombra que la escasa entidad de las cifras manejadas sea una de las principales causas de la poca consideración doctrinal que la delincuencia juvenil femenina ha tenido en nuestro país (Alvira Martín y Canteras Murillo, 1985: 125; Montañés Rodríguez *et al.*, 1999: 257; Bartolomé Gutiérrez, 1999: 301; Serrano Tárraga, 2009: 259). Los trabajos realizados desde el ámbito de la criminología han intentado estudiar a la delincuente femenina de una forma genérica, y pocas son las obras escritas en nuestro idioma que se hayan centrado en las características específicas propias de la edad de las jóvenes infractoras. Una de las pocas excepciones que podemos encontrar dentro de nuestras fronteras es el meritorio estudio de investigación realizado en 1999 por la Unidad de Investigación Criminológica de la Universidad de Castilla La Mancha sobre la comisión de algunos actos delictivos y conductas de riesgo entre la población femenina comprendida entre los catorce y los veintiún años (Montañés Rodríguez *et al.*, 1999: 258).

Así, son pocas las investigaciones que se han ocupado de la etiología de la delincuencia juvenil femenina de manera monográfica en nuestro país, bien separada del conjunto de la criminalidad en general o de la delincuencia juvenil en particular. Las teorías criminológicas —al menos aquellas que han sido definidas como teorías totales— a menudo aspiran a explicar el fenómeno criminal en su conjunto, introduciendo fórmulas o tesis generales que puedan servir para ambos sexos.

A pesar de este vacío académico, es menester citar algunas honrosas excepciones que servirán como punto de partida para la pertinente revisión de conocimiento en la materia objeto de estudio. Una de las principales autoras citadas en España sobre esta cuestión es la profesora Raquel Bartolomé Gutiérrez, de la Universidad de Castilla La Mancha, investigadora principal en el fenómeno de la delincuencia juvenil femenina en España. Su tesis doctoral, no publicada, *Delincuencia juvenil femenina* (1999), es uno de los referentes en cuanto a la revisión de los conocimientos sobre la materia. Actualmente, además de la obra citada, solamente existe en castellano otra tesis doctoral relativa a la delincuencia juvenil femenina, también inédita, confeccionada

por Aedo Rivera en 2014. No obstante, el trabajo se centra en la comparativa entre el sistema penal juvenil español y chileno en materia de género y cita alguna de las obras científicas de mi autoría precedentes a esta investigación, por lo que considero pertinente avanzar aún más en la investigación criminológica de esta temática. En cuanto a Pozo Gordaliza, probablemente después de Bartolomé Gutiérrez sea la autora que con mayor profundidad y más modernamente se haya ocupado del fenómeno de la delincuencia juvenil femenina, si bien desde la óptica de la sociología y, sobre todo, fundamentalmente desde la pedagogía social y preventiva.

A estas investigaciones deben unirse, como parte fundamental de este trabajo de investigación, aquellas que ya he tenido oportunidad de realizar y publicar como parte del continuo proceso de estudio y análisis que ha dado origen a este escrito (Cámara Arroyo, 2011, 2013).

No es mi intención en este trabajo abordar todas las teorías criminológicas que se han ocupado de explicar el delito de las menores de edad (Cámara Arroyo, 2013; Aedo Rivera, 2014). Baste decir, al respecto, que el renovado interés por este sector de la delincuencia juvenil se debe, en gran parte, al percibido incremento de las menores en los sistemas de justicia juvenil.

II. EL AUMENTO DE LA PRESENCIA DE LAS MENORES EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL

Durante las últimas décadas se han venido realizando toda suerte de pronósticos acerca del posible aumento de la delincuencia femenina y, recientemente, algunos estudios de ámbito internacional han focalizado la cuestión en el área de las menores de edad (Bloom y Covington, 2001; Miller, Leve y Kerig, 2012).

No existe consenso acerca de la explicación de tal fenómeno criminológico. Como resume Carrington (2013), en el debate sobre la etiología de un repunte de la delincuencia juvenil femenina en algunos territorios (EE. UU., Reino Unido, Canadá, etc.) se han dibujado dos bandos opuestos: mientras que los informes oficiales de crímenes y un sector doctrinal indican que la brecha de género se ha reducido en las últimas dos décadas (Lauritsen *et al.*, 2009), otros argumentan que esto se debe en gran parte al recrudecimiento de los sistemas de política criminal juvenil, que han derivado en aumentos en el número de arrestos de niñas por comportamientos que en el pasado no eran vigilados o directamente eran pasados por alto (Chesney-Lind y Paramore, 2001; Batchelor y Burman, 2004; Chesney-Lind, 2004; Zahn *et al.*, 2008; Steffensmeier y Schwarz, 2009; Sherman y Balck, 2015; Sherman, 2016; en nuestro país, Fernández *et al.*, 2009). En apoyo de esta última visión, hay que

tener en cuenta que en algunos Estados se han implementado estrategias de política criminal menos punitiva, reduciéndose considerablemente la tasa de arrestos de las menores (Patino y Moore, 2015; Patino y Sanders, 2016; Vera Institute of Justice, 2017). Por otra parte, algunas investigaciones apuntan a un cambio en la última década, tanto cuantitativo como cualitativo, en los patrones de comportamiento antisocial y violento de las adolescentes respecto a los varones de la misma edad (Odgers *et al.*, 2007).

Una tercera explicación argumenta que «no es que las chicas estén adoptando conductas propiamente masculinas, sino que comparten con los chicos una forma de comportarse normativa en los jóvenes de nuestra sociedad, especialmente en contextos de ocio y con los iguales, que incluye la participación en conductas antisociales» (Bartolomé y Montañés, 2007: 287; Bartolomé *et al.*, 2009: 10).

Si la delincuencia juvenil femenina solamente ha aumentado en algunas tipologías delictivas, una posible explicación para este patrón podría ser la respuesta cambiante de la policía, cambios legislativos de endurecimiento de la norma penal, así como cambios en materia de prevención del delito o política criminal (Zahn *et al.*, 2008).

Asimismo, es importante tener en cuenta la percepción subjetiva de la población (miedo a la delincuencia juvenil) en relación con las conductas antisociales reales de las jóvenes (Chesney-Lind y Eliason, 2006). Algunos países han tratado la cuestión, como es el caso de Canadá, llegando a asegurar que un área que se relaciona, tanto con la percepción sobre un aumento de la violencia, como con una tasa de incidencia creciente real, es el de las adolescentes (Leschied *et al.*, 2000). Así, por ejemplo, Reitsma-Street (1999) considera que esta tendencia de procesar a más niñas a través del sistema de justicia juvenil refleja prácticas discriminatorias y el mayor temor al delito de las niñas en general, a pesar de las bajas tasas reales de denuncias oficiales.

Al igual que ocurre en otros países, en España algunos informes apuntan al crecimiento de la presencia de las menores en nuestro sistema de justicia juvenil en la última década (Graña Gómez y Rodríguez Biezma, 2010: 8).

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en 2018 el número de infracciones totales cometidas por las menores asciende al 19,49 % del total, pasando al 21,3 % de las condenas. En los últimos diez años de la estadística conocida ha habido un incremento aproximado del 6 % en las condenas impuestas a las niñas por la comisión de hechos delictivos, muy parejo al incremento de infracciones cometidas. Aunque pudiera explicarse parcialmente por el cambio de política criminal operado en 2015, con la supresión de las faltas y su conversión en delitos leves o menos graves, lo cierto es que esta tendencia al alza ya se estaba produciendo en años anteriores a la reforma. Comparativamente, la tasa de infracciones cometidas por las

menores y el número de condenas impuestas a las mismas ha experimentado un ligero crecimiento, mientras que las infracciones cometidas por varones y el número de condenas a los mismos han descendido ligeramente.

Aunque en 2017 y 2018 se ha registrado un ligero aumento de las cifras de infracciones cometidas por los menores de edad respecto a 2015 y 2016, no se ha llegado a los números de años anteriores. Sin embargo, la delincuencia juvenil femenina se ha incrementado sensiblemente (un 4,1 % respecto a 2013; un 0,6 % respecto a 2014; un 5,3 % respecto a 2015; un 14 % respecto a 2016, y un 6,6 % respecto a 2017), mientras que la de los varones ha disminuido.

Los delitos de lesiones parecen haber experimentado un aumento desde 2015, tanto para varones como para mujeres menores de edad. Sin embargo, ello se debe a la supresión del Libro III del CP y a la incorporación de las faltas de lesiones al catálogo de delitos leves. Con todo, ya que no puede desglosarse el número exacto de faltas de lesiones ni separarlo del resto de tipologías contenidas entre las pretéritas faltas contra las personas, puede afirmarse que la comisión de infracciones relacionadas con las lesiones cometidas por las menores de edad ha aumentado ligeramente desde 2016 (19,4 % para el último año de datos conocidos, mientras que en el caso de los varones solamente ha aumentado un 17,6 %, en total).

Algo similar sucede con los delitos de amenazas y coacciones. Las cifras indican un presunto aumento de estas categorías delictivas cometidas por las menores de edad desde 2015 (un 21 % más respecto a 2017). Al ser imposible desglosar los datos relativos a las faltas contra las personas en sus diferentes categorías, debemos asumir que, en todo caso, estamos ante un ligero aumento de la comisión de esta clase de conductas por parte de las menores: las amenazas aumentan un 23,4 % y las coacciones un 2,3 % en 2018 (mientras que en el caso de los varones se reducen en un 2,2 %). Los delitos contra la integridad moral han aumentado ligeramente (un 3,6 % en 2018).

Otra tipología que ha experimentado un ligero aumento entre la población juvenil femenina son los delitos contra la intimidad, descubrimiento y revelación de secretos en los años 2016, 2017 y 2018 (si bien en este último año se reducen un 11 % respecto al anterior). Este aumento puede guardar relación con el mayor uso de las TIC entre los jóvenes y las reformas penales operadas respecto a estos ilícitos. La incorporación de tipologías delictivas como el *sexting* (art. 197.7 CP), de gran incidencia entre los jóvenes, ha podido contribuir a este incremento de las cifras.

Si se acude a los datos aportados en los anuarios estadísticos del Ministerio del Interior (2001-2019), se comprueba que las detenciones de menores de edad en cifras absolutas han ido decreciendo, especialmente desde 2001 hasta 2006, momento en el que se produce un pequeño repunte, que finaliza

posteriormente en 2011 con una tendencia a la baja. Sin embargo, las detenciones de las chicas han crecido ligeramente en términos longitudinales: en los años de mayor descenso de detenciones, las menores se mantenían en unas cifras más estables que los varones, y en el momento de repunte han experimentado una igual subida. A pesar de los malos datos de 2016 y 2017, las detenciones de niñas han descendido ligeramente en 2018, encontrándose por debajo de las ratios de 2011-2014. Puede afirmarse que, para las cifras absolutas de detenciones, la brecha de género no ha disminuido considerablemente en los últimos años. Sin embargo, mientras que longitudinalmente el decrecimiento de las detenciones de los varones ha sido prácticamente constante, en los mismos términos el aumento de las detenciones de las menores de la misma edad ha sido más acusado.

Una de las tipologías delictivas para las que ha subido el número de detenciones son las lesiones, que han experimentado un repunte en los últimos años. Esto podría interpretarse como un mayor uso de la violencia física por parte de las menores, así como una mayor implicación en peleas. No obstante, si a las cifras se le suman las faltas de lesiones (ahora delitos leves), comprobamos que las cifras pre y post reforma penal de 2015 se homogeneizan en gran medida. En conclusión, si bien es cierto que los arrestos por lesiones han engrosado la cifra total de detenciones de las menores de edad, no puede interpretarse un cambio cualitativo radical respecto al modo de expresar la agresividad de las menores. Puede que las menores en España se hayan vuelto más activas en el ámbito de la violencia física en los últimos años, pero no son mucho más violentas.

Una tipología que sí presenta un progresivo aumento en el número de detenciones son los malos tratos en el ámbito familiar. Se trata de una clasificación que ha merecido la atención de los criminólogos que han estudiado las diferentes vías de acceso de los niños y niñas a los sistemas de justicia juvenil. Además de ello, se trata de una categoría que se integra dentro de la agresión relacional, de especial prevalencia en las menores infractoras. Lo mismo puede predicarse de los delitos contra la libertad, para los que las detenciones también han aumentado en los últimos tres años y que engloban fundamentalmente agresiones verbales (amenazas) e *indirectas* (coacciones, delitos contra la integridad moral, *stalking*).

