

Organizadores:

Mateus Marques

Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte

TEMAS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Estudos em homenagem ao VIII
centenário da Universidade de Salamanca

Autores:

Adán Carrizo González-Castell | Angela Von Mühlen

Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte | Antonio Côrtes da Paixão

Ariston Chagas Apoliano Júnior | Claudia de Lurdes da Silva Gonçalves

Danilo Alexandre Mayriques | Diogo Nicolau Pítsica | Gecyclan Rodrigues Santana

Guilherme Alves dos Santos | Ingrid Gil Sales Carvalho

João Francisco da Mota Junior | João Santa Terra Júnior

Luciana David Oliveira de Abreu | Marcus Henrique Pereira de Abreu

Mateus Marques | Nieves Sanz Mula | Paula Cecilia da Luz Rodrigues

Rosângelo Pereira da Silva | Sabrina Menegatti Pítsica



Editores

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes	Gisele Cittadino	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Adriano Pilatti	Gustavo Noronha de Ávila	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Ribeiro Uchôa
Ana Alice De Carli	Jean Carlos Dias	Márcio Ricardo Staffen
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Fernandes	Marco Aurélio Bezerra de Melo
André Abreu Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marcus Maurícius Holanda
Beatriz Souza Costa	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Maria Celeste Simões Marques
Bleine Queiroz Caúla	João Marcelo de Lima Assafim	Murilo Siqueira Comério
Daniela Maghelly Menezes Moreira	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.	Océlio de Jesus Carneiro de Moraes
Diego Araujo Campos	José Emílio Medauar	Ricardo Lodi Ribeiro
Enzo Bello	José Ricardo Ferreira Cunha	Roberto C. Vale Ferreira
Firly Nascimento Filho	José Rubens Morato Leite	Salah Hassan Khaled Jr.
Flávio Ahmed	Josiane Rose Petry Veronese	Sérgio André Rocha
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Simone Alvarez Lima
Frederico Price Grechl	Lúcio Antônio Charon Junior	Valter Moura do Carmos
Geraldo L. M. Prado	Lulgi Bonizzato	Vicente Paulo Barreto
Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luis Carlos Alcoforado	Vinícius Borges Fortes

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala
301 – CEP: 22795-415 – Recreio dos
Bandeirantes – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Organizadores:

Mateus Marques
Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte

TEMAS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Estudos em homenagem ao VIII
centenário da Universidade de Salamanca

Autores:

Adán Carrizo González-Castell | Angela Von Mühlen
Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte | Antonio Côrtes da Paixão
Ariston Chagas Apoliano Júnior | Claudia de Lurdes da Silva Gonçalves
Danilo Alexandre Mayriques | Diogo Nicolau Pítsica | Gecyclan Rodrigues Santana
Guilherme Alves dos Santos | Ingrid Gil Sales Carvalho
João Francisco da Mota Junior | João Santa Terra Júnior
Luciana David Oliveira de Abreu | Marcus Henrique Pereira de Abreu
Mateus Marques | Nieves Sanz Mula | Paula Cecilia da Luz Rodrigues
Rosângelo Pereira da Silva | Sabrina Menegatti Pítsica

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2019

Copyright © 2019 by Mateus Marques, Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte

Categoria: Direito Civil

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

T278t

Temas de direito público e privado : estudos em homenagem ao VIII centenário da Universidade de Salamanca / organizadores Mateus Marques, Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019. 460 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-1632-2

1. Direito público. 2. Direito privado. 3. Direito - Brasil. I. Marques, Mateus. II. Duarte, Antonio Aurélio Abi Ramia. III. Universidad de Salamanca. IV. Título.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Apresentação

Indiscutivelmente, a obra que ora se apresenta em homenagem aos 800 anos de atividades acadêmicas da Universidade de Salamanca - USAL, constitui-se como um marco na construção do saber científico na órbita dos alunos do curso de Doutorado daquela renomada instituição de ensino. Ou seja, reforçamos nossos vínculos e reiteramos nosso compromisso com a educação no Brasil.

Para que uma Universidade possa alcançar elevados níveis de excelência é imprescindível planejamento e execução de boas políticas voltadas aos investimentos, aptas a colocarem a comunidade acadêmica em contato com as informações que transitam com a velocidade da luz, no mundo contemporâneo, extremamente cambiante, veloz, virtual.

A presente obra – que foi planejada e construída graças aos esforços e à dedicação dos Professores e alunos do curso de Doutorado da USAL, com o incondicional apoio da Reitoria – pode ser apontada como o exemplo da Universidade de Salamanca com a consolidação desses paradigmas.

No indigitado estudo ofertamos ao leitor uma aproximação fraternal entre Brasil e Espanha, irmanados pela constante necessidade de aprimoramento intelectual, ansiosos por buscar na experiência da USAL, elementos de aprimoramento da nossa realidade jurídica.

A presente obra revela, por seus textos diversos, um conjunto de reflexões que veiculam a preocupação com o tratamento de uma marca da sociedade contemporânea, não apenas a brasileira, desde uma análise jurídica que toma emprestado um conjunto de saberes necessários e suficientes para construir respostas qualificadas.

São juristas brasileiros e espanhóis que congregam seus esforços neste sentido, deixando marcada a data, não apenas como um momento de celebração pelo octingentésimo aniversário da USAL, mas como tradição – a formação jurídica qualificada e preocupada com o futuro.

Esperamos que o leitor aproveite essa miscigenação de ideais, marcado pelo afeto grandioso de um grupo de brasileiros por uma casa de ensino que nos acolheu de braços abertos.

Ao Leitor, à Salamanca, à USAL com carinho,

Mateus Marques

Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte

Organizadores

Sumário

Derechos humanos y acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género en España.....	1
<i>Adán Carrizo González-Castell</i>	
O Direito Fundamental à Previdência Social e à Preservação do Valor Real dos Benefícios Previdenciários.....	25
<i>Angela Von Mühlen</i>	
Ética e Processo	47
<i>Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte</i>	
A Introdução da Alienação Fiduciária no Direito Brasileiro.....	67
<i>Antonio Côrtes da Paixão</i>	
As Audiências de Custódia em São Luís (Brasil) à Luz da Criminologia	91
<i>Ariston Chagas Apoliano Júnior</i>	
A Globalização da Recuperação Judicial – Insolvência Transnacional	107
<i>Claudia de Lurdes da Silva Gonçalves</i>	
Filosofia Jurídica e Dogmática Jurídica Penal.....	125
<i>Danilo Alexandre Mayriques</i>	
Segunda Escolástica Ibérica sob a perspectiva do Pensamento de Francisco Suárez	151
<i>Diogo Nicolau Pitsica</i>	
À Sombra do Patriarcado: uma Reflexão sobre os Números da Violência Contra a Mulher no Brasil Contemporâneo	169
<i>Gecyclan Rodrigues Santana</i>	
A Função Social do Notariado No Combate à Lavagem de Dinheiro - Análise Comparativa da Legislação Brasileira e Espanhola	197
<i>Guilherme Alves dos Santos</i>	

Diálogos entre a Percepção da Marisqueira e do Pescador Artesanal de Ilha de Maré e o Direito Ambiental do Trabalho sobre o Direito desses a um Meio Ambiente de Trabalho Saudável.....	215
<i>Ingrid Gil Sales Carvalho</i>	
A Responsabilização dos Agentes Públicos por Notícias Falsas (Fake News): por um Direito à Informação Pública Veraz.....	249
<i>João Francisco da Mota Junior</i>	
A Evolução da Conceituação de Organização Criminosa no Direito Brasileiro	279
<i>João Santa Terra Júnior</i>	
A Criminalização do Enriquecimento Ilícito no Brasil e em Portugal, uma Breve Análise sob a Perspectiva do Princípio da Presunção de Inocência	305
<i>Luciana David Oliveira de Abreu</i>	
Uma Nova Política do Lançamento Tributário.....	331
<i>Marcus Henrique Pereira de Abreu</i>	
O Tribunal do Júri na Espanha: o Direito à Participação Popular como Forma de Democracia.....	347
<i>Mateus Marques</i>	
Derechos Humanos y Sistema Penal. La Regresión en el Discurso	365
<i>Nieves Sanz Mulas</i>	
Regularização Fundiária como Instrumento de Política Social	407
<i>Paula Cecilia da Luz Rodrigues</i>	
Políticas Públicas de Saúde e as Organizações Sociais: Desafios e Possibilidades.....	423
<i>Rosângelo Pereira da Silva</i>	
O Olhar da Magistratura para a Mediação Familiar	437
<i>Sabrina Menegatti Pítsica</i>	

Derechos humanos y acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género en España

Adán Carrizo González-Castell¹

1. Introducción

Decía Norberto Bobbio, que los Derechos Humanos nacen cuando deben y cuando pueden nacer, es decir que es necesario que se den una serie de circunstancias que, de alguna forma, aconsejen y permitan el nacimiento de los mismos.

En este sentido, no cabe ninguna duda de que, el final de la Segunda Guerra Mundial y el panorama desolador que esta dejaba, con un mundo dividido, destruido y en profunda crisis moral y social, favoreció la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Dicha Declaración, que fue redactada como un ideal común, por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse, establecía, por primera vez en la historia, una serie de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos debían gozar, siendo ampliamente aceptado, con el paso de los años, como la norma fundamental en materia de Derechos Humanos, que debían ser respetados y protegidos.

Y como no, dentro de ese elenco de derechos, nos encontraríamos con el derecho de acceso a la justicia, al que va dedicado nuestro presente trabajo, concretamente el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde se señala que *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*. En la misma línea encontraríamos también el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, o, ya a nivel regional, el artí-

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal. Subdirector del Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal. Universidad de Salamanca. E-mail: adancgc@usal.es

VELASCO, Pilar de Paul. *El Tribunal del jurado desde la psicología social*. Madrid: Sigla XXI de España Editores, 1995.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. *La Motivación y Racionalidad del Veredicto em el Derecho Español y em el Derecho Norteamericano*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal. 2007.

VV.AA. *Derecho procesal*. Madrid: [s.n.], 1954-55 [v. 1, 1955].

VV.AA. *Reflexiones en torno al procedimiento por jurados*, Oviedo: Septem Ediciones, 2001.

Derechos Humanos y Sistema Penal. La Regresión en el Discurso

Nieves Sanz Mulas¹

SUMARIO: I. DEL PRIVILEGIO DE UNOS POCOS A LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: 1. Hacia la universalización de los derechos humanos con la inclusión de tod@s. 2. Retos para el Siglo XXI: la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007. II. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL: DESAFÍOS EN EL MUNDO GLOBALIZADO: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Principales escollos en el movimiento internacional pro derechos humanos: A) *Los límites de la soberanía nacional en la protección de los derechos humanos*. B) *Las debilidades del Derecho penal internacional de los derechos humanos*. 3. La política mundial de cierre de fronteras frente a la tragedia humanitaria de la emigración: A) *El desafío humanitario de los refugiados sirios y la caravana del hambre latinoamericana*. B) *El emigrante como nuevo sujeto peligroso a combatir con el Derecho penal*. 4. Diversidad cultural y derechos humanos: A) *El desafío de los delitos culturales*. B) *La especial vulnerabilidad de las mujeres emigrantes*. 5. Políticas de seguridad antiterroristas y violación de los derechos humanos. IV. EL PAPEL DE LA UNIVERSIDAD EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA MAGNA CHARTA HUMANITATUM. - BIBLIOGRAFÍA

¹ Profesora Titular de Derecho Penal - Universidad de Salamanca. www.nie vessanz.es

I. Del privilegio de unos pocos a la universalización de los derechos humanos

1. Hacia la universalización de los derechos humanos con la inclusión de tod@s

Los derechos humanos no constituyen un catálogo estático, sino que se desarrollan a medida que lo hacen las propias sociedades. Desde esta perspectiva, cabría presentar la evolución de los derechos humanos como una narrativa de desarrollo, desde los derechos para una minoría, hasta los derechos para la mayoría (democratización) y después para todos (universalización)². Esto es, como un camino que parte del concepto de derechos como privilegios individuales o colectivos y que, pasando por su democratización, llega hasta su universalización, una vez que se incluyen los derechos de los excluidos. Porque las libertades eran consideradas privilegios de unos, que para tener sentido requerían la ausencia de los mismos en otros. Una visión que fue transformándose gradualmente, con demandas de cada vez más grupos, en un derecho generalizado que no necesita de excluidos³.

En otras palabras, aunque tradicionalmente se considera que la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre, fue el punto de inflexión hasta la democratización de los derechos, esto no es del todo cierto

2 BINGHAM, T., *El Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 43.

3 Las fechas de adopción de varias Convenciones internacionales específicas en materia de derechos humanos, suponen un buen barómetro del desarrollo gradual de la sensibilidad para con los derechos de los otros: *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (1963) —vinculado con el proceso colonizador, pero también con los movimientos contra el racismo en varios países del “Norte” global—; *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979); *Convención Internacional contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes* (1984) —en un principio enfocada en los encarcelados, pero más tarde incluyendo también a otros grupos como migrantes en detención o personas en establecimientos psiquiátricos—; *Convención internacional sobre los derechos del niño* (1989); *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares* (1990) —aún por ratificar en muchos países de ese “Norte” global—; *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (2006); y *Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2007) —que al no tratarse de una Convención, no es vinculante—.

porque no excluye la “tiranía de la mayoría”. Es por ello que para muchos la “hora cero” realmente está en la campaña contra la esclavitud. En la toma de conciencia de los derechos humanos de los demás⁴. Por lo que el destino final no debe ser sino la *universalización*, de modo que no sólo se incluyan los derechos del ciudadano “típico”, sino también a esos “otros” que, por no responder a ese perfil, siguen estigmatizados. Grupos con los cuales la mayoría de los ciudadanos no se identifica, conformándose por ello una serie de “fronteras”: *de estigma* (personas LGTBI); *cognitivas* (personas que “no son como nosotros”, por tener una enfermedad mental, intelectual o adultos mayores con demencia); y *de estatus legal* (presos y migrantes). Colectivos aún olvidados o estigmatizados, cuyos derechos deben ser reclamados. Porque si bien la propia emancipación y empoderamiento de estos grupos es crucial, no es sin embargo suficiente, pues muchos de ellos no tienen ni el número ni el poder necesario para conquistar sus derechos. Siguen por ello necesitando de la abogacía de la sociedad civil, que a su vez requiere recabar una parte importante de la opinión pública.

