

DERECHOS HUMANOS, DIVERSIDAD Y CONVIVENCIA

Actas del III Congreso Internacional MULTIHURI
Universitat de València, 1-2 de junio de 2017



Ángeles Solanes Corella (ed.)



Instituto de
Derechos Humanos
Universidad de Valencia

MULTIHURI
DER2015-65840-R
MINECO/FEDER



DIVERSIDAD Y CONVIVENCIA:
LOS DERECHOS HUMANOS
COMO GUÍA DE ACCIÓN



UNIÓN EUROPEA
FEDER
Fondo Europeo
de Desarrollo Regional
"una manera de hacer Europa"



FUNDACIÓN
CANADÁ



Facultad de
Derecho

UNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

Departament de Sociologia i
Antropologia Social

**DERECHOS HUMANOS,
DIVERSIDAD Y CONVIVENCIA**

Actas del III Congreso Internacional
MULTIHURI

València, 1-2 de junio de 2017

Editado por Ángeles Solanes Corella

Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de
València
2017

© Ángeles Solanes Corella, 2017

© Los autores, 2017

Corrección y diseño: Danai Delipetrou y Pier-Luc Dupont

ISBN: 978-84-697-5851-9



Estas actas se han editado en el marco del proyecto I+D “Diversidad y convivencia: Los derechos humanos como guía de acción” (DER2015-65840-R MINECO/FEDER) financiado por el Ministerio español de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Cita recomendada: SOLANES CORELLA, Ángeles (ed.), *Derechos humanos, diversidad y convivencia: Actas del III Congreso internacional MULTIHURI*, Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, València, 2017, ISBN: 978-84-697-5851-9.

Tabla de contenido

Presentación.....	1
--------------------------	----------

Sociedad, multiculturalidad y policía: La prevención de perfiles étnicos y conductas discriminatorias.....	4
---	----------

Alfredo Pacheco Torralva

1. Introducción.....	4
2. Concepto de perfil étnico.....	7
3. Prácticas alternativas a los perfiles étnicos	8
3.1. Policía guiada por la evidencia y la inteligencia policial: Desarrollo de acciones basadas en datos precisos en lugar de estereotipos o por la mera apariencia física.....	8
3.2. Uso de registros documentales como formularios o actas de identificación y supervisión de la discrecionalidad	9
3.3. Facilitar información, transparencia y apertura a la recepción de críticas y sugerencias	9
3.4. Desarrollo de programas de formación en no discriminación e incorporación de minorías a la policía	10
3.5. Incrementar la participación comunitaria de la policía y crear formas de comunicación eficaz. Agentes de enlace	11
3.6. Elaboración de protocolos y procedimientos precisos.....	11
3.7. Cambio en las estrategias político-policiales de actuación social y con las minorías .	12
3.8. Desarrollo de modelos policiales orientados a la comunidad y a la solución de sus problemas	12
4. Conclusiones: implicaciones para la política policial	13
Referencias	14

La identidad religiosa como objeto de tutela penal.....	16
--	-----------

David Colomer Bea

1. Introducción.....	16
2. Problemas que plantean los delitos contra los sentimientos religiosos	17
2.1. Delitos religiosos y laicidad	17
2.2. Los sentimientos religiosos como bien jurídico protegido	19
2.3. Protección penal de la identidad y principio de intervención mínima.....	21
2.4. Libertad de expresión e identidad religiosa: discurso del odio y ofensas gratuitas	24

3. Conclusiones.....	27
Referencias	28

La convivencia ciudadana intercultural en una Europa y en una España diversa y desigual.....31

Ángel Joel Méndez López y José Vicente Pérez Cosín

1. Introducción.....	31
2. Europa ante las diversidades culturales, el aumento de las migraciones y los refugiados. El caso concreto de España	33
3. España y el encuentro con lo diferente. La presencia del otro cultural	35
4. Enfoques a través de los cuales se aborda históricamente el tema de las diversidades culturales.....	38
4.1. El multiculturalismo.....	39
4.2. El interculturalismo	41
5. Matrices sociales para gestionar la diversidad. Su expresión concreta en la comprensión de las diversidades culturales	43
5.1. Asimilación	44
5.2. Inserción.....	46
5.3. Integración.....	47
6. Reforzando el valor democrático de la diversidad a través del fomento de la convivencia ciudadana intercultural. Apuntes para una construcción	49
Referencias	50

Refugiadas colombianas: Defensoras de derechos humanos y activistas transnacionales52

Elena Mut Montalvà

1. Introducción a la situación de las mujeres en Colombia en el marco de los derechos humanos y al refugio de las mujeres, contexto de la investigación y objetivos	53
2. Resultados de la investigación relativos al activismo transnacional de las refugiadas colombianas y a su papel en la construcción de la paz en el país	58
3. Conclusiones.....	66
Referencias	70

LGBT asylum seekers in state-provided accommodation in the United Kingdom.73

Piotr Adam Andruczyk

1. Introduction	73
-----------------------	----

2. State-provided accommodation	74
3. COMPASS housing.....	75
4. Issues affecting COMPASS accommodation	76
4.1. Imposition of the place of accommodation.....	77
4.2. Extended stay in IA.....	77
4.3. Homophobic inmates	78
4.4. Limited community support.....	78
4.5. Low-quality healthcare.....	78
4.6. Being “pushed back to the closet”	79
5. Immigration Removal Centre	79
6. Issues affecting IRCs.....	80
6.1. No detention time limit	80
6.2. Homophobic inmates	80
6.3. Homophobic staff.....	81
6.4. Prison-like character.....	81
6.5. Limited access to lawyers, community and NGO support.....	82
6.6. Isolation.....	82
6.7. Limited access to medicine	83
6.8. Mental health issues	83
7. Conclusions	84
References	85

Temporal relations between natives and migrants in Italy88

Stefania Tusini

1. Introduction	88
2. Brief outline of the Italian reception system	90
3. The Italian integration model: How temporal apartheid shapes migrants’ life	91
4. Migration policy as temporal politics.....	95
References	96

El Estado constitucional cooperativo y la concreción de los derechos humanos de los migrantes por la jurisdicción.....98

Thiago Oliveira Moreira

1. Introducción.....	98
2. La globalización neoliberal y la regulación de las migraciones.....	99
3. Breves aspectos del Estado constitucional cooperativo	104

4. La concreción de los derechos humanos de los migrantes por el Supremo Tribunal Federal	108
5. Conclusión	113
Referencias	114

Retornando jurisprudencialmente hacia el *welfare state*: Extranjeros y asistencia sanitaria.....117

Luis Ángel Triguero Martínez

1. <i>Welfare state</i> y <i>workfare state</i> : Caminos de ida y vuelta desde la asistencia sanitaria	118
2. El derecho a la asistencia sanitaria, ¿qué universalidad?	119
3. Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en España: La reapertura de un debate político-jurídico entre doctrinas jurisprudenciales constitucionales	122
4. El retorno hacia el <i>welfare state</i> : La inconstitucionalidad de la exigencia de requisitos económicos. Planteamiento técnico-jurídico	126
5. Implicaciones de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el reconfigurado derecho a la asistencia sanitaria	128
6. Referencias	129

Lucha contra toda discriminación por la exhibición de símbolos religiosos o políticos.....133

Manuela Durán Bernardino

1. Introducción.....	133
2. Libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales. Marco normativo europeo ...	135
3. Limitación admitida en relación con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa	136
3.1. Sentencia de 15 de marzo de 2017 del TJUE.....	136
3.2. Sentencia de 15 de marzo de 2017 del TJUE. Asunto C-188/15, Bougnaoui y ADDH	140
4. Breve reflexión final.....	143
Referencias	147

Presentación

Las actuales sociedades están marcadas por la diversidad como uno de sus rasgos más característicos, conformadas por personas que se identifican con diferentes grupos culturales y formas de vivir. Esta diversidad puede ser un motor de desarrollo personal y colectivo, pero mal gestionada nos conduce a unos escenarios de enfrentamiento, desigualdad y retroceso civilizatorio. En el peor de los casos, las fracturas sociales generan hostilidad extrema que se manifiesta en actos racistas o terroristas con impactos devastadores, así como en discursos encaminados a instaurar regímenes represivos incompatibles con la democracia y las libertades individuales.

La multiculturalidad exige convivir en la diferencia y requiere un urgente compromiso social y político con los derechos humanos. Entre otros retos inaplazables, quedan por resolver cuestiones fundamentales relacionadas con el acceso equitativo al espacio público, la distribución del poder político y de los recursos económicos y la regulación de las relaciones laborales, las instituciones educativas y el sistema de salud. El reconocimiento de la diversidad también debe acompañarse de garantías jurídicas para la igualdad efectiva por razón de género.

Para abordar estas cuestiones, el Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València organizó el III Congreso Internacional MULTIHURI sobre derechos humanos, diversidad y convivencia, los días 1 y 2 de junio de 2017. Siguiendo el modelo de sus encuentros anteriores en la Universitat de València (2-3 de octubre de 2014) y la Université Paris Sorbonne (15-16 de octubre de 2015), el equipo del proyecto de investigación “Diversidad y convivencia: Los derechos humanos como guía de acción” (DER2015-65840-R MINECO/FEDER) se reunió con expertos invitados de reconocido prestigio, profesionales y activistas para compartir el fruto de su trabajo y explorar nuevas vías de análisis e intervención. Estas Actas recogen buena parte de los trabajos que se presentaron en forma de comunicaciones.

El Congreso, caracterizado por una marcada vocación interdisciplinar, contemplaba cuatro objetivos específicos: 1) identificar los obstáculos para la convivencia intercultural en el contexto migratorio de España, Francia, Italia, Reino Unido y Canadá; 2) analizar el impacto de las instituciones de protección de los

derechos humanos sobre los procesos de estigmatización y discriminación de las minorías étnicas, teniendo en cuenta la dimensión de género; 3) conocer experiencias de movilización ciudadana a favor de los derechos de los inmigrantes y sus descendientes, así como los resultados obtenidos; y 4) formular propuestas jurisprudenciales, legislativas y administrativas para garantizar la igualdad y fomentar la inclusión en sociedades diversas. Las ponencias exploraron cuestiones en torno a las identidades culturales, el racismo y la xenofobia, los derechos a la salud y la educación, así como la relación entre género y diversidad.

Los textos que se presentan a continuación ilustran la riqueza y complementariedad de los enfoques y métodos presentados por los participantes. Aunando perspectivas jurídicas, políticas, sociológicas y filosóficas, cada uno aporta una visión al proyecto común de reformar las instituciones para garantizar los derechos de las personas más subordinadas en la era de la globalización económica y los flujos migratorios que lleva aparejados.

Varias aportaciones ahondan en la prevención de la discriminación basada en las identidades culturales o religiosas, ya sea en el ámbito policial (Alfredo Pacheco Torralva), laboral (Manuela Durán Bernardino) o social (Ángel Joel Méndez López y José Vicente Pérez Cosín) o mediante los discursos del odio (David Colomer Bea). Otras ponen el foco en los obstáculos con los que se enfrentan los extranjeros a la hora de ejercer sus derechos a la salud (Luis Ángel Triguero Martínez) y la asistencia social (Thiago Oliveira Moreira). Piotr Adam Andruczyk destaca la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran los solicitantes de asilo pertenecientes al colectivo LGTB, sobre todo cuando se encuentran privados de libertad.

Para dar cuenta de la especial situación social y económica que afecta a las personas migrantes en Italia, Stefania Tusini propone calificar su situación como un “apartheid temporal” respecto a la población autóctona. Al mismo tiempo, Elena Mut Montalva recuerda que la migración puede ofrecer oportunidades de activismo transnacional para las mujeres que huyen de los conflictos bélicos y otras formas de violencia patriarcal.

Quisiera acabar agradeciendo al conjunto de personas que participaron en el congreso por contribuir al debate reflexivo y constructivo. Asimismo, es imprescindible

mostrar nuestra gratitud al Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, la Facultat de Dret y el Departamento de Sociología y Antropología Social de la Universitat de València, así como a la Fundación Canadá, cuya colaboración ha sido clave para la organización del Congreso. También quiero agradecer a quienes participan en las actividades del equipo MULTIHURI o las siguen en Twitter, Facebook o la página web www.multihuri.com. Su interés y su compromiso demuestran que la investigación universitaria, incluso en tiempos de austeridad presupuestaria, sigue siendo una herramienta imprescindible para fomentar una ciudadanía ilustrada, igualitaria y cosmopolita.

Ángeles Solanes Corella

València, agosto 2017

Sociedad, multiculturalidad y policía: La prevención de perfiles étnicos y conductas discriminatorias

Alfredo Pacheco Torralva
Universitat de València
alfredo.pacheco@uv.es

Resumen

La policía constituye una institución pública clave en el desarrollo de la convivencia ciudadana, planteándose así la necesidad de un cambio en su rol que favorezca la integración social y la reducción de los conflictos en las relaciones comunitarias. Diversas instituciones internacionales ha reclamado una revisión del servicio público ofertado por la policía de modo que se eviten comportamientos y prácticas institucionales que vulneren derechos jurídicos, especialmente de las minorías, como el uso de perfiles étnicos en las intervenciones policiales. De este modo, se propone un conjunto de prácticas alternativas, respetuosas y eficaces de la policía en la atención a la diversidad social y la multiculturalidad que garanticen los derechos de las personas y favorezcan las relaciones de los cuerpos policiales con las minorías sociales y étnicas.

Palabras clave: policía, discriminación, perfiles étnicos, multiculturalidad, policía comunitaria

1. Introducción

Una de las instituciones más visibles de la administración, en este caso de justicia pero también de las administraciones locales, es la policía. Como servicio público, la policía ha sido considerada tradicionalmente como una organización resistente a los cambios (Reiner, 2010), si bien la experiencia demuestra que, como consecuencia de encontrarse en primera línea de la realidad social haciendo frente a sus necesidades más inmediatas y fundamentales, ha venido generando dentro de sus modelos de gestión de la seguridad estrategias de policía de proximidad orientada hacia la comunidad. Aunque no existe

una definición unívoca de “policía comunitaria”, entre los principios compartidos por los diferentes modelos que se pueden ubicar dentro de esta se encuentra siempre presente la búsqueda de una relación más estrecha entre la policía y la comunidad a la que sirve (Mackenzie y Henry, 2009), especialmente en la relación con grupos étnicos o socioculturales de carácter minoritario. En la actualidad, la gestión de la multiculturalidad constituye uno de los retos más importantes para las organizaciones policiales occidentales.

La atención a la sociedad diversa y compleja en que nos corresponde vivir requiere unos servicios policiales más sensibles a la diversidad, más profesionalizados y más preparados para servir a toda la ciudadanía. La policía debe contribuir a la creación de una sociedad más segura, más justa y más cohesionada. Para ello, es fundamental garantizar la confianza en la integridad y el profesionalismo de la policía entre los ciudadanos. El éxito de la policía como servicio público está directamente relacionado con la relación que sus agentes lleguen a mantener con las comunidades y los grupos sociales (Pacheco, 2010).

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicó en 2010 el informe *Data in Focus: Identificaciones policiales y minorías* a partir de la encuesta EU-MIDIS realizada en todos los Estados miembros. Con un total de 23 500 personas pertenecientes a grupos de inmigrantes y minorías étnicas (además de 5000 personas de grupos mayoritarios de cada país para poder realizar comparaciones) se examinó la actuación policial desde el punto de vista de la igualdad y la no discriminación. Con una perspectiva de “policía como servicio público”, las respuestas proporcionaban información sobre las experiencias de las minorías en cada Estado de la UE con la actuación policial, incluidas las pruebas de trato potencialmente discriminatorio (FRA, 2010a). En concreto, el conjunto de las cuestiones se centraba en conocer las experiencias de discriminación de los encuestados debido a su pertenencia a una minoría, la percepción de diferentes tipos de discriminación en sus países, si denunciaron o notificaron los casos sufridos u observados, y las situaciones en las que habían sido víctimas de delitos. La conclusión general del estudio muestra que las diferencias en las experiencias de identificaciones entre los grupos mayoritarios (nacidos en el país, de mayoría étnica) y minoritarios (inmigrantes, de minorías étnicas) no se deben al azar, sino que parecen seguir un patrón de perfiles basados en características étnicas para determinar si se es identificado o no policialmente, junto con

un trato recibido de inferior calidad profesional (FRA, 2010b). Casi simultáneamente, la *Open Society Foundation* de Nueva York publicó *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory* (OSI, 2009). A partir del análisis de fuentes secundarias en policías de varios Estados europeos, constataba la existencia de perfiles étnicos en sus actuaciones. Igualmente, estas prácticas se mostraban ineficaces y claramente discriminatorias en el trato dispensado a las minorías étnicas e invasivas en los derechos jurídicos de las personas.

Diferentes organismos europeos e internacionales de derechos humanos han manifestado la existencia de prácticas policiales basadas en perfiles étnicos discriminatorios. En Europa ha quedado acreditada la existencia de prácticas de control masivo y presión policial contra minorías étnicas y grupos de extranjeros en países como Austria, Alemania, Francia, Grecia, Hungría, Rumania, Rusia, España, Suecia, Suiza, Ucrania y Reino Unido. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) o la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecen que el uso de patrones y actuaciones basadas en perfiles étnicos o raciales constituyen una violación manifiesta de la prohibición de no discriminación directa por motivos de raza u origen étnico. Si bien los perfiles étnicos no constituyen una práctica novedosa, su uso se intensificó después de los atentados terroristas de Nueva York (2001), Madrid (2004) y Londres (2005), evidenciando que la policía en Europa llevaba usando durante mucho tiempo generalizaciones sobre procedencia, etnia o raza al proceder a identificaciones e interrogatorios a comunidades minoritarias (ENAR, 2009). Aunque varía la comunidad minoritaria en cada Estado, las prácticas policiales son similares en toda Europa. En un análisis comparado realizado desde el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia en relación con la violencia y criminalidad racistas, a pesar de reconocer algunas medidas tomadas por las policías españolas, colocan a España como uno de los países que deberían intensificar sus esfuerzos de actuación en esta materia para mejorar la prevención y sensibilización frente al racismo y la xenofobia (Antón y Quesada, 2008).

2. Concepto de perfil étnico

En su recomendación general número 11, la ECRI define los perfiles étnicos como “el uso por la policía, sin objetivo ni justificación razonable, de algunos elementos como la raza, el color, el lenguaje, la religión, la nacionalidad o el origen étnico en sus labores de control, vigilancia o investigación” (ECRI, 2011). Para la Red Europea de Lucha contra el Racismo, el uso de perfiles étnicos es el “empleo por parte de los agentes de la policía, seguridad, inmigración, o aduanas de generalizaciones basadas en la raza, etnia, religión, o procedencia (y no en comportamientos individuales y pruebas objetivas) como fundamento de sospecha para dirigir actuaciones policiales de manera discrecional. Este uso de perfiles étnicos se manifiesta a menudo en el criterio de la policía a la hora de decidir a quién parar para realizar identificaciones, interrogatorios, registros, y a veces detenciones” (ENAR, 2009).

En nuestra propia definición, entendemos el concepto de perfil étnico como todas aquellas actuaciones policiales que se basan en las características étnicas, raciales o por el origen de las personas, sin motivos o evidencias profesionales, y que suponen un trato discriminatorio y/o irrespetuoso con los derechos jurídicos y humanos de las personas. En este sentido, el perfil étnico hace referencia a cualquier tipo de actuación policial (identificaciones, cacheos, detenciones, registros, atención como víctima, información de derechos, etc.) que lesiona los principios de justicia procedimental y distributiva. Además de carecer de un motivo que justifique el trato dispensado (en relación a alguna evidencia profesional que sustente dicha actuación como perfiles criminológicos o conductuales), los perfiles étnicos limitan su explicación a las características personales por razón de origen, raza o etnia. Los perfiles étnicos son prácticas policiales que utilizan estereotipos raciales o étnicos en lugar de la conducta individual u otros datos objetivos que expliquen la actuación de los funcionarios de policía, tales como comprobaciones de identidad, registros o cacheos corporales. Estas prácticas se basan en la creencia, asunción consciente o inconsciente de que las características étnicas o raciales ayudan a predecir qué personas podrían estar involucradas en conductas delictivas o ilícitas, donde se actúa con personas por lo que “son o parecen” y no por lo que han podido hacer (García-Añón, Bradford, García-Sáez, Gascón y Llorente, 2013).

3. Prácticas alternativas a los perfiles étnicos

Dado que el empleo de perfiles étnicos supone la discriminación de personas, un problema para la eficacia policial y una relación disfuncional de la policía con ciertas comunidades, es el momento de plantear medidas que permitan acabar con o minimizar su empleo. Las prácticas alternativas a los perfiles étnicos pueden ser elevadas a las prácticas generales de las identificaciones policiales, esto es, medidas que pueden resultar igualmente válidas en el caso de la población mayoritaria y especialmente de los jóvenes.

3.1. Policía guiada por la evidencia y la inteligencia policial: Desarrollo de acciones basadas en datos precisos en lugar de estereotipos o por la mera apariencia física

Las prácticas policiales como la identificación y el cacheo tienen una base legal que las respalda en la gran mayoría de países europeos, en Canadá y EE.UU., normalmente aclarando que se trata de prácticas que deben respetar los principios de oportunidad y respeto a las personas. Cuando se emplean de manera apropiada, estas prácticas son muy efectivas para el control de la delincuencia y la vigilancia del tráfico de drogas y de armas. En la medida de que se emplean siguiendo criterios de sospecha fundada, son legales y potencialmente eficaces. Cuando se realizan perfiles delincuenciales basados en evidencias (analizar los datos de anteriores encuentros policiales y rectificar las prácticas que no resulten eficaces), los datos sustituyen a las creencias o sospechas basadas en intuiciones personales. La elaboración de perfiles étnicos sigue supuestos asentados en estereotipos o prejuicios que, evidentemente, no siguen pautas basadas en el análisis de la información. La práctica de apoyar las actuaciones y las campañas policiales en el análisis profesional de la información (modelos de inteligencia) implican un aprendizaje organizacional y un cambio en la formación de los funcionarios policiales.

Una práctica deseable consiste en realizar buenas descripciones de sospechosos, centradas en rasgos físicos y pautas de comportamiento concretas, en lugar de descripciones generales, vagas o imprecisas. Las descripciones de sospechosos deberían apoyarse en una buena información operativa que indique dónde es más probable que se cometan delitos, cómo suelen realizarse los actos delictivos y quién presenta un perfil

delincuente que permita distinguirlo de la población inocente. Para ello, la mejora de la calidad de la información operativa mediante la recogida sistemática de datos dentro de los cuerpos policiales, el análisis de los mismos y la elaboración de sospechas fundamentadas guían actuaciones eficaces y previene el empleo de perfiles genéricos que puedan ser ineficaces y discriminatorios.

3.2. Uso de registros documentales como formularios o actas de identificación y supervisión de la discrecionalidad

El uso de formularios, actas o boletines donde se consignan las identificaciones y registros practicados durante las intervenciones policiales es una de las prácticas recomendadas por el Consejo de Europa y empleadas con mayor frecuencia y éxito por los cuerpos policiales. Es necesario un procesamiento informático de los boletines confeccionados, junto con la supervisión y el análisis de los registros por parte de los mandos policiales que permitan valorar la discrecionalidad en el trabajo. Los boletines de identificación presentan una serie de ventajas prácticas: mejoran la seguridad jurídica de los policías quienes no pueden ser acusados de actuación ilegal, ofrecen información al ciudadano sobre sus derechos y obligaciones, le informan de la forma de proceder en caso de queja o sugerencia sobre el trato recibido, permiten el control interno de la falta de proporcionalidad de algunos agentes (reconociendo las buenas prácticas de los demás agentes) y recogen datos objetivos que permiten analizar la eficacia y guiar la inteligencia policial.

3.3. Facilitar información, transparencia y apertura a la recepción de críticas y sugerencias

Un cambio significativo en la cultura de la policía en distintos países es el ofrecimiento de información al público sobre las actuaciones propias. En la medida de que la información que maneja la policía pueda resultar sensible para la seguridad ciudadana, es lógico que esta información pueda quedar exclusivamente en poder de la policía. Sin embargo, la reserva de información sobre los resultados del trabajo va en detrimento de la propia policía. Los procesos de transparencia de las actuaciones es una práctica

habitual en la policía británica y en las policías norteamericanas, siendo fácilmente accesibles desde las estadísticas hasta los problemas en tiempo real en sus páginas web o a través de las redes sociales. Los procesos de rendimiento de cuentas (*accountability*) ofrecen un ejemplo de responsabilidad al devolver a los ciudadanos una muestra de confianza y legitimidad como autoridad.

3.4. Desarrollo de programas de formación en no discriminación e incorporación de minorías a la policía

La formación es una herramienta fundamental en todo proceso de cambio organizacional, en el desarrollo de una cultura fuerte en la organización, en el mantenimiento de la competencia profesional y en la actualización continua de los conocimientos y las prácticas. La formación en materia de no discriminación y en la actuación positiva de la policía con las comunidades debería ser un objetivo para las políticas formativas de los policías. El Código Europeo de Ética de la Policía afirma la importancia de la formación del personal de policía que debe integrar plenamente la necesidad de combatir el racismo y la xenofobia (CMCE, 2001). La formación debería incluir: explicación sobre la legislación en materia de discriminación, cómo combatir estereotipos y prejuicios, las consecuencias de la discriminación y los perfiles étnicos, y estrategias de comunicación social con los ciudadanos y las comunidades basadas en la asertividad y la solución de conflictos razonadas. La incorporación de miembros de grupos étnicos minoritarios a la policía ha sido una de las propuestas que se han venido planteando para la mejora de las relaciones con las minorías en vecindarios y ciudades. Además de mejoras prácticas, de relación y confianza comunitaria, se potencia la legitimidad de la policía al representar a todos los ciudadanos. Las policías norteamericanas tienen una larga historia de captación de agentes de policía de origen afroamericano e hispano. La experiencia británica en la incorporación de minorías étnicas ha sido un objetivo potenciado desde 1999 por el Home Office, con el objetivo de lograr una policía que refleje en su composición la diversidad étnica. A pesar de los logros que se han obtenido, por ejemplo, en la incorporación de minorías étnicas asiáticas en la policía británica, las investigaciones revelan los numerosos problemas y resistencias que existen en la práctica (Blay, 2008).

3.5. Incrementar la participación comunitaria de la policía y crear formas de comunicación eficaz. Agentes de enlace

Mantener relaciones comunitarias con las minorías étnicas a través de sus asociaciones o grupos de representación en la vida pública ha sido una de las medidas más efectivas en Reino Unido y EEUU para mejorar la confianza y cooperación mutuas. Aumentar la participación comunitaria de la policía, con mayor contacto, visibilidad y cercanía pública, permite la accesibilidad al servicio policial y el conocimiento institucional y personal de sus miembros por la comunidad en la que trabajan. La figura del agente de enlace resulta clave en esta dinamización profesional y social. La presencia de agentes formados y sensibilizados en la importancia de la positiva interacción policía-comunidad favorece la consecución de estos objetivos. El mantenimiento de reuniones periódicas con asociaciones de inmigrantes, asociaciones socioculturales, representantes comunitarios, entidades sin ánimo de lucro y ONG, en general con el tejido asociativo y de vida civil comunitaria para conocer sus problemas, ofrecer servicios policiales y obtener información policial relevante para la prevención del delito es una tarea central del agente de enlace comunitario.

3.6. Elaboración de protocolos y procedimientos precisos

Las organizaciones policiales son muy eficaces en el desarrollo y empleo de protocolos de trabajo y procedimientos que suelen seguirse disciplinadamente por sus funcionarios policiales. Esta resulta ser una ventaja en la medida de que se desarrollen protocolos y procedimientos precisos que indiquen la forma de actuar de manera responsable y no discriminatoria en las identificaciones, registros y detenciones policiales. Las experiencias en el ámbito británico han mostrado una mejora en la satisfacción del público con la actuación policial cuando esta ha seguido procedimientos establecidos para todos los funcionarios de la organización. La elaboración de procedimientos de trabajo facilita la eliminación de la ambigüedad en las intervenciones y por lo tanto la discrecionalidad. Sin embargo, cuando los procedimientos son especialmente estrictos, suelen ser rechazados por los policías porque no resuelven todas las posibles situaciones prácticas. Por lo tanto, se requiere que los procedimientos guíen las actuaciones indicando los patrones apropiados de comportamiento, con las indicaciones del

cumplimiento de la legalidad y con estándares altos de calidad en la atención al ciudadano. La elaboración de procedimientos específicos para mejorar la atención a las minorías y la formación práctica en los mismos es una práctica eficaz (OSJI, 2012).

3.7. Cambio en las estrategias político-policiales de actuación social y con las minorías

Las decisiones políticas juegan un papel determinante en el empleo de perfiles étnicos, especialmente en el caso de Estados que disponen de cuerpos policiales basados en principios gubernativos. La lucha contra la extranjería ilegal y contra el terrorismo internacional ha llevado en diferentes ocasiones a tomar decisiones políticas basadas en la presión a los grupos de inmigrantes y en minorías étnicas como forma de prevención. Como en el caso de las prácticas basadas en la inteligencia, ciertas políticas de los gobiernos no se basan en evidencias empíricas o en datos contrastables, sino que siguen principios basados en suposiciones y, en una mayoría de casos, como forma de responder a una opinión pública crítica con los problemas sociales. Podríamos hablar de perfiles étnicos institucionales o institucionalizados. La visión de la inmigración como fuente potencial de delincuencia no ha obtenido suficiente apoyo empírico; en el peor de los casos, los índices de delincuencia entre personas inmigrantes suele asemejarse al de las poblaciones nacionales. Las campañas de control basadas en perfiles étnicos no suelen obtener resultados especialmente efectivos en el control de la delincuencia, pero tienen un impacto político intenso sobre la opinión pública mayoritaria.

3.8. Desarrollo de modelos policiales orientados a la comunidad y a la solución de sus problemas

Las reformas más significativas que se han venido realizando en los últimos años a nivel internacional han buscado potenciar las relaciones de la policía con las comunidades, especialmente con las minoritarias. Al mismo tiempo que se pretende mejorar la eficacia policial gracias a la colaboración ciudadana con la policía, se logra el objetivo de establecer relaciones que mejoran la calidad de vida en las sociedades modernas. Además de la tradición británica de mejora de la relación policía-comunidad,

el gobierno norteamericano ha convertido el modelo de servicios policiales orientados a la comunidad (*Community-Oriented Police Services*) en una prioridad de su política policial. El desarrollo de modelos policiales orientados a la comunidad favorece el cambio organizacional hacia la mejora de la confianza y legitimidad ciudadana. Cualquier estrategia de policía comunitaria debe incluir objetivos y estrategias de acercamiento ciudadano y orientados a solucionar los problemas de los grupos sociales o comunidades. Con este fin, es deseable que los cuerpos de policía desarrollen un sólido compromiso comunitario (*community engagement*).

4. Conclusiones: implicaciones para la política policial

El concepto moderno de policía local implica cambios en el rol desempeñado en los municipios. La filosofía de trabajo policial propugna la solución de problemas de carácter colectivo que tiendan a mejorar la seguridad y calidad de vida. Conlleva un acercamiento con la comunidad para conocer sus problemas y colaborar en su resolución, especialmente en las relaciones interculturales. Uno de los principales riesgos para la construcción de relaciones positivas entre policía y grupos sociales o comunidades es el empleo desajustado de métodos y estrategias profesionales, como el abuso de identificaciones, registros o cacheos en las personas de determinados orígenes étnicos, sociales o culturales. Dentro de las necesidades de respuesta social de la policía se encuentra la gestión de la diversidad cultural, especialmente en la creación de una relación entre la policía y grupos constituidos por razones étnicas, de origen o socioculturales. Como hemos visto, las tensiones en este tipo de relaciones son más relevantes de lo que parece a primera vista; en España las relaciones con la inmigración son relativamente recientes. Así, se puede aprender de la experiencia de otras policías con mayor bagaje histórico. El empleo de políticas policiales como el *stop-and-frisk* han supuesto un claro conflicto social, legal y político, más allá de su eficacia en la lucha contra el delito y las infracciones. La experiencia indica que se presiona desproporcionadamente a los ciudadanos, aumentando la presión sobre colectivos étnicos minoritarios o en zonas sociales marginales. La consecuencia ha sido aumentar el conflicto con la policía y erosionar su imagen pública. Los perfiles étnicos en la policía corren la misma suerte potencial. Entendidos como estrategias y políticas policiales (de responsables políticos, administrativos y policiales), pero también como

prácticas cotidianas del trabajo directo en la calle, implican un riesgo para la confianza y legitimidad de la policía ante ciertas comunidades, además de un deterioro de la imagen y aceptación social en el resto de ciudadanos cuando se hacen visibles los conflictos en los medios de comunicación.

Referencias

ANTÓN, Concha y Carmen QUESADA, *Igualdad de trato y no discriminación: Guía de recomendaciones para la formación de fuerzas y cuerpos de seguridad*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008.

BLAY, Ester, “Incorporación de minorías étnicas en la policía. Perspectiva criminológica y notas para una discusión normativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 10, núm. 4, 2008, pp. 1-25.

COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec 10 sobre el Código Europeo de Ética de la Policía, 19 de septiembre de 2001, disponible en http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp.

ECRI, *Cuarto informe sobre España*, Luxemburgo, 2011.

ENAR, *El uso de perfiles étnicos*, Bruselas, 2009.

FRA, *EU-MIDIS. Encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación. Informe Data in Focus: Identificaciones policiales y minorías*, Viena, 2010a.

FRA, *Por una actuación policial más eficaz. Guía para entender y evitar la elaboración de perfiles étnicos discriminatorios*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010b.

GARCÍA AÑÓN, José, Ben BRADFORD, José Antonio GARCÍA-SÁEZ, Andrés GASCÓN y Antoni LLORENTE, *Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MACKENZIE, Simon y Alistair HENRY, *Community policing: A review of evidence*, Scottish Government Social Research, Edimburgo, 2009.

PACHECO, Alfredo, *Hacia un modelo de policía comunitaria: una aproximación desde la perspectiva sociológica*, Departamento de Sociología y Antropología Social de la Universitat de València, 2010 (manual no publicado).

REINER, Robert, *The politics of the police*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

OSI, *Ethnic profiling in the European Union: Pervasive, ineffective, and discriminatory*, Open Society Institute, Nueva York, 2009.