Una constante preocupación expuesta en las memorias de la Fiscalía General del Estado (FGE) es el incremento de los delitos de violencia doméstica o intrafamiliar (FGE, 2008: 756). Se trata de ilícitos que son cometidos de manera cada vez más paritaria por ambos sexos, detectándose un incremento las cifras de infractoras: cada vez se tiende a una mayor equiparación entre el número de victimarios hijos e hijas (FGE, 2011: 1352; 2013: 413). Es una tipología delictiva con un porcentaje alto de reincidencia y, ciertamente,

parece que la política de actuación en estos casos se ha recrudecido, lo que puede suponer un incremento de la actividad de la Administración de Justicia Juvenil para las menores de edad (FGE, 2009: 855; 2010: 1009; 2011: 1052).

En el ejercicio de 2011 se advertía un ligero descenso de esta clase de criminalidad, aunque no de carácter relevante, lo que llevaba a caracterizarla, en realidad, de estabilización (FGE, 2012: 1089). En efecto, este ligero decrecimiento no se mantuvo en los siguientes años, subiendo en 2012 y manteniendo una progresión constante (FGE, 2015: 492; 2016: 537; 2018: 677), hasta el punto de ser nombrada por la Fiscalía como verdadera «lacra social» (FGE, 2012: 955), «mal endémico de la sociedad» (FGE, 2018: 678) o «drama humano» (FGE, 2014: 442). De hecho, se advertía el creciente uso de medidas cautelares en las situaciones de violencia filioparental y doméstica, lamentando la excesiva judicialización del problema (FGE, 2013: 413-414; 2017: 594; 2018: 678).

Finalmente, muy conectado con el ligero ascenso de los delitos contra la libertad sexual (*grooming*, pornografía infantil), pero sobre todo con la preocupación existente respecto a los delitos cometidos a través de las TIC por parte de los y las menores, también debe hacerse alusión a algunas tipologías pertenecientes al descubrimiento y difusión de secretos (*sexting*, *sex casting*), así como a toda una constelación de comportamientos englobados en el ámbito de la agresión como son las coacciones, injurias y amenazas, muchas veces pertenecientes a ámbito criminológico del denominado ciberacoso escolar (*cyberbullying*) o ciberacecho (*cyberstalking*).

En consecuencia, a la luz de los datos antes expuestos, se puede decir que «la delincuencia juvenil femenina es minoritaria, pero estable» (Cámara Arroyo, 2011; 2013). Se podría añadir que dentro de esta tendencia a la estabilidad en los últimos cinco años se ha producido un ligero incremento de la participación de las menores en infracciones delictivas, sin que de ello pueda extraerse una conclusión alarmista respecto a la delincuencia juvenil femenina.

En cuanto a la tendencia para los próximos años, hay que tener en cuenta que debido al periodo de confinamiento como resultado del estado de alarma decretado en marzo de 2020 con motivo de la pandemia de la COVID-19, cualquier estimación estará viciada por este contexto coyuntural. Además de ello, el distanciamiento social y la permanencia en el hogar pueden tener una especial relevancia en el ámbito de la delincuencia juvenil, por sus especiales características, pues se trata de una delincuencia muy expresiva, de carácter eminentemente grupal y que tiende a asumir situaciones de riesgo u oportunidad (García Pérez, 1999; Vázquez González, 2019).

Llegados a este punto, cabe preguntarse varias cuestiones fundamentales: en primer lugar, por qué determinadas conductas delictivas relativas a

la esfera de las relaciones y la comunicación tienen una especial incidencia en las menores de edad; y, en segundo lugar, cómo afectará el periodo de confinamiento a la delincuencia juvenil femenina y hacia dónde derivaran las conductas antisociales de las menores durante su vigencia.

III. LA VIOLENCIA Y LAS MENORES: LA AGRESIÓN RELACIONAL

Algunos trabajos han identificado importantes diferencias en el método y forma de comisión delictiva entre chicos y chicas, así como en el modo de expresar su agresividad. La agresividad exhibida por las niñas ha sido una variable subestimada en estudios previos (Woolard, 2004), en gran parte porque no se han evaluado las formas de agresión relevantes para los grupos de pares de niñas. El enfoque en la agresión física puede verse como una perspectiva masculina, mientras que la agresión femenina refleja tendencias indirectas agresivas centradas en la interrupción de las relaciones. Cuando se incluye la agresión indirecta como una forma de definir la violencia, las niñas tienden a mostrar una mayor frecuencia de respaldo que los niños, que demuestran mayores tasas de agresión manifiesta en todas las edades (Leschied *et al.*, 2000). En su investigación, Crick (1995) puso de manifiesto que la agresión relacional es mucho más común entre las niñas que entre los niños. Ahora bien, las explicaciones sobre las razones sobre la mayor prevalencia femenina en el uso de esta tipología de violencia han sido dispares.

A nivel biológico, la evidencia apunta a que las niñas desarrollan con mayor prontitud que los niños los centros de comunicación del cerebro (Jensen y Nutt, 2015): «El lenguaje es el pegamento que conecta a las mujeres» (Brizendine, 2014: 66). Sus cerebros, por expresarlo de una manera simplista, están más orientados al establecimiento de las relaciones (Zahn-Waxler y Polanichka, 2004). En opinión de Brizendine, «en esto es donde se manifiesta la agresividad del cerebro femenino: protege lo que es importante para él, que siempre, inevitablemente, es la relación». De hecho, algunos autores plantean que las peleas en las adolescentes también ocurren dentro de las relaciones como resultado de la inversión en sus amistades cercanas (Pepler y Craig, 1999). La misma autora antes citada lo ha expresado de una manera diferencial respecto a los varones adolescentes: «Los cambios perceptivos impulsados por las hormonas en la chicas preparan el cerebro femenino para las relaciones y las conexiones emocionales, mientras que las hormonas masculinas propician las conductas agresivas y territoriales en el varón» (Brizendine, 2015: 61).

Sin embargo, la agresividad tendría también un componente social, de manera que en sus interacciones los chicos y las chicas expresarían su temperamento más violento de modo distinto y conforme a los estándares

culturales de su género. En concreto, algunos estudios atienden a la internalización de la agresividad por parte de las jóvenes, en lugar de su expresión dinámica o externa, que correspondería a una reacción más habitual en los varones (Leadbeater *et al.*, 1999). De este modo, la agresividad de las chicas y los chicos, aun cuando experimenten los mismos sentimientos de ira, enfado y frustración, tiene vías diferentes de manifestación. Debido a la configuración fisiológica de nuestros cerebros, existe una mayor prevalencia de la activación del enfado o la cólera en los hombres (amígdala más desarrollada y su relación con la testosterona). Lo cierto es que algunas investigaciones apuntan a que las menores y jóvenes cometen delitos violentos similares a los de los niños, pero involucrando principalmente a otras personas del mismo género, utilizándolas por razones de estatus y jerarquía social (Smith-Adcock y Kerpelman, 2005).

Uno de los modos habituales en los que se manifiesta la agresividad en las jóvenes es a través de los ataques dirigidos a los vínculos sociales de sus víctimas. Es lo que se ha venido a denominar agresión relacional, que puede definirse como una forma de agresión en la cual el daño es causado a otra persona al amenazar o dañar sus relaciones sociales. Debido a que va en contra de las normas de género convencionales que las mujeres actúen violentamente, estas a menudo usan la agresión relacional para lastimar a otros, generalmente a otras mujeres jóvenes (Le, 2012).

Esto puede relacionarse con algunos estudios que indican que las menores utilizan formas más indirectas de agresión a medida que ingresan en la adolescencia (Stattin y Magnusson, 1989; Pulkkinen, 1992). Conceptualizar la agresión en las niñas como relacional o social tiene el potencial de capturar mejor los problemas de desarrollo de las adolescentes. Las niñas, más que los niños, se socializan en la cultura para valorarse y definirse dentro de las relaciones. Por lo tanto, tiene sentido que el comportamiento agresivo pueda tomar la forma de aspectos perjudiciales de la relación entre las niñas en lugar de la expresión más física utilizada por los niños (Leschied *et al.*, 2000). A partir de los 10-11 años se observa un cambio en el proceso de agresividad en las menores; autores como Talbott (1997), Schlossman y Cairns (1993) o Björkqvist y Niemela (1992) sugieren que este cambio podría acompañar a una mayor capacidad para procesar relaciones sociales más complejas que reflejen una inteligencia social creciente. Ahora bien, si esta capacidad tiene un componente biológico diferencial más fuerte, simplemente es producto del curso de maduración social de la menor o ambos no está convenientemente acreditado.

Todo apunta a que se trata de una interacción de ambos factores: una predisposición de carácter biológico y la adquisición de mayores o menores habilidades sociales durante el proceso de socialización de la menor (Eron, 1992). Así, según Talbott (1997), las menores con mayor tendencia a expresar

su agresividad mediante métodos directos son aquellas que se caracterizan por tener «poca conciencia cognitiva social» y ser incapaces de «mantenerse al día con los complejos intercambios en el grupo social». Según algunos autores, la incapacidad de generar soluciones alternativas al conflicto radica en la base de la agresión relacional de las niñas antes de la adolescencia (Leschied, *et al.*, 2000).

En cualquier caso, las cifras de delincuencia juvenil evidencian que las niñas también participan en la intimidación, pero esta adopta una forma diferente y más sutil. Los niños que intimidan usan preferentemente la denominada *intimidación física* o directa, esto es, la amenaza de causar lesión física. Sin embargo, las niñas son más propensas a usar los *chismes* y las técnicas de exclusión social. Están en una buena posición para hacer esto porque, a diferencia de los niños, las niñas se unen con otras niñas al compartir secretos. Si luego se enojan o se ponen celosas (por la apariencia física, la ropa, un niño o la popularidad percibida) pueden usar esos secretos para comenzar un rumor hiriente o vergonzoso. Con las redes sociales como la mensajería instantánea y el video en línea, los rumores a menudo se propagan de manera rápida y generalizada. Finalmente, el conflicto puede convertirse en una confrontación física. La agresión relacional es mucho más sutil que la física (actos encubiertos), por lo que su detección y denuncia es menos frecuente (Odgers *et al.*, 2005). Además de ello, existe una tendencia a minimizar su impacto, considerando que es un tipo de agresividad que genera daños morales no cuantificables. Sin embargo, algunos estudios han señalado que la agresión social no es menos dañina que la agresión física (Prothrow-Stith y Spivak, 2005; Graves, 2007; Letendre, 2007). Llevadas hasta sus últimas consecuencias, la agresión social puede generar desequilibrios psicológicos de carácter grave (depresión, ansiedad, sentimiento constante de miedo, etc.) y puede tener un fuerte impacto en la red de relaciones de la víctima, hasta el punto de llevarla a una situación de aislamiento. Este tipo de agresión relacional puede allanar el camino para las escaladas de violencia, pudiendo jugar un papel clave en la formación del contexto dentro del cual ocurren actos de agresión más graves (Odgers y Moretti, 2002).

Según Crick y Dodge (1994) los procesos de socialización diferencial por género, así como las tendencias biológicas producto del dimorfismo sexual, se relacionan con la prevalencia de la agresión relacional en las menores. Según su investigación, los niños están más «orientados instrumentalmente», esto es, orientados al poder, agresivos externamente, controlando eventos externos, mientras que las niñas tienden a estar más orientadas interpersonalmente, al mundo del establecimiento de conexiones y relaciones.

La mayor parte de los estudios relativos a la expresión de la agresividad en las menores de edad hacen mención a la importancia del *contexto* de la

violencia (lo que incluye objetivos —por ejemplo, compañeros, miembros de la familia—, entornos específicos —por ejemplo, escuelas, vecindarios, grupos de pares— y precursores —por ejemplo, victimización previa, agresión relacional, que conducen a un acto de violencia—) desde una perspectiva de género (Artz, 1998; Weiler, 1999; Zahn, *et al.*, 2008; Cummings y Leschied, 2001).

El *bullying* en las escuelas parece diferir según el género. Es más probable que los niños sean los perpetradores y las víctimas de la intimidación directa, ya sea con acciones físicas o con palabras o gestos. Las chicas, por el contrario, es más probable que sean las perpetradoras y las víctimas del acoso indirecto o la agresión relacional, como la difusión de rumores (Pozo Gordaliza, 2011, 2012a). Aunque las niñas no son violentas con frecuencia en las escuelas, cuando se comportan violentamente pueden hacerlo para protegerse, para detener su propia victimización (incluido el acoso sexual) y cuando sienten que esta victimización es ignorada por los funcionarios escolares.

