



NÓS E OS OUTROS

ALTERIDADE, POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO

ACTAS DO SEMINÁRIO

INVESTIGADORES RESPONSÁVEIS

Anabela Costa Leão • FDUP e CIJE

Jorge Gracia Ibáñez • FDUP e Escola de Criminologia

Luísa Neto • FDUP e CIJE

NÓS E OS OUTROS

ALTERIDADE, POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO

INVESTIGADORES RESPONSÁVEIS

Anabela Costa Leão • FDUP e CIJE
Jorge Gracia Ibáñez • FDUP e Escola de Criminologia
Luísa Neto • FDUP e CIJE

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE A ACTAS DO SEMINÁRIO

“ Nós e os Outros — Alteridade, Políticas Públicas e Direito”

Porto e FDUP, 5 de Abril de 2019

Projecto FCT UID 443_CIFE

COORDENAÇÃO

Anabela Costa Leão

Jorge Garcia Ibáñez

Luísa Neto

EDIÇÃO

Universidade do Porto • Reitoria

EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-989-746-250-4

2019

ÍNDICE

Nota Introdutória 7

ROSA MONTEIRO — *Alocação inicial da Secretária de Estado para a Cidadania e a Igualdade do XXI Governo Constitucional* 11

ALTERIDADE: QUEM SÃO OS OUTROS?

FERNANDO ARLETTAZ — *Migration policies and vulnerability: stereotyping, automation, and privatisation in migration control*..... 17

PATRÍCIA JERÓNIMO — *Diversidade cultural e religiosos nos marcos das fronteiras* 41

PEDRO JACOB MORAIS — *Identidade e alteridade* 55

POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO INCLUIR OS OUTROS?

ALEXANDRA FABIÃO — *Políticas públicas de inclusão social: a abordagem do Programa Escolhas* 67

CARMEN MONTESINOS PADILLA — *Discriminación múltiple en el contexto de la globalización: Políticas públicas sobre migración económica femenina* 75

DIREITO (S): COMO PROTEGER OS OUTROS?

ADRIANA MATOS — *Breves reflexões sobre a recolha e processamento de dados relativos à origem étnica e racial: em busca do inalcançável?* 101

ANA MARIA RODRIGUES — *O superior interesse da criança migrante e a parametrização da ação do Estado na gestão das migrações* 119

MARIANA PINTO — *A proteção da vítima migrante* 135

CONCLUSÕES

LUÍSA NETO — *Notas finais* 143

NOTA INTRODUTÓRIA

1. Realizou-se no passado dia 5 de abril de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto o Seminário "**Nós e os Outros — Alteridade, Políticas Públicas e Direito**", um encontro organizado pelo projeto *Vulnerabilidade e diversidade: direitos fundamentais em contexto* da linha de Investigação da Linha de Investigação *Direito, Pessoas e Poder* do Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP.

O Colóquio realizou-se no âmbito do referido projeto, financiado pela FCT (Projeto FCT UID 443_CIFE), e do projeto para 2018/2022. Em extrema síntese, o projeto visa refletir sobre os direitos fundamentais em contexto de diversidade. Partindo de uma compreensão pluralista do Direito constitucional que há-de contribuir para cimentar uma sociedade inclusiva, a proteção hodierna dos direitos fundamentais enfrenta desafios decorrentes das tensões entre unidade e diversidade e das exigências de proteção acrescida em caso de vulnerabilidades múltiplas e não raro cruzadas. Aliás, estas tensões (ao nível da previsão e da aplicação, *v.g.* judicial) revelam-se não apenas no seio do Estado social e culturalmente diversificado, mas também para além das suas fronteiras, atenta a rede complexa de inter-normatividade e a realidade da produção multinível do Direito. Trata-se aqui de discutir e analisar os problemas específicos de grupos vulneráveis que reclamam a consideração específica do princípio da igualdade e a consideração de um — eventualmente genérico — dever de cuidado cometido ao Estado, apontando-se aqui três pressupostos base da reflexão a empreender:

- a) A consideração da proteção da vulnerabilidade e do dever de "cuidado" como tarefas do Estado;
- b) A discussão das relações entre vulnerabilidade e estereotipo, no que tange à previsão e à aplicação de normas estaduais;
- c) A relevância da discriminação, designadamente múltipla/interseccional.

O Projeto desenvolve-se em 3 eixos específicos: *eixo 1 — Autonomia e*

capacitação: deficiência e idosos, no âmbito do qual se realizou, em abril de 2018 um Seminário, estando já publicadas as Atas correspondentes, eixo 2 — *minorias, migrantes e refugiados*, e eixo 3 — *identidade e género*, eixos estes suscetíveis de cruzamentos e ligações entre si.

O Seminário de 5 de abril visa a apresentação e discussão de resultados de investigação no âmbito do eixo de desenvolvimento 2 — *minorias, migrantes e refugiados*, contando ainda com a colaboração do NEDH — Núcleo de Educação em Direitos Humanos, da Universidade do Minho.

2. Aproveitando o contexto atual, foi abordada a estrutura principiológica em questão, bem como a perspetiva de prática apoiada e em especial:

i) Alteridade: quem são os Outros?

Identidade e alteridade

Vulnerabilidade e igualdade

A diversidade religiosa e cultural

Vulnerabilidade e estereotipação na atividade de controlo de fronteiras

ii) Políticas públicas: como incluir os Outros?

A regulação como forma de emancipação

O papel da discussão jurisprudencial no enquadramento dos atos de violência contra as mulheres no contexto da Convenção de Istambul

Programa Escolhas

Discriminação múltipla em contextos empresariais transacionais: políticas públicas sobre migração laboral feminina

iii) Direito(s): como proteger os Outros?

A proteção da vítima migrante

Migração e direitos dos migrantes

O superior interesse da criança migrante e a parametrização da gestão do Estado na gestão da imigração

A suscetibilidade de utilização de metadados com a finalidade de controlo de fronteiras

Breves reflexões sobre a recolha e processamento de dados relativos à origem étnica e racial

3. O Seminário deu uma outra concretização ao anterior estabelecimento de rede de discussão entre académicos com afiliações a instituições várias, portuguesas e estrangeiras, reunindo quinze investigadores do Alto Comissariado para as Migrações, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Comissão para a Cidadania e para a Igualdade de Género, Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Escola de Direito da Universidade do Minho, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *Grupo de Ativistas em Tratamentos*, Magistratura do Ministério Público, Núcleo de Educação em Direitos Humanos da Universidade do Minho, Secretária

de Estado para a Cidadania e Igualdade, Unidade de Apoio à Vítima Migrante e de Discriminação da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, Universidade de Buenos Aires e Universidade de Vigo.

É a presente publicação um precipitado deste *iter*, coligindo-se os trabalhos doutrinários que visam permitir a disseminação deste conhecimento.

Anabela Costa Leão, FDUP e CIJE
Jorge Gracia Ibáñez, FDUP e Escola de Criminologia
Luísa Neto, FDUP e CIJE

ALOCUÇÃO INICIAL • OPENING REMARKS

Rosa Monteiro*

Afirma a autora porto-riquenha Evangelina Holvino que as nossas vivências quotidianas envolvem, simultaneamente, práticas identitárias, institucionais e sociais, a que estão ligadas formas de dominação como a discriminação, a violência e o silenciamento.¹ Na mesma linha, a socióloga inglesa Rosemary Crompton sublinha que as desigualdades sociais se manifestam numa distribuição assimétrica não só da riqueza material, mas também da autonomia, da estima e da expressão pessoal.²

Perante esta realidade, cujos contornos reconhecemos no nosso trabalho de todos os dias, é com o maior entusiasmo que felicito a Universidade do Porto e a Universidade do Minho pela organização do presente seminário. Deixo uma palavra especial de agradecimento à Prof. Dra. Luísa Neto e à Prof. Dra. Anabela Costa Leão que, com a sua equipa, tornaram possível esta iniciativa no âmbito do projeto *Vulnerabilidade e Diversidade: Direitos Fundamentais em Contexto*.

Não pode existir política pública eficaz sem uma estreita cooperação com a academia, porque equipada com ferramentas de análise e de reflexão críticas. É de saudar, assim, a variedade de participantes neste seminário e o diálogo promovido com a sociedade civil e com os serviços da Administração Pública.

A Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030 — Portugal + Igual, aprovada pelo Governo em março de 2018, encara a desigualdade entre mulheres e homens como matriz fundamental da discriminação, reconhecendo as diversas penalizações impostas às mulheres — da

* Secretária de Estado para a Cidadania e a Igualdade do XXI Governo Constitucional.

¹ Holvino, Evangelina (2010), 'Intersections: the simultaneity of race, gender and class in organization studies', *Gender, Work and Organization* 17(3): 248-277.

² Crompton, Rosemary (2010), 'Class and employment', *Work, Employment and Society* 24(1): 9-26.

disparidade salarial à violência doméstica, da sobrecarga do trabalho familiar ao assédio e à violência sexual, entre tantas outras — e entendendo estas como transversais a toda a sociedade. Explicita aliás: “Os estereótipos de género estão na origem das discriminações em razão do sexo diretas e indiretas que impedem a igualdade substantiva entre mulheres e homens, reforçando e perpetuando modelos de discriminação históricos e estruturais.”

Também a perspetiva da interseccionalidade está presente na Estratégia Portugal + Igual, em consonância com instrumentos internacionais como a Convenção de Istambul do Conselho da Europa, a Década Internacional de Pessoas de Descendência Africana das Nações Unidas (2015-2024) e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Refira-se que, em Portugal, aprovámos em 2017 uma lei anti-discriminação que proíbe, pela primeira vez de forma expressa, a discriminação múltipla.³

Quanto a medidas inscritas nos três planos de ação que integram a Estratégia Portugal + Igual, podemos referir, a título de exemplo, que o Plano de Ação para a Igualdade entre Mulheres e Homens determina a integração da perspetiva de género no trabalho dos serviços da Rede Nacional de Apoio à Integração de Migrantes e demais áreas de projeto do Alto Comissariado para as Migrações I.P. (ACM, I.P.). Em janeiro de 2019 foi justamente criada, no ACM, I.P., a Equipa de Projeto *Desigualdades Interseccionais*, que visa desenvolver e implementar políticas sensíveis ao género no âmbito da integração de migrantes, pessoas refugiadas e requerentes de asilo e pessoas de etnia cigana, com particular atenção às situações em que se podem cruzar múltiplas desigualdades.

Outra materialização relevante desta abordagem é o trabalho desenvolvido na prevenção da mutilação genital feminina. Em particular, o projeto *Práticas Saudáveis*, lançado em novembro de 2018 e coordenado em parceria pela Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, o Alto Comissariado para as Migrações, I.P. e a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, permitiu ancorar a prevenção da mutilação genital feminina nos serviços de saúde mais próximos da população, capacitando profissionais e dinamizando iniciativas de carácter comunitário e pedagógico com associações de migrantes e de mulheres, escolas e outras entidades.

A abordagem interseccional é muito útil e necessária quando olhamos para o atual quadro migratório. Por um lado, a par do saldo migratório positivo que se verifica em Portugal desde 2017 (tendo sido negativo entre 2011 e 2016), também a composição da população estrangeira residente no nosso país se tem alterado, com uma proporção de mulheres superior à de homens desde 2012. Por outro lado, paralelamente aos fluxos de quem chega à procura de uma vida melhor juntaram-se os movimentos de quem foge dos flagelos da guerra, da perseguição e da pobreza extrema. Este contexto

³ Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem.

de enorme vulnerabilidade que não é alheio a traumas diversos é reforçado, muitas vezes, por percursos marcados por violência sexual, tráfico e exploração, com uma forte incidência sobre as mulheres e as meninas, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Este é um desafio que se coloca ao nível dos processos de integração e que tem pautado uma visão abrangente de trabalho em parceria, envolvendo organismos da administração pública central, municípios e a sociedade civil. Neste domínio, são vários, aliás, os princípios-chave que consideramos fundamentais assegurar: a afirmação da igualdade de direitos e de deveres; o incentivo à participação cívica das pessoas migrantes, refugiadas e de etnia cigana, reforçando o papel das mulheres ao nível da sua cidadania ativa; a gestão da diversidade cultural e do diálogo intercultural e inter-religioso, através da construção da unidade na diversidade enquanto pilar fundamental para a coesão social e a redução das desigualdades; e a monitorização regular das políticas e da própria integração de cada um daqueles públicos-alvo enquanto agentes de mudança e de combate às desigualdades.

Por todos estes motivos, consideramos que estas são áreas de trabalho que requerem pensamento crítico, diálogo permanente e união de esforços — razões de sobra para desejarmos a continuação de um percurso muito bem-sucedido ao projeto *Vulnerabilidade e Diversidade: Direitos Fundamentais em Contexto*.

ALTERIDADE: QUEM SÃO OS OUTROS?

**POLÍTICAS DE MIGRAÇÃO E VULNERABILIDADE:
ESTEREÓTIPOS, AUTOMAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO
NO CONTROLE DE MIGRAÇÃO**

***MIGRATION POLICIES AND VULNERABILITY:
STEREOTYPING, AUTOMATION, AND PRIVATISATION
IN MIGRATION CONTROL***

Fernando Arlettaz *

ABSTRACT

The purpose of this chapter is to explain how vulnerability is generated by migration policies through stereotyping, automation, and privatisation of migration controls. Rigid stereotyping of migrants established by law and automation of border checks exclude the consideration of the particular circumstances which may allow a person to enter a territory. Of course, neither legal stereotyping nor automation prevent, *in theory*, the access to the territory of those deserving international protection. But they add supplementary barriers for legal entry while, at the same time, no legal channel for the entry of those deserving international protection is established. On the other hand, privatisation of migration control may imply a certain degree of arbitrariness. Private contractors performing migration controls are not subject to the legality principle nor to any form of public accountability, and their decisions (unlike those of public authorities) cannot be appealed against.

KEY WORDS — vulnerability, stereotyping, migration control

* CONICET (Argentinian Council for Scientific Research) / University of Buenos Aires.
fernandoarlettaz@conicet.gov.ar

RESUMO

O objetivo deste capítulo é explicar como a vulnerabilidade é gerada pelas políticas de migração por meio de estereótipos, automação e privatização de controles de migração. A estereotipagem rígida de migrantes estabelecida por lei e a automação dos controles nas fronteiras exclui a consideração das circunstâncias particulares que podem permitir que uma pessoa entre em um território. Obviamente, nem os estereótipos legais nem a automação excluem, em teoria, o acesso ao território daqueles que merecem proteção internacional. Mas eles supõem barreiras adicionais à entrada legal e, ao mesmo tempo, não é estabelecido um canal legal para a entrada daqueles que merecem proteção internacional. Por outro lado, a privatização do controle de migração adiciona um fator de arbitrariedade. Os contratados particulares que realizam controles de migração não estão sujeitos ao princípio da legalidade nem a nenhuma forma de prestação de contas pública, e suas decisões (ao contrário das autoridades públicas) não podem ser objeto de recurso.

PALAVRAS CHAVE — Vulnerabilidade, estereotipação, controle migratório

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Stereotyping. 2.1. Stereotyping in migration control. 2.2. Varying degrees of control in EU law. 2.3. Stereotyping and social sorting. 3. Automation. 3.1. Automation in border control. 3.2. The Visa Information System (VIS) and the Entry and Exit System (EES). 3.3. Automated border control system. 4. Privatisation. 4.1. Privatisation examples in EU law. 4.2. Consequences of privatisation. 5. Conclusions: stereotyping, automation, privatisation, and vulnerability.

1. Introduction

The present chapter will deal with the concept of vulnerability in relation to migration controls.¹ The general idea that lies behind it is quite simple. Migration policies of States, in particular of developed States, are characterised by an ever increasing quest for security. States have decided to use their borders as a shield against many forms of transnational crime as well as a barrier against the entrance of undesired people. It will not be analysed in this presentation if this is a realistic project. It is however clear that migration policies are developing in this way.

The purpose of the chapter is to explain how vulnerability, as it is generated by migration policies, is related to other three concepts: stereotyping, automation, and privatisation. In fact, the quest for security mentioned above has led to the introduction of new forms of border controls which rely on: (1)

¹ In this chapter, the expressions *migration controls* and *border controls* are interchangeable. A more detailed approach to the subject, of course, reveals that migrations controls are not limited to the borders (a particular aspect of this relation is indeed mentioned in section 3). However, for the aims of this chapter, both expressions can be used as synonyms.

a sophisticated stereotyping of people crossing international borders; (2) the automation of border controls; and (3) the privatisation of some aspects of border controls.

Stereotyping, automation, and privatisation are three tools used to enhance the efficiency of border controls. Consequently, they are fundamental in the quest for security. However, their impact is uneven among different categories of people. In other words: stereotyping, automation, and privatisation of border controls have a stronger impact on vulnerable people. The quest for security hits the most vulnerable.

The general idea of the chapter will be developed in three main sections, corresponding to each one of the three main concepts already mentioned (stereotyping, automation, and privatisation), and a final section for the conclusions, in which those three concepts will be considered from the point of view of vulnerability. The chapter will rely on European Union (EU) law as an example to illustrate the theoretical points. However, the tendencies which are described go well beyond the realm of the EU. They are part and parcel of migration policies in developed countries around the world and, to some extent, also in some developing countries.

2. Stereotyping

2.1. Stereotyping in migration control

Stereotyping has been introduced in a very sophisticated way in migration laws as a matter of policy. It is not the matter of an individual border guard at a border crossing point. Of course, when performing their duties, border guards classify people. Indeed, the very core of border control lies in classification: border guards have to decide who can enter and who cannot enter a territory. And the classification of people made by border guards depends on many factors such as their training, their previous experiences, their prejudices, etc.

But it is now necessary to emphasise another form of stereotyping. People classification has been introduced into migration laws themselves. Definitely, this is not new. Every form of migration control relies on a distinction between those who can and those who cannot enter the territory. To simplify, it is possible to say that this distinction is that of citizens and foreigners or, in the case of supranational entities such as the EU, that of citizens of the Union and third-country nationals.²

As it has been said, this is not new. What is new, perhaps, is the very sophisticated way in which this classification is done in the current state of law. In EU

² For a more detailed explanation, see FERNANDO ARLETTAZ, *Extranjeros y migrantes: cuatro problemas de derecho internacional y filosofía jurídica*, Valladolid, Aranzadi, 2014, specially the first chapter. See also, FERNANDO ARLETTAZ, ¿Por qué los extranjeros no tienen los mismos derechos que los nacionales? *Redur*, 12, 2014, pp. 7-26.

law, which can be used to illustrate this point, the distinction between Union citizens and third-country nationals is only the first step of a much more complex classification of people. Figure 1 presents a more developed version, but nonetheless a simplified one, of the European classification of people for migration policy purposes.³

As shown in FIGURE 1 under the current European law, people are classified in two main categories: (1) people enjoying a right to free movement; and (2) third-country nationals not enjoying a right to free movement.