En definitiva, la tradicional dicotomía⁵ entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, ya

4 HOSCHILD identifica el nacimiento del movimiento británico contra la esclavitud, a finales del XVIII, como un momento decisivo del desarrollo de la conciencia de los derechos humanos de los demás. Este autor explica que hasta ese momento todos los grupos actuaban siempre guiados sólo por sus propios derechos, que coincidían con sus intereses. Sin embargo, los Quakers y otros abolicionistas, empezaron a abogar por los derechos de los demás, por la libertad de los esclavos sin tener ningún interés personal a defender porque ellos no eran esclavos. Ciertamente no eran los primeros, pues fueron muchos los predecesores. En Latinoamérica, por ejemplo, fue BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, ya en el siglo XVI, el gran luchador por la dignidad de la población indígena con su libro *Brevísima relación de la destrucción de las indias* (1552). Pero no fue sino el abolicionismo, el primer movimiento organizado de los derechos humanos en el sentido moderno y que además logró su objetivo. *Vid.*, en HOSCHILD, A., *Enterrad las Cadenas: Profetas y rebeldes en la lucha por la liberación de los esclavos de un imperio*, Ediciones Península, Barcelona, 2006.

5 Si bien hubo un claro consenso en la redacción de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en 1948, éste no lo fue tanto cuando se trataba de ampliar el cuerpo normativo. De este modo, mientras los países del bloque socialista defendieron especialmente el desarrollo normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, los que constituían el bloque capitalista, abogaban por una serie de derechos vinculados con las libertades políticas y civiles. Fue tal disparidad, la que llevó a la presentación por separado, en el mismo año 1966, del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. *Vid.*, en PAREJA, E., - GUILLÉN, A., “La carta de derechos humanos emergentes: una respuesta de la sociedad civil a los retos del Siglo XXI”, en AA.VV., *Naturales i abst dels drets Humans emergents: la carta de drets humans emergents i el dret a la renda bàsica de ciutadania*, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2006, p. 3.

no tiene más razón de ser⁶. Ambos grupos de derechos se entienden ahora interconectados y son indivisibles. Y ello porque, aunque las garantías de no discriminación, son generalmente consideradas parte de los derechos civiles, en realidad los problemas se manifiestan más frecuentemente en el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. Desde la década de los 80, se reconoce a la persona humana como titular y centro de los derechos humanos; esto es, los valores no están por encima de las personas, sino para asegurar y mejorar la vida de éstas. Y ello requiere la solidaridad e intervención de los gobiernos para garantizar el disfrute de los derechos humanos. Y mucho más en el marco de la actual sociedad globalizada, donde el mundo se ha dividido entre ganadores y perdedores, hasta el punto de que la propia supervivencia de los últimos depende de la solidaridad indiscutible de los primeros.

2. Retos para el Siglo XXI: la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007

Es precisamente por ello que, en el año 2007, los representantes de la sociedad civil aprobaron la *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes* (DUDHE)⁷. En definición de RAMÍREZ⁸, la denominación como *derechos emergentes*, obedece a que son un conjunto de derechos que, por un lado, emergen después de haber sido “sumergidos” en el olvido, la indiferencia

6 Asunto tratado con mayor exhaustividad en el capítulo redactado por la Prof.^a María Ángeles Guervós Maíllo.

7 El *Institut de Drets Humans de Catalunya* constituyó en 2003 un comité científico formado por académicos, activistas, políticos y miembros de organizaciones internacionales, que durante un año debatieron y redactaron los anteproyectos que sirvieron de base para presentar un texto provisional de CDHE en el Diálogo “Derechos Humanos, necesidades emergentes y nuevos compromisos”, que tuvo lugar en Barcelona durante el *Forum Universal de las Culturas* en septiembre de 2004. El texto se debatió durante 4 días y se incorporaron las sugerencias e ideas que emanaron de los 6 seminarios, donde debatieron más de 100 expertos y en el que participaron unas mil personas. El texto final adoptado se debatió y aprobó finalmente en la segunda versión del Foro Universal de las Culturas desarrollado en Monterrey (México). *Vid.*, en CALDERÓN DÍAZ, S.C., “Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, una lectura orientada desde el sujeto”, en *Revista Digital de Historia de la Educación*, enero-diciembre de 2017, n.º 20, pp. 299 y 300.

8 RAMÍREZ, G., “De la declaración Universal de Derechos Humanos del Siglo XX a la Carta de Derechos Humanos emergentes del Siglo XXI”. Ponencia presentada al Diálogo “Derechos humanos, necesidades emergentes y nuevos compromisos”, Barcelona, 22 a 24 septiembre de 2004.

y el menosprecio por parte de los Estados y el conjunto del sistema internacional, y que deben ser reivindicados, frecuentemente desde un enfoque más actualizado⁹. Y, por otro, nuevos derechos que hasta el momento no han sido contemplados en los instrumentos internacionales de protección y defensa. Esto es, aquellos principios y prerrogativas que hoy aparecen como reivindicaciones de la sociedad civil globalizada y devienen exigencias éticas ante los Estados y la comunidad internacional. Se trataría de derechos como: derecho a una renta básica de ciudadanía; derecho a una muerte digna; derecho a la pluriculturalidad; derecho a la democracia paritaria de forma activa; derecho a la ciudadanía: derecho a la ciudad, a la movilidad universal, al sufragio activo y pasivo, a la participación, a la vivienda y residencia, al espacio público y a la monumentalidad, a la belleza en el espacio urbano, a la identidad colectiva en la ciudad, a la movilidad, a la accesibilidad y a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía.

La DUDHE abandona, por tanto, la clásica división de los derechos humanos en generaciones y aboga por una concepción unitaria y no jerarquizada. Esto es, agrupa todos los derechos a un mismo nivel, acabando con la división entre derechos individuales y colectivos, así como entre los políticos, económicos, sociales y culturales. La DUDHE es concebida bajo la creencia de que la humanidad es una comunidad política que tiene el derecho a asumir su destino

9 Entre otros, derecho a: *la seguridad vital, integridad personal* —prohibiendo expresamente la pena de muerte y las ejecuciones sumarias bajo toda circunstancia y lugar—, *salud* —también derecho a la asistencia sanitaria, el acceso a los medicamentos, mejores tecnologías de salud y sistema sanitario de prevención, vigilancia y asistencia personalizada—, *trabajo* —reivindicando el derecho a la propiedad intelectual, siempre y cuando respete los intereses generales de la comunidad—, *educación* —derecho al saber y al conocimiento, a la formación continua e inclusiva y a la erradicación del analfabetismo—, *igualdad* —pleno disfrute de los derechos humanos en igualdad de condiciones y protección de los colectivos en situación de riesgo y exclusión: infancia y adolescencia, personas mayores, personas con discapacidades; reconocimiento también de la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes—, *libertad de conciencia y religión, medio ambiente* —derecho a habitar el planeta y al medio ambiente—, *desarrollo, paz* —derecho a la objeción de conciencia ante las obligaciones internacionales y el derecho a rechazar las obligaciones militares en operaciones militares que violen los principios y normas del derecho internacional humanitario—, *conciencia plural* —reconocimiento de las características distintivas de los pueblos indígenas para que se beneficien plenamente de sus recursos culturales, intelectuales y naturales—, *a la libertad de conciencia y religión* —derecho a no tener religión—, *a las nuevas tecnologías* —derecho a la comunicación y a la protección de los datos personales—, *democracia paritaria* —derecho a la igualdad y adopción de medidas preferentes de protección a favor de las mujeres—, *tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, democracia solidaria, y derecho y deber de erradicar el hambre y la pobreza extrema*. *Vid.*, en PAREJA, E., - GUILLÉN, A., “La carta de derechos humanos emergentes: una respuesta de la sociedad civil a los retos del Siglo XXI”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

de manera compartida. Parte de una nueva concepción de la participación ciudadana y concibe los derechos emergentes como derechos ciudadanos.

A diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nacida bajo una lógica estatal del sistema internacional, ya que es una resolución de las Naciones Unidas, se trata de una propuesta que emana desde la propia sociedad civil global, dando con ello voz a actores que por tradición han tenido nulo o escaso peso en la configuración de las normas internacionales. No se trata en todo caso de derogar la Declaración de 1948, sino de actualizarla e impulsarla, dando así respuesta a la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas. Recoge los derechos en ella reconocidos, al igual que los previstos en los dos Pactos Internacionales, además de los derechos humanos que progresivamente se han ido aceptando y protegiendo en los diversos instrumentos internacionales de protección y defensa, actualizándolos a las nuevas necesidades.

Esto es, se hace eco de la emergencia de nuevos actores y realidades en el siglo XXI, reconociendo una serie de derechos que podemos denominar "nuevos", por no estar de momento contemplados en el ordenamiento jurídico internacional¹⁰, y de otros ya contemplados en recientes instrumentos políticos, pero cuyo desarrollo normativo sigue en proceso¹¹. En definitiva, hace acopio de un conjunto de derechos que, lejos de ser una quimera o utopía, son ya realidad en algunos países e incluso tienen un marco normativo al efecto. Algunos todavía embrionarios, están presentes en nuestra cotidianidad y comienzan a ser reconocidos. Este es el caso, por ejemplo, de los derechos humanos en la ciudad o el derecho a la autodeterminación sexual y al libre desarrollo de la sexualidad de las personas.

Una serie de derechos que, sea como fuere, también hay que proteger *con y del Derecho penal*, pues su carácter ambivalente le lleva a proteger derechos humanos precisamente mediante la lesión de otros derechos humanos. Un conflicto que obliga a tener en consideración siempre los últimos, aunque la opción principal sea la protección de los primeros. Esto es, el desafío no sólo

¹⁰ *Ibidem*, p. 6

¹¹ Este es el caso, por ejemplo, de la *Declaración de los derechos de los pueblos indígenas* (2007), la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006) o las *Declaraciones de Roma sobre la seguridad alimentaria mundial* (FAO 1996) y la *biotecnología* (FAO 2000). Vid., en CALDERÓN DÍAZ, S.C., "Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, una lectura orientada desde el sujeto", *op. cit.*, p. 307.

es determinar los derechos humanos que requieren la protección del Derecho penal, sino también señalar con qué límites debe llevarse a cabo cuando su actuación afecta a esos mismos derechos. Porque un Derecho penal al servicio de las personas, no puede protegerlas de cualquier modo y sin límites. Las fronteras de su intervención vienen marcadas por esos mismos derechos humanos que busca proteger.

II. Derechos humanos y derecho penal: desafíos en el mundo globalizado

1. Planteamiento de la cuestión

La importancia de los derechos humanos no sólo se expresa en su reconocimiento y consagración legal, sino también en el necesario replanteamiento de instituciones y categorías jurídicas con la finalidad de hacer efectiva su protección. En este sentido, en el recurso más contundente con el que cuenta el Estado, el Derecho penal, actúan como límites a la autoridad del Estado, operando como obligaciones del mismo, pues su legitimidad procede del modelo constitucional y de los pactos y tratados internacionales, que por tanto debe respetar y garantizar en su ejercicio. En acertado resumen de MESSUTI, si el Derecho penal es el derecho que aplica penas a los seres humanos, y los derechos humanos son los derechos que tienen los seres humanos, ante todo, a no sufrir penas, sólo cabe concluir que la humanidad se erige como límite al Derecho penal¹². Que los derechos humanos, como expresión más inmediata de la dignidad humana, son la condición *sine qua non* en un Estado social y Democrático de Derecho y no pueden dejar de ser considerados sin que éste peligre o se transforme de forma radical.

Esto es, los derechos humanos deben constituirse en criterios rectores de la política criminal en un Estado democrático. Una política criminal que, por ello, debe basarse en principios como el de legalidad, *ultima ratio* del Derecho penal, proporcionalidad, humanización y resocialización de las penas, etc. El aparato punitivo actual, sin embargo, ante la necesidad de gestionar

¹² MESSUTI, A., "Derecho penal y derechos humanos", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1999, año 7, nº 28, p. 1.

mayores niveles de exclusión y de conflictividad social y con unos gobiernos atados de pies y manos ante la gran crisis de la soberanía nacional en el mundo globalizado, lo hace, precisamente, concentrando los recursos en el control de los sectores más perjudicados por el nuevo modelo socioeconómico. Una violación constante de los derechos humanos de los más desfavorecidos, que tampoco remedia el Derecho penal internacional.

2. Principales escollos en el movimiento internacional pro derechos humanos

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las sociedades han sufrido grandes cambios, de modo que sus valores, principios y necesidades en materia de derechos humanos no son los mismos que inspiraron el primer texto. En la actualidad, nos enfrentamos a un nuevo sistema internacional profundamente marcado por la globalización. Una transformación global del planeta, que presenta una serie de problemas con un impacto profundo en el conjunto del movimiento internacional pro derechos humanos.