Algunas investigaciones sugieren que, si bien las niñas tienen tasas más bajas de violencia escolar en comparación con los chicos cuando la violencia se define como agresión abierta, tienen proporcionalmente más probabilidades de aparecer en los datos cuando se incluyen amenazas verbales e intimidación (Everett y Price, 1995). Los hallazgos en el trabajo de Björkqvist sugieren que la violencia no solo refleja un acto, sino también una intención que puede darse en contextos de autoría mediata mediante la manipulación, la agresión relacional de destrucción de los vínculos sociales, etc. La agresión indirecta o social es el medio principal por el cual las niñas expresan tendencias agresivas. En contraste, los niños son más propensos a usar formas físicas o manifiestas de agresión (Björkqvist, y Niemela, 1992; Björkqvist, 1994).

Según indican Leschied *et al.* (2000), la principal conclusión extraída de la revisión de los estudios sobre violencia y criminalidad juvenil femenina es que la agresión en las niñas no es en sí misma una construcción unitaria. La agresión de las niñas reportada en los estudios puede ser tanto relacional como física. Esto refleja los hallazgos que relacionan la asociación de la agresión relacional o más indirecta con las expresiones físicas de violencia. Las niñas en la adolescencia temprana (menores de catorce años) tienden a ser más agresivas en relación con las niñas en la adolescencia posterior; y las niñas, en general, tienden a ser más agresivas verbalmente que los niños de todas las edades. Los patrones de las víctimas con las niñas siguen siendo similares a los encontrados con los niños. Es decir, la víctima más probable de la agresión adolescente es alguien de edad y género similares. Sin embargo, la naturaleza de la escalada de violencia parecería ser diferente. Es más probable que los niños expresen su agresión como un acto impulsivo, mientras que los hallazgos de esta revisión

sugieren que las niñas se intensifican primero a través de la manipulación socializada relacional que, en algunos casos, logra una expresión física.

También puede relacionarse con la forma en la que las menores interactúan socialmente y construyen las relaciones de poder. Así, Miller (1991) sugería que un modelo de interacción de poder-sobre (*power-over*) es más común en los hombres y que las mujeres frecuentemente usan un modelo de poder-con (*power-with*), que permite una mayor mutualidad e igualdad dentro de las interacciones. Sobre esta cuestión, relativa al modo de operar de la menor delincente como búsqueda del poder se ha evidenciado también en algunos estudios empíricos. En su investigación, Morton y Leslie (2006) explican que, en el caso de las menores internas, el poder había sido definido de manera negativa (en contraposición al concepto positivo feminista de *empoderamiento*). Así, el poder se había derivado de haber manipulado a otros, de haber asaltado a otros, de haber abatido a otros, de haber controlado a otros o de haber usado a otros para su beneficio. En lugar de sentirse eficaces, poderosas y mantener el control a través del cuidado de los demás, las niñas habían derivado su efectividad, poder y control de manera agresiva, antagónica y manipuladora.

IV. LOS ESPACIOS CRIMINÓGENOS DE LA PANDEMIA Y SU INCIDENCIA EN LA DELINCUENCIA DE LAS ADOLESCENTES

Recientemente, hemos vivido una situación de recogimiento debido a las pautas de distanciamiento social impuestas por el estado de alarma promulgado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Esta situación de confinamiento también puede guardar relación con los procesos delictivos propios de la menor infractora en la actualidad: se puede intensificar en algunos puntos el proceso relacional delictivo. Determinadas tipologías delictivas pueden no ver sus cifras reducidas e, incluso, pueden aumentar precisamente como resultado del encierro de las menores durante el estado de alarma. Así, tendríamos dos entornos criminógenos cruciales en el análisis: el convivencial, sea con la familia de la menor o, en menor número de casos, con su pareja; y, en segundo lugar, como vía de escape a una realidad física enconsertada, el entorno *online*.

Se trata de ilícitos que se cometen en el ámbito de las relaciones familiares y la convivencia o que no requieren del espacio externo para su comisión. Son tipologías que tienen una relativa tendencia a la alza en los últimos años y el

confinamiento puede crear nuevas oportunidades para la comisión de esta clase de infracciones en las mujeres menores de edad.

De esta cuestión se ha ocupado Rosa Burgos (2020) en su artículo confeccionado a través de fuentes policiales, medios de comunicación y algunas cifras provisionales de organismos estatales durante el tiempo de confinamiento. En su texto se hace alusión al nuevo contexto criminógeno en tiempos de la pandemia, donde se destaca la posible proliferación de delitos pertenecientes a la esfera doméstica y al ciberespacio. En concreto, sobre este último extremo la autora apunta a algunas tipologías delictivas que pueden verse incrementadas durante el estado de alarma: el aumento del uso de internet durante la crisis sanitaria puede favorecer situaciones como el *cyberbullying*, ciberacoso o *grooming* (añadimos también el *cybestalking*), estafas y fraudes *online*, así como *hacking* y otros delitos de descubrimiento, revelación y difusión de secretos. Asimismo, se advierte que el uso desmedido de la red también se torna vulnerable para los jóvenes y menores ante los grupos de radicalización violenta, que aprovechan las redes sociales o los videojuegos en línea para identificar y captar nuevos miembros.

Otros delitos que pueden haber incrementado su número con motivo del estado de alarma son los relativos al orden público, en concreto los atentados contra la autoridad y los delitos de resistencia o desobediencia. Es posible que durante el tiempo de confinamiento obligatorio aquellos menores que no hayan respetado las normas incluidas en los decretos de estado de alarma tengan más encontronazos con los agentes de la autoridad. Nuevamente me remito a lo expuesto por Rosa Burgos (2020), que alude a varias tipologías relacionadas con esta categoría, tales como los contenidos en los arts. 557-562 CP. Se recogen aquí mensajes con información falsa que tratan de provocar una rebelión o alterar la paz pública, como los que convocaban manifestaciones contra determinadas personas, autoridades o instituciones, la quema de contenedores, daños a las fachadas o saltarse el confinamiento.

1. MENOR INFRACTORA Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: UNA CONSTANTE TENSIÓN DURANTE EL CONFINAMIENTO

Después de sus compañeros, los miembros de la familia son el segundo objetivo más común de la violencia de las niñas. Es más probable que las niñas participen en agresiones agravadas y simples contra adultos miembros de la familia. Cuando una niña usa la violencia contra un miembro de la familia, el objetivo más común es uno de los progenitores, generalmente la madre.

Como se ha expuesto, existen evidencias empíricas de que la violencia intrafamiliar ejercida por las menores se encuentra en aumento en los últimos años. Además, parece existir una diferencia cualitativa en cuanto a la forma de

agresión, que guarda relación con la tendencia de las menores a la violencia relacional: las agresiones físicas son protagonizadas en su mayor parte por niños, mientras que las agresiones de carácter psicológico son materializadas por niñas (Urta Portillo, 2015; Abadías Selma, 2017; Rosado *et al.*, 2017; Cuervo García, 2018).

La violencia contra un miembro de la familia puede ser el resultado del aprendizaje social que tiene lugar cuando las niñas observan a la familia y a otras personas que constantemente les atacan entre sí, es decir, como producto de la constante exposición a la violencia y su normalización en el ambiente familiar. Otra explicación, especialmente reveladora en un contexto con confinamiento obligado, es el aumento de las tensiones como producto de una relación familiar problemática. Aunque las niñas son más propensas que los niños a internalizar emociones negativas cuando son víctimas (por ejemplo, depresión o ansiedad), a veces exhiben un comportamiento externo, usan la violencia en defensa propia para evitar un ataque adicional o porque están enojadas. Una tercera posibilidad es que la violencia se desencadene como reacción ante las deficientes técnicas de crianza y control social informal ejercidas por los padres, lo que ocasionaría una reacción por parte de la menor. Las tesis criminológicas feministas ponen el acento en los procesos de victimización que sufren las menores en el interior de los hogares, resaltando que el comportamiento delictivo de las niñas obedece en gran medida a técnicas y estrategias de supervivencia (Artz, 1997; Sherman y Balck, 2015).

Algunas investigaciones han examinado cómo se negocian las cuestiones de autoridad entre las niñas y sus padres o tutores y cómo una ruptura en estas negociaciones puede facilitar la entrada en el sistema de justicia juvenil. Los padres tratan de ejercer autoridad sobre las acciones de sus hijas. Estas, en lugar de aceptar la autoridad de sus padres, les desafían y exigen la misma autonomía sobre sus acciones que observan en los adultos y en los varones de su misma edad. Tal comportamiento supone la elevación del papel de la menor en la estructura familiar, así como establecer una relación igualitaria con sus padres. Por consiguiente, se produce un profundo cambio en la jerarquía familiar que los padres observan como perjudicial para la organización interna de la familia. Sin embargo, la respuesta de los padres no pasa por una restitución de la organización familiar, sino que en muchas ocasiones se recurre a los sistemas de justicia juvenil para amenazar a las niñas y que vuelvan a obedecer la autoridad. Con frecuencia, es la colusión de las familias y el sistema de justicia lo que coloca a las niñas en la categoría de delincuentes (Davis, 2007).

Para las niñas, las peleas dentro de sus hogares pueden ser una forma de obtener cierto control y pueden ser también una reacción al caos familiar o al abuso físico y sexual (Sherman, 2012: 1604). Sherman y Balck (2015: 20)

recogen varias tipologías sobre la etiología de la violencia intrafamiliar y las menores de edad. Según las autoras, un estudio a nivel nacional en EE. UU. identificó cuatro tipologías de «batería doméstica adolescente»: a) defensivo: la joven se defiende del abuso de un padre o cuidador; b) aislado: estrés inusual que resulta en un evento único; c) caos familiar: caos generalizado en el hogar que resulta en violencia, y d) escalada: jóvenes que tienen un perfil más típico de delincuencia y tienen más probabilidades de cometer otro delito.

Al respecto, expone Pozo Gordaliza (2011: 307-308 y 416; 2013b: 186-187) que el maltrato o violencia intrafamiliar están relacionados con el mal comportamiento en sus casas, pero también se ha percibido una cuasi relación entre haber padecido violencia en el hogar y el delito por maltrato de las jóvenes. En un similar sentido, Cummings y Leschied (2001) encontraron que el proceso de violencia intrafamiliar manifestado como peleas físicas y verbales con sus padres habían comenzado debido al comportamiento de las propias chicas o por el comportamiento errático de ambos (no escuchar, mencionar determinados temas conflictivos, padres estresados, etc.).

En cuanto a los factores de riesgo que pueden predecir este tipo de violencia en el seno de la familia en el caso de las menores (Wong, 2012), los métodos de crianza inadecuados se asocian con la delincuencia juvenil en general, pero el monitoreo de los padres (paradero, actividades y amistades de la niña) estaba relacionado negativamente con la delincuencia femenina. La baja participación de los padres en la escuela también pone a las mujeres en mayor riesgo de convertirse en delincuentes. La baja divulgación infantil (lo que los adolescentes y los adultos jóvenes realmente les dicen a sus padres) parecía estar relacionada con la delincuencia de las niñas. Las chicas que rara vez están en el hogar, un factor que refleja el control de los padres, tienen más probabilidades de ser delincuentes y el establecimiento de reglas en el hogar se relacionó negativamente con la delincuencia femenina —no con la masculina (Martens, 1997)—. Sin embargo, el establecimiento de reglas, castigos severos y abuso físico se relacionó positivamente con la delincuencia juvenil femenina, al igual que la baja confianza de los padres hacia las niñas. La figura materna es clave (Kerig, 2014): la delincuencia masculina se vio afectada por los estilos paternos, pero no maternos; el bajo apoyo de las madres no se asoció con la delincuencia masculina.

En síntesis, en las diferentes investigaciones se encontraron muchas similitudes en los factores de riesgo familiares entre chicos y chicas, aunque también surgieron claras diferencias. Las menores parecen estar más afectadas por los factores del contexto social, como los eventos negativos de la vida y el abuso físico por parte de los padres. Además, los problemas de internalización fueron más prominentes. El papel de las madres en la delincuencia de sus hijas es notable. Los factores únicos de delincuencia femenina parecen estar

principalmente en el dominio relacional (Chesney-Lind *et al.*, 2008). Una mala relación con la madre parece poner a las mujeres adolescentes y adultas jóvenes en riesgo de convertirse en delincuentes, pero las buenas relaciones las protegen.