OSJI, *Reducing ethnic profiling in the European Union. A handbook of good practices*, Open Society Foundations, Nueva York, 2012.

La identidad religiosa como objeto de tutela penal

David Colomer Bea
Universitat de València
David.Colomer@uv.es

Resumen

La existencia de delitos religiosos en un Estado laico resulta problemática en la medida en que el principio de neutralidad impide que los poderes públicos tomen partido por una u otra confesión. Sin embargo, no puede ignorarse el hecho de que la identidad religiosa de las personas constituye un elemento clave en la configuración de las sociedades multiculturales. La cuestión que se analiza en este trabajo es si el reconocimiento de las singularidades religiosas de cada individuo o comunidad puede justificar una política criminal encaminada a la protección de dicha identidad.

Palabras clave: delitos religiosos, identidad religiosa, sentimientos religiosos, laicidad, multiculturalismo

1. Introducción

Uno de los rasgos que caracterizan a los Estados democráticos es su carácter aconfesional, es decir, la imposibilidad de identificarse con una determinada confesión religiosa. En España, el principio de aconfesionalidad viene recogido en el art. 16.3 CE, que proclama: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”. Lo que se pretende con este principio es evitar que se produzcan discriminaciones por razón de la pertenencia religiosa de cada persona (Taylor, 2011: 41).

Ahora bien, que el Estado mantenga una posición neutral ante las distintas opciones religiosas presentes en la sociedad no quiere decir que deba mostrarse indiferente. Por el contrario, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, los poderes públicos tienen el mandato –en el caso de España, recogido en el art. 9.2 de la Constitución– de llevar a cabo actuaciones que faciliten el ejercicio de la libertad del

individuo y de los grupos en que se integra, lo que incluye, por supuesto, el ejercicio de la libertad religiosa (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 7º).

Para posibilitar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa es necesario, antes que nada, garantizar que los ciudadanos puedan actuar en este campo con plena inmunidad de coacción (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1º). A tal fin responden los delitos contenidos en los arts. 522 y 523 del Código Penal español (en adelante, CP), que tipifican, respectivamente, las conductas de proselitismo ilícito y de perturbación de actos religiosos (Tamarit, 1989: 175-176). Pero, junto a estos delitos, existen otros que se dirigen a proteger los sentimientos religiosos de los ciudadanos. Es el caso de los tipos delictivos de profanación (art. 524 CP¹) y escarnio (art. 525 CP²), los cuales, lejos de representar una singularidad del sistema penal español, se prevén en la legislación de la mayoría de los países de nuestro entorno. ¿Tienen cabida estos delitos en un Estado democrático?

2. Problemas que plantean los delitos contra los sentimientos religiosos

2.1. Delitos religiosos y laicidad

Los delitos contra los sentimientos religiosos –especialmente el de escarnio– han sido objeto de numerosas críticas. Una de estas críticas apunta a su posible incompatibilidad con el principio de neutralidad, ya que en estos delitos se protege exclusivamente un tipo de sentimiento, el religioso, careciendo de relevancia penal la ofensa a otra clase de sentimientos (filosóficos, políticos, etc.). Con ello el legislador estaría otorgando un trato privilegiado al hecho religioso (Santamaría, 2001: 355; García, 2014: 425), valorando positivamente la religión y, en definitiva, poniendo en duda el carácter laico del Estado. Pero ¿cuál es el significado de la laicidad?

¹ Art. 524 CP: “El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

² Art. 525 CP: “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

La laicidad no puede ser entendida como separación absoluta entre lo religioso y lo político. Si nos fijamos en los dos modelos de laicidad más influyentes en la actualidad –el modelo francés y el modelo quebequés–, en ninguno de ellos se propugna una actitud totalmente pasiva de las instituciones públicas ante las manifestaciones religiosas. El objetivo de ambos modelos es lograr la integración de las diversas corrientes religiosas y culturales de la sociedad en un espacio común de convivencia y ello solo es posible si los poderes públicos se involucran. Lo que varía en un modelo y otro es la estrategia a través de la cual conseguir dicha integración.

En el modelo francés de laicidad, recogido en el informe Stasi (2003), se apuesta por una integración homogeneizadora. Las opciones espirituales y religiosas de los ciudadanos son respetadas por el Estado, pero no pueden interferir en su actividad. Existe cierto recelo hacia la religión, como queda patente en la Ley nº 2004-228 de 15 de marzo de 2004, donde se prohíbe en las escuelas, colegios y liceos públicos el uso de signos o atuendos a través de los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa. Se asocian determinadas expresiones religiosas o culturales, como el uso del velo islámico, con la negación de los valores de la República (en el caso del velo, el principio de igualdad entre mujeres y hombres). Por eso, el espacio público debe ser laico, debe quedar libre de la influencia –nociva– de la religión. Las creencias religiosas son apreciadas solo en cuanto proceden de la libertad de elección de los ciudadanos. Los poderes públicos deben preocuparse únicamente de que dicha elección se adopte libremente y de que no se produzcan discriminaciones por razón de las creencias escogidas. De ahí que en el CP francés no exista ningún delito relativo a la religión; los eventuales ataques a la libertad religiosa se sancionan por el correspondiente delito contra la libertad, y el móvil discriminatorio de tipo religioso constituye una circunstancia agravante genérica y específica.

Frente a ello, existe otro modelo de laicidad en el cual, si bien está prohibido que el Estado tome partido a favor de determinada confesión, las creencias religiosas de los ciudadanos pueden ser tenidas en cuenta en la adopción de las decisiones públicas. El informe Bouchard/Taylor sobre las prácticas de acomodos razonables en Quebec (2008) constituye el paradigma de este modelo, en el que se defiende la idea de que los poderes públicos deben acomodar su actuación a la diversidad cultural y religiosa de la sociedad. Este modelo de laicidad abierta es el que se sigue en España, donde la propia Constitución establece que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias

religiosas de la sociedad española” (art. 16.3 CE, inciso segundo). Desde este precepto se ha justificado la existencia de delitos contra los sentimientos religiosos en un Estado laico. Concretamente, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección” (ATC 180/1986, de 21 de febrero, FJ 2º). Según este planteamiento, la tutela penal de los sentimientos religiosos resulta conforme con el principio de laicidad siempre que no se limite a un determinado tipo de convicciones religiosas. Más adelante analizaremos si dicha protección debería extenderse también a otro tipo de sentimientos o convicciones no religiosas.

2.2. Los sentimientos religiosos como bien jurídico protegido

Según acabamos de ver, el carácter laico y aconfesional de un Estado no es incompatible con el establecimiento de medidas encaminadas a la protección de las creencias y sentimientos religiosos de los ciudadanos. Pero, ¿qué es lo que justifica que los sentimientos religiosos reciban una protección especial a través de los delitos de profanación (art. 524 CP) y escarnio (art. 525 CP)?

Para abordar esta cuestión, hemos de partir del planteamiento de Carrara según el cual “el sentimiento religioso liga la personalidad del devoto al objeto de su veneración y de su culto, y así el que ofende este lo ofende a él, pues ofende una cosa ligada a su persona” (Carrara, 1989: pár. 3342). Esta frase resume a la perfección los argumentos favorables a la protección penal de los sentimientos religiosos.

Ahora bien, dado que las normas penales no pueden proteger sentimientos (Hörnle, 2007: 383-399; Alcácer, 2016: 41-42), es necesario vincular la tutela penal de los sentimientos religiosos con algún derecho fundamental que se considere protegido a través de ella. En este sentido, algunos autores entienden que el respeto a los sentimientos religiosos de los ciudadanos constituye uno de los aspectos del derecho a la libertad religiosa, siendo este el bien jurídico protegido en esta clase de delitos (PÉREZ, 1995: 175). La famosa sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) de 20 de septiembre de 1994 (asunto *Otto-Preminger-Institut c. Austria*) comparte dicha opinión. Sin embargo, tal y como advierten los jueces disidentes en su voto particular a la mencionada sentencia, el derecho a la libertad

religiosa, reconocido en el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), no garantiza explícitamente ningún derecho a la protección de los sentimientos religiosos. En efecto, el derecho a la libertad religiosa comprende el derecho a elegir libremente las creencias, así como el derecho a manifestarlas, individual o colectivamente, en público o en privado. Por tanto, no puede extraerse de su contenido un pretendido derecho a no ser insultado en las propias creencias religiosas (García, 2014: 424-425).

No obstante, la libertad religiosa sirve de vehículo para la exteriorización de los sentimientos religiosos, de modo que estos pueden considerarse implícitamente reconocidos en aquel derecho fundamental (Ferreiro, 1996: 201). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” (STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9º). Es precisamente en la dignidad humana donde hay que buscar el fundamento de la tutela penal de los sentimientos religiosos.

Siguiendo a Ferreiro Galguera, el respeto que toda persona merece por el hecho de ser persona debe incluir tanto a la esencia del propio ser (vertiente estática de la dignidad) como a aquello a lo que el ser humano ha optado (vertiente dinámica de la dignidad). En este segundo nivel de la dignidad se situarían los sentimientos religiosos (Ferreiro, 1996: 201-210). En concreto, los delitos de profanación (art. 524 CP) y escarnio (art. 525 CP) tutelarían “el respeto que merecen aquellas creencias que son sentidas por las personas individuales como parte de su propia identidad” (Mintegua, 2006: 230). La identidad religiosa de la persona constituiría, en definitiva, el bien jurídico protegido en estos delitos (Hörnle, 2012: 376-381).

Por tanto, la tutela penal de los sentimientos religiosos se basa en el vínculo afectivo que une al individuo con sus convicciones religiosas en virtud del cual las ofensas contra estas son sentidas o, mejor dicho, sufridas como ataques contra la propia persona (Vázquez, 2016: 309). Desde esta perspectiva, los sentimientos religiosos se protegen como una experiencia auténticamente humana (Siracusano, 1983: 272). Ahora bien, existen otro tipo de convicciones no religiosas que se encuentran también íntimamente vinculadas con la personalidad (por ejemplo, el feminismo). ¿Por qué,

entonces, la protección se limita a los sentimientos ligados con las creencias religiosas?
¿Existe algún motivo que justifique dicho tratamiento privilegiado?

Es cierto que la relación psicológica existente entre un sujeto y sus convicciones religiosas es, en principio, más intensa que el vínculo que lo une con otro tipo de creencias políticas, artísticas o filosóficas (Pacillo, 2007: 155). Así, se dice que cuando se ofende aquello que una persona considera sagrado, se agrede el corazón de su identidad biográfica (Pawlik, 2007: 421). Ahora bien, “sagrado” no es solo aquello que está relacionado con la divinidad o con fuerzas sobrenaturales, sino, en general, todo lo que se considera “digno de veneración y respeto”. Creo que este significado de lo sagrado es el que debe tomarse en consideración a la hora de configurar e interpretar los delitos de profanación (art. 524 CP) y escarnio (art. 525 CP). Lo importante no es la naturaleza intrínseca del objeto de veneración –en este caso, su naturaleza divina o sobrenatural–, sino la adhesión emocional que genera en determinadas personas que lo interiorizan como parte de su esencia. Lo mismo cabe decir de las creencias. En este sentido, sería justo extender la protección penal a los sentimientos ligados a aquellas ideologías no religiosas, como el feminismo, que cumplen un papel relevante en la conformación de la personalidad de sus seguidores. En definitiva, se trataría de incluir en la regulación de los delitos contra los sentimientos religiosos a las cosmovisiones, tal y como hace el CP alemán (pár. 166 y 167). Ahora bien, dado que el fundamento último de estos delitos es la protección de la dignidad humana, habrá que excluir de su ámbito de aplicación a aquellas ideologías –por ejemplo, el nazismo– cuyos principios suponen, precisamente, un atentado contra dicho bien jurídico (Pacillo, 2007: 87).

2.3. Protección penal de la identidad y principio de intervención mínima

El derecho penal está concebido para actuar como *ultima ratio*, como mecanismo subsidiario que opera ante la falta de otros recursos menos lesivos para conseguir el mismo fin: la protección de bienes jurídicos. Además, el carácter fragmentario del derecho penal exige, por un lado, que los bienes jurídicos penalmente tutelados sean de especial valor y, por otro, que no se sancionen todas las conductas lesivas de tales bienes, sino solamente las modalidades de ataque más intensas. Ambos límites del *ius*

puniendi integran el llamado “principio de intervención mínima” (Mir, 2016: 128-129; ORTS y GONZÁLEZ, 2016: 162-163).

Este principio de intervención mínima ha sido frecuentemente invocado en la materia que nos ocupa. Se dice que la identidad de una persona no reviste suficiente importancia como para ser protegida a través del derecho penal, menos aún mediante tipos delictivos que castigan meras faltas de respeto (Hörnle, 2012: 380-382).

En cuanto a la entidad del bien jurídico en cuestión, teniendo en cuenta su vinculación con la dignidad humana, considero que la identidad religiosa e ideológica de una persona constituye un bien jurídico digno de protección penal. En una sociedad multicultural como la nuestra, el respeto a la identidad de cada persona, a su religión o cultura, es una condición necesaria para que el individuo pueda desarrollar libremente su personalidad. Los delitos contra los sentimientos religiosos constituyen ataques a la dignidad y a la autoestima de aquellas personas que se sienten identificadas con las creencias o símbolos religiosos que son objeto de burla o ridiculización (Margalit y Raz, 1990: 449).

Existe, así, cierto paralelismo entre la tutela penal de la identidad religiosa y la del derecho al honor (Mintegua, 2006: 230-234), pues esta se concreta en la protección de la autoestima de la persona y su reputación (Carmona, 2012: 31). Por este motivo, algunos autores han propuesto trasladar la regulación de los delitos contra los sentimientos religiosos al título dedicado a los delitos contra el honor (Mintegua, 2006: 296). En el caso de los delitos de calumnias e injurias (arts. 205 a 216 CP) se protegería la vertiente estática de la dignidad; en los delitos contra los sentimientos religiosos (e ideológicos), la vertiente dinámica (Ferreiro, 1996: 209).

Ahora bien, el derecho penal no puede castigar simples faltas de respeto. En este sentido, resulta criticable la regulación vigente de los delitos de profanación (art. 524 CP) y escarnio (art. 525 CP), donde no se exige gravedad en las conductas descritas. En el art. 524 CP se castiga, con pena de prisión de 6 meses a un año o multa de 12 a 24 meses, la simple ejecución de actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos llevada a cabo en templos, lugares destinados al culto o en ceremonias religiosas. “Profanar” significa “tratar algo sagrado sin el debido respeto”, de modo que se podría incluir en el ámbito del delito cualquier falta de respeto mostrada hacia

objetos sagrados en lugares de culto. No me parece que sea equiparable el simple acto de desnudarse en un templo religioso³ y el de escupir u orinar sobre una imagen sagrada. Lo primero no creo que merezca ningún tipo de sanción jurídica –menos aún, una sanción penal–; en cambio, la acción de escupir y, sobre todo, la de orinar sobre un objeto sagrado sí puede considerarse relevante a efectos penales. Por tanto, debería introducirse en el tipo delictivo el requisito de la gravedad.

Más polémica genera aún el delito de escarnio (art. 525 CP). En este caso se castiga con pena de multa de 8 a 12 meses a “los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican”. A continuación, se incluye un párrafo segundo en el que, con el fin de evitar tratos desiguales entre creyentes y no creyentes, el legislador castiga el escarnio de quienes no profesan religión o creencia alguna. Sin embargo, el tratamiento penal dispensado a unos y otros sigue siendo asimétrico: en el caso de los creyentes, el escarnio debe ir dirigido hacia sus “dogmas, creencias, ritos o ceremonias”; en el caso de los no creyentes, hacia su persona (Atienza, 2007: 71). Centrándonos en el escarnio de “dogmas, creencias, ritos o ceremonias”, ¿reviste esta conducta suficiente gravedad como para ser sancionada a través del derecho penal? Al igual que en el delito de profanación, el problema de nuevo proviene de la amplitud del término empleado para definir la conducta típica. Por “escarnio” se entiende la “burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar”. Burlarse de las creencias o actos religiosos de otra persona puede considerarse, desde luego, una falta de respeto hacia aquellas personas que se sienten identificadas con ellas, pero cuesta imaginar que un acto de tal naturaleza pueda llegar a causar un daño a la identidad religiosa de la persona de suficiente entidad como para justificar la intervención del poder punitivo del Estado.

En cualquier caso, tanto el delito de profanación como el de escarnio exigen la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de ofender los

³ Precisamente, en el caso del asalto a la capilla de la Universidad Complutense de Madrid, la Audiencia Provincial consideró que la acción de desnudarse ante al altar no constituía un acto de profanación penalmente relevante. *Vid.* SAPM de 16 de diciembre de 2016, FJ 3º. Hay que poner de manifiesto que la acusación popular calificó los hechos como un delito contra los sentimientos religiosos del art. 524 CP o, alternativamente, del art. 525.1 CP; en ningún caso, como un delito del art. 523 CP, que castiga la conducta de perturbación de actos religiosos, lo que hubiese planteado mayores dudas.

sentimientos religiosos, lo cual, debido a su dificultad probatoria (¿cómo demostrar que quien profana o hace escarnio pretendía con su acción herir los sentimientos religiosos?), deja a estos delitos sin apenas viabilidad práctica (Vázquez, 2016: 317). En este sentido, desde que se aprobó el CP de 1995, todos los casos de ofensa a los sentimientos religiosos que han llegado al Tribunal Supremo –al menos, todos los que he podido consultar– han sido resueltos mediante sentencia absolutoria. Creo que, a fin de garantizar la seguridad jurídica, la restricción del ámbito de aplicación de estos delitos debería operar a través de la inclusión del requisito de la gravedad y no mediante la exigencia de dicho ánimo.

2.4. Libertad de expresión e identidad religiosa: discurso del odio y ofensas gratuitas

La mayoría de supuestos de ofensa a los sentimientos religiosos que han sido enjuiciados en España y en los países de nuestro entorno se han producido en un contexto de crítica o expresión artística. Un buen ejemplo de ello constituye el proceso judicial seguido contra el músico Javier Krahe y contra la productora de *Lo más plus* por la emisión en dicho programa de un vídeo en el que aparece una persona cocinando un crucifijo que es troceado, untado en mantequilla y metido en el horno, “saliendo al tercer día en su punto”. La acusación calificó los hechos como un delito de escarnio (art. 525.1 CP) referido a los dogmas católicos de la Resurrección y de la Eucaristía. El juez absolvió a los acusados por la ausencia de intención de ofender los sentimientos de los católicos basándose precisamente en que la sátira y el recurso a lo irreverente se utiliza en dicho vídeo como instrumento artístico para hacer crítica social contra el poder de la Iglesia católica (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, de 8 de junio de 2012, Rec. 33/2011, FJ 3º). En realidad, aunque la sentencia no lo mencione expresamente, lo que se produce en este caso es un conflicto entre la libertad de expresión y el respeto a los sentimientos religiosos que se resuelve en favor de aquella. Así es cómo se solucionan en la actualidad la gran mayoría de estos casos.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 10 CEDH, constituye “uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática”. En su ámbito se incluyen no solo las ideas “acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino

también aquellas que escandalizan, ofenden o molestan al Estado o a una parte cualquiera de la población”. Todo ello con el fin de favorecer “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura” (STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*, pár. 49). La sátira religiosa estaría, por tanto, amparada en la libertad de expresión.

Sin embargo, el ejercicio de la libertad de expresión entraña “deberes y responsabilidades” y puede ser sometido “a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para [...] la protección de la reputación o de los derechos ajenos...” (art. 10.2 CEDH). Entre estos límites destaca el denominado “discurso del odio”, que queda excluido del ámbito de aplicación del art. 10 CEDH. En este sentido, el TEDH ha señalado que “se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio fundado sobre la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)” (STEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *Gündüz c. Turquía*, pár. 40).

¿Puede el derecho penal castigar la provocación al odio contra determinados colectivos o personas? El odio no deja de ser un sentimiento, y si decíamos que los sentimientos, por sí mismos, no pueden ser objeto de protección penal, menos aún deberían serlo de sanción (Alcácer, 2012: 17). Otra cosa es que dicho sentimiento de odio se concrete en actos de violencia o discriminación, pero en ese caso lo que se sancionaría es la incitación a cometer tales actos de violencia o discriminación y no la provocación al odio.

En España, el discurso del odio se castiga a través de los delitos del art. 510 CP, precepto que ha sido profundamente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Entre las novedades de esta reforma, hay que destacar la introducción de un nuevo tipo delictivo (art. 510.2.a CP) consistente en lesionar la dignidad de las personas “mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito” concurriendo alguno de los motivos discriminatorios mencionados en el precepto, entre los que se incluyen los “referentes a la ideología, religión o creencias”. ¿Podrían sancionarse las ofensas a los sentimientos religiosos o, mejor dicho, a la identidad religiosa a través de este delito? La cuestión es dudosa, puesto que, por un lado, coinciden tanto el bien

jurídico protegido –la dignidad humana (en su vertiente dinámica)– como las modalidades de ataque –la humillación y el menosprecio son formas de trato irrespetuoso–, pero, por otro, el tipo delictivo analizado exige que la humillación, menosprecio o descrédito se refiera a grupos o personas determinadas y, además, que concorra un móvil discriminatorio, en este caso referido “a la ideología, religión o creencias”. En cuanto al primer aspecto diferenciador –el hecho de que la conducta típica debe ir referida a grupos o personas determinadas–, en realidad, no existe tal diferencia, puesto que el objeto sagrado que es tratado irrespetuosamente –humillado o menospreciado– aparece como un medio a través del cual se ofende –se humilla o menosprecia– a la persona o personas que le rinden veneración. En cambio, la exigencia del móvil discriminatorio sí que constituye un elemento diferenciador que, en este caso, requiere que la conducta ofensiva contra la identidad religiosa se realice motivada por la condición religiosa de aquellos que sufren el acto de humillación o menosprecio; una circunstancia tan difícil de probar en el caso concreto como la concurrencia del ánimo de ofender los sentimientos religiosos. Por tanto, en el mencionado tipo delictivo se protege, además de la dignidad humana, el derecho a la igualdad (Portilla, 2015: 746).

Por otro lado, el TEDH ha señalado que entre los “deberes y responsabilidades” que asume quien ejerce el derecho a la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH) está la “obligación de evitar, en cuanto sea posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y constituyan, así, un atentado a sus derechos, y, por tanto, no contribuyan a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano”. De ahí que “se pueda considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir los ataques injuriosos contra los objetos de veneración religiosa” (STEDH de 20 de septiembre de 1994, asunto *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, pár. 49). Por tanto, la existencia de delitos contra los sentimientos religiosos es conforme con la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, el propio tribunal considera que una expresión es “gratuitamente ofensiva” cuando no contribuye, de ningún modo, al debate público, es decir, “cuando no transmite propiamente ninguna idea o información, de manera que su finalidad exclusiva es el insulto o la agresión verbal” (Martínez, 2014: 116). *A sensu contrario*, ello quiere decir que cualquier expresión ofensiva contra los sentimientos religiosos estará amparada en la libertad de expresión y, por tanto, no podrá ser objeto de sanción siempre que contribuya, de alguna forma, a enriquecer el debate público. En caso de duda sobre esta

circunstancia, debe prevalecer el principio *favor libertatis*, entendiendo que la expresión en cuestión queda protegida por el art. 10 CEDH.

3. Conclusiones

En las sociedades multiculturales, el respeto a las convicciones religiosas de los ciudadanos constituye un elemento indispensable para favorecer la paz social. La cultura y la religión son valiosas en la medida en que representan opciones significativas para determinadas personas (Kymlicka, 1996: 121). Por eso, el Estado debe garantizar que dichas convicciones sean respetadas por el conjunto de la sociedad.

A tal fin responden los delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 524 y 525 CP), que castigan las conductas de profanación y escarnio. El objetivo de estos delitos es proteger la identidad religiosa de las personas, cuyo fundamento reside en la dignidad humana. Se considera que la ofensa a las convicciones más profundas de una persona constituye una agresión a la propia persona.

Sin embargo, la legitimidad de la intervención del derecho penal en este ámbito ha sido cuestionada y se ha llegado a decir que, en realidad, los delitos contra los sentimientos religiosos “funcionan como un instrumento al servicio de las confesiones religiosas” (Mira, 2014: 679). Las críticas hacia estos delitos se han centrado en dos aspectos: primero, en el hecho de que se protejan exclusivamente los sentimientos ligados a la religión, lo que contradice el principio de neutralidad, y, segundo, que las conductas prohibidas se describan con tal amplitud que puedan caber en ellas meras faltas de respeto.

Creo que, en efecto, la regulación vigente de los delitos contra los sentimientos religiosos presenta múltiples defectos, pero, al mismo tiempo, considero que determinados ataques contra la identidad religiosa son merecedores de castigo. En este sentido, se plantean dos alternativas. Por un lado, cabría optar por mantener esta clase de delitos, en cuyo caso sería necesario acometer una reforma radical de su actual regulación. Entre otros aspectos, convendría ampliar la tutela penal a los sentimientos ligados a cosmovisiones no religiosas e incorporar expresamente el requisito de la gravedad en la redacción de los tipos delictivos.

La otra alternativa consistiría en prescindir de una categoría específica de delitos encaminados a la protección de la identidad religiosa y sancionar los ataques más graves contra este bien jurídico dentro de un tipo delictivo más amplio que proteja, en general, la dignidad humana frente a acciones que entrañen humillación o menosprecio. Como hemos visto, en la actualidad este tipo de conductas se castigan a través del delito del art. 510.2.a CP, el cual exige, eso sí, la concurrencia de un móvil discriminatorio.

En cualquier caso, se opte por una vía u otra, si la posible ofensa contra la identidad religiosa está dotada de sentido crítico y contribuye al debate público, debe prevalecer la libertad de expresión.

Referencias

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 1-32.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 18, núm. 11, 2016, pp. 1-55.

ATIENZA, Manuel, “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007, pp. 65-72.

CARMONA SALGADO, Concepción, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, vol. VI, 6ª edición, trad. Jorge J. ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO), Temis, Bogotá, 1989.

FERREIRO GALGUERA, Juan, *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “Arte, religión y derechos fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes

al hilo del caso Javier Krahe)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 67, fascículo 2, 2014, pp. 397-453.

HÖRNLE, Tatjana, “La protección de sentimientos en el StGB”, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. María MARTÍN LORENZO), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 383-399.

HÖRNLE, Tatjana, “Protezione penale di identità religiose?”, *Ragion pratica*, núm. 39, 2012, pp. 367-382.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. Carme Castells Auleda, Paidós, Barcelona/Buenos Aires, 1996.

MARGALIT, Avishai y Joseph RAZ, “National Self-Determination”, *The Journal of Philosophy*, vol. 87, núm. 9, 1990, pp. 439-461.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN y Santiago CAÑAMARES ARRIBAS (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 83-120.

MINTEGUIA ARREGUI, Igor, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Dykinson, Madrid, 2006.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Reppertor, Barcelona, 2016.

MIRA BENAVENT, Javier, “Demonios, exorcistas y Derecho Penal (del caso Grandier al artículo 525 del Código penal español)”, en Tomás Salvador VIVES ANTÓN, Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Alberto ALONSO RIMO y Margarita ROIG TORRES (dirs.), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 649-685.

ORTS BERENGUER, Enrique y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PACILLO, Vincenzo, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006*, N. 85, Giuffrè, Milán, 2007.

PAWLIK, Michael, “Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung”, en Michael HETTINGER et ál. (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 411-428.

PÉREZ-MADRID, Francisca, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Eunsa, Pamplona, 1995.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 717-753.

SANTAMARÍA LAMBÁS, Fernando, *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Secretaría de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, 2001.

SIRACUSANO, Placido, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limite dell'intervento penale*, Giuffrè, Milán, 1983.

TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, *La Libertad Ideológica en el Derecho Penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989.

TAYLOR, Charles, “Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo”, en Eduardo MENDIETA y Jonathan VANANTWERPEN (eds.), *El poder de la religión en la esfera pública*, trad. José María CARABANTE MUNTADA y Rafael SERRANO VALERO, Trotta, Madrid, 2011, pp. 39-60.

VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J., “Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 146, 2016, pp. 305-341.

La convivencia ciudadana intercultural en una Europa y en una España diversa y desigual

Ángel Joel Méndez López
Universitat de València
oelopez1975@yahoo.es

José Vicente Pérez Cosín
Universitat de València
jvperez@uv.es

Resumen

En el presente artículo se realiza un análisis en torno a las principales matrices sociales y los enfoques a través de los cuales se ha abordado históricamente el tema de las diversidades culturales en Europa y en España concretamente. También se hace una propuesta concreta que, desde nuestro modesto punto de vista, resulta fundamental a día de hoy para comprender y gestionar adecuadamente las múltiples mediaciones de la categoría diversidad, en su dimensión actualmente existente: hablamos del fomento de la convivencia ciudadana intercultural, constructo categorial en gestación, pero del cual ya se pueden compartir algunos avances claros, tanto en los planos teóricos, metodológicos, epistemológicos, paradigmáticos y empíricos.

Palabras clave: multiculturalidad, interculturalidad, convivencia, ciudadanía, emancipación

1. Introducción

Históricamente y en todo el mundo, la solución homogeneizadora ha sido y es el modelo dominante de encarar toda diversidad y, específicamente, la diversidad cultural. Solución injusta, pero también imposible: siempre surgen nuevos “bárbaros”, nuevos “locos” y nuevos conflictos (Ameigeiras y Jure, 2006: 73). “El envoltorio ideológico de la diversidad se nutre de aquello que proclama querer disolver: la discriminación. Pero el hecho es que la perpetúa al considerar que los mejores exponentes de la diversidad, de esa diversidad que no debe (en su discurso) ser problemática, son aquellos grupos que han sido previamente etnificados y, por tanto, problematizados, escamoteando la

única constatación decente de diversidad: que todos y cada uno de los componentes humanos que constituyen la vida social y educativa son expresión igualmente ilustrativa de esa diversidad. Así, pues, todos –y no solo ellos– somos diferentes” (Ameigeiras y Jure, 2006: 187).

Ximo García Roca lo deja claro cuando afirma que “el destino de las culturas es encontrarse e inter-afectarse como resultado de la creación de un mundo interdependiente. Somos el resultado del encuentro entre culturas. El destino de la humanidad es convertirse en una nueva sociedad mestiza. El futuro es mestizo y la identidad que no se abre, muere; la cultura o es polifónica o no es cultura. Desde luego, este proceso está empedrado de dificultades, en unos casos porque significa compartir aquello que no estamos legitimados a poseer, en otros casos porque hay un síndrome identitario que cree que las identidades plurales rompen inevitablemente la cohesión social y la lealtad ciudadana. La convivencia con otras culturas es un hecho que se está produciendo siempre, tanto el lenguaje como la religión o la ciencia están continuamente siendo enriquecidos por la mezcla” (García Roca, 2012).

Construir una sociedad intercultural, situada a la altura de lo que merece la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, no es tarea fácil. Para ello se necesita voluntad decidida y convicción profunda, pero también hace falta un conjunto de instrumentos que pueden servir de apoyo y orientación para la acción. Ciertamente, no es fácil vivir en libertad y asumir el hecho del pluralismo, que es una de sus expresiones, más aún cuando el dinamismo histórico nos sumerge en las complejidades de la diversidad cultural. Solo el respeto y el reconocimiento mutuo pueden armonizar las diferencias. Si trasladamos estas máximas a los contextos europeos, podemos percatarnos de la complejidad de los fenómenos a los que estamos aludiendo, en una época donde proliferan las contradicciones, las tendencias más radicales y donde las respuestas comprometidas de los gobiernos no se dejan ver con la premura, intensidad, consistencia y transparencia que se necesitan para continuar fraguando una praxis social emancipadora, ajustada a los valores más estrictos en el marco de los derechos humanos.

En este artículo defendemos la necesidad de apostar, desde diferentes perspectivas, por la convivencia ciudadana intercultural, como forma de poder construir alternativas, alianzas, espacios y condiciones concretas que nos permitan dotar de

sentido una praxis social que necesariamente impulsará disímiles señas de identidad en un futuro bien cercano, tan cercano que ya nos está tocando a la puerta y que nos exige comprometernos en respuestas, actitudes y proyecciones estratégicas.

2. Europa ante las diversidades culturales, el aumento de las migraciones y los refugiados. El caso concreto de España

La gestación de una Unión Europea unida, plural y enriquecedora cultural y socialmente adquiere de por vez un valor estratégico creciente, que debe ir más allá de los intereses particulares de cada uno de los países del continente sin negar las concreciones y peculiaridades que les debe distinguir o caracterizar en sus directrices y propuestas fundamentales. De forma tal que se deben trazar grandes pautas para trabajar con compromiso y sistematicidad en torno a lo culturalmente significativo en el espacio europeo. A su vez, los países y comunidades sociales en que estos se constituyen deben trazar grandes líneas orientadoras de una acción que consolide nuevas comunidades vivas de cultura; es decir, cohesionadoras e inclusivas.

Valorando los itinerarios que va tomando el rumbo de la historia en la actualidad, se deja entrever con meridiana transparencia que la Europa que habitará el siglo en curso será cada vez con mayor intensidad un escenario pintado de múltiples colores, de multivariadas cosmovisiones, una Europa fecundada con (e)(in)migrantes y etnias provenientes de todos los confines de la Tierra, con modos de vida muy diferenciados entre sí. Ello nos conduce a la siguiente aseveración: si la humanidad no aprende a convivir armónicamente, en las similitudes y en las diferencias, es muy posible que se disparen a niveles insospechados el racismo, la xenofobia y la exclusión, con las nefastas implicaciones de dichos fenómenos para las sociedades todas, lo que recrudecería sobremanera los conflictos y antagonismos étnicos, raciales y culturales, en los multivariados escenarios de vida. Lamentablemente, a día de hoy se avivan recias dudas sobre los alcances y logros de este llamado a la convivencia cívica.

Como ha dicho el historiador francés J. Le Goff, “Europa es un pensamiento inacabado, fruto de una historia incompleta. Es preciso construirla”. Europa es un término ambiguo: no existe una Europa, hay muchas Europas. Dentro de la propia Unión Europea coexisten diferentes ideas de lo que ha de ser Europa. A pesar de las

coincidencias, estos puntos de vista muestran en algunos aspectos profundas divergencias sobre el futuro comunitario y cada vez se plasman con más fuerza estas diferencias, que en momentos específicos parecen hacerse irreconciliables. Lo vivimos y padecemos en torno a las políticas que abordan el tema de los refugiados, en lo relativo a los derechos de los inmigrantes o los intereses economicistas desmedidos, a la hora de tomar decisiones trascendentales que atañen y/o afectan al conjunto de la Unión, por hacer solo algunas menciones. A veces parece olvidarse que el origen de la propuesta de una Europa unida es plural, diverso y complejo; y más que bueno, resulta necesario que así continúe siendo, porque es la única forma de que adquiera relevancia a nivel de praxis concreta.