FIGURE 1

People enjoying free movement	Union citizens		
	Third-country nationals with equivalent right to free movement		
	Family members of citizens / third-country nationals with equivalent right to free movement	Holding residence card / permit / long-stay visa	
		Not holding residence card / permit / long-stay visa	Not subject to short-stay visa Subject to short-stay visa
Third-country nationals not enjoying free movement	Holding residence permit / long stay visa		
	Not holding residence permit / long stay visa	Not subject to short-stay visa	
		Subject to short-stay visa	

The first category includes, of course, Union citizens within the meaning of article 20.1 of the Treaty of the Functioning of the EU.⁴ But the first category also includes some third-country nationals, that is, some people not defined as Union citizens. These third-country nationals enjoying a right to free movement are included, in their turn, in two sub-categories. The first sub-category is that of those who, under agreements between the EU and its Member States, on the one hand, and the third countries of which they are nationals, on the other hand, enjoy a right to free movement equivalent to that of Union citizens. These are the citizens of Norway, Iceland, Liechtenstein,⁵ and

³ One clarification is needed: in some aspects, a distinction should be made between the EU territory and the Schengen area. This distinction will not be studied in detail, but references will be made either to the EU or to the Schengen area according to the context.

⁴ Article 20.1: "Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship." Article 20.2 establishes the list of the main rights of EU citizens. "Citizens of the Union shall enjoy the rights and be subject to the duties provided for in the Treaties. They shall have, inter alia: (a) the right to move and reside freely within the territory of the Member States; [...] These rights shall be exercised in accordance with the conditions and limits defined by the Treaties and by the measures adopted thereunder."

⁵ As to the nationals of Iceland, Liechtenstein, and Norway, see article 28.1 of the Agreement on the European Economic Area (EEA): "Freedom of movement for workers shall be secured among EC Member States and EFTA States." This disposition is specified by article 28.3 in this way: "[Freedom of movement] shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health: (a) to accept offers of employment actually made; (b) to move freely within the territory of EC Member States and EFTA States for this purpose; (c) to stay in the territory of an EC Member State or an EFTA State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment

Switzerland.⁶ It is not clear what the situation of the United Kingdom nationals will be after Brexit, but the recognition of some kind of freedom of movement for its nationals is one possibility.⁷ If there is no-deal Brexit, UK nationals will be considered as any other third-country nationals.

The second sub-category is that of third-country nationals who are family members of Union citizens and third-country nationals who are family members of third-country nationals enjoying a right to free movement under the abovementioned agreements. People belonging to this second sub-category also have, under certain conditions, a right to free movement. Nonetheless, not all family members are in a similar position: they may or may not have a residence card certifying their status (or even a residence permit, or a long-stay visa). And if they do not have any of these documents, they may be nationals of a country subject to the requirement of a short-stay visa or nationals of a country not subject to such a requirement.⁸

Third-country nationals not enjoying a right to free movement, in turn, may or may not hold a residence permit or a long-stay visa. And if they do not, they may be nationals of a country subject to the requirement of a short-stay visa or nationals of a country not subject to such a requirement.

The criteria used to decide the circumstances under which any third-country national needs a visa are quite complex. They can be summarised as follows. All third-country nationals not holding a residence card or a residence permit can be required to be in possession of a long-stay visa to enter the Schengen

of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action; (d) to remain in the territory of an EC Member State or an EFTA State after having been employed there.” According to article 31.1: “Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions on the freedom of establishment of nationals of an EC Member State or an EFTA State in the territory of any other of these States. [...] Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings [...]” Annex V of the Agreement contains specific provisions on the free movement of workers and Annexes VIII to XI on the right of establishment.

⁶ As to the nationals of Switzerland, see *Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other, on the free movement of persons*; in particular, articles 3 (“The right of entry of nationals of one contracting party into the territory of another contracting party shall be guaranteed in accordance with the provisions laid down in Annex I”), 4 (“The right of residence and access to an economic activity shall be guaranteed unless otherwise provided in Article 10 and in accordance with the provisions of Annex I”), and 6 (“The right of residence in the territory of a contracting party shall be guaranteed to persons not pursuing an economic activity in accordance with the provisions of Annex I relating to non-active people”).

⁷ See STEVE PEERS, *Beyond Blue Passports: UK/EU immigration after Brexit*, 2017, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/12/beyond-blue-passports-ukeu-immigration.html>. STEVE PEERS, *What happens to British expatriates if the UK leaves the EU?*, 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/05/what-happens-to-british-expatriates-if.html>.

⁸ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

area for a long stay. A long stay is a stay which lasts for more than 90 days in any 180-day period. Long-stay visas and residence permits are matter of national law, not of EU law, unless otherwise provided in EU law. As to short stays, all third-country nationals must fulfil certain conditions to enter the Schengen area,⁹ but only those who are nationals of certain countries are required to be in possession of a short-stay visa.¹⁰

2.2. Varying degrees of control in EU law

The aim of this chapter is not to explain in every detail the classification made in the precedent sub-section. The point to be made here is that people classification is used to determine what kind of controls an individual will be subject to; and that these controls are performed not only to decide who can or cannot enter the territory, but also for broader public security purposes.

When entering the Schengen area, all categories of people are subject to some general controls such as identity controls and checks against the databases on lost or stolen travel documents.¹¹ But other controls are limited to some categories of people. The image below shows which categories of people are subject to a particular control (yes), which are free of a particular control (no), and which are subject to a particular control in a limited way.

As it arises from FIGURE 2, people not enjoying a right to free movement are subject to systematic checks against the Schengen Information System (SIS) in order to determine, for example, if they are under a prohibition of entry or they may jeopardise public policy, internal security, public health, or the international relations of Member States.¹² People enjoying a right to free

⁹ These conditions are laid down in Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders [hereinafter cited as Schengen Borders Code], article 6.1.

¹⁰ The lists of countries whose nationals are subject to, or exempted from, the visa requirement is established in Regulation (EU) 2018/1806 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement. According to this Regulation, the list of third-country nationals subject to, or exempt from, the visa requirement must be established on the basis of a case-by-case assessment of a variety of criteria relating, inter alia, to illegal immigration, public policy and security, economic benefit, in particular in terms of tourism and foreign trade, and the Union's external relations with the relevant third countries, including, in particular, considerations of human rights and fundamental freedoms, as well as the implications of regional coherence and reciprocity (article 1). Besides, Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas [hereinafter cited as Visa Code] establishes the procedures and conditions for issuing visas for transit through or intended short stays (article 1.1). The Visa Code also lists the third countries whose nationals are required to hold an airport transit visa and establishes the procedures and conditions for issuing such visas (article 1.3).

¹¹ Schengen Borders Code, article 8.2.

¹² Schengen Borders Code, articles 6.1 and 8.3. See also Regulation (EC) No 1987/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on the establishment, operation and use of the second generation Schengen Information System (SIS II).

movement, on the contrary, are subject to these checks only on a non-systematic basis and only to determine if they suppose a *genuine, present and sufficiently serious* threat to public policy, internal security, public health, or the international relations of Member States.¹³

FIGURE 2

		SIS	VIS	EES		
People enjoying free movement	Union citizens		non-systematic	no	no	
	Third-country nationals with equivalent right to free movement		non-systematic	no	no	
	Family members of citizens / third-country nationals with equivalent right to free movement	Holding residence card / permit / long-stay visa	non-systematic	no	no	
		Not holding residence card / permit / long-stay visa	Not subject to short-stay visa	non-systematic	no	yes (except counter)
			Subject to short-stay visa	non-systematic	yes	yes (except counter)
Third-country nationals not enjoying free movement	Holding residence permit / long stay visa		yes	no	no	
	Not holding residence permit / long stay visa	Not subject to visa	yes	no	yes	
		Subject to visa	yes	yes	yes	

For similar reasons, only people subject to the visa requirement for short stays are checked against the Visa Information System (VIS). The VIS records information about short-stay visas and enables border guards to verify that a person presenting a visa is its rightful holder.¹⁴ People enjoying a right to free movement are not subject to the visa requirement and thus not subject to a verification against the VIS. This rule has an important exception concerning family members of EU citizens or family members of third-country nationals enjoying an equivalent right of free movement. If they do not hold a residence card or permit and are nationals of a country subject to the visa requirement for short stays, they will need a visa to enter the territory; the authenticity of this visa will be controlled under the VIS. People not enjoying a right to free movement, if they are not holding a residence permit, must be in possession of a visa if they intend to enter the territory for a long stay (though this is a matter of national law, not of European law); if they are not holding a residence permit or a long-stay visa, they must be in possession of a short-stay visa if they intend to enter the territory for a short stay and they are nationals of a country subject to such a requirement.¹⁵

¹³ Schengen Borders Code, articles 8.2.

¹⁴ Regulation (EC) No 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas [hereinafter VIS Regulation].

¹⁵ Schengen Borders Code, article 8.3.

In 2017 the EU adopted a regulation to create a wider and more powerful database to manage Schengen borders. The entry and exit system (EES)¹⁶ will record the time and place of every entry and of every exit of third-country nationals crossing the external borders of the Schengen area. The purpose of the system is to enhance the efficiency of border checks by calculating, in real time, the duration of the stay of third-country nationals in order to identify overstayers, that is, third-country nationals who have stayed in the territory longer than permitted. It also aims to contribute to the fight against terrorism and serious crime and to enhance the level of internal security.

The EES Regulation is a part of the so called Smart Borders Package: a set of measures including modifications to the Schengen Borders Code, the SIS, the VIS, Eurodac and Europol, among others, to improve the management of the external borders of Schengen Member States. According to the European Commission, these changes were necessary because of some shortcomings in the information systems related to border control, such as gaps in the EU's architecture of data management and a complex landscape of differently governed information systems.¹⁷ The EES is expected to be implemented by 2020.¹⁸

For the purposes of the EES, a third-country national is any person who is not a citizen of the Union, with the exception of persons who enjoy an equivalent right to free movement.¹⁹ The EES Regulation will not apply to third-country nationals holding a residence card, a residence permit, or a long-stay visa; as well as other people under particular regimes (i.e., third-country nationals exercising their right to mobility in accordance with the Directive on Intra-corporate transfers or the Directive on researchers).²⁰ It will apply to third-country nationals who are family members of a Union citizen or of a third-country national enjoying an equivalent right to free movement, if they do not hold a residence card or permit;²¹ but they will not be subject to the provisions regarding the calculation of the duration of the authorised stay and the generation of alerts to Member States when the authorised stay has expired.²²

¹⁶ Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement and Regulations (EC) No 767/2008 and (EU) No 1077/2011 [hereinafter cited as EES Regulation].

¹⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Stronger and Smarter Information Systems for Borders and Security, COM/2016/0205 final [hereinafter cited as Communication from the Commission], section 2.

¹⁸ Communication from the Commission, section 4.

¹⁹ EES Regulation, article 3.1.6.

²⁰ Schengen Borders Code, article 6a.3 as amended by Regulation (EU) 2017/2225 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 amending Regulation (EU) 2016/399 as regards the use of the Entry/Exit System [hereinafter cited as Schengen/EES amendment Regulation]. EES Regulation article 3.3.

²¹ Schengen Borders Code, article 6a.1 as amended by the Schengen/EES amendment Regulation. EES Regulation, article 2.1.

²² EES Regulation, article 2.4.

Similar differences can be found in relation to biometric controls and controls on the point of departure, the point of destination and the means of subsistence. The next figure shows which categories of people are subject to a particular control (yes), which are free of a particular control (no), and which are subject to a particular control only in some cases (limited).

As shown in FIGURE 3, under the current Schengen regime, people not enjoying a right to free movement are subject to thorough checks which comprise a detailed examination of the travel document.²³

FIGURE 3

				Biometric identifiers integrated into travel documents	Departure, destination, means of subsistence
People enjoying free movement	Union citizens			limited	no
	Third-country nationals with equivalent right to free movement			limited	no
	Family members of citizens / third-country nationals with equivalent right to free movement	Holding residence card / permit / long-stay visa		limited	no
		Not holding residence card / permit	Not subject to short-stay visa	limited	no
	Subject to short-stay visa		limited	no	
Third-country nationals not enjoying free movement	Holding residence permit / long-stay visa		yes	no	
	Not holding residence permit / long-stay visa	Not subject to short-stay visa	yes	yes	
		Subject to short-stay visa	yes	yes	

When the Entry and Exit System (EES) is in force, the checks of people subject to the EES will comprise the electronic verification of the live facial image of the third-country national against the EES records (if the third-country national is already registered in the EES) or against the passport chip (if the third-country national is not registered in the EES yet and he/she possesses a travel document with a chip). The checks will also comprise the electronic verification of the third-country national fingerprints against the Visa Information System (VIS) (if he/she is subject to the visa requirement), against the EES records (if he/she is not subject to the visa requirement and is already registered in the EES), or against the passport chip (if he/she is not registered in the EES yet and possesses a travel document with a chip).²⁴

On the contrary, people enjoying a right to free movement currently undergo a minimum check in order to establish their identities on the basis of the presentation of their travel documents. Such a minimum check consists of a rapid and straightforward verification, where appropriate by using technical

²³ Schengen Borders Code, article 8.3.

²⁴ EES Regulation, article 23.2.

devices, of the travel document.²⁵ When the EES is in force, people enjoying the right to free movement will not be subject to it; but at least one of their biometric identifiers integrated into their passports and travel documents will be checked if there are doubts as to the authenticity of the travel document or the identity of its holder.²⁶

Finally, people not enjoying a right to free movement and not holding a residence permit or a long-stay visa are questioned about the point of departure and destination of their trip and the purpose of their intended stay, checking, if necessary, the corresponding supporting documents. They are also subject to the verification on the possession of sufficient means of subsistence for their stay, their return to the country of origin or transit to a third country into which he/she is certain to be admitted, or that he/she is in a position to acquire such means lawfully.²⁷ People enjoying a right to free movement or holding a permit, a card, or a long-stay visa are not subject to this requirement (in many cases, because they had already been questioned about their means of subsistence at the time of getting their permits, cards or visas).

2.3. Stereotyping and social sorting

The developments in EU law that have been pointed out in the previous sub-section show quite well how people classification for migration control purposes is becoming more and more complex. Of course, State surveillance has always been about *social sorting*, that is, classification of population in order to grant them different treatments. State surveillance helps determine who is *out of place*.²⁸ The increasing complexity of taxonomies, however, is one of the key aspects of contemporary migration policies. Classifications currently in use, as those exemplified by the EU law, are a system of overlapping sub-classifications used for various (also overlapping) checks.

These classifications are created not only on the basis of the identity of the person as related to the State (national / foreigner) or to a supra-national entity (citizens of the Union / third-country nationals). Political classifications as these are only the first step in migration taxonomies. Further sub-classifications are made on other basis. Family links is one of them: family members of a EU citizen are granted a particular treatment closer (but not identical) to those of EU citizens themselves. Risk assessment in terms of the perceived danger of illegal migration, forged identity documents, or criminal offences is another basis for sub-classifications. The list of countries whose nationals are exempt from short-stay visas, for example, is regularly updated according not only to reciprocity criteria, but also to migratory and criminal risk assessment.

The Smart Borders Package launched by the European Commission, and

²⁵ Schengen Borders Code, article 8.2.

²⁶ Schengen Borders Code, article 8.2 as amended by the Schengen/EES amendment Regulation.

²⁷ Schengen Borders Code, article 8.3.

²⁸ DAVID LYON, *Surveillance Studies. An overview*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 94.

mentioned in the previous sub-section, clearly follows this pattern. Plans for smart borders had been in the EU agenda since 2008 and had gained force after the Arab spring in 2011.²⁹ Smart borders entail a step further in the re-framing of mobility and identity controls in the EU. They aim at identifying the potential irregular overstayer, as well as the relation of the person to past or future criminal offences, transforming the essence of border controls in Europe from a nationality-based approach towards another based on risk and profiling.³⁰

Though there is a noticeable security intention behind proposals such as the Smart Borders Package, this intention is not always evident in the official discourses that accompany the proposals. Quite often the security approach is mixed with other (friendlier) assertions on the convenience of facilitating international mobility for some categories of people. Indeed, recent developments in EU law also steer towards the creation of fast tracks procedures for *trusted travellers*. National facilitation programmes, included in the Regulation that amended the Schengen Borders Code to adapt it to the EES, are a good example. Once operational, States will be able to establish voluntary programmes in order to allow third-country nationals who do not enjoy the right of free movement to benefit from some facilitations when crossing the external border of a Member State.³¹ For third-country nationals admitted to a national facilitation programme, checks on entry will not have to include the verification regarding the point of departure and the destination and purpose of the intended stay, as well as the verification that he/she has sufficient means of subsistence.³²

Initiatives like this widen the gap between the categories used for migration classification. In fact, they create new sub-categories which hide different forms of discrimination based on the criteria used to permit the access to the facilitation programme. As it has been rightly indicated,³³ it is not accidental that some EU documents used the expression *bona fide travellers* to refer to trusted travellers, thus suggesting that travellers not benefitting from a facilitation programme are (at least in principle and until they prove the contrary) *mala fide travellers*.

²⁹ See BEN HAYES and MATTHIAS VERMEULEN, *Borderline: The EU's New Border Surveillance Initiatives. Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EUROSUR and the "Smart Borders" Proposals*, Berlin, Heinrich Böll Foundation, 2012.

³⁰ SERGIO CARRERA and NICHOLAS HERNANZ, Re-Framing Mobility and Identity Controls: The Next Generation of the EU Migration Management Toolkit, *Journal of Borderlands Studies*, 30(1), 2015, pp. 69-84.

³¹ Schengen Borders Code, article 8d.1 as amended by the Schengen/EES amendment Regulation.

³² Schengen Borders Code, article 8d.2 as amended by the Schengen/EES amendment Regulation.

³³ VALSAMIS MITSILEGAS, The Borders Paradox. The Surveillance of Movement in a Union without Internal Frontiers, in H. Lindahl (ed.), *A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Faultlines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 33-64.

To sum up, these (increasingly complex) classifications of people are creating new forms of anticipatory migration controls. Checks are made not only at the border: they begin quite before the person arrives at the border crossing point. People are pre-listed as trusted (not only citizens, as in the classic forms of border control, but also, for example, trusted travellers under a national facilitation programme), not trusted (for instance, someone who is denied a new visa because a consultation on the EES reveals overstaying under the previous visa), or doubtful (like the third-country national whose biometric identifiers cannot be verified by the EES because he/she does not possess an electronic passport and is sorted out for further controls).

3. Automation

3.1. Automation in border control

New technologies are increasing State power to gather and process information to implement public policies. This trend characterises many areas and, of course, also applies to migration and mobility. The State perception of reality is becoming technologically and statistically mediated; in other words, *datafied*.³⁴ An ever expanding network of databases is aimed at monitoring, registering, and profiling people to boost the efficiency of migration and mobility controls.

Very powerful databases allow public authorities (mainly but not only border guards) and sometimes also private actors to conduct a real-time search on the migratory status of an individual. Even if the final decision on the entry or exit of the territory is taken by a human being, this decision is automated in a high degree. The public authority sees the world through the *stretched screens* provided by the database.³⁵ While before migration officials primarily relied on their tacit knowledge and on a necessarily very limited *watchlist of people to look out for*, the application of new technologies has shifted their attention in part to data flows rather than the actual moving bodies.³⁶

Legal stereotyping is a precondition of automation of migration controls. Indeed, automation is possible because people have been previously classified in different categories to which different types of control apply. Recent developments in EU law can show the way automation is taking place: the VIS and the EES, mentioned in the previous section, are good examples.

³⁴ DENNIS BROEDERS and HUBB DIJSTELBLOEM, *The Datafication of Mobility and Migration Management: the Mediating State and its Consequences*, in I. Van der Ploeg and J. Pridmore (eds.), *Digitizing Identities: Doing Identity in a Networked World*, London, Routledge, 2016, p. 242.