Algunos estudios indican que las historias de vida de las adolescentes infractoras muestran un conflicto con sus madres, frente a una situación de apoyo y cuidado que tienen los varones adolescentes por parte de las mismas (Larraín *et al.*, 2006: 177). Por supuesto, este extremo tiene muchas implicaciones sociales que pueden relacionarse con la teoría de roles y con los estudios sociológicos desde la perspectiva de género: en primer lugar, influye el rol de género que representa la madre en la sociedad occidental, en términos de socialización de la prole de uno y otro género (Realpe Quintero y Serrano Maíllo, 2016); y, en segundo lugar, este hecho también dice mucho acerca de la diferencia de expectativas de comportamiento entre un género y otro, así como los medios de control social informal ejercidos para cada género dentro del núcleo familiar.

Según el estudio realizado por Wong (2012: 83), una razón por la cual los niños tienen más probabilidades de cometer delitos que las niñas puede ser que estas hablan más con sus madres, que las madres están más involucradas con sus hijas que con sus hijos y, por último, que los niños tienen más amigos delincuentes que las niñas. Tiene sentido que la participación de las niñas con su madre y viceversa sea mayor que la de los niños, ya que las niñas son mucho más sociables y más orientadas a la familia, lo cual está relacionado con la predisposición biológica a la comunicación y el establecimiento de relaciones, con las teorías del control social informal y la asociación diferencial. Lo más probable es que esto se refleje en el comportamiento recíproco hacia su madre y no hacia su padre porque las madres también son mujeres y tienen esta misma tendencia social. Las niñas probablemente tienen más que perder en términos de participación materna que los niños y son más vulnerables (están más expuestas) a la influencia de la crianza materna. La razón de esta mayor vulnerabilidad podría ser que las niñas están más centradas en la familia que los niños y se les enseña a cuidar a los demás. Esto puede resultar en niveles más altos de control social: las niñas no muestran un comportamiento delincente, ya que no quieren arriesgarse a perder el buen vínculo con sus madres.

En líneas generales, las relaciones con los padres en el ámbito de la delincuencia juvenil femenina también suelen ser malas, si bien el conflicto puede tener su origen en otros factores que revelan la importancia de los vínculos familiares en las menores: pérdida del respeto y desafío a la autoridad paterna, cuando los padres raramente están cerca, tienen problemas de drogas y alcohol o son violentos con las menores, sus hermanos o con sus madres (Morton, 2004: 18).

Otra cuestión importante es que las jóvenes infractoras desde muy temprana edad realizan «labores de apoyo, refuerzo y suplantación de roles paternos o maternos, cuando se encuentran ausentes por diferentes motivos, habitualmente por problemas con los sustancias tóxicas, encarcelación entre otros» (Pozo Gordaliza, 2013b: 185).

La ausencia de una adecuada socialización primaria en el seno de la familia —además de estar relacionada con el desarrollo de un bajo autocontrol—, también afecta a ambos géneros por igual. No obstante, algunas investigaciones han puesto de relieve que, en el caso de las menores, es un importante factor de riesgo la falta de atención y cuidado por parte de sus padres, no poder conocer a uno de ellos o bien la muerte de uno de ellos (Dell'Aglio *et al.*, 2005; Romero Miranda, 2014).

Como indica Sharpe (2009), tradicionalmente ha existido un predominio doctrinal por un paradigma de «psicopatología familiar» en el caso de la delincuencia juvenil femenina. Siempre se ha sostenido que las menores tenían un mayor vínculo con sus familiares y que, por tanto, eran más sensibles a cualquier cambio de estructura o «herencia criminal». Sin embargo, la investigación criminológica actual sobre el desarrollo indica que existe evidencia contradictoria acerca de la relevancia especial de los problemas familiares para la etiología de la delincuencia juvenil femenina (Moffitt *et al.*, 2001: 151 y ss.).

Como apuntan Yagüe Olmos y Cabello Sánchez (2005), la ausencia de uno de los progenitores en el desarrollo del menor no es causa determinante en la desviación social de la joven. Las familias monoparentales, cuyo número se ha multiplicado en nuestra sociedad, son capaces de generar individuos totalmente integrados. Pero la situación es distinta cuando la falta de los padres viene precedida por los malos tratos o es debida al ingreso en prisión, de forma discontinua o prolongada, de sus distintos miembros.

También puede establecerse un fuerte vínculo entre la victimización de la menor y el entorno familiar como factor de riesgo. En este sentido, un ambiente negativo o abusivo en el ámbito familiar sería el verdadero factor de riesgo. Como exponen Watson y Edelman (2012: 2) «la caótica vida de las niñas en el hogar, que a menudo incluye violencia en el hogar, encarcelamiento de los padres, muerte de un padre o hermano e inestabilidad residencial» es un factor de riesgo bien documentado y con gran apoyo empírico.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones expuestas por la investigación criminológica, es posible sugerir, siquiera de una forma meramente especulativa y a la espera de una demostración empírica más sólida, que la creciente comisión de delitos relativos a la violencia intrafamiliar por parte de las menores puede aumentar como consecuencia de algunos de los esperados

efectos del confinamiento². En el marco explicativo de las teorías de tensión, la delimitación a un espacio físico reducido (con una mayor afectación en el caso de las clases sociales con menor poder adquisitivo, familias numerosas, etc.) y la convivencia continuada entre los progenitores y las menores pueden generar constantes situaciones de frustración, ansiedad, trasgresión de la autoridad o privación relativa, las cuales, a su vez, pueden ser un motivo para el inicio de una escalada de conflictos que terminen por llegar a la violencia física; al mismo tiempo, el propio confinamiento supone la imposibilidad de derivar tales estados de frustración a otras vías de descarga (con excepción, tal vez, del entorno *online*), cerrando las oportunidades de esparcimiento y liberación de estrés. Teniendo en cuenta lo sugerido por las teorías del control informal, la constante presencia de los progenitores y las menores en el hogar puede suponer un exceso en los métodos de restricción (técnicas de crianza inadecuadas o excesivas), generando conflictos por el mantenimiento de la privacidad e intimidad, la libertad personal, etc. Por otra parte, el confinamiento puede agravar algunos procesos de victimización que se producen en convivencia, siendo los agresores otros miembros del grupo familiar y que, según las mencionadas tesis feministas, pueden generar comportamiento delictivos a modo de estrategias de supervivencia. Finalmente, también hay que tener en cuenta que algunas patologías o problemas preexistentes pueden agravarse por efecto del confinamiento, tales como trastornos de la personalidad, adicciones, etc., que tienen incidencia en la generación de conflictos.

2. UNA REALIDAD ALTERNATIVA EN EL CONFINAMIENTO: EL CIBERESPACIO Y LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA

Respecto al segundo de los contextos, una de las cuestiones empíricas que apoyaría las consideraciones respecto a la agresividad relacional de las menores y también de las teorías del control social informal se encontraría en

² Los primeros informes sobre efectos psicológicos del confinamiento apuntan a que el colectivo de mujeres jóvenes (de dieciséis a veinticinco años) es el más afectado, según el estudio internacional PSY-COVID (véase también Balluerka Lasa *et al.*, 2020). Sobre la afectación diferencial de género del confinamiento, también pueden consultarse el informe Plan Internacional (2020), *El impacto de la crisis del Covid-19 en la adolescencia en España. Análisis de situación, respuesta y recomendaciones*; Plan Internacional (2020), *Vidas interrumpidas: el impacto de la COVID-19 en las niñas y las jóvenes* (disponibles en: <https://plan-internacional.es/>). También Comisión Interamericana de Mujeres (2020), *COVID-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados* (OAS. Documentos oficiales OEA/Ser.L/II.6.25, disponible en: <https://bit.ly/3l30Ytz>).

el mayor uso de las nuevas TIC por parte de las menores para cometer hechos delictivos. La nueva permisibilidad del ciberespacio, un ámbito en gran parte no regulado por los padres, las agencias de control social y otras autoridades, donde los controles sociales informales cotidianos se suspenden y opera un nuevo dominio de normalización que cultiva la agresión de las niñas en línea y fuera de línea, recompensando las peleas de niña con niña que tienen lugar en mundos paralelos (*happyslapping*). En efecto, el uso de las nuevas tecnologías ha ayudado en esta tarea de exposición de la violencia juvenil femenina; sin embargo, su verdadero significado y sus causas aparecen aún opacos en la investigación.

En la jurisdicción de menores es cada vez más prolífica la práctica del *sexting* (Lloria García, 2013; Montiel Juan, 2016). En concreto, en el caso de los menores de edad algunos estudios han evidenciado que, de forma general, los/as adolescentes inicialmente no reconocen su participación activa en el *sexting*, si bien admiten la recepción de esta clase de mensajes con contenido sexual.

La brecha de género en la delincuencia juvenil se mantiene también el ámbito de la criminalidad informática. Se trata de una criminalidad joven (Vidal Herrero-Vior, 2016), que comienza a una edad bastante temprana (alrededor de once o doce años en los casos más precoces, aunque la mayoría comienza sus actividades clandestinas durante la adolescencia, alrededor de los trece o catorce años), eminentemente masculina y con cierto grado de conocimientos: el 76 % de los *hackers* son hombres cuyas edades están entre los catorce años (8 %) hasta los cincuenta (11 %), siendo la edad promedio de treinta y cinco años (43 %). El perfil habitual del *cibervándalo* o *hacker vándalo* suele ser el de un menor de edad temprana (alrededor de catorce o quince años), varón y adicto a la utilización de medios de comunicación virtuales, con conocimientos —frecuentemente autodidactas y limitados— de informática y manejo de programas maliciosos.

La mayor parte de los estudios criminológicos realizados sobre el perfil del cibercriminal coinciden en el eminente predominio masculino. Se ha llegado a afirmar que «la masculinidad y la juventud son dos factores que explican la piratería» (Taylor, 1999a, 1999b). En cuanto a la brecha de género y el fenómeno de la cibercriminalidad, varios factores pueden explicar este aspecto: el tipo de socialización primaria que enseña a los hombres y a las mujeres una actitud diferente hacia la tecnología; diferencias en la capacitación, e, incluso, un sesgo de género en el lenguaje informático. Después de la década de 1990, sin embargo, la presencia de mujeres (denominadas *hackse*) comenzó a aumentar progresivamente y se hizo más y más relevante (Cámara Arroyo, 2020).

Según el *Estudio sobre cibercriminalidad en España* (Cereceda Fernández-Oruña *et al.*, 2018, 2019), el porcentaje de los menores de edad (diez a quince años) que han utilizado un ordenador y han accedido a internet en los tres últimos meses mantiene una diferencia por sexos muy pequeña. No obstante, el uso de las nuevas TIC por parte de las menores se ha ido incrementando desde 2009 hasta superar en la mayor parte de los años al de los chicos. En 2018, de los detenidos e investigados menores de edad de catorce a diecisiete años por la comisión de delitos a través de medios informáticos o nuevas TIC, 77 fueron chicas frente a 306 chicos. En el informe de 2019, se indican un total de 461 varones menores de edad detenidos o investigados por la comisión un hecho delictivo relacionado con las nuevas tecnologías y 109 mujeres menores de edad, por lo que se observa un importante crecimiento de las conductas ilícitas *online* de las menores.

El delito parte de la recepción de una imagen o vídeo de contenido sexual que la víctima ha remitido voluntariamente (FGE, 2008: 771). La presión del grupo o de la pareja puede ser un motivo para enviar fotografías, vídeos o mensajes erótico-sexuales (Fajardo *et al.*, 2013; Alonso-Ruido *et al.*, 2015). Otros factores sociológicos que pueden llevar al envío de fotografías de contenido sexual por parte de las víctimas son el avance en la edad, la búsqueda de experimentación sexual, el deseo de atraer la atención de alguien, la intención de regalo a la pareja, la comunicación en la pareja cuando se encuentran distantes, el sentirse o ser visto como deseable o ser considerado popular, el deseo de llamar la atención, el exhibicionismo, estándares bajos en privacidad y modestia, tendencia a la promiscuidad, falta de cultura de privacidad, aprobación de la pornografía y bajas creencias morales (Mercado Contreras *et al.*, 2016.; Agustina y Gómez-Durán, 2016). Cabe recordar que el *sexting*, sobre todo entre los jóvenes, es un nuevo modo de expresión de la actividad sexual propiciado por la utilización de las TIC, de modo que, en muchas ocasiones, es percibido como un modo de iniciarse en la sexualidad fuera de la realidad física o como cauce para fantasías sexuales (Kaur, 2014).