A) Los límites de la soberanía nacional en la protección de los derechos humanos

Con el colapso de la URSS, el panorama internacional se caracteriza por el triunfo de la hegemonía norteamericana, la aparición de nuevos polos de poder como China, India o Brasil, y sobre todo, la intensificación del proceso de globalización. Un cambio que conlleva también el surgimiento de nuevas fracturas, o reaparición de las que ya existían antes de la Guerra Fría. A partir de la caída del Muro de Berlín en 1989, el escenario mundial ha sufrido un brusco cambio y la economía planetaria ya no encuentra obstáculos que dificulten el movimiento de capitales y mercancías. El actual orden mundial ha flexibilizado y liberado los mercados, de modo que los intercambios de mercancías y servicios, así como de la circulación de capitales, nunca había sido tan fácil. No ocurre así, sin embargo, con la libre circulación de las personas (pobres), que nunca lo han tenido más difícil, dotando al proceso de un marcado carácter ideológico, puesto que la integración económica mundial no ha

favorecido a todo el mundo del mismo modo¹³: las desigualdades globales son cada vez más grandes y evidentes.

Y los protagonistas de esta segunda revolución capitalista, ya no son los Estados sino las empresas, grupos industriales y financieros privados. Uno de los principales efectos de la globalización, es el debilitamiento de la centralidad del Estado, de su soberanía nacional. La intensificación de la globalización, se traduce en un proceso de difusión del poder en que los límites entre el mundo interno de los Estados y el mundo internacional cada vez son más difusos. En este contexto, los Estados son demasiado grandes para resolver los problemas cotidianos y demasiado pequeños para hacer frente a los problemas de la globalización¹⁴. Esto es, los Estados tampoco son capaces de responder al embate que el propio proceso globalizador supone para los derechos humanos. Las grandes instancias económicas supranacionales y las fuerzas anónimas del mercado global, limitan la realización de los derechos humanos a través de la violencia estructural del sistema para imponer las reglas del juego (pensadas por y para ellos), aprovechándose de la insuficiencia de garantías y de la propia debilidad de los Estados en un contexto global¹⁵.

Ahora bien, y por supuesto, también están los países que no aceptan las reglas y mecanismos internacionales en materia de derechos humanos. Alegan la excepcionalidad de su caso, el particularismo de su cultura, la necesidad de un relativismo que proteja las peculiaridades de su gobierno, o simplemente privilegian en la balanza el interés o la seguridad nacional por encima del principio universal¹⁶. En definitiva, una difícil simbiosis entre soberanía

13 PAREJA, E., - GUILLÉN, A., "La carta de derechos humanos emergentes: una respuesta de la sociedad civil a los retos del Siglo XXI", *op. cit.*, p. 5.

14 *Ibidem*, p. 7.

15 JULIOS CAMPUZANO, A., "La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 116, abril - junio, 2002, pp. 191 y ss.

16 Es el caso, por ejemplo de China. Cuando la *Human Rights in China* solicitó status consultivo como ONG en Naciones Unidas, la delegación China bloqueó el camino, describiendo a la organización como una amenaza integrada por criminales, de fines exclusivamente políticos, que significaba un peligro para la soberanía china e "intentaba derrocar al gobierno chino". De otra parte, y por poner otro ejemplo, cuando el enviado de Naciones Unidas, Terje Roed-Larsen, condenó el ataque israelí al campo de refugiados de Jenin, como "normalmente repugnante" e "increíblemente horrible", el gobierno de Israel reaccionó contra él, se negó a permitir la intervención de trabajadores o inspectores internacionales para poder ayudar a las víctimas, y nuevamente repudió a cualquiera que, en nombre de los derechos humanos, quisiese interferir en su soberanía nacional. *Vid.*, en

nacional y derechos humanos, que ralentiza la universalización de éstos. Situación que, como adelantábamos, tampoco ayuda a resolver la jurisdicción y el Derecho penal internacional.

B) Las debilidades del Derecho penal Internacional de los derechos humanos

Tanto la Carta de las Naciones Unidas¹⁷ como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, supusieron el paso al derecho internacional contemporáneo, directamente influenciado por el gran fracaso de las Sociedad de Naciones tras la barbarie nazi en la II Guerra Mundial y los fascismos europeos de entreguerras. Los derechos de las personas, además de estar protegidos por sus propios Estados, pasaban a ser también cuestiones de interés internacional. Esto es, progresivamente se consolida la idea de que los Estados tienen obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto¹⁸.

En este contexto, uno de los más significativos logros ha sido acabar con la impunidad de los peores infractores de los derechos humanos. La jurisdicción y el Derecho penal internacional, han servido para advertir a los dictadores de todo el mundo que no se les va a permitir más abusar impunemente. El Tribunal penal internacional (TPI), como primer mecanismo permanente de la historia para juzgar a los individuos responsables de los más macabros ultrajes y violaciones del derecho humanitario y de los derechos humanos, ha supuesto por tanto un hito histórico sin precedentes.

GORDON LAUREN, P., "Nuevos retos para los derechos humanos. El futuro a la luz del pasado", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 5, 2004, p. 376.

17 También conocida como la Carta de San Francisco, porque se firmó en esa ciudad estadounidense el 26 de junio de 1945, es el tratado internacional fundador de las Naciones Unidas, y que conforma las bases de su constitución interna. Fue firmada al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, después de ser ratificada por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Francia, Reino Unido, China y Rusia). La Carta establece que las obligaciones derivadas de ella se sitúan por encima de las obligaciones del resto de los miembros (art. 103) y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la misma. Se puede consultar el texto en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>

18 CARRILLO SALCEDO, J.A., *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, ed. Mínima Trotta, Madrid, 1999.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que esta institución solo es fuerte en la medida que lo son sus partes constitutivas, aún queda un largo camino por recorrer. Y ello porque países como China, Israel y Estados Unidos¹⁹ aún no lo han ratificado. Este último, incluso utiliza medios activos para debilitar seriamente el TPI, lo que lleva a que en la práctica haya un derecho para los Estados Unidos y otro para el resto del mundo, cuando de crímenes internacionales se trate²⁰.

En junio de 2002 vetó una extensión de la misión de paz de la ONU en Bosnia-Herzegovina a menos que el Consejo de Seguridad garantizase una completa excepción para los americanos del Estatuto de Roma, blindando así una excepción permanente para todo el personal de Estados Unidos que participase en misiones de paz de Naciones Unidas o en operaciones autorizadas por la ONU²¹. De su parte, también está instando a que otros Estados aprueben acuerdos bilaterales de no someter a nacionales norteamericanos al TPI. Y finalmente, el Congreso de los EEUU aprobó la *American Servicemember's Protection Act* (ASPA), que prohíbe la cooperación estadounidense con el TPI, autoriza al presidente a "usar todos los medios necesarios y adecuados" para liberar al personal norteamericano detenido o encarcelado por él y llama a la sanción de los Estados que se adhieran al tratado²². En base precisamente a esto último, los Estados Unidos han cortado la ayuda militar a 35 países ante su negativa a firmar un acuerdo que prohibiría la extradición de americanos a la Corte Penal Internacional²³. Sea como fuere, la probable investigación de la CPI sobre la guerra de Afganistán²⁴ ha provocado que EEUU recupere su

19 Pese a su arduo trabajo en la conformación de la Corte Penal Internacional, no ratificó el Estatuto de Roma y de hecho retiró la firma después de haberlo suscrito.

20 Una posición contraria que es consecuencia de una postura ideológica y filosófica, con fuertes implicaciones políticas, militares e institucionales a nivel internacional, en el sentido de no exponer al ejército más grande del mundo, que (supuestamente) lucha por la paz y la libertad a nivel mundial, a una jurisdicción que no sea la nacional.

21 La excepción se garantizó para 12 meses, sujeta a posible renovación. *Resolución S/RES/1422 (2002) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas "United Nations Peacekeeping"*, 12 julio 2002.

22 Congreso de los Estados Unidos, HR 4775. *"American Servicemembers' Protection Act"*, 2002.

23 GORDON LAUREN, P., "Nuevos retos para los derechos humanos. El futuro a la luz del pasado", *op. cit.*, p. 374.

24 Una Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, está deliberando autorizar una investigación sobre la guerra de Afganistán que incluiría supuestos crímenes cometidos por tropas estadounidenses. Del mismo modo, la Fiscalía tiene abierto un examen preliminar en Palestina por crímenes cometidos supuestamente por soldados israelíes.

lucha abierta contra el tribunal, dejando de lado el acercamiento que hubo bajo el gobierno de Barack Obama²⁵.

En definitiva, como consecuencia de la globalización, los estados nacionales ya no gobiernan, sino que se limitan a gestionar las consecuencias negativas del proceso. Su finalidad es la pacificación interior, el control de los sectores no productivos (desempleados) y productivos en movimiento (inmigrantes) mediante políticas de seguridad y orden público. Esto es, el sistema penal está adquiriendo un gran protagonismo en la gestión de la exclusión, lo que ha supuesto un drástico cambio en la política criminal que ahora presenta como característica su opción casi en exclusiva por un derecho penal simbólico, del riesgo y del enemigo²⁶.

Porque, pese a esta narrativa de sensibilidad creciente en materia de derechos humanos, las mejoras son casi siempre frágiles y con un alto riesgo de retroceso. Realidades como el terrorismo, el crimen organizado, la degradación medioambiental, el incremento de las desigualdades, o la homogeneización cultural con la consecuente pérdida de las diferencias culturales, traen consigo la exacerbación de nacionalismos y conflictividades étnico-religiosas, flujos financieros y migratorios incontrolados, que son la parte negativa de este proceso y muy difíciles de controlar incluso por los Estados más poderosos. Y ello pese a que utilicen todo tipo de estrategias, muchas de ellas irónica y claramente violadoras de esos mismos derechos humanos que busca proteger.

25 A partir de 2008, Washington dejó de buscar aliados con los que firmar nuevos acuerdos de inmunidad. También se fortaleció la Oficina de Justicia Penal Global, dependiente del Departamento de Estado, que ayudó, por ejemplo, al establecimiento del TPI para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TIPR) y presionó para una mayor colaboración con la CPI. Un acercamiento que peligra en la era Trump, pues ya se amenaza con prohibir la entrada de los jueces y fiscales en de la CPI en territorio norteamericano, procesarlos por el sistema penal estadounidense y sancionar los fondos del tribunal en el sistema financiero de Estados Unidos. De igual modo, se advierte que se tomará nota "si algún país coopera con las investigaciones de la CPI sobre EEUU o Israel a la hora de "determinar asistencia económica, militar y de inteligencia" en el extranjero. Vid., en LA VANGUARDIA, 16 septiembre 2018

26 SANZ MULAS, N., *Política criminal*, 3ª edic, Ratio legis, Salamanca, 2019, pp. 77 y ss.

3. La política mundial de cierre de fronteras frente a la tragedia humanitaria de la emigración

A) El desafío humanitario de los refugiados sirios y la caravana del hambre latinoamericana

Si hay un hecho caracterizador de nuestra actual realidad, éste es sin duda el movimiento migratorio de miles de personas desde la tradicional pobreza del sur hacia la riqueza del norte. La ocupación por la Economía del espacio propio de la Política, ha llevado a la marginación y exclusión de países enteros, por lo que la emigración se presenta como la única salida para muchos seres humanos.

En este contexto, Europa vive actualmente una oleada migratoria solo comparable con la sufrida como consecuencia de las dos guerras mundiales. Miles de ciudadanos africanos y de Medio Oriente buscan una oportunidad en territorio europeo. Muchos de ellos huyen de la interminable guerra civil siria. Familias y pueblos enteros que se aventuran en busca de nuevas oportunidades y un futuro con mejores perspectivas que el que les espera en el lugar en que nacieron. Aspiraciones muy humanas, que sin embargo reciben un trato que no cabría, desde luego, calificar con el mismo adjetivo.

A diferencia de lo que sucedió en la postguerra, donde la mano de obra extranjera era absolutamente necesaria, ahora la llegada de emigrantes no es deseada, motivo por el que se endurecen los controles de entrada y se limitan las autorizaciones para poder trabajar. Política de cierre de fronteras que, por supuesto, no frenan una huida desesperada, pero sí contribuyen al confinamiento de miles de refugiados en un limbo de olvido y desamparo en el sureste de Europa.

Por poner sólo un ejemplo, aunque no por ello menos grotesco, este verano el nuevo ministro del Interior italiano, Matteo Salvini, contrario a la política de puertas abiertas²⁷, impidió que el buque *Open Arms*, con más de 100 migrantes a bordo, desembarcara en ninguno de los puertos italianos, justificando su decisión (nuevamente) en su voluntad de acabar así con las mafias que hacen del tráfico de personas su negocio. Tras 20 días a la deriva y la desesperación de

27 Que apuesta también por instaurar un sistema de censo en Roma, para determinar quienes están en situación de irregularidad y ser deportados.

muchos de ellos que se lanzaron al mar, el barco atracó en el puerto de Lampedusa en cumplimiento de la orden del fiscal de Agrigento (Sicilia), que mandó secuestrar el barco “por razones sanitarias”, lo que conlleva que nadie éste dentro del mismo; esto es, el desembarco de los migrantes a bordo. Cinco países de la UE, entre ellos España, se los han repartido²⁸. Siguen, sin embargo, siendo frecuentes los barcos humanitarios atestados de hombres, mujeres y niños, que se encuentran a la deriva en el Mediterráneo sin que ningún país les de la posibilidad de atracar en sus puertos, solventándose el problema *ad hoc*²⁹ y sin que todavía haya una política estable de acogida de los rescatados en alta mar, tal y como reclaman la Comisión Europea y las ONG³⁰.