³⁵ See DAVID LYON, *Identifying citizens. ID Cards as Surveillance*, Cambridge, Polity Press, 2009.

³⁶ DENNIS BROEDERS and HUUB DIJSTELBLOEM, *The Datafication*, p. 245.

3.2. The Visa Information System (VIS) and the Entry and Exit System (EES)

As it has been said, the VIS processes data and decisions relating to applications for short-stay visas.³⁷ It connects Schengen States consulates and all external border crossing points of the Schengen area and enables national authorities to enter and update visa data and to consult these data electronically. The system was established in 2004 by a Council Decision³⁸ and its functioning is ruled by the VIS Regulation.³⁹ The VIS has the purpose of improving the implementation of the common visa policy, consular cooperation, and consultation between central visa authorities.⁴⁰ However, the authorities of the Member States may also, in a specific case and following a reasoned request, access the data kept in the VIS if there are reasonable grounds to consider that consultation of the VIS will substantially contribute to the prevention, detection or investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences; and Europol may access the VIS within the limits of its mandate and when necessary for the performance of its tasks.⁴¹

So far, the VIS is the most important database concerning entries and exits of third-country nationals. However, the VIS is limited in many aspects. First, it only records information on the visas themselves (issuing, refusal, extension, etc.), but not on the uses of such visas (actual entries and exits under those visas). Second, it is limited to short-stay visas (long-stay visas are a matter of national law). Third, it obviously does not apply to third-country nationals who do not need a visa for a short-stay.

As it was explained in the previous section, the EES was established in 2017 to fill some of these gaps. According to the EES regulation, the EES was established for: (1) the recording and storage of the time and place of entry and exit of third-country nationals crossing the borders of the Member States; (2) the calculation of the duration of the authorised stay of such third-country nationals; (3) the generation of alerts to Member States when the authorised stay has expired; and (4) the recording and storage of the time and place of refusal of entry of third-country nationals.⁴²

³⁷ In the context of the VIS Regulation, a *visa* is: (1) a *uniform visa* as defined in the Visa Code (a visa valid for a short stay or for transit valid for all Member States); (2) an *airport transit visa* as defined in the Visa Code (a visa valid for transit through the international transit areas of one or more airports of the Member States); (3) a *visa with limited territorial validity* as defined in the Visa Code (a visa valid for the territory of one or more Member States but not all Member States) (VIS Regulation, art. 4.1).

³⁸ Decision (EC) 2004/5212 of the Council of 8 June 2004 establishing the Visa Information System.

³⁹ See *supra* note 15.

⁴⁰ VIS Regulation, article 2.

⁴¹ VIS Regulation, article 3.1. The consultation must be carried out through central access point(s) which is responsible for ensuring strict compliance with the conditions for access and the procedures established in a specific Council Decision (VIS Regulation, article 3.2). See Council Decision 2008/633/JHA of 23 June 2008 concerning access for consultation of the Visa Information System (VIS) by the designated authorities of Member States and by Europol for the purposes of the prevention, detection and investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences.

⁴² EES Regulation, article 1.1.

When implemented, the EES will be used by immigration authorities for the purpose of verifying the identity of the third-country national (if there is already a file concerning that person) and checking whether the conditions for entry or stay are fulfilled (i.e., whether the third-country national has already consumed the days of authorised stay).⁴³ Besides, visa authorities will consult the EES for examining visa applications.⁴⁴ But the EES will also be used for criminal law enforcement: Member States and Europol will obtain access to the EES for consultation for the purposes of the prevention, detection and investigation of terrorist offences or other serious criminal offences.⁴⁵

Border authorities will verify whether a previous individual file has been created in the EES for the third-country national as well as his/her identity.⁴⁶ Where a previous individual file has been created, the border authority will, if necessary: (1) update that individual file; and (2) enter an entry record for each entry and an exit record for each exit or, where applicable, a refusal of entry record.⁴⁷ In the absence of a previous registration of a third-country national in the EES, the border authority will create an individual file of that third-country national.⁴⁸ The border authority will enter in the file, among other data, the facial image of the third-country national and, in the case of a third-country national exempt from the visa requirement, the fingerprint data.⁴⁹

The EES will include an automated calculator that indicates the maximum duration of authorised stay for third-country nationals.⁵⁰ The automated calculator will not apply to third-country nationals who are family members of a Union citizen or of a third-country national enjoying an equivalent right to free movement.⁵¹ The automated calculator will inform the competent authorities: (1) on entry, of the maximum duration of authorised stay of third-country nationals and whether the number of authorised entries of a short-stay visa issued for one or two entries has been exhausted; (2) during checks or verifications carried out within the territory, of the remaining authorised stay or duration of overstay of the third-country nationals; (3) on exit, of any overstay of third-country nationals; and (4) when examining and deciding on short-stay visa applications, of the maximum remaining duration of authorised stay based on intended entry dates.⁵²

It is important to call attention to the fact that the EES could be accessed during checks or verifications carried out *within the territory*. The use of the EES to control the duration of the stay of people who are not, at the time of

⁴³ EES Regulation, article 26.1.
⁴⁴ EES Regulation, article 24.1.
⁴⁵ EES Regulation, article 2.1.
⁴⁶ EES Regulation, article 14.1.
⁴⁷ EES Regulation, article 14.2.
⁴⁸ EES Regulation, article 14.4.
⁴⁹ EES Regulation, articles 16.1 and 17.1.
⁵⁰ EES Regulation, article 11.1.
⁵¹ EES Regulation, article 11.1.
⁵² EES Regulation, article 11.2.

being controlled, trying to enter or exit the territory shows that mobility and migration control is not only done at the borders. In other words, the nature of the border has changed: borders are everywhere.⁵³

The EES includes a mechanism that will automatically detect entry/exit records which do not have exit data immediately following the date of expiry of an authorised stay and records for which the maximum duration of authorised stay was exceeded.⁵⁴ A list generated by the EES of all persons identified as overstayers will be available to the competent national authorities so that they may adopt appropriate measures.⁵⁵

According to the Schengen Borders Code currently in force, the travel documents of third-country nationals (including family members of EU citizens or of third-country nationals enjoying an equivalent right to free movement who do not possess a card residence) must be systematically stamped on entry and exit.⁵⁶ If the travel document of a third-country national does not bear an entry stamp, the competent national authorities may presume that the holder does not fulfil, or no longer fulfils, the conditions of duration of stay applicable within the Member State concerned.⁵⁷ This presumption may be rebutted if the third-country national provides credible evidence (such as transport tickets or proof of his/her presence outside the territory of the Member States) that he/she has respected the conditions relating to the duration of a short stay.⁵⁸ Should the presumption not be rebutted, the third-country national may be returned.⁵⁹

The introduction of the EES will alter this regime: the stamping of travel documents will be limited to those held by people travelling under a residence permit or a long-stay visa. According to the Schengen Borders Code as amended for the use of the EES, where provided expressly by its national law, a Member State will be able, on entry and exit, to stamp the travel document of third-country nationals holding a residence permit or long-stay visa issued by that Member State.⁶⁰ Consequently, the presumption of overstaying for people moving for short stays will be based on the information contained in the EES: if no individual file has been created in the EES for a third-country national present on the territory or if the entry/exit record of that third-country national does not contain an exit date following the date of expiry of the

⁵³ DAVID LYON, The border is everywhere: ID cards, surveillance and the other, in E. Zureik and M. Salter (eds.), *Global surveillance and policing. Borders, Security, Identity*, Collumpton, Willan Publishing, 2005, pp. 66-82.

⁵⁴ EES Regulation, article 12.1.

⁵⁵ EES Regulation, article 12.3. In order to enable third-country nationals to verify at any moment the remaining authorised stay, a secure internet access to a web service will allow them to get an OK/NOT OK answer, as well as the information on the remaining authorised stay. EES Regulation, article 13.1.

⁵⁶ Schengen Borders Code, articles 11.1 and 11.2.

⁵⁷ Schengen Borders Code, article 12.1.

⁵⁸ Schengen Borders Code, article 12.2.

⁵⁹ Schengen Borders Code, article 12.3.

⁶⁰ Schengen Borders Code, article 11.1 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

authorised length of stay, the competent authorities will be able to presume that the third-country national does not fulfil, or no longer fulfils, the conditions of duration of authorised stay.⁶¹ The third-country national will be able to rebut the presumption on the same conditions as under the Schengen Borders Code currently in force.⁶² Should the presumption not be rebutted, the third-country national will be subject to return.⁶³

3.3. Automated border control system

Another more powerful form of automation of migration controls is the use of the so called *automated border control system*, as provided by the EES Regulation. The system will allow for an automated border crossing. It is composed of a self-service system and an e-gate⁶⁴. The self-service system will perform all or some of the border checks that are applicable to a person and it will be used for pre-enrolling data in the EES;⁶⁵ the e-gate is the infrastructure operated by electronic means where an external border will be actually crossed.⁶⁶

When the EES is in force, persons whose border crossing is subject to a registration in the EES will be permitted to use a self-service system for the carrying out of their border checks, provided that the conditions for pre-enrolment of data are fulfilled and the person is already enrolled or pre-enrolled in the EES.⁶⁷ In this case, controls instituted in the Schengen Borders Code will be done by the self-service system.⁶⁸ However, the results of the border checks carried out through the self-service system will be made available to a border guard who will monitor these results and authorise the entry or exit or, otherwise, refer the person to a border guard who will proceed with further checks.⁶⁹

⁶¹ Schengen Borders Code, article 12.1 as amended by Schengen/EES amendment Regulation. EES Regulation, article 20.1.

⁶² Schengen Borders Code, article 12.3 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

⁶³ Schengen Borders Code, article 12.4 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

⁶⁴ Schengen Borders Code, article 2.25.

⁶⁵ Schengen Borders Code, article 2.23.

⁶⁶ Schengen Borders Code, article 2.24.

⁶⁷ Schengen Borders Code, article 8b.1 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

⁶⁸ Schengen Borders Code, article 8b.2 as amended by Schengen/EES amendment Regulation. EES Regulation, article 14.6.

⁶⁹ Schengen Borders Code, article 8b.3 as amended by Schengen/EES amendment Regulation. The person will be referred to a border guard if the conditions for the use of the self-service system are not fulfilled; if the checks reveal that the entry or exit conditions are not met; if the results of the checks put into question the identity of the person or if they reveal that the person is considered to be a threat to the internal security, public policy or international relations of any member State or to public health; in the case of doubt; or if no e-gates are available. Schengen Borders Code, article 8b.4 as amended by Schengen/EES amendment Regulation. In addition to those situations, the border guard supervising the border crossing will be able to decide, based on other reasons, to refer the person using the self-service system to a border guard. Schengen Borders Code, article 8b.5 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

The enrolment of data in the EES will be done by border guards. However, persons whose border crossing is subject to a registration in the EES will be able to use self-service systems for pre-enrolling in the EES some of the required data, provided that the travel document contains an electronic storage medium (chip) and a facial image recorded in that chip which can be verified by comparing it with his/her live facial image; if technically and legally possible, this verification will be done by also verifying the live fingerprints against the fingerprints recorded in the chip of the travel document.⁷⁰

If the third-country national is not recorded in the EES yet, he/she will have to pre-enrol his data in the EES and, subsequently, be referred to a border guard who will verify the pre-enrolled data and, when the decision to authorise or refuse entry has been taken, update the individual file.⁷¹ If the third-country national is already recorded in the EES, the self-service system will assess whether any of the data need to be updated. If so, the third-country national will update the data in the EES by pre-enrolling them through the self-service system. He/she will then be referred to a border guard who will verify the correctness of the update and, when the decision to authorise or refuse entry has been taken, update the individual file.⁷² If the data already recorded in the EES does not need to be updated, the border check will be done entirely by the self-service system in the way described in the previous paragraph.

Persons whose border crossing is subject to a registration in the EES and who used a self-service system for the carrying out of their border checks will be able to use an e-gate if so authorised.⁷³ In that case, the registration of the entry/exit record will be done when crossing the border through the e-gate.⁷⁴ Where the e-gate and the self-service system are physically separated, a new verification of the identity of the user will take place at the e-gate so as to verify that the person using the e-gate corresponds to the person who used the self-service system; the verification will be carried out by using at least one biometric identifier.⁷⁵

Finally, the aim of the European Commission is to implement by 2021 an ETIAS, a European Travel Information and Authorisation System. It is an important part of the process of automation of borders control. When implemented, third-country nationals who are exempt from the short-visa requirement (including family members of a EU citizen and family members of a third-country national enjoying a similar right to free movement) will have to obtain, prior to their travel to the Schengen area, a pre-authorisation of entry

⁷⁰ Schengen Borders Code, article 8a.1 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

⁷¹ Schengen Borders Code, article 8a.4 as amended by Schengen/EES amendment Regulation. EES Regulation, article 14.5.

⁷² Schengen Borders Code, article 8a.5 as amended by Schengen/EES amendment Regulation. Schengen Borders Code article, 8a.6 as amended by the Schengen/EES amendment Regulation. EES Regulation, article 14.5.

⁷³ Schengen Borders Code, article 8b.6 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

⁷⁴ Schengen Borders Code, article 8b.6 as amended by Schengen/EES amendment Regulation. EES Regulation, article 14.7.

⁷⁵ Schengen Borders Code, article 8b.6 as amended by Schengen/EES amendment Regulation.

similar to the ESTA, the electronic system for travel authorisation already implemented by the United States.⁷⁶

Access to the ETIAS will be available to border authorities, carriers, and immigration authorities.⁷⁷ The travel authorisation will be issued only if there are no factual indications or reasonable grounds based on factual indications to conclude that the presence of the person on the territory of the Member States poses a security, illegal immigration or high epidemic risk.⁷⁸ In case of doubt as to whether sufficient reasons to refuse the travel authorisation exist, the travel authorisation will be issued with a flag recommending border authorities to proceed with a second line check.⁷⁹

The screening rules to determine if any of the abovementioned risks exists will be based on an algorithm enabling profiling based on: (a) age range, sex, nationality; (b) country and city of residence; (c) level of education; (d) current occupation.⁸⁰ Moreover, an ETIAS watchlist will be established on the basis of information related to terrorist offences or other serious criminal offences.⁸¹

4. Privatisation

4.1. PRIVATISATION EXAMPLES IN EU LAW

The third point of this chapter is privatisation of migration controls, which is being promoted in the name of efficiency. Some forms of privatisation of migration control have existed for many years. It is well known that international carriers (such as airlines companies) are responsible for bringing back to the point of departure people who are refused entry in the EU. According to the Convention implementing the Schengen Agreement, if third-country nationals are refused entry, the carrier which brought them to the external border by air, sea or land is obliged immediately to assume responsibility for them again; this means that, at the request of the border surveillance authorities,

⁷⁶ Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12 September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011, (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226 [hereinafter cited as ETIAS Regulation], article 2.1.

⁷⁷ ETIAS Regulation, article 13.

⁷⁸ ETIAS Regulation, article 36.1.

⁷⁹ ETIAS Regulation, article 36.2. The travel authorisation will be refused if the applicant: (a) used a travel document which is reported as lost, stolen, misappropriated or invalidated in the SIS; (b) poses a security risk; (c) poses an illegal immigration risk; (d) poses a high epidemic risk; (e) is a person for whom an alert has been entered in SIS for the purpose of refusing entry and stay; (f) fails to reply to a request for additional information or documentation; (g) fails to attend an interview which can be required as an additional step. ETIAS Regulation, article 37.1.

⁸⁰ ETIAS Regulation, articles 33.1 and 33.4.

⁸¹ ETIAS Regulation, articles 34.1 and 34.2.

the carrier is obliged to return the aliens to the third State from which they were transported, to the third State which issued the travel document on which they travelled, or to any other third State to which they are certain to be admitted.⁸² Moreover, States are obliged to impose penalties on carriers which transport aliens who do not possess the necessary travel documents by air or sea from a third State to their territories.⁸³ Carrier sanctions are designed to discourage transport companies from giving passage to irregular migrants. According to the Directive that supplements the Convention implementing the Schengen Agreement on this point, these sanctions must be dissuasive, effective and proportionate.⁸⁴

This system transforms private carriers in *de facto* State agents for migration control. If they want to avoid the heavy sanctions and/or their responsibility for bringing back the third-country nationals who were refused entry, they must determine before embarking if the third-country nationals have a right to enter the Schengen area. If carriers believe they do not have this right, they may decide not to let the third-country national embark.⁸⁵

This approach is problematic because even if carriers are performing public functions, they have no public accountability before the third-country nationals for that exercise. Unsurprisingly, the Directive that supplements the Convention implementing the Schengen Agreement obliges States to stipulate that carriers against which proceedings are brought with a view to imposing penalties have effective rights of defence and appeal.⁸⁶ But no right of defence or appeal is granted to third-country nationals who are denied boarding by the private carrier. Under this scheme, carriers become in fact migration officials controlling who can or cannot get to the external border. But they are migration officials who operate under no form of accountability and whose decisions are not subject to appeal.

When the EES is fully implemented, carriers will have access to it in order to know if a person has already consumed the time he/she is allowed to stay in the Schengen area and to verify whether third-country nationals holding a short-stay visa issued for one or two entries have already used the number of entries authorised by their visa.⁸⁷ And when the ETIAS is fully implemented, carriers will have access to it in order to know if third-country national exempt from the short-stay

⁸² The Schengen acquis — Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders [hereinafter cited as Convention implementing the Schengen Agreement], article 26.1.

⁸³ Convention implementing the Schengen Agreement, article 26.2.

⁸⁴ Council Directive 2001/51/EC of 28 June 2001 supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 [hereinafter cited as Supplementing Directive], article 4.

⁸⁵ See ELSPETH GUILD, *The Borders of the EU: Visas and Carrier Sanctions*, *Tidsskriftet Politick*, 7(3), 2004, 34. ELSPETH GUILD, *Moving the Borders of Europe*, <https://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/oratie.eg.pdf>, 2001, 45-51.

⁸⁶ Supplementing Directive, article 6.

⁸⁷ EES Regulation, article 13.3.

visa requirement has obtained the travel authorisation before boarding.⁸⁸

There are other forms of privatisation of migration controls. The Visa Code permits consulates to hire an external service provider to perform some tasks related to the visa procedure.⁸⁹ The examination of applications, interviews, the decision on applications and the printing and affixing of visa stickers can be carried out only by the consulate.⁹⁰ Access to the VIS is reserved exclusively to duly authorised staff of consulates and external service providers can not have access to it under any circumstances.⁹¹ But the external service provider may be entrusted with very important activities: (1) providing general information on visa requirements and application forms; (2) informing the applicant of the required supporting documents, on the basis of a checklist; (3) collecting data and applications (including biometric identifiers) and transmitting the application to the consulate; (4) collecting the visa fee; (5) managing the appointments for appearance in person at the consulate or at the external service provider; (6) collecting the travel documents from the consulate and returning them to the applicant.⁹²

An additional service fee, which must be proportionate to the costs incurred by the external service provider, may be charged.⁹³ According to the Visa Code, the State concerned must maintain the possibility for all applicants to lodge their applications directly at its consulates.⁹⁴ However, some studies suggest that, even if this possibility exists in theory, consulates usually conceal it to encourage people to turn to the external service provider.⁹⁵

States may also cooperate with commercial intermediaries (such as private administrative agencies, transport companies, or travel agencies) for the lodging of applications, except for the collection of biometric identifiers.⁹⁶

4.2. Consequences of privatisation

Privatisation of migration controls are part of a very profitable *business of migration control*.⁹⁷ International mobility has become a commodity tradeable in the market as any other one. Private contractors that intervene in the process of migration control sell their services for those who can afford them.