Según algunos estudios (Pérez Díaz, 2017) el 4,1 % de los niños de once y doce años ha recibido mensajes y/o imágenes de contenido sexual a través de su terminal móvil, frente a un 13,7 % de los de trece y catorce años. Se triplica entre los doce y trece años, pues el 0,8 % de los niños de once y doce años ha enviado imágenes suyas en posturas inapropiadas a través de su terminal móvil, frente a un 2,4 % de los de trece y catorce años. Un estudio realizado entre chicas de catorce y quince años revela que el 40 % no ve nada malo en sacarse una foto en *topless*, y una de cada seis chicas (16,7 %) no considera inapropiado posar completamente desnuda para otras personas. Según un estudio de la organización *ConnectSafely*, las principales razones para producir y/o transmitir *sexting* son el noviazgo, el coqueteo, las bromas, el flirteo, el

exhibicionismo, la impulsividad, la diversión, la venganza (*porn revenge*), el chantaje, el buscar intimidar, etc., e identifica como los destinatarios más habituales de quienes generan el *sexting*: alguien que les gusta (21 %); el novio o novia (20 %); el exnovio/a (19 %); amigos en general (18 %); su mejor amigo/a (14 %); desconocidos (11 %), y compañeros de clase (4 %).

Sin embargo, el delito de *sexting* no es el único que los menores cometen a través de las TIC, sobre todo en la era del auge de las redes sociales. El mal uso de las mismas se utiliza por parte de los y las jóvenes para difundir a través de ellas amenazas, coacciones, insultos o vejaciones, una cuestión que se denuncia de modo generalizado (FGE, 2010: 1011; 2011: 1093; 2013: 416; 2014: 444; 2015: 495). El denominado *cyberbullying* se ha convertido también en una realidad criminológica de especial importancia en los últimos años, en los que se ha detectado que el acoso escolar ha trascendido del ámbito real para pasar al virtual a través de medios informáticos, lo que, ciertamente, incrementa el daño psicológico sobre la víctima (FGE, 2012: 957; 2017: 597).

Aunque se trata de un acoso realizado desde la distancia y la impunidad de los medios tecnológicos es habitual que víctima y agresor hayan mantenido un contacto físico. De hecho, una de las principales problemáticas de este fenómeno es la fácil transmisión de la agresión de un ámbito a otro, pudiendo comenzar en cualquiera de los dos espacios —físico o virtual— y cambiar rápidamente al otro.

En cuanto al acecho o *stalking*, McCann (2001) ha demostrado que no solo los niños se involucran también en el acecho, sino que sus actividades son completamente compatibles con las de los acosadores adultos. Ciertamente, los más jóvenes prefieren las modalidades de acoso a través de las TIC, sobre todo mediante el hostigamiento a través de las novedosas redes sociales (*cyber-stalking*, *cyber-harassment* o *cyber-bullying*). Aunque la mayor parte de los acosadores son hombres, también se trata de una tipología delictiva que las mujeres y las menores cometen (Meloy y Boyd, 2003; Meloy *et al.*, 2011).

En los últimos años se ha registrado algún supuesto de inducción a la autolesión a través de redes sociales (la llamada *ballena azul*), con bastantes dificultades (o, directamente, la imposibilidad de hacerlo) para identificar a los presuntos autores. Se detectan también conductas delictivas más sofisticadas que buscan beneficio económico (FGE, 2019: 895), sobre todo estafas y compras fraudulentas (FGE, 2018: 681).

Como se indicaba en el anterior apartado, el recurso al ciberespacio en tiempos de confinamiento (fundamentalmente mediante el uso de las redes sociales) puede ser una importante vía de escape y descarga de tensiones para las menores de edad. Teniendo en cuenta las frustraciones a las que un sujeto puede ser sometido en el mundo real limitado, el cibercrimen, cometido en un entorno más *libre* como el *online*, puede servir como vía de escape o superación

de las tensiones. En el mismo grado, puede generar nuevas oportunidades para la comisión de delitos relativos al ámbito patrimonial (estafas electrónicas) y de las relaciones (contra la intimidad y la libertad). La dificultosa socialización presencial durante el confinamiento fácilmente se traslada al ámbito *online*, que contiene sus propias características y reglas de funcionamiento, en ocasiones, de carácter criminógeno (Cámara Arroyo, 2020): las nuevas tecnologías de la comunicación pondrían en contacto a los cibercriminales y al resto de usuarios en el entorno del ciberespacio (ambiente social virtual y asociación con cibercriminales), de lo que resultaría un proceso de contaminación criminógena (Skinner y Fream, 1997); el entorno de internet y de las TIC, en el que la velocidad de obtención de información o recompensas es considerable comparada con el mundo físico, podría debilitar la capacidad de autocontrol de las personas; las posibilidades del ciberespacio para reducir los medios de control social son mucho mayores que las que pueden encontrarse en la realidad física, etc. Por último, la escasa supervisión parental del uso de las TIC en las menores de edad también ayudaría a la proliferación de comportamientos delictivos en el ciberespacio, aumentando las oportunidades de comisión de ilícitos. Sobre esta última cuestión, algunos autores han estudiado desde la perspectiva de la teoría de las actividades rutinarias la importancia de un espacio anonimizador y favorecedor de la impunidad como es el digital, en el que, además, pueden obtenerse muchos réditos producto de un comportamiento criminal, lo que aumenta la motivación del potencial ofensor (Yar, 2005).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A día de hoy, las menores delinquentes siguen siendo uno de los sectores de la criminalidad menos estudiados en España. Su escaso número estadístico resta relevancia a los posibles estudios de carácter cuantitativo, mientras que las especialidades metodológicas y de enfoque requeridas en las clásicas teorías criminológicas explicativas de la delincuencia juvenil suponen un obstáculo para la investigación cualitativa.

Desde una perspectiva cuantitativa, en la última década un importante sector doctrinal ha llamado la atención frente a un paulatino incremento de la criminalidad de las menores en algunos Estados. Incluso se ha especulado acerca del aumento de los delitos violentos entre las niñas y mujeres jóvenes, aproximándose cada vez más al *modus operandi* de sus homónimos masculinos. Aunque en nuestro país se aprecia también un ligero aumento de las cifras de delincuencia juvenil femenina, lo cierto es que un análisis en profundidad de las mismas no arroja datos especialmente alarmantes. Respecto a

los delitos violentos cometidos por las menores, si bien pudiera parecer que su número ha aumentado considerablemente en los últimos años, la realidad es que tal incremento puede explicarse atendiendo a los cambios legislativos en el ámbito penal operados en 2015. El incremento de las cifras de delitos violentos cometidos por las menores obedece en gran medida a que, con la eliminación de las faltas en nuestro sistema penal, las agresiones leves que cometían las menores han pasado a tener la consideración de delitos. Esto supone un perjuicio para las jóvenes, que mayoritariamente cometen delitos de carácter leve en comparación con los hombres de su misma edad, tanto a nivel simbólico —sus conductas antisociales son percibidas como más graves— como a nivel normativo y procesal. Con todo, existen algunas parcelas criminógenas en las que los datos coinciden con un cambio cualitativo de la delincuencia juvenil femenina: delitos de violencia doméstica, delitos contra la intimidad, delitos de amenazas, coacciones o contra la libertad de actuar, etc.

Son pocos los trabajos que han estudiado la delincuencia juvenil femenina desde una perspectiva de género en España. Las teorías criminológicas feministas, de amplio desarrollo en el ámbito anglosajón, han sido pioneras en esta cuestión. No obstante, en ocasiones, estas teorías han descuidado algunas parcelas en las que el paradigma del género cobra especial importancia. Tal es el caso del estudio de la violencia juvenil, en la que algunas investigaciones han mostrado empíricamente que existen importantes diferencias en el desarrollo y manifestación de las conductas agresivas entre los jóvenes de ambos sexos. Habitualmente desdeñados por las tesis feministas por mantener una base positivista, en algunos casos incluso biológica, lo cierto es que estos estudios sobre la agresión relacional son compatibles con el enfoque de la perspectiva de género. Más aún, existe cierta conexión entre estos trabajos y los datos estadísticos disponibles sobre delincuencia juvenil femenina, en los que se constata que las áreas donde este sector de la población delictiva más se ha incrementado son precisamente aquellos que se desarrollan en ámbitos relacionales relevantes para las menores de edad: por un lado, en el campo de la socialización primaria, esto es, en el ambiente familiar; y, por otra parte, dentro de una dimensión concreta de la socialización secundaria (grupo de pares, escuela, etc.) como es el de las TIC (internet, redes sociales).

Relacionando ambas zonas criminógenas con el coyuntural confinamiento a consecuencia de la pandemia de la COVID-19, pueden extraerse algunas conclusiones que justifican la atención de los investigadores y criminólogos: se trata de espacios relacionales prolíficos para las jóvenes (relación con las madres, grupos de pares, relaciones sentimentales, etc.), sobre todo en un momento en el que las posibilidades de socialización en el entorno físico se encuentran limitadas; pero también son lugares aglutinadores de una multi-

plicidad de factores de riesgo delictivo, tensiones, riesgo de victimización, normas de control específicas, etc., de especial incidencia entre las menores, tal y como aseguran las teorías y estudios criminológicos relativos a la delincuencia juvenil femenina. Se impone, en consecuencia, focalizar las estrategias de prevención en estos sectores tanto durante las medidas restrictivas promovidas por la pandemia como tras la vuelta a la normalidad, pues se trata de dimensiones en las que las cifras han experimentado un cambio que parece hermanarse con algunas explicaciones de corte sociológico desde el enfoque del género avaladas por la investigación criminológica.

Bibliografía

- Abadías Selma, A. (2017). *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor: consideraciones penales y criminológicas*. Barcelona: Bosch. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvrzgzmg>.
- Aedo Rivera, M. (2014). *Las adolescentes en el sistema penal. Cuando la invisibilización tiene género* [tesis doctoral inédita]. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Agustina, J. R. y Gómez-Durán, E. (2016). Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria. *IDP, Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 22, 32-58. Disponible en: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i22.2970>.
- Alder, C. y Worrall, A. (2004). *Girls violence. Myths and Realities*. Albany, New York: State University New York Press.
- Alonso-Ruido, P., Rodríguez-Castro, Y., Pérez-André, C. y José-Magalhães, M. (2015). Estudio cualitativo en un grupo de estudiantes ourensanos/as sobre el fenómeno del sexting. *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, 13, 58-62. Disponible en: <https://doi.org/10.17979/reipe.2015.0.13.319>.
- Alvira Martín, F. y Canteras Murillo, A. (1985). *Delincuencia y marginación juvenil*. Madrid: Ministerio de Cultura.
- Artz, S. (1997). On becoming an object. *Journal of Child and Youth Care*, 11(2), 17-37.
- Artz, S. (1998). *Sex, power and the violent school girl*. Toronto: Trifolium Books.
- Balluerka Lasa, N., Gómez Benito, J., Hidalgo Montesinos, M. D., Gorostiaga Manteola, A., Espada Sánchez, J. P., Padilla García, J. L. y Santed Germán, M. Á. (2020). *Las consecuencias psicológicas de la COVID-19 y el confinamiento*. Bilbao: Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco.
- Bartolomé Gutiérrez, R. (1999). Delincuencia juvenil femenina: una aproximación a su realidad en España a través de autoinforme. En C. Rechea Alberola (dir.). *La Criminología aplicada II* (pp. 295-325). Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.