Estas ideas no pueden perderse de vista en el camino hacia la construcción de un modelo de Europa solidaria, inclusiva, humana y acogedora, una Europa hospitalaria donde se consoliden las bases y estructuras múltiples para desarrollar un sistema político europeo unificado y plural, también cultural y estratégicamente hablando, capaz de irradiarse a todos los Estados miembros en sus proyecciones integrales, permitiendo el despliegue de perspectivas más auténticas, orgánicas e integrales que habiliten la configuración y la síntesis de lo real y lo posible, posibilitándolo en sus disímiles pliegues de vida cotidiana. Es por este motivo y en el marco de una unidad europea en construcción que resultan fundamentales las investigaciones que analicen las normas regulativas y los basamentos paradigmáticos dentro de los cuales se efectúa la inmigración, el refugio, el tratamiento que se otorga a la diversidad, así como las estrategias de interrelación entre mayorías y minorías.

España marcha por esta lógica, dejando paulatinamente de ser un país tradicional, con una fuerte homogeneidad étnica y en los patrones culturales, para convertirse creciente y velozmente en un país donde se amplía la multiculturalidad, los pluralismos étnicos, raciales y religiosos. Ello hace que el sistema axiológico, moral y ético característico de la sociedad española encuentre modificaciones a pasos agigantados, tal vez a velocidades tan crecientes que demanda una capacidad de acción para la cual no están diseñadas ni preparadas muchas de sus estructuras, dinámicas o espacios.

No podemos hacer caso omiso de que la inmigración agita colectivamente a las sociedades modernas porque colectivamente se inquietan por su identidad. La

modernidad disgrega los puntos de referencia tradicionales: la identidad nacional, la cultura nacional, van perdiendo concreción, enturbiadas por aportaciones de otras culturas. El “bárbaro” es colectivamente visto como algo más amenazador cuanto que cada vez sabemos menos quiénes somos nosotros, y porque vamos siendo cada vez más un poco (de) todo a la vez.

En los años 50 del pasado siglo, España comenzó a funcionar como periferia pobre de Europa y de sus fronteras emigraron, fundamentalmente a Alemania, Francia, Suiza, Gran Bretaña y Países Bajos, más de dos millones de personas, flujo que se detuvo entre 1975-1999. En este periodo retornaron al país medio millón de emigrantes, añadiéndose un grupo creciente de inmigrantes provenientes de otras latitudes, quienes optaron por asentarse en el país. A ello se debe sumar el ingreso de España en la Unión Europea así como la habilitación de la circulación libre de ciudadanos comunitarios, facilitando que lleguen a costas españolas residentes de otras muchas latitudes.

Con el movimiento actual se tiende a favorecer la llegada, el establecimiento y la consiguiente inserción laboral y social de los europeos comunitarios, así como de los trabajadores con elevadas cualificaciones fundamentalmente. De otro lado, aquellos inmigrantes por razones económicas y pocos cualificados se encuentran constreñidos a un mercado laboral secundario caracterizado por bajas remuneraciones, inestabilidad e insuficientes garantías jurídicas y de resguardo sindicales para hacer valer sus derechos. Estas situaciones ambiguas, contradictorias y en ocasiones antagónicas dificultan sobremanera la construcción de itinerarios transparentes hacia la búsqueda de la plena cohesión social en Europa genéricamente y en España de modo concreto.

3. España y el encuentro con lo diferente. La presencia del otro cultural

Actualmente y en relación con las categorías de análisis que centran nuestra reflexión, podemos decir que en España conviven actitudes contrapuestas en torno a la presencia del “otro” entre el “nosotros” mayoritario. No obstante, se ha ido extendiendo un sentimiento de rechazo que va desde las actitudes de violencia física contra inmigrantes hasta la consideración más política de que es necesario controlar los flujos, puesto que un número excesivo favorecería aún más la xenofobia y el rechazo. Pero, por mucho que la inmigración quiera presentarse como un problema, las consecuencias positivas

son difíciles de negar: “la convivencia¹, el intercambio y el conocimiento mutuo avanzan. Y finalmente, las solidaridades étnicas o culturales dan paso a las solidaridades sociales o profesionales. La ciudad transforma a los llegados, pero se enriquece y transforma al mismo tiempo con ellos” (Capel, 1997: 187).

Según Manuel Pimentel, en España se podría “hablar de la cultura vasca, catalana o andaluza, por nombrar tan solo algunos ejemplos territoriales. Asimismo, oímos hablar de la cultura de la izquierda, de la cultura marinera, o de la cultura rural, por citar otros ejemplos diferenciados. Pero la convivencia entre estas no parece difícil si establecemos unas adecuadas reglas de juego, que en nuestro caso nos marca nuestra democracia, nuestra constitución y nuestras leyes. Uno de los objetivos de cualquier Estado es el de arbitrar los mecanismos de convivencia entre los distintos grupos de intereses que conviven en su seno. Por una parte, constituye un imperativo educar en los valores de respeto y convivencia, y por otra, arbitrar sistemas eficaces de integración, que deben contemplar al menos adecuadas inversiones en educación, vivienda o sanidad. La convivencia de personas diferentes no es fácil. No lo ha sido nunca y probablemente nunca lo sea. Pero en el mundo futuro este principio de convivencia será cada vez más necesario. Si de verdad creemos que avanzamos hacia un mundo global, nuestro éxito será el éxito de la convivencia pacífica entre las personas de las distintas etnias y culturas. Merece la pena el esfuerzo. Además de hermoso y posible” (citado por Conill, 2002: 65-66).

En un mundo en movimiento, donde ninguna cultura está ya realmente aislada, donde hombres y mujeres venidos de todos los continentes, de todas las sociedades y de todas las formas y etapas del desarrollo histórico se cruzan en las calles de las ciudades, en las pantallas de televisión y en los vídeos de la *world music*, la defensa de una identidad intemporal se vuelve irrisoria y peligrosa. Si se quiere conjurar la explotación puramente comercial de la diversidad cultural, y si se pretende evitar el choque de las culturas, cuando la diferencia alimenta el miedo y el rechazo, hay que dar un valor positivo a esas mezclas y a esos encuentros que nos ayudan a cada uno de nosotros a ampliar la experiencia propia, a hacer de este modo más creadora nuestra cultura” (Touraine, 1997: 251).

¹ Si la coexistencia se produce con la mera presencia física, lo que le permite que esté dada desde que la misma aparezca, el proceso de convivencia es necesario construirlo a través del respeto, de los aprendizajes significativos y de la interacción. No implica ausencia de conflictos, pero sí formas flexibles, constructivas, cohesionadas, solidarias y funcionales de afrontarlos y resolverlos.

Los cambios que en los últimos años han conducido a que España se convierta de forma definitiva en un país de inmigración y multicultural, con todas las implicaciones que ello trae aparejado, hace que la nueva realidad que afecta el funcionamiento del país deba ser analizada desde disímiles determinantes y mediaciones que incluyan las relaciones humanas, culturales, socio-económicas, del mundo empresarial y de la esfera política. No existe un área, espacio o nivel de la vida cotidiana española que no deba integrarse a la realización de este análisis.

Según Francisco Checa, hasta ahora en la sociedad española, el “otro” solo se encontraba presente de forma puntual, fortuita u ocasional en los libros de texto, en la literatura, en el cine y la televisión (excepción hecha de los gitanos). Actualmente el “otro”, el extranjero y la extranjería, forman parte directa o indirectamente de la vida cotidiana de cualquier español. El aprendizaje de la alteridad se ha convertido en algo prioritario. Así pues, la preparación para la intervención en medios multiculturales no debe ser simplemente un programa para grupos minoritarios, sino para todos los grupos. Partimos de la idea de que, en situaciones multiculturales, la raíz de los conflictos es de origen cultural, y que el individuo que viva cotidianamente estas situaciones deberá tener una especial cualificación en esos dominios culturales (Checa, 2002: 248).

Al decir de Joaquín García Roca, en nosotros coexisten todas las sangres, todos los colores, todas las diferencias, porque en cada ser humano se sustancia la historia entera, los estilos de vida y los modos familiares. Somos de suyo la confluencia de tradiciones, historias, genes, horizontes y expectativas diferenciadas. El “otro” empieza estando dentro de cada uno. Cada uno de nosotros es el resultado de romper tabiques en nuestro interior, somos espacios de intercepción entre distintas tradiciones culturales, conglomerado de civilizaciones y de tradiciones. Somos identidades múltiples. Este conglomerado va resolviéndose vitalmente por medio de un compromiso, de una reconciliación personal, de un diálogo o de una ruptura. Somos el resultado de una “destabificación”.

En la lógica anterior, continúa exponiendo el autor, solo una identidad muerta es una identidad fija. Vivimos el constante encuentro con lo que no somos. Estamos sujetos a la prueba del otro. Las otras fes, las otras historias, los otros sueños son también los míos. Si auscultamos en nosotros mismos, nos percibimos habitados por distintas voces de la cultura. En adelante, la identidad se pronunciará en plural. La

identidad española, la valenciana, la europea no serán excluyentes, sino diversificadas y simultáneas. Pronto entenderemos que se puede ser simultáneamente guineano, madrileño, español, europeo y cosmopolita (García Roca, 2005: 120).

La identidad ha sido un concepto hipertrofiado en su construcción, dictado, usado y abusado por los intereses de quien lo define. La identidad no puede responder a los juegos de poder que especulan, inmovilizan, oscurecen y metamorfosean la realidad. La identidad vista así es una manifestación de la manipulación y, por tanto, eclipsa la propia lógica del movimiento y transformación constante de lo social en su devenir. La ruptura de las identidades fijas convoca a respetar la diversidad, a salir del yugo servil que cierra las fronteras territoriales, políticas, jurídicas, sociales y personales, en franco complot con el imperio de la exclusión y de la opresión.

Es un imperativo romper los aislamientos culturales a través de una comunicación multivía, a través de un diálogo enrevesado dialécticamente de lo “autóctono” con lo “lejano” y viceversa, que permita vivenciar y construir una solidaridad intercultural superior, donde se junten nuevas arterias, emerjan otras formas de articulación humana y se lleve a nuevas dimensiones el sentido de la movilidad, del cambio y de la libertad. En España, el compromiso social debe pronunciarse para hacer que el nivel político actúe con más sentido ético, ampliando las bases de la solidaridad desde iniciativas sociales más prospectivas, que reconcilien dinámicamente la vida, neutralicen fracturas y tejan relaciones para refundar y restituir los vínculos sociales desde categorías jurídicas y políticas de justicia, de equidad y apego a los derechos humanos.

4. Enfoques a través de los cuales se aborda históricamente el tema de las diversidades culturales

Entre las políticas que han seguido los grupos dominantes culturalmente en su relación con los más débiles se presentan, con mayor o menor insistencia y dependiendo de múltiples factores, las siguientes: la eliminación (ya sea producida a través de genocidios o del destierro); la segregación (que supone tanto la segregación física, económica o a través de la carencia de derechos políticos); la asimilación de las culturas relegadas por la dominante; o la integración, entendida como el reconocimiento al

derecho que tienen los diversos grupos a mantener sus diferencias culturales, participando de la vida común.

Las matrices sociales se soportan sobre una serie de concepciones, valores y categorías que les dan vida, las cuales reconocen que cada sistema responde a ciertas reglas que le son propias y son capaces de expresar los disímiles modos de relación de los componentes del sistema en sí y en su relación con el contexto. Las matrices sociales se conforman por una serie de enunciados complejos, y asociaciones, acerca de determinados fenómenos, constituyendo un mapa de la realidad o una especie de carta de navegación que incluye en su haber, rutas, itinerarios y preferencias, para analizar procesos concretos. Por su carácter integrador, responden a una determinada lógica cosmovisiva, que articula (en dependencia del enfoque asumido, así como de los valores, intereses y proyecciones que le sirven de base) basamentos múltiples, ya sean históricos, epistemológicos, estructurales o de otro tipo. Sus enunciados básicos reflejan fielmente su sentido u orientación general, de forma que para comprenderlas resulta esencial clarificar los enfoques que tienen de base. A continuación se hará referencia a los enfoques que mayor impacto han alcanzado en el estudio y la comprensión de los procesos culturales en el marco de las diversidades actuales, si bien y como es lógico no constituyen el núcleo central de todas las matrices sociales, por responder estas a concepciones diferentes y excluyentes entre sí.

4.1. El multiculturalismo

El multiculturalismo surgió en países que reciben un influjo notable de la inmigración, fundamentalmente en los años 1960, entre los cuales pueden mencionarse Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda. Desde sus primeros momentos se vinculó a los movimientos de defensa por los derechos civiles, así como a la necesaria y creciente reivindicación hecha desde la discriminación de las minorías étnicas. En la actualidad, constituye un concepto que hace referencia a la situación de sociedades y grupos sociales en las que muchas grupalidades o individuos particulares pertenecientes a diferentes culturas conviven; de aquí que las políticas asentadas en la visión del multiculturalismo tienen como objetivo fundamental el desarrollo de una actitud de

reconocimiento y de respeto, capaz de favorecer la igualdad de trato y la no discriminación de la diferencia.

La multiculturalidad encuentra referencia concreta a la existencia (coexistencia) en un mismo espacio-tiempo de variadas culturas, sostenida esta visión en la tradición comunitarista cuyos autores de mayor impacto en los análisis contemporáneos sobre el tema son Charles Taylor y Michael Walzer. Desde la lógica liberal, Kymlicka propone la idea de desarrollar una teoría liberal de los derechos de las minorías, vinculando y adaptando algunos principios del multiculturalismo al liberalismo político, donde defiende como tesis que la autonomía y la identidad en los planos personales tienen relación y se conectan a la pertenencia de la propia cultura, trayendo consigo que a la hora de pensar una teoría capaz de defender y reconocer en sentido amplio los derechos de las minorías culturales, debe esta encontrar cabida en las tareas centrales de cualquier teoría liberal.

Es justo reconocer que este modelo teórico, con el paso del tiempo, se ha tornado difuso y ambiguo, por lo que en los momentos actuales no permite el entendimiento profundo de dicha categoría, la cual está siendo trabajada por visiones más amplias, constructivas y dignificadoras de entender el multiculturalismo, sin desconsiderar las múltiples limitaciones que el término encierra en sí mismo.

Para Manuel Pimentel, el multiculturalismo es un concepto equívoco que levanta pasiones a su favor o a su contra. Para unos significa el reconocimiento de derechos y leyes distintas y diferenciadas para las minorías culturales o étnicas, mientras que para otros simplemente evoca el respeto y el deseo de convivencia con otras culturas. De lo uno y de lo otro tiene el concepto de multiculturalismo, pero convendría lograr acuerdos en su significado exacto antes de continuar debatiendo sobre la materia.

El multiculturalismo es un fenómeno complejo y polémico que ha sido visto desde ángulos y actitudes diversas, hasta el punto, como han dicho Cohn-Bendit y Schmid, de convertirse en un “laberinto de equívocos”. Como fenómeno social implica la presencia en un país o territorio determinado de grupos –no solo individuos– diferentes de la mayoría (multiculturalidad). Pero además, como dice Javier de Lucas, plantea una cuestión normativa o política, no esencialista o metafísica como a veces se pretende. Es decir, una propuesta normativa para la gestión de la diversidad a partir del

reconocimiento social e institucional de la diferencia (el multiculturalismo propiamente dicho). Otros, no obstante, lo consideran como categoría general de la sociedad democrática (pluralismo social, político, jurídico), como casi sinónimo del interculturalismo o como lo opuesto a este (citado por Calvo Buezas, 2006: 307).

En España se va imponiendo al término multicultural la expresión intercultural, por considerarse que este último enfoque posee un mayor dinamismo y logra apuntar hacia un vínculo de interpenetración cultural donde la relación entre los individuos de grupos humanos diferentes culturalmente se torna más activa y facilita el conocimiento, la aceptación y el respeto de intenciones, actitudes y comportamientos, sustentados en un entendimiento más constructivo de las diversas culturas. Esta visión más dinámica, activada y solidificada en nuevas formas de relación permite un mejor acercamiento al proceso, tal y como se da en la realidad concreta, lo que permite corregir y enriquecer en algún sentido la visión que propone el concepto de multicultura.

4.2. El interculturalismo

Desde el controvertido pero influyente modelo multiculturalista, preponderante durante varias décadas, se produce un desplazamiento hacia el interculturalismo. Para algunos analistas, este es en realidad consecuencia de los fallos y las limitaciones de aquel. Si el multiculturalismo pone el énfasis en cada cultura, identidad e historia propia, el interculturalismo lo hace en la relación entre ellas; en la interacción, el intercambio o el aprendizaje mutuo entre los segmentos socioculturales en contacto. El interculturalismo intenta superar la concepción a menudo demasiado estática con que el multiculturalismo observa a la sociedad y a los grupos socioculturales que la integran, mediante una interacción positiva y dinámica que lleve a una regulación pacífica y negociada de la conflictividad interétnica.

El concepto de interculturalidad surge en Francia y Canadá, en el marco de acciones socioeducativas que se vinculan estrechamente al fenómeno de la inmigración y ante el peligro ya reconocido y criticado que generaba el término multiculturalismo, en el cual se ofrecía una visión de la sociedad como un *mosaico o crisol cultural*. Con este término, así como con la carga ideológica y semántica del mismo, se pretendía superar de forma consciente y crítica la propuesta del multiculturalismo en la cual se

defiende la mera coexistencia de culturas, desplazándose el análisis hacia los momentos de intercambio, diálogo, espacios y procesos donde se reconoce que las culturas salen fortalecidas, al igual que enriquecidas, en la medida en que logran entrar en contacto con otras formas y diversidades de múltiple índole.

El interculturalismo es sinónimo de intercambio, de interrelación, de acercamiento en múltiples sentidos, de convivencia y respeto entre las partes, donde cada una de ellas salga fortalecida desde sus propios dinamismos y singularidades. La interculturalidad aparece como la alternativa necesaria y real para poder afrontar la situación diversa culturalmente que vive Europa en general y el territorio español en concreto. Constituye una propuesta capaz de permitir la convivencia ciudadana intercultural y el enriquecimiento de los diferentes colectivos particulares que habiten un mismo territorio, con el objetivo de elaborar una cultura del diálogo, de la solidaridad y del respeto a las personas, sea cual sea su adscripción cultural.

En el tratamiento de la interculturalidad en España, puede apreciarse una estrecha relación entre diversidad y nacionalidad-religión-procedencia geográfica, de manera que solo se habla de diversidad si existen diversas nacionalidades, diversas religiones o diversos lugares de procedencia. Aquí, o no se incluyen a los diversos culturalmente o se entiende que la cultura es co-extensiva con las tres categorías anteriores. Este es, a nuestro entender, uno de los grandes problemas de los discursos y las prácticas interculturales: olvidar a menudo que es precisamente el encuentro entre diversas culturas lo que está en juego en las situaciones multiculturales, sobre las que se quiere y se necesita actuar interculturalmente, y que es precisamente la cultura el concepto central que se debe someter a comprensión. El segundo grave error va de la mano del anterior y consiste en entender la cultura, bien de manera esencialista, con mayúsculas, en singular y homogéneamente cerrada, bien de manera reduccionista: queda reducida a la lengua o a la identidad –religiosa o geográfica– y se equiparan cultura y etnia, cuando no cultura y raza. Se diseña, por tanto, una intervención intercultural reclamada para saber qué hacer con los inmigrantes extranjeros procedentes de culturas tan diversas y extrañas a Occidente, para saber qué hacer con culturas a las que se asocia con la marginación, la pobreza y la barbarie, para atender en clave paternalista a quienes sufren las consecuencias del subdesarrollo. Es una intervención intercultural para la protección de “los de aquí” y para la compensación de “los que vienen”. Esto responde a la filosofía del modelo conocido genéricamente como

asimilacionista y que se puede resumir con la frase: “debemos enseñarles cómo son aquí las cosas para que puedan desenvolverse con libertad y en igualdad” (Checa, 2002: 210).

A su vez, Graciela Malgesini y Carlos Giménez (2000: 258) coinciden en que al concepto de interculturalidad se le deben señalar una serie de puntos débiles, en cuanto modelo de organización de la vida social en contextos multiculturales. Al igual que ocurre con las formulaciones del pluralismo cultural y del multiculturalismo, su misma denominación puede llevar a olvidar las dimensiones socioeconómicas y jurídicas. Dicho de otra forma, está por ver cómo se articula el énfasis que la interacción hace de la interculturalidad con el hecho de que esa interacción no se da la mayoría de las veces en un plano de igualdad sino de desigualdad, dominio y jerarquías etnoraciales (sistemas de estratificación que vienen a sumarse a los de clase y género). Corolario de ello, también está por ver cómo se construye una “nueva síntesis” cuando los grupos que deben participar en ello son por lo general grupos dominantes o dominados, mayorías o minorías.

5. Matrices sociales para gestionar la diversidad. Su expresión concreta en la comprensión de las diversidades culturales

La coexistencia en una misma sociedad de grupos, categorías o capas poblacionales con diferentes bagajes étnicos, raciales, lingüísticos y religiosos han producido distintos modelos de organización social. Asimilación, inserción e integración son las tres matrices sociales fundamentales que se han desarrollado para gestionar la diversidad. Cuando se trata de organizar una sociedad diversificada étnicamente, con minorías nacionales, grupos étnicos, comunidades indígenas y presencia de inmigrantes, etc., se puede hacer mediante la asimilación, que enfatiza la unidad; el pluralismo, que valora positivamente la diversidad; o la integración, que es capaz de crear la armonía social sin perder su cultura o identidad propia. “Cada uno de los modelos aludidos no solo produce significados teóricos, que se sustentan sobre una racionalidad propia, sino que se invisten de cargas emocionales que les convierten en auténticos campos de batalla; mientras la integración es un vocablo con carga positiva que indica la dirección a seguir, la asimilación de hecho o disfrazada indica la perversión misma de la interculturalidad.

Entre ambos extremos existen un continuo de contaminaciones” (García Roca, citado por Conill, 2002: 203).

5.1. Asimilación

La asimilación consiste fundamentalmente en la absorción total por parte de una cultura de otra cultura, la cual es fusionada de forma tal que en el producto final se hace semejante lo que en momentos previos era diferente; es decir, con dicho proceso lo que se logra es transformar aquello que era diferente en una misma cosa, primando los mecanismos de forzocidad.

Para Torbisco Casals, incluso en Estados donde el grupo mayoritario y el minoritario comparten básicamente las mismas opciones de vida, significados y lengua, obligar a las minorías a asimilarse es injustificable porque obliga a sus miembros a sacrificar una identidad segura que les sirve de punto de referencia por otra cuya comprensión profunda puede escapárseles. En segundo lugar, la asimilación conlleva a que solo los símbolos distintivos de la cultura dominante estén representados en la esfera pública. Indirectamente, esto supone una degradación de la identidad de los miembros de los grupos minoritarios. De ahí que el no reconocimiento de los derechos de las minorías pueda verse como una forma de humillación, como una afrenta al autorrespeto. *“Different encompassing groups”*, escribe Margalit, *“reflect different ways of being human. Rejecting a human being by humiliating her means rejecting the way she expresses herself as a human”*. La cuestión se agudiza si, como sucede en tantos casos, los símbolos que aglutinan a la mayoría están dirigidos en contra de un grupo minoritario del propio país. En conclusión, los individuos tienen buenas razones para tener vínculos profundos con sus propias culturas y querer mantenerlos. Las culturas no solo son el *locus* primario de opciones que permiten activar la libertad, sino que, a la vez, proporcionan una identidad segura que no depende de ningún logro personal. Las dificultades inherentes a la asimilación no deben menospreciarse. La colaboración que se requiere por parte del Estado para garantizar la preservación de las culturas minoritarias es muy inferior al sacrificio que los miembros de estos grupos deberían tener en ausencia de tales derechos. Por ello, *“we cannot be expected or required to make such a sacrifice, even if some people voluntarily do so”*. Obligar a los grupos

minoritarios a asimilarse supone, por otra parte, privilegiar arbitrariamente a las culturas dominantes de los Estados (Torbisco Casals, 2001: 371).

Para Ernesto Barnach-Calbó (Calvo Buezas, 2006: 303), el asimilacionismo o la asimilación implica la progresiva pérdida de las señas de identidad de las minorías y la adquisición por estas de las correspondientes a la sociedad receptora o dominante (*“White Anglo-Saxon Protestants”*).

Según Joaquín García Roca, “la asimilación requiere tres condiciones, a saber: a) que el proceso de absorción de las minorías por las mayorías se considere un fenómeno natural, inevitable y positivo; b) que la minoría cultural pueda ser asimilable; y c) que como cuerpo extraño se produzca en pequeñas dosis (García Roca, citado por Conill, 2002: 203).

Esta categoría se pretende soportar sobre la lógica de que el otro sea asimilable, lo que sería pretender demostrar que la homogeneidad cultural no solo es posible sino que también es positiva y necesaria para el funcionamiento adecuado de una sociedad. A ello se le suma el hecho de suponer que las minorías culturales son primeramente asimilables y a la vez resultan insignificantes por su escaso poder dentro de la colectividad. En este modelo prevalece la búsqueda de la unidireccionalidad, la fusión y la dominación a favor del asimilador y la infravaloración del ente asimilable, así como la uniformización en su detrimento.

La asimilación se presenta y se va desplegando a través de acciones prácticas basadas en la opresión y la dominación, la cual puede darse más o menos directamente o de modo encubierto. Una forma sutil de dominación encubierta consiste en ofrecer a las minorías los derechos civiles condicionados al abandono de su identidad cultural: si te acomodas, incorporas, asimilas, entonces (y solo entonces) pasarás a formar parte de una sociedad de ciudadanos con iguales oportunidades. En privado puedes mantener tus peculiaridades, pero no en público. Finalmente, la asimilación es un proceso unidimensional en el que solo se mueve una de las partes, ya que se supone que las minorías irán adoptando la lengua, los valores, las normas y las señas de identidad dominantes. El grupo minoritario adopta los patrones de conducta de un grupo mayoritario hasta perder su identidad y quedar absorbido. Unos deben aprender alemán, por seguir con el ejemplo, pero los nativos no necesitan comprender el idioma del

extranjero. Según esta práctica social, en el encuentro entre culturas y entre personas, solo quedan afectados los subordinados. Son los otros los que deben cambiar si quieren ser iguales. Se renuncia, de este modo, a aprender del aporte del inmigrante, con sus ideas, talentos y expectativas.

5.2. Inserción

Para Joaquín García Roca, “la inserción, por su parte, es una metáfora física que evoca la operación de colocar un objeto junto a otro, de forma que el elemento que se inserta guarda su identidad y las características que lo hacen reconocible”. Continúa exponiendo el autor, “en coherencia con la metáfora física, la inserción se sostiene sobre tres postulados: a) la coexistencia de culturas que no interactúan sino que se yuxtaponen una a otras, b) el pluralismo multicultural que caracteriza el paisaje social de la modernidad, y c) la relación que cosifica al otro” (García Roca, citado por Conill, 2002: 206).

A través de la inserción, lo que se busca es el mantenimiento de dichas culturas, siempre y cuando funcionen o se consoliden en instancias separadas entre sí. Esta lógica se plantea de forma tal que no se borre o deje de existir la diversidad existente y no se propone su asimilación o absorción total por la cultura dominante.

La inserción responde a una situación multicultural que representa a las culturas como monolíticas y a un proyecto político que parte del hecho del pluralismo cultural existente en la sociedad, pero se limita a la yuxtaposición de las culturas. El horizonte deseable es una sociedad en la que coexisten distintas culturas, se yuxtaponen diversas mentalidades y se consagra el pluralismo sin apenas interacción entre los grupos realmente existentes. Los grupos acentúan sus elementos distintivos y los rasgos diferenciales. La multiculturalidad trata de conservar indio al indio, gitano al gitano a fin de evitar indigenizar al país, de este modo les aísla para evitar formar parte del país y renunciar a sus derechos. Connota yuxtaposición entre pueblos y culturas a través del pluralismo cultural², en el sentido de que coexisten mutuamente y se mantienen los rasgos de su propia cultura.

² El pluralismo cultural es aquella ideología o modelo de organización social que afirma la posibilidad de convivir armoniosamente en sociedades, grupos o comunidades étnicas, culturales, religiosas o

En este enfoque se niegan los intercambios dialógicos entre las personas de diferentes culturas. La inserción se produce olvidando la subjetividad del otro. De este modo, hay políticas de inmigración que se caracterizan por reducir al inmigrante a un simple recurso laboral, a un simple objeto; se necesitan trabajadores, pero no personas en el sentido pleno y dignificador de la palabra. Se supedita la democracia a los desmesurados intereses de la realidad económica. Si se necesitan a personas (laboralmente hablando) entonces se acoge, de lo contrario no se acoge; es un modelo cosificador, utilitarista, manipulador, eficientista y maquiavélico. Es lo que justifica el sistema de cuotas con severas restricciones al reagrupamiento familiar, o la limitación de residencia a quienes tienen ya un permiso de trabajo.

Desde esta cosmovisión, los inmigrantes y las minorías culturales viven bajo la amenaza o el control patente que supone una ciudadanía mutilada, deformada, nunca plena, pues según sus matices, estos colectivos no tienen biografía ni historia propia, no tienen pasado y si lo tienen no es lo que interesa en este momento, solo son elementos volátiles del paisaje económico. Mientras contribuyan a dibujar el mismo son útiles en algún sentido, cuando no se necesite de ellos, pues lo mejor es alejarlos: utilitarismo en su máximo esplendor, extrapolación de la lógica mercantil e infravaloración de la lógica social. Su vida personal se reduce a recurso económico y se supeditan cuestiones de soberanía o identidad a criterios sobredimensionados de eficacia económica.

5.3. Integración

La integración es una metáfora exclusiva del mundo de las personas; mientras la inserción se hace siempre olvidando la subjetividad del otro, la integración, por el contrario, postula aquella relación que es propia del mundo de las personas. En ella cada persona mantiene su propia consistencia e identidad, nadie sufre disminución ni restricción, sino que todos intercambian y salen enriquecidos de sus relaciones; un proceso integrativo es aquel que tiene fuerza suficiente para completar algo, perfeccionar a alguien mediante la participación activa en el resultado final. Se valora tanto el derecho a la diferencia como la relación que se crea entre ellas.

lingüísticas diferentes. A diferencia de otros modelos, el pluralismo cultural valora positivamente la diversidad sociocultural y toma como punto de partida que ningún grupo tiene por qué perder su cultura o identidad propia.

En coherencia con la metáfora interpersonal, la integración exige tres premisas: a) su carácter bidireccional, b) se sostiene sobre la convivencia, y c) tiene un carácter de integralidad. Integrar equivale a perfeccionarse mutuamente manteniendo la diferencia, componer un todo que se sostiene sobre procesos de aculturación, acomodación, influencia e interacción. Cuando dos grupos entran en contacto, nada queda indiferente; la integración pone el énfasis en la interacción que hace cambiar tanto al polo dominante como al dominado (García Roca, citado por Conill, 2002: 208).

Integrarse es, en un sentido fundamental, integrarse en un espacio de diálogo; no en una cultura o en una identidad ya hechas, sino por hacer, en proceso. Integrarse en una verdadera democracia multicultural, en una comunidad política abierta a aceptar como miembros de la misma a ciudadanos de cualquier procedencia, sin imponer la uniformidad de una comunidad histórica homogénea ya realizada. Una integración que se produce a través de la participación de los inmigrantes en esa cultura política y no a través de la asunción de una identidad dada.

En la integración, que origina la interculturalidad, no se enfatizan solo elementos culturales sino que se incorporan los componentes sociales y se presta atención a la interdependencia de lo económico, político y cultural. La integración respeta la integridad de cada una de las partes, pero las compromete en un proyecto común que se negocia y se ajusta incesantemente. Al contrario que en la asimilación, el individuo realiza y aporta sus potencialidades y contribuye a la creación social de la realidad en la que vive. Al contrario que la asimilación y la inserción, que recae fundamentalmente sobre la minoría, la integración implica a ambas partes y obliga tanto a la sociedad que recibe como a los trabajadores migratorios. De este modo, en el ámbito de la inmigración, se considera a los inmigrantes como el capital cultural, con sus capacidades e interpretaciones. Combina, de una u otra manera, la perspectiva del respeto cultural con la igualdad de derechos individuales, que constituye la esencia de la interculturalidad (Taylor y Habermas, retomados por García Roca y citado por Conill, 2002: 209).

Sin embargo y a pesar de la clara consistencia del término integración y la superación a través del mismo de las otras matrices sociales, a nivel de praxis concreta no podemos aseverar que se haya alcanzado una máxima fidelidad a las propuestas teórico-epistemológicas de dicho constructo categorial. Este término ha sido uno de los

más discutidos, llevados y traídos, constituyendo una de las categorías que simultáneamente más apoyos y oposiciones ha encontrado por los grupos minoritarios culturalmente, pues por sus propias posibilidades semánticas ha sido mal utilizado en función justificativa de muchas acciones contrarias a lo que en teoría significa el mismo.

Sin negarlo, pero sí tratando de enriquecerlo y de resignificar su esencia, queremos proponer un constructo categorial que, si bien se nutre de los principales elementos que fundamentan el sentido de la integración, colocan el centro de atención en tres aspectos claves, mutuamente coincidentes y complementarios como son: la convivencia, la promoción de la ciudadanía activa en el marco de los derechos humanos y la apuesta por la interculturalidad en sus disímiles formas y tramas.

6. Reforzando el valor democrático de la diversidad a través del fomento de la convivencia ciudadana intercultural. Apuntes para una construcción

En nuestras sociedades europeas están fallando los sistemas de valores, los referentes y las normas que se han construido. Con ello está fallando la sociedad misma, al impedir que muchos de sus miembros se sientan respetados, valorados, importantes (por el mero hecho de existir y de ser), reconocidos y valorados dentro de sus marcos. Ejemplos en este sentido sobran: aumento de personas y colectivos excluidos del desarrollo, aumento de la violencia en sus disímiles formas expresivas, incremento del terrorismo y los fundamentalismos, incumplimiento de los compromisos asumidos en torno al acogimiento de las personas refugiadas que pretenden construir un proyecto de vida digno y escogen a Europa, pensando que es la panacea que garantizará sus derechos humanos fundamentales.