One of the reasons usually invoked to justify the privatisation of some parts of migration controls is that it allows to save public money: people wanting to travel must pay a fee which covers the cost of the procedure. This is obviously

⁸⁸ ETIAS Regulation, article 45.

⁸⁹ Visa Code, article 40.3.

⁹⁰ Visa Code, article 43.4.

⁹¹ Visa Code, article 43.5.

⁹² Visa Code, article 43.6.

⁹³ Visa Code, article 17.1.

⁹⁴ Visa Code, article 17.5.

⁹⁵ MARÍA-LUISA SÁNCHEZ-BARRUECO, Business as usual? Mapping outsourcing practices in Schengen visa processing, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 44(3), 2018.

⁹⁶ Visa Code, articles 2.11 and 45.1.

⁹⁷ TENDAYI BLOOM, The business of migration control: delegating migration control functions to private actors, *Global Policy*, 6(2), 157.

an advantage for States, but not necessarily for migrants and travellers, who must pay the costs of the migration procedure and of the intermediation of the private contractor.

Privatisation has another *favourable* side for States: not only they are spared the costs of (at least a part of) migration procedures; they may also be spared the responsibility that could arise from a decision based on some migration policy. The State's exercise of compulsory powers is generally considered as the indicator as to whether legal responsibility should be triggered for the State. If there is no exercise of compulsory powers by the State, there is no State responsibility.⁹⁸

Private contractors employees are not State agents: they are not under the strict requirements of the legality principle. Eventually, the private contractor may engage in some form of responsibility. But this responsibility is always under the rules of private law, i.e. responsibility for breach of contract, and not under public law. And this only if the legal system of the State under which the contract is placed allows any kind of responsibility claim.

Besides, as it has already been explained, decisions of private actors cannot be appealed against. The role of carriers is paradigmatic in this sense. A person who is denied entrance at a border crossing point by a state officer can appeal against that decision. A person who is denied boarding on a plane by an employee of the airline company cannot. The only way he/she has is the *post facto* private responsibility mentioned in the previous paragraph.

5. Conclusions: stereotyping, automation, privatisation, and vulnerability

What has been explained in this chapter can be summarised as follows. Stereotyping, automation, and privatisation of migration controls increase the vulnerability of the most vulnerable. On the one hand, stereotyping and automation exclude the consideration of the particular circumstances which may allow a person to enter a territory, like the EU, even if he/she does not fulfil the *ordinary* conditions for entry. This is of particular importance concerning refugees and other people deserving international protection.

Of course, neither legal stereotyping nor automation of border controls exclude, *in theory*, the access to the territory of those deserving international protection. In this sense, they do not formally clash with international obligations of States under the refugee or other similar regimes. But they suppose

⁹⁸ FRANK MC NAMARA, *Externalised and Privatised Procedures of EU Migration Control and Border Management. A Study of EU Member State Control and Legal Responsibility*, European University Institute, 2017. V. GUIRAUDAN and G. LAHAV, *Immigration policy in Europe: the politics of control*, New York, Routledge, 2007.

additional barriers for legal entry while, at the same time, no legal channel for the entry of those deserving international protection is established. Illegal entry is for many the only option to access the system of international protection: stereotyping and automation reinforce the control on the fulfilment of legal conditions for entry and stay. Illegal entry and stay is more difficult and, consequently, access to the system of international protection is more difficult.

On the other hand, privatisation of migration control may add a factor of arbitrariness. An employee of an airline company is not a public authority: his decisions are neither subject to the legality principle nor subject to any form of appeal. Relations between travellers and carriers are merely private relations subject to contractual law. And this, of course, adds uncertainty to border control.

.Occaeped milland ipicaeri quossum aut evelit alis dolor aut dolupti bea vernam accus aceatibus ene volo volerioribus pratur alictio reptam eum erum ius iderehenim et quae. Ad quibus eos volendit qui im erias et aborro te corectatur?

Rae cus eveni beaqui comnisum ium eos et int mo consequae poria venietur, qui corem repuda vid quas atemporroid que veni ad mintotat officab orionsero berro te et volupta tesequibus modi dolorporist, sectotas aped mi, nata nis parum harciuntes molupid quiae nessit andero con non et laturis doluptas sedipsam vellam ium fugit pra dolum dolut fugit providucima volleseditae sequissum qui untem quisti blabor recatem asperere eribeatiur, si nem cus idusam, que venditempos re si occusandit pa quate sunte ium as plaborumquia doluptatis modia cuptatio quosam dolore doles aut occaborio volupta inveris di ut fugiatiuscil modi corem sanihil luptas dolores debit untem vel est, omni utaque nam eossinus maio ium re labo. Nem cupta pero molores tiorum faci consequae iandae sim in exaequatate eati debisitam etur sitibus, eos pore nis es et quam id quatur reur alibuscid ulparibus, voloreni id quidel mi, od et expere pra nonsequi accum, conessitibus et, temolo dit laccum, test, ne pa nonsequae nobitem rem quas aut quodissimin reperro et reptat volorit ut liciatemod quis que consedi tempore nobis eum, volorum quia voluptat pa ero esto cum reicte nonsequ ossinis invel ipsum quatias et rehenderum alit laborum ipsapid modio dolorum entisci dolutem dolorio quodit iur asped et qui unt que et plaut labo. Aliquasi omnissi omnis re nos solorio rporat.

Ovid et voles niente ma por repero coresti quas mod quis dolore, aut laboresciam facercitis dolupid magnit arum, consequae andam quiat renet est as duciis atiis moluptatem elles explam volorrorem es cusanto to ium volorro voluptium quo eum iur, si sim ipsuntem fugit voluptaquam renes dolum es sitae eum is etur, aut aut is dolo to optam faccatatis as si aut vella vellab ipsapis sundis inimus, cullupt atusant am nobis estio dolupti volecti arumqui quo te es assum a consedio moluptiae voluptatem quasperuptae nimus aut harum si doleni siniminctur alia volupti blab inus aut ut mi, voluptatem dior aut et aut fugiaes simint que abo. Nem ant iducisqui dolessitendi cus, ut que exceptae venihicit litam qui consequatiis aspictiur aborio. Erferitiunt eturit quam, eatem evel illorit, officil itatur, nonserum res et et, sum quia volora doluptatius,

venderae et faccuppta sa vel in rerio berchillabo. Nam, nam ressit que conese-
rita isquibusci et plit aut eum incia aliqui ut molorpore molo omnihiciis sin con
re ped enis et a quas illitati tempor as doloreicilla dollest por sum eribus, con
cullorro dollam dist incitae milia qui apientia con re porpore stibeat eveliat
urissequos quae occus doluptatum nis int verum arum aut ea dolupta tempe-
rum qui qui nihil illitatqui dolorpo rporerum quiandi tasperi busdanimenda ad
quo etumqui doloresequi sandelestion es sume non conecto blant doluptatae.
Ommo tem explacea nobis sum, quaepe laborep erernatiis dest, net occum

NÓS E OS OUTROS: DIVERSIDADE CULTURAL E RELIGIOSA NOS MARCOS DAS FRONTEIRAS

US AND THEM: CULTURAL AND RELIGIOUS DIVERSITY AS KEY BORDER MARKERS

Patrícia Jerónimo *

RESUMO

Os alarmes sociais associados à atual “crise migratória”, na Europa e na América do Norte, devem muito à percepção de que a cultura e/ou a religião dos imigrantes e dos refugiados tornam extremamente difícil, se não impossível, a sua integração nas *nossas* sociedades e de que a sua simples presença põe em causa a *nossa* segurança, os *nossos* valores e o *nosso* modo de vida. Este texto analisa o modo como a cultura e a religião dos *outros* se tornaram os marcadores da diferença por excelência e como têm vindo a ser erigidas por vários Estados europeus em critérios de admissão ou permanência no respetivo território, com prejuízo de direitos humanos, mas com o aparente beneplácito da União Europeia e do Conselho da Europa.

PALAVRAS CHAVE — RELIGIÃO, CULTURA, DIVERSIDADE, MIGRAÇÕES, INTEGRAÇÃO

ABSTRACT

The social alarms associated with the current “migration crisis”, in Europe and North America, are largely due to the perception that the migrants’ culture and/or religion make it extremely difficult (if not impossible) for them to integrate into *our* societies, and that their mere presence in our midst

* Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal. Diretora do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). Endereço eletrónico: ppmj@direito.uminho.pt. Este trabalho foi desenvolvido no quadro do projeto InclusiveCourts — Igualdade e Diferença Cultural na Prática Judicial Portuguesa: Desafios e Oportunidades na Edificação de uma Sociedade Inclusiva, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia com a ref.^a PTDC/DIR-OUT/28229/2017.

endangers *our* safety, *our* values and *our* way of life. This chapter discusses the way in which the *others'* culture and religion have become key difference markers and how they are increasingly being used by European states as criteria for admission and stay in their territories, with problematic consequences for migrants' human rights, but with the apparent acquiescence of the European Union and the Council of Europe.

KEY WORDS — RELIGION, CULTURE, DIVERSITY, MIGRATIONS, INTEGRATION

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *A ameaça representada pela diversidade cultural e religiosa.* 3. *Integração, assimilação, normalização.* 4. *Os portugueses e os outros.*

1. Introdução

O nosso é um tempo dominado por uma “mentalidade de cerco” que se alimenta de velhas estratégias identitárias — oposição nós/outros, nacional/estrangeiro, amigo/inimigo — para nos fazer temer as ameaças representadas pelas migrações internacionais para a coesão das nossas sociedades e para a sobrevivência do nosso modo de vida. O nacionalismo protecionista e xenófobo está em alta e os seus defensores não têm já o mínimo pejo em assumir publicamente um discurso racista e intolerante, cientes de que os dividendos eleitorais que daí poderão advir superam em muito os custos resultantes das denúncias dos seus críticos. Estes, de resto, têm vindo a ser, em larga medida, neutralizados pelo uso eficiente (e infame) do rótulo *politicamente correto*, que tem conseguido pôr em causa a legitimidade de críticas feitas em nome de compromissos internacionais em matéria de direitos humanos e até de disposições de Direito interno, para não falar em razões de elementar decência. As ilustrações da tendência são cada vez mais numerosas e vão muito para além do “*Muslim ban*” de Donald Trump e das pretensões a uma Hungria etnicamente homogénea de Viktor Órban. Uma das suas manifestações mais recentes pode encontrar-se na decisão da Presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, de instituir o cargo de Vice-Presidente para a Proteção do Nosso Modo de Vida Europeu e de lhe confiar as matérias relativas à gestão da imigração regular, integração dos imigrantes e refugiados, segurança e combate à imigração irregular¹.

No discurso oficial da União Europeia, como no dos seus Estados-Membros e no da generalidade das ditas democracias ocidentais, a tónica é cada vez

¹ A designação suscitou muitas críticas, por espelhar a retórica populista anti-imigração, e vários membros do Parlamento Europeu apelaram a von der Leyden para que a mudasse, mas esta não recuou, invocando a referência ao objetivo de promoção dos valores europeus, constante do artigo 3.º do Tratado da União Europeia. Informação disponível em <https://www.euractiv.com/section/eu-elections-2019/linksdossier/commissioners-assembly-the-names-in-the-game/> [13.09.2019]. Cf., igualmente, TERESA DE SOUSA, “Ainda o «modo de vida europeu»”, *Público*, edição de 15 de setembro de 2019, disponível em <https://www.publico.pt/2019/09/15/mundo/analise/modo-vida-europeu-1886600> [15.09.2019].

mais posta nas necessidades de *integração*, algo que, num primeiro momento, pode ser visto como fruto de boas intenções (*i.e.* o cuidado em proporcionar aos estrangeiros boas condições de integração na sociedade de acolhimento), mas que cedo se percebe ser sobretudo usado como pretexto para adotar políticas de imigração e asilo restritivas (com o argumento de que temos de limitar os acessos para podermos proporcionar boas condições de integração aos que admitimos²) e para excluir os estrangeiros considerados inintegráveis devido à sua cultura e/ou religião³. Na ausência de consenso sobre o que deva estar em causa quando falamos em *integração* de imigrantes e refugiados, vários Estados adotam políticas próximas da *assimilação*, fazendo exigências muito elevadas (mesmo proibitivas) a todos os que pretendam entrar ou permanecer no seu território.

Nas páginas que se seguem, propomo-nos analisar o modo como a cultura e a religião dos *outros* se tornaram os marcadores da diferença por excelência nas sociedades europeias contemporâneas e como têm vindo a ser erigidas por vários Estados europeus em critérios de admissão ou permanência no respetivo território, com prejuízo de direitos humanos constantes de tratados ratificados por esses Estados, mas perante a impotência da União Europeia e do Conselho da Europa. A terminar, olharemos brevemente ao modo como estas questões têm vindo a ser tratadas em Portugal, país com reputação de acolhedor e apto ao diálogo intercultural, procurando testar os indicadores da pretendida "excepcionalidade portuguesa" neste domínio.

² Sobre o uso deste tipo de argumentação pela União Europeia, cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, "A cidadania como instrumento de inclusão: Significado e alcance da promessa de uma *cidadania cívica* da União Europeia", in Joaquim Freitas da Rocha (coord.), *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo I, Braga, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da Escola de Direito, 2012, pp. 182-189; STEVE PEERS, "Building fortress Europe: The development of EU migration law", in *Common Market Law Review*, n.º 35, 1998, pp. 1237-1238.

³ Religião e cultura são frequentemente confundidas nestas discussões, sobretudo quando o assunto é o Islão. Sílvia Ferrari observa, por exemplo, que os muçulmanos partilham uma cultura, uma conceção de vida que está profundamente enraizada na fé islâmica. Cf. SILVIO FERRARI, "Islam in Europe: An introduction to legal problems and perspectives", in R. Aluffi B.-P. e G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, Peeters, 2004, p. 1. Como tivemos oportunidade de observar noutra sede, esta associação entre religião e cultura envolve o risco de uma etnicização/essencialização do Islão, pelo que só será aceitável se não perdermos de vista o carácter contestado dos conceitos de *religião* e *cultura*, nem a grande diversidade étnica e cultural albergada pelo dito "mundo muçulmano" e refletida nas comunidades muçulmanas da diáspora. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, "Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa: Os desafios postos à prática judicial", in Paulo Pulido Adragão *et al.* (coords.), *Atas do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa. A Intolerância Religiosa no Mundo: Estado da Questão*, Porto, FDUP, 2017, p. 64.

2. A ameaça representada pela diversidade cultural e religiosa

Os alarmes sociais associados à atual “crise migratória” na Europa devem muito à percepção de que a cultura e/ou a religião dos imigrantes e dos refugiados tornam extremamente difícil, se não impossível, a sua integração nas *nossas* sociedades e de que a sua simples presença entre nós põe em causa a *nossa* segurança, os *nossos* valores e o *nosso* modo de vida. A visibilidade desta presença é cada vez maior, já que, longe de abandonarem ou esconderem as suas culturas de origem, os imigrantes e os refugiados assumem a sua identidade e reivindicam para ela o reconhecimento no espaço público, algo que é frequentemente percebido como abusivo e como um claro indício de que os “recém-chegados” não estão dispostos a adaptar-se às regras da vida em comum⁴. No recontro entre discursos identitários que se pretendem antinómicos — o da sociedade de acolhimento e os das comunidades formadas pela imigração —, ganha eco a ideia de que não podemos viver juntos, por sermos demasiado diferentes uns dos outros. Apesar de se saber que as identidades individuais não são estáticas e que a experiência da diáspora dá lugar a identidades híbridas e a lealdades múltiplas⁵, os imigrantes são reduzidos à imagem do estrangeiro exótico, irremediavelmente diferente de nós e portador de uma diversidade cultural profundamente nova e perturbadora para a coesão das nossas sociedades, como se a diversidade cultural não existisse antes da chegada dos imigrantes⁶.

Nada disto é substancialmente novo. O que é surpreendente — e alarmante, para todos os que confia(ra)m no poder inclusivo da cidadania e dos direitos humanos — é o facto de os argumentos anti-imigração estarem a recuperar, não apenas as dicotomias simplistas das velhas estratégias identitárias, mas também o racismo de substrato biológico, o “racismo com raças”, até aqui escamoteado pelo “culturalismo diferencialista” popular nas últimas décadas⁷. Os imigrantes de que falamos quando falamos em encerrar fronteiras são aqueles que se distinguem de nós pelos seus símbolos religiosos e pelos

⁴ Ainda que, em muitos casos, estes estejam apenas a exercer direitos que lhes são conferidos pelas ordens jurídicas dos Estados de acolhimento, como a liberdade de religião.

⁵ Para uma crítica da visão redutora e estática das identidades individuais, a partir da sua experiência pessoal da diáspora, cf. AMIN MAALOUF, *In the Name of Identity*, Nova Iorque, Penguin Books, 2003, pp. 1-15.

⁶ Bhikhu Parekh chama a atenção para este equívoco, notando que a imigração é apenas uma entre várias fontes de diversidade cultural (e não necessariamente a mais profunda ou extensa) nas sociedades ocidentais contemporâneas e que, por isso, a nostalgia de uma sociedade culturalmente homogénea anterior à imigração (e a que poderíamos regressar se acabássemos com a imigração) não faz sentido. Cf. BHIKHU PAREKH, *A New Politics of Identity: Political Principles for an Interdependent World*, Nova Iorque, Palgrave MacMillan, 2008, p. 81.

⁷ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Notas sobre a discriminação racial e o seu lugar entre os crimes contra a humanidade”, in António Cândido de Oliveira (coord.), *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 783-785.

seus modos de vida, mas também (sobretudo) os de pele escura. Recorde-se, por exemplo, a preferência de Donald Trump por imigrantes noruegueses, em vez de imigrantes haitianos ou nigerianos⁸, ou os receios manifestados, em 2018, por Attilio Fontana, da Lega Nord, de que a imigração iria conduzir ao fim da raça branca em Itália⁹. Como observa Eddie Bruce-Jones, a respeito da situação na Europa, as identidades nacionais estão a ser “re-racializadas”, ao ponto de, no discurso público *mainstream*, ser cada vez mais comum a identificação entre *europeu* e *branco* e a presunção de que as pessoas negras são estrangeiras e originárias de outros continentes, ainda que muitas tenham nascido aqui e possuam a nacionalidade de um Estado europeu¹⁰.

Poucos são, em todo o caso, os líderes políticos que se assumem abertamente como racistas e é frequente que comentários desabridos sejam seguidos por pedidos de desculpa mais ou menos compungidos. O “racismo sem raças” continua a ser a fórmula preferida para “exoticizar” os estrangeiros indesejados. Neste processo, a religião assume um papel fundamental, desde logo, pelo contraste entre o espírito secular dominante nas sociedades europeias e o “fervor religioso” associado aos imigrantes e refugiados oriundos da América Latina, do continente africano e do Médio Oriente. É comum observar-se que Deus regressou às sociedades europeias pela mão dos imigrantes (sobretudo muçulmanos, mas também evangélicos de diferentes denominações¹¹), um regresso com o qual muitos europeus convivem mal. Apesar de nem todos partilharem a aversão dos franceses à presença da religião no espaço público¹², o desconforto perante manifestações públicas de religiosidade é cada vez mais comum por toda a Europa e tem vindo a justificar medidas fortemente restritivas da liberdade de religião dos *outros*.