- Bartolomé, R. y Montañés, M. (2007). Conducta antisocial en adolescentes: diferencias entre chicas y chicos. *Ensayos*, 22, 279-293.
- Bartolomé, R., Montañés, M., Rechea, C. y Montañés, J. (2009). Los factores de protección frente a la conducta antisocial: ¿explican las diferencias en violencia entre chicas y chicos? *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7 (3), 1-15.
- Batchelor, S. A. y Burman, M. J. (2004). Working with girls and young women. En McÍvor, G. (ed.). *Women who offend* (pp. 266-287). London: Jessica Kingsley.
- Belknap, J. y Holsinger, K. R. (2006). The gendered nature of risk factors for delinquency. *Feminist Criminology*, 1 (1), 48-71. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1557085105282897>.
- Belknap, J. (2001). *The invisible woman: Gender, crime, and justice*. Belmont: Wadsworth.
- Bergsmann, I. R. (1989). The forgotten few: Juvenile female offenders. *Federal Probation*, 53 (1), 73-78.
- Björkqvist, K. (1994). Sex differences in physical, verbal and indirect aggression: A review of recent research. *Sex Roles*, 30 (3-4), 177-188. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF01420988>.
- Björkqvist, K. y Niemela, P. (1992). *Of mice and women: Aspects of female aggression*. San Diego: Academic Press Inc.
- Bloom, B. E. y Covington, S. S. (2001). Effective Gender-Responsive Interventions in Juvenile Justice: Addressing the Lives of Delinquent Girls. Paper presented at the *2001 Annual Meeting of the American Society of Criminology Atlanta* (pp. 1-12). Atlanta, Georgia: ASC. Disponible en: <https://bit.ly/2TXi6Fa>.
- Bloom, B. E., Covington, S. S. y Owen, B. (2005). *Gender Responsive Strategies for Women Offenders: A Summary of Research, Practice and Guiding Principles for Women Offenders*. Washington DC: US Department of Justice.
- Brizendine, L. (2014). *El cerebro femenino. Comprender la mente de la mujer a través de la ciencia*. Barcelona: RBA.
- Brizendine, L. (2015). *El cerebro masculino. Las claves científicas de cómo piensan los hombres y los niños*. Barcelona: RBA.
- Brown, S. E., Esbensen, F. A. y Geis, G. (2010). *Criminology. Explaining Crime and Its Context*. 7th ed. New Providence: LexisNexis.
- Cámara Arroyo, S. (2011). El internamiento de las menores infractoras en España. *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá de Henares*, 4, 335-375.
- Cámara Arroyo, S. (2013). Delincuencia juvenil femenina: apuntes criminológicos para su estudio en España. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 66, 293-362.
- Cámara Arroyo, S. (2020). La Cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente. *Derecho y Cambio Social*, 60, 470-512.
- Carrington, K. (2013). Girls and Violence: The Case for a Feminist Theory of Female Violence. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 2 (2), 63-79. Disponible en: <https://doi.org/10.5204/ijcsd.v2i2.101>.

- Cereceda Fernández y Oruña, J., Sánchez Jiménez, F., Herrera Sánchez, D., Martínez Moreno, F., Rubio García, M., Gil Pérez, V., Santiago Orozco, A. M. y Gómez Martín, M. A. (2018). *Estudio sobre la cibercriminalidad en España*. Madrid: Ministerio del Interior.
- Cereceda Fernández y Oruña, J., Sánchez Jiménez, F., Herrera Sánchez, D., Martínez Moreno, F., Rubio García, M., Gil Pérez, V., Santiago Orozco, A. M. y Gómez Martín, M. A. (2019). *Estudio sobre la cibercriminalidad en España*. Madrid: Ministerio del Interior.
- Chesney-Lind, M. (1989). Girls Crime and Woman's place: toward a feminist model of female delinquency. *Crime and Delinquency*, 35, 5-29. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0011128789035001002>.
- Chesney-Lind, M. (1997). *The female offender: girls, women and crime*. Thousand Oaks: Sage.
- Chesney-Lind, M. (1999). Challenging Girls' Invisibility in Juvenile Court. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 564 (1), 185-202. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/000271629956400111>.
- Chesney-Lind, M. (2004). Girls and Violence: Is the Gender Gap Closing? *VAWnet: The National Online Resource Center on Violence Against Women*, 1-7. Disponible en: <https://bit.ly/2TTnQ2H>.
- Chesney-Lind, M. (2007). Beyond bad girls: feminist perspectives on female offending. En C. Summer, (ed.). *The Blackwell companion to criminology* (pp. 255-267). Victoria: Blackwell Publishing.
- Chesney-Lind, M., Morash, M. y Stevens, T. (2008). Girls' Troubles, Girls' Delinquency, and Gender Responsive Programming: A Review. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41(1), 162-189. Disponible en: <https://doi.org/10.1375/acri.41.1.162>.
- Chesney-Lind, M. y Bloom, B. (1997). Feminist criminology: Thinking about women and crime. En B. MacLean y D. Milovanovic (eds.). *Thinking critically about crime* (pp. 45-55). Vancouver: Collective Press.
- Chesney-Lind, M. y Eliason, M. (2006). From invisible to incorrigible: The demonization of marginalized women and girls. *Crime, Media, Culture*, 2 (1), 29-47. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1741659006061709>.
- Chesney-Lind, M. y Paramore, V. V. (2001). Are Girls Getting More Violent? Exploring Juvenile Robbery Trends. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 17 (2), 142-166. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1043986201017002005>.
- Chesney-Lind, M. y Pasko, L. (2004). *The female offender: Girls, women, and crime*. 2nd ed. Thousand Oaks: Sage.
- Chesney-Lind, M. y Shelden, R. G. (2004). *Girls, Delinquency and Juvenile Justice*. Belmont: Thompson.
- Comisión Interamericana de Mujeres (2020). COVID-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados. Documentos oficiales OAS; OEA/Ser.L/II.6.25. OAS. Disponible en: <https://bit.ly/3l30Ytz>.

- Crick, N. R. (1995). Relational aggression: The role of intent attributions, feelings of distress, and provocation type. *Development and Psychopathology*, 7, 313-322. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579400006520>.
- Crick, N. R. y Dodge, K. A. (1994). A review and reformulation of social information processing mechanisms in children's social adjustment. *Psychological Bulletin*, 115, 74-101. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0033-2909.115.1.74>.
- Cuervo García, A. L. (2018). *Menores maltratadores en el hogar*. Barcelona: Bosch. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvr33cwp>.
- Cummings, A. y Leschied, A. W. (2001). Understanding Aggression with Adolescent Girls: Implications for Policy and Practice. *Canadian Journal of Community Mental Health*, 20 (2), 43-57. Disponible en: <https://doi.org/10.7870/cjc-mh-2001-0015>.
- Daly, K. (1998). Gender, Crime, and Criminology. En M. Tonry (ed.). *The Handbook of Crime and Punishment* (pp. 85-108). Oxford: Oxford University Press.
- Daly, K. y Chesney-Lind, M. (1988). Feminism and criminology. *Justice Quarterly*, 5 (4), 497-538. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/07418828800089871>.
- Davis, C. P. (2007). At-Risk Girls and Delinquency. *Crime y Delinquency*, 53 (3), 408-435. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0011128707301626>.
- Del Olmo, R. (1998). Teorías sobre la criminalidad femenina. En R. Del Olmo (ed.). *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina* (pp. 19-34). Caracas: Nueva Sociedad.
- Dell'Aglio, D. D., Benetti, S. P., Cruz, S., Deretti, L., Bergesch, D. y Severo, L. J. (2005). Eventos estresores no desenvolvimiento de meninas adolescentes cumpliendo medidas sócio-educativas. *Paideia*, 15, 119-129. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S0103-863X2005000100013>.
- Eron, L. D. (1992). Gender differences in violence: Biology and/or socialization? En K. Björkqvist y P. Niemela (eds.). *Of mice and women: Aspects of female aggression* (pp. 89-97). San Diego: Academic Press Inc. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-102590-8.50013-1>.
- Everett, S. A. y Price, J. H. (1995). Students' perceptions of violence in the public schools: The metlife survey. *Journal of Adolescent Health*, 17, 345-352. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/1054-139X\(94\)00185-H](https://doi.org/10.1016/1054-139X(94)00185-H).
- Fajardo, M. I., Gordillo M. y Regalado, A. B. (2013). Sexting: Nuevos usos de la tecnología y la sexualidad en adolescentes. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 1 (1), 521-534.
- Farrington, D. P. y Painter, K. A. (2004). *Gender differences in offending: implications for risk-focused prevention*. London: Home Office Online Report 09/04. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/e635192007-001>.
- Fernández, E., Bartolomé, R., Rechea, C. y Megías, A. (2009). Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7 (8), 1-30.
- García Pérez, O. (1999). Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: Un análisis crítico. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 33-76.

- García Pérez, O. (dir.), Díez Ripollés, J. L., Pérez Jiménez, F. y García Ruiz, S. (2008). *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Graña Gómez, J. L. y Rodríguez Biezma, M. J. (2010). *Programa Central de tratamiento educativo y terapéutico para menores infractores*. Madrid: Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor.
- Graves, K. N. (2007). Not always sugar and spice: Expanding theoretical and functional explanations for why females aggress. *Aggression and Violent Behavior*, 12 (2), 131-140. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.avb.2004.08.002>.
- Guirao González, A. y Bas Peña, E. (2013). Intervención jurídica y socioeducativa con las menores infractoras en centros de internamiento. Una revisión preliminar. *Policía y Seguridad Pública*, 1, 93-129. Disponible en: <https://doi.org/10.5377/rps.v3i1.1332>.
- Heidensohn, F. (2003). Changing the Core of Criminology? *Criminal Justice Matters*, 53 (1), 4-5. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09627250308553559>.
- Herrero Herrero, C. (2005). *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Informe Plan Internacional (2020). *El impacto de la crisis de la COVID-19 en la adolescencia en España. Análisis de situación, respuesta y recomendaciones*. Disponible en: <https://plan-international.es>.
- Informe Plan Internacional (2020). *Vidas interrumpidas: el impacto de la COVID-19 en las niñas y las jóvenes*. Disponible en: <https://plan-international.es>.
- Jensen, F. E. y Nutt, A. E. (2015). *El cerebro adolescente. Guía de una madre neurocientífica para educar adolescentes*. Barcelona: RBA.
- Kaur, P. (2014). Sexting or pedophilia? *Revista Criminalidad*, 56 (2), 263-272.
- Kerig, P. K. (2014). Introduction: For Better or Worse: Intimate Relationships as Sources of Risk or Resilience for Girls' Delinquency. *Journal of Research on Adolescence*, 24 (1), 1-11. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jora.12076>.
- Larraín, S., Bascuñán, C., Martínez, V., Hoecker, L. y González, D. (2006). *Estudio género y adolescentes infractores de ley*. Santiago de Chile: Prodeni.
- Lauritsen, J. L., Heimer, K. y Lynch, J. P. (2009). Trends in the gender gap in violent offending: New evidence from the national crime victimization survey. *Criminology*, 47, 361-399. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.2009.00149.x>.
- Le, L. (2012). Gender-specific treatment for female young offenders. *Eureka*, 3 (1), 26-34. Disponible en: <https://doi.org/10.29173/eureka16990>.
- Leadbeater, B. J., Kupermine, G. P., Blatt, S. J. y Hertzog, C. (1999). A multivariate model of gender differences in adolescents. Internalizing and externalizing problems. *Developmental Psychology*, 35 (5), 1268-1282. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0012-1649.35.5.1268>.
- Leschied A. W., Cummings, A., Van Brunschot, M., Cunningham, A. y Saunders, A. (2000). *Female Adolescent Aggression: A Review of the Literature and the Correlates of Aggression*. Toronto: Department of the Solicitor General Canada. Disponible en: <https://bit.ly/2TSFO5y>.

- Letendre, J. (2007). Sugar and spice but not always nice: Gender socialization and its impact on development and maintenance of aggression in adolescent girls. *Child and Adolescent Social Work Journal*, 24, 353-368. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10560-007-0088-7>.
- Lloria García, P. (2013). Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting». *La Ley Penal*, 105.
- Maqueda Abreu, M. L. (2014). *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Madrid: Dykinson.
- Martens, P. L. (1997). Parental monitoring and deviant behaviour among juveniles. *Studies on Crime and Crime Prevention*, 6, 224-240.
- McCann, J. T. (2001). *Stalking in children and adolescents: The primitive bond*. Washington DC: American Psychological Association. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/10429-000>.
- Meloy, J. R., y Boyd, C. (2003). Female stalkers and their victims. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 31, 211-219.
- Meloy, J. R., Mohandie, K. y Green, M. (2011). The Female Stalker. *Behavioral Sciences and the Law*, 29 (2), 240-254. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/bsl.976>.
- Mercado Contreras, C. T., Pedraza Cabrera, F. J. y Martínez Martínez, K. I. (2016). *Sexting: su definición, factores de riesgo y consecuencias*. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 10, 1-18. Disponible en: <https://doi.org/10.4995/reinad.2016.3934>.
- Miller, J. B. (1991). Women and power. En J. V. Jordan, A. G. Kaplan, J. B. Miller, I. P. Stiver y J. L. Surrey (eds.). *Women's growth in connection* (pp. 197-205). New York: Guilford.
- Miller, S., Leve, L. y Kerig P. K. (2012). *Delinquent Girls*. New York: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-1-4614-0415-6>.
- Moffitt, T. E., Caspi, A., Rutter, M. y Silva, P. A. (2001). *Sex differences in antisocial behavior: Conduct disorder, delinquency, and violence in Dunedin Longitudinal Study*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511490057>.
- Montañés Rodríguez, J., Bartolomé Gutiérrez, R., Latorre Postigo, J. M. y Rechea Alberola, C. (1999). Delincuencia juvenil femenina y su comparación con la masculina. En L. Arroyo Zapatero, J. Montañés Rodríguez y C. Rechea Alberola (coords.). *Estudios de Criminología II* (pp. 253-280). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Montero Hernanz, T. (2011). La evolución de la delincuencia juvenil en España (1.ª parte). *La Ley Penal*, 78.
- Montiel Juan, I. (2016). Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra. *IDP, Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 22, 119-131. Disponible en: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i22.2972>.