No nos cabe duda alguna de que, en los contextos de globalización actualmente existente, urge la configuración de estructuras y espacios que permitan reforzar el valor democrático de la diversidad en sus disímiles órdenes. Ello necesariamente exige aceptar, reconocer, valorar y gestionar adecuadamente la diversidad, como eje central para que la dignidad humana alcance dimensiones pluralistas, extensas y significativas.

Parafraseando a Manuel Pimentel, es evidente que el mundo está constituido por una amalgama de razas, culturas, civilizaciones y religiones, dentro de las cuales la occidental es la que acumula más poder económico, militar y tecnológico en estos momentos. Pero si de verdad nos creemos que el mundo es global, debemos ambicionar la pacífica y fructífera convivencia entre toda esa diversidad, y un cierto orden internacional, con la paulatina creación y puesta en marcha de instituciones globales, que permitan perseguir a los criminales contra la humanidad o la defensa del medio ambiente, que tiene claras connotaciones supranacionales. En todo caso, nunca deberíamos renunciar a la convivencia pacífica de los pueblos y las culturas. Hoy parece una pura utopía, mañana no lo sabemos. Probablemente dependerá mucho de nosotros.

Hay múltiples maneras de entender los valores de la convivencia, pero todas deben pasar por la profundización de relaciones de cercanía, mimando los espacios socializadores, encontrando lazos de unión y renovando las formas de interacción humana. Gestionar la diferencia es clave para construir ciudadanía y para construir vida socialmente fecunda, a través de la convivencia, que en los tiempos que corren y en los sitios donde vivimos, necesitan tener los calificativos de ciudadana e intercultural.

Referencias

- AMEIGEIRAS, Aldo y Elisa JURE, *Diversidad cultural e interculturalidad*, Universidad Nacional General Sarmiento/Prometeos Libros, España, 2006.
- AJÁ, Eliseo y Joaquín ARANGO, *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.
- APPADURAI, Arjun, *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Tusquets Editores, España, 2007.
- CALVO BUEZAS, Tomás (ed.), *Hispanos en Estados Unidos, inmigrantes en España: ¿Amenaza o nueva civilización?*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2006.
- CONILL, Jesús (coord.), *Glosario para una sociedad intercultural*, Bancaja, Valencia, 2002.

CHECA, Francisco, Juan Carlos CHECA y Ángeles ARJONA, *Convivencia entre culturas. El fenómeno migratorio en España*: SIGNATURA DEMOS, España, 2000.

ARJONA GARRIDO, Ángeles, Francisco CHECA OLMOS y Juan Carlos CHECA OLMOS, *Menores tras la frontera. Otra inmigración que aguarda*, Icaria/Antrazyt, Barcelona, 2006.

GARCÍA ROCA, Joaquín, “Las mutaciones de nuestra época”, *Lumen*, vol. 54, 2005, pp. 109-131.

GARCÍA ROCA, J, *Reinvención de la exclusión social en tiempos de crisis*, FOESSA, Madrid, 2012.

MALGESINI, Graciela y Carlos GIMÉNEZ, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2000.

TORBISCO CASALS, Neus, *Minorías culturales y derechos. Un enfoque liberal*, tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2001.

TOURAINÉ, Alain, *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*: Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998.

Refugiadas colombianas: Defensoras de derechos humanos y activistas transnacionales¹

Elena Mut Montalvà
Universitat de València
elena.mut@uv.es

Resumen

Esta comunicación tiene dos propósitos: por una parte, visibilizar el papel de las refugiadas colombianas como defensoras de derechos humanos transnacionales y, por otra, dar a conocer los cambios sociales que están propiciando dichas refugiadas que, aunque parecen minoritarias o marginales, pueden constituir interesantes indicadores sobre las transformaciones a las que asistimos en la sociedad global y ofrecernos una perspectiva amplia para reflexionar sobre los nuevos modelos de ciudadanía global, sobre la construcción de políticas sociales y sobre el papel de las minorías en ellos. Se pretende reconocer los rasgos principales de su activismo y examinar sus estrategias en el campo de la acción colectiva para la defensa de los derechos humanos y su contribución a la paz en Colombia, así como también a la creación de una ciudadanía global crítica, tomando como referencia su participación asociativa y las estrategias de incidencia política a través de la cuales han articulado su pertenencia como ciudadanas con derechos en más de un Estado-nación.

Palabras clave: refugiadas, defensoras de derechos humanos, transnacionalismo, derechos humanos de las mujeres, construcción de paz con perspectiva de género

¹ Esta investigación tiene como punto de partida la tesis doctoral de la autora presentada en enero de 2016 en la Universidad de Valencia, a la que se han aportado nuevas indagaciones, reflexiones y resultados de investigación.

1. Introducción a la situación de las mujeres en Colombia en el marco de los derechos humanos y al refugio de las mujeres, contexto de la investigación y objetivos

Entre las paradojas y contradicciones que encierra la globalización encontramos que, al tiempo que se produce una acumulación de riquezas sin precedentes crecen también los niveles de pauperización de grandes colectivos humanos y, al mismo tiempo que se intensifican los desplazamientos voluntarios de una ciudadanía cosmopolita por todo el planeta, los conflictos armados, medioambientales y la carencia de recursos provocan desplazamientos forzados de importantes grupos poblacionales. Dichas contradicciones pueden, a la vez, promover cambios sociales y políticos en la medida en que las actoras y los actores sociales defensores de derechos humanos influyan en la acción política a escala internacional (a través de acciones de incidencia política y sensibilización social a favor de los derechos humanos) y adquieran protagonismo en ella. Este es el caso de las refugiadas colombianas radicadas en España que, como colectivo, exigen tener un papel político a escala transnacional y el reconocimiento de sus derechos negados tanto en Colombia como ciudadanas, como en Europa como exiliadas.

Las personas refugiadas constituyen un reflejo del orden mundial actual y sacan a la luz la inaceptable situación en la que actualmente viven millones de personas. En el caso de Colombia, las elevadas cifras de personas exiliadas y desplazadas evidencian que asistimos a una de las mayores catástrofes colectivas de América, con siete millones de personas afectadas y 420 000 personas exiliadas en busca de protección internacional según Naciones Unidas. Sus enormes dimensiones y su constante expansión se sitúan en un contexto caracterizado por la estrecha correlación entre guerra y desigualdad y que, combinadas en una relación de doble vía, han causado una negación generalizada de los derechos humanos de importantes sectores de población.

El conflicto armado colombiano se caracteriza por sus más de 50 años de duración, por su carácter rural y por sus profundas raíces históricas en el segundo país del mundo con peor distribución de la tierra. Consecuentemente, el desplazamiento y el exilio son consecuencia del control territorial por parte de diversos grupos de poder y de la contrarreforma agraria que se está produciendo en el país en el contexto de la sociedad global interdependiente.

Por otro lado, el fenómeno del exilio o la migración forzada constituye una de las mayores tragedias humanas que el prolongado conflicto armado ha provocado, pues acarrea una serie de rupturas y supone la violación simultánea y continua de los derechos humanos fundamentales. Asimismo, es necesario visibilizar que la guerra ha impactado gravemente en las vidas de sindicalistas y defensoras y defensores de derechos humanos y particularmente de las mujeres, empeorando sus condiciones de vida, incrementando la frecuencia y la gravedad de la violencia ejercida contra ellas y limitando el ejercicio de sus derechos.

Para diversos grupos armados colombianos las mujeres defensoras de derechos adscritas a organizaciones de defensa de los derechos humanos de las mujeres² han constituido el blanco de una estrategia de agresiones, secuestros y asesinatos pues consideran su activismo como una grave transgresión del sistema social y político patriarcal. En el caso de Colombia los factores de riesgo y vulnerabilidad que afectan de forma grave la vida y el ejercicio de los derechos de las mujeres se concentran en las áreas de influencia de los grupos armados organizados al margen de la ley. En estos territorios las mujeres están sujetas a amenazas, señalamientos, detenciones, secuestros, agresiones, discriminaciones y a todo tipo de hechos violentos por causa de su vinculación asociativa y/o política, por el hecho de reclamar y defender sus derechos y, en la mayoría de las ocasiones, por el solo hecho de ser mujer. Colombia es un país de profundas raíces patriarcales, con grandes desigualdades entre sexos, que son todavía más evidentes y desproporcionadas en el ámbito rural. La guerra ha incrementado la crueldad de las prácticas preexistentes, pues la violencia sociopolítica adopta las prácticas de la violencia de género y las incrementa.

El hecho de reconocer a las mujeres como víctimas específicas del conflicto armado se ha producido en los últimos años, siendo por fin incorporadas en los informes (VIII informe sobre violencia sociopolítica contra las mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, 2008³, en el que se evidenciaba que las mujeres son uno de los colectivos más afectados). En el informe del año 2009 la Comisión Interamericana de Derechos

² Las integrantes de la Asociación de Mujeres Campesinas, Negras e Indígenas de Colombia (ANMUCIC) y la Organización Femenina Popular (OFP) sufrieron sistemáticamente amenazas, y sufrieron secuestros, violaciones y asesinatos. Contra las mujeres de la OFP se cometieron más de 140 crímenes y de ANMUCIC fueron asesinadas más de 40 mujeres. Varias de las refugiadas entrevistadas en esta investigación fueron dirigentes de estas organizaciones.

³ Informe elaborado por la mesa de trabajo Mujer y Conflicto Armado en Colombia.

Humanos enumera las principales manifestaciones de violencia ejercida contra las mujeres en el conflicto armado colombiano: violencia física, sexual y psicológica; reclutamiento forzado; imposición de pautas de comportamiento social; y desplazamiento forzado. Dicho informe también destacaba que la guerra afecta de forma particular a las mujeres indígenas y afrocolombianas por la múltiple discriminación histórica que han sufrido.

Tras casi medio siglo de conflicto en Colombia, el país está construyendo su camino hacia la paz. En dicho contexto del proceso de paz en Colombia se promulgó la Ley 1448 de 2011, conocida como la Ley de Víctimas, a través de la cual se establecieron mecanismos para el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Una de las medidas contempladas es la reparación tanto para sujetos individuales como sujetos que han sufrido un daño colectivo. El VI informe de la mesa Mujer y conflicto armado describía cómo las violaciones contra las mujeres defensoras de los derechos humanos constituían uno de los hechos violentos de mayor gravedad, pues revestía connotaciones individuales y colectivas que lesionaban de manera irreparable a las víctimas. En este sentido, el Estado colombiano reconoció la necesidad de adoptar un “enfoque diferencial, de género, de derechos y equidad para las mujeres”⁴.

En 2012 la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas del gobierno colombiano declaró a dos organizaciones de mujeres como sujetas de reparación colectiva⁵: la Organización Femenina Popular (OFP) y la Asociación de Mujeres Campesinas, Negras e Indígenas de Colombia (ANMUCIC), de acuerdo con lo establecido por la Ley 1448 de 2011 y el decreto 4800 de 2011, por la sistemática persecución y las graves violaciones de derechos humanos que sufrieron sus militantes (que fueron perseguidas, amenazadas, agredidas y algunas asesinadas), como un gesto de paz y de reconocimiento de la responsabilidad del Estado por acción u omisión en los crímenes cometidos contra sus afiliadas. Pese a este avance, a fecha de hoy el retorno seguro a su país todavía no es posible, pues los asesinatos y las agresiones contra las

⁴ El enfoque diferencial implica diseñar y transversalizar acciones de prevención, atención, asistencia y reparación integral en el marco del conflicto interno armado, de acuerdo con la gravedad de las consecuencias del conflicto para las mujeres y teniendo en cuenta las solicitudes realizadas por las mujeres y por las organizaciones de víctimas.

⁵ El Decreto 4800 de 2011, Artículo 222 sobre reparación colectiva indica: “Entiéndase por reparación colectiva el conjunto de medidas a que tienen derecho los sujetos colectivos que hayan sufrido alguno de los eventos definidos en el artículo 151 de la Ley 1448 de 2011, las cuales comprenderán medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en los componentes político, material y simbólico”.

personas defensoras de derechos y sindicalistas se han incrementado en el último periodo.

La actual situación de los derechos humanos de líderes, lideresas, defensores y defensoras de derechos humanos en Colombia sigue siendo muy grave, pues las cifras indican que durante el mes de enero de 2017 se perpetraron 99 agresiones (ataques, hostigamientos y/o amenazas), de las cuales 77 se cometieron contra varones y 22 contra mujeres⁶. La frecuencia en horas indica que, durante el mes de enero de 2017, fue agredida una persona defensora de derechos humanos cada ocho horas. Asimismo, de los 17 asesinatos contra líderes, lideresas, defensores y defensoras de derechos humanos cometidos en ese mismo mes, 15 se perpetraron contra varones y 2 contra mujeres, por lo que cada dos días fue asesinada una persona. Adicionalmente, respecto a la violencia sexual, en el mes de enero de 2017 dos mujeres fueron agredidas, siendo una de ellas menor de edad. Consecuentemente, las causas que originan el exilio de las mujeres colombianas son múltiples⁷ y están vinculadas a la gravedad de las amenazas y de la persecución sufrida.

También es muy ilustrativa la publicación de la plataforma Ruta Pacífica de las Mujeres⁸ del año 2013 titulada *La verdad de las mujeres. Víctimas del conflicto armado en Colombia*⁹, en la que se presentan las experiencias de más de 900 mujeres y nueve colectivos que sufrieron graves violaciones de sus derechos humanos, que se abordan desde el punto de vista de las propias mujeres y supone la investigación más amplia

⁶ Respecto a la situación de los derechos humanos de líderes, lideresas, defensores y defensoras de derechos humanos en Colombia durante enero de 2017, de 74 amenazas, 56 se perpetraron contra hombres y 18 contra mujeres, por lo que cada diez horas fue amenazada una persona defensora de derechos humanos (Sisma Mujer, 2017).

⁷ Solo en el año 2015 fueron asesinadas 970 mujeres y cada día 52 mujeres y niñas sufren abusos. En 2016 se denunció el asesinato de 70 personas defensoras de derechos humanos en Colombia (Tarin, 2017).

⁸ Plataforma conformada por más de 300 organizaciones y grupos de mujeres de nueve regiones del país que forman parte del movimiento feminista y pacifista. Trabajan para que las mujeres no solo se expresen como víctimas de la guerra sino como actoras sociales y políticas del proceso de negociación y de construcción de la paz. Surgieron en 1996 y sus objetivos son la tramitación negociada del conflicto armado en Colombia; la visibilización de los efectos de la guerra en la vida de las mujeres y la exigibilidad de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la reconstrucción de la memoria histórica individual y colectiva para la no repetición.

⁹ Publicación realizada en el marco de la Comisión de Verdad y Memoria de las Mujeres Colombianas, que es una estrategia de la Ruta para la negociación dialogada del conflicto armado colombiano que pretende que sean las mismas mujeres el eje central para la construcción de la paz y la reconciliación. Es una investigación en el campo de derechos humanos y, en el contexto de las Comisiones de la Verdad en el mundo, constituye una experiencia realizada desde la base, protagonizada por las mujeres víctimas y que pone sus voces en el centro del proceso de construcción de una verdad colectiva para que sea conocida y compartida con la ciudadanía.

sobre la experiencia femenina de la guerra en Colombia. En dicha investigación se indica que una de cada ocho mujeres entrevistadas sufrió violencia sexual (Gallego, 2013: 82).

Según la Unidad de Víctimas del gobierno colombiano, alrededor de 3 720 000 mujeres han sufrido el conflicto armado interno¹⁰. Por todo lo descrito, observamos que el conflicto y la guerra no son neutrales en cuanto al sexo, por lo que muchas mujeres han sufrido diversos tipos de violencia, persecuciones y amenazas, así como la vulneración sistemática de sus derechos por el hecho de ser mujeres. Además, la magnitud de la violencia sexual ejercida contra las mujeres, estrechamente relacionada con el conflicto, está invisibilizada por lo que este grave delito presenta un alto nivel de subregistro y de impunidad en el país. Tanto en los informes como en los testimonios recogidos en la investigación se observa el *continuum* de las violencias¹¹ que sufren las mujeres colombianas. De hecho, las historias de vida de generaciones de mujeres han estado atravesadas por graves situaciones de violencia.

El objeto de la investigación ha sido el estudio de las prácticas asociativas y militantes en la promoción y defensa de los derechos humanos que las refugiadas colombianas exiliadas en España despliegan en el espacio local, nacional y transnacional por el que transitan.

La gravedad de la actual crisis del refugio que atraviesa Europa y específicamente España hace necesario que se incorporen los conocimientos y resultados que se presentan en este artículo específico sobre las defensoras de derechos humanos colombianas, para su aplicación tanto en la actividad profesional, académica e investigadora en el ámbito de los servicios sociales y de la inclusión social desde un enfoque interdisciplinar (derecho, sociología, antropología, trabajo social, educación social, psicología, relaciones laborales, etc.), como también en el ámbito de la educación para el desarrollo y la cooperación internacional al desarrollo.

¹⁰ Véase <https://www.unidadvictimas.gov.co/especiales/eliminacion-violencia-contra-mujer/>.

¹¹ Este término constituye una herramienta conceptual para entender cómo la violencia específica de la guerra entronca con las violencias presentes en la relación de dominación entre hombres y mujeres vigentes en épocas de paz. Asimismo, nos ayuda a percibir cómo en el patriarcado la violencia permea todos los ámbitos de la vida y es también una herramienta que nos ayuda a describir cómo y dónde actúan e interactúan las violencias de la guerra. Moser (2011: 30-51) propone distinguir tres categorías de violencia (económica, política y social) que se manifiestan en diferentes escalas (individual, interpersonal, comunitaria y estructural) atravesadas por sesgos de género que conforman los modos en que mujeres y hombres se hallan implicados y experimentan la violencia.

En este sentido, resulta relevante poner en valor las estrategias desplegadas en la acción colectiva como activistas, así como también sus aportaciones en la defensa de los derechos humanos a nivel internacional, y no solamente en el contexto español o colombiano.

2. Resultados de la investigación relativos al activismo transnacional de las refugiadas colombianas y a su papel en la construcción de la paz en el país

Entendemos la migración transnacional como el proceso por el cual las personas migrantes forjan y mantienen simultáneas relaciones que las unen a sus sociedades de origen y destino (Glick Schiller, Blash y Szanton, 1995: 49). En este sentido, nos resulta útil el transnacionalismo como categoría analítica a través de cuyo prisma estudiamos las consecuencias socio-culturales del exilio de las refugiadas colombianas en España, pues los procesos transnacionales enfatizan el hecho de que frecuentemente las personas migrantes construyen campos sociales que cruzan fronteras geográficas, culturales y políticas (Suárez, 2007: 918).

A continuación se presentan los resultados de la investigación agrupados en dos grandes apartados. En primer lugar, respecto a los rasgos del activismo de las mujeres refugiadas colombianas residentes en España, se caracteriza por el fuerte bagaje asociativo y militante que traen consigo desde Colombia, así como por un elevado grado de asociacionismo y de participación en diferentes asociaciones y plataformas en España, un activismo múltiple con el que han logrado renovar su resistencia a la injusticia y su defensa de los derechos humanos en el contexto social y político de la sociedad de acogida. Es de destacar el hecho de que, para las refugiadas, su asociacionismo adquiera una fuerte dimensión política ya que convierten los espacios asociativos en espacios de sensibilización social para la construcción de una ciudadanía crítica; de educación para la paz y el desarrollo; así como de reivindicación política a través de las campañas nacionales e internacionales que despliegan a favor de los derechos humanos de las mujeres colombianas en un primer momento, y de las mujeres refugiadas después de años de exilio en España.

Entre los rasgos de su participación asociativa en España destacamos su activismo de carácter múltiple, con una afiliación simultánea en diferentes asociaciones

y plataformas en las distintas Comunidades Autónomas en las que se han asentado en España. Dicho pluriasociacionismo también las caracterizaba en Colombia.

Las entidades a las que se asocian las refugiadas en España son extraordinariamente heterogéneas: de ayuda y solidaridad con las personas refugiadas, de inmigrantes, y para inmigrantes, de refugiadas¹², feministas; ONG de cooperación internacional para el desarrollo; de promoción de derechos humanos, de sensibilización y denuncia sobre la situación de los derechos humanos en Colombia; de promoción de la paz; de reivindicación de los derechos de las mujeres, etc. El tipo de asociaciones en las que se involucran con mayor frecuencia e intensidad son las de ayuda a personas refugiadas (Comisión Española de Ayuda al Refugiado y Amnistía Internacional); las asociaciones de inmigrantes como Entreiguales; las de desarrollo comunitario como el Grupo de Acción y Desarrollo Solidario; y por último, dos feministas: Sisma Mujer¹³ y ATELIER¹⁴.

Pese a su composición social heterogénea, presentan un elevado grado de pluralismo y formas de acción, con estrategias de actuación e incidencia política desde el enfoque de los derechos humanos, así como por una ideología y una visión del mundo compartida basada en la defensa de unas políticas migratorias más justas y enmarcadas en los derechos humanos. Todas ellas están animadas por una visión compartida de promoción de una ciudadanía universal, donde todas las personas tengan acceso a todos los derechos y puedan ejercerlos de forma efectiva; por la aspiración a erradicar las causas que provocan los desplazamientos forzados y el exilio; así como por el fomento de una ciudadanía crítica y comprometida con la consecución de la paz y la construcción de un mundo más justo.

Se han descubierto cinco variables que modulan su participación como activistas en España: 1) si en su proceso de exilio han recibido o no el apoyo de Amnistía Internacional; 2) la duración de sus trayectorias como activistas en la sociedad de recepción; 3) su posición en las organizaciones, como activistas y no como usuarias de

¹² Distinguimos entre asociaciones de inmigrantes y para inmigrantes, siendo las primeras constituidas por los colectivos de inmigrantes mientras que las segundas corresponden a entidades españolas de ayuda a las personas inmigrantes y refugiadas (como Cruz Roja Española, CEAR, CEPAIM).

¹³ Corporación Sisma Mujer, organización colombiana feminista.

¹⁴ Asociación de Técnicos Especialistas en la Realidad Latinoamericana.

servicios; 4) la centralidad de su activismo como defensoras de derechos en Colombia y 5) el carácter transnacional de su activismo.

Adicionalmente, se han hecho visibles dos de las principales características del activismo de las refugiadas colombianas en el espacio transnacional: la intensidad de las prácticas asociativas que desarrollan y su significativa implicación en entidades supra-asociativas internacionales de defensa de los derechos de las mujeres y la paz en Colombia.

En relación con las dos primeras plataformas en las que se involucraron las refugiadas radicadas en España (Mesa de Apoyo a la Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres y la Paz en Colombia, MDDHHM,¹⁵ y Coordinación Valenciana de Solidaridad con Colombia, CVSC¹⁶), destacamos su valiosa contribución a la visibilización de la vulneración de derechos humanos de las mujeres en Colombia, pues a través de sus actividades de incidencia política¹⁷ lograron incluir la voz de las personas en el exilio en las negociaciones de paz. La MDDHHM, como plataforma de incidencia política internacional de apoyo a la defensa de los derechos humanos de las mujeres en Colombia, ha definido una estrategia al respecto, mientras que la CVSC no ha concretado medidas de apoyo específico a los derechos humanos de las mujeres colombianas. Precisamente es en la primera donde las refugiadas juegan un rol relevante, mientras que en la CVSC es secundario: tienen voz a través de sus testimonios pero no son las líderes de dicha plataforma. Por otro lado, mientras el asociacionismo autónomo de las refugiadas colombianas en España no estaba consolidado, la MDDHHM fue la principal referencia para las refugiadas colombianas en España y a nivel internacional.

¹⁵ Compuesta por 24 organizaciones y plataformas españolas y colombianas (véase Tabla 1).

¹⁶ Conformada por Colectivo Sur Cacarica; Centro de Documentación y de Solidaridad con América Latina y África (CEDSALA); Intersindical Valenciana; Asociación Entreguales Valencia; Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS); y CEAR-PV.

¹⁷ Como la organización de Jornadas Internacionales Mujeres, Derechos Humanos y Paz en Colombia celebradas en Valencia en 2008, 2011 y 2016; reuniones con políticos españoles, eurodiputados y periodistas; actividades de sensibilización como conferencias y actividades formativas realizadas en centros sociales, culturales y en universidades y actividades de divulgación social en medios de comunicación; aprobación de resoluciones del parlamento español de apoyo a los derechos humanos y la lucha contra la violencia como la Resolución Proposición No de Ley sobre Apoyo a la Paz y los Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia, aprobada el día 20 de abril de 2011 en la Comisión de Cooperación Internacional al Desarrollo con el acuerdo de todos los grupos parlamentarios.

Tabla 1: Las organizaciones españolas y colombianas de la MDDHHM

ORGANIZACIONES DE ESPAÑA	ORGANIZACIONES DE COLOMBIA
Asociación ATELIER	SISMA Mujer
Asociación de Mujeres Marxa 2000 – Valencia	ANMUCIC – Asociación Nacional de Mujeres Campesinas, Negras e Indígenas de Colombia
Fundación Isonomía – Universidad de Castellón	Organización Femenina Popular (OFP)
Área de la Dona: Intersindical Valenciana	Red Nacional de Mujeres
Mujeres de Negro – Valencia	Ruta Pacífica de las Mujeres
Asociación de Mujeres Inmigrantes – Valencia	Movimiento Social de Mujeres Contra la Guerra y por la Paz
Secretaría de la Mujer – CCOO del País Valencià	CONUFU – Asociación Construyendo Nuestro Futuro
Mujeres en Zona de Conflicto – Córdoba	Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (INDEPAZ)
Federación de Organizaciones de Defensa y Promoción de los DDHH	Corporación Colombiana de Teatro – Mujeres Arte y Parte en la Paz de Colombia.
Grupo Mujer – Asociación Pro Derechos Humanos de España	
GADES – Grupo de Acción y Desarrollo Solidario – Albacete	
Asociación por ti mujer – Valencia	
Cátedra de Estudios de las Mujeres: Leonor de Guzmán – Córdoba	
Themis – Asociación de Mujeres Juristas	
Centro de Estudios de la Mujer – Universidad de Alicante	

Fuente: <http://mesadeapoyo.com/>

Por todo ello se concluye que la MDDHHM ha sido un espacio puente, de enorme utilidad para las refugiadas colombianas en sus primeros años de exilio, pero que también constituye un espacio atravesado por relaciones de poder desiguales entre refugiadas y representantes de las otras entidades, por lo que ha sido necesario un largo periodo de tiempo para que cristalizara la conformación de la Colectiva de Mujeres Refugiadas, Exiliadas y Migradas en España¹⁸ que les permite estar representadas por ellas mismas. A través de la Colectiva se reconocen como sujetas políticas y como tales exigen que se cumpla la Resolución 1325 del año 2000 aprobada por el Consejo de

¹⁸ Dicha Colectiva se constituyó en el año 2005. En 2017 formaban parte de ella 40 refugiadas colombianas que residen en Madrid, Barcelona, Valencia, Alicante, Villena, Albacete y otras ciudades españolas. Constituye la asociación de refugiadas colombianas más importante y mejor organizada de Europa. Según los datos del Centro Nacional de Memoria Histórica del gobierno colombiano, actualmente residen en España 364 refugiadas y 27 solicitantes de asilo.

Seguridad de Naciones Unidas para garantizar la participación de las mujeres en los acuerdos de paz. En este sentido, el informe *Priority Gender Equality* de 2008 de la UNESCO señalaba que “todas las formas de discriminación sobre la base del género son violaciones de los derechos humanos y una barrera significativa a la paz, el desarrollo sostenible y el logro de los objetivos reconocidos internacionalmente de desarrollo”.

Así pues, se ha constatado que en su exilio las refugiadas no han reducido o detenido su activismo, sino que este se ha transformado, pues a su activismo en defensa de los derechos humanos de las mujeres en Colombia han incorporado nuevas luchas y reivindicaciones desde su exilio con su adscripción a nuevas organizaciones sociales en la defensa de los colectivos más desfavorecidos de la sociedad de acogida y de los derechos de las personas migrantes y refugiadas.

Entre los logros más significativos de las refugiadas está el haberse constituido en la mencionada Colectiva, la cual ha impulsado numerosas actividades de sensibilización y formación en materia de derechos humanos de las mujeres: sobre el origen del exilio, así como las causas y consecuencias para sus vidas y su compromiso con la defensa de los derechos humanos de las mujeres.

Además, la Colectiva exige a las administraciones españolas y colombianas tener un papel político y reconocer los derechos negados. De esta forma, en la medida en que las actoras y los actores sociales actúen como ciudadanos cosmopolitas¹⁹ e influyan en la acción política a escala nacional e internacional (a través de acciones de incidencia política y la sensibilización social) y adquieren protagonismo en ella, son un ejemplo de empoderamiento en su contribución a la paz en su país. En este sentido, el empoderamiento, como noción tomada de los movimientos sociales y muy presente en las trayectorias de las refugiadas estudiadas, resulta de utilidad “en la medida en que toma en cuenta las condiciones sociales y se basa en las dinámicas individuales y colectivas, en una cadena de equivalencias que articula toma de conciencia o conciencia crítica, capacitación, autoestima, autodeterminación, [...] trabajo colectivo” (Bacqué y Biewener, 2016: 42).

¹⁹ Y, por lo tanto, como ciudadanos cosmopolitas han desarrollado capacidades reflexivas, creativas y emancipatorias que les permite ampliar la mirada y entender que las diferencias en el mundo global suponen una riqueza y no una amenaza.

Cabe destacar que la Colectiva ha formulado demandas específicas como mujeres refugiadas a la administración española, entre las que destacamos las siguientes: a) atención psicológica y psiquiátrica debido a las consecuencias del estrés postraumático por sufrir o haber sido testigo de eventos traumáticos como la guerra, asesinatos, violaciones, abusos físicos, etc. Si hay un trauma no puede haber inclusión social; b) la necesidad de generar procesos administrativos en que se acompañe el tiempo de recuperación de las personas al tiempo de la resolución administrativa del asilo²⁰; c) favorecer el acceso a la vivienda por las dificultades observadas por ser mujeres solas con hijos a cargo; d) promover programas para la inserción laboral, por sus barreras profesionales, el desconocimiento del sistema de la sociedad de acogida y la necesidad de superar el nicho del servicio doméstico; e) homologar títulos universitarios para las personas refugiadas; f) promover en las universidades públicas programas de incorporación en los estudios universitarios de las personas refugiadas; g) promover el empoderamiento y la autonomía de las mujeres refugiadas, un factor clave para su inclusión social como ciudadanas con derechos; h) en los procesos administrativos, que las solicitudes de asilo se tramiten de forma separada entre los cónyuges, en caso de matrimonio, y así evitar dificultades para las mujeres refugiadas en caso de que se rompa la pareja; y por último, i) la mejora integral del sistema de acogida en Europa y en España.

En segundo lugar, es de interés visibilizar el papel de las refugiadas colombianas en la construcción de la paz en Colombia. En este sentido, resulta conveniente recordar que, aunque las mujeres han estado siempre presentes en la lucha política por la emancipación, la justicia, la libertad y la paz, su papel como constructoras de paz ha sido históricamente invisibilizado debido a los patrones patriarcales existentes. Las sociedades patriarcales han reproducido discursos hegemónicos a partir de la apropiación de la autoridad, el control, el poder por parte de los hombres y, por consiguiente, su protagonismo en los procesos políticos y sociales de transformación social como un instrumento de dominación y basado en identidades de género estereotipadas y excluyentes para las mujeres.

Para subvertir estos discursos y conformar un nuevo relato, las mujeres refugiadas colombianas incorporan la perspectiva de género en el análisis sobre la

²⁰ Muchas personas refugiadas necesitan tiempo de sanación para poder declarar ante el personal funcionario sobre su persecución, sobre todo cuando ha habido violencia y violencia sexual.

guerra y sus consecuencias. Su aportación se realiza a partir de tres axiomas: la denuncia de los efectos diferenciales del conflicto en las mujeres²¹; la visibilización de las estructuras de discriminación que genera la cultura patriarcal en Colombia, antes y después de la guerra; y por último, la reivindicación de su papel como sujetas políticas y constructoras de paz desde su exilio, pues para muchas de ellas todavía no existen las condiciones necesarias de seguridad para su regreso a su país.

La incorporación de la experiencia de las mujeres en los informes sobre periodos de violencia política o de conflicto armado en el marco de lo que se ha llamado como procesos de justicia transicional²² ha sido posible gracias a las iniciativas y las presiones de los movimientos feministas y de mujeres de los países en los que dichos procesos de transición se han producido (Gallego, 2013). Así, el reconocimiento de los efectos diferenciales del conflicto ha de ir acompañado de la visibilización del continuum de las violencias contra las mujeres, no aislar la violencia de la guerra, cuestionar los estereotipos de género y resaltar que las violaciones de derechos humanos en el conflicto armado interno ocurren en continuidad con las condiciones de discriminación de las mujeres que genera la cultura patriarcal.

Desde el inicio de las conversaciones de paz en Colombia, la Colectiva ha realizado acciones de incidencia política para solicitar la participación política de las mujeres víctimas y exiliadas en los acuerdos de paz y han realizado diversos comunicados donde plasman los ejes de su discurso y que han hecho llegar a la mesa de negociación de los diálogos de paz de La Habana²³. Entre ellos destacamos un manifiesto²⁴ a la senadora Gloria Inés Ramírez, quien a su vez lo remitió a la mesa de negociación de la paz con un escrito de apoyo. Dicho manifiesto se fundamenta en la Carta política del país y en la Resolución 1325 del año 2000 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como instrumento del sistema universal de derechos humanos, que

²¹ Las mujeres en el contexto de la guerra sufren diversos tipos de violencia; unos índices de violencia desproporcionados; y, además, sufren violencias específicas como, por ejemplo, la violencia sexual.

²² El Centro Internacional para la Justicia Transicional define la justicia transicional como el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.

²³ El quinto punto de la agenda de las conversaciones de paz aborda los derechos de las víctimas. Este punto es relevante, por ello es importante que esté la voz de las mujeres desplazadas, exiliadas, etc.