A isto não é alheio, naturalmente, o medo provocado pelos ataques terroristas cometidos em nome da religião islâmica. Entre todos os *outros* trazidos

⁸ Uma preferência amplamente noticiada. Veja-se, por exemplo, a notícia publicada no *The Atlantic*, em 13 de janeiro de 2019, com o título “The day «shithole» entered the presidential lexicon”, disponível em <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2019/01/shithole-countries/580054/> [22.09.2019].

⁹ Criticado, Fontana desculpou-se, mas Matteo Salvini deu-lhe razão, afirmando que a Itália estava a ser atacada. Informação disponível em <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/01/15/lombardia-salvini-difende-fontana-razza-bianca-a-rischio-siamo-sotto-attacco-il-pd-vergogna-razzista/4093840/> [24.09.2019].

¹⁰ “European means, in some respects, more than being a citizen of a European Union member state — whiteness is a central defining feature of belonging in and to Europe”. Cf. EDDIE BRUCE-JONES, *Race in the Shadow of Law: State Violence in Contemporary Europe*, Oxon, Routledge, 2017, p. 6.

¹¹ Precisamente os fiéis dos dois “movimentos religiosos” em expansão no virar do século. Cf. PETER L. BERGER, “The desecularization of the world: A global overview”, in Peter Berger (ed.), *The Desecularization of the World: Resurgent Religion and World Politics*, Washington DC, Ethics and Public Policy Center, 1999, pp. 7-14.

¹² Fruto da expectativa social de que o dever de neutralidade em matéria de religião não impenda apenas sobre o Estado, mas sobre todas as pessoas no espaço público. Cf. JOCELYNE CÉSARI *et al.*, *Islam and Fundamental Rights in Europe*, European Commission Directorate-General Justice and Home Affairs, 2004, pp. 50-52.

pela imigração, não há dúvida de que nenhuns nos afligem mais do que os muçulmanos¹³, ainda que nem sempre saibamos distingui-los dos fiéis de outras religiões, confundidos que ficamos pela cor da pele, pelo exotismo do vestuário ou pelo país de origem (o que tem estado na origem de ataques contra Sikhs e cristãos sírios, por exemplo¹⁴). Os muçulmanos perfazem hoje cerca de 4,9% da população europeia, distribuídos de forma desigual pelos diferentes Estados¹⁵. Constituem o segundo maior grupo religioso da Europa, mas não formam um todo coeso, atenta a diversidade de origens étnicas e nacionais, de tradições culturais e idiomas, de preferências político-ideológicas e de denominações religiosas¹⁶. Como tem vindo a ser reportado há vários anos, a experiência quotidiana dos muçulmanos com a discriminação não é motivada apenas pela religião, mas por uma combinação de fatores como o nome, a cor da pele, a etnia, a condição de estrangeiro ou de descendente de imigrante¹⁷. Há também quem, como Christian Jopke, defenda que a exclusão dos muçulmanos na Europa se deve sobretudo a fatores económicos e sociais (elevados níveis de desemprego e de abandono escolar, baixos níveis de rendimento, segregação residencial) e que, por isso, censure a insistência dos Governos europeus em tratar o Islão como um problema de integração cultural¹⁸. A religião islâmica continua, no entanto, a ser o motivo habitualmente invocado por decisores políticos e judiciais para restringir a admissão de imigrantes muçulmanos ou prometer a sua expulsão¹⁹, para proibir a presença de símbolos islâmicos no espaço público²⁰, para recusar a naturalização de

¹³ Já houve tempo em que foi possível duvidar da existência de um “problema islâmico” ou de verdadeira Islamofobia na Europa, a pretexto de o desassossego europeu face ao Islão ser um mero reflexo do relacionamento tenso que os europeus têm com a religião em geral. Nesse sentido, cf. EFFIE FOKAS, “Islam in Europe: The Unexceptional Case”, in *Nordic Journal of Religion and Society*, vol. 24, n.º 1, 2011, p. 1. Esta leitura não resiste, no entanto, à subida de tom no discurso político e mediático dos últimos anos, dirigido de forma explícita contra os muçulmanos.

¹⁴ Ver, por exemplo, a informação disponível em <https://metro.co.uk/2019/05/22/sikhs-targeted-islamophobic-abuse-mp-warns-9652712/> [25.09.2019].

¹⁵ Com maior presença, por ordem decrescente, em França, na Alemanha, no Reino Unido, em Itália, nos Países Baixos e em Espanha. Dados do Pew Research Center para 2017. Informação disponível em <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/> [25.09.2019].

¹⁶ Cf. European Union Agency for Fundamental Rights, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey: Muslims, Selected Findings*, 2017, p. 7, disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-eu-minorities-survey-muslims-selected-findings_en.pdf [26.09.2019].

¹⁷ Cf. European Union Agency for Fundamental Rights, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey...*, cit., p. 9.

¹⁸ Cf. CHRISTIAN JOPKE, *The Role of the State in Cultural Integration: Trends, Challenges, and Ways Ahead*, Washington DC, Migration Policy Institute, 2012, pp. 5-7.

¹⁹ Recorde-se a promessa feita por Geert Wilders, durante a campanha eleitoral de 2014, de diminuir o número de marroquinos nos Países Baixos se fosse eleito, uma promessa que levou à sua condenação por crime de incitamento à discriminação. Informação disponível em <https://www.morocoworldnews.com/2019/09/282822/geert-wilders-trial-in-fewer-moroccans-discrimination-case/> [22.09.2019].

²⁰ Considere-se a proibição da construção de minaretes na Suíça, a proibição do

estrangeiros residentes²¹, etc. O argumento recorrente é, já se sabe, o de que o Islão é inimigo da modernidade, da democracia e dos direitos humanos.

Apesar dos alertas de académicos e ativistas de direitos humanos para o caráter redutor desta imagem do Islão e para os riscos daí decorrentes para o exercício pelos muçulmanos dos seus direitos, o estereótipo persiste e tem encontrado eco na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), o que ajuda a explicar a escalada restritiva que alguns Estados europeus têm vindo a permitir-se nos últimos anos²². Contra a tendência, de pouco têm valido as resoluções e recomendações da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa com apelos a que os Estados membros combatam a islamofobia²³. Sinais contraditórios podem encontrar-se igualmente no contexto da União Europeia, onde têm sido adotadas várias iniciativas dirigidas a combater a intolerância e a discriminação de que os muçulmanos são vítimas²⁴, mas onde a ideia de que o Islão é intrinsecamente incompatível com os princípios fundamentais europeus não raro transparece quando o tema

véu nas escolas francesas ou a proibição da burca e do *niqab* na via pública em França e na Bélgica. Vale a pena notar que, no processo que conduziu à adoção da “lei da burca”, os parlamentares franceses optaram por tratar o véu integral como uma prática cultural e não como um dever religioso, para evitarem problemas em Estrasburgo. Sobre o tema, cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: A censura do ‘Islão visível’ — os minaretes e o véu — e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in Paulo Pulido Adragão (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 85-130.

²¹ Considere-se, por exemplo, a decisão do *Conseil d’État* francês, de 24 de abril de 2018, que considerou justificada a recusa de naturalização (por falta de assimilação) de uma mulher argelina, casada com cidadão francês, que se havia recusado a apertar a mão de um homem durante a cerimónia de concessão da nacionalidade francesa invocando razões de ordem religiosa. Texto da decisão disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000036791217> [26.09.2019].

²² Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa...”, *op. cit.*, pp. 123-130.

²³ Considerem-se, entre muitas outras pronúncias de idêntico sentido, a Resolução 1743 (2010) e a Recomendação 1927 (2010) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adoptadas em 23 de junho de 2010 e intituladas *Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*; disponíveis em <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17880&lang=en> e <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=17881&lang=en> [12.10.2019].

²⁴ Considerem-se, por exemplo, a criação pela European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) de uma base de dados sobre ódio anti-Islão — disponível em <https://fra.europa.eu/en/databases/anti-muslim-hatred/> —, a nomeação pela Comissão Europeia, em 2015, de um coordenador para o combate ao ódio anti-Islão, as visitas temáticas a vários Estados membros, as ações de formação aos funcionários da Comissão, etc. Informação disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50085 [12.10.2019].

é a adesão de novos Estados membros²⁵ ou as políticas de imigração²⁶. O modo como o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem lidado com as tentativas mal disfarçadas para suprimir o uso do véu islâmico no local de trabalho²⁷ também quadra mal com o empenho posto pela União Europeia no combate à discriminação contra os muçulmanos. Os Estados, entretanto, aproveitam as contradições para prosseguirem as suas políticas restritivas, em nome das necessidades de integração e das condições mínimas para a vida em comum.

3. Integração, assimilação, normalização

Quando a integração dos imigrantes se tornou prioritária na agenda política da União Europeia, com as conclusões do Conselho Europeu de Tampere,

²⁵ Basta pensar nos termos em que tem sido discutida a (prometida, mas sempre adiada) admissão da Turquia como Estado membro da União. Sobre o tema, cf., entre outros, SEYLA BENHABIB e TÜRKÜLER ISIKSEL, "Ancient battles, new prejudices, and future perspectives: Turkey and the EU", in *Constellations*, vol. 13, n.º2, 2006, pp. 218-232; JOSÉ CASANOVA, "The long, difficult, and tortuous journey of Turkey into Europe and the dilemmas of European civilization", in *Constellations*, vol. 13, n.º 2, 2006, pp. 234-246.

²⁶ "Both in relation to Enlargement and migration EU law and policy has treated Islam as inherently less compatible with liberal democratic norms than the Christian denominations which are more culturally and historically entrenched at Member State level. [Rather] than setting out standards with which all religions must comply, the EU has chosen to assume compatibility between Christianity and the model of liberal democracy to which the Union [is] attached while subjecting Muslims to rigorous examination of their secular bona fides". Cf. RONAN MCCREA, "Limitations on Religion in a Liberal Democratic Polity: Christianity and Islam in the Public Order of the European Union", in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 18, 2007, pp. 42-43 (interpolação nossa).

²⁷ Nos acórdãos *Achbita* e *Bougnaoui*, proferidos em 14 de março de 2017, o TJUE disse ser compatível com o Direito da União — mais concretamente, com a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional — a proibição do uso do véu islâmico quando esta decorra de regra interna de empresa privada que proíba genericamente o uso visível de quaisquer sinais políticos, filosóficos ou religiosos no local de trabalho. Segundo o TJUE, uma tal proibição não constitui *discriminação direta* por ser enunciada em termos neutros. Poderá constituir *discriminação indireta*, se implicar uma desvantagem específica para as pessoas que seguem uma determinada religião, mas só se não prosseguir um objetivo legítimo (como a prossecução por parte do empregador, nas suas relações com os seus clientes, de uma política de neutralidade política, filosófica e religiosa) e se os meios para realizar esse objetivo não forem adequados nem necessários, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Em *Achbita*, era claro que o despedimento se fundara numa tal regra, mas o mesmo não se passava em *Bougnaoui*, razão pela qual, neste caso, o TJUE teve de apreciar se a vontade de um empregador em ter em conta o desejo de um cliente de não ser atendido por trabalhadora que use véu islâmico poderia ser considerada um "requisito profissional essencial e determinante" para efeitos da Diretiva. Aqui, menos mal, o TJUE concluiu pela negativa. *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*, proc. C-157/15; *Asma Bougnaoui, Association de Défense des Droits de l'Homme (ADDH) v. Micropole SA*, proc. C-188/15.

de outubro de 1999, o que parecia estar essencialmente em causa era a necessidade de garantir um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros legalmente residentes no território dos Estados membros, de promover a não discriminação na vida económica, social e cultural e de desenvolver medidas contra o racismo e a xenofobia²⁸. A primeira comunicação da Comissão Europeia sobre a matéria, em 2000²⁹, disse ser imprescindível assegurar aos imigrantes condições de trabalho e de residência comparáveis às dos nacionais e criar uma sociedade acolhedora, sublinhando que a integração é um processo de dois sentidos que envolve adaptações de parte a parte (imigrantes e sociedade de acolhimento) e exige tanto o respeito pelas diferenças culturais e sociais, como pelos princípios e valores fundamentais comuns. No ano seguinte, a Comissão Europeia reiterou estes princípios, recomendando a criação de programas destinados a facilitar a instalação dos novos imigrantes e das suas famílias que previssem, nomeadamente, a oferta de cursos de línguas adaptados e informações sobre as características culturais, políticas e sociais do país em causa, incluindo a natureza da cidadania e dos valores europeus fundamentais³⁰. Apesar de a integração ter continuado a ser referida como um processo de dois sentidos e de não faltarem loas aos benefícios do diálogo intercultural, a tónica foi sendo crescentemente posta na necessidade de os recém-chegados compreenderem e respeitarem as normas e os valores fundamentais da sociedade de acolhimento e aprenderem o respetivo idioma³¹. O Plano de Ação sobre a Integração dos Nacionais de Países Terceiros, avançado pela Comissão Europeia em 2016³², por exemplo, sublinhou a importância da compreensão e da partilha dos valores fundamentais em que assenta a União Europeia (democracia, Estado de Direito e direitos fundamentais, incluindo liberdade de expressão e de religião, igualdade e não discriminação) como elementos essenciais da vida e da participação nas sociedades de acolhimento. Disse ser fundamental promover o diálogo intercultural, incluindo o diálogo entre comunidades religiosas, mas combinou-o com o respeito pelos direitos humanos e pelos valores europeus. Este enunciado pode parecer lógico e até bem-intencionado, mas tem dado cobertura a medidas

²⁸ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Identidade, Cidadania, Alteridade: Portugal ainda entre a Europa e o Atlântico*, Florença, CADMUS-EUI, 2008, pp. 378-424, disponível em https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/12003/2008_Jeronimo_AuthorVersion.pdf?sequence=2 [13.10.2019].

²⁹ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma Política da Comunidade em Matéria de Imigração, COM(2000) 757, de 22 de novembro.

³⁰ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a um Mecanismo de Coordenação Aberto da Política Comunitária em Matéria de Imigração, COM(2001) 387, de 11 de julho.

³¹ Algo visível logo no Primeiro Relatório Anual em Matéria de Migração e de Integração, COM(2004) 508, de 16 de julho, e também nos Princípios Básicos Comuns para a Política de Integração dos Imigrantes na União Europeia, adotados pelo Conselho, em 19 de novembro de 2004, 14615/04 (Press 321).

³² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Plano de Ação sobre a Integração dos Nacionais de Países Terceiros, COM(2016) 377 final, de 7 de junho.

estaduais altamente restritivas dos direitos dos imigrantes oriundos de países terceiros, em nome da defesa dos direitos humanos e dos valores europeus, o que tem atingido sobretudo os imigrantes de religião islâmica, pela já referida percepção de incompatibilidade entre o Islão e os *nossos valores*³³.

Isto deve-se, em larga medida, ao facto de a definição dos concretos programas de integração ter sido deixada à inteira discricionariedade dos Estados membros. Recorde-se, por exemplo, a liberdade permitida aos Estados pela Diretiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de novembro, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, na imposição de requisitos de integração a cumprir pelos candidatos ao estatuto³⁴. Mesmo depois da “constitucionalização” da temática com o Tratado de Lisboa, em 2007, a União apenas adquiriu competências para estabelecer medidas de incentivo e apoio à ação dos Estados membros no fomento da integração dos nacionais de países terceiros legalmente residentes nos respetivos territórios, tendo o artigo 79.º, n.º 4, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, excluído expressamente qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados membros. Esta liberdade dos Estados para definirem as condições de integração nos respetivos territórios tem também tutela pelos instrumentos adotados no quadro do Conselho da Europa, atenta a ressalva contida na Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, que admite políticas e práticas assimilacionistas se adotadas no quadro de uma política geral de integração³⁵, e a deferência manifestada pelo TEDH a argumentos como os dos imperativos de integração e das condições mínimas da vida em comum³⁶.

³³ Para uma leitura de idêntico sentido, cf. RONAN MCCREA, “Limitations on Religion in a Liberal Democratic Polity...”, *op. cit.*, pp. 19-24.

³⁴ Sobre o tema, cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Identidade, Cidadania, Alteridade...*, *op. cit.*, pp. 415-416; IDEM, “Imigração e cidadania na União Europeia: O estatuto de residente de longa duração”, in Alessandra Silveira (coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Lisboa, Quid Juris, 2010, pp. 330. O TJUE alargou, entretanto, a liberdade dos Estados na imposição de condições de integração, ao considerar compatível com a Diretiva a exigência feita pelas autoridades neerlandesas, a nacionais de países terceiros já detentores do estatuto de residente de longa duração, de que estes obtivessem aproveitamento num exame de integração cívica, sob pena de aplicação de uma coima. A única ressalva feita pelo TJUE foi a de que as modalidades de aplicação do exame não deverão pôr em risco os objetivos prosseguidos pela Diretiva, tendo em conta, nomeadamente, o nível de conhecimentos exigível para passar, o acesso aos cursos e ao material necessário para preparar o exame, o montante dos encargos aplicáveis a título de despesas de inscrição ou a consideração de circunstâncias pessoais especiais, como a idade, o analfabetismo ou o nível de educação. *P. S. v. Commissie Sociale Zekerheid Breda, College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelveen*, proc. C-579/13, de 4 de junho de 2015.

³⁵ Artigo 5.º, n.º 2: “*Sem prejuízo das medidas tomadas no quadro da respetiva política geral de integração, as Partes abstêm-se de qualquer política ou prática tendente a uma assimilação, contra a respetiva vontade, das pessoas pertencentes a minorias nacionais e protegem essas pessoas de qualquer ação visando uma tal assimilação*” (itálicos nossos).