El problema en todo caso no se concentra en esta parte del mundo. Con el Océano Atlántico por el medio, son también miles los hombres, mujeres y niños centroamericanos que continúan con la odisea que supuso emigrar desde sus países de origen hacia el “sueño de la opulencia” estadounidense. Tras más de medio año, aún siguen esperando en la frontera y ya apenas causa conmoción la inexplicable separación de los niños de sus padres y su reclusión en esa especie de “cárceles para pequeños inocentes” e incluso la muerte de algunos de ellos por sed, hambre o desatención. Mientras tanto el presidente más poderoso del mundo celebra que el Tribunal supremo le autorice a utilizar 2.500 millones de dólares del presupuesto del Pentágono para construir parte del polémico muro con este maravilloso país. País al que condiciona su política arancelaria a que “cargue” con el problema migratorio, adoptando las medidas necesarias en vuestra frontera Sur. Puertas adentro, también ha

28 EL MUNDO, 21 agosto 2019.

29 En fechas próximas al caso del *Open Arms*, el barco *Lifeline* de la ONG alemana *Seenotrettung*, tuvo que esperar seis días con 238 personas a bordo a que Malta le permitiera atracar en sus costas, con la condición de repartirse posteriormente a los inmigrantes. Solución similar a la adoptada respecto del barco *Aquarius* con 205 emigrantes rescatados en alta mar en el mes de agosto. Después de varios días de negociaciones, los mandatarios de España, Francia, Alemania, Portugal, Luxemburgo y Malta, junto a la Comisión Europea, llegaron al acuerdo de que el barco atracara finalmente en Malta y después repartirse los inmigrantes rescatados entre los 6 países.

30 Porque si bien la decisión del ministro italiano abrió una peligrosa crisis en Europa y el presidente francés, Macron, en un primer momento denunció el cinismo e irresponsabilidad del gobierno italiano, lo cierto es que más tarde el gobierno francés le quitó trascendencia al afirmar que “Francia está apegada al diálogo y la cooperación con Italia en materia de inmigración”. Una dirección contra la apertura de fronteras a la que también se sumaron los ministros de Interior de Austria y Polonia, favorables también a la creación de un eje de voluntarios contra la inmigración ilegal.

comenzado la “caza” de inmigrantes ilegales en territorio estadounidense y el Servicio de inmigración y Aduanas persigue en iglesias, hospitales y escuelas a quienes llevan décadas en el país y no cuentan con antecedente penal alguno.

Actualmente los jefes de estado de la Unión Europea buscan desesperadamente una solución a la crisis migratoria. Algunos países postulan por establecer un sistema de cuotas entre todos países miembros, regulando de forma expresa las obligaciones a tener frente a los migrantes. Otra posibilidad que se estudia, es la creación de campos cerrados de inmigrantes en territorio europeo, como paso previo a las deportaciones posteriores. También de campos de refugiados fuera del territorio europeo, en países aliados en el Mediterráneo, como Marruecos, Túnez o Libia, pero financiados por la Unión Europea. De igual modo, se habla de enviar a los migrantes rescatados en alta mar a “plataformas de desembarque”, ubicadas fuera también del territorio europeo, para que una vez allí se determine quienes de esas personas necesitan protección internacional, diferenciándolas de que las migran por “simples” cuestiones económicas. Finalmente, otra opción es organizar campos de inmigrantes en países que aspiran a ingresar en la Unión Europea, como Albania y Macedonia, pues los turcos y griegos ya no dan más abasto.

Cieramente la ONU, ante este desolador panorama de personas que muestran sin ambages su desesperación frente a los que tampoco ocultan su indiferencia y egoísmo, por no estar dispuestos a compartir los privilegios de los que gozan, reafirma su compromiso con el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*³¹, adoptado por más de 160 países en Marrakech en diciembre de 2018. Un pacto que, además de no ser vinculante (diez países lo rechazaron³², cinco votaron en contra —entre ellos por supuesto

31 Plantea 23 objetivos, siendo algunos de los más importantes: suministrar información en todos los estadios de la migración (tanto a los migrantes como a los estados); facilitar las vías para una migración regulada; facilitar condiciones de trabajo dignas; salvar vidas y establecer esfuerzos internacionales coordinados sobre los migrantes desaparecidos; combatir el tráfico de personas; administrar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada; utilizar la detención de migrantes sólo como último recurso y trabajar en alternativas; y proveer a los migrantes de servicios básicos. Para más información consultar: <https://refugeemigrants.un.org/es/pacto-sobre-migraci%C3%B3n>

32 Hungría, Austria, Israel, República Checa, Eslovaquia, Polonia, Lituania, Australia, República Dominicana y Chile. Uno de los mayores detractores es Hungría, cuyo ministro de Relaciones Exteriores y Comercio, no compartiendo que la migración sea un derecho fundamental, tachó al Pacto de “grave error” por tratarse de un documento desigual, parcializado y extremadamente pro-

Estados Unidos³³— y 12 se abstuvieron³⁴ y otros se han retirado posteriormente), es tan prometedor y ambicioso como impreciso en cuanto a su aplicación práctica. Esto es, el Pacto no solo no obliga a nadie, sino que apenas se sostiene, pues depende de la cooperación bilateral, regional y multilateral, lo que complica sobremanera su aplicación y nos hace dudar abiertamente de su real eficacia. Seamos pragmáticos, las muestras de solidaridad internacional para con las personas migradas, cada vez son más una *rara avis* y me temo que eso no va a cambiar por más que así lo “aconseje” este organismo internacional.

B) El emigrante como nuevo sujeto peligroso a combatir con el Derecho penal

Y es que, pese a la explicación en clave humanista de los procesos migratorios descritos, la opción de los gobiernos es univoca aquí y allí: catalogar a los emigrantes como sujetos peligrosos, justificando así su política migratoria restrictiva. Política de cierre absoluto de fronteras, para la que también se utiliza al Derecho penal.

En toda la Unión Europea se ha impuesto la idea de que la inmigración, la propia movilidad de los flujos migratorios, constituye no sólo una perturbación del orden público, sino también un peligro para la propia seguridad nacional. Las situaciones manejadas por los gobiernos europeos, no llegan al fondo del problema que hay detrás de la migración (hambre, miedo y desesperación). La creciente interpretación de los fenómenos migratorios como ámbitos propicios para el desarrollo de expresiones subversivas o terroristas, ayuda a institucionalizarlos como espacios prioritarios de control, elevándose en las últimas décadas al estatuto de problema de seguridad internacional. Imagen negativa, sin duda reforzada por los ataques terroristas sufridos en los últimos años en suelo europeo. De hecho, el triunfo del Brexit se debe a la centralización del discurso en la inmigración como la culpable de todos los

migración, pues invita a que “la gente se levante de la cama, escoja un país y viole todas sus fronteras para llegar allá”. Chile, de su parte, justificó su voto en contra por no resguardar completamente los intereses del país y dificultar la protección de sus fronteras.

33 Junto a República Checa, Hungría, Polonia e Israel.

34 Algeria. Australia, Austria, Bulgaria, Chile, Italia, Latvia, Libia, Liechtenstein, Rumania, Suiza y Singapore.

males del país. Un discurso primario y falso, que sin embargo está sirviendo para que lleguen al poder algunas de nuestras peores pesadillas (recordemos el *American First* de Donald Trump). Un discurso xenófobo cancerígeno, que paulatinamente se va extendiendo, cual metástasis, por otros países europeos. Los posicionamientos de extrema derecha están irrumpiendo con fuerza en los distintos parlamentos nacionales y España tampoco se queda fuera de esta tendencia³⁵.

Por poner otro ejemplo, en esta línea de cierre absoluto de fronteras, y relacionando la inmigración con la criminalidad y el terrorismo, el parlamento húngaro aprobó el año pasado un paquete de leyes, según las cuales cualquier colaboración con los refugiados, como darles alimentos o ropas, u ofrecerles un techo, puede terminar siendo un delito castigado con cárcel³⁶. Nada nuevo bajo el sol, si tenemos en cuenta que la existencia en el código penal italiano de un delito similar estuvo detrás de la gran desgracia de la Isla de Lampedusa³⁷. Solución vergonzosa, a la que sin embargo nuestro país también se ha unido.

35 La fuerte entrada en el gobierno andaluz de VOX es un claro ejemplo. Su mensaje antimigratorio ha calado profundamente en provincias especialmente expuestas a la migración como es el caso de Almería. Sólo Alicante tiene más extranjeros empadronados que Almería, proporcionalmente, y con una diferencia de apenas unas décimas. Según los datos del INE de 2017, la provincia almeriense tenía un 18,7% de población extranjera, frente al 9,5% de la media española.

36 La normativa, aprobada por 160 votos a favor contra 18 en contra, paradójicamente fue aprobada el Día internacional de los Refugiados y también castiga la ayuda a los inmigrantes irregulares dentro de una franja de 8 kilómetros desde la frontera o por beneficio económico.

37 El 3 de octubre de 2013 naufragó a apenas 800 metros de la costa de la isla italiana de Lampedusa la barcaza que transportaba a 518 personas, niños, mujeres y hombres, muriendo 368 de ellos. Prendieron una manta para pedir auxilio y el fuego engulló toda la embarcación. La tardía actuación de las autoridades hizo el resto. Y también las leyes italianas que, entre otras cuestiones, condenan por delito de complicidad en el delito de clandestinidad a las personas que ayuden a un supuesto clandestino a poner el pie en tierra italiana (ley contra la inmigración clandestina aprobada en 2008 por el gobierno de Berlusconi). Así, hasta los pescadores que ayuden a una persona que esté ahogándose pueden ver su barco confiscado y ser condenados, motivo por el que muchos de los pescadores de Lampedusa no auxiliaron a los emigrantes que huyendo de las llamas se arrojaron al mar, acabando finalmente ahogados. *Vid.*, en VÉLEZ ALCALDE, F.J., “la respuesta política a los trágicos sucesos de Lampedusa 3-O-2013 ¿Hacia un nuevo concepto del control de los flujos migratorios irregulares por mar en la política de la UE?, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 49, pp. 169 y ss. Situación agravada aún más tras la reciente aprobación de otro paquete de medidas antimigratorias. La ley impulsada por el ultraderechista, y ministro del interior, Matteo Salvini, aprobada por el parlamento italiano el 27 de noviembre de 2018, con 336 votos a favor y 249 abstenciones, contiene duras medidas contra la emigración: se suspenden los permisos de residencia por motivos humanitarios (que se concedían durante dos años y daban acceso al mundo laboral y a la seguridad social a los refugiados) y en su lugar se introducen permisos de un año de

La manifiesta defensa de la relación inmigración-delinuencia (e incluso terrorismo), ha llevado también a nuestros legisladores a utilizar el Derecho penal en su objetivo de evitar a toda costa la presencia del extranjero no deseado. Y es que, con la supuesta intención de defender los derechos de los extranjeros (así se rubrica el Título en el que se contiene el delito de inmigración ilegal, art. 318 bis), realmente empujan a todo lo contrario. Y ello porque, además de prever la expulsión de todo extranjero condenado a una pena de prisión superior a un año (art. 89 CP)³⁸ y de castigar a quien contrate a un extranjero sin permiso de trabajo (arts. 311 bis y 312.2 CP)³⁹, persigue y castiga hasta la mera solidaridad con los inmigrantes ilegales.

Tras su última modificación, operada por *LO 1/15, de 30 de marzo, de reforma del CP*, el art. 318 bis castiga todo comportamiento, independientemente de la forma o modalidad en que se haya llevado a cabo, siempre que se ayude a una persona a entrar en nuestro país o a transitar por él, vulnerando con ello la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros. Para ello, no es necesario que exista finalidad lucrativa alguna, lo que choca con el concepto internacional de tráfico de personas⁴⁰. No se busca, por tanto, proteger los

"protección especial"; se negará o rechazará la protección internacional en caso de que el inmigrante sea condenado por los delitos de violación, venta de drogas, robo o extorsión, considerándose la mutilación genital y "delito de particular alarma social"; también se alargará el plazo durante el que los inmigrantes podrán permanecer en los centros de identificación (pasando de 90 a 180 días); y se destinarán mas fondos a la repatriación voluntaria de inmigrantes, retirándose la protección a quienes regresen a su país de origen, sin no es por "graves y comprobados motivos".

38 Y para lo que ni siquiera hace diferencias entre las distintas situaciones administrativas de residencia (residente, no residente, temporal o de larga duración, comunitario o extracomunitario), desatendiendo con ello la normativa europea relativa al derecho de circulación, residencia y estancia. Se trata, por tanto, de una sanción materialmente administrativa, si bien revestida formalmente de consecuencia jurídica. Una muestra más de Derecho penal del enemigo, a costa de la marginación o exclusión de muchos inmigrantes.

39 Puras muestras de Derecho penal simbólico, porque pese a la rúbrica del Título en que contienen ambos delitos (*Delitos contra los derechos de los trabajadores*), en realidad se limitan a proteger exclusivamente los derechos de los trabajadores nacionales. Porque la del inmigrante ilegal no es una situación de economía sumergida, precisamente porque como tal no goza del derecho al puesto de trabajo (arts. 10 y 36.1 Ley Extranjería). Un permiso de trabajo que no tiene, no porque él no quiera, sino porque el propio Estado se lo niega, generando una situación de vulnerabilidad e indefensión que después, e irónicamente, dice querer proteger a través del Derecho penal.