²⁴ El *Manifiesto del Colectivo de Mujeres Refugiadas Políticas y Exiliadas en España* se elaboró en el marco de las Mesas Europeas por la Paz celebradas en Barcelona en mayo de 2013. La senadora del Congreso de la República, Gloria Inés Ramírez Ríos, lo entregó a la Mesa de Negociación de la Paz en La Habana en junio de 2013.

“reconoce los efectos devastadores de los conflictos armados sobre la vida y los cuerpos de las mujeres, el papel de estas en la prevención y resolución de los conflictos armados y como actoras insustituibles en los procesos de reconstrucción de paz”. En este importante manifiesto las refugiadas proponen “que la participación política de las mujeres víctimas, refugiadas políticas, exiliadas y del movimiento social de mujeres en Colombia sea una representación [...] con participación y voz aportando nuestras propuestas según el tema de la agenda que se vaya acordando en La Habana”.

Asimismo, ha continuado con sus acciones sistemáticas de incidencia política elaborando nuevos comunicados con los que difunden sus reivindicaciones en diferentes espacios en el Estado español y en los Foros Internacionales de Víctimas. Entre los logros obtenidos recientemente encontramos la interlocución directa con las representantes del gobierno y de las FARC en la Subcomisión de Género de las negociaciones de paz de La Habana, con la Unidad de Víctimas y con el Centro Nacional de Memoria Histórica, estas dos últimas dependientes del gobierno colombiano y con las que están gestando varios proyectos. En este sentido, las prácticas participativas de las refugiadas políticas colombianas se distinguen por combinar un intenso activismo en el entorno local de la ciudad de acogida con la incidencia política en materia de derechos humanos en Colombia a través de su trabajo en el espacio transnacional.

Entre las diversas actividades que están impulsando en la actualidad destacamos que, en el marco de la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad²⁵, la Colectiva sigue reclamando derechos y exige tener un papel como mujeres refugiadas en la construcción de una paz sostenible en el país. Para ello está reivindicando que se realice en España una audiencia en el exterior con las víctimas y las personas refugiadas, pues hasta la fecha solamente se ha previsto que las audiencias públicas se realicen en todas las regiones de Colombia.

Para concluir, las refugiadas se han mostrado como resistentes y sujetas de derechos tanto a lo largo del conflicto armado en su país como en su exilio en España. Han cuestionado la desigualdad social de las mujeres en Colombia y en España a través de la nueva identidad adquirida como mujeres refugiadas con el objetivo de dignificar y

²⁵ En abril de 2017 se crea la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y No Repetición a través de un Decreto. Forma parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición que aprobó el Congreso y fue contemplado en el acuerdo de paz que se firmó con las FARC.

presentar a las mujeres como actoras vitales para el cambio y la sostenibilidad de la paz (Grau, 2013).

Para ellas, pertenecer a la Colectiva les ha permitido adquirir una nueva identidad como mujeres refugiadas, así como también realizar un trabajo colectivo y personal de recuperación de los traumas vividos en el pasado y, de esta forma, recuperar su autoestima. Después del conflicto, las víctimas corren el riesgo de que los recuerdos se vuelvan invasivos y obsesivos y no les permitan rehacer su proyecto de vida. Para tratar de mejorar su estado psicológico, las y los especialistas recomiendan que las víctimas que han pasado por situaciones traumáticas lleven a cabo procesos de reparación y de reconciliación. La diferencia fundamental entre estos es que los procesos de reparación están institucionalizados (el gobierno debe reparar el daño) y los de reconciliación no.

Por último, concluimos que las refugiadas no se presentan como víctimas sino como mujeres empoderadas que pueden reorientar su itinerario y recuperarse de dichas situaciones traumáticas, pues a través de su activismo como defensoras de derechos humanos se constituyen como agentes sociales que tratan de influir tanto en las políticas públicas colombianas como en las de la sociedad de acogida y en el ámbito internacional (Unión Europea y Sistema de Naciones Unidas).

3. Conclusiones

A lo largo del artículo se ha descrito como las refugiadas colombianas están propiciando cambios sociales y políticos en las sociedades de acogida donde residen a través de sus participación asociativa y de las demandas que, como colectivo, realizan en diferentes espacios transnacionales exigiendo el reconocimiento de los derechos negados y un papel político en los procesos de construcción de la paz en Colombia como mujeres víctimas y como exiliadas. Hemos agrupado las conclusiones más significativas en tres apartados:

1) El transnacionalismo es una categoría analítica que permite estudiar las consecuencias socio-culturales de las prácticas asociativas y militantes de las refugiadas políticas colombianas en España que trascienden las fronteras de los países. La visión

de la simultaneidad de los procesos translocales contribuye a entender las prácticas y las metodologías que el colectivo de las refugiadas despliega en relación con la defensa de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación de género y, consecuentemente, las actividades de incidencia dirigidas a la incorporación de políticas, estrategias y medidas necesarias para promover su participación, tanto en Colombia como exiliadas y víctimas del conflicto, como en España.

Tras el análisis de las diversas actividades y estrategias de sensibilización social e incidencia política que han llevado a cabo desde su exilio en el campo de la defensa de los derechos humanos, se ha evidenciado su contribución a la creación de una ciudadanía global crítica en la sociedad española y la comunidad universitaria. A través de estas actividades han visibilizado su realidad como refugiadas, han dado a conocer las causas de su exilio y su actual identidad como refugiadas, y han difundido sus valores como ciudadanas con derechos en más de un Estado.

Creemos necesario destacar que, entre las actividades de sensibilización social más relevantes que han desplegado, encontramos la denuncia de la gravedad de la situación de vulneración de los derechos humanos en Colombia; la exigencia de la satisfacción de sus demandas y necesidades específicas como mujeres refugiadas para su integración social y el logro de su plena autonomía y la de sus familias en la sociedad de acogida donde residen; y actividades de incidencia en Colombia y a nivel internacional para que las demandas de las exiliadas se incorporen en el proceso de paz. A través de esta intensa participación en actividades de sensibilización social han contribuido a que las personas autóctonas se planteen nuevas preguntas y redescubran y comprendan la complejidad y las consecuencias humanas de los conflictos.

2) Las asociaciones a las que se adscriben las exiliadas se caracterizan por presentar una composición social heterogénea, un elevado grado de pluralismo y de formas de acción, una ideología de izquierdas mayoritaria y unas estrategias de incidencia política ubicadas en el marco de los derechos humanos.

Asimismo, como la migración y el refugio encierran una dimensión transnacional, las asociaciones y plataformas en las que participan las refugiadas juegan un papel decisivo en los procesos políticos que traspasan las fronteras del Estado-nación. En este sentido, lo más singular de las refugiadas es que reconstruyen sus redes

sociales a través de organizaciones sociales y de activismo de carácter transnacional (defensa de los derechos humanos, de los derechos de las mujeres, de las refugiadas, por la paz, etc.). Su praxis participativa nos permite entender, por un lado, las transformaciones sociales y políticas que experimentan: viven y participan en dos sociedades a la vez, aunque con diferentes énfasis pues, a medida que cuentan con más años de residencia en España, mayor es su activismo en la sociedad de acogida y a nivel internacional, y menor en su país de origen. Por otro, a través de las asociaciones y de las entidades supra-asociativas en las que se integran en el exilio han sido capaces de actuar globalmente a favor de los derechos de las refugiadas colombianas dentro y fuera del país. Su activismo está incidiendo en las políticas públicas en Colombia y, en concreto, en la inclusión de los derechos de las refugiadas en el marco del actual proceso de construcción de la paz en Colombia y en las políticas públicas en su país de origen.

Por todo ello, lo que caracteriza el activismo de las refugiadas en el exilio es su intensa participación en asociaciones, pero sobre todo su significativa vinculación en entidades supra-asociativas²⁶. De esta última, destacamos su capacidad de integrarse en un sistema de redes que supera el ámbito local, regional y nacional hasta constituir un espacio transnacional que entreteje interconexiones que son operativas para el cambio social y político que pretenden. Este conjunto de rasgos nos permite afirmar que las refugiadas políticas se han convertido en agentes activos que combinan su participación política, asociativa y supra-asociativa para el logro de su objetivo de transformación social y política tanto en el espacio local donde residen en el exilio como también de denuncia y visibilización de las violaciones de los derechos humanos que se producen en Colombia.

3) Aunque el drama del exilio es un elemento que atraviesa sus trayectorias vitales y las sitúa en una posición subalterna, las refugiadas son un ejemplo de resistencia y empoderamiento que se basa en reconocerse con las otras como iguales, en el asociacionismo, en la conformación de una nueva identidad como refugiadas y, finalmente, en su participación en redes nacionales y transnacionales de activismo en la defensa de los derechos humanos de las mujeres víctimas del conflicto en Colombia.

²⁶ Además de la Coordinación Valenciana de Solidaridad con Colombia y la Mesa de Apoyo a la Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres y la Paz en Colombia, ya mencionadas, destacamos el Foro Internacional de Víctimas.

Ellas se han convertido en ejemplo de resistencia contra las violencias y se han pronunciado a favor de la paz en Colombia y la defensa de sus derechos.

Su protagonismo en el ámbito público en defensa de los derechos supone un cuestionamiento de la relaciones de género en sus vertientes de reivindicación de la identidad femenina negada, la solución a unas carencias acumuladas en el tiempo y, por último, la solidaridad e identificación entre las mujeres. Este cuestionamiento de los roles y estereotipos establecidos para las mujeres supone, además, una transgresión del orden patriarcal. En este sentido, las refugiadas han contribuido a evidenciar la necesidad de construir una cultura de la igualdad a nivel internacional, pues defienden los derechos de las mujeres colombianas víctimas de la guerra tanto en su país como también de los derechos de las mujeres refugiadas a nivel internacional.

En definitiva, las refugiadas se caracterizan por ocupar el espacio público, el espacio asociativo, donde se socializan y participan tanto en el tejido asociativo autóctono como conformando un tejido asociativo propio. A la vez, fortalecen su identidad como refugiadas creando grupos de trabajo con los que construyen sociedad, reivindican o defienden derechos y, por lo tanto, amplían los límites de la democracia.

De esta forma, su implicación asociativa supone un espacio de empoderamiento en dos ámbitos fundamentales. En el ámbito personal, su salida del espacio privado favorece su libertad de actuación, además del carácter terapéutico, relacional y afectivo del asociacionismo. En el ámbito grupal, les proporciona una identidad colectiva, les permite convertirse en sujeto social protagonista de la transformación de las sociedades.

Al asumir metas colectivas, las mujeres irrumpen en el ámbito público de la sociedad civil, mostrando realidades que habían sido invisibilizadas, llevando a las agendas políticas aspectos que no se contemplaban con anterioridad, por lo que su asociacionismo adquiere una dimensión de escuela de democracia al destacar que lo personal es político, desarrollando el sentido crítico y la toma de conciencia y difundiendo valores como la autonomía y el compromiso social, convirtiéndose así en agentes de transformación social.

El asociacionismo de las refugiadas tiene una orientación ideológico-política y, por lo tanto, reivindicativa. Esta intensa participación en el campo de la acción colectiva contribuye tanto a ampliar los límites de la democracia al plantear nuevas demandas

provenientes de colectivos subalternos como a generar sociedades más inclusivas y con mayores garantías de respeto a los derechos humanos, por lo que sientan las bases de una nueva ciudadanía transnacional. Esta actividad múltiple y simultánea cruza fronteras geográficas, culturales y políticas, rompiendo con la dicotomía local-global y Colombia-España.

Referencias

SISMA MUJER, “La realidad en cifras”, 2017, disponible en <http://www.sismamujer.org/realidad-en-cifras-2017/>.

ASOCIACIÓN PARA LOS DERECHOS DE LA MUJER Y EL DESARROLLO, “Interseccionalidad: Una herramienta para la justicia de género y la justicia económica”, *Derechos de las mujeres y cambio económico*, núm. 9, 2004, pp. 1-8.

BACQUÉ, Marie-Hélène y Carole BIEWENER, *El empoderamiento. Una acción progresiva que ha revolucionado la política y la sociedad*, Gedisa, Barcelona, 2016.

BUTLER, Judith, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Paidós, Barcelona, 2010.

CASTAÑO, Leonora y Pilar RUEDA, *Vivir con dignidad. Historia de vida de Leonora Castaño Cano*, Corcas Editores, Bogotá, 2010.

DE LUCAS, Javier, “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en De Lucas et al., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el s. XXI*, EUROBASK, Vitoria, 2012, pp. 11-91, <http://bit.ly/19A7Q69>.

GALLEGO ZAPATA, Marina (coord.), *La verdad de las mujeres. Víctimas del conflicto armado en Colombia. Tomos I y II*, Ruta Pacífica de las Mujeres, Bogotá, 2013.

GARCÍA CANCLINI, Néstor, *La globalización imaginada*, Paidós, Buenos Aires, 1999.

- GLICK SCHILLER, Nina, Linda BASCH y Cristina SZANTON, “From immigrant to transmigrant: Theorizing transnational migration”, *Antropological Quarterly*, vol. 68, núm. 1, pp. 48-65, 1995.
- GRAU, Marta, “La memoria histórica, ¿activo transformador de la desigualdad de género? Análisis crítico del discurso del Centro de Memoria Histórica en Colombia a partir de una mirada de género e interseccionalidad”, *Institut Català Internacional per la Pau Working Papers*, 2013.
- MAGALLÓN, Carmen, *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, Horas y horas, Madrid, 2012.
- MOSER, Caroline, “The gendered continuum of violence and conflict. An operational framework”, en Caroline MOSER y Fiona CLARK (eds.), *Victims, perpetrators or actors? Gender, armed conflict and political violence*, Zed Books, Londres/Nueva York, 2001, pp. 30-52.
- MUT MONTALVÁ, Elena, *El activismo de las refugiadas políticas colombianas*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2016, disponible en <http://roderic.uv.es/handle/10550/49830>.
- MUT MONTALVÁ, Elena, “Participacion asociativa y supraasociativa de las refugiadas políticas colombianas en España. Un activismo transnacional”, en Cinta GUINOT y Ane FERRAN, *Trabajo social: El arte para generar vínculos*, Deusto Digital, Bilbao, 2017, pp. 799-809.
- SUÁREZ NAVAZ, Liliana, “La perspectiva transnacional en los estudios migratorios. Génesis, derroteros y surcos metodológicos”, ponencia en el V Congreso sobre la inmigración en España. Migraciones y desarrollo humano, Valencia, 2007.
- TARIN, Sergi, “Mujeres y derechos humanos: La paz desde abajo”, *infoLibre*, disponible en http://www.infolibre.es/noticias/mundo/2017/01/10/mujeres_derechos_humanos_paz_colombia_desde_abajo_59523_1022.html.

MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO, *VIII Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia 2007-2008*, Antropos, Bogotá, 2008.

MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO, *XI Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*, ONU Mujeres/GTZ/Consejería de Proyectos/Cooperación República, Bogotá, 2012.

UNESCO, *Priority Gender Equality. Action Plan 2008-2013*, UNESCO, París, 2008.

LGBT asylum seekers in state-provided accommodation in the United Kingdom

Piotr Adam Andruczyk
University of Valencia
anpiotr@alumni.uv.es

Abstract

The United Kingdom, a country that prides itself of its tolerance and openness and where LGBT citizens enjoy almost full equality compared to the rest of society, seems to forget about LGBT¹ asylum seekers. While Home Office-provided accommodation systems have some regulations regarding other vulnerable groups looking for international protection, such as families or victims of torture and trafficking, there are no special rules for LGBT migrants eligible for this form of state help. LGBT asylum seekers are a vulnerable group and as such deserve a housing policy adapted to their needs. In all three types of state-provided accommodation, people with a non-heterosexual orientation or with non-conforming gender identity seem to be invisible to the system and face severe problems.

Keywords: asylum-seekers, accommodation, detention, sexual orientation, gender identity, homophobia, vulnerability

1. Introduction

The United Kingdom is perceived as one of the most LGBT-friendly countries in the world. With both relatively high social acceptance for sexual minorities (Pew Research Centre, 2014: 3) and one of the least discriminatory legal systems it may seem to be a good place for LGBT asylum-seekers to look for protection (Bachmann, 2016: 12). As demonstrated below, the reality does not look perfect and various major problems arise

¹ LGBT. This term refers to lesbian, gay, bisexual and transsexual people. There are other variants, such as LGBTI+ or LGBTIQ, or the Spanish version LGTB. I decided to use the most popular version of the acronym.

in the domain of housing. Surprisingly given the importance of this matter, very little research has been conducted in that field.

LGBT asylum seekers, whether their sexual orientation or gender identity (SOGI) is a reason for requesting protection or not, are a vulnerable minority group needing special attention, as they are exposed to many risks of violation of their rights. This paper deals with states' obligation to provide shelter for asylum seekers in some cases. It analyses these situations and the types of accommodation offered by the Home Office. It focuses only on housing-specific problems and leaves aside the other issues an LGBT asylum seeker may face during the asylum procedure. This is due to editorial limitations together with the complexity of the immigration system seen from the perspective of an LGBT person.

2. State-provided accommodation

During the period of decision-making regarding their status, asylum seekers may be eligible for state-provided accommodation in three cases. These situations are covered by the Immigration and Asylum Act 1991 under Sections 4, 95 and 98. They respectively refer to the following situations:

- The asylum seeker's application has been denied, but they are still awaiting removal from UK territory;
- The Home Office is evaluating the application;
- The Home Office is considering whether one is eligible for support (House of Commons, 2017: 6).

There are two main types of housing provided by the UK Home Office: 1) accommodation contracted under the Commercial and Operational Managers Procuring Asylum Support Services (COMPASS) programme and 2) detention in an Immigration Removal Centre (IRC). These forms of accommodation differ significantly on many levels. Their profile and a person's eligibility for each is the subject of the following paragraphs.

The COMPASS accommodation is a service that replaced a previous programme in 2012. The former was made of 22 contracts distributed between 13 suppliers, whereas the current solution consists of six contracts won by three entities (two contracts per company). Each contract covers a specific region. The territory was divided into the following areas: Scotland and Northern Ireland; North West England; North East England, Yorkshire and the Humber; Midlands and East of England; Wales and South West England; London and South East England. The companies that provide COMPASS services, and the regions they were assigned, are:

- Serco – Scotland and Northern Ireland, North West England;
- G4S – North East England, Yorkshire and the Humber, as well as Midlands and East of England;
- Clearsprings Group – Wales and South West England, London and South East England (House of Commons, 2017: 3).

The IRC is a prison-like facility used to detain immigrants under some specific circumstances. People in detention cannot leave the premises and are supervised by guards in uniform. Detention in the IRC takes place if an asylum seeker is considered a person to whom a policy reason for detention applies. They can be detained at any stage of the asylum procedure and there is no time limit. It is important to highlight that detention is not in any way related to the commission of a crime (Bachmann, 2016: 8). It is an administrative, not a criminal procedure (Griffiths, 2015: 17).

3. COMPASS housing

A person becomes eligible for the COMPASS housing if they can prove being destitute and are not detained. As defined by the Immigration and Asylum Act, a person is destitute if:

- They do not have adequate accommodation or any means of obtaining it (whether or not other essential living needs are met); or

- They have adequate accommodation or the means of obtaining it, but cannot meet other essential living needs (Immigration and Asylum Act, 1991).

There are two types of accommodation under this program. One is the (IA) and the other is Dispersal Accommodation (DA). They serve different purposes but share almost all disadvantages that LGBT people can suffer in a non-detention type of accommodation.

The first place where a person is sent is an IA Reception Centre, which is usually a hotel with shared bedrooms. COMPASS contractors are only obliged to provide minimal level of hospitality, including: three meals per day, toiletries, bedding and transportation services in case of medical and asylum care-related appointments (House of Commons, 2017: 12). In the IA, a person waits for a decision about their eligibility for DA. The length of stay in these reception centres should not exceed 19 days. In theory, this is believed to be enough for the Home Office to decide whether a person is entitled to longer-term support. If these facilities are full, a person may be temporarily located in a contracted B&B (House of Commons, 2017: 13).

DA has a more permanent character and consists of flats and shared houses. A person remains in DA until the decision about their asylum case is made.

DA was introduced into the UK's asylum-related procedures in order to prevent the concentration of asylum seekers in the area of London and South-East of England where they used to apply for asylum. As the report states, efficiency was one of the key motives underlying the reform (House of Commons, 2017: 16). This seems perfectly logical since, by contracting cheaper accommodation, the government would be able to provide help to more people. On the other hand, we can observe that instead of distributing COMPASS accommodation equally across the territory, its concentration is now the highest in the poorest regions of the UK (House of Commons, 2017: 19).

4. Issues affecting COMPASS accommodation

As mentioned at the beginning, several issues arise in the system of state-provided accommodation. In the following paragraphs problems with COMPASS IA and DA are

discussed together as they are the same in most cases and only differ in the length of their duration.

DA seems to share its problems with IA because people eligible for this form of accommodation do not have a right to decide where to live. Their new house is imposed by an officer who makes the decision based on the availability of beds, without considering asylum seekers' preferences.

4.1. Imposition of the place of accommodation

The report notes that a no-choice policy regarding the place of stay combined with bedrooms that are usually shared by unknown people of various ethnicities or religions may result, if applied without sensitivity, in additional anxiety, tensions within accommodation or mental health problems like depression for asylum seekers who usually are in severe stress or have some health issues even before being allocated to state-provided housing (House of Commons, 2017: 37). This becomes an even bigger issue when the asylum-seeker is an LGBT person as many religions and societies do not accept people with minority sexual orientations or gender identities.

4.2. Extended stay in IA

Of course, the issue mentioned above only applies to IA. The time within which the Home Office should determine whether a person is eligible for the DA should not exceed 19 days. Nevertheless, if there is a shortage of available DA, one can spend extended periods in IA (House of Commons, 2017: 13). It is then called Temporary DA and applies when a person is granted DA but becomes temporarily housed in a hotel due to lack of availability. Bedrooms are usually shared between 3-4 people, which is very similar to IA. As these hotels are neither suitable for a longer stay nor equivalent to IA, some problems have been observed, including insufficient food portions, lack of access to medical care or hygiene items, etc (House of Commons, 2017: 21-22).

Because of their temporary character, IA and Temporary DA are not suitable for long-term living and the government should address this issue more carefully.

4.3. Homophobic inmates

As mentioned above, because of their lack of choice, an asylum seeker might find himself in a potentially dangerous situation if placed together with a homophobic person. It should be taken into account that many of those who are granted IA or DA come from countries with homophobic legislation or culture. These people may not be able, at least in the beginning, to embrace tolerance and human rights, even though they suffered persecution themselves. For this reason, they may pose a threat to LGBT asylum-seekers if lodged together. For instance, a report published by *The Independent* told of a gay man who was made to share his bedroom with a Taliban supporter (McSmith, 2016). An LGBT person trapped in a bedroom with homophobic individuals may be subjected to physical, verbal or sexual violence. Depending on one's personal qualities, this may have a bigger or smaller effect on their lives, but it will always be a negative experience that could be avoided through LGBT-friendly accommodation screening procedures.

4.4. Limited community support

Short stay in IA and lack of certainty about the location of later residence in DA can make it hard for LGBT asylum seekers to establish proper contact with local NGOs and support groups. Moreover, LGBT asylum seekers may find themselves assigned to accommodation in remote regions of the country, with no or very little access to LGBT organisations and community support.

4.5. Low-quality healthcare

As the report states, in IA, the system of recording of one's health needs is badly organised and thus may result in problems such as harder access to necessary medical treatment (House of Commons, 2017: 14). Although the report uses the example of tuberculosis and mental health, the same may apply to HIV+ LGBT people or trans people undergoing gender change.

4.6. Being “pushed back to the closet”

When an LGBT person is placed among homophobic and potentially dangerous people, they may decide to hide their sexual orientation or gender identity, which is commonly known as being pushed back to the closet (Bachmann, 2016: 8). Also, a person with a minority sexual orientation or gender identity who was not openly gay before coming to the UK may decide to keep concealing their sexual orientation or gender identity when lodged in a hostile environment. This may have negative psychological effects on them. Moreover, it can lower the possibilities of a positive outcome to their asylum case if it was based on their sexual orientation or gender identity. It is a sad paradox that, in order to maximise their chances of being granted asylum, LGBT people are required to show that they are fully “out” (in many cases even to comply with stereotypes applying to their sexual orientation or gender identity) while being lodged in a hostile environment where being openly “out of the closet” can be very dangerous.

5. Immigration Removal Centre

IRCs differ a lot from the previously analysed accommodation options, because one enters them not by free will but under an obligation imposed by the state.

No special grounds for detention apply to LGBT asylum seekers. They enter detention on the same rules as any other migrant person (Asylum Information Database). The policy reasons for detaining a person are the following ones:

- To establish their identity or the basis of their claim;
- They are about to be removed from the UK;
- There is a risk of harm to the migrant or the public;
- The person is likely to abscond (Silverman, 2017: 2).

There used to be one more case for detention, called Detained Fast-Track. This procedure is now suspended but, since it is not yet completely removed from the legal system, it deserves a brief commentary. The DFT procedure applied when a case was seen as straightforward. Then, an asylum seeker would be detained until the decision

about their claim was made (Liberty, n.a.). This procedure used to attract lots of criticism due to its accelerated proceedings and limitations on the detained person's possibilities to defend their case. It has remained suspended since 2015 (Courts and Tribunals Judiciary, 2015).

As the *Enforcement instructions and guidance* state, detention should always be used as a last resort. Non-detention means supervision should be favoured whenever possible (UK visas and immigration, 2013: 1).

6. Issues affecting IRCs

Even though both IA and DA in the current state of things are hostile environments for LGBT asylum seekers, the place where the most extreme rights violations happen are Detention Centres. These prison-like facilities are operated by the state or private actors.

6.1. No detention time limit

UK law does not provide any limit to the duration of detention in this type of facility, which can vary from days to years (Furman, Epps, Lamphear, 2016: 82). This can obviously have a negative mental health impact because of the uncertainty surrounding their future. In many cases, extended periods of exposure to harsh prison-like environments intensify all the problems found in IA and DA, as well as creating new ones.

6.2. Homophobic inmates

As mentioned previously, many asylum seekers come from places where homophobic attitudes are desired or praised by state authorities, local religious leaders and society itself. They may not be able or want to assimilate the correct, tolerant approach to LGBT people. The same applies to those detained in IRCs (IDC, 2016: 12). As we know, LGBT people are a minority group and as such constitute only a small overall

number of detainees. This, together with the homophobic attitudes of their inmates, exposes them to discrimination, severe stress and violence.

6.3. Homophobic staff

The problem of discrimination does not only relate to other inmates but, in various cases, to the staff working in detention facilities as well. Sometimes it arises from homophobia and sometimes from lack of training and unawareness of the special needs of this vulnerable group of detainees.

As the report states, some LGBT detainees were treated by IRC personnel incorrectly because of their sexual orientation and gender identity. Because of the staff's incorrect approach, some LGBT people decided not to report any problems they experienced in the facility. They had no confidence of receiving support rather than yet more discrimination (Bachmann, 2016: 19).

6.4. Prison-like character

In detention centres, an informal hierarchy can be found among inmates and, as in prisons, LGBT people find themselves at the bottom (Furman, Epps, Lamphear, 2016: 27).

As mentioned in the interview-based study *No safe refugee*, LGBT asylum seekers commonly face discrimination while in detention. Moreover, they feel treated like criminals (Bachmann, 2016: 8). They also describe their stay in the facility as punitive, frightening or dehumanising (Griffiths, 2015: 17). Due to the nature of this accommodation, LGBT detainees are more vulnerable to all types of aggression, similar to their situation in prisons (Bachmann, 2016: 17). This also makes it impossible for them to avoid the homophobic attacks of other inmates by spending time away from the IRC, as in IA and DA.

Transgender people placed in IRCs find themselves in the most challenging situation. If placed together with inmates of corresponding sex rather than gender, they face great threat and many stressful or humiliating situations. These centres do not

provide safe, private access to showers or places where they could change clothes (Bachmann, 2016: 17). They are thus at special risk of verbal, physical and sexual violence while in any kind of detention, a factor which should always be taken into account by the state.

6.5. Limited access to lawyers, community and NGO support

Detention makes it more complicated to establish good contact with a lawyer (Griffiths, 2015: 17). It is not hard to imagine that limited visitor hours and remoteness can influence the quality of contact between lawyers and their clients. This can have a direct, negative effect on the outcome of the case. Moreover, if sexual orientation or gender identity is the basis on which an asylum seeker is looking for protection, they are required to prove that they are not heterosexual. While living in the IRC, they have limited possibility to discreetly contact witnesses in order to gather their statements. Detention in many cases impedes them to gather the necessary evidence (Bachmann, 2016: 25). As a result, they may not be able to defend their case.

Due to the closed character of these facilities, LGBT people living in detention centres cannot have free access to NGOs or receive the community support they need as a vulnerable group (Griffiths, 2015: 17). Unlike in COMPASS accommodation, asylum seekers are not allowed to leave the premises of the detention facility. In case of an LGBT person, this almost completely separates them from much-needed assistance of various LGBT-oriented NGOs and community support.

6.6. Isolation

Social isolation may occur as a result of various behaviours. It can be caused by prejudice-driven homophobic inmates discriminating an LGBT person, who then becomes rejected by other detainees. It can also be initiated by an LGBT person who fears persecution and prefers to keep aside in order to avoid problems (Tabak & Levitan, 2014: 29). It is important to remember that, in contrast to COMPASS housing, in this type of accommodation a detainee cannot look for acceptance or spend time outside the premises when isolated in the IRC. The state of isolation may, in some

cases, resemble what is called solitary confinement, a practice of separating LGBT asylum seekers from other inmates observed in other states. The practice is usually justified by an intention to provide safety to such detainees. Nevertheless, it cannot be forgotten that a period of solitary confinement lasting over 15 days is considered torture, and the prohibition of torture is a well-established provision of international law (IDC, 2016: 13). Thus, applying this solution for longer periods is a serious violation of international law (IDC, 2016: 13). Because of its negative influence on detainees, there is no doubt that this form of “protection” should not be used (Bachmann, 2016: 30).

6.7. Limited access to medicine

Just as IA and DA, IRCs raise issues regarding the provision of adequate healthcare for inmates. This is usually caused by the staff’s lack of practice with LGBT people (Bachmann, 2016: 9). Furthermore, the practice is that at the moment of arrival, all the medicine is taken away from the new detainee. Sometimes it takes weeks to provide a person with the medicine they require, which obviously produces negative effects on all people, including HIV+ asylum seekers whose therapy needs to be continuous and precise (Bachmann, 2016: 23). Similarly, a trans person may face health-related issues if their transition therapy is interrupted due to the lack of provision of medicine that they need (Bachmann, 2017: 9).

6.8. Mental health issues

In many cases, LGBT detainees faced persecution because of their sexual orientation or gender identity in their state of origin. In the UK, this is combined with the stress and isolation suffered during the period of detention. As a result, they frequently need psychological help during or after their stay in the IRC. Another factor with a negative influence on their mental health is the uncertainty regarding the length of their stay in the facility. The UK, alongside Greece, is the only EU state practising indefinite detention. Moreover, there is no limit to the number of times that a person can be detained. There are cases of LGBT migrants experiencing post-traumatic stress disorder

when leaving the detention facility, just like if they returned from a war (Tabak & Levitan, 2014: 40).

Some LGBT ex-detainees say they find it difficult to re-enter society after being kept in the IRC (Bachmann, 2016: 9). They may also face financial problems and lose their friends or partners due to the ex-detainee stigma.

Post-traumatic stress disorder is not the only mental health problem affecting LGBT asylum seekers. There are also frequent diagnoses of depression, dissociative disorder, panic disorder, generalised anxiety disorder, social anxiety, traumatic brain injury and substance abuse. These are usually provoked by the accumulation of traumas during their lifetime (Shidlo & Ahola, 2013: 9). The experience of being detained can negatively influence these conditions and limited access to medical care can further aggravate an LGBT person's condition (Smith, 2016: 1). To sum up, a detention period may be a devastating experience that should be avoided whenever possible.

7. Conclusions

The United Kingdom, a country that prides itself of its tolerance and openness and where LGBT citizens enjoy almost full equality compared to the rest of society, seems to forget about LGBT asylum seekers. While Home Office-provided accommodation systems have some regulations regarding other vulnerable groups looking for international protection, such as families or victims of torture and trafficking, there are no special rules for LGBT migrants eligible for this form of state help. In other words, this country does not provide real, high-quality protection for people with minority sexual orientation or nonconforming gender identity who are looking for protection (Briddock, 2016: 123).

LGBT asylum seekers are a vulnerable minority group and as such deserve a housing policy adapted to their needs. In all three types of state-provided accommodation in the UK people with nonconforming sexual orientation or gender identity seem to be invisible to the system.

Issues like homophobic inmates, limited access to community or NGO support, poor healthcare and many more arise across the whole state-provided accommodation system. However, IRCs are especially problematic insofar as they are places where all the abovementioned problems become magnified and various new ones appear. Some argue that LGBT people should not be subjected to detention (IDC, 2016: 4). This solution might seem perfect but also appears difficult to implement nowadays. A more useful suggestion would be to always prioritise the other tools available to the state and apply detention only if they fail. This provision already exists but does not seem to be fully implemented. Another question is the uncertainty surrounding the period of one's stay in an IRC. The state should attempt to make these periods as short as possible and introduce a time limit for detention. This would not solve all issues completely but could at least significantly diminish the pressure under which LGBT detainees remain.

The state of things described above leads to abuses that should not take place in a society where there is no place for any discrimination based on sexual orientation or gender identity, which is what the United Kingdom seemingly aspires to become. All the problems discussed above should be treated as pathological and thus actions should be taken to remove them.

References

“Immigration and Asylum Act 1991”,
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/33/contents> [consulted 7 May 2017].

(Asylum Information Database), “Grounds of the detention UK”,
<http://www.asylumineurope.org/reports/country/united-kingdom/detention-asylum-seekers/legal-framework-detention/grounds-detention> [consulted 7 May 2017].

BACHMANN, Chaka, “No safe refuge experiences of LGBT asylum seekers in detention”, 2016.

BOSWORTH, Mary & Andriani FILI, “Immigration detention in Greece and the UK”,
in Rich FURMAN, Douglas EPPS & Greg LAMPHEAR (eds.), *Detaining the*

immigrant other: Global and transnational issues, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 79-90.

BRIDDOCK, Allan, “The recognition of refugees based on sexual orientation and gender identity in the UK: An overview of law and procedure”, *Birkbeck Law Review*, vol. 4, no. 1, 2016, pp. 123-157.