³⁶ Em *S.A.S v. França* (n.º 43835/11, 1 de julho de 2014), o TEDH considerou que a proibição geral de ocultação do rosto em espaços públicos era necessária para salvaguardar as condições da “vida em comum”, mais concretamente, o direito dos outros a viverem num

Assim sendo, não surpreende que os Estados europeus adotem políticas de integração muito diferentes entre si, adequadas à sua história e modelo de sociedade, à sua experiência em matéria de imigração e à pressão migratória sentida em dado momento. Apesar das diferenças, é possível descortinar, de há alguns anos a esta parte, uma tendência geral de sentido restritivo, com a imposição por vários Estados de programas de integração obrigatórios (incluindo formação linguística e cívica, para estudo da história, normas, valores e tradições culturais da sociedade de acolhimento), e o uso de testes e contratos de integração, como condição prévia para o acesso dos imigrantes a um “estatuto jurídico seguro” (*i.e.* autorização de residência permanente, segurança social, etc.)³⁷. Deste modo, a integração deixa de ser um processo de dois sentidos, como propugnado pela Comissão Europeia, para ser um processo unilateral em que as responsabilidades e os deveres impendem unicamente sobre os imigrantes. Estes, se querem ter acesso a direitos, são forçados a integrar-se nas respetivas sociedades de acolhimento, o que, como notou Sergio Carrera em 2006, está paredes meias com a assimilação forçada³⁸. A tendência é tanto mais preocupante quanto é certo que, na apreciação do grau de integração dos estrangeiros, os Estados e as sociedades de acolhimento lançam mão de velhos estereótipos nacionalistas e exigem dos *outros* que sejam “normais” por referência a esse padrão largamente mitificado³⁹. No limite, sob pena de expulsão⁴⁰. Recorde-se, a este respeito, a carta aberta dirigida aos imigrantes pelo Primeiro-Ministro holandês, Mark Rutt, às vésperas

“espaço de socialização em que a vida em comum é mais fácil” (§ 122). Apesar de reconhecer que a proibição iria pesar negativamente de forma específica sobre as mulheres muçulmanas que desejassem usar o véu integral em público por razões religiosas, o TEDH entendeu não existir discriminação indireta, atento o carácter “objetivo e razoável” da proibição do uso do véu integral, uma proibição que era o resultado de uma “escolha de sociedade” para a qual as autoridades francesas gozavam de uma muito ampla margem de apreciação (§§ 153-154 e 161). Em *Osmanoğlu e Kocabaş v. Suíça* (n.º 29086/12, 10 de janeiro de 2017), o TEDH aceitou que a recusa pelas autoridades suíças de dispensar as filhas dos requerentes das aulas de natação mistas prosseguira o objetivo legítimo de integração das crianças estrangeiras de diferentes culturas e religiões (protegendo-as contra a exclusão social), para além dos objetivos de assegurar o bom funcionamento das aulas e o respeito pela escolaridade obrigatória e pela igualdade de género (§ 64). Sublinhando a importância da escola para a integração social das crianças de origem estrangeira, o TEDH concluiu que o interesse das crianças em beneficiar de uma escolarização completa conducente a uma integração social bem-sucedida segundo os valores e costumes locais deveria prevalecer sobre o interesse dos pais em ver as filhas dispensadas das aulas de natação mistas (§§ 96-97). Em causa — acrescentou — não estavam tanto os benefícios da natação para a saúde das crianças (que poderiam ser alcançados com aulas particulares), mas sim os benefícios da aprendizagem do desporto em comum com as outras crianças (§ 100).

³⁷ Cf. SERGIO CARRERA, “A comparison of integration programmes in the EU: Trends and weaknesses”, in *Challenge Papers*, n.º1, 2006, pp. 1-3 e 7; SERGIO CARRERA e ZVEZDA VANKOVA, *Issue Paper Human Rights Aspects of Immigrant and Refugee Integration Policies*, Estrasburgo, Council of Europe, 2019, pp. 5 e 7.

³⁸ Cf. SERGIO CARRERA, “A comparison of integration programmes in the EU...”, *op. cit.*, p. 6.

³⁹ Cf. SERGIO CARRERA, “A comparison of integration programmes in the EU...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁴⁰ Cf. SERGIO CARRERA, “A comparison of integration programmes in the EU...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

das eleições legislativas de 2017, com a mensagem “ajam normalmente ou vão-se embora”⁴¹.

4. Os portugueses e os outros

Por comparação com os seus parceiros europeus, Portugal parece ser um porto de abrigo excepcionalmente acolhedor para os imigrantes e os refugiados. Desde logo, contra o que vimos ser a tendência dominante, não exige o preenchimento de condições de integração para o reagrupamento familiar e, para a concessão da autorização de residência permanente, exige apenas que os requerentes comprovem ter conhecimento do português básico⁴². Para além disso, oferece formação gratuita em língua portuguesa, com o Programa PPT — Português para Todos⁴³, sinalizado como uma prática promissora pelo estudo de Sergio Carrera e Zvezda Vankova para o Conselho da Europa, em 2019⁴⁴. Os encómios internacionais têm, de resto, sido frequentes, com Portugal a posicionar-se nos primeiros lugares do *ranking* MIPEX em avaliações sucessivas (na última, de 2014, em 2.º lugar, apenas superado pela Suécia). Os bons resultados devem-se sobretudo ao investimento em programas de integração no mercado de trabalho, às condições favoráveis ao reagrupamento familiar, às medidas de combate à discriminação e à facilidade de acesso à nacionalidade⁴⁵. Também aqui em contra-tendência, Portugal tem vindo a facilitar progressivamente o acesso à nacionalidade portuguesa, com a consagração da regra do duplo *ius soli*, em 2006⁴⁶, e a redução para dois anos do período de residência legal dos pais anterior ao nascimento para efeitos da atribuição da nacionalidade originária, em 2018⁴⁷. O populismo racista e xenófobo esteve, até há pouco

⁴¹ Uma resposta/cedência à retórica populista de Geert Wilders. Sobre o assunto, ver, por exemplo, a notícia publicada pelo *Washington Post*, em 23 de janeiro de 2017, com o título “Dutch PM tells immigrants: «Act normal or go away»”, disponível em <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/01/23/dutch-pm-tells-immigrants-act-normal-or-go-away/> [13.10.2019].

⁴² Artigos 80.º e 101.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 102/2017, de 28 de agosto.

⁴³ Informação disponível em <https://www.acm.gov.pt/pt/-/programa-ppt-portugues-para-todos> [13.10.2019].

⁴⁴ Cf. SERGIO CARRERA e ZVEZDA VANKOVA, *Issue Paper Human Rights Aspects of Immigrant and Refugee Integration Policies*, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁵ Informação disponível em <http://mipex.eu/key-findings> [13.10.2019].

⁴⁶ Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril, que adicionou ao artigo 1.º da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, a seguinte disposição: “1. São portugueses de origem: [d] Os indivíduos nascidos no território português, filhos de estrangeiros, se pelo menos um dos progenitores também aqui tiver nascido e aqui tiver residência, independentemente de título, ao tempo do nascimento”.

⁴⁷ Lei Orgânica n.º 2/2018, de 5 de julho, que adicionou ao artigo 1.º da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, a seguinte disposição: “1. São portugueses de origem: [f] Os indivíduos nascidos no território português, filhos de estrangeiros que não se encontrem ao serviço do respetivo Estado, que não declarem não querer ser portugueses, desde que, no momento do

tempo, praticamente ausente do debate político-ideológico e, mau grado a recentemente adquirida representação parlamentar, está longe de ter a expressão que conhece noutros lugares da Europa. Não vemos manifestações contra a construção de mesquitas, nem temos controvérsias sobre o uso do véu islâmico. Apesar de a intensificação do afluxo de estrangeiros estar a causar descontentamento, sobretudo nas grandes cidades, com algumas manifestações de “turistofobia”, a imigração continua a não ser matéria de embate político ideológico entre os maiores partidos. Quando a maioria dos Estados membros da União Europeia se recusa a acolher refugiados, Portugal diz-se disposto a aumentar a sua quota⁴⁸, etc., etc.

A abertura do Estado português à imigração e ao acolhimento de refugiados pode explicar-se pelo facto de a pressão migratória no país ser muito menor do que aquela a que estão sujeitos os seus parceiros europeus. Ainda que os números da imigração tenham crescido exponencialmente nos últimos dois anos, com 480.300 estrangeiros titulares de título de residência válido em 2018 (um crescimento de 13,9% face ao ano anterior)⁴⁹, continuamos muito longe dos valores da Alemanha (9.678.900), do Reino Unido (6.286.000), da Itália (5.144.400), da França (4.687.400) e de Espanha (4.563.000)⁵⁰. Se o motivo for sobretudo este, nada nos garante que a vontade política não mude com a subida dos números. Outras explicações são possíveis, no entanto. Maria Lorena Cook, por exemplo, defende que a generosidade das políticas portuguesas em matéria de imigração se explica pelo cruzamento de três fatores: primeiro, um consenso político sobre imigração entre os dois maiores partidos (PS e PSD) e limitado espaço político para partidos de extrema-direita; segundo, instituições inovadoras (*e.g.* Alto Comissariado para as Migrações, Centro Nacional de Apoio à Integração de Migrantes) que conseguem mediar as pressões sociais geradas pela imigração; e, terceiro, opções feitas por políticos, burocratas e organizações da sociedade civil no sentido de forjar consensos e promover a inclusão⁵¹. Menos aceitável, pelo seu travo luso-tropicalista e desencontro com a realidade, é a explicação segundo a qual a abertura à imigração se deve ao facto de os portugueses não serem racistas e estarem especialmente habilitados para o encontro entre culturas e o diálogo intercultural, uma narrativa que, apesar de contestada, nunca desapareceu totalmente do discurso oficial⁵².

nascimento, um dos progenitores aqui resida legalmente há pelo menos dois anos”.

⁴⁸ Ver, por exemplo, notícia publicada no jornal *Público*, edição de 21 de outubro de 2018, com o título “Portugal disponível para receber mais refugiados da Grécia”, disponível em <https://www.publico.pt/2018/10/21/sociedade/noticia/portugal-disponivel-receber-refugiados-grecia-1848312> [13.10.2019].

⁴⁹ Cf. SEF, *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2018*, p. 16, disponível em <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2018.pdf> [13.10.2019].

⁵⁰ Dados de janeiro de 2018, disponíveis em <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/1275.pdf> [13.10.2019].

⁵¹ Cf. MARIA LORENA COOK, “Portugal’s immigration and integration policies: A case apart?”, in *Journal of International Migration and Integration*, vol. 19, nº 3, 2018, pp. 771-789.

⁵² Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Identidade, Cidadania, Alteridade...*, *op. cit.*, p. 17.

Quaisquer que sejam as explicações para a boa qualidade das políticas adotadas pelo Estado português em matéria de imigração e de asilo, importará sempre, em todo o caso, reconhecer que a aplicação prática dessas políticas não é isenta de problemas e que Portugal não é exatamente o país acolhedor e inclusivo que as suas leis prometem. Não temos manifestações anti-imigração, nem anti-Islão, mas os *nossos outros* também sofrem discriminação no acesso ao mercado de trabalho, à saúde e à habitação, para além das micro-agressões quotidianas motivadas pela cor da pele ou pelo sotaque. E as políticas de integração que fazem o orgulho nacional são muitas vezes minadas por obstáculos burocráticos, falta de recursos e incapacidade de genuína empatia intercultural. Como reportado pelo jornal *Expresso*, em julho de 2019, muitos dos refugiados acolhidos por Portugal estão a deparar-se com grandes dificuldades para obter formação em língua portuguesa (as aulas disponibilizadas pelo Programa PPT são insuficientes e/ou de pouca qualidade), para encontrar emprego e para conseguir o reagrupamento com membros da família⁵³. Não devemos, por isso, ser complacentes com o nosso desempenho em matéria de imigração e asilo, a pretexto de sermos claramente mais generosos do que os nossos vizinhos, nem podemos deixar de estar alerta para os sinais de viragem na relação da sociedade portuguesa com os estrangeiros, porque não há nada no “modo português de estar no mundo” que nos blinde contra a possibilidade de uma escalada xenófoba semelhante à que vemos em nosso redor.

⁵³ Textos de Catarina Fernandes Martins e Tiago Carrasco, “O lado lunar da integração”, *Expresso*, edição de 13 de julho de 2019, disponível em <https://expresso.pt/sociedade/2019-07-14-Refugiados-O-lado-lunar-da-integracao> [13.10.2019].

IDENTIDADE E ALTERIDADE

IDENTITY AND ALTERITY

Pedro Jacob Morais *

RESUMO

O presente texto apresenta como objectivo colocar em evidência os perigos ou a tensão que as propostas securitárias infundem no substrato ontológico dos Estados de direito em sentido material.

PALAVRAS CHAVE — IDENTIDADE, ALTERIDADE, SEGURANÇA, SECURITARISMO, DIREITO PENAL

ABSTRACT

The present work aims to underline the ontological menaces or the point of tension that securitarianism eventually represents to the rule of law.

KEY WORDS — IDENTITY, ALTERITY, SECURITY, SECURITARIANISM, CRIMINAL LAW

Gostaria de iniciar a presente comunicação contando-vos duas histórias simples e de uma actualidade inaudita. Refiro-me a “Édipo em Colono” de Sófocles¹ e à embaixada que os discípulos de Heráclito lhe decidiram freter, de acordo com o relato de Heidegger².

Na primeira narrativa vemos Édipo, após o desfecho oracular que o faz surgir como *dramatis personæ* de um percurso de duplo desvelamento, a um tempo esfíngico-simbólico e pessoal. Édipo, o exilado de Corinto, converte-se em exilado de Tebas. Duas vezes exilado ou permanentemente proscrito das

* Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas. Campus de Gualtar 4710 - 057 Braga. pmorais@direito.uminho.pt

¹ SÓFOCLES, *Édipo em Colono*. Coimbra: Minerva, 1996.

² Cfr. MARTIN HEIDEGGER, *Carta Sobre o Humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1998.

idades-Estado a que pertencia, encontra-se no exterior da *polis*, nos arrabaldes políticos que constituem a orla do mundo personalizável ou que revelam capacidade de rendimento pessoal enquanto elemento indispensável à condição humana de *politikon zoôn*³. No caso concreto, orla da cidade encontra-se numa relação de identidade funcional e simbólica com a orla do mundo (*urbi=orbi*).

Na sorte (*fatum*) que o faz viandar entre o ostracismo e a peregrinação, entre as figuras do *hostis iudicatus*⁴ e do *hostis alienigena*⁵ encontrará, guiado por Antígona — sua filha, seu amparo e seus olhos —, o terreno franco do Bosque de Colono. Consagrado a Palas Atena, o bosque erguia-se nos arredores de Atenas como santuário dos excluídos. De notar que semelhante topografia compreende a derradeira possibilidade de exclusão política que surge, simultânea e paradoxalmente, como a possibilidade última de limitar o complexo mecanismo de exclusão estatal. Numa palavra, Colono desempenha a profilaxia de sanar a oposição “eu-outro”. Cumpre um papel de fundo de que mais tarde daremos conta.

Porém, de acordo com a narração sofocliana, os atenienses não se mostraram particularmente agradados ou agraciados com a escolha de Colono como o terreno-chão do descanso final de um rei exilado após descobrir a iniquidade dos actos que praticou (parricídio e incesto). Em penhor do desagrado sentido, munidos de archotes e outros objectos contundentes, decidiram opor-se ao exercício do direito de asilo concedido por Minerva (na declinação Romana).

A *segunda história* apresenta-se ainda mais simples e conta-nos uma peregrinação diversa. Uma peregrinação que é homenagem e embaixada, se

³ A propósito do “animal político” (*politikon zoôn*) aristotélico, ver GIORGIO AGAMBEN, *O Poder Soberano e a Vida Nua: Homo Sacer*. Lisboa: Editorial Presença, 1998, p. 12, e HANNAH ARENDT, *A Condição Humana*, pág. 25, a utilizar a expressão *bios politikos*.

⁴ A propósito do *hostis iudicatus* como manifestação do proscrito, ensina GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Excepção*. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 121, que “não era simplesmente equiparado a um inimigo estrangeiro, o *hostis alienigena*, porque esse sempre estava protegido pelo *ius gentium* (Nissen, 1877, p.27); era, antes, radicalmente privado de qualquer estatuto jurídico e podia portanto, a qualquer momento, ser despojado dos seus bens e executado. Não é simplesmente a ordem jurídica que aqui é suspensa, mas o *ius civis*, o próprio estatuto de cidadão romano” (AGAMBEN, *Estado de Excepção*, p. 121).

⁵ O termo *hostis* pode ser declinado como *hostis alienigena*, figura conotada com o romeiro, o viajante, peregrino, ou seja, aquele que busca um santuário onde pernoitar, aquele que pede asilo. Destarte, o *hostis* encontra-se frequentemente em terreno-charneira com o *hospes*, aquele que hospeda. MASSIMO CACCIARI, *La Paradoja Del Extranjero*. In HECTOR C. SILVEIRA GORSKI, *Identidades Comunitarias Y Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 148, dá conta de que “el término latino *hostis* y el griego *xénos* cubren, más bien, una área semántica muy próxima a la de los términos que indican amistad”. Por seu turno, ESPOSITO - *Bios: Biopolítica e Filosofia*, p. 154, faz referência ao “nexo profundo e enigmático entre *hospes* e *hostis* situado na origem da tradição ocidental num nó que ainda não fomos capazes de desfazer”. A marcar a similitude entre *hostis* e *xénos*, em especial, através da figura que hospeda, o *próximo* (curiosamente a raiz etimológica de proxeneta), ver MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *A Europa e o “Estrangeiro”: Talo(s) ou Cristo?* In *A Inclusão do Outro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 56.

não vejamos. Os discípulos de Heráclito, demonstrando um profundo respeito pelo seu Mestre, decidiram visitá-lo, revestindo-se dos trajos de peregrino (*hostis alienigena*). Percorrida a longa distância que possui um claro transfundo bio-psicológico — o espaço que os apartava do Mestre não se afigurava meramente geográfico —, os suplicantes/visitantes depararam-se com uma cena quotidiana espantosa. Toparam com o velho Heráclito a aquecer-se junto a um fogão ou fogareiro. O seu espanto não podia ser maior perante a evidência de que um sábio daquele quilate pudesse ser assediado pelos rigores da invernia.

As duas histórias apresentadas escondem um desfecho e um segredo que vos revelarei no final. Por ora, denotemos tão-só a sua simplicidade. Simplicidade que, nos tempos tardo-modernos que nos circundam e secundam, enfatiza a complexidade circunstancial, envolvente. Uma complexidade agudizada pela percepção multitudinária da ameaça, pela ubiquidade, pelo menos aparente, do risco e que convoca frequentemente tentativas semânticas de desimplicação ou de simplificação sociais. Desimplicações simultaneamente semânticas que se perfilam como esboços significativos a abarcar, muito a custo, a realidade contingente.

Qualquer que seja o signo, ou o conjunto de signos, eleito — sociedade do risco⁶, da incerteza, da transparência ou do cansaço⁷, sitiada⁸, modernidade líquida⁹, parque humano¹⁰, etc. —, afigura-se possível identificar um denominador comum que se traduz numa certa incapacidade prospectiva, isto é, na dificuldade (crescente) em compreender e enquadrar o núcleo normativo mínimo capaz de unir e estabilizar a comunidade (*cum munus*)¹¹ sob um núcleo jurídico apto a assumir-se como substrato do Estado¹² (“we the people”).

⁶ Para o devido enquadramento da questão, ver ULRICH BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage, 1996.

⁷ Tal como desenvolvido em BYUNG-CHUL HAN, *A Sociedade da Transparência*. Lisboa: Relógio D’Água, 2014, e idem, *A Sociedade do Cansaço*. Lisboa: Relógio D’Água, 2014, em claro corte com o referente imunitário desimplicado em ROBERTO ESPOSITO, *Immunitas: Protección y negación de la vida*. Madrid: Amorrortu, 2009.

⁸ A propósito dos diversos desafios que assolam, provocam e sitiam o conceito de sociedade, ver ZYGMUNT BAUMAN; CARLO BORDONI, *Estado de Crise*. Lisboa: Relógio D’Água, 2014, pp. 69 e ss.

⁹ A descrever a transição da modernidade sólida para a modernidade líquida, vide ZYGMUNT BAUMAN, *Confiança e Medo na Cidade*. Lisboa: Relógio D’Água, 2006, p. 24. Para uma análise mais aprofundada deste tópico, consultar ZYGMUNT BAUMAN, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge: Polity, 2007.

¹⁰ A desenvolver a ideia da dimensão biopolítica e construtivista das relações humanas, ver PETER SLOTERDIJK, *Regras Para o Parque Humano: Uma Resposta à “Carta Sobre o Humanismo” (O Discurso de Elmau)*. Coimbra: Angelus Novus, 2007, pp. 53 e ss.

¹¹ *Communitas* significa *cum munus*, ou seja, “com obrigação” (ver ESPOSITO, *Communitas: Origen y destino de la comunidad*, pp. 25 e 26, e ESPOSITO, *Immunitas: Protección y negación de la vida*, p. 14).