40 El artículo 6 del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (Convención de Palermo, año 2000) prevé la penalización del tráfico de migrantes sólo cuando las conductas busquen "obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

derechos de los inmigrantes, como hipócritamente reza su Título, sino que se les trata como sujetos peligrosos, castigando a su entorno, esto es, a todos los que les presten algún tipo de ayuda. Ciertamente, se excluye la punibilidad cuando la conducta se lleve a cabo con objetivos únicamente humanitarios, pero ni define qué debe entenderse por "humanitario", ni evita la apertura del correspondiente procedimiento contra el prestador de la ayuda, por mucho que la haya llevado a cabo por puro sentido de humanidad y/o solidaridad⁴¹.

Pero esto no es todo, también se castiga la ayuda a la permanencia del inmigrante irregular en nuestro país. Ciertamente es que se exige ánimo de lucro, pero los términos abstractos en que está formulado el precepto, posibilitan la imposición de una pena frente a conductas tan carentes de desvalor como alquilarle una vivienda o servirle (y cobrarle) el menú del día. En definitiva, se trata de un tipo penal absolutamente rechazable y contrario a cualquier respeto de los derechos humanos. Y ello porque no se detecta en él ni la más mínima lesión a los derechos de los ciudadanos extranjeros, como para ser merecedor de la protección del Derecho penal. De hecho, ni tan siquiera se tiene en cuenta su consentimiento en tales conductas, pues se identifica inmigración clandestina con explotación, presentando al inmigrante siempre como un ser desvalido, ignorante y miserable, cuyos derechos protegemos incluso en contra de su voluntad.

En definitiva, con la excusa de hacer frente al fenómeno de las bandas criminales que operan en el mercado del tráfico ilícito de migrantes, toda Europa (también nosotros) está justificando una política migratoria discriminatoria y excluyente. Pone los ojos, y con ese pretexto acude al Derecho penal, no en las causas estructurales, sino tan sólo en una de manifestaciones más visibles, las mafias, como si éstas fueran las responsables de la desigualdad estructural entre el primer y el tercer mundo, y por ello las responsables de los movimientos migratorios. Una visión hipócrita y torticera, que al final no protege los derechos humanos de los inmigrantes, sino todo lo contrario, justifica su flagrante violación en este supuesto paraíso para la defensa de los mismos que es Europa.

41 En todo caso, el concepto de ayuda humanitaria parece reconducirse a todas aquellas personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada como consecuencia de un desastre, catástrofe natural o conflicto armado. Concepto que no parece incluir los frecuentes casos de ayuda a los familiares o personas cercanas movilizadas por puras causas socioeconómicas (ej. agrupación familiar).

Una Europa que incluso les está condenando a una muerte segura. Porque la realidad es que la encarnizada persecución de las ONGs que operan en el Mediterráneo, salvando las vidas de miles de emigrantes, están sufriendo una intensa campaña de criminalización de su labor humanitaria. Se les acusa de favorecer la inmigración ilegal y por tanto a las mafias que se lucran con la misma, lo que, unido a la creciente y cada vez más violenta intervención de los guardacostas libios, está suponiendo su paulatina desaparición de las aguas mediterráneas. Y con ello la única posibilidad de supervivencia para muchos. Porque múltiples barcos pesqueros, temiendo también las consecuencias⁴², se niegan a rescatar emigrantes, por lo que al final cientos de personas personas acaban muriendo ahogadas o por deshidratación después de varios días a la deriva. Nunca sabremos exactamente cuántas, pero sus muertes nos deberían pesar como losas sobre la conciencia.

2. Diversidad cultural y derechos humanos

La Europa de la Ilustración, de la Revolución Francesa, de la defensa incondicional de dignidad humana, se ha traicionado a sí misma. Y lo sigue haciendo también con su torpeza ante la gestión de la nueva sociedad multicultural en la que se ha convertido. Los desplazamientos migratorios, que pese a muros y fusiles son imparables, obligan a millones de personas a insertarse en sociedades distintas a las de procedencia, lo que aumenta de modo relevante

42 En los momentos en que se escribe este trabajo, toda la opinión pública está pendiente de qué se hará con los 12 inmigrantes libios rescatados por el pesquero español "Nuestra Madre Loreto" el pasado 22 de noviembre. Los emigrantes se tiraron al agua para evitar que los guardacostas libios les apresaran y llevaran de nuevo a tierra. En todo momento, se negaron a volver a Libia que es el puerto más cercano, mientras el gobierno español, contradiciendo sus propias declaraciones y actuaciones pasadas, lo consideraba un puerto seguro e invitaba a que el desembarco sea allí. Italia y Malta, que también son puertos cercanos, se negaban a recibirlos. Según ACNUR, Libia no es un puerto seguro para el desembarco de migrantes. Son innumerables los testimonios de rescatados que han descrito los abusos, torturas, violaciones, asesinatos y ventas de seres humanos como mano de obra escalava en los centros de detención de migrantes en Libia. El capitán del barco temiendo un motín a bordo si les acerca a la costa Libia, avisaba desesperado de la previsión de un temporal y de la falta de agua y alimentos. Ante las reclamaciones de las familias de los marineros españoles del barco, por fin, se dio permiso de desembarcar de los emigrantes en Malta, como puerto seguro más próximo, para posteriormente trasladarlos y repartirlos entre otros países como España.

la tasa de diversidad étnica, religiosa y cultural de las sociedades receptoras⁴³. Un mestizaje cultural donde luchan por convivir razas, culturas, costumbres, religiones y tradiciones sorprendentemente diferentes. Una potencial fuente de conflictos, pues la arrolladora maquinaria de la civilización occidental, que impone sus valores, modelos estéticos y criterios ordenadores de la vida social, está al mismo tiempo provocando movimientos de defensa para mantener la identidad, la propia cultura y la tradición de los grupos afectados por aquella⁴⁴. Es la "glocalización"⁴⁵ o reacción contraria a la globalización.

En principio, pareciera que quien llega debe adaptarse al país de acogida, pero esto no significa que deba asumir todos los valores dominantes en el lugar de destino. La integración es otra cosa. El multiculturalismo se configura como un ideal de convivencia de la sociedad pluralista, por promover el sueño de una convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo y como antídoto a las posibles situaciones de racismo, intolerancia y xenofobia⁴⁶. Como modelo de gestión de la multiculturalidad, en una sociedad democrática que se preocupa por la vulnerabilidad de las culturas minoritarias, incentivando el ejercicio de la diversidad cultural y condenando la intolerancia. Una nueva tarea frente a la que Europa tampoco ha sabido estar a la altura.

En los países receptores brilla por su ausencia una política comunitaria europea para la cohesión social y la integración cultural de los inmigrantes. Y nuestro país tampoco se aleja de esa dinámica, pues no ha logrado diseñar una política diáfana y consecuente en materia de acogida e integración de los inmigrantes, encontrándonos incluso con normas contradictorias entre sí⁴⁷. Esto es, a la sociedad española el inmigrante le sigue generando desconfianza y son

43 DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Colección Derecho penal y Criminología, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 44.

44 BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 158.

45 ROBERTSON, R., "Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad", en MONEDERO, J.C., *Cansancio del leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Trotta, Madrid, 2003, p. 261 y ss.

46 GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia política e conflitto identitario*, Ligouri editore, Nápoles, 1999, p. 17.

47 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 69.

muchos los estereotipos y prejuicios⁴⁸, que, aprovechados por los propios gobernantes, justifican la adopción de medidas claramente racistas y xenófobas, y también se traducen —como vimos— en la paulatina entrada en el panorama político de posicionamientos de extrema derecha. Algo absolutamente contradictorio con la adopción, de otra parte, de medidas contra la discriminación y el racismo. Un tratamiento contradictorio del extranjero en nuestro Ordenamiento jurídico, que lleva a la ironía de utilizar, junto a las medidas socio-profilácticas (ej. expulsión), medidas protectoras como los delitos de odio⁴⁹, además de intentar buscar soluciones a los delitos culturalmente motivados.

A) El desafío de los delitos culturales

Porque la diversidad cultural también supone un gran reto para el Derecho penal. Cuando la globalización no sólo traspasa las fronteras nacionales sino también las socioculturales, la pregunta a formularse es la de cómo debemos reaccionar ante las conductas delictivas llevadas a cabo por los extranjeros, especialmente los “exóticos”, provenientes de una cultura jurídica distinta y motivadas precisamente por ella (delitos culturalmente motivados o delitos culturales)⁵⁰. Y la respuesta otorgada por nuestro legislador es el silencio, lo que, unido a la dada por nuestros tribunales, nos confiere un panorama ciertamente decepcionante.

Cuando nuestros tribunales se enfrentan a un conflicto cultural, apenas se aportan informaciones sobre el grupo étnico de pertenencia del autor, lo que hace difícil, por no decir casi imposible, la reconstrucción de su bagaje cultural y por tanto la afirmación de la existencia de un delito cultural. Las decisiones se limitan a hacer una genérica referencia a los orígenes del sujeto, limitándose a especificar su procedencia geográfica y resaltando su religión o

48 A los inmigrantes se les culpa, entre otras muchas cosas, de aumentar las cargas sociales y económicas de los nacionales, poniendo así en peligro el Estado de bienestar; de aprovecharse de las coberturas sociales; de ser vagos, y de no tener aspiraciones a ponerse al nivel de los nacionales. De hecho, son habituales comentarios como: “las plazas de las guarderías van para ellos”, “se llevan los pisos de protección oficial”, “nos quitan el trabajo”, “todas las ayudas son para ellos”, etc.

49 Delitos profusamente tratados en otro capítulo de esta obra, por la profesora María Concepción Gorjón Barranco.

50 Para más información al respecto, SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, colección delitos nº 139, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

la diferente regulación legislativa entre su país de origen y el nuestro. Esto es, los tribunales españoles no suelen dar importancia a la cultura del grupo étnico del autor, indicando en muchas ocasiones lo inconciliable de los valores de su cultura con los de la nuestra, considerada “moralmente” superior. Para ello, es habitual la remisión a los principios constitucionales, llegando a considerar el diferente grado de civilización entre nuestro sistema y el de otras culturas. De hecho, no son inusuales las manifestaciones de intransigencia, minusvalorando determinadas tradiciones y creencias. Este es el caso, por ejemplo, de la STS 835/2012, 31 octubre, al afirmar rotundamente que “la ablación del clítoris no es una cultura”. De su parte, la STS 651/2010, 24 de junio, refiriéndose al vudú, habla de “supersticiosa incultura”; al igual que la STS 1461/2005, de 25 de noviembre, al afirmar que, aunque las mujeres eran aparentemente libres, procedían “de países muy diferentes que arrastran unos miedos y creencias propias de esas culturas más atrasadas”. Finalmente, son sumamente significativas expresiones como que la poligamia *repugna* al orden público español (SAP Guipúzcoa 181/2010, 30 abril).

Es más que evidente, en definitiva, la posición asimilacionista-discriminatoria tanto de nuestro legislador como de nuestros juzgados y tribunales⁵¹. El modelo de tolerancia recíproca no ha calado en nuestro Derecho penal, que no sólo no reconoce al “otro”, sino que incluso fagocita las diferencias uniformándolas⁵². El nuestro es, por tanto, un modelo anacrónico e hipócrita, pues detrás no se esconde sino la propuesta de una aparente “homogeneidad”. Y ello pese a

51 De hecho, el art. 2 ter de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducido por la reforma de la LO 2/2009, bajo la rúbrica de “Integración de los extranjeros”, deja clara esta política de “asimilación”, ya que persigue que los inmigrantes se empapen “en el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, sí como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres (...)”. De su parte, el nuevo art. 9.3 suprime toda referencia al reconocimiento y respeto a la identidad cultural expresamente recogido en el anterior art. 9.4 e): “Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural”. El actual art. 9.3, sin embargo, se limita a decir: “Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integridad social”. Una previsión tan generalista y abstracta, que ha acabado con toda la relevancia que este precepto tenía anteriormente.

52 PORTILLA CONTRERAS, G., “El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría del delito”, en PÉREZ CEPEDA, A.I., (Dir.) *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 83.

la experiencia sufrida por países con gran tradición en esta materia como Estados Unidos, donde la retórica del *melting pot*⁵³ sólo se ha materializado en cuanto al idioma, pues siguen excluidos todos los grupos de piel no blanca: minorías étnicas deportadas como los afroamericanos, las conquistadas como los grupos de origen hispánico (puertorriqueños, mexicanos) y los inmigrantes voluntarios procedentes de Asia (chinos, japoneses, vietnamitas, indios)⁵⁴.

Ciertamente no hay una receta sobre cómo responder al hecho multicultural, pero desde luego lo que no se debe hacer es imitar una experiencia claramente fracasada como la estadounidense. Puestos a aprender de lo ya vivido en otros lugares, mejor haber optado por el mosaico canadiense, una solución mucho más próxima y aceptable para nuestras necesidades⁵⁵. Porque ha llegado la hora de que el modelo asimilacionista, que parte de una especie de "superioridad ética", sea reemplazado por políticas de acomodamiento y reconocimiento, además de remedio de las injusticias históricas⁵⁶.

B) La especial vulnerabilidad de las mujeres emigrantes

En cualquier caso, si hay algo que no se puede obviar, es el triste protagonismo de las mujeres y niñas en todo este asunto. La mutilación genital sin duda es el ejemplo más controvertido, pero también la violencia familiar, los crímenes de honor, la selección prenatal del sexo, la poligamia, el infanticidio femenino, los matrimonios forzados, el uso del velo islámico, la discriminación hereditaria frente al varón, la prohibición de caminar solas, de trabajar, de hacer deporte e incluso asistir a espectáculos deportivos⁵⁷.