COURTS AND TRIBUNALS JUDICIARY, “(2015) EWCA Civ 840”, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/the-lord-chancellor-v-detention-action/> [consulted 9 May 2017].

GRIFFITHS, Melanie, “A proud tradition’? Immigration detention in the United Kingdom”, in Stephanie SILVERMAN & Amy NETHERY (eds.), *Immigration detention: The migration of a policy and its human impact*, Routledge, New York, 2015, pp. 13-21.

HOUSE OF COMMONS HOME AFFAIRS COMMITTEE, “Asylum accommodation Twelfth Report of Session 2016–17”, 2017.

INTERNATIONAL DETENTION COALITION, *Position paper: LGBTI persons in immigration detention*, 2016.

LIBERTY, “The fast track system”, <https://www.liberty-human-rights.org.uk/human-rights/asylum-and-borders/fast-track-system> [consulted 3 May 2017].

MCSMITH, Andy, “Gay Afghan asylum seeker was housed with former Taliban supporter”, 11 February 2016, <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/gay-afghan-asylum-seeker-was-housed-with-former-taliban-supporter-a6866436.html> [consulted 5 May 2017].

PEW RESEARCH CENTRE, *The global divide on homosexuality*, 2013.

SHIDLO, Ariel & Joanne AHOLA, “Mental health challenges of LGBT forced migrants”, *Forced Migration Review*, no. 42, 2013, pp. 9-11.

SILVERMAN, Stephanie & Amy NETHERY, “Understanding immigration detention and its human impact”, in Stephanie SILVERMAN and Amy NETHERY (eds.),

Immigration detention: The migration of a policy and its human impact,
Routledge, New York, 2015, pp. 1-12.

SMITH, James, “Government ‘must end its detention of vulnerable LGBT asylum seekers’, charities demand”, 2016, <https://search.proquest.com/docview/1832381902?accountid=14777> [consulted 5 May 2017].

TABAK, Shana & Rachel LEVITAN, “LGBTI migrants in immigration detention: A global perspective”, *Harvard Journal of Law and Gender*, vol. 37, no. 1, 2014.

UK VISAS AND IMMIGRATION, “Enforcement instructions and guidance chapter 55”, 2013 [updated 28 March 2017].

Temporal relations between natives and migrants in Italy

Stefania Tusini

University for Foreigners of Perugia

stefania.tusini@unistrapg.it

Abstract

This essay is an attempt to describe relations between natives and migrants through a temporal analysis. It employs data-based arguments to illustrate how migrants and natives in Italy are living in non-coeval conditions, since the two social groups share the same space but not the same social time. After briefly illustrating the features of the Italian reception system, it deals with the Italian integration model, which is exclusionary and assimilative. This may seem like an oxymoron but this expression perfectly defines the relationship between natives and migrants living in Italy. Using the concept of social time, the essay shows the coexistence of different social temporal representations and different temporal horizons. In other terms, different social groups live physically at the same time, but their living conditions are so different that it is as if they were actually living each at a different time. This is the case for migrants and natives in Italy and, in this sense, the former live in a temporal apartheid. This is the result of political choices which I call temporal politics and that progressively destroy the stability of the social system.

Keywords: migration, reception system, integration models, apartheid, Italy

1. Introduction

This essay is an attempt to describe relations between natives and migrants through a temporal analysis. It employs data-based arguments to illustrate how migrants and natives in Italy are living in non-coeval conditions, since the two social groups share the same space but not the same social time.

As we know, globalization allows the easy movement of money, news and knowledge. People can move freely only if they come from specific areas of the world (normally, economically developed countries); everybody else is undesirable, generally accepted only if they are in the workforce or, in other terms, if they are “circular migrants” (Castles, 1995).

For years, European governments have been trying to stop fluxes without significant results, so that the “Fortress Europe” is full of holes, especially along the Italian coast. As a matter of fact, during 2015, according to IOM, almost one million people fleeing the Syrian war arrived in Europe, of whom 850 000 landed in Greece and 154 000 in Italy. In 2016, when the Balkan route was closed, almost 388 000 migrants arrived, including 363 000 by sea. In 2017, fluxes are still on the rise.

Since the closing of the Balkan route, the only way to reach Europe has been the Italian coast, since the Spanish boundaries of Ceuta and Melilla are practically insurmountable. Today, mostly African migrants reach Europe through Libya (sometimes via Egypt) and the Mediterranean Sea to the Sicilian coast. In the first three months of 2017, according to the Italian Ministry of Interior, 33 715 migrants arrived in Europe, of whom 32 990 by sea and the rest by land. Flows data show that over that period almost 30% more migrants than in the corresponding 2016 period and 140% more than in the first quarter of 2015 disembarked in Italy.

As everyone knows, these cross the sea thanks to traffickers of human beings that overload small and old boats. Some of them (no one knows how many) do not make it to the mainland. Thanks to the IOM Missing Migrants Project, some estimates on the number and origin of migrants who die during the trip are available. In this regard, it is necessary to state that “because of the challenges in data collection for the missing and dead, basic demographic information on the deceased is rarely known. Often migrants in mixed migration flows do not carry appropriate identification. When bodies are found, it may not be possible to identify them or to determine basic demographic information. In the data compiled by Missing Migrants Project, the sex of the deceased is unknown in over 80% of cases. Region of origin has been determined for the majority of the deceased. Even this information is at times extrapolated based on available information – for instance if all survivors of a shipwreck are of one origin it was assumed those missing also came from the same region”

(missinmigrants.iom.int/methodology). According to the data collected, 3249 deaths were estimated in 2014; 3748 in 2015; and over 5000 in 2016, mostly in the Channel of Sicily. In the first quarter of 2017, 798 migrants died in the Mediterranean area, including 603 in the Channel of Sicily (IOM data). This is an endless humanitarian tragedy.

2. Brief outline of the Italian reception system

In a few years, Italy has had to face a huge phenomenon (at once humanitarian and mediatic) requiring the construction of a reception system that, unfortunately, never overcame the “state of emergency” logic.

The Italian hospitality system works on three levels: first aid and assistance, first reception and second reception, each constructed to perform specific functions. In practice, because of the emergency logic mentioned above, the levels are mixed and very often migrants remain in structures that are inadequate for their legal position. This is particularly worrying for unaccompanied minors.

After the first medical treatment, migrants are sent to hotspots. These are closed structures, far from accessible to scholars or journalists, open only to the UNHCR, EASO, OIM, FRONTEX, EUROPOL and EUROJUST staff working inside, jointly with Italian staff. According to ministerial figures, the hotspots of Lampedusa (500 places), Taranto (400 places), Pozzallo (300 places), Trapani (400 places) and Porto Empedocle (1600 places) were already operating in the early months of 2016. Guests are usually much more numerous than available places.

Built near the disembarking points and wanted by the EU, hotspots are designed to separate economic migrants from others. The former are sent to the CPR (ex CIE) for repatriation. The latter are welcomed to the reception system and can seek refugee status. They are thus sent to regional hubs where they can be detained as long as necessary to determine their legal position, prepare their asylum applications and initiate examination procedures.

They are then sent to the third reception phase: the so-called SPRAR system. Here, they are formally asylum seekers and have to wait for the regional Commission determination on their status. This last structure has very low capability with respect to the needs, in part because Commissions normally need a long time to give responses. Therefore, an emergency plan has been added by the government to create “temporary” structures, CAS (*Centri di Accoglienza Straordinaria*), which spread across the whole country and can face growing accommodation requests. These are normally touristic infrastructures used to host migrants and formally under governmental control. It is easy to understand why, like in the SPRAR, the stay here is everything but “temporary”.

The problem is that, according to the latest Italian International Protection Report, around 175 000 people were hosted in the various Italian structures at the beginning of 2017. The figure is relevant *per se*, but more worrying is the number of people “temporarily” hosted in the CAS system: 137 000, that is, the great majority. The disparity in treatment is significant: migrants hosted in SPRAR structures can participate in integration and literacy plans; people living in CAS have three meals a day and that’s enough.

3. The Italian integration model: How temporal apartheid shapes migrants’ life

As we know, analytically speaking, there are two main integration models: assimilationist and multiculturalist. Their features are well-known so it is pointless to recall them here. More interesting is to illustrate the Italian integration pattern, because it is rather strange and perhaps one of the worst. To define it briefly, we could say with Guolo that the key words are exclusion and assimilation (Guolo, 2009).

It is also well known that (again, analytically speaking) the country that symbolizes the assimilationist model is France. There, migrants are asked to give up their native identity in exchange for a fast and full formal integration (citizenship). In Italy, migrants are also asked to “renew” their ethnic, cultural and religious identity, but the exchange is unbalanced. In fact, the Italian model is based on *ius sanguinis* and, consequently, access to citizenship is very challenging. It is very difficult for the second generation too: if you were born in Italy but your parents were not, you are not an Italian citizen until you are 18 years old. At that time, nothing is automatic: you have a

year to apply for Italian citizenship, granted only under specific and numerous conditions.

So the Italian pattern is ideologically assimilationist but actually works as if it were multiculturalist and holds migrants in a world apart. It seems that migrants are required to give up their native identity in exchange for nothing (Guolo, 2009). In other words, Italy gives discriminatory responses to global migration and places migrants in a peculiar spatio-temporal collocation that I called “temporal apartheid” (Tusini, 2015).

My arguments lean on the analytical distinction between standard time and social time. Sociologically speaking, the former is time measured by clocks and calendars; it is not so interesting here because it is not so useful to understand social and human “rhythms”. The latter, instead, is basic to analyse social issues.

Social time has a qualitative nature. It is “lived time” linked to human experiences and used to express meanings, values and needs. It is a kind of time that could hardly be described using clocks or calendars because of his connection to our perceptions, interpretations and cultures. In fact, as historians teach us, the value given to past, present and future by humanity was not the same in different ages. In the Middle Ages, the past was much appreciated as a unique source of knowledge and wisdom; on the contrary, the Enlightenment was fully oriented toward the future and progress. According to several scholars, Western societies are currently frozen in the present, while the past has lost its authoritativeness and the future seems to have disappeared. At the individual level, moreover, each of us can testify the changeability of people’s perceptions of duration: an hour seems very long if we are bored, and it shortens if we have fun. In short, qualitative time is relative time that does not flow uniformly (like clock time does).

This allows us to recognize the coexistence of different social and individual temporal representations and the coexistence of different social times. Different social groups live physically at the same time, but their living conditions are very different – so different that it is as if they were actually living at different times. When comparing natives and migrants in Italy, in particular, we see that migrants are allochronic with respect to natives because some specific features build a different world for them, as if they lived in a temporal apartheid.

Consequently, in order to estimate the temporal collocations of migrants in host societies, data about migrants and natives must be diachronically compared. In other words, to conduct a diachronic comparative analysis it is necessary to take contemporary data on migrants and carry them back in time (so to speak) to the point where they match similar figures on natives. In this way, it is possible to determine the temporal “position” of migrants.

There are several interesting dimensions to compare. With so little space, I can only show some of them. For instance, current migrants’ average age is about 32 years in Italy. Comparing data diachronically, we can see that Italians were on average 32 years old in 1951. Moreover, the fertility rate of migrant women is now 2,37; Italian women had the same rate in 1971. The percentage of the immigrant population aged 0-4 is now 8,4; Italians had this rate in 1971. The percentage of extended families among migrants is around 33; it was the same in Italy around 1951. Nowadays, around 64% of migrant families have only one income earner, while in Italy the same percentage was reached around the 1950s (and has progressively decreased since then).

Among others relevant indicators, the possession of durable goods must be taken into account as well. It is a very significant dimension because the possession of certain types of goods marks the transition from a traditional way of life to the modern consumer society. Roughly speaking, it indicates the passing from subsistence to well-being.

On this topic, American sociologist Riesmann (1964) called “standard package” the package of economic goods families perceived as necessary for the American style of life. According to Riesman, the objects included in the standard package are loaded with symbolic meaning as their possession connotes membership in the American middle class. Some years later, Italian sociologist Alberoni (1968) termed TV, washing machine, fridge and so on as “citizenship goods” (*beni di cittadinanza*), claiming that their possession represented the entry into the urban and consumer society of a large part of Italian population during the 1960s.

In this respect, we can see that today only 78% of migrant families in Italy have their own washing machine; the same percentage of Italians owned one in 1975. In

addition, 86% of migrant families own a fridge and a TV, like Italian families around 1972. Only 52,4% of them own a car, a proportion Italians achieved in 1971.

A further significant indicator for evaluating the population's living conditions is income allocation patterns. Consumption choices are historically determined and subject to change due to economic, social and cultural variables.

According to Engel's law (1895), the share of income allocated to basic necessities decreases as income grows. This means that the poorer a family, the greater the proportion of income spent buying basic goods like food. In this regard, contemporary migrants in Italy spend between 40 and 47% of their income to buy food; Italians did so around 1970 and now spend only 19% of their total budget on food.

To further complete the picture, some other indicators can be added: a) the progressive ethnicization of some types of jobs, the so-called "3D jobs" (dirty, dangerous and degrading). Migrants do jobs that Italians no longer want to do but did in the past; b) migrants' working life is longer than natives': on average, it starts earlier and ends later, just like Italians a few generations ago; c) most migrants represent a typical case of working poor, just like most Italians before modernization; d) overcrowding and generally bad housing conditions of migrant families recall those of Italians some decades ago.

In conclusion, such brief diachronic analysis shows how the living conditions of today's migrants seem pretty similar to those of Italians during the transition to modernization, between the late fifties and mid-seventies. Therefore, migrants in Italy seem to live according to socio-economic parameters typical of a period very different to the contemporary one.

This is the sense in which I stated that migrants in Italy live in a kind of temporal apartheid. All the indicators I mentioned evoke a world apart where migrants live like in a bubble, like a piece of modernity embedded in a post-modern society. Their living conditions are frozen in a distant time and generally portray a present time of poverty and discrimination.

4. Migration policy as temporal politics

In my opinion, this is the result of specific migration policies that seem to progressively disrupt the stability of the social system. In particular, my thesis is that migration policies represent a kind of temporal politics by which Western nations like Italy express and exert their hegemonic coevalness (Bevernage, 2013), marginalizing all those who cannot fit in it. Such policies have the power to confine migrants in a separate social world, producing significant social consequences.

Their physical existence in the historical present, being socio-economically placed in a past time, creates for migrants a gap between socially desirable goals and available means to achieve them. According to Merton's "strain theory" (1949), people are encouraged by society to pursue economic and material success but, unfortunately, opportunities for advancement are not equally accessible for everyone.

This has very serious consequences for migrants, such as poverty and marginalization, but also frustration since goals are formulated in the present (and eventually achievable in the future) while means are placed in the past ("where" migrants in fact live) and are generally inadequate or insufficient to achieve the socially prescribed goals.

Migrants living in temporal apartheid have very limited possibilities of achieving their goals. This is less and less bearable, especially for so-called second- and third-generation migrants, because of their peculiar features. In fact, the first generation is willing to accept living conditions that its descendants reject. Second-generation migrants are generally young people who were born or grew up in the host countries, are culturally assimilated (especially regarding the consumer society) and have mostly adopted the host society's value system, including expectations.

They represent the most worrying issue, as some European countries know. To put it roughly, the foreign fighters phenomenon is fuelled by the dissatisfaction of the second and third generations. Italy is neither France nor England or Belgium. These countries represent "advanced points" because a great part of their migrants belongs to the second and third generations. In Italy, second generation individuals are still in the minority. Moreover, most of them are still minors (in 2015, foreign national minors represented 21,6% of the whole foreign population).

Just to give an idea about the effects of socio-temporal apartheid, data on migrant children's feeling of belonging show that only 37,8% of foreign students feel Italian. Going in more detail, only 17% of children arrived in Italy aged 11 or more, and about 48% of children born in Italy or arrived under six feel Italian (Istat, 2016).

Consequently, when asked about which country they would like to live in when they grow up, 50% of foreign students answer "everywhere but Italy", 20% want to return to their birth country and only 30% want to remain in Italy (Istat, 2016).

This data briefly illustrates the failure of the Italian integration model and the need for the Italian government to cultivate inclusion, offering to migrants more life chances and real opportunities of identification with the national community.

References

ALBERONI, Francesco, *Statu nascenti*, il Mulino, Bologna, 1968.

ANCI, CARITAS, CITTALIA, FONDAZIONE MIGRANTES, SERVIZIO CENTRALE DELLO SPRAR & UNHCR, *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2016*, https://www.google.it/search?q=Rapporto+sulla+protezione+internazionale+in+Italia&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gfe_rd=cr&ei=3dYZWZGkA-TW8gemupu4Dw.

BEVERNAGE, Berber, "Against coevalness. A belated critique of Johannes Fabian's project of radical contemporaneity and a plea for a new politics of time", *Anthropological Theory*, 2013, <http://www.inth.ugent.be/wp-content/uploads/2012/05/AgainstCoevalness>.

CASTLES, Stephen, "How nation-states respond to immigration and ethnic diversity", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 21, no. 3, 1995, pp. 293-308.

ENGEL, Ernst, "Die Lebenskosten belgischer Arbeiterfamilien früher und jetzt", *Bulletin de l'Institut International de Statistique*, no 9, 1895, pp. 1-124.

GUOLO, Renzo, “Modelli di integrazione culturale in Europa”, Conference *Le nuove politiche per l’immigrazione. Sfide e opportunità*, Fondazioni Italianeuropei e Farefuturo, 2009, [http://www.italianieuropei.it/images/iniziative/schoolfilosofia/materiali2010/IE_Modelli Di Integrazione Culturale In Europa_Guolo.pdf](http://www.italianieuropei.it/images/iniziative/schoolfilosofia/materiali2010/IE_Modelli_Di_Integrazione_Culturale_In_Europa_Guolo.pdf).

IOM, “Missing Migrants Project”, missinmigrants.iom.int.

ITALIAN NATIONAL INSTITUTE OF STATISTICS, “L’integrazione scolastica e sociale delle seconde generazioni”, *Statistiche Report*, 15 March 2016.

MINISTERO DELL’INTERNO ITALIANO, *I centri dell’immigrazione*,

<http://www.interno.gov.it/it/temi/immigrazione-e-asilo/sistema-accoglienza-sul-territorio/centri-limmigrazione>).

MINISTERO DELL’INTERNO ITALIANO, *Documentazione statistica*,

<http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica>.

MERTON, Robert King, *Social theory and social structure*, The Free Press, New York, 1949.

RIESMANN, David, *Abundance for what?*, Doubleday, New York, 1964.

TUSINI, Stefania, *Il viaggio immoto. Studio sul tempo e i migranti*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2015.

El Estado constitucional cooperativo y la concreción de los derechos humanos de los migrantes por la jurisdicción

Thiago Oliveira Moreira

Universidad Federal de Rio Grande do Norte

tomdireito@hotmail.com

Resumen

Actualmente se puede hablar de una tridimensionalidad normativa en lo que pertenece a la regulación de las migraciones. En efecto, Estados, organizaciones internacionales y poder económico transnacional actúan, cada uno de acuerdo con sus intereses, en la producción de normas jurídicas que tratan la circulación de personas. Los derechos humanos no siempre sirven como pilares para tales normas. En este contexto, partiendo del pensamiento de Peter Häberle sobre el Estado constitucional cooperativo, se busca investigar si la reciente decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil de declarar la constitucionalidad de la concesión de beneficio pecuniario asistencial a los migrantes regulares, atendiendo a los requisitos legales, está de acuerdo con el modelo haberleano.

Palabras clave: Estados, derechos humanos, migrantes, concreción, jurisdicción

1. Introducción

Es evidente que la globalización ha facilitado el desplazamiento de personas, pero queda innegable que la libre circulación constituye más bien un privilegio de las grandes empresas y personas con probado poder económico, trabajadores hipercualificados y/o necesarios. De este modo, buena parte de los migrantes se encuentran excluidos de las ventajas del fin de las fronteras entre Estados.

En contra de ese movimiento, el derecho internacional de los derechos humanos busca establecer estándares mínimos de protección para los grupos vulnerables de migrantes, como es el caso de niños, refugiados, mujeres víctimas de violencia de

género, trabajadores, personas con discapacidad y víctimas de tráfico de personas, entre otros.

Existe todo un marco jurídico internacional orientado a la tutela de tales grupos, sea en el sistema onusiano o en los regionales. Pero no sirve formular normas y no lograr concretar tales derechos en el ámbito interno. Así, se reconoce el papel del Estado como sujeto primario garante de los derechos de los migrantes.

A pesar de tal deber, no siempre la legislación estatal alcanza un nivel suficiente de protección a los migrantes, o incluso los Estados no consiguen por sí solos garantizar tales derechos. En este contexto, el pensamiento de Peter Häberle, en lo que concierne al Estado constitucional cooperativo, merece ser revisado, especialmente en lo que concierne la necesaria apertura al derecho internacional, así como al deber de solidaridad con los migrantes.

A partir de ese presupuesto, el presente texto pretende demostrar que la reciente decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil en relación con la constitucionalidad de la concesión de beneficio de asistencia social a los extranjeros que no tienen condiciones financieras se adecua al modelo de Estado constitucional cooperativo. Para ello, inicialmente, se traerán algunos apuntes sobre la globalización neoliberal y la regulación de las migraciones (estatal, internacional y transnacional), luego se hará un breve estudio sobre los postulados básicos del Estado constitucional cooperativo, para finalmente criticar el ya citado entendimiento del STF.

Se espera que el presente texto contribuya al importante debate sobre el deber de concreción de los derechos humanos de los migrantes vulnerables por la jurisdicción brasileña.

2. La globalización neoliberal y la regulación de las migraciones

En el escenario actual de globalización neoliberal se observa una tridimensionalidad normativa en la regulación de las migraciones. En efecto, dicha regulación se hace en tres esferas: 1) en el ámbito de los Estados, como manifestación de soberanía; 2) por el sistema jurídico internacional, especialmente en lo que concierne a la tutela de los

derechos humanos de los migrantes; y 3) de manera transversal, en normas oriundas del derecho transnacional.

Aunque de modo sintético, cabe destacar algunos puntos centrales de cada una de las esferas regulatorias anteriormente descritas. Desde ahora, se advierte que la presente regulación de las migraciones no viene de un orden cronológico, pues los instrumentos normativos, sean de origen estatal, internacional o de regímenes jurídicos privados transnacionales actualmente se producen de manera concomitante.

El Estado sigue siendo el sujeto primario regulador de las migraciones. Aunque la expresión “primario” pueda transmitir la idea de “más importante”, no es ese el sentido en que se emplea aquí, como se demostrará.

En una pequeña digresión histórica, se observa que hasta el siglo XIX, la gran mayoría de los países generalmente no establecía diferencias significativas entre nacionales y extranjeros en lo que atañe a los derechos. Además, la libre circulación entre Estados, forzada o voluntaria, parecía la regla (Apolinario y Jubilut, 2010: 278).

En pleno siglo XXI, esa ya no es la realidad. Aunque muchos países todavía practican una política de apertura (lo que no significa “acogida”) a la recepción de inmigrantes, la gran mayoría de los países desarrollados mantiene o incluso recrudece medidas anti-inmigratorias que se concretan principalmente en muros y vigilancia excesiva, así como la promulgación de leyes deshumanizadoras del inmigrante (Coutinho, 2013: 60), fomentando, entre otras consecuencias, el tráfico internacional de personas (Sassen, 2002: 43).

Ante este panorama, se vislumbran dos escenarios en lo que concierne a la regulación estatal de las migraciones. El primero consiste en la política migratoria de los países pobres (emisores) y, en cierto modo, de los países en desarrollo, que normalmente es de apertura a la recepción de migrantes. El segundo corresponde a la política de cierre y/o amplia selectividad impuesta por Estados receptores desarrollados, así como la de acabar con la migración irregular (Barbero, 2012: 66), como ocurre en Europa y Estados Unidos.

Más que abrir las fronteras a los inmigrantes, es necesario que los Estados humanicen la legislación migratoria e introduzcan los derechos humanos de los

migrantes en el centro de las discusiones, como ocurrió en algunos países de América Latina, incluyendo, más recientemente, Brasil, con la promulgación de la nueva Ley de Migraciones.

A pesar de que el Estado (aún) detiene la condición de sujeto primario regulador y sigue desempeñando un papel preponderante en la formulación e implementación de la política migratoria, es innegable que se están produciendo innumerables transformaciones resultantes, entre otros factores, del crecimiento del sistema económico global y otros procesos transnacionales. Entre las principales, cabe citar la relocalización de varios componentes de la autoridad estatal en organizaciones supranacionales, la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, así como la amplia influencia de un régimen jurídico transnacional oriundo de las transacciones comerciales transfronterizas. Así, es indiscutible que el Estado, que en el pasado fuera absolutamente soberano, ya no logra regular las migraciones sin reconocer ese nuevo marco jurídico, que es oriundo o fomentado por la globalización (Sassen, 2003: 37).

Del pensamiento arriba expuesto se ve que hay un verdadero reparto regulatorio de las migraciones. Al final, el Estado divide o cede su competencia a organizaciones supranacionales, tiene el deber de cumplir los compromisos emanados de los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados y se vuelve rehén de la fuerza normativa que el derecho transnacional ha asumido en la actualidad. Sin embargo, ocurre que la regulación de las migraciones ofrecida por el Estado no siempre eleva los derechos humanos de los migrantes al centro de las discusiones. Además, a veces, es el propio Estado quien viola los derechos humanos de los migrantes, sea por acción o incluso por omisión. De ahí surge la necesidad de que la comunidad internacional, principalmente a través del derecho internacional, se dedique a proteger a los migrantes vulnerables.

En el ámbito global, no existe un instrumento internacional que tenga por objeto amplio la regulación de las migraciones. Lo que existe son normas internacionales, algunas de *soft law* y otras de *hard law*, que al tratar de cuestiones como seguridad, nacionalidad, apatridia, libertad de circulación de personas, reagrupación familiar, derechos humanos, salud, tráfico de personas, refugio y asilo, abordan aspectos inherentes a la temática de las migraciones (Apolinario y Jubilit, 2010: 277).

De todas formas, resulta innegable que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos también se aplican a las personas en circulación internacional. En ese sentido, en el marco del sistema onusiano, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) contiene normas relativas a la tutela de los migrantes, como es el caso de los artículos 13 y 14, cuando tratan respectivamente del derecho a la libertad de locomoción y el asilo. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966) también contiene normas protectora de los derechos humanos de los migrantes en su art. 12.

Además de la presencia de unos pocos dispositivos en tratados internacionales, algunos organismos internacionales de derechos humanos integrantes del sistema universal también se han pronunciado sobre los derechos humanos de los migrantes. Se pueden citar como ejemplos las Observaciones Generales 15 y 27 aprobadas por el Comité de Derechos Humanos, órgano de vigilancia del PIDCP (García, 2016: 113).

A pesar de que las acciones citadas se consideraron avances, un paso más amplio se dio en 1990 con la aprobación, en el marco del sistema onusiano, de la Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Sin embargo, la mayoría de los Estados receptores no muestra ningún interés en ratificar la Convención, como es el caso de los países de la Unión Europea.

Algunos grupos de migrantes vulnerables reciben por parte del derecho internacional una protección normativa específica, como es el caso de los refugiados, apátridas y trabajadores migrantes. Además, no es solo en el sistema onusiano donde el presente tema despertó interés. El debate también ya tiene cierto relieve en los sistemas regionales de derechos humanos, en la medida en que algunos dispositivos previstos en instrumentos normativos traen normas inherentes al derecho de libre circulación y residencia, así como a la no discriminación entre nacionales y extranjeros.

A pesar del importante papel del derecho internacional en la regulación (humanizada) de las migraciones y de su condición de limitador de la política migratoria estatal, desgraciadamente, ante las nuevas lógicas de la globalización neoliberal, esa producción jurídica internacional no se encuentra debidamente concretada. Entre los principales motivos cabe destacar la imposibilidad de construir un marco regulatorio internacional único para las migraciones, la resistencia de los Estados en materia de

aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y la propia debilidad de gran parte de los Estados ante el poder del mercado (Barbero, 2012: 35-36).

Al alejarse de la regulación de las migraciones realizada por el derecho internacional de los derechos humanos, es importante observar que en el ámbito del derecho de la integración regional también hay normas que regulan el fenómeno migratorio. Aunque el derecho de la Unión Europea sea mucho más avanzado en este tema, nos centraremos en el MERCOSUR.

Inicialmente creado con la finalidad de integración económica entre sus países miembros (y asociados), el MERCOSUR pasó a tener como uno de sus objetos la regulación de las migraciones. En ese sentido se aprobó en 2002 el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR, Bolivia y Chile). De acuerdo con tal instrumento, los extranjeros, independientemente de la situación migratoria, pueden solicitar el derecho a la residencia siempre que sean ciudadanos mercosurinos y no tengan antecedentes penales. El inmigrante gozará de igualdad de derechos civiles y de trato análogo a los nacionales (Coutinho, 2013: 63).

Se observa que la gestión migratoria por parte del MERCOSUR no tiene como pilar únicamente la integración económica y el desarrollo. Esto se puede comprobar con la lectura de la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios (2004) y con el documento informativo *Postura regional sobre política migratoria con vistas al Foro Mundial de Migración y Desarrollo* (2008). En efecto, aun no siendo instrumentos vinculantes, tratan de la humanización de la gestión migratoria en el marco del citado bloque (García, 2016: 110-111).

Por último, como tercera vía reguladora de las migraciones en la actualidad, se observa la existencia de normas emanadas del derecho transnacional. Se trata de la emergencia de modelos recientes de regulación a través de la inclusión de nuevas instituciones económicas y agentes privados (Barbero, 2012: 30).

En cuanto a la complejidad de los contornos del derecho transnacional, en lo que pertenece a las migraciones, es absolutamente necesario mencionar el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), pues es partir de él que el tema de las migraciones aparece en la Organización Mundial de Comercio (OMC). Este acuerdo

incluyó la categoría de prestación de servicios por personas físicas en el exterior entre las cuatro posibilidades de comercio. En efecto, es precisamente dentro del modo 4 que los Estados son “invitados” a reducir las barreras y favorecer el acceso de los proveedores de servicios al mercado de trabajo (Castro Franco, 2016: 108-109) en tres situaciones específicas: personas trasladadas dentro una empresa (directivos y especialistas); personas en visita de negocios; y prestadores de servicios contractuales (Barbero, 2012: 182).

En este contexto, es evidente que también hay una regulación de las migraciones en el marco de la OMC. Se producen fuertes críticas. Entre las principales cabe destacar la ausencia de discusiones, en el AGCS, sobre derechos humanos de los migrantes (Castro Franco, 2016: 109-110). Ante estas críticas, se concuerda con el pensamiento de Iker Barbero cuando afirma que la descrita fragmentación regulatoria, siendo una de las características marcadas de la nueva cultura jurídica de la globalización, normaliza únicamente los aspectos relevantes para una gestión “útil” de las migraciones, excluyendo, por lo tanto, criterios de justicia social. Sin embargo, los derechos ya no son reconocidos a los sujetos en su calidad de personas sino partiendo de la condición de trabajador migrante, pues el contrato de trabajo *ad hoc* se convierte en el único título válido reconocible de derechos (Barbero, 2012: 65).

Establecidos los principios básicos de la regulación de las migraciones en el marco de la globalización neoliberal, se pasa al estudio de los aspectos elementales del Estado constitucional cooperativo, pues se cree que ese modelo de Estado funciona como una antítesis capaz de mitigar los efectos negativos de la globalización. Además, la cooperación entre los Estados es esencial para promover una humanización de la regulación de las migraciones.

3. Breves aspectos del Estado constitucional cooperativo

Conforme a lo expuesto, en la actualidad existe una tridimensionalidad normativa de la regulación de las migraciones. Derecho estatal, internacional y transnacional, es decir, Estados, organizaciones internacionales, ya sean de naturaleza política, protectora de derechos humanos o con fines puramente económicos, así como el propio mercado, estipulan normas relativas a la regulación de las migraciones. Por los motivos ya

descritos, los dos primeros, a pesar de algunos avances, están perdiendo protagonismo ante el último. Además, el derecho transnacional no se preocupa por el lado social de las migraciones, sino solo por la satisfacción de los intereses económicos del mercado.

En este contexto resulta importante comprender los contornos del Estado constitucional cooperativo, así como analizar, aunque de modo breve, su impacto sobre la jurisdicción estatal. Pues dicho modelo de Estado puede servir como antítesis a los efectos nefastos de la globalización neoliberal y como medio para concretar los derechos humanos de los migrantes.

El paradigma de este nuevo modelo de Estado fue desarrollado entre 1977 y 1978 con ocasión del ensayo *Der Kooperative Verfassungsstaat* y de la contribución de profesores alemanes de derecho público a un simposio celebrado en 1977 en Basilea, según consta en el prefacio a la edición brasileña de la obra *Estado constitucional cooperativo* del constitucionalista alemán Peter Häberle (Moreira, 2015: 285).

En las obras en las que la tesis del Estado constitucional cooperativo se encuentra delineada, Häberle estructuró su pensamiento en tres partes. Inicialmente aborda los problemas, conceptos y tesis iniciales; en un segundo momento trata los elementos de comprobación; y finalmente presenta las consecuencias teóricas de ese nuevo constitucionalismo.

De acuerdo con el pensamiento del autor, el Estado constitucional se encuentra en un momento de dependencia respecto al derecho internacional, lo que resulta en una necesidad de mayor cooperación que se intensifica a lo largo del tiempo. Así, la cooperación se convierte en una parte esencial del Estado constitucional. De ahí esta exigencia de cooperación internacional y supranacional que regula el Estado constitucional cooperativo (Häberle, 2013: 256-257).

A partir de esta idea de cooperación, Häberle describe el paso del Estado constitucional al Estado constitucional cooperativo, dejando claro que su tesis parte de un modelo constitucional occidental en que el Estado actúa en el marco de una comunidad de derecho internacional (Häberle, 2013: 258). Así, el Estado constitucional cooperativo, típico de la sociedad abierta, se ocupa de la cooperación tanto en el sentido político como jurídico (Häberle, 2013: 259).

Desde esa cooperación jurídica surge la apertura de la Constitución y, consecuentemente, del propio ordenamiento jurídico estatal al derecho internacional, lo que innegablemente afecta a todos los órganos y las instituciones del Estado.

El Estado constitucional cooperativo se regula en la cooperación no solo con otros Estados sino también con organizaciones internacionales. A pesar de ese ideal cooperativo, mantiene su identidad y preserva buena parte de sus instituciones así como de su sistema jurídico interno.