¹² Ainda que o espaço inter-relacional que medeia direito e Estado dificilmente se afigure redutível às diversas declinações do monismo jurídico.

Sem querermos adiantar em demasia as conclusões da presente comunicação, os signos linguísticos que nos ocupam traduzem, as mais das vezes, um imediatismo enquistante, na medida em que não permite, *rectius*, obsta a uma normogénese ponderada, capaz de pensar as diversas tensões sociais vivificadas na e pela *forma mentis* jurídica ocidental. Mais propriamente, pela concreta e idiossincrática mundividência europeia continental. Uma *Weltanschauung* preparada para reflectir as tensões e as possíveis (ou potenciais) fracturas sociais, ao invés de as agudizar ou extremar.

Como dizia, vivemos tempos interessantes — tal a velha maldição chinesa —, tempos de desafio caracterizados pela inserção ou presença permanente das dinâmicas da ameaça no espaço público de discussão. Neste circunstancialismo, o direito, *maxime* o direito penal, emerge perante uma “encruzilhada dos três caminhos” — para nos servirmos de mais uma poderosa imagem sofocliana, desta feita retirada de “Rei Édipo”¹³ — passível de ser transcrita do seguinte modo:

- i) A defesa de um direito penal liberal hipertrófico, cristalizado numa pureza de marfim, numa pureza muralhada. Um direito penal indiferente perante as solicitações hodiernas que recusa, a título de exemplo, a antecipação da tutela punitiva vertida na punição de crimes de perigo abstrato, muitos deles verdadeiros atos preparatórios (organização terrorista, associação criminosa, bem como os delitos de proteção de um clima de confiança na norma [*Klimadelikten*], como será o caso dos delitos de apologia e de negação);
- ii) A nova-velha vaga securitária, quer se manifeste no *punitive turn* norte-americano¹⁴, no recrudescimento sancionatório anglo-saxónico, ou a normalização/normativização da exceção jurídico-penal nos ordenamentos jurídicos europeus continentais. Como exemplo arquetípico, pensemos na Lei 2017-1510, de 30 de Outubro que procedeu à internalização ou receção jurídico-penal da exceção constitucional que vigorava em França desde os ataques terroristas ao seminário satírico “Charlie Hebdo”;
- iii) Por último e com menor interesse para o tema em discussão, encontramos a defesa de mecanismos alternativos de resolução de litígios. Mecanismos que buscam a justiça consensual, negociada, transacionada. Justiça convertida em comércio, em análise económica.

Observada a encruzilhada, vejamos agora o beco sem saída dialético a que nos conduz. De um lado ou, dito de modo diferente, como *tese* encontramos um direito penal hipertrófico que, numa clara aversão às solicitações sociais

¹³ SÓFOCLES, *Rei Édipo*. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 107 [800-810].

¹⁴ A radiografar com precisão os influxos neopunitivistas do novo milénio, principalmente no espaço jurídico anglo-americano, ver ANDRÉ LAMAS LEITE, “Nova penologia”, *punitive turn* e Direito Criminal: quo vadimus? Pelos caminhos da incerteza (pós-) moderna. In Andrade, Manuel Costa, [et al.], *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais: Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 617 e ss.

contemporâneas, prefere quebrar numa deriva aparentemente hipergarantística, mas que conduz tão-só à sua paralisação, tal um artefacto de museu ou peça de vitrina incapaz de responder às solicitações normativas da sociedade que devia servir. Dito com clareza, incapaz de conter normativamente a ou as *communitas* que compõem a *societas*. Trata-se de um direito penal que, ao abrigo da vertigem da perfeição liberal e conaturalmente garantística, se assoma, em última análise, esvaziado de conteúdo normativo e, por conseguinte, impossibilitado de servir de esteio dos direitos, liberdades e garantias.

Como *antítese*, encontramos a nova, mas sempre velha, vaga securitária, como proposta de reforço do arsenal sancionatório estatal — sendo o Estado entendido como monopolista da violência — enquanto monopolista da violência, perante as ameaças e os perigos, mais do que internacionalizados, globalizados.

Finalmente, como *síntese*, deparamo-nos com os mecanismos alternativos de resolução de litígios. Trata-se, porém, de uma proposta insuficiente, visto que, tendendo ao garantismo (*tese*), não deixa de conter o perigo securitário (*antítese*) e, em propostas mais exacerbadas, de conter o perigo da substituição ou da colonização do direito penal.

Sublinhando os elementos antinómicos subjacentes à relação dialética em estudo, tanto a tese como a antítese tendem à fragilização — como veremos em seguida no que respeita às propostas securitárias — da relação diádica que medeia que compreende a alteridade, ou seja, que separa e aproxima o “eu” do “outro”. Por seu turno, o sonho da diversão penal, isoladamente considerado, também não resolve — quer pela relativa novidade, quer pela aparente incapacidade das atuais propostas restaurativas para substituir o direito penal de matriz liberal — a tensão permanente que distende e comprime o binómio “eu-outro”.

Para o que nos ocupa, é o segundo caminho que me interessa (o segundo termo do triadismo dialético), ou seja, a nova-velha vaga securitária. Em bom rigor, as propostas securitárias, nas diversas declinações que pontuam o panorama jurídico em que nos inserimos, visam responder a grupos problemáticos semelhantes. A saber: i) discursos de ódio/instigação pública à prática de crimes; ii) terrorismo; iii) criminalidade organizada. Os modelos em crise apresentam, por vezes, algumas derivações como, a título meramente exemplificativo, a recente e mediaticamente discutida questão da punição do auxílio à imigração ilegal — pensemos no caso francês e no caso húngaro.

Durante alguns anos tive a oportunidade de estudar uma concreta proposta securitária conhecida como Direito Penal do Inimigo. Teoria proposta por Günther Jakobs nas Jornadas dos Penalistas Alemães de 1985¹⁵, o Direito Penal do Inimigo consistia, para nos expressarmos de modo manifestamente simplista, na cisão do direito penal em duas velocidades sancionatórias. A primeira velocidade, designada como Direito Penal do Cidadão, visava defender

¹⁵ GÜNTHER JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. *ZStW*. Vol. 97, n.º 4 (1985), pp. 751-785.

uma certa ideia ou concepção liberal — hiperliberal, se preferirmos — do direito penal perfilhada pelo Autor. Um direito penal avesso à antecipação da tutela punitiva e, por isso, refratário aos crimes de perigo abstrato, quer consistam na punição de atos preparatórios ou nos supramencionados *Klimadelikten*. E se assim ocorre no plano substantivo, no plano adjetivo o Direito Penal do Cidadão exclui mecanismos ou figuras jurídicas comumente aceites em ordenamentos jurídicos inseridos em Estados de direito em sentido material, como as escutas telefónicas, as buscas, a prisão preventiva e, até, as recolhas de sangue para efeitos de produção de prova.

No que à segunda velocidade do direito penal concerne, o glosado *ad nauseam* Direito Penal do Inimigo, incluía toda a factualidade previamente excluída ou depurada do Direito Penal do Cidadão, no afã de o revestir das mencionadas características (hiper)liberais idealizadas pelo Catedrático de Bona.

Note-se que não pretendo converter a presente comunicação numa explicação aprofundada da inimizade jakobsiana. Existe, todavia, uma linha de fuga que gostaria de indicar, numa estrita redução problemática funcionalizada à compreensão englobante dos enunciados securitários. Na sua proposta inicial, Jakobs previa e propunha uma segunda velocidade do direito penal (Direito Penal do Inimigo) para os delitos de proteção de um clima de confiança na norma (*Klimadelikten*) e também para o crime de organização terrorista. Contudo, e aqui reside o *punctum crucis* que desejo evidenciar, no final do milénio e com maior agudez depois dos fatídicos eventos do 11 de Setembro de 2001, o autor que nos ocupa incluiu na inimizade penal a associação criminosa, os delitos sexuais e, numa abertura de malha capaz de testar o limite de elasticidade da sua teoria, incluiu toda a criminalidade ou factualidade grave (*schwere Taten*)¹⁶.

Como explicar então a razão do mencionado sancionatório proposto por Jakobs? Em bom rigor, diga-se que grande parte dos modelos securitários, sejam meramente teóricos ou vigentes (teórico-práticos), prevêem alargamentos normativos semelhantes. No caso específico do Direito Penal do Inimigo, o Autor entende que fazem parte da segunda velocidade do direito penal todos os tipos legais capazes de promover a substituição da ordem social vigente. Capazes de convocar, se quisermos recorrer a uma imagem pungente, um *novus ordo seclorum*. Não posso ocultar que possuo sérias dúvidas quanto ao discurso legitimador de Jakobs e mais dúvidas tenho quanto à possibilidade de substituição da ordem jurídica contingente ínsita nos mencionados tipos legais. Dúvidas que ultrapassam, convém sublinhar novamente, o âmbito da presente comunicação.

Então qual será a verdadeira razão para que as propostas securitárias — note-se que agora não nos restringimos à inimizade jakobsiana — compreendam semelhante alargamento normativo? Considero que a verdadeira razão reside na erosão ou na perversão do axioma antropológico ou, melhor,

¹⁶ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004.

do referente ontológico antropologicamente centrado que devia presidir não apenas ao direito penal, mas a todo o direito — e, para manter o rigor, a toda a construção estatal. Destarte, o direito afasta-se do esteio onto-antropológico em que devia assentar na presença da ameaça ou das ameaças que os tempos tardo-modernos convocam. Perante os problemas altamente complexos que caracterizam as sociedades contemporâneas, a resposta normativa surge convertida em mecanismo de redução de angústias, máquina de absorção de protestos.

Mas, afinal, o que significa afirmar que a resposta normativa obedece a um escopo de redução de angústias? Significa que o direito tenta responder às solicitações complexivas da modernidade tardia através de um movimento duplamente artificial:

- i) Por um lado, com recurso à construção arquetípica da realidade, ou seja, à evidenciação de elementos/factos antonomásticos capazes de reduzir a elevada imbricação do acontecer quotidiano — pensemos no fracionamento da factualidade que compõe os fenómenos do terrorismo e ou da denominada imigração ilegal;
- ii) Por outro lado, através de respostas padronizadas a ameaças arquetípicas ou, melhor, por via de respostas artificiais a ameaças artificiais — tomemos como exemplo a antecipação da tutela punitiva, a consideração de elementos especiais do tipo, o endurecimento das penas, etc.

Bem observado, o movimento duplamente artificial¹⁷ em estudo constitui uma normogénese apressada. Uma génese normativa apressada que provoca a desestabilização do binómio “eu-outro” essencial à *communitas*. Dinamita a identidade ontológica que medeia o par diádico. Apaga, em termos gráficos, o hífen que transforma a separação “eu-outro” numa união sintética final. Numa palavra, destrói a identidade comum surgida da relação dialética diádica que cinge os dois termos do binómio. E ao apagar o hífen, que mais não é do que uma zona franca a permitir comunicações intersubjetivas, cinda a pessoa humana, convertendo-a num conjunto de oposições insanáveis. Oposições que ameaçam converter o direito penal, classicamente construído em torno da pedra de toque do facto, num direito penal do agente. Um direito penal, para o dizer em jeito de súmula, revestido das várias faces da ameaça. Ameaça que se manifesta, em termos nominalistas, no terrorista, no imigrante, no criminoso inserido numa estrutura de supra-infra ordenação e, por fim, no cidadão comum, numa sorte de cisão ou conversão pessoal que alastra de facto em facto, de sujeito em sujeito.

Será então que, observando o atual panorama jurídico-penal, ainda podemos afirmar o direito penal como um instrumento de *ultima ratio*? Como é bom de ver pelo que vimos expondo, quando o direito securitário intervéem dificilmente poderemos afirmar uma alteridade que permita a identidade de ambos os elementos do binómio. O aparato securitário fragiliza as bases de um discurso comunicativo que pontifique as distâncias entre os

¹⁷ O que não equivale a afirmar que a factualidade que subjaz ao fenómeno terrorista compreende um problema artificial.

diversos intervenientes sociais. Em jeito de súmula, o securitarismo destrói, não constrói.

Note-se que, em bom rigor, não  apenas a vaga securitária que desestabiliza as bases da convivência comunitária. Nos discursos sobre a alteridade, por vezes, esquecemos que o direito penal deve ser perspetivado como instrumento de *ultima ratio* da intervenção estatal. *Ultima ratio* que não se afigura como uma limitação do Estado enquanto monopolista da violência/poder, mas como expressão desse monopólio.

Então em que palcos deve hoje ser discutido o problema da identidade e da alteridade? Pelo que me  dado observar, deve ser resolvido a montante, com o recurso a políticas públicas direcionadas  inclusão do "outro". A título exemplificativo, pensemos nos ataques terroristas que assolaram — e continuam a assolar — a Europa nos últimos anos. Se encetarmos semelhante exercício, verificaremos que esses atentados foram praticados por cidadãos europeus. Verificaremos também que esses cidadãos europeus viviam ou habitavam maioritariamente em subúrbios citadinos feitos escondedouro de gente. Nesta tica, afigura-se legítimo questionar se existirá alguma diferença entre o cidadão abandonado ou excluído pelo Estado (imunizado) e um agente extra-estatal (*extraneus*) potencialmente perigoso. A resposta surge pronta e lacnica: nenhuma. Assim ocorre na medida em que as dinâmicas da exclusão redundam invariavelmente na fragilização do substrato onto-atropolgico que devia guiar os projetos políticos, *maxime* a política criminal dos Estados de direito de matriz liberal.

Pelo exposto, o palco em que a questão da alteridade faz realmente sentir o seu peso, e onde o debate deve ser suscitado, passa por um conjunto de políticas públicas — previdenciais, educativas, sanitárias, urbanísticas, etc. — capazes de debelar a questão da exclusão pessoal, entendida em sentido amplo, num estdio prévio  atuação do direito penal. Não pecaremos por excesso ao afirmarmos que quando o direito penal  chamado a intervir para debelar fenmenos de exclusão endmica recorrentemente  tarde demais.

No início desta comunicação disse-vos que as histórias de Édipo e de Heráclito guardavam um segredo. Em verdade, esse segredo mais não  do que o desfecho e respetivo substrato simbólico dos episódios narrados. Na conclusão da tragédia de Sófocles, Édipo  acolhido no Bosque de Colono por vontade de Palas Atena e uma vez serenados os nimos dos atenienses. A encerrar a segunda narrativa, perante a surpresa dos visitantes, Heráclito convida-os a entrar no seu casebre "pois aqui também habitam os deuses"¹⁸.

Em ambas as situações, a hostilidade original presente ou potencialmente presente na chegada dos peregrinos — seja Édipo ou os discípulos de Heráclito — converte-se em hospitalidade. Observando a questão por um prisma diverso, os hostis que se apresentam no início das narrativas afastam-se da condição de inimigos e aproximam-se da dimensão humana ou

¹⁸ Cfr. MARTIN HEIDEGGER, *Carta Sobre o Humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1998, pp. 81 e 82.

pessoal da ação pelo gesto do *hospes*, daquele que hospeda, que oferece abrigo, proteção e, destarte, possibilita o porvir da *polis*.

Em jeito de conclusão, identificamos no Bosque de Colono e no casebre de Heráclito a identidade ontológica perspetivada como elemento comum que une os termos do binómio "eu-outro", desimplica a alteridade e apresenta a pessoa una na sua incindibilidade. Talvez possamos retirar daqui, desta capacidade inclusiva do gesto, uma preciosa lição...

**POLÍTICAS PÚBLICAS:
COMO INCLUIR OS OUTROS?**

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL: A ABORDAGEM DO PROGRAMA ESCOLHAS

PUBLIC POLICIES FOR SOCIAL INCLUSION: THE APPROACH OF THE CHOICES PROGRAM

Alexandra Fabião *

RESUMO

O texto aborda os objectivos do programa “Escolhas” no contexto das funções do Alto Comissariado para as Migrações.

PALAVRAS CHAVE — ALTO COMISSARIADO PARA AS MIGRAÇÕES, INCLUSÃO, ESCOLHAS

ABSTRACT

The text exposes the aims of the Program “Choices” within the framework of the High Commission for Migration

KEY WORDS — HIGH COMMISSION FOR MIGRATION, INCLUSION, CHOICES

SUMÁRIO: 1. A missão do Alto Comissariado para as Migrações. 2. O Programa Escolhas. 3. A importância da abordagem. 4. Proximidade relacional. 5. Competências para a ação. 6. Os bons resultados.

* Alto-comissariado para as Migrações, IP. — CNAI Porto, Av. de França, 316 Edifício Capitólio, 4050-276 Porto. alexandra.fabiao@programaescolhas.pt

1. A missão do Alto Comissariado para as Migrações

Não faria sentido falar do papel do Programa Escolhas na promoção da inclusão social sem partilhar aquela que é a missão do Alto Comissariado para as Migrações (ACM), I.P. Este organismo público tem como missão colaborar na definição, execução e avaliação das políticas públicas, transversais e setoriais em matéria de migrações, relevantes:

- para a atração dos migrantes nos contextos nacional, internacional e lusófono;
- para a integração dos imigrantes e grupos étnicos, em particular as comunidades ciganas;
- para a gestão e valorização da diversidade entre culturas, etnias e religiões.

O ACM, I.P tem vindo a fazer um trabalho muito orientado para áreas como sejam a integração dos migrantes, dos refugiados, da promoção da interculturalidade ou da luta contra a discriminação, bem como também é da sua responsabilidade a área das comunidades ciganas, sempre numa lógica de apoiar e facilitar a inclusão destas pessoas.

Para implementar esta missão o instituto dispõe de várias respostas, recursos e programas, sendo que neste artigo é especificamente explorado o trabalho desenvolvido pelo Programa Escolhas (PE).

2. O Programa Escolhas

O Escolhas é um programa governamental de âmbito nacional, criado em 2001, promovido pela Presidência do Conselho de Ministros e integrado no Alto Comissariado para as Migrações — ACM, IP, cuja missão é promover a inclusão social de crianças e jovens provenientes de contextos mais vulneráveis, particularmente de descendentes de migrantes e de crianças e jovens ciganos/as, a não discriminação e o reforço da coesão social.

Na sua primeira geração o Programa foi estruturado como uma resposta direta para atuar ao nível delinquência juvenil, orientado para territórios específicos (bairros sociais do Porto, Lisboa e Setúbal) e tendo uma lógica de planeamento de “cima para baixo”, isto é, a intervenção era definida pelo Programa e depois executada, localmente, pelos projetos e parceiros. A partir da segunda edição o Programa ganha outra dimensão: alarga a sua missão passando a mesma a ser a mesma a ser muito orientada para a promoção da coesão social, passa também a ter um âmbito nacional e a começa a funcionar numa lógica de candidaturas e projetos locais, passando a intervenção a ser delineada por Consórcios (grupos de entidades de um território específico), assumindo como ponto de partida um diagnóstico territorial. Inverte-se,

assim, a lógica de planeamento, já que as intervenções (agora materializadas em projetos locais) passam a ser estruturadas de “baixo para cima”.