53 Bajo la pretendida finalidad de fusionar étnicas y razas, se escondía la realidad de una política asimilacionista basada y limitada en la cultura dominante, la del *White anglo-saxon protestant o WASP*. Vid., en MACÍAS CARO, V., *Los "delitos culturales" a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales* (tesis doctoral no publicada), Huelva, 2013.

54 DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 104.

55 Entre otras medidas, y por ejemplo, Canadá reconoce oficialmente los ordenamientos consuetudinarios de tipo sancionatorio-conciliativo de los inuits. En este sentido, a la hora de determinar la condena, se autoriza al juez a prestar "*particular attention to the circumstances of aboriginal offenders*" (art. 718.2.e CP).

56 DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados*, op. cit., p. 105.

57 PUJOL, A., "Derechos humanos y multiculturalismo", *Enrahonar*, 40-41, 2008, p. 79.

Y si la situación de la mujer a nivel internacional es preocupante, el escenario se recrudece cuando ésta es inmigrante (y aún más si es musulmana). En el contexto migratorio, las prescripciones religiosas y comunitarias, articuladas generalmente por miembros masculinos y que se traducen a menudo en formas de opresión y discriminación⁵⁸, lejos de atenuarse se refuerzan. Desde la perspectiva de la diversidad cultural, existen factores cuya suma favorece la aparición de toda suerte de violencia contra las mujeres. Agentes que coadyuvan a que se mantengan vestigios culturales, religiosos y sociales, que quebrantan los principios de igualdad y de libertad, favoreciendo sin embargo las relaciones marcadas por unas pautas de subordinación y sentimiento de sacrificio, que llevan a que muchas veces las mujeres sean desvalorizadas y rechazadas socialmente.

De hecho, cuanto más hostil es la sociedad de acogida con los inmigrantes, prácticas culturales como los crímenes de honor, la MGF o el velo musulmán, cobran una especial significación como elementos reactivos que, en torno al cuerpo y a la apariencia de las mujeres, inciden en la defensa de la identidad étnica, cultural o religiosa de origen⁵⁹. En esta particular encrucijada cultural, muchas mujeres deben enfrentarse al dilema de tener que renunciar a sus propias tradiciones para poder ejercer sus libertades. O *viceversa*, renunciar a sus libertades para poder mantener sus tradiciones⁶⁰. El choque cultural vivido por estas mujeres constituye, por tanto, un importante factor de riesgo, pues la confrontación entre la cultura tradicional y la del país de acogida que la mujer asimila, incrementa el riesgo de violencia. Ello unido a la situación emocional debilitada por la soledad, el miedo, la lejanía de sus familias y de su entorno social, incrementada en el tiempo ante la necesidad de mantener u obtener un permiso de residencia o trabajo. También la falta de redes familiares y sociales de apoyo, lo que contribuye a aumentar la dependencia respecto de su/s agresor/es; junto a la barrera idiomática, en el caso de existir, que a su vez dificulta el acceso a los recursos disponibles⁶¹.

58 FACCHI, A., "Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales", en *Revista Internacional de Filosofía política*, 27, 2007, p. 118.

59 GUERRA PALERMO, M.J., "Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres", en *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 38, enero-junio 2008, p. 68.

60 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural...*, op. cit., p. 96.

61 CASTILLEJO MANZANARES, R., "Problemas que presenta el tratamiento legal de la violencia de género", en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Justicia restaurativa y violencia de género*, op. cit., p. 64.

Las cifras del número de mujeres inmigrantes que son víctimas de violencia de género son en cualquier caso estremecedoras, por lo que el feminismo también debe hacer frente al fenómeno de la multiculturalidad. La llegada de mujeres procedentes de otros países, con todo su bagaje cultural, religioso y social, conlleva la problemática, no ya de la simple integración social, sino de su asimilación en una sociedad en la que el respeto de los derechos humanos, y específicamente el de la igualdad, es el mínimo que debe garantizar una convivencia pacífica. Permanecer ajenos a esta realidad, implicaría la aceptación de que el feminismo ha sido el movimiento de la emancipación a la medida de la mujer blanca, heterosexual y de clase media⁶².

La tradición feminista de basar sus reivindicaciones en este prototipo homogéneo de mujer, considerando al género la única causa de la desigualdad estructural sufrida por las mujeres, se desvirtúa en la realidad de las sociedades multiculturales. Junto a la condición de mujer, la era de la globalización y del desplazamiento de mujeres, aporta otros factores que, camuflados bajo "la diversidad cultural y religiosa", y junto a la situación muy común de irregularidad administrativa, ocultan situaciones de victimización de las mujeres⁶³, a veces difícilmente apreciables por encontrarse bajo el amparo de la multiculturalidad. Esto lleva a que por primera vez se plantee que, a la hora de proteger las particularidades de una minoría cultural, se preste especial atención al estatus de las mujeres dentro de esa minoría⁶⁴.

Sobre todo, se debe trabajar con las mujeres inmigrantes irregulares que, pese a estar muy presentes en el mundo de la globalización, son sin embargo las grandes ausentes⁶⁵. Y no sólo en el reparto de poder, sino también en su

62 PÉREZ MACHÍO, A.I., "La protección de la mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género", en PUENTE ABA, L.M., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, p. 296

63 *Ibidem*, p. 297.

64 SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 112 y ss.

65 En el asunto de la inmigración, el componente femenino presenta problemáticas que no han sido tratadas adecuadamente. Las migraciones siempre se han analizado como un fenómeno masculino, cuando la realidad nos demuestra todo lo contrario, motivo por el que se hacen ineludibles los estudios que asuman las cuestiones específicas relacionadas con la pertenencia de grupo, a la religión, el trabajo; esto es, el rol que las mujeres desempeñan dentro del colectivo inmigrante, y desde su propio punto de vista. *Vid.*, en FACCHII, A., "Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas

consideración como personas y en la posibilidad de ejercer sus derechos como seres humanos y ciudadanas⁶⁶. Una política feminista que pretenda responder a las exigencias de la globalización, debe fomentar un debate sobre la igualdad y la diferencia, centrada en la multiplicidad de tendencias que se cruzan entre sí, a favor de la democracia y la igualdad social. Porque sólo contemplando la multiculturalidad desde la igualdad de género, se podrá garantizar que los derechos de las minorías no perjudiquen a los de las mujeres, muchas veces invisibilizadas dentro de su propia cultura⁶⁷.

En definitiva, los Estados deben ser capaces de aceptar los factores de riesgo relacionados con el género, la diversidad cultural y la situación administrativa. Porque sólo a ellos les compete potenciar una tutela integral de todas las víctimas de violencia de género, incluyendo por supuesto a las irregulares, a quienes hay que dotar de todos los mecanismos necesarios para superar los indicadores de victimización y tutelarlas frente a los abusos reales sufridos⁶⁸. Y, para empezar, qué mejor que darles voz. Esto es, se impone la necesidad de reivindicar para la mujer un papel activo en el contexto de las relaciones sociales y de la justicia penal, evitando el obsesivo afán por ofrecer de ella una imagen homogénea, pasiva y victimista, que limita su libertad y su subjetividad. Una imagen de fragilidad y debilidad del género femenino que se acomoda perfectamente al modelo patriarcal⁶⁹. Irónicamente, el patrón del que se quiere huir.

sociales", *op. cit.*, p. 22. Respecto a los factores condicionantes de la especial victimización de las mujeres de nacionalidad extranjera en nuestro país, resulta de gran interés ACALE SÁNCHEZ, M., "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español", *EGUZKILORE, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, 21 diciembre 2007, pp. 203 y ss. Para un análisis más pormenorizado de la disyuntiva emigración - género, es de sumo interés el capítulo de esta obra redactado por los profesores Pablo Biderbost y Castellar Granados.

66 PÉREZ MACHÍO, A.I., "La protección de la mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género...", *op. cit.*, p. 301

67 CISNEROS ÁVILA, F., "Cultura, género y diversidad: un acercamiento desde el derecho penal", en BLANCO - SAN SEGUDO, (ed), *Investigación joven con perspectiva de género*, Instituto de Estudios de Género - Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2016, p. 131.

68 PÉREZ MACHÍO, A.I., "La protección de la mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género...", *op. cit.*, p. 305.

69 LAURENZO COPELLO, P., "La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres", en MUÑOZ CONDE - LORENZO SALGADO - FERRÉ OLIVÉ - CORTES BECHIARELLI - NUÑEZ PAZ (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 622.

3. Políticas de seguridad antiterroristas y violación de los derechos humanos

Sea como fuere, la gestión de la diversidad cultural, también se enfrenta el reto del terrorismo y el análisis de las políticas de seguridad desde la perspectiva de los derechos humanos. Y es que, aunque se trata de un asunto que viene ya de lejos, el actual debate se debe a la irrupción del terrorismo islamista con su atentado a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 y las réplicas, cual seísmos, en suelo europeo en los últimos años. La participación en todos ellos de inmigrantes musulmanes de segunda (y tercera) generación, provocó la reapertura del debate sobre la falta de integración de determinados colectivos en la sociedad autóctona de acogida, colocándose el islam como el origen o la característica más relevante de su desintegración social y su "guetización"⁷⁰. Algo especialmente visible en la tercera generación de migrantes, nacidos y crecidos en el país de acogida, pero sin modelos positivos que les indiquen que la vida puede transitar hacia un futuro de integración, pues ni sus abuelos ni sus padres son considerados ciudadanos de pleno derecho⁷¹.

En los países confrontados con el fenómeno de la inmigración de las últimas décadas del Siglo XX, se advierte el progresivo aislamiento físico y social de algunas comunidades de inmigrantes, especialmente de religión musulmana, las cuales se retiran voluntariamente de la sociedad mayoritaria para así preservar su propia religión, grupo étnico o cultura. Son las conocidas como "sociedades paralelas", que cabría definir como aquellas formas de organización social de una minoría más o menos homogénea de migrantes, las cuales en muchos casos no siguen las reglas propias de la sociedad mayoritaria, rigiéndose sin embargo por un sistema de normas y valores muy cercanos a su propio ámbito étnico-cultural. Esto es, en Europa existen sectores de extranjeros que habitando en "barrios étnicos" tienen contacto únicamente entre sí, viviendo conforme a sus propias normas y rechazando, más o menos abiertamente, los valores y reglas de la sociedad de acogida. Un concepto

70 CANO PAÑOS, M.A., "Las sociedades paralelas en Europa en el contexto de la inmigración y su eventual influencia en la radicalización islamista de sus miembros", en BERNAL DEL CASTILLO, J., *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 209.

71 SANZ MULAS, n., *Política criminal*, op. cit., pp. 290 y ss.

también por ello asociado a las tendencias fundamentalistas dentro del islam, considerándose que la población inmigrante de religión musulmana asentada en Europa, presenta una mayor probabilidad de configurar este tipo de comunidades "separadas", lo cual puede llegar a favorecer la radicalización de algunos de sus miembros⁷².

Pero los atentados del 11-S también supusieron un punto de inflexión en la defensa y protección de los derechos humanos. Tras aquellos impactantes hechos, vividos en directo y con creciente desasosiego, la protección y garantía de los derechos civiles y políticos ha sufrido una importante erosión en nombre de la lucha contra el terrorismo. Desde entonces el planeta entero está en permanente estado de alerta, adoptándose políticas de seguridad basadas en el miedo. Políticas tendentes al cierre de fronteras, que están suponiendo, entre otras muchas cosas, y como vimos, la condena a muerte de miles de refugiados sirios huidos de la guerra y la miseria, pero a los que no se les ayuda por miedo a que se "cuele" entre ellos algún *yihadista*.

A raíz de aquellos macabros acontecimientos (en cualquier caso, no más que los llevados a cabo por las fuerzas estadounidenses como respuesta "¿defensiva?")⁷³, también el concepto de terrorismo internacional se ha confundido con el de conflicto armado, lo que ha originado que la respuesta del Derecho penal al fenómeno del terrorismo internacional se entremezcle con el recurso a la fuerza armada (invasión de Irak por Estados Unidos con el apoyo de algunas fuerzas aliadas). Una estrategia bélica que se sigue alimentando también en Europa, sobre todo tras los atentados terroristas acaecidos en suelo europeo, si bien ahora se aconseja identificar más cuidadosamente los objetivos y minimizar los "daños colaterales" (población civil)⁷⁴. En definitiva, en nombre de la seguridad y

72 SANZ MULAS, N., "Las sociedades paralelas como cantera del yihadismo", en PÉREZ CEPEDA, A., (Dir.) *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 247 y ss.

73 Porque difíciles son también de olvidar Guántanamo, las cárceles y vuelos secretos de la CIA o los centros de tortura en Irak (ej., prisión Abu Ghraib). Espacios donde era habitual (queremos pensar que ya no lo es, sobre todo en esa pesadilla interminable que es Guantánamo) el uso de técnicas médicamente supervisadas, como el ahogamiento simulado, la alimentación e hidratación rectal, el encadenamiento de pies superior a 54 horas como parte de la privación del sueño, los desnudos integrales, el agua rociada a 44 grados Fahrenheit durante 18 minutos, etc.

74 Según el estudio "Mortality in Iraq Associated with the 2003-2011 War and Occupation: Findings from a National Cluster Sample Survey by the University Collaborative Iraq Mortality Study" (2013), entre 2003 y 2011, la invasión de Irak y el posterior conflicto provocaron más de medio

la libertad, irónicamente se están recortando un sinfín de libertades y derechos adquiridos. Una tendencia antigarantista y violadora de los derechos humanos, a la que por supuesto nuestro país también se encarama.