Sin embargo, Häberle destaca que los propios textos constitucionales preceptúan procedimientos, competencias y estructuras propicias para la realización de la cooperación, es decir, mandamientos constitucionales de cooperación, lo que termina con la impermeabilidad normativa y el monopolio estatal de las fuentes del derecho (Häberle, 2013: 262).

En un segundo momento de su pensamiento, Häberle ofrece como uno de los elementos de comprobación de su tesis la apertura constitucional al derecho internacional, en la medida en que promueve cierta flexibilización del rígido esquema del constitucionalismo clásico de distinción entre las esferas interior y exterior, generando una cooperación amistosa internacional (Häberle, 2013: 283).

Avanzando un poco más, el autor define como consecuencias teóricas de ese nuevo constitucionalismo la reorientación de las fuentes del derecho y de las teorías de la interpretación jurídica; la formación de un derecho común cooperativo resultante de la integración entre el derecho nacional e internacional; y, por último, la realización de los derechos cooperativos básicos.

En lo que se refiere a la reorientación de las fuentes del derecho y de las teorías de la interpretación jurídica, Häberle enseña que la idea de monopolio del Estado en materia de fuentes del derecho es ajena a la concepción de Estado constitucional cooperativo, puesto que no adopta ninguna posición preponderante de monopolio ni de la jurisdicción ni de la interpretación jurídica, que se va abriendo de forma progresiva a procedimientos jurídicos internacionales y la interpretación de las normas jurídicas efectuada a nivel internacional y supraestatal (Häberle, 2013: 288).

Además de la mencionada apertura del Estado y quiebra del monopolio en la producción y aplicación del derecho, Häberle aborda la cuestión de la formación de un derecho común cooperativo resultante de la integración entre el derecho nacional y el internacional. Por lo tanto, sería un derecho de cooperación formado por el núcleo común de la normativa internacional y del estudio comparado de las constituciones (Häberle, 2013: 289).

Como tercera y última consecuencia teórica de ese constitucionalismo cooperativo, Häberle apunta la realización de los derechos cooperativos básicos. En efecto, la realización de tales derechos es una tarea de los Estados constitucionales con el fin de promover la cooperación y la proyección para la comunidad jurídica, en lo que se refiere a un nivel mínimo de satisfacción de las necesidades materiales más básicas para los extranjeros y apátridas (Häberle, 2013: 291).

En suma, al Estado que cumple su papel de apertura y cooperación Häberle denominó “Estado constitucional cooperativo”. En las palabras del propio autor, “Estado constitucional cooperativo” es el Estado que encuentra su identidad también en el derecho internacional, en el entrelazamiento de las relaciones internacionales y supranacionales, en la percepción de la cooperación y responsabilidad internacional, así como en el campo de la solidaridad (Häberle, 2007: 4).

Se observa que uno de los ideales cooperativos ocurre justamente en el campo de la solidaridad. En ese contexto se puede hablar de una relación entre Estado constitucional cooperativo y derechos humanos de los migrantes, especialmente en lo que concierne a la necesidad, apuntada por Häberle, de realización de los derechos cooperativos básicos.

Sin embargo, dicho modelo de Estado debe tratar de modo efectivo de cuestiones de otros Estados, de organismos internacionales y supranacionales, así como de los ciudadanos “extranjeros” (Häberle, 2007: 6). Partiendo de esta preocupación con los extranjeros, el citado autor se refiere a la existencia de un principio de la “seguridad económica colectiva” como medio para la realización de los derechos humanos de toda la población mundial (Häberle, 2007: 43), lo que supondría la garantía estatal, incluso a los no nacionales, de condiciones mínimas para la supervivencia.

En efecto, se ve que la realización cooperativa por parte del Estado no se limita solo a la protección de las libertades fundamentales. Por el contrario, existe también la necesidad de prestaciones estatales que garanticen el mínimo existencial de toda persona, incluidos los extranjeros y, principalmente, los refugiados y apátridas (Häberle, 2013: 291).

Sin embargo, la protección de los derechos humanos de los migrantes es una preocupación que rompe las fronteras estatales y encuentra guarida en el sistema jurídico internacional. De esta forma, es esencial que los órganos del poder judicial (en una visión estricta) estén preparados para los nuevos desafíos que surgieron o incluso se intensificaron con los males de la globalización.

Por lo tanto, es imperativo que los magistrados, conscientes de ese deber cooperativo de los Estados, especialmente en lo que concierne a la protección solidaria de los migrantes, recuerden la necesaria apertura al derecho internacional de los derechos humanos por parte de la jurisdicción interna (Moreira, 2016: 40, 59), así como el ideal cooperativo para la tutela de los individuos que se encuentren en el territorio nacional.

Ahora que las características y los fundamentos del Estado constitucional cooperativo ya han sido delineadas, queda por hacerse una idea de cómo el STF viene concretando los derechos humanos de los migrantes a través de una de sus decisiones más recientes sobre la temática abordada.

4. La concreción de los derechos humanos de los migrantes por el Supremo Tribunal Federal

Más que solo regular las migraciones y otorgar derechos humanos a las personas en movilidad, es esencial concretar tales derechos. Es en este sentido que la jurisdicción estatal asume un papel de los más relevantes, pues el acceso a la justicia, a pesar de no ser la mejor, es una de las maneras de aplicar las normas protectoras relativas, especialmente, a los migrantes vulnerables. En ese contexto se pasa a investigar la reciente decisión del STF sobre la concreción de los derechos sociales de los migrantes.

El Pleno del STF, el 20 de abril de 2017, en el juicio del RE 587.970, decidió por unanimidad a favor el reconocimiento de la constitucionalidad de la concesión del Beneficio de Prestación Continuada (BPC) a los extranjeros residentes en Brasil. El núcleo de la cuestión consistió en apreciar si la decisión de la Primera Razón Recursal del Juzgado Especial Federal de la 3ª Región, al determinar la concesión de BPC a una extranjera residente en Brasil desde hacía más de 54 años, estaba de acuerdo con la Constitución Federal.

El BPC encuentra su fundamento en la Constitución Federal, en la medida en que estipula que la asistencia social será prestada a quien la necesite, independientemente de la contribución a la seguridad social, y tiene como objetivos, entre otros, la garantía de un salario mínimo de beneficio mensual a la persona portadora de discapacidad y al anciano que demuestren no poseer medios para asegurar su propio mantenimiento ni para ser mantenidos por su familia, conforme disponga la ley.

El legislador ordinario reguló dicha norma constitucional a través de la Ley 8742/93 (Ley Orgánica de la Asistencia Social – LOAS). En primer lugar, cabe destacar que en los términos del art. 1 de la referida ley, la asistencia social es un derecho del ciudadano. Sin embargo, la Constitución Federal en ningún momento utiliza la expresión “ciudadano”. Por el contrario, se refiere “a quien la necesite”. Por lo tanto, es totalmente defensible que los extranjeros no sean excluidos de las políticas públicas de asistencia social, pues esa no fue la voluntad del constituyente, tal como se demuestra en el voto del Min. Marco Aurelio Melo.

En concreto, el art. 20 de la referida ley estipula que el BPC es la garantía de un salario mínimo mensual a la persona con discapacidad y al anciano con 65 años o más que demuestren no poseer medios para asegurar su propio mantenimiento ni para ser mantenidos por su familia. En virtud del art. 3 del dispositivo legal mencionado, se considera en esta situación la familia cuyo ingreso mensual per cápita sea inferior al 25% del salario mínimo.

En el marco de la normativa, el Ejecutivo Federal, a través del Decreto 6214/2007, con redacción actualizada por el (reciente) Decreto 8805/2016, precisamente en el art. 7 del Reglamento del BCP, afirma que el beneficio en cuestión

es debido al brasileño, nato o naturalizado, y a las personas de nacionalidad portuguesa, siempre que demuestren residencia en Brasil y atiendan a todos los demás criterios establecidos en dicho Reglamento. El texto del Decreto es de flagrante inconstitucionalidad e inconveniencia, pues, así como hace el art. 1 de la LOAS, también crea una visible discriminación entre brasileños y extranjeros.

En cuanto al fondo de la presente cuestión, el Ministerio Público Federal (MPF), a través de la Fiscalía Federal de los Derechos del Ciudadano, emitió opinión en sentido de que el BCP debe ser concedido a los extranjeros. Para fundamentar tal entendimiento, el MPF trajo como fundamentos los dispositivos constitucionales que garantizan la igualdad entre brasileños y extranjeros en lo que pertenece a la titularidad de derechos fundamentales, la prohibición de cualquier tipo de discriminación, incluyendo en cuanto al origen, así como la propia prevalencia de los derechos humanos. Además, aun buscó argumentos en el derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que citó algunos dispositivos de los “Pactos de 66”. Por último, entendió el fiscal que la negativa por parte de la administración pública de conceder el BCP a los extranjeros que cumplían los requisitos constitucionales y legales, independientemente de su situación migratoria, sería inconstitucional.

El relator, Ministro Marco Aurelio Melo, acompañado por los demás integrantes de la Suprema Corte, votó, en suma, en el sentido de que la Constitución Federal en dispositivo alguno restringe la concesión del BPC a los ciudadanos brasileños. En ese sentido, la Ley Mayor utiliza la expresión “la asistencia social será prestada a quien la necesite”. Por lo tanto, los extranjeros que residen regularmente en Brasil, aunque no tengan la condición de nacionales y siempre que cumplan los requisitos de ser personas con discapacidad o de más de 65 años y que no tengan, por sí mismos o a través de su familia, capacidad de asumir el propio sustento, tendrán derecho a tal beneficio.

A pesar de que no menciona el pensamiento de Häberle sobre el Estado constitucional cooperativo o la concepción de una jurisdicción cooperativa, el Min. Marco Aurelio destaca que “el extranjero residente en el país, insertado en la comunidad, participa del esfuerzo mutuo. Este vínculo de hermandad, fruto, para algunos, del azar y, para otros, del destino, nos hace, de algún modo, responsables del bien de todos, incluso de aquellos que adoptaron Brasil como nuevo hogar y hundieron sus raíces personales y sociales en esta tierra”. Estas palabras evocan el ideal

cooperativo de promover la dignidad de la persona humana, independientemente de la nacionalidad.

También recuerda el relator de la sentencia que el art. 5 de la Constitución no permite ninguna distinción, aparte de las existentes en el texto constitucional, entre brasileños y extranjeros residentes.

En el marco de estos argumentos, el Pleno del STF acogió la tesis de que “los extranjeros residentes en el país son beneficiarios de la asistencia social prevista en el artículo 203, inciso V, de la Constitución Federal, una vez atendidos los requisitos constitucionales y legales”.

Además del (relativo) acierto de la presente decisión, se ve que la actuación del STF fue pautada por un ideal de realización cooperativa de los derechos fundamentales, lo que se adecua al modelo háberleano de Estado constitucional cooperativo. En efecto, queda evidente que el sesgo de solidaridad, defendido por Häberle, como ya se ha descrito, puede encontrarse en la interpretación que el STF confiere al dispositivo constitucional, al entender que el beneficio asistencial concedido a todas las “personas” también incluye a los migrantes.

A pesar de que la decisión es bastante relevante y atiende los anhelos de solidaridad hacia los migrantes que residen regularmente en territorio brasileño, un punto merece ser lamentado. Entendió el STF que el BPC solo podía concederse a los migrantes regulares. Así, se ve la exclusión de aquellos que están en situación migratoria irregular. Esta postura equivocada crea una discriminación entre migrantes documentados e indocumentados, lo que vulneraría el derecho internacional de los derechos humanos (Pérez González, 2012: 61) y desconsidera el ideal de “desnacionalización parcial de la ciudadanía” (Sassen, 2016: 76).

Al margen de la jurisdicción constitucional, es posible observar que la jurisdicción ordinaria, en el ámbito federal, también comienza a concretar los derechos humanos de los migrantes y, a diferencia del STF, atribuye la titularidad de derechos fundamentales a los extranjeros independientemente de la regularidad migratoria.

En ese sentido, el 2 de Vara del Trabajo de Francisco Beltrão (Tribunal Regional del Trabajo de la 9ª Región - Paraná), el 13 de febrero de 2015, en los autos 164 a 2015,

ilegalizó la desestimación, en virtud de la condición de extranjero en situación migratoria irregular, de la liberación de los valores depositados en cuenta bancaria procedentes del Fondo de Garantía por tiempo de servicio (FGTS).

Entendió el juicio laboral que “la condición del autor, de extranjero en situación migratoria irregular en el país, no puede eliminar cualquiera de sus derechos sociales, que también son fundamentales”. Además, afirmó que “cualquier restricción impuesta al autor para sacar el FGTS debido a su situación migratoria, además de vulnerar los dispositivos constitucionales que garantizan la igualdad entre brasileños y extranjeros residentes, vulnera también la Declaración de Principios de la OIT, según la cual los Estados tienen el compromiso derivado de respetar, promover y realizar los principios fundamentales, entre los cuales el de eliminar la discriminación, que hace que los Estados tengan la obligación de observar tratados internacionales, aunque no ratificados”.

Algunas cuestiones, aunque de forma breve, merecen ser destacadas. La magistrada reconoció que el principio de no discriminación prohíbe cualquier trato discriminatorio contra trabajadores extranjeros, incluso en situación irregular. En cuanto a la fundamentación de la decisión, se basó en la ya citada Declaración de Principios de la OIT, en la “Declaración Americana de Derechos Humanos”, en la Opinión Consultiva 18/2003, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el carácter de *ius cogens* del principio de no discriminación.

Ante estos fundamentos, la presente decisión también está pautada en los postulados del Estado constitucional cooperativo. A diferencia de lo pronunciado por el STF con respecto a la constitucionalidad de la concesión del BCP a los extranjeros regularmente residentes en el país, la segunda sentencia, dictada por un tribunal de primera instancia, reconoció la total imposibilidad de discriminación entre trabajadores nacionales y extranjeros, aunque se encuentren en situación migratoria irregular. También cabe destacar el acierto del magistrado de la Justicia del Trabajo al fundamentar su sentencia en instrumentos internacionales y manifestaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Conclusión

En las líneas precedentes ha sido posible corroborar la idea de que en el actual escenario de globalización neoliberal existe una tridimensionalidad normativa en la regulación de las migraciones. Las normas estatales, internacionales y transnacionales figuran en el marco normativo de las migraciones. Sin embargo, muchos países ignoran las obligaciones internacionalmente pactadas y no promueven políticas migratorias que concreten los derechos humanos de los migrantes. Además, el derecho transnacional en ningún momento refleja tal preocupación. Por lo tanto, el modelo de Estado constitucional cooperativo debe ser debidamente implementado, incluyendo a través de su impacto en la propia actividad jurisdiccional doméstica, como forma de controlar y/o mitigar los efectos negativos de la globalización.

Ante la debilidad de los Estados periféricos a la hora de humanizar sus políticas migratorias, queda la esperanza de una actuación de la jurisdicción, ya sea nacional o internacional, en que todas las personas sean consideradas sujetos de derechos humanos independientemente de su condición de nacional o situación migratoria. En ese contexto se defiende la jurisdicción cooperativa como medio para mitigar los efectos negativos de la globalización neoliberal, así como instrumento al servicio de la concreción de los derechos humanos de todas las personas, especialmente de los migrantes vulnerables.

Es necesario que el poder judicial, principalmente el estatal, esté atento al impacto de la globalización neoliberal y las tendencias deshumanizadoras de la regulación de las migraciones. En efecto, es imperativo que el derecho internacional de los derechos humanos pueda aplicarse mejor, que el principio de solidaridad sirva de guía para la interpretación del derecho doméstico y que la concreción de los derechos humanos de los migrantes vulnerables se pueda alcanzar independientemente de su regularidad migratoria.

La decisión del STF, al reconocer la constitucionalidad de la concesión del BCP a los extranjeros que cumplen los requisitos legales, puede considerarse como un primer paso hacia la interpretación del derecho estatal a la luz del principio de solidaridad defendido por Häberle y hacia la concreción de los derechos humanos de los migrantes.

En un futuro breve, la discriminación hacia los migrantes en situación migratoria irregular será superada, así como lo hizo la justicia del trabajo.

Por último, es necesario que todo el poder judicial ejerza su papel y asuma su responsabilidad en la gobernanza social de las migraciones.

Referencias

ANNONI, Danielle y Joanna de Angelis Galdino SILVA, “Os Direitos Trabalhistas dos Refugiados no Brasil: Desafios para a aplicação da norma mais favorável ao indivíduo na era da terceirização”, *Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, vol. 4, núm. 8, 2015, pp. 63-79.

APOLINÁRIO, Silvia y Liliana Lyra JUBILUT, “A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração”, *REVISTA DIREITO GV*, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 275-294.

BARBERO, Iker, *Las transformaciones del Estado y del derecho ante el control de la inmigración*, Ikuspegi, Bilbao, 2010.

BARBERO, Iker, *Globalización, Estado y ciudadanía: Un análisis socio-jurídico del movimiento sinpapeles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BARBERO, Iker y Libardo JOSÉ ARIZA, “Ciudadanía más allá del Estado-nación: Pertenencia y derechos en un mundo global”, en BARBERO, Iker y Libardo JOSÉ ARIZA (comps.), *Ciudadanía sin nación*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010, pp. 27-122.

BARBERO, Iker, “¿Puede la gobernanza de las migraciones ser social?”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 175-195.

CASTRO FRANCO, Alexandra, *La gobernanza internacional de las migraciones: De la gestión migratoria a la protección de los migrantes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

- COUTINHO, Beatriz Isola, “Migração internacional e integração regional: Diálogos entre Mercosul e a Unasul”, *Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais*, núm. 17, 2013, pp. 59-71.
- DE LUCAS, Javier, “La obligatoriedad de un servicio social y los deberes de solidaridad”, *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 9, 1996, pp. 153-186.
- FERRAJOLI, Luigi, *A soberania no mundo moderno*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- GARCIA, Lila, “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”, *Colombia Internacional*, núm. 88, 2016, pp. 107-133.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, UNAM, México D.F., 2003.
- HÄBERLE, Peter, *Estado constitucional cooperativo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007.
- HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2013.
- MOREIRA, Thiago Oliveira, “Implicações do Modelo Häberleano de Estado Cooperativo na Jurisdição” en Tatyana Scheila FRIEDRICH y Larissa RAMINA (eds.), *Coleção Direito Internacional Multifacetado: Convergências e divergências entre ordens jurídicas. v. 5*, Juruá, Curitiba, 2015, pp. 275-298.
- MOREIRA, Thiago Oliveira, “A abertura do Estado ao direito internacional e a jurisdição cooperativa: Uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle”, en Wagner MENEZES (org.), *Direito Internacional em Expansão. Anais do XIV Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2016, pp. 40-59.
- SASSEN, Saskia, “Será este o caminho? Como lidar com a imigração na era da globalização”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 64, 2002, pp. 41-54.
- SASSEN, Saskia, *Los espectros de la globalización*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2003.

SASSEN, Saskia, “Incompletud y la posibilidad de hacer. ¿Hacia una ciudadanía desnacionalizada?”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 61, núm. 226, 2016, pp. 73-104.

SOLANES CORELLA, Ángeles, “Derechos humanos y asilo: Sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 7, 2014, pp. 181-210.

Retornando jurisprudencialmente hacia el *welfare state*: Extranjeros y asistencia sanitaria

Luis Ángel Triguero Martínez
Universidad de Granada
ltriguero@ugr.es

Resumen

El hecho de que en el año 2016 el Tribunal Constitucional haya repensado el derecho a la asistencia sanitaria y su universalización para las personas extranjeras residentes formalmente supone, implícitamente, ubicar en el centro del debate el posible punto de partida para el regreso al modelo del *welfare state*, tras las reformas acometidas sobre aquél en los primeros años de la segunda década del presente siglo y que marcaron un transitar firme hacia un modelo de *workfare state*. En este sentido, con el reciente derecho jurisprudencial sobre la universalidad del derecho constitucional a la asistencia sanitaria, se apuesta decididamente por una regresión en la tendencia indicada, especialmente atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad de la exigencia de requisitos económicos para el acceso al derecho en cuestión. La lógica económica se pliega ante la social e inclusiva.

Palabras clave: asistencia sanitaria, universalidad, personas extranjeras, jurisprudencia, requisitos económicos

“La jurisprudencia es declaración de derecho, pero concreta; de ella emanan derechos subjetivos, los que se reconocen; pero no derecho objetivo general”

(Clemente de Diego, 2016: 37)

1. *Welfare state* y *workfare state*: Caminos de ida y vuelta desde la asistencia sanitaria

En tanto en cuanto pilar del modelo de Estado social de derecho, la protección de la salud a través de la asistencia sanitaria desde los postulados constitucionales españoles se vio afectada (o, por lo menos, cuestionada) formal y materialmente en el año 2012, y desde entonces hasta el momento actual. En un escenario de crisis económica, de austeridad y de recorte del gasto público, se acometió una reforma profunda en su sentido y alcance a través del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Se trata de una reforma polémica desde la perspectiva técnico-jurídica y de política del derecho, sobre todo porque, en última instancia, supone la consolidación del paso de un modelo de *welfare state* a otro de *workfare state*. La necesidad de haber estado empleado, estarlo o haber aportado al sistema directa o indirectamente para beneficiarse de la protección del Sistema Nacional de Salud se impone frente a la cobertura de las necesidades básicas –manifestadas esencialmente en una protección de la salud de la persona– y la procura existencial inherente al modelo social. Impera el planteamiento en virtud del cual la protección que reciba la persona deriva directamente solo del trabajo realizado –omnicomprensivamente entendido, como actividad profesional– frente al modelo de Estado de bienestar y su protección universal e igualitaria (Molina Hermosilla, 2005: 187-188; Molina Navarrete, 1999: 55 ss).

Esta tendencia queda confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio de 2016, dictada en Pleno, declarando la constitucionalidad de la última reforma sanitaria de conjunto acometida, desde la ratificación de la opción escogida por el Gobierno, en su momento, en aras de concretar los sujetos que tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud para un ahorro de costes y la mejora de eficacia del propio Sistema.

Pero, simultáneamente, como inicio del camino de vuelta hacia el *welfare state*, universalizando la propia asistencia sanitaria sobre la base de la residencia formal, se declara la inconstitucionalidad de la exigencia de superación del límite de ingresos –determinado reglamentariamente– que establece el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28

de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, tras la redacción dada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley en cuestión, fijado en 100 000 euros al año por medio del Real Decreto 1192/2012.

Implícitamente, por tanto, en conexión con lo apuntado, se retrocede de forma fáctica parcialmente en la evolución de la consolidación y extensión del *workfare* implantado mediante la universalización limitada de la asistencia sanitaria.

De esta manera, con este relevante pronunciamiento jurisprudencial, desde la ruptura de la absoluta universalidad del derecho a la asistencia sanitaria (Triguero Martínez, 2014: 23-26) que produjo el Real Decreto 16/2012, se replantea el debate político-jurídico sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España; se concisa técnicamente la justificación de la nulidad de la exigencia del requisito económicamente impuesto; y se valora la implicación inmediata de la propia Sentencia. Todas y cada una de estas dimensiones señaladas son analizadas a continuación.

2. El derecho a la asistencia sanitaria, ¿qué universalidad?

Con la entrada en vigor de la reforma sanitaria (Moreno Fuentes, 2013: 238 ss) y su reciente confirmación jurisprudencial por el Alto Tribunal acontece automáticamente un cambio de concepción, un cambio de modelo, que afecta al derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en forma de tránsito hacia el *workfare state*. Y es que hasta la fecha apuntada en la que se aprueba la reforma del sistema afectante a este derecho, era de sujetos titulares y no de sujetos asegurados. Es así porque se involuciona en su sentido y alcance de *welfare*. Significativo, al respecto, es que, en cierta medida, se ignore lo que ya en su momento los grandes intérpretes doctrinales de la Constitución coincidieron en afirmar de que el artículo 43 de nuestra norma fundamental suponía la superación total del concepto de seguro en el marco de esta cuestión (Palomar Olmeda, 2012: 53). Por tanto, se retrocede. De forma más matizada, se ha apuntado también la consideración de que no es tanto el retroceso en la práctica, en la realidad, pues la universalidad era más formal que otra cosa (Molina Navarrete y Molina Navarrete, 2012: 25).

En este sentido, de un lado, se parte de una situación en la que estaba vigente una concepción de este derecho avanzada y coherente con el significado e implicaciones más auténticas y genuinas del modelo de Estado social y democrático de derecho, ya que gozaba de una titularidad universal al ser beneficiarias todas las personas sin discriminación (Monereo Pérez y Triguero Martínez, 2013: 48 ss), sobre la base implícita de la consideración de la salud como un bien social universal necesitado de tutela y protección (Rodríguez-Rico Roldán, 2016: 63 y ss.). Y de otro lado, sin embargo, se deriva, se llega, a la instauración de la condición de asegurado, recuperando así y volviendo a la actualidad esta concepción. Es así porque, desde un primer momento, se viene a dejar claro que la asistencia sanitaria prestada en el marco del Sistema Nacional de Salud se garantiza solamente a las personas que tengan la condición de asegurado.

En suma, se transita de una sanidad universal asentada en la residencia y en una ciudadanía que atribuye derechos –implícitamente, una ciudadanía social e inclusiva, propia e inherente a un modelo de Estado social (Triguero Martínez, 2012: 383-384)– a otra sanidad asentada en la condición de asegurado (ciudadanía social restrictiva). Una condición de asegurado que, de acuerdo con artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, conlleva explícitamente la necesidad de haber tenido un vínculo laboral, tenerlo en la actualidad o tener relación familiar con la persona en alguna de las dos situaciones anteriores. Se desemboca, por ende, en un aseguramiento contributivo y en un aseguramiento asistencial (Molina Navarrete y Molina Navarrete, 2012: 26), pasando del *welfare* al *workfare*.

Dos implicaciones inmediatas se derivan en clave restrictiva: por una parte, la esencialidad del vínculo laboral o prestacional del sistema, y por otra parte, la pérdida de automaticidad del derecho, al no vincularse a la condición de persona ciudadana, sino a la existencia de una relación laboral o prestacional actual o pasada (Palomar Olmeda, 2012: 54-55). De ahí el nuevo rol de reconocimiento y control de la condición de beneficiario atribuido por el artículo 3 *bis* 1 al Instituto Nacional de la Seguridad Social –o al Instituto Social de la Marina–, el cual la reconocerá de oficio o previa solicitud del interesado. En esencia, se sobreentiende que las personas aseguradas han de disponer de un número de afiliación a la Seguridad Social y, adicionalmente, encontrarse en los supuestos legalmente establecidos.

Muestra de ello es que, según el apartado segundo del mismo artículo tercero, están aseguradas las personas que tengan la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia estando afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; ostenten la condición de pensionista del sistema de Seguridad Social; sean receptoras de cualquier prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza; o se encuentren en situación de desempleo y no acrediten la condición de asegurado por cualquier otro título y residan en España.

Sin embargo, es cierto que estas implicaciones restrictivas *a posteriori* se flexibilizan y se convierten o transforman en más laxas, porque con criterios adicionales establecidos normativamente en la concreción y el desarrollo de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012 se halla una tendencia implícita hacia la universalidad, hacia la extensión universal de la condición de asegurado. Ahora bien, se trata de una apertura selectiva o una universalidad selectiva –por contradictorio que parezca ante el significado de los términos– sobre la base de criterios adicionales establecidos. Criterios que, por otra parte, con el pronunciamiento jurisprudencial citado, se vienen a eliminar parcialmente. Se confirma, por ende, esta universalización en el marco del *workfare state*.

El caso paradigmático de esta circunstancia se produce con el apartado tercero – en relación con los residentes comunitarios y extranjeros– y cuarto del citado artículo tercero: tienen la condición de beneficiario de un asegurado, en tanto en cuanto presenten residencia en España, el cónyuge o la persona con análoga relación de afectividad acreditando la correspondiente inscripción oficial así como el ex cónyuge a cargo del asegurado y los descendientes y las personas asimiladas a cargo del mismo menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%. Se sustentan estos supuestos sobre la base del parentesco, fundamento esencial y clave en el seguro de enfermedad (Palomar Olmeda, 2012: 59).

Sin embargo, *a sensu contrario*, hace necesario repensar la tendencia apuntada el hecho de que quedan excluidas tanto las personas protagonistas de una relación análoga de afectividad al matrimonio que no se encuentra adecuadamente formalizada en el correspondiente registro, como los descendientes a cargo mayores de 26 años o que

tengan una incapacidad igual o inferior al 64%. O, significativamente y retomando los supuestos, con el artículo 3 *ter*, relativo a la asistencia sanitaria en situaciones especiales.

En cualquier caso, el cumplir con los requisitos exigidos para alcanzar la condición de asegurado reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, habilita para que la Administración Sanitaria Autonómica competente entregue a la persona la tarjeta sanitaria individual. Esta, en pura esencia, es la que da contenido, eficacia y garantía al derecho a la asistencia sanitaria en orden al acceso a las prestaciones del Sistema (Blasco Lahoz, 2013: *passim*) y, en definitiva, a la protección de la salud de la persona.

3. Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en España: La reapertura de un debate político-jurídico entre doctrinas jurisprudenciales constitucionales

Un eje fundamental que vertebra el pronunciamiento jurisprudencial en cuestión en relación a la declaración de nulidad del inciso apuntado –límite de ingresos determinado reglamentariamente– es si la exclusión del derecho a la asistencia sanitaria para las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular realmente se puede fundamentar en el origen nacional de la persona o en la condición administrativa conectada a la residencia legal. Como bien se apunta en la Sentencia, no tienen conexión alguna formal y razonable con la exigencia del cumplimiento de la capacidad económica fijada en el umbral recogido en el artículo 3.3 del Real Decreto-Ley 16/2012.

Este planteamiento origina que se vuelva a reabrir jurisprudencialmente el debate político-jurídico entre la doctrina social –atribución universal, Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007, esencialmente– y restrictiva –clasificación tripartita y atribución selectiva en cuanto derechos de configuración legal, Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984– sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España (Triguero Martínez, 2012: 207-218).

En esta dirección, por la propia Sentencia, pero en este caso proyectando planteamientos hacia el derecho a la asistencia sanitaria, se vuelve a plantear técnica y políticamente la extensión de los derechos de ciudadanía a los extranjeros como objetivo de la política jurídica bajo el amparo de que necesariamente se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial en los términos fijados en las normas internacionales, tal y como se deduce del artículo 10.2 de la Constitución. El paradigma de tal situación, que ya se produjo en las sentencias señaladas del año 2007 con derechos socio-laborales tales como la libertad sindical o la huelga, se proyecta ahora, con esta Sentencia reciente, hacia el alcance del derecho a la asistencia sanitaria.

Y es que la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 afirma que la universalidad inherente al artículo 43 de la Constitución Española en materia de protección de la salud –identificada en el derecho de acceso y obligación de servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud– y su materialización a través del derecho a la asistencia sanitaria no se tiene que confundir con el derecho a la gratuidad de las prestaciones y de los servicios prestados en el marco del Sistema en cuestión. No se ha de confundir principio rector con derecho (Monereo Pérez, 2016: 833 ss).

Cuestión esta, diferenciación entre principio rector y derecho fundamental, que el voto particular de la Sentencia realizado por D. Fernando Valdés Dal Ré califica como simpleza en cuanto criterio utilizado para descartar la infracción del artículo 86.1 de la Constitución (imposibilidad de que el Decreto-Ley pueda entrar a regular los derechos, deberes y libertades del Título I de la Constitución).

De hecho, la Sentencia examina textos internacionales en que aparece remitiendo su regulación a las condiciones establecidas por las respectivas legislaciones nacionales. Aspecto este último que, consecuentemente, entiende el pronunciamiento jurisprudencial que atiende y considera el legislador español –o, más bien, el Gobierno metido a legislador a través del Decreto-Ley–, especialmente cuando el derecho a través del cual se materializa la propia protección de la salud se considera formalmente un derecho de configuración legal. Por ello se reafirma la constitucionalidad de la medida, por más que suponga un cambio de criterio interpretativo en relación a momentos anteriores.

La Sentencia ilustra estos planteamientos recurriendo al caso de las personas extranjeras en situación administrativa irregular. Justificando este epígrafe, el pronunciamiento jurisprudencial sostiene que para el caso de los extranjeros se está ante un derecho susceptible de ser modulado en su aplicación por el legislador y, a tal efecto, se puede considerar la cuestión de la situación legal y administrativa para su ejercicio efectivo. Por tal motivo quedan excluidos (Benlloch Sanz, 2016: 161 ss; Rodríguez Bravo de Laguna, 2016: 857 ss.). Necesitan, como mínimo, residencia formal.

Al respecto, en el voto particular de D. Juan Antonio Xiol Ríos, de una parte, se califica como desproporcionada la modificación introducida en el sistema de protección de la salud a propósito de la exclusión de este colectivo; y de otra parte, se mantiene que esta exclusión particular no considera las obligaciones que, en su momento, el Estado asumió como resultado del artículo segundo del Convenio de Roma, ni las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con la exclusión de las personas adultas extranjeras en situación administrativa irregular del sistema sanitario, ni tampoco la doctrina del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cualquier caso, la Sentencia obvia planteamientos de fondo y sustanciales relativos a que este derecho, en su titularidad y ejercicio y por la conexión directa con la protección de la salud, o bien deriva de la realización de una actividad socioeconómica útil, independientemente de la nacionalidad del que la realiza y su situación, o bien es inherente a la existencia de determinadas situaciones de necesidad, al margen de la condición personal y de que se realice o no actividad. Lo recuerda expresamente el voto particular de la Sentencia formulado por D. Fernando Valdés Dal Ré, alegando que el derecho a la protección de la salud mantiene una conexión instrumental con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física fijado en el artículo 15 de la Constitución, tal y como tanto ha defendido el propio Tribunal Constitucional en pronunciamientos de años anteriores, como recogido en textos internacionales.

Y es que, de lo contrario, quedarían acentuados los efectos excluyentes de una sociedad remercantilizada en la que, al igual que ocurre con otros colectivos en el seno de las sociedades de la opulencia, cada vez son más los desplazados hacia situaciones vulnerables y desarraigados, con la consecuencia inmediata del aumento de los focos

del conflicto social. En este supuesto, por qué no, generados por situaciones potenciales o reales de insalubridad.