- Morton, G. M. (2004). *Typologies of juvenile female offenders: consistencies with a feminist developmental model*. College Park: University of Maryland. Disponible en: <https://bit.ly/2GtT3qb>.
- Morton, G. M. y Leslie, L. A. (2006). The Adolescent Female Delinquent. A Feminist Developmental Analysis. *Journal of Feminist Family Therapy*, 17 (1), 17-50. Disponible en: https://doi.org/10.1300/J086v17n01_02.
- Nieto Morales, C. (2013). Discurso de las jóvenes privadas de libertad por sentencia judicial (estudio de casos). *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2, 100-112.
- Ogders, C. y Moretti, M. (2002). Aggressive and antisocial girls: Research update and future research challenges. *International Journal of Forensic and Mental Health*, 2, 17-33. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14999013.2002.10471166>.
- Ogders, C., Moretti, M., Burnette, M., Chauhan, P., Waite, D. y Rapocci, D. (2007). A latent variable modeling approach to identifying subtypes of serious and violent female juvenile offenders. *Aggressive Behavior*, 33, 339-352. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/ab.20190>.
- Ogders, C., Moretti, M. y Reppucci, N. D. (2005). Examining the science and practice of violence risk assessment with female adolescents. *Law and Human Behavior*, 29 (1), 7-27. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10979-005-1397-z>.
- Ondarre, I. (2017). Análisis de la delincuencia juvenil femenina en el País Vasco: perfil de las menores infractoras. *Boletín Criminológico*, 1, 168 (1), 1-6. Disponible en: <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2017.v23i0.3854>.
- Patino, V. L. y Moore, A. (2015). *Breaking New Ground on the First Coast: Examining Girls' Pathways into the Juvenile Justice System*. Jacksonville: Delores Barr Weaver Policy Center.
- Patino, V. L. y Sanders, N. (2016). *See the Change: Girls' Juvenile Justice Trends on the First Coast*. Jacksonville: Delores Barr Weaver Policy Center.
- Pepler, D. J. y Craig, W. (1999). *Aggressive girls: Development of disorder and outcomes*. Report, 57. Toronto: The LaMarsh Research Centre, York University.
- Pérez Díaz, R. (2017). El fenómeno sexting entre menores. *La Ley*, 10974.
- Pozo Gordaliza, R. (2011). *Trayectorias de vida de mujeres jóvenes en justicia juvenil. Voces y reflexiones desde dentro*. Granada: Universidad de Granada.
- Pozo Gordaliza, R. (2012a). La(s) violencia(s) de las mujeres jóvenes que delinquen: ¿violentas o violentadas? *Revista de Educación Social*, 15, 1-12.
- Pozo Gordaliza, R. (2012b). Un estudi aproximatiu a l'imaginari social dels professionals que intervenen amb joves infractors a les Illes Balears. *Anuari de l'Educació de les Illes Balear*, 268-289.
- Pozo Gordaliza, R. (2013a). Mujeres jóvenes infractoras: contextos y procesos. *Revista de Educación Social*, 16, 1-11.
- Pozo Gordaliza, R. (2013b). Mujeres jóvenes en el sistema de justicia juvenil. *Cuadernos de Trabajo Social*, 26 (1), 181-191.
- Prothrow-Stith, D. y Spivak, H. R. (2005). *Sugar and Spice and No Longer Nice: How We Can Stop Girls' Violence*. San Francisco: Jossey-Bass Inc.

- Pulkkinen, L. (1992). The path to adulthood for aggressively inclined girls. En K. Björkqvist y P. Niemela (eds.). *Of mice and women: Aspects of female aggression* (pp. 113-121). San Diego: Academic Press Inc.
- Realpe Quintero, M. F. y Serrano Maíllo, A. (2016). La brecha de género en la criminalidad: un test de la teoría del poder-control mediante modelos de ecuaciones estructurales con datos del «Estudio de delincuencia juvenil de Cali». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-21, 1-19. Disponible en: <https://bit.ly/34Ym9r3>.
- Reitsma-Street, M. (1999). Justice for Canadian girls: A 1990's update. *Canadian Journal of Criminology*, 41 (3), 335-363. Disponible en: <https://doi.org/10.3138/cjcrim.41.3.335>.
- Romero Mendoza, M. (2003). ¿Por qué delinquen las mujeres? Parte II. Vertientes analíticas desde una perspectiva de género. *Salud Mental*, 26 (1), 32-41.
- Romero Miranda, A. (2014). Análisis de la conducta de microtráfico en niñas y adolescentes desde la perspectiva de la teoría general del delito. *Última Década*, 40, 183-212.
- Rosa Burgos, T. (2020). El crimen durante el estado de alarma. España (reseña). *Colegio Profesional de Criminólogos de Madrid*. Disponible en: <https://bit.ly/36lZhBF>.
- Rosado, J., Rico, E. y Cantón-Cortés, D. (2017). Influencia de la psicopatología en la comisión de violencia filio-parental: diferencias en función del sexo. *Anales de Psicología*, 33 (2), 243-325. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/analesps.33.2.240061>.
- Schlossman, S. y Cairns, R. B. (1993). Problem girls: Observations on past and present. En G. Elder, J. Modell y R. D. Parke (eds.). *Children in time and place: Developmental and historical insights* (pp. 110-130). New York: Cambridge Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511558269.008>.
- Serrano Gómez, A. (1969). *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*. Madrid: Doncel.
- Serrano Gómez, A. (1970). *Estudio socio-criminológico de la juventud española*. Madrid: Instituto Balmes de Sociología.
- Serrano Tárraga, M. D. (2009). Evolución de la delincuencia juvenil 2000-2007. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 255-270.
- Sharpe, G. (2009). The Trouble with Girls Today: Professional Perspectives on Young Women's Offending. *Youth Justice*, 9 (3), 254-269. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1473225409345103>.
- Sherman, F. T. (2012). Justice for Girls: Are We Making Progress? *UCLA Law Review*, 58 (6), 1584-1628.
- Sherman, F. T. (2016). Unintended Consequences: Addressing the Impact of Domestic Violence Mandatory and Pro-Arrest Policies and Practices on Girls and Young Women. *Boston College Law School Faculty Papers*, 13-6-2016. Disponible en: <https://bit.ly/2U2mT8h>.
- Sherman, F. T. y Balck, A. (2015). *Gender injustice: System-Level Juvenile Justice Reforms for Girls*. Boston: Public Welfare Foundation.

- Skinner, W. F. y Fream, A. M. (1997). A social learning theory analysis of computer crime among college students. *Journal of Research in Crime y Delinquency*, 34 (4), 495-518. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0022427897034004005>.
- Smith-Adcock, S. y Kerpelman, J. (2005). Girls Self-Perception of Reputation and Delinquent Involvement. *International Journal of Adolescence and Youth*, 12, 301-323. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02673843.2005.9747959>.
- Stattin, H. y Magnusson, D. (1989). The role of early aggressive behavior in the frequency, seriousness, and types of later crime. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 57, 710-718. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0022-006X.57.6.710>.
- Steffensmeier, D. y Schwartz, J. (2009). Trends in Girls' Delinquency and the Gender Gap. En M. A. Zahn (ed.). *The Delinquent Girl* (pp. 50-83). Philadelphia: Temple University Press.
- Talbott, E. (1997). Reflecting on antisocial girls and the study of their development: Researchers' views. *Exceptionality*, 7, 267-272. Disponible en: https://doi.org/10.1207/s15327035ex0704_5.
- Taylor, P. (1999a). *Hackers: Crime in the Digital Sublime*. London: Routledge.
- Taylor, P. (1999b). *Hackers, Cyberpunks or Microserfs? In Information, Communication and Society*. Boca Raton: Auerbach Publications Taylor y Francis Group.
- Tejedor Gil, M. P. y Pereña Muñoz, J. J. (2007). Delincuencia femenina: menores infractoras. En A. Figueruelo Burrieza, M. L. Ibáñez Martínez y R. M. Merino Hernández (eds.). *Igualdad ¿Para qué? (A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)* (pp. 359-380). Granada: Comares.
- Urra Portillo, J. (2015). *El pequeño dictador crece*. Madrid: La Esfera de los Libros.
- Vázquez González, C. (2007). La delincuencia juvenil. En C. Vázquez González y M. D. Serrano Tárraga (dirs.). *Derecho penal juvenil* (pp. 3-34). Madrid: Dykinson.
- Vázquez González, C. (2019). *Delincuencia juvenil*. Madrid: Dykinson.
- Vidal Herrero-Vior, M. S. (2016). *Delincuencia juvenil «online»: el menor infractor y las tecnologías de la información y la comunicación*. Lisboa: Juruá.
- Watson, L. y Edelman, P. (2012). Improving the juvenile justice system for girls: Lessons from the states. *Georgetown Center on Poverty, Law and Policy*, 20 (2), 215-268.
- Weiler, J. (1999). Girls and Violence. *ERIC Digest*, 143, 1-6.
- Wong, T. (2012). *Girl delinquency. A study on sex differences in (risk factors for) delinquency*. Oisterwijk: Uitgeverij BOXPress.
- Woolard, J. L. (2004). Girls, Aggression, and Delinquency. Research and Policy Considerations. En M. M. Moretti, C. L. Odgers y M. A. Jackson (eds.). *Girls and aggression: Contributing factors and intervention principles* (pp. 225-237). New York: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-4419-8985-7_16.
- Yagüe Olmos, C. y Cabello Vázquez, M. I. (2005). Mujeres jóvenes en prisión. *Revista de Estudios de Juventud: Jóvenes y Prisión*, 69, 30-47.

- Yar, M. (2005). The Novelty of «Cybercrime»: An Assessment in Light of Routine Activity Theory. *European Journal of Criminology*, 2 (4), 407-427. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/147737080556056>.
- Zahn, M. A., Brumbaugh, S., Steffensmeier, D., Feld, B. C., Morash, M., Chesney-Lind, M., Miller, J., Payne, A. A., Gottfredson, D. C. y Kruttschnitt, C. (2008). Violence by Teenage Girls: Trends and Context. En R. J. Flores (adm.). *Girls Study Group Understanding and Responding to Girls' Delinquency* (pp. 1-21). Washington, D.C.: OJJDP. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/e450102008-001>.
- Zahn, M. A., Hawkins, S. R., Chiancone, J. y Whitworth, A. (2008). Charting the Way to Delinquency Prevention for Girls. En R. J. Flores (adm.). *Girls Study Group Understanding and Responding to Girls' Delinquency* (pp. 1-8). Washington, D.C.: OJJDP. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/e530862008-001>.
- Zahn-Waxler, C. y Polanichka, N. (2004). All things interpersonal: Socialization and female aggression. En M. Putallaz y K. L. Bierman (eds.). *Aggression, antisocial behavior, and violence among girls* (pp. 48-68). New York: Guilford Press.

Fuentes documentales

- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2008.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2009.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2010.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2011.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2012.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2013.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2014.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2015.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2016.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2017.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2018.
- FGE: Memoria presentada al Gobierno de S. M., Madrid, 2019.
- Vera Institute of Justice (2017). *Ending Girls' Incarceration in New York City*. New York: Vera Institute of Justice.

COLABORAN

Emergencia sanitaria e igualdad

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo. Durante cuatro años fue uno de los coordinadores del Máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables, cuya Clínica Jurídica dirige desde 2015. Sus líneas de investigación son el derecho de partidos, el derecho electoral y parlamentario, la teoría general de los derechos fundamentales y el estudio de algunos derechos en particular, así como la protección jurídica en casos de vulnerabilidad, materias sobre la que ha escrito diversos estudios. Edita el blog *El derecho y el revés* (<http://presnoliner.wordpress.com>) y publica comentarios jurídicos en Twitter (@PresnoLinera)

FEDERICO DE MONTALVO

Profesor propio agregado de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y director del Centro de Innovación del Derecho, CID-ICADE. Presidente del Comité de Bioética de España y miembro del International Bioethics Committee, IBC, UNESCO. Forma parte de las juntas directivas de la Asociación de Juristas de la Salud, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario y de la Asociación Española de Gestión de Riesgos Sanitarios. Académico correspondiente de la Real Academia de Medicina de la Región de Murcia

VICENTE BELLVER

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universitat de València. Realizó estancias de investigación en las universidades de Berkeley, Princeton, Cambridge y Palermo. Fue magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Valencia, director de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en Valencia, director General de Política Científica de la Generalitat Valenciana y miembro del Comité de Bioética del Consejo de Europa. En la actualidad forma parte del Comité de Bioética de España y de la Pontificia

Academia por la Vida. Sus campos de investigación son los derechos humanos, la ecología política, la bioética y el bioderecho. Ha publicado tres libros y más de 175 trabajos en revistas científicas, así como varios capítulos de libro.