Si bien se afirmaba que la cultura de la emergencia nacía exclusivamente para combatir un fenómeno especial (el terrorismo), y que duraría sólo el tiempo estrictamente necesario para ello, la realidad es que no ha sido así. La vía de la excepcionalidad no ha terminado. Las reformas llevadas a cabo en materia de terrorismo⁷⁵, y a las que le han seguido otras muchas en otras materias, muestran una tendencia político criminal caracterizada por la prevención de delitos antes de que se ejecuten, la criminalización de sujetos peligrosos y la imposición de penas desproporcionadas. Es más, con el terrorismo *yihadista* entramos en la idea de que cabe la excepción de la excepción, esto es, se incrementan hasta el infinito las restricciones en aras a una pretendida seguridad. Quizás porque el ataque al poder sigue siendo, como desde el inicio de los tiempos, el crimen por excelencia, por más que otras conductas delictivas causen muchas más víctimas, como por ejemplo la violencia de género⁷⁶.

millón de muertes. El 60% se produjeron a causa directa de la violencia y el resto se debieron al colapso de las infraestructuras y otros problemas asociados a la guerra, como el desmantelamiento de la sanidad, la ausencia de salubridad y la pérdida de medios de transporte y comunicación. Los cálculos de este estudio de la Universidad de Washington, señalan una cifra que rondaría los 405.000 muertos, número al que suman los 56.000 fallecidos producidos entre la población desplazada y los refugiados. El pico más alto de mortalidad se produjo en 2005-2006, periodo en el que morían 766 personas a la semana por culpa del conflicto (el 72,6% a causa directa de la violencia). Desglosados por motivos, el 35% de las muertes fueron producidas por las fuerzas de coalición comandadas por Estados Unidos, mientras que los rebeldes provocaron el 32% de los fallecimientos. Los disparos causaron la gran mayoría de las muertes violentas (63%) y los coches bomba mataron al 12% de los fallecidos. Las enfermedades cardiovasculares fueron la causa principal de las muertes no violentas, dado que se produjeron "porque todo el sistema de salud se enfocó a atender la crisis, por la interrupción de las redes de distribución de suministros esenciales y por el colapso de la infraestructura que mantiene el agua potable, la alimentación, el transporte, la gestión de residuos y la energía". Además "la guerra contribuye a un clima de miedo y humillación y a la interrupción de los medios de subsistencia, que terminan por socavar la salud". Accesible en <https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001533>

75 En especial, las formuladas por LO 7/2003, de 22 de diciembre, de reforma del CP y la Ley Penal del Menor; la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP y la LO 2/15, de 31 de marzo, también de reforma del CP para adaptarlo al Pacto antiterrorista firmado por la mayoría de las fuerzas parlamentarias.

76 LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 48.

En nuestra legislación lo único que parece es que no interesan tanto los hechos realizados como que el que el sujeto siga o no siendo terrorista. O peor aún, que quiera o no serlo⁷⁷. Un adelantamiento de la intervención del Derecho penal inadmisibles, pues se pueden castigar simples manifestaciones de voluntad. Y es que ya no se requieren pruebas de la pertenencia del sujeto a una organización o grupo terrorista, sino que se castiga la posible identificación de un sujeto con una ideología, por el mero hecho de consultar de forma reiterada, o poseer, documentos que se suponen idóneos para llegar a formar parte de una organización terrorista (art. 575.2 CP). Nos encontramos, en consecuencia, ante un Derecho penal del autor y de la peligrosidad, cuyo principal objetivo son, no sólo los extranjeros islámicos, sino todos aquellos que, a juicio de la policía y los servicios de inteligencia, se muestran críticos y hostiles con el sistema, por lo que también acaba derivando en un Derecho penal policial, selectivo y discriminatorio⁷⁸.

Estamos en presencia, en definitiva, de un modelo autoritario que limita el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, de asociación, de manifestación y reunión, el secreto de las comunicaciones, de pensamiento y movimiento. Un Derecho penal incompatible con un Derecho penal del hecho, pues no se centra en lo que el sujeto ha hecho, sino en lo que pueda llegar a hacer en su condición de radical. Un calificativo al que, sin embargo, se llega con el mero hecho de acceder a determinadas páginas de Internet, poseer determinados documentos o viajar a zonas extranjeras controladas por grupos terroristas (ej. detención de mujeres que viajan a Siria para casarse con los combatientes)⁷⁹.

77 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1442 y 1443.

78 Sírvanos de ejemplo, la detención y prisión provisional de dos titiriteros por mostrar en una representación de marionetas una pancarta con el texto "*Gora Alka-Eta*", confundiendo así la realidad y la ficción, y por tener un "libro anarquista". O el incremento excepcional del número de causas y condenas por enaltecimiento del art. 578 CP, como la condena a un año de prisión a una internauta que puso en circulación, entre otros mensajes, la noticia de "Carrero Blanco, primer astronauta español".

79 El art. 575.3 castiga a quien, para colaborar con una organización o grupo terrorista, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista. Por "colaboración" también se ha entendido el traslado de estas mujeres para casarse con los combatientes.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que el efecto de la política antiterrorista adoptada, ha sido precisamente el de fortalecer y legitimar coyunturalmente la acción terrorista, se hace obligado buscar otro tipo de soluciones y siempre en el marco de protección de los derechos humanos. Si el Estado recurre a la fuerza bélica para enfrentarse al fenómeno terrorista, no debe olvidar que en sus posibilidades de actuación en este marco están profundamente limitadas por el Derecho internacional humanitario (normas sobre el uso legítimo de la fuerza, el trato a los miembros del grupo armado subversivo, prohibición de la tortura y los malos tratos, etc.). Sin duda el terrorismo merece una legislación especial, pero siempre dentro de los límites del debido proceso y de las condiciones de un Estado constitucional de Derecho. La mejor opción preventiva está en la manifestación de la mayor normalidad jurídica, enviando el mensaje simbólico de que el terrorista es un delincuente más y así será tratado. El reconocimiento de un estatus especial, sólo puede fortalecer su actitud y legitimarle internamente. Esto es, reforzar su identidad de grupo, al saberse castigado por la pertenencia al mismo, sólo puede servir de acicate para que no lo abandone⁸⁰.

Pero, sobre todo, debemos empezar por prevenir e integrar a los jóvenes musulmanes europeos, como sujetos con responsabilidad, pues hasta ahora nos hemos limitado a analizar su comportamiento y ligarlo con una respuesta penal. Se está invirtiendo mucho en detección y seguimiento, cuando lo que se deben llevar a cabo son políticas de prevención e integración. Esto es, debemos conseguir que los hijos y nietos de la inmigración se sientan parte de la sociedad y del país al que oficialmente pertenecen. Debemos dotar de identidad y sentido de pertenencia a estos jóvenes, cumpliendo en lo posible sus expectativas sociales, políticas y económicas⁸¹. Para ello requerimos la colaboración de las mezquitas y la contranarrativa de la propia comunidad musulmana.

El objetivo final es acabar con la islamofobia, la mejor aliada del yihadismo. Porque a quien más le interesa que haya un discurso del odio, es precisamente al terrorismo, debemos dejar de asimilar islam a islamismo e islamismo a fundamentalismo. Porque ni todo árabe o musulmán es islamista, ni el islam o la religión musulmana implican una imposibilidad total de integración

80 SANZ MULAS, N., *Política criminal*, op. cit., pp. 287 y ss.

81 CANO PAÑOS, M. A., *Generación yihad. La radicalización islámica de los jóvenes musulmanes en Europa*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 228 y ss.

en nuestras sociedades⁸². La identidad de los musulmanes es la de un conjunto de pueblos culturalmente muy diversos, que comparten, como nexo de unión, unas creencias religiosas. Luego no debemos confundir el islam, como religión seguida por casi el 24% de la población mundial⁸³, con el terrorismo islamista. No se debe coger la parte por el todo. El sentido de las acciones terroristas, sólo cabe comprenderse en el contexto de un guión determinado, esto es, en el ámbito de la cultura de la sociedad donde se actúa⁸⁴. Y conocer para prevenir la radicalización, de acuerdo con GARRIGA, "es una de las mejores armas de construcción masiva para evitar atentados contra la humanidad"⁸⁵.

Iv. El papel de la universidad en la defensa de los derechos humanos

La educación, siempre la educación. No se puede pretender conseguir nada en materia de derechos humanos (ni en ninguna otra) sin contar con el papel de la educación. Pero, ¿es también la universidad el lugar donde los jóvenes deben recibir educación en derechos humanos?

Tanto para la UNESCO⁸⁶ como para el Consejo de Europa⁸⁷ la respuesta es afirmativa: la universidad debe formar ciudadanos. Ya una circular del Mi-

82 SANZ MULAS, N., "Las sociedades paralelas como cantera del yihadismo", op. cit., p. 248.

83 Se calcula que el número de musulmanes está entre los 1.000 y los 1.500 millones. Por continentes, la mayor presencia de musulmanes se encuentra en Asia (69,1%) y África (27,4%), contando Europa con solo un 2,9%. Los países con mayor proporción de musulmanes (cerca del 100%) son: Afganistán, Argelia, Arabia Saudí, Bahrein, Djibouti, Egipto, Gaza Strip, Indonesia, Irán, Iraq, Libia, Maldivas, Mauritania, Marruecos, Omán, Pakistán, Qatar, Senegal, Somalia, Turquía, Emiratos Árabes, Sáhara Occidental y Yemen. Vid., en <http://islamicweb.com/begin/population.htm>

84 BORDAS MARTÍNEZ, J., *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 163.

85 GARRIGA GUITART, D., *Yihad, ¿qué es?*, Comanegra, Barcelona, 2015, p. 15.

86 En el punto 3 de las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior (julio 2009) se afirma que "la educación superior debe no sólo proporcionar habilidades (...) sino también promover el pensamiento crítico y la ciudadanía activa, y contribuir a la educación de un ciudadano comprometido con la construcción de la paz, la defensa de los derechos humanos y los valores de la democracia".

87 En su declaración "Responsabilidad de la Educación Superior para una cultura democrática: ciudadanía, derechos humanos y sostenibilidad" (2006), el Consejo de Europa declara que "la enseñanza superior juega un papel esencial en la transmisión de la cultura democrática y tiene la responsabilidad de enseñar a cada generación a renovar y a desarrollar las actitudes, valores

nisterio de Educación y Ciencia en 1982 decía: "corresponde a la Universidad un importantísimo papel en las acciones a favor de la enseñanza de los derechos humanos. Además del estudio de los derechos humanos en el marco de cursos de Derecho Internacional, de relaciones internacionales y de ciencias políticas, es deseable que, por su especial responsabilidad como cima del sistema educativo, por tener a cargo la formación del profesorado y de los cuadros dirigentes de la vida nacional y por influjo intelectual en la sociedad, conciba la enseñanza de los derechos humanos de tal modo que pueda llegar a todos los estudiantes cualquiera que sea su especialización". De hecho, no es extraño que los estatutos de las universidades incluyan como misión la de formar en valores cívicos y la promoción de una cultura democrática⁸⁸.

Bonitas palabras que no siempre coinciden con la normalmente burda realidad. En los últimos tiempos, la universidad parece haber desertado de esta función cívica y mucha culpa tiene el proceso de Bolonia. Para muchos el final de la universidad pensada *para saber*, para desprenderse de prejuicios y hacer imperar la razón. Ahora es una universidad *para hacer*, para ofrecer productividad⁸⁹. El bien común en el ámbito educativo se ha colapsado, sufriendo un claro proceso de mercantilización. En el marco de una ideología neoliberal, los países optan por fomentar la rentabilidad a corto plazo mediante el cultivo de capacidades utilitarias y prácticas, aptas para generar renta. En ese contexto, los sistemas educativos están descartando sin advertirlo ciertas

y competencias necesarias para traducir este compromiso en hechos y de promover una cultura democrática, uno de cuyos principios es una ciudadanía democrática activa". Esto es, para el Consejo de Europa los derechos humanos forman una parte nuclear de la formación ciudadana.

88 En el art. 1 de sus Estatutos, la Universidad de Salamanca, se presenta como depositaria y continuadora de una tradición *humanística* y científica multiseccular con vocación universal, inspirándose en su actuación por los principios de democracia, igualdad, justicia y libertad. Y entre sus fines se encuentran: la transmisión crítica del saber mediante la actividad docente (2.c); la garantía, en la actividad de la universidad, de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad sin ningún tipo de discriminación y el derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (2.d); y el asesoramiento científico, técnico y cultural de la sociedad, para contribuir a la mejora de la calidad de vida en la comunidad (2.g).

89 El proceso desarrollado desde la *Carta Magna* de las Universidades Europeas (Bolonia, 1988) ha ido favoreciendo el que la Universidad se pliegue a intereses del mundo de las empresas. La propia Declaración de Bolonia de 1999 ya se plantea que la Universidad "atienda únicamente a la formación de los trabajadores demandados por ellas, sin respetar la idiosincrasia de los estudios universitarios ni la transmisión de los conocimientos científicos y humanísticos que no tengan que ver con los intereses mercantiles y empresariales". *Vid.*, en CAMPOS LANGA, A., "Universidad y mercado: una reflexión acerca del actual proceso de convergencia europea", *Youkali*, 2, 2006

aptitudes absolutamente necesarias para mantener viva a la democracia⁹⁰. La universidad que se hizo para pensar queda fuera del capitalismo, cuyas diosas son la productividad, la competitividad y la innovación⁹¹.