Por encima de lo apuntado, de lo que se trata es de destacar la importancia que posee la jurisprudencia constitucional de la década pasada –en el marco de la doctrina social indicada– en estos derechos sociales fundamentales en cuanto que, necesariamente, se han de considerar tanto de ciudadanía *stricto sensu* como de ciudadanía laboral. Entroncan tanto con el principio participativo –propio de los derechos de ciudadanía política– como con el principio de libertad –propio de los derechos de ciudadanía civil o cívica– e incluso con el principio de igualdad –propio de la ciudadanía social– concretándose en un determinado colectivo socioeconómico, el de las personas trabajadoras omnicomprendidamente entendidas. Y, en este marco del *workfare*, necesariamente se han de ejercer y concebir como derechos del ciudadano en cuanto trabajador, persona socialmente situada (Monereo Pérez, 1996: *passim*).

Esta circunstancia tiene el riesgo de trazar una desaconsejable separación entre los derechos y libertades generales de la persona y los derechos y libertades de la persona en su condición (estatus social) de trabajadora. Tendencia que, explícita e implícitamente, viene a remarcar esta evolución del *welfare* al *workfare state* y el posible punto de inicio del retorno al primero, siendo claro ejemplo el derecho social fundamental a la asistencia sanitaria. Al respecto, no se ha de obviar que la Constitución tiene una función formadora y conformadora de los principios, derechos y libertades de contenido social y laboral. La Constitución forma el Derecho Social en tanto que la constitucionalización de los principios y derechos sociales y jurídico-laborales es un dato básico para conocer su caracterización como sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico general.

En efecto, la recepción constitucional de determinados derechos subjetivos del ciudadano y la consagración de principios sociales y jurídicos-laborales en la norma fundamental (o fuente que constituya y defina el sistema jurídico) va a implicar que esos principios y derechos sociales y laborales adquieran el mismo rango formal y material que los que venían inspirando tradicionalmente el ordenamiento general. Se ha podido decir que la Constitución da al trabajo humano igual consideración y jerarquías que otras materias de orden político-jurídico, lo que deriva del hecho de que la regulación del trabajo se estima como elemento esencial del orden social establecido en

un momento histórico determinado. De ahí que sea la propia Constitución quien formalice los principios básicos de la organización social y laboral.

El constitucionalismo social contemporáneo va a reconocer junto a los derechos de libertad clásicos los llamados derechos sociales y económicos de la persona trabajadora profesional. Hay, pues, una equiparación jurídico-política, en la misma fuente, de los derechos generales de la persona y los derechos subjetivos del ciudadano en su condición de trabajador. Por eso es legítimo afirmar que se hace de los derechos del trabajador derechos análogos a los del ciudadano.

Es en esta línea de pensamiento que un sector de la doctrina clásica (Lyon-Caen, 1980: 31 ss) ha hecho notar que el derecho constitucional tiene la función de organizar las instituciones de la democracia; y la democracia misma en las relaciones de trabajo no puede ser otra cosa que hacer de los derechos de las personas trabajadoras – indistintamente de su origen nacional o situación administrativa– derechos análogos a los del ciudadano. Subyace en el sentido y alcance de este planteamiento la tensión interna que supone la universalización de la asistencia sanitaria desde la condición de asegurado para las personas extranjeras en la evolución de ida y vuelta que se viene produciendo del *welfare* al *workfare state*.

4. El retorno hacia el *welfare state*: La inconstitucionalidad de la exigencia de requisitos económicos. Planteamiento técnico-jurídico

A modo de universalización dentro de la protección social y a propósito de la asistencia sanitaria, en el marco de la evolución que está experimentando el *workfare state* en nuestro país, se ubica el alcance técnico-jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016. Y es gracias a la declaración de nulidad (como ya se advirtió al comienzo) por inconstitucional del inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada al mismo por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012.

Es así porque se tiende de manera débil hacia una universalidad efectiva en la condición de asegurado a través de la facilitación de la protección de la salud

posibilitando legalmente el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria sin sujeción a límites económicos. Queda eliminada la exigencia del requisito de no superación de la particular cantidad económica para toda persona nacional, ciudadana de la Unión o extranjera con permiso de residencia que no tenga vinculación alguna con el sistema de Seguridad Social, en ausencia de cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la condición de asegurado. Remisión, por tanto, directa al artículo 2.2 que define precisamente los supuestos de la condición de asegurado en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Quedan reconocidos así, a través de esta propia condición, la titularidad y el ejercicio del derecho social de protección de la salud a través del derecho fundamental material de asistencia sanitaria. Quedan abiertos interrogantes sobre si se refuerza así este planteamiento desde la solidaridad inherente al modelo de *welfare state* (Arenas Catalán, 2015: 334 ss).

El límite económico que no se debía superar quedó fijado, por medio del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, en la cuantía de 100 000 euros al año. Cantidad que no se estableció de forma directa en la propia Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud tras la reforma de conjunto experimentada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril. Tan solo quedó prevista una remisión en blanco a una norma reglamentaria que, como es el caso del Real Decreto citado, se aprobó a posteriori. He aquí el *quid* técnico-jurídico de la cuestión y el por qué de la declaración de su nulidad.

Entiende el Alto Tribunal que esta regulación supone una clara y evidente desregulación legal. Es así porque, directamente, se deja en manos del Gobierno (y no del legislador) la fijación de la cantidad económica que ha de marcar el umbral hasta el cual queda garantizada la asistencia sanitaria y a partir del cual se excluyen a personas del ejercicio efectivo del derecho en cuestión.

De forma explícita, en lógica consecuencia, quedaba vulnerado el contenido mínimo y esencial protegido del derecho a la asistencia sanitaria –a través del cual, precisamente, se hace reconocible– en cuanto derecho de configuración legal, en conexión con la protección de la salud establecida constitucionalmente como principio rector en el artículo 43.

En consonancia con la correcta técnica jurídica con la que proceder para y con los derechos fundamentales, sus contenidos esenciales y adicionales en relación a su titularidad y ejercicio, el Tribunal Constitucional ordena la nulidad inmediata del inciso apuntado e incluido en el artículo 3.3 de la citada Ley reguladora del Sistema Nacional de Salud.

5. Implicaciones de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el reconfigurado derecho a la asistencia sanitaria

La declaración de inconstitucionalidad del inciso señalado en el epígrafe anterior en relación al artículo 3.3 de la Ley 16/2003, implica, desde la técnica jurídica, como ya se ha señalado, su inmediata nulidad. Pero, sin embargo, guarda silencio tan importante pronunciamiento jurisprudencial en relación al caso de sus posibles efectos retroactivos sobre las personas a las que, superando la cuantía del límite fijado reglamentariamente durante su vigencia hasta la fecha de la Sentencia, se les ha venido vetando el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia sanitaria al no tener la condición de asegurado.

Asimismo, tampoco se ha producido la aclaración de sus posibles efectos a través de cualquier instrumento normativo particular de carácter interno para las Administración competente en el reconocimiento en titularidad y ejercicio del derecho e implicada en su gestión (Panizo Robles, 2016: 5-6).

Ante esta circunstancia, imperiosamente, se ha de entender que cualquier persona que se encuentre en nuestro país, tenga residencia formal y material y no se encuentre en ninguno de los supuestos de condición de asegurado expresamente recogidos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003 tiene el mencionado derecho. A tal fin, facilitando y posibilitando su ejercicio, la Administración competente en las solicitudes de reconocimiento de la condición de asegurado a los únicos efectos de la asistencia sanitaria tiene obligatoriamente que tramitarlas y resolverlas sin atender ni considerar los ingresos del solicitante (Sempere Navarro y Kahale Carrillo, 2012: 459 ss).

Para su concesión y efectividad, desde una perspectiva lógica y coherente de conformidad a los postulados jurídico-normativos al respecto, tan solo se ha de corroborar, en primer lugar, la residencia formal; en segundo lugar, el no estar cubierto

por cualquier otra posibilidad fijada legalmente; y en tercer lugar, no tener atribuida la condición de asegurado, ni directa ni indirectamente, siguiendo cualquiera de los cauces que al efecto establece la Ley.

Con ello se retrocede parcialmente en la evolución y consolidación del *workfare state* en nuestro país a través de la asistencia sanitaria y se inicia el regreso al *welfare state*. Experimenta un revés la tendencia. Se universaliza la asistencia sanitaria por encima de los umbrales económicos. Se refuerza su carácter de presupuesto ineludible para la materialización de la cohesión social (Rodríguez-Rico Roldán, 2016: 43-45). Y automáticamente, el derecho a la asistencia sanitaria se concibe como lo que realmente es: un auténtico y genuino derecho social de desmercantilización.

Ahora bien, se sigue manteniendo la exigencia del requisito excluyente –que, *a sensu contrario*, favorece el avance de la tendencia apuntada– de la residencia formal. En virtud del mismo quedan excluidas de este derecho, automáticamente, las personas extranjeras en situación administrativa irregular.

Así pues, implícitamente, vuelve a imperar la doctrina restrictiva jurisprudencial sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en materia del derecho a la asistencia sanitaria. Se impone su opción técnico-jurídica de ser un derecho entendido como de configuración legal, sobre la naturaleza y función social del mismo en aras de la protección de la salud de las personas. Esta queda replegada a la primera. De nuevo, una vez más, repitiéndose la historia, por motivos de ¿eficiencia? económica para así garantizar el Sistema Nacional de Salud. La lógica social e inclusiva queda replegada ante la lógica económica. Las bases para la consolidación del *workfare state* continúan implementándose, pese a este revés jurisprudencial, punto de inicio del camino de vuelta que ha de considerarse modelo para el futuro inmediato.

6. Referencias

ARENAS CATALÁN, Eduardo Salvador, “Solidaridad social y derecho a la salud: La asequibilidad en el suministro de servicios esenciales públicos de salud”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 333-357.

BENLLOCH SANZ, Pablo, “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: Situación actual y perspectivas”, en AA. VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 161-168.

BLASCO LAHOZ, José Francisco, *Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Comares, Granada, 2016.

LYON-CAEN, Gerard, “Constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en AA. VV., *Los trabajadores y la constitución*, Madrid, 1980.

MOLINA HERMOSILLA, Olimpia, *La dimensión jurídica de la política de empleo. El derecho del empleo como nueva categoría sistemática*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2005.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La metamorfosis de la cuestión social: ¿del *welfare state* al *workfare state*? Dos concepciones de la idea de contrapartida en las prestaciones sociales”, en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Volumen I, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

MOLINA NAVARRETE, Esther y Cristóbal MOLINA NAVARRETE, “Elevando el ‘umbral del dolor’ de la mala gestión de la crisis: Recortes travestidos de reforma sanitaria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 351, 2012, pp. 5-68.

MONEREO PÉREZ, José Luis, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en AA. VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 835-846.

- MONEREO PÉREZ, José Luis y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ, “Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: Sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013, pp. 17-62.
- MORENO FUENTES, Francisco José, “Retos, reformas y futuro del Sistema Nacional de Salud”, *REAF*, núm. 18, 2013, pp. 238-266.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, “La asistencia sanitaria en España”, en Alberto PALOMAR OLMEDA, Daniel LARIOS RISCO y José VÁZQUEZ GARRANZO, *La reforma sanitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 25-98.
- PANIZO ROBLES, José Antonio, “La universalización en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, página web del Centro de Estudios Financieros, Laboral Social, 1 de septiembre 2016, disponible en <http://www.laboral-social.com/STC-139-2016-21-julio-universalizacion-asistencia-sanitaria-publica.html>.
- RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan José, “El discutido alcance universalista de la asistencia sanitaria: La exclusión de los extranjeros irregulares y la necesidad de su revisión legal”, en AA. VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 857-864.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria, *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: Tensiones y desafíos en su articulación*, Comares, Granada, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y Djamil Tony KAHALE CARRILLO, “Asistencia sanitaria”, en Antonio Vicente SEMPERE NAVARRO (dir.) y Djamil Tony KAHALE CARRILLO (coord.), *Reforma de la salud pública y la asistencia sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RD Ley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.

TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, “Sanidad reformada y movilidad de personas: El acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 376, 2014, pp. 13-52.

Lucha contra toda discriminación por la exhibición de símbolos religiosos o políticos

Manuela Durán Bernardino

Universidad de Granada

mduranb@ugr.es

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha respaldado recientemente la posibilidad de que las empresas prohíban el uso del pañuelo islámico en horario laboral. Ante este hecho, el objetivo del presente trabajo es abordar la problemática del uso de símbolos religiosos o políticos en el ámbito laboral. En primer lugar se realizará el estudio de la normativa marco existente a nivel europeo sobre la protección del derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación (derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos) y en segundo lugar se analizará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por último, se abordará la trascendencia de las bases fijadas por la doctrina científica y jurisprudencial ante el reto de resolver los conflictos internos originados entre el derecho a la libertad religiosa de los trabajadores y los intereses empresariales en el marco de las relaciones laborales.

Palabras clave: discriminación, religión, relación laboral, migración

1. Introducción

En el ámbito de las relaciones laborales, resulta en ocasiones difícil estructurar un marco jurídico estable que permita la coexistencia pacífica del poder de organización empresarial con los derechos fundamentales del trabajador (García, 2016: 329), entre los que se encuentran el derecho a la intimidad, a la libertad religiosa y a la no discriminación por razones de sus creencias (Martín, 2016: 213).

Centrando la atención en las frecuentes colisiones entre el derecho a la libertad religiosa y las obligaciones que nacen del contrato de trabajo, destacan las relativas a la uniformidad y simbología religiosa.

La cuestión reside en valorar hasta qué punto el trabajador goza de plena libertad para exteriorizar sus creencias religiosas, y en qué medida al empresario se le exige un correlativo deber de respeto de dichas manifestaciones (García, 2016: 330), aunque no se ajusten o directamente contravengan las normas de uniformidad existentes en el ámbito de la organización empresarial.

Este asunto ha sido tratado recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en distintas sentencias, en los términos que se analizan en este trabajo, y de las cuales se extraen esenciales criterios que permiten informar la resolución de los conflictos internos originados entre el derecho a la libertad religiosa de los trabajadores y los intereses empresariales en el marco de las relaciones laborales, conflictos estos cuya resolución se presenta como uno de los retos del derecho del trabajo para el siglo XXI (García, 2005: 1291).

Estos pronunciamientos judiciales se insertan en el debate europeo actual sobre el derecho a la igualdad y no discriminación por la exhibición de símbolos religiosos o políticos. Lo novedoso es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respalda con estas sentencias la posibilidad de que las empresas prohíban el uso del pañuelo islámico en horario laboral, al estimar que dicha prohibición “no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones” cuando exista un reglamento interno de la empresa que impida a los trabajadores la exhibición de cualquier símbolo. Es la primera vez que el Tribunal Europeo aborda un litigio sobre la utilización del velo islámico por parte de mujeres musulmanas, en unas sentencias que pueden sentar jurisprudencia a favor de vetar el uso de la prenda o de cualquier otro símbolo religioso en las empresas radicadas en Europa.

Ahora bien, mientras que por un lado la justicia europea estima que las empresas pueden limitar la exhibición de símbolos religiosos o políticos en sus códigos de funcionamiento interno, por otro deja en manos de los jueces de cada país la interpretación de cuándo se considera discriminatoria dicha prohibición y cuándo no. En consecuencia, el fallo abre la puerta a que la utilización de símbolos religiosos sea legal

en unas ocasiones e ilegal en otras, como por ejemplo en los casos en que se trate de la exigencia de un cliente y no de una norma interna de la propia empresa.

2. Libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales. Marco normativo europeo

Para abordar esta materia y delimitar su marco jurídico es necesario partir de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En su articulado se delimita la finalidad de la Directiva, que consiste en establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A tales efectos, se entiende por igualdad de trato “la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1” (art. 2).

Para mayor precisión, la propia Directiva delimita cuándo existirá discriminación directa (cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1) y cuándo discriminación indirecta (cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios).

Junto a esta regla general, en la que se lucha contra toda discriminación directa o indirecta, la Directiva fija una excepción en el apartado 1 de su artículo 4, al establecer que “los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no

tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

Así, si las disposiciones comentadas son transpuestas al derecho interno del Estado miembro donde se plantean los hechos controvertidos relativos a discriminación en el ámbito laboral por motivos de religión o convicciones, no se impedirán las diferencias de trato cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

Esto es lo que ocurre en el derecho francés, donde las disposiciones de la Directiva han sido objeto de transposición y se han recogido en los artículos L. 1132-1 y L. 1133-1 del Código de Trabajo.

Con base en las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y en su transposición al derecho francés, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recientemente ha conocido sobre un litigio en el que se planteaba la existencia o no de discriminación en un despido que tiene su causa en la negativa de una trabajadora de retirarse el pañuelo islámico cuando prestaba servicios en los locales de los clientes de la empresa para la que trabaja, con un planteamiento muy novedoso y de gran trascendencia en los términos que a continuación se analizan.

3. Limitación admitida en relación con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa

3.1. Sentencia de 15 de marzo de 2017 del TJUE

3.1.a) Breve síntesis del supuesto de hecho

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 14 de marzo de 2017, resuelve el litigio entre la Sra. Samira Achbita y la empresa G4S, relativo al despido de la Sra. Achbita a consecuencia de la utilización del pañuelo islámico durante la jornada laboral.

La relación laboral comienza el 12 de febrero de 2003, fecha en la que Samira Achbita, de confesión musulmana, fue contratada como recepcionista por la empresa

G4S. Esta empresa privada presta servicios de recepción y acogida a clientes tanto del sector público como del sector privado.

En el momento de la contratación regía en el seno de la empresa una norma no escrita que prohibía a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo.

En abril de 2006, la Sra. Achbita comunicó a su empleador que tenía la intención de llevar un pañuelo islámico durante las horas de trabajo. Como respuesta, la Dirección de G4S le informó de que no se toleraría el uso de tal pañuelo porque ostentar signos políticos, filosóficos o religiosos era contrario a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir en las relaciones con sus clientes. El 12 de mayo de 2006, tras un periodo de baja por enfermedad, la trabajadora comunicó a su empleador que reanudaría su actividad laboral el 15 de mayo y que a partir de entonces llevaría un pañuelo islámico.

Catorce días después el comité de empresa de G4S aprobó una modificación del reglamento interno, que entró en vigor el 13 de junio de 2006, con el siguiente tenor: “se prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de estas en el lugar de trabajo”.

Sin embargo, la promulgación de la norma no hizo que la trabajadora cambiara su indumentaria, por lo que fue despedida a mediados de junio, siendo impugnado el despido ante los órganos jurisdiccionales belgas.

La denuncia fue rechazada en las dos primeras instancias pero el Tribunal de Casación belga que revisó el caso, ante las dudas en cuanto a la interpretación de la Directiva de la Unión relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, pide al Tribunal de Justicia que dilucide si la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna general de una empresa privada constituye una discriminación directa.

3.1.b) Fundamentos de la posición judicial

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de la Directiva.

Los argumentos jurídicos que el tribunal esgrime frente a las cuestiones planteadas y en los que se basa la decisión adoptada son los siguientes:

1. La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, entiende por “principio de igualdad de trato” la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la religión. La Directiva no aclara exactamente qué es lo que entiende por religión, remitiéndose a los derechos fundamentales garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que, en su artículo 9, dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”. Del mismo modo, se remite a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del derecho de la Unión. Entre estos derechos se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 19, apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que implica la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individuales o colectivas, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Por lo tanto, el concepto de “religión” cubre tanto el hecho de tener convicciones religiosas como la libertad de las personas de manifestar públicamente dichas convicciones.

2. El Tribunal de Justicia observa que la norma interna de la empresa tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por ende, atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones. Por consiguiente, dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone en particular, de forma general e indiferenciada, una neutralidad

indumentaria. En consecuencia, tal norma interna no establece una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones en el sentido de la Directiva.

3. El Tribunal de Justicia señala que, sin embargo, no puede descartarse que el juez nacional llegue a la conclusión de que la norma interna establece una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. E incluso en ese supuesto indican los magistrados que dicha diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios. Por lo tanto, serán los órganos jurisdiccionales nacionales los únicos competentes para determinar si, y en qué medida, la norma interna es conforme con estos requisitos.

4. A tal fin, el Tribunal de Justicia ofrece algunas indicaciones, por ejemplo, al indicar que “el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes tanto del sector público como del sector privado tiene un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes, ya que dicho deseo está vinculado a la libertad de empresa”.

5. Por ello, considera que “la prohibición del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apta para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática”. A este respecto, si el juez nacional comprueba que la empresa había establecido, con anterioridad al despido de la Sra. Achbita, un régimen general e indiferenciado en la materia y es algo que afecta a quienes están con los clientes, el despido podría ser legal, siempre y cuando no existiera la posibilidad de ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido.

3.2. Sentencia de 15 de marzo de 2017 del TJUE. Asunto C-188/15, Bougnaoui y ADDH

3.2.a) Breve síntesis del supuesto de hecho

El Tribunal Europeo conoce de un litigio entre la Sra. Asma Bougnaoui y la Asociación de Defensa de los Derechos Humanos (ADDH), por un lado, y Micropole SA, por otro, relativo al despido por parte de esta última de la Sra. Bougnaoui a causa de que esta se negaba a retirar el pañuelo islámico cuando prestaba servicios en los locales de los clientes de esta empresa.

La Sra. Bougnaoui se presentó, el 4 de febrero de 2008, en Micropole para realizar un periodo de prácticas de fin de carrera en dicha empresa, momento en el cual llevaba anudado un simple pañuelo bandana. Posteriormente usó un pañuelo islámico en su lugar de trabajo. Cuando finalizó el periodo de prácticas, Micropole la contrató por tiempo indefinido como ingeniero de proyectos, a partir del 15 de julio de 2008.

Entre sus cometidos se incluía el de prestar servicios en los locales de los clientes de la empresa. El 15 de mayo de 2009 le asignaron un trabajo en el centro de trabajo de uno de estos clientes. Una vez concluido, el cliente hizo saber a la empresa que a algunos de sus empleados les había molestado que la Sra. Bougnaoui llevara velo, como efectivamente hace a diario, solicitando que la próxima vez no lo utilizara.

La empresa sostiene en la carta de despido que tanto en el momento de su contratación como en las reuniones que mantuvo con su director de operaciones y con la responsable de selección de personal, la cuestión del uso del velo se trató de forma muy directa con la trabajadora. Se le manifestó el total respeto al principio de libertad de expresión y a las convicciones religiosas personales, pero se puntualizó que, puesto que tendría que relacionarse con los clientes, tanto en la empresa como fuera de ella, no siempre podría llevar el velo. En interés de la empresa y en aras de su expansión, en las relaciones con sus clientes se ven obligados a imponer la discreción en lo que respecta a la expresión de las opciones personales de sus trabajadores.

El 17 de junio la empresa reiteró la necesidad de respetar esa neutralidad, y le pidió a la trabajadora que la mantuviera con sus clientes. En dicha ocasión se le volvió a preguntar si podía asumir tales exigencias profesionales, lo que implicaba no usar el velo, y su respuesta fue negativa.

Tras ser convocada, el 15 de junio de 2009, a una entrevista previa a un eventual despido, la Sra. Bougnaoui fue despedida mediante carta de 22 de junio de 2009, al considerar la empresa que la actitud de la trabajadora hacía imposible que continuara prestando sus servicios en la empresa, dado que como consecuencia de ella no se podía contemplar la posibilidad de que prestase servicios en los locales de sus clientes, por lo que no pudo efectuar la prestación de servicios correspondiente al periodo de preaviso. Al serle imputable esta imposibilidad, no tendría derecho a una indemnización.

La empresa lamenta que se produzca esta situación, al considerar que tanto las competencias profesionales como el potencial de la trabajadora les habían hecho albergar la esperanza de que su colaboración con la empresa fuera duradera.

Al considerar que el despido era discriminatorio, la Sra. Bougnaoui presentó, el 8 de septiembre de 2009, una demanda ante el Tribunal Laboral Paritario de París y este condenó, el 4 de mayo de 2011, a Micropole al pago de la indemnización correspondiente al periodo de preaviso por no haber indicado en su carta de despido la gravedad de la falta reprochada a la Sra. Bougnaoui. Desestimó la demanda en todo lo demás al considerar que la restricción de la libertad de la Sra. Bougnaoui de llevar un pañuelo islámico estaba justificada por el hecho de que esta había de relacionarse con clientes de esa sociedad y era proporcionada al objetivo perseguido por Micropole de preservar la imagen de la empresa y no herir las convicciones de sus clientes. Esta resolución fue apelada y el Tribunal de Apelación de París la confirmó en sentencia de 18 de abril de 2013, al considerar que “el despido de la Sra. Bougnaoui no nacía de una discriminación por razón de las convicciones religiosas de la asalariada, puesto que esta podía seguir expresándolas en el seno de la empresa, y que estaba justificado por una restricción legítima resultante de los intereses de la empresa, dado que el ejercicio por parte de la asalariada de la libertad de manifestar sus convicciones religiosas sobrepasaba los límites de la empresa y se imponía a los clientes de esta última sin tener en cuenta la sensibilidad de estos, lo que interfería en los derechos de terceros”.

Contra esta sentencia, la Sra. Bougnaoui y la ADDH interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal de Casación. La sala de lo social de dicho Tribunal, tras conocer el caso, indica que el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 10 de julio de 2008 (TJCE 2008, 157), Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397), no se pronunció sobre si debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000,

3383) en el sentido de que el deseo del cliente de un empresario de que los servicios de este no sigan siendo prestados por un trabajador por alguno de los motivos que son objeto de esta última Directiva constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo.

En consecuencia, tras suspender el procedimiento, pide al Tribunal de Justicia que se dilucide si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la citada disposición.

3.2.b) Fundamentos

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que impedir a la trabajadora utilizar el velo islámico “no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones” basándose en los siguientes argumentos jurídicos:

1. La Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

2. Aunque la Directiva no define el concepto de “religión”, el legislador de la Unión se ha remitido al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, reafirmadas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por consiguiente, debe interpretarse que el concepto de “religión” cubre tanto el hecho de tener convicciones religiosas como la libertad de las personas de manifestar públicamente dichas convicciones.

3. Los Estados miembros pueden disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de dicha Directiva (LCEur 2000, 3383) no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto

en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

En consecuencia, corresponde a los Estados miembros disponer, en su caso, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva no tiene carácter discriminatorio. Esto es lo que ocurre en el derecho francés, donde las disposiciones de la Directiva han sido objeto de transposición y se han recogido en los artículos L. 1132-1 y L. 1133-1 del Código de Trabajo.

4. En sentencias precedentes, el Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que se deduce del artículo 4, apartado 1 de la Directiva que lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo¹.

5. El concepto de “requisito profesional esencial y determinante”, en el sentido de la Disposición, implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que esta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente. Por lo tanto, la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse como un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la disposición.

4. Breve reflexión final

Los procesos de globalización y los flujos migratorios ligados a los mismos han ido diseñando un nuevo panorama en el ámbito religioso en Europa marcado por la diversidad y pluralidad de convicciones y creencias. Esta circunstancia explica la necesidad de replantearse el lugar que la religión ha de ocupar en el ámbito laboral (Martínez, 2009: 89).

¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de enero de 2010; de 13 de septiembre de 2011; de 13 de noviembre de 2014; de 15 de noviembre de 2016).

Los conflictos relacionados con el uso personal de simbología religiosa tienden a ser cada vez más comunes en la realidad judicial europea. Han sido múltiples los litigios planteados ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con incidencia en el ámbito laboral.

Recientemente, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado con claridad y contundencia sobre un tema de especial trascendencia como es la utilización del velo islámico en los lugares de trabajo, siendo de gran relevancia las consecuencias que lleva anudada su apreciación e interpretación.

En sentencia de 14 de marzo de 2017 (Asunto C-157/15, G4S Secure Solutions) establece que el hecho de que una empresa prohíba el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso no constituye una discriminación directa, siendo por lo tanto acorde con las leyes europeas. Sin embargo, deja en manos de los jueces nacionales la labor de probar en cada caso si, por un lado, existía un régimen general e indiferenciado en la materia anterior al despido de la trabajadora y, por otro, si es algo que afecta a quienes están en contacto directo con los clientes, siempre que no exista la posibilidad de que la empresa le hubiera ofrecido otro puesto que no conllevara contacto visual con los clientes.

Por otro lado aclara en sentencia de 14 de marzo de 2017 (asunto C-188/15, Bougnaoui y ADDH) que si la prohibición se fundamenta tan solo en los deseos de un cliente de que los servicios no sean prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico, no podría considerarse que se trata de un requisito profesional que justifique la existencia de discriminación.

Poniendo en relación las resoluciones analizadas, cabe colegir que las eventuales restricciones que se puedan imponer en el ámbito laboral al derecho a la libertad religiosa se limitan a su dimensión externa, es decir, al derecho de la trabajadora a manifestar en el marco de su prestación de servicios sus convicciones y creencias religiosas siempre que una norma interna así lo establezca.

No se ha seguido la misma línea en otros pronunciamientos judiciales recientes, que resuelven el litigio planteado de forma contraria. En España, cabe destacar la sentencia núm. 31/2017 de 6 febrero, del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, donde se avala el uso del velo islámico en el trabajo, dando así la razón a una

trabajadora que demandó a la empresa Acciona por prohibirle utilizar este símbolo mientras ejercía su labor como empleada del servicio de atención al pasajero en el aeropuerto de Palma².

El Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca considera que la prohibición, ejercida bajo el argumento de cuidar la neutralidad y el laicismo en la estética de la compañía frente a los diferentes clientes y organismos, vulneraba el derecho de la trabajadora a la libertad religiosa establecido en el artículo 16 CE³, en el artículo 17 ET⁴, y en la Directiva 2000/78/CE del Consejo Europeo para la igualdad de trato en el empleo. Basándose en este argumento, la compañía fue condenada a devolver a la demandante más de 4000 euros en concepto de salario dejado de percibir cuando la empresa la suspendió de su empleo tras negarse a trabajar sin la prenda y a indemnizarla con casi 8000 euros por los daños y perjuicios causados.

La discriminación por motivos religiosos o ideológicos es una de las causas clásicas de discriminación prohibidas en todos los tratados internacionales, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (art. 18) hasta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 10).

Además, debe tenerse presente que el derecho a la libertad religiosa reconocido en el art. 9 del CEDH excede de una mera declaración programática o de principios, obligando a los Estados partes no solo a evitar vulneraciones del referido derecho sino también a llevar a cabo acciones positivas que garanticen la plena efectividad del mismo. Así, el derecho a la libertad religiosa produce en el Estado la obligación estricta no solo de respetarlo, sino de favorecerlo positivamente, haciendo compatible su ejercicio con los derechos de los demás ciudadanos (Fraile, 1967: 192).

Por su parte, el Parlamento Europeo, en su informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE (2012) (2013/2078 (INI)) en el ámbito de los derechos específicos derivados de la Carta de los Derechos Fundamentales, ha condenado todo

² Sentencia núm. 31/2017 de 6 febrero (AS\2017\8), Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca.

³ El artículo 16.1 de la Constitución Española establece que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

⁴ El artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores proclama la no discriminación en las relaciones laborales, considerándose nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, las cláusulas..., los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario, que den lugar en el empleo a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o por razón de sexo, origen, estado civil, condición social, religión o convicciones, entre otros.

tipo de discriminación o intolerancia, pidiendo a los Estados miembros que protejan la libertad religiosa o de creencias, incluida la libertad de las personas sin religión, reafirmando la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de creer y de no creer, de practicar la religión elegida por cada uno y de cambiar de religión.

De acuerdo con lo que precede, cuando entren en conflicto ambos derechos, el de libertad religiosa y el de libertad de empresa, habrá que estar al caso concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y a la ponderación de las circunstancias y los intereses en juego. En dicho análisis se tendrá que valorar principalmente si las restricciones operadas en el ámbito empresarial al derecho de libertad religiosa del trabajador resultan proporcionales, necesarias e idóneas para el legítimo fin empresarial que se persigue con ellas (García, 2016: 343), de forma que no solo se tendrá que valorar el fin legítimo que la medida empresarial persigue sino también su carácter proporcional en relación con la restricción del derecho generada por la misma.

Por lo tanto, cabría pensar que en una posición contraria a lo estimado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los litigios comentados, ante un interés empresarial legítimo como puede ser la uniformidad o vestimenta laboral, se imponga el derecho a manifestar la religión de un trabajador, siempre que este derecho no suponga un perjuicio a la empresa o este resulte mínimo o proporcionado.

Siguiendo esta interpretación, cabe deducir que el empresario está obligado a salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, pero siempre que no le suponga un sacrificio personal o económico apreciable, recogido en una norma interna (Gil, 2003: 1171). En cambio, si la actividad empresarial no se ve perjudicada ni existen criterios objetivos que permitan demostrar los eventuales perjuicios que la conducta de la trabajadora pueda provocar, no será justificable la limitación del derecho a la libertad religiosa de los empleados.

En esta compleja tarea deben valorarse positivamente los criterios orientadores proporcionados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los litigios planteados. Aunque no sean satisfactorios para muchos entes sociales, ni tampoco definitivos o extensibles a otros supuestos, sí se debe reconocer que, partiendo tanto de los pronunciamientos judiciales europeos como nacionales, el derecho a la libertad

religiosa se ha ido integrando, dotándolo de contenido y conformándolo en sus distintas dimensiones, construyéndose jurídicamente un derecho a la libertad religiosa común en el ámbito europeo.

A esta construcción contribuye la doctrina jurisprudencial que emana del Tribunal de Justicia europeo con el objeto de armonizar en la práctica de una forma equilibrada el conjunto de obligaciones laborales emanadas del contrato de trabajo con el derecho a la libertad religiosa del trabajador.

Como instrumento jurídico que puede contribuir a gestionar la diversidad religiosa merece ser examinado, en un mundo cada vez más globalizado y en una Europa cada vez más multicultural (García, 2016: 351).

Referencias

- FRAILE HIJOSA, Mariano, “El derecho del hombre a la libertad en materia religiosa”, *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*, núm. 25, 1967, pp. 173-192.
- GARCÍA GONZÁLEZ-CASTRO, Guillermo, “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una propuesta armonizadora”, *Revista jurídica de los Derechos sociales*, vol. 6, núm. 1, 2016, pp. 326-352.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, “¿Qué Derecho del Trabajo para el siglo XXI?”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, pp. 1291-1300.
- GIL Y GIL, José Luis, “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003, pp. 1171-1188.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, Manuel, *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Derecho y Religión*, núm. 4, 2009, pp. 87-109.