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alcalá, donde dirige el grupo de investigación «Discapacidad, enfermedad crónica y accesibilidad a los derechos», en el que se incluye una clínica legal especializada en la alfabetización legal de las personas con VIH. Es vocal del Comité de Ética de la Investigación con Medicamentos del Hospital Universitario de Getafe y forma parte del equipo del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha participado en la elaboración y evaluación de los dos planes de derechos humanos de España. Entre sus últimas publicaciones cabe mencionar «El aseguramiento del daño en la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica» (*Revista de Derecho y Genoma Humano*, 48, 2018); «Clinical trials in crisis situations: Ethical issues», en *Ethics and Law for Chemical, Radiological, Nuclear and Explosive Crises*, ed. DP O'Mathúna, I De Miguel (2019); y con Jean McHale «Brexit and United Kingdom citizens with HIV residing in Spain: a matter of public health» (*Aids*, 33 (14), 2019). Es editor del libro *VIH y accesibilidad en tiempos de crisis* (2013).

ANA MARRADES

Profesora contratada doctora desde 2011 y antes profesora asociada en el Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València. Tanto en el ámbito profesional como en el docente e investigador se ha especializado en temas de derechos desde una perspectiva de género y de igualdad. Forma parte del Consejo Valenciano de la Mujer y es vocal de la Red Feminista de Derecho Constitucional. Actualmente es también directora de la Cátedra de Economía Feminista de la Universitat de València

MARTA SEIZ

Investigadora Juan de La Cierva en el Departamento de Sociología II (Estructura Social) de la UNED. Obtuvo su doctorado en Ciencias Políticas y

Sociales por la Universitat Pompeu Fabra y es doctora miembro del Instituto Carlos III-Juan March de Ciencias Sociales. Ha trabajado en el Centro de Investigación Europea de la Universidad de Göteborg, la unidad Demosoc de la Universitat Pompeu Fabra y el grupo Dinámicas Demográficas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Su principal área de investigación son las dinámicas familiares y su interrelación con distintos procesos de estratificación social

SERGIO MAIA TAVARES MARQUES

PhD candidate at the Catholic University of Portugal, Faculdade de Direito, Escola do Porto. He holds a master's degree in EU Law from the University of Minho, where he is a guest researcher at the Centre of Studies in EU Law (CEDU) and lecturer for EU Law. For his master thesis, entitled *The public reason of the Union based on the rule of law: from lawfulness to social democratisation* he was awarded the Jacques Delors Prize in 2018. He is a member of ICON.S, Portuguese chapter. He is a qualified lawyer and currently works as référendaire at the Constitutional Court of Portugal.

Estudios

TANIA GROPPI

Full Professor of Public Law at the University of Siena (since 2001). Former legal advisor to the Italian Constitutional Court. Former Vice-president of the Group of Independent Experts on the European Charter of Local Self-Government of Council of Europe and Legal advisor on constitutional matters of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe. Her main research topics are constitutional justice, federalism, local government and constitution building. Among her publications, in addition to the 200 articles or book chapters, we can mention: *Federalismo e costituzione. La revisione costituzionale negli stati decentrati* (2001); *Il federalismo* (2004); *Canada* (2006); *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana* (2010); *Introduzione al diritto pubblico e alle sue fonti* (con Andrea Simoncini, Giappichelli, 2019), *Menopoggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo* (2020). She edited, with Marco Olivetti, *La Repubblica delle autonomie* (2003); with Marcello Flores d'Arcais and Riccardo Pisillo, the *Dizionario dei diritti umani* (2007); with Marie-Claire Ponthoreau *The Use of Foreign prece-*

dents by Constitutional Courts (2013); with Irene Spigno *Tunisia. La primavera della Costituzione* (2015).

JOSÉ MARÍA DE LUXÁN MELÉNDEZ

Doctor en Ciencia Política por la Universidad Complutense de Madrid y especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales. Profesor de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración. Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Ha sido miembro del Consejo de Universidades entre 2006 y 2008, y subsecretario del Ministerio de Trabajo e Inmigración entre 2010 y 2011. Desde 2012 es vocal asesor en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor contratado doctor de Derecho Penal y Criminología (UNED). Máster en Derecho, especialidad Derecho Penal (UAH), doctor en Derecho (UAH), experto universitario en Delincuencia Juvenil (UNED) y experto universitario en Criminología (UNED). Miembro investigador del Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Policiales. En la actualidad es doctorando en el Programa de Doctorado de Ciencias Forenses de la UAH, director del curso de experto universitario en Ciencias Policiales y de la Seguridad (UNED) e investigador del grupo de investigación reconocido PENALCRIM (UNIR). Autor de varias monografías, manuales y múltiples artículos científicos sobre derecho penal, derecho penitenciario y criminología en revistas de reconocido prestigio y alto impacto. Entre sus obras destacan los libros *Internamiento de menores y sistema penitenciario* (Premio Victoria Kent 2010); *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario* (2016) y *La justicia transicional y derecho penal internacional: alianzas y desencuentros* (2020).

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

La revista *IgualdadES* publica trabajos de investigación originales y artículos de revisión y comunicación científica sobre los diversos ámbitos de la igualdad y la no discriminación, así como sobre políticas públicas y sociales en estas materias.

Envío de originales

Los originales se harán llegar por correo electrónico a la dirección evaluaciones@cepc.es. Han de ser inéditos en cualquier lengua. Será responsabilidad de su autor/a informar sobre la situación de los derechos de autor, así como la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos.

De cada trabajo se mandarán dos versiones, una en la que figuren todos los datos personales tal como se especifica más abajo y otra anonimizada, evitando cualquier referencia que pueda permitir la identificación de su autoría.. En concreto, las referencias bibliográficas a obras del quien firme el artículo deben omitirse en esta fase de presentación del manuscrito. De acordarse su publicación, estas referencias se añadirán en su versión final.

El envío de manuscritos presupone, por parte de autoras y autores, el conocimiento y aceptación de estas instrucciones. Asimismo, mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte de la revista *IgualdadES*, se comprometen a no presentarlo para su evaluación a otras revistas.

Idioma de los originales

La revista *IgualdadES* publica trabajos en español y en inglés. En ambos casos, su calidad lingüística debe ser óptima, equivalente a que el texto haya sido escrito o revisado por una persona nativa de dicha lengua.

Formato

Los originales deberán presentarse en Word con letra Times New Roman tamaño 12 y un interlineado de uno y medio. La extensión total no deberá superar las treinta páginas (10 000 a 12 000 palabras), incluyendo notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre de autor/a o autores/as, filiación institucional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es la persona destinataria de todas las comunicaciones con la revista.

Título

Los estudios y artículos de revisión y comunicación científica llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los trabajos irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su contenido ha de limitarse a tratar lo reflejado en el trabajo, sin incluir extremo alguno que no figure en este.

Descriptores

Se incluirá un máximo de diez descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Sumario

Se incluirá un sumario que recoja los epígrafes en los que se divida el original. La iluminación tipográfica de encabezamientos (sin sangrados, justificación completa) distinguirá dos tipos de apartados:

I. (Numeración romana) TÍTULO DEL APARTADO DE PRIMER NIVEL (en mayúscula y en el mismo tamaño de letra que el trabajo).

1. (Numeración arábica) TÍTULO DEL APARTADO DE SEGUNDO NIVEL (en mayúscula y en tamaño 11 puntos).

El sumario se limitará a estos dos tipos de apartados, conforme al siguiente ejemplo:

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UN CATÁLOGO DE DIFICULTADES. III. LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA. IV. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA: 1. El derecho fundamental a la vida como garantía. 2. La problemática vis expansiva del deber estatal de protección. V. DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A DISPONER DE LA VIDA PROPIA. VI. REFLEXIONES FINALES. Bibliografía. .

Proceso de publicación

La revista *IgualdadES* acusará recibo de todos los originales. El consejo de redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base —salvo singulares excepciones debidamente justificadas— de dos informes de evaluación, emitidos por especialistas sin vinculación con la organización editorial de la revista, aplicándose el método «doble ciego». La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación se adoptará en el plazo de seis meses, comunicándose en todo caso a quien haya remitido el original. Una vez aceptado el artículo, se podrá requerir a su responsable la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de cuarenta y ocho horas. Las modificaciones que puedan introducirse se limitarán a la subsanación de errores, sin que resulten posibles alteraciones sustanciales del escrito.

Normas de citación

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Las autocitas se restringirán a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página):

(Rodríguez Bereijo, 2012: 72)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:

(Telles y Ortiz, 2011)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.*:

(Amador *et al.*, 1989)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año.

(Mercader Uguina, 2003a)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada.

Como afirma Sesma Sánchez (2005)...

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y si incluyen referencias bibliográficas, se hará de forma abreviada según se acaba de indicar en estas normas, ya que las referencias completas se incluirán al final del artículo.

Bibliografía

Se incluirá al final del trabajo. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto, sin posibilidad de incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association). A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Artículos de revistas científicas

García de Enterría, E. (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 61, 5-18.

— *Dos o más autores*

Arroyo Gil, A. y Giménez Sánchez, I. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 149-188.

— *Revistas electrónicas*

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004.

— *Revistas electrónicas con DOI*

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Monografías

— *Un autor*

García Ruiz, J. L. (1994). *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*. Madrid: Consejo Económico y Social.

— *Libro en línea*

Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). *Responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo*. Disponible en: <http://almacendederecho.org/responsabilidad-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-o-contrarias-al-derecho-europeo/>.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Informes

— *Autor institucional*

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid: IDEA.

— *Autor personal*

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— *Actas*

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— *Ponencias publicadas en actas*

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— *Ponencias y comunicaciones en línea*

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— *Publicadas*

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material* [tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

— *Inéditas*

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España. Madrid, 1936-1939* [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— *Sin autor*

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Derechos de autor

Quienes publiquen en esta revista conservarán sus derechos de autor, pero garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional, que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor/a y su primera publicación en esta revista, pero no hacer uso comercial de la misma ni tampoco obras derivadas.

Los/as autores/as también permitirán a *IgualdadES* la comunicación pública de sus trabajos para su difusión y explotación a través de intranets, internet y cualesquiera portales y dispositivos inalámbricos que decida el Centro, mediante la puesta a disposición para consulta online de su contenido y su extracto, para su impresión en papel y/o para su descarga y archivo, todo ello en los términos y condiciones que consten en la web donde se halle alojada la obra.

Los/as autores/as podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada (p. ej.: depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico) siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.

También se permite y se recomienda a autores/as la publicación de la versión preprint (versión original antes de la evaluación) de sus trabajos en sus páginas electrónicas personales e institucionales, en redes sociales científicas, en repositorios, etc. antes de la publicación de la versión definitiva (postprint) del trabajo. El preprint debe incorporar la mención al número de *IgualdadES* donde va a ser publicado.

Política de acceso abierto

La revista *IgualdadES* facilita el acceso sin restricciones a todo su contenido inmediatamente después de su publicación. La publicación no tiene ningún coste para los autores.

Promoción y difusión del artículo

Quienes publiquen en esta revista se comprometen a participar en la máxima difusión de su manuscrito antes y después de que sea publicado a través de su participación activa en redes sociales (Facebook, Twitter, LinkedIn), listas de contactos, redes sociales científicas (ResearchGate, Academia.edu, Kudos), web personales e institucionales, Google Scholar, ORCID, ResearchID, ScopusID, Dimensions, PlumX, etc).

Plagio y fraude científico

A efectos de lo estipulado en la Ley de Propiedad Intelectual respecto a las acciones y procedimientos que puedan emprenderse contra quien infrinja los derechos de

propiedad intelectual, la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad de los autores, quienes en consecuencia asumirán los eventuales litigios por derechos de autor y fraude científico. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

ISSN-L 2695-6403

00003



9 772695 640007