En palabras literales de ALBATCH "La educación ya no es vista primordialmente como un conjunto de habilidades, actitudes y valores necesarios para el fortalecimiento de la ciudadanía y para la efectiva participación en la sociedad moderna, o sea, como una contribución clave al bien común de cualquier sociedad. En lugar de esto se ve cada vez más, como un bien de consumo que puede ser comprado por un consumidor para adquirir un conjunto de habilidades que serán utilizadas en el mercado; o es vista como un producto que puede ser comprado o vendido por corporaciones multinacionales, instituciones académicas convertidas en negocios o por otros proveedores"⁹². En definitiva, el sistema educativo, y concretamente la educación universitaria, ya no se concibe desde un enfoque integral, sino que pasa a degradarse convirtiéndose en un mercado más. Un negocio en el que se adquieren destrezas que luego serán vendidas por el que las ostenta en el mercado laboral. Esto es, el modelo formativo de las escuelas de negocios ha acabado inundando los demás campos con su filosofía "*make more profit, the rest don't care about*"⁹³. Una escala de valores regida por la competitividad y el afán del récord a toda costa, que sólo se traduce en una dramática disminución del civismo.

Es vital, por tanto, revindicar el papel relator de las universidades y que éstas retomen su posición destacada en la defensa de los derechos humanos. Y hagámoslo sin demora, pues el peligro para la universidad pública es cada vez más cierto y la desfinanciación empieza por las carreras consideradas por los más ignorantes como "inútiles" (cuando realmente querrían decir "peligrosas"). En algún que otro país ya se habla de desviar fondos de la sociología y la filosofía a carreras más "productivas". Situar a los derechos humanos como punto de las investigaciones y docencia, es, por tanto, un desafío del quehacer académico que no podemos eludir por más tiempo. Eso y no otra cosa es lo que se anhela de una

90 NUSSBAUM, M. C., *Sin fines de lucro: por qué la democracia necesita a las humanidades*, Ed. Katz, Madrid / Buenos Aires, 2010, p. 20

91 LÓPEZ LÓPEZ, P., "La enseñanza de los Derechos Humanos en la Universidad", *REIFOP*, 14(4), p. 2.

92 Citado por MOLES PLAZA, R., *¿Universidad S.A? Público y privado en la educación superior*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 169

93 LÓPEZ LÓPEZ, P., "La enseñanza de los Derechos Humanos en la Universidad", *op. cit.*, p. 3.

institución que ya no quiere ser por más tiempo un claustro interior en el que fluyen maravillosas ideas, pero que sólo conocen los vecinos.

Urge devolver a las humanidades el lugar central en el discurso que nunca deberían haber perdido. Aunque no es menos cierto que ninguna ciencia puede calificarse legítimamente como tal sino es humana, esto es, sino está al servicio del ser humano. El ser humano como medida de todas las cosas, rezaba el principio renacentista. En todas las ciencias el baremo debe ser la persona y el objetivo la búsqueda de su bienestar. Las universidades, ahora más que nunca, deben recuperar el papel de divulgación científica dentro del debate político. Debemos ser el muro de contención de todos esos posicionamientos extremos que, con su discurso xenófobo, homófono y machista, sólo nos hacen temer la vuelta a tiempos que nunca fueron mejores.

Concretamente, la ciencia penal debe poner límites a la intervención punitiva controlada por la política. Porque si la ciencia (o sea, nosotros) no se hace cargo de los mismos problemas, y ni siquiera los "reconoce", lo hará la política y quizás también los jueces y magistrados obligados por ley a aplicar las normas. Y para ello es ineludible que nuestro lenguaje sea claro y comprensible, abandonando de una vez por todas el hermetismo, claramente antidemocrático, que durante demasiado tiempo nos ha caracterizado a los juristas. Si no aprovechamos los innumerables foros que nuestra profesión nos brinda, para desenmascarar a los farsantes y las cada vez más habituales *fake news*, mucha culpa es nuestra. Mantenernos demasiado alejados de la realidad y hablar con tecnicismos incomprensibles para los legos, solo ayuda a que sigan siendo los mismos *charlatanes indocumentados* los que marquen la política, sirviendo de bastante poco (o nada) los esfuerzos que después hagamos criticándola. Por supuesto, tampoco vendría mal que los políticos tuvieran en cuenta nuestra opinión, porque la realidad es que se pregunta a todo tipo de colectivos menos a los que se supone somos los especialistas. Luego, si solo nos queda ser las opiniones molestas por discordantes, al menos hagámoslo bien. Que se nos oiga algo y claro.

Los penalistas, como nos recuerda ZAFFARONI "tenemos el deber de usar el poder del discurso para denunciar las debilidades y traiciones inquisitoriales de los políticos, aunque sepamos que esto nos puede acarrear dificultades y, entre otras, la enemistad de las burocracias nacionales y a veces internacionales. Dificultades que nunca serán mayores que las que sufrieron

nuestros padres fundadores, puesto que el derecho penal políticamente liberal no nació acunado por las burocracias ni por los poderosos de su tiempo, sino en abierta contradicción con éstos. La actual no es hora de complacencias, sino de lucha por la reafirmación de los principios que consagran nuestras constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos. Las complacencias científicas son actos de complicidad con nuestra civilización"⁹⁴.

Porque como universitarios, nuestra obligación es apostar siempre por las personas, por el ser humano. Las personas son lo único realmente importante. Lo mejor que nos encontraremos a lo largo de nuestra existencia. Por ello, el respeto hacia el otro debe ser nuestra guía. Respeto a la diferencia, a las particularidades. Nadie es mejor que nadie. Todo ser humano es único e irrepetible. Ciertamente, nuestra sociedad se ha convertido en un crisol de etnias, culturas y cosmovisiones sorprendentemente diferentes. Pero eso no es ninguna amenaza, sino una gran oportunidad de aprender. Un regalo que nos ayuda a enriquecer nuestra propia visión del mundo y quienes lo habitan. "El fascismo se cura leyendo y el racismo se cura viajando", decía Miguel de UNAMUNO.

Siguiendo su estela, defendamos la igualdad de oportunidades entre todos los seres humanos. Entre los hombres y esa otra mitad de la población que constituimos las mujeres. Pero también entre los que somos de aquí y aquellos que vienen empujados por la desesperación y el instinto de supervivencia. Nadie elige donde nacer, vivir o morir. Las circunstancias son tan caprichosas, que el orgullo de haber nacido en un determinado lugar, de repente puede transmutar en la urgencia de abandonarlo cuando la guerra o el hambre se asoman por la esquina. Y no tenemos más que mirar un poquito hacia atrás en nuestra propia historia, para poder comprenderlo.

Recordemos sino el poema citado por primera vez en la Semana Santa de 1946 por el pastor NIEMÖLLER, titulado "¿Qué hubiera dicho Jesucristo?"⁹⁵:

*"Cuando los nazis vinieron a buscar a los comunistas,
guardé silencio porque yo no era comunista.*

Quando encarceraron a los socialdemócratas,

guardé silencio porque yo no era socialdemócrata.

94 ZAFFARONI, E.R., "Globalización y crimen organizado", en *ReAIDP/ e-RIAPL*, 2008.

95 Dato corroborado en el libro *They Thought They Were Free. The Germans, 1933-45*, escrito por Milton Mayer en 1955.

Cuando vinieron a buscar a los sindicalistas,
no protesté, porque yo no era sindicalista.

Cuando vinieron a buscar a los judíos,
no pronuncié palabra porque yo no era judío.

Cuando finalmente vinieron a buscarme a mí,
no había nadie más que pudiera protestar”.

En fin, como ya nos advertía George SANTAYANA en 1906 “aquellos que no recuerdan el pasado están condenados a repetirlo”⁹⁶. Baste con recordar que el ser humano es el único animal que tropieza dos (y más) veces con la misma piedra...

Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M., “Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español”, *EGUZKILORE, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, 21 diciembre 2007

BINGHAM, T., *El Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BORDAS MARTÍNEZ, J., *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, Edisofer, Madrid, 2006

BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CALDERÓN DÍAZ, S.C., “Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, una lectura orientada desde el sujeto”, en *Revista Digital de Historia de la Educación*, enero-diciembre de 2017, nº 20.

⁹⁶ SANTAYANA, G., *La vida de la razón o fases del proceso humano*, 1906.

CAMPOS LANGA, A., “Universidad y mercado: una reflexión acerca del actual proceso de convergencia europea”, *Youkali*, 2, 2006.

CANO PAÑOS, M. A., *Generación yihad. La radicalización islámica de los jóvenes musulmanes en Europa*, Dykinson, Madrid, 2010

CANO PAÑOS, M.A., “Las sociedades paralelas en Europa en el contexto de la inmigración y su eventual influencia en la radicalización islamista de sus miembros”, en BERNAL DEL CASTILLO, J., *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, ed. Minima Trotta, Madrid, 1999.

CISNEROS ÁVILA, F., “Cultura, género y diversidad: un acercamiento desde el derecho penal”, en BLANCO – SAN SEGUDO, (ed), *Investigación joven con perspectiva de género*, Instituto de Estudios de Género – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2016,

DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Colección Derecho penal y Criminología, Marcial Pons, Madrid, 2012.

FACCHI, A., “Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales”, en *Revista Internacional de Filosofía política*, 27, 2007

GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofía política e conflitto identitario*, Ligouri editore, Nápoles, 1999

GARRIGA GUITART, D., *Yihad, ¿qué es?*, Comanegra, Barcelona, 2015

GORDON LAUREN, P., “Nuevos retos para los derechos humanos. El futuro a la luz del pasado”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 5, 2004.

GUERRA PALERMO, M.J., "Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres", en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 38, enero-junio 2008,

HOSCHILD, A., *Enterrad las Cadenas: Profetas y rebeldes en la lucha por la liberación de los esclavos de un imperio*, Ediciones Península, Barcelona, 2006.

JULIOS CAMPUZANO, A., "La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 116, abril - junio, 2002.

LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985

LAURENZO COPELLO, P., "La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres", en MUÑOZ CONDE - LORENZO SALGADO - FERRÉ OLIVÉ - CORTES BECHIARELLI - NUÑEZ PAZ (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

LÓPEZ LÓPEZ, P., "La enseñanza de los Derechos Humanos en la Universidad", *REIFOP*, 14(4)

MACÍAS CARO, V., Los "delitos culturales" a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales (tesis doctoral no publicada), Huelva, 2013.

MESSUTI, A., "Derecho penal y derechos humanos", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1999, año 7, nº 28.

MOLES PLAZA, R., *¿Universidad S.A? Público y privado en la educación superior*, Ariel, Barcelona, 2006.

NUSSBAUM, M. C., *Sin fines de lucro: por qué la democracia necesita a las humanidades*, Ed. Katz, Madrid / Buenos Aires, 2010.

PAREJA, E., - GUILLÉN, A., "La carta de derechos humanos emergentes: una respuesta de la sociedad civil a los retos del Siglo XXI", en AA.VV., *Naturalesa i abst dels drets Humans emergents: la carta de drets humans emergents i el dret a la renda bàsica de ciutadania*, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2006.

PÉREZ MACHÍO, A.I., "La protección de la mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género", en PUENTE ABA, L.M., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008,

PORTILLA CONTRERAS, G., "El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría del delito", en PÉREZ CEPEDA, A.I., (Dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

PUJOL, A., "Derechos humanos y multiculturalismo", *Enrahonar*, 40-41, 2008

RAMÍREZ, G., "De la declaración Universal de Derechos Humanos del Siglo XX a la Carta de Derechos Humanos emergentes del Siglo XXI". Ponencia presentada al Diálogo "Derechos humanos, necesidades emergentes y nuevos compromisos", Barcelona, 22 a 24 septiembre de 2004.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

ROBERTSON, R., "Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad", en MONEDERO, J.C., *Cansancio del leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Trotta, Madrid, 2003.

SANTAYANA, G., *La vida de la razón o fases del proceso humano*, 1906.

SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, colección delitos nº 139, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SANZ MULAS, N., "Las sociedades paralelas como cantera del yihadismo", en PÉREZ CEPEDA, A., (Dir.) *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

SANZ MULAS, N., *Política criminal*, 3ª edic, Ratio legis, Salamanca, 2019.

SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.

VÉLEZ ALCALDE, F.J., "la respuesta política a los trágicos sucesos de Lampedusa 3-O-2013 ¿Hacia un nuevo concepto del control de los flujos migratorios irregulares por mar en la política de la UE?", en *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 49, pp. 149 y ss.

ZAFFARONI, E.R., "Globalización y crimen organizado", en *ReAIDP/ e-RIA-PL*, 2008.

Regularização Fundiária como Instrumento de Política Social

Paula Cecilia da Luz Rodrigues¹

Resumo: O propósito do presente estudo reside na análise da importância da moradia como direito fundamental e dos reflexos à causados a sociedade pela falha estatal no não cumprimento deste princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, em primeiro momento é abordado a moradia como direito fundamental e conceito de moradia digna. Em seguida é feita a análise da Função Social da Propriedade e regulação já observada acerca do tema, no plano interno. Por fim, é tratada a questão da Regularização Fundiária como instrumento de política social.

Palavras-chave: Moradia; Função Social; Regularização Fundiária.

Abstract: The purpose of this study lies in the analysis of the importance of housing as a fundamental right and reflections caused to society by the state failure in any breach of this principle of human dignity. Accordingly, in the first instance it is covered housing as a fundamental right and the concept of decent housing. This is followed by the analysis of the Social Function of Property and regulation observed already acerca do theme, internally. Finally, we address the issue of Land Regularization as social policy instrument.

Keywords: Home; Social role; Land regularization.

Introdução

O direito a moradia e o direito a propriedade são garantias constitucionais que estão em conflito quando pensamos na solução para as propriedades que foram invadidas e estão servindo de moradia para muitos.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade de Salamanca - USAL. Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR (2016). Especialista em Direito Notarial e Registral e Direito Civil pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. (2013/2011). Oficial do 1º Ofício de Vassouras/RJ.