Este modelo de intervenção ainda se mantém atualmente, estando o Programa na sua 7ª Geração (2019-2020). Nesta geração foram apresentadas 142 candidaturas, das quais o Programa Escolhas financiou, no âmbito do processo de apreciação e aprovação das mesmas, um total máximo de 103 projetos. Estes projetos encontram-se distribuídos da seguinte forma:

- Norte — 30 projetos;
- Centro — 19 projetos;
- Lisboa — 36 projetos;
- Alentejo — 11 projetos;
- Algarve — 4 projetos;
- Regiões Autónomas — 3 projetos.

Estes 103 projetos desenvolvem-se tendo por base três medidas específicas. A Medida I visa contribuir para o sucesso escolar, para a redução do absentismo e abandono escolar, bem como para a formação e qualificação profissional. A Medida II tem como objetivo contribuir para a promoção do emprego e empregabilidade, favorecendo a transição para o mercado de trabalho, bem como apoiar iniciativas empreendedoras e a Medida III pretende contribuir para o desenvolvimento de atividades de âmbito comunitário, lúdico e ou pedagógico, permitindo uma maior consciencialização sobre os direitos e deveres cívicos e comunitários.

Decorrido de um contexto experimental, poucos programas governamentais têm tido a durabilidade do Programa Escolhas. Os seus mais de 18 anos de duração conferem-lhe um carácter particular e transversal mas, sobretudo, permite-lhe uma capacidade reflexiva que tem possibilitado sucessivos ajustamentos às conjunturas históricas, sociais e económicas da última década.

Quadro 1 — 18 anos de intervenção do Programa Escolhas

Indicadores	1ª Geração (2001 -2003)	2ª Geração (2004-2006)	3ª Geração (2007-2009)	4ª Geração (2010-2012)	5ª Geração (2013-2015)	6ª Geração (2016-2018)
Nº de intervenções	50	87	120	134	141	112
Nº de participantes	6.712	43.199	85.021	89.232	85.160	68.914
Nº de técnicos	170	394	480	850	1026	781
Nº de concelhos	7	54	70	71	71	54
Nº de parceiros	111	412	776	1040	1154	900

3. A importância da abordagem

Para o sucesso da intervenção do PE muito tem contribuído a aposta que é feita na avaliação da intervenção interna e externa, aspeto essencial para garantir que os projetos em particular, e o programa em geral, se adapte e responda de forma efetiva e significativa aos problemas dos territórios.

Paralelamente, a abordagem que é incorporada nas intervenções é, também ela, fundamental. Acreditamos que os grupos vulneráveis, para alcançar os seus objetivos, têm uma viagem particularmente dificultada, mas existem formas de tornar essa viagem menos penosa, mais célere e de facilitar o alcance desses objetivos.

O objetivo é colaborarmos na construção de pontes que permitam uma maior equidade de oportunidades, uma maior garantia do respeito pelos direitos humanos de cada um/a e, nesse sentido, níveis mais efetivos de inclusão social.

Como construir estas pontes? Como promover a inclusão social incluindo os outros?

A resposta a estas perguntas passa por implementar estratégias assentes num conjunto de princípios exigentes, ambiciosos e inovadores, dos quais destacamos os seguintes:

- a) *Parceria* — Os projetos do PE emergem do território e das entidades que nele trabalham (os Consórcios). Assume-se, pois, que é na escala local que os problemas melhor poderão ser resolvidos. É assente na lógica da parceria com as entidades locais, que os projetos deverão procurar a complementaridade, a articulação de recursos e a responsabilização pelas iniciativas, de forma a promover a sustentabilidade das ações e dos próprios resultados. Acreditamos que esta lógica de trabalho é fundamental para garantir que as intervenções delineadas vão ao encontro das necessidades das pessoas;
- b) *Participação* — Os projetos devem compreender o potencial humano como um fim e um recurso e, conseqüentemente, devem garantir a participação dos jovens, das comunidades e das organizações em todas as etapas do projeto, promovendo processos de capacitação e de responsabilização. É esta lógica de participação efetiva que contribui para o sucesso das intervenções, pois as mesmas são construídas com as pessoas, com os intervenientes e, nesse sentido, atuam sobre aquilo que os mesmos consideram importante e prioritário;
- c) *Mediação e Diálogo Intercultural* — O Programa favorece e incentiva intervenções de proximidade, recorrendo sempre que necessário ao trabalho de rua e à mediação, entendendo globalmente a intervenção enquanto um processo de mediação social. Paralelamente, aceitando que no encontro da diferença é possível promover um enriquecimento, incentiva o diálogo, o conhecimento mútuo, a convivência positiva entre culturas, possibilitando a criação das pontes referidas anteriormente.

4. Proximidade relacional

Este trabalho de proximidade permite que a criação de relações positivas entre equipas, parceiros e participantes, fator que se afigura como decisivo para o sucesso das intervenções. Para o Programa Escolhas a dimensão relacional é um aspeto crucial, pois acreditamos que o estabelecimento de relações de confiança permite identificar as capacidades das pessoas e permite encorajá-las a ver que são mais do que o seu problema. É aqui que surge o espaço e a oportunidade de trabalhar na construção da resiliência e de fomentar e consolidar a capacidade das crianças e jovens lidarem com situações menos positivas das suas vidas. O estabelecimento de relações de confiança junto dos públicos, e particularmente junto de comunidades que, na sua maioria, ainda se encontram muito isoladas socialmente, é imprescindível para garantir um trabalho efetivo de promoção da mudança.

5. Competências para a ação

Os princípios referidos estão subjacentes à intervenção de todos os projetos do Programa Escolhas mas, para além dos projetos em si, o PE desencadeia um conjunto de recursos e medidas que são igualmente fundamentais. Numa lógica de intervenção de proximidade de que falamos anteriormente, o trabalho deve ser assente em metodologias que capacitem as pessoas para que apreendam os seus direitos, apreendam as responsabilidades mas também metodologias que possibilitem o desenvolvimento de competências para a ação. Nesse sentido, o PE tem apostado na implementação de algumas respostas que nos têm permitido trabalhar esta temática.

A forte aposta do Dinamizador Comunitário desde 2010 (4ª Geração), jovens oriundos do território de intervenção, revelam competências Pedagógicas e são um Modelo de referência na Comunidade, com Perfil de Liderança Positiva e Capacidade de Mediação Social. Muitas vezes são as pessoas capazes de descodificar linguagens, processo tão importante para se conseguir um trabalho bem-sucedido.

As Assembleias de jovens locais cujo objetivo é promover mecanismos de participação que desenvolvam competências de cidadania, através de um exercício de democracia participativa a nível local, regional e nacional. Os projetos Escolhas organizam Assembleias de Jovens Locais (AJL) com os seus participantes, com uma periodicidade não superior a bimestral, recolhendo a avaliação dos jovens de forma a incorporá-la nos relatórios de autoavaliação, bem como de forma a validar os seus planos de atividade.

A Dinamização do Programa de Capacitação “Mais Líderes”, direcionado para jovens com idades entre os 18-35 anos, o que tal teve como objetivos fornecer conhecimento sobre os órgãos de soberania, tendo em vista

o pleno exercício de direitos e deveres; promover uma reflexão sobre situação atual dos/das jovens ciganos(as) e migrantes, visando construtivamente contributos para a definição de medidas de política pública mais adequadas às necessidades e potencialidades das comunidades, bem como fomentar a participação cívica e comunitária, através da criação de respostas por parte dos(das) participantes, a abranger pelo processo de capacitação, mobilizando-os(as) para a criação de projetos que intervenham sobre os problemas diagnosticados.

A Implementação do Programa Operacional de Promoção da Educação — OPRE. Este Programa é uma iniciativa dirigida a jovens estudantes do ensino superior, provenientes das comunidades ciganas, que visa atenuar as barreiras existentes entre estas comunidades e o sistema formal de ensino. Para além da bolsa de estudo os/as estudantes têm a possibilidade de participar num Programa de Capacitação que lhes dá ferramentas na área dos estudos, mas também formação em áreas mais gerais ao nível da cidadania e participação cívica. São também apoiados por mediadores/as ciganos/as que fazem a articulação com as famílias e as comunidades, aspeto de particular importância quando falamos das jovens/mulheres ciganas.

De realçar que o OPRE começou por ser uma resposta concebida e implementada por entidades da sociedade civil e, fruto dos bons resultados, foi incorporada no trabalho do ACM, I.P, através do Programa Escolhas, tornando-se assim uma política pública.

O projeto de bolsas de estudo U CAN que tem vindo a apoiar jovens universitários, nomeadamente migrantes, em que para além da bolsa de estudo (prestação pecuniária) os/as estudantes são apoiados por um/a mentor/a voluntário/a, o/a qual assegura um acompanhamento regular que permita fomentar o sucesso escolar e o aumento do capital cultural e social do/a estudante.

6. Os bons resultados

Estes recursos/instrumentos e a lógica de intervenção anteriormente apresentada, permitem ao Programa Escolhas o alcance de resultados positivos, concorrendo de forma clara para a promoção da inclusão social. No final da 6ª Geração o PE tinha conseguido resultados relevantes como:

- Taxa de sucesso escolar global de 81,3%;
- 7.772 encaminhamentos realizados para escola e formação profissional;
- 7.480 encaminhamentos efetuados para emprego;
- 15.402 indivíduos certificados em competências TIC (CID);
- 2.510 parceiros envolvidos nas atividades dos projetos.

Tem sido feito um percurso positivo no sentido de criar pontes que contribuam para o trabalho de promoção da inclusão social de grupos mais vulneráveis. Ainda existe, contudo, espaço e necessidade para a criação de muitas mais pontes, sendo que os projetos Escolhas, por todas as características e princípios anteriormente mencionados, certamente continuarão a dar um contributo importante.

Acreditamos que os projetos Escolhas que estão agora a iniciar a sua intervenção nesta 7^a geração continuarão esta lógica de trabalho abraçando os desafios e encontrando “materiais” fortes para a construção de pontes sólidas e consistentes que nos possibilitem chegar, com sucesso, às outras margens!

Como dizia Américo Nunes Peres¹“(…) a experiência do encontro com o outro faz parte da condição humana. Só conseguimos ver a diferença a partir da nossa própria identidade (...). Urge, então, ousar sermos nós através do outro, descobrindo-nos na mesmidade.”

¹ PERES, Américo Nunes “Educação Intercultural: utopia ou realidade?”, Porto, Profedições, Lda, 1999, p. 49.

DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE MIGRACIÓN ECONÓMICA FEMENINA

MULTIPLE DISCRIMINATION IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION: PUBLIC POLICIES ON FEMALE ECONOMIC MIGRATION

Carmen Montesinos Padilla*

RESUMO

El presente trabajo aborda los efectos de la globalización económica sobre los flujos migratorios femeninos. Más concretamente, se intenta demostrar que la salida de miles de mujeres y niñas de muchos países del llamado Sur Global es consecuencia, más o menos directa, del desarrollo de su actividad comercial por las grandes empresas transnacionales. La segregación laboral, la explotación y los efectos sobre los recursos naturales de la globalización fuerza su desplazamiento hacia países más desarrollados donde, sin embargo, la mujer migrante es objeto de discriminaciones múltiples. Se trata así de esbozar algunas orientaciones y buenas prácticas para evitar lo que ya son considerados como desplazamientos forzados, incidiendo además en la necesidad de erradicar la desigualdad en el país de destino, sobre todo en el ámbito laboral.

PALAVRAS CHAVE — DERECHOS HUMANOS, GLOBALIZACIÓN, MIGRACIONES, MUJERES, TRABAJO DOMÉSTICO

* Investigadora postdoctoral de la Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Público del Estado. Despacho 15.1.23. Calle Madrid 126. Getafe, Madrid. cmontesi@inst.uc3m.es

ABSTRACT

This paper addresses the effects of economic globalization on female migratory flows. More specifically, it is tried to show that the exile of thousands of women and girls from many countries of the so-called Global South is a more or less direct consequence of the transnational corporations' activity. Labor segregation, exploitation and the effects of globalization on the natural resources forces their displacement towards more developed countries where, however, migrant women are subject to multiple discriminations. Finally, it is outlined some guidelines and good practices to avoid what are already considered as forced displacements, and to eradicate inequalities in the country of destination, especially in the workplace.

KEY WORDS — DOMESTIC WORK, GLOBALIZATION, HUMAN RIGHTS, MIGRATION, WOMEN

SUMÁRIO: 1. Globalización, empresas transnacionales y mujeres. 2. Comercio mundial y feminización de movimientos migratorios. 2.1. Desigualdad y precarización en los territorios de origen. 2.2. Desplazamientos forzados. 2.3. La discriminación múltiple en los territorios de destino. El trabajo doméstico en España. 3. La protección de las mujeres en el contexto de la globalización económica. 3.1. Orientaciones para la mejora y buenas prácticas en el Sur Global. 3.2. Directrices para un comportamiento corporativo respetuoso con los derechos de las mujeres. 3.3. Medidas de igualdad en los Estados de destino. 3.3.1. Conciliación de la vida familiar y laboral. 3.3.2. Erradicación de la discriminación salarial. 3.3.3. Lucha contra la discriminación múltiple de la trabajadora migrante

1. Globalización, empresas transnacionales y mujeres

A pesar de producir la mayor parte de los alimentos en el mundo, las mujeres somos las más propensas a sufrir un nivel extremo de pobreza, hambre y malnutrición. Estamos empleadas en los entornos laborales más precarios y con menor protección laboral, asumiendo la gran mayoría del trabajo de cuidado no remunerado del mundo. Experimentamos graves vulneraciones de nuestros derechos laborales y violencia sexual en el trabajo. Y en el recrudecimiento de esta situación, sobre todo en el Sur Global, está incidiendo violentamente la transnacionalización de la actividad empresarial, la extraterritorialidad del capital y los principios neoliberales del capitalismo globalizado¹.

La migración transnacional está ligada al capitalismo global, cuya fase de expansión neoliberal sitúa hoy a la población migrante en una situación de especial vulnerabilidad. La expansión global del capital está repercutiendo efectos devastadores para las distintas formas de pertenencia de las personas

¹ ISABELLA BAKER, Dotar de género a la reforma de la política macroeconómica en la era de la reestructuración y el ajuste global, in *Mujeres y Economía*, Icaria, Barcelona, 1999, p. 245.

migrantes en los países de origen y de destino. Las mujeres de los llamados "Estados periféricos", como lo son muchos países de Asia, América Latina y África, son las más afectadas por el acaparamiento de tierras y la extracción masiva de recursos naturales; las actividades corporativas militarizadas; la privatización de los servicios públicos; el cambio climático; y la violencia contra la defensa de los derechos humanos². Y en este contexto de desigualdad y discriminación estructural, muchas mujeres se ven obligadas a buscar nuevas estrategias de supervivencia a través del desplazamiento interno e internacional³. Pero la flexibilidad e inestabilidad del mercado laboral en Estados Unidos y Europa limitan sobremanera las posibilidades de integración económica y social de la población migrante, muy especialmente la de las mujeres que, además, se ven previamente afectadas por políticas de fronteras que no son neutrales en cuanto al género⁴. Nos referimos así a la migración de mujeres y niñas de todas las identidades, edades, razas y etnias que, tras los riesgos a los que se enfrentan durante todo el trayecto, en el territorio de destino, y bajo la condición de mujer-migrante-pobre, son víctimas de situaciones de discriminaciones múltiple e intersectorial.

El creciente poder de las grandes empresas transnacionales (ETN) sobre la disposición de recursos naturales como el agua, la tierra o los hidrocarburos, se ha convertido en una constricción determinante para el efectivo cumplimiento de los derechos humanos en los países y regiones más empobrecidas del mundo. La consecuente degradación de las funciones asistenciales de los Estados de la periferia ha resultado en "nuevas formas de absolutismo de mercado" (como las maquilas y las zonas francas), a la vez que se ha convertido en causa prevalente de migración de millones de personas⁵. Este "efecto salida" ha convertido a miles de mujeres en víctimas de un vínculo cada vez más estrecho entre derechos y ciudadanía⁶, degradándolas en los países de destino a una suerte de "infraclase", en la que la devaluación que le es propia por su condición de inmigrantes, se combina con la exclusión, la opresión y la discriminación por razones de género y origen social, nacional y étnico⁷. Urge así el desarrollo e implementación de políticas públicas y medidas legislativas

² SANYU AWORI *et al.*, A Feminist Approach to the Binding Instrument on Transnational Corporations and other Business Enterprises, *Business and Human Rights Journal*, 3(2), 2018, pp. 285-290. Sobre las implicaciones del cambio climático en los derechos de las mujeres puede consultarse la Resolución del Parlamento Europeo 2011/2197(INI), de 20/4/2012.

³ Sobre la incidencia de los proyectos de desarrollo a gran escala en los desplazamientos internos en América Latina puede consultarse el Documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, de 31/12/2015, pp. 31-32.

⁴ TANJA BASTIA, La feminización de la migración transnacional y su potencial emancipatorio, *Papeles*, 104, 2008/09, pp. 67-77, disponible en: https://www.fuhem.es/papeles_articulo/la-feminizacion-de-la-migracion-trasnacional-y-su-potencial-emancipatorio/

⁵ GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

⁶ JAVIER DE LUCAS, Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión, in *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 261 y ss.

⁷ RUTH M. MESTRE Y MESTRE, *Dea ex machina*. Trabajadoras migrantes y negociación de la igualdad en lo doméstico, Cuadernos de Geografía, 72, 2004, pp. 191-205.

de lucha contra la discriminación múltiple de la mujer migrante, en los países de origen y en los de destino, con proyección interna y extraterritorial.

2. Comercio mundial y feminización de movimientos migratorios

Desregulación, liberalización y privatización son los tres principios que la globalización, y el programa neoliberal a la misma vinculado, han elevado a ideología en el marco de la política económica internacional. Las ETN, en connivencia con grandes organismos supraestatales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), se disputan hoy el comercio mundial. Las políticas de privatización se han intensificado y extendido en los últimos años con el consecuente desmantelamiento del Estado de bienestar. En su búsqueda por la atracción del capital, los Gobiernos se han convertido así en gestores de una precariedad que incide con especial intensidad sobre los derechos de las mujeres.

Aunque la globalización ha favorecido la incorporación de millones de mujeres al trabajo remunerado, su presencia en el mercado laboral formal sigue estando muy por detrás de la de los hombres⁸. Además, las opciones de empleo en muchos países están significativamente limitadas por los estereotipos de género. La segregación sexual es uno de los aspectos más perjudiciales de la desigualdad laboral⁹, en tanto que asociada a salarios más bajos, condiciones de trabajo menos favorables¹⁰ y una carga desproporcionada en cuanto a la asunción de las responsabilidades propias del cuidado no remunerado y del trabajo doméstico. Y en el ámbito de la economía informal, profundamente feminizado, las trabajadoras migrantes están particularmente marginadas, resultando sus precarias condiciones laborales agravadas por el racismo y la xenofobia¹¹. A esta situación de vulnerabilidad estructural coadyuvan, de distinta forma y con distinto alcance, las grandes ETN y los Estados que las apoyan.

Para muchas mujeres, el acceso y el trabajo de la tierra es esencial para poder vivir una vida digna y disponer de un adecuado nivel de independencia económica. Consecuentemente, cuando las ETN adquieren, arriendan o

⁸ Vid. el informe World Employment Social Outlook, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_557245.pdf

⁹ La segregación sexual en el trabajo es considerada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como un importante indicador de discriminación (Convenio 111). La confinación de las mujeres a determinados puestos de trabajo refuerza los estereotipos relativos a sus aspiraciones, impulsándose así el seguimiento de carreras profesionales y programas de formación ocupacional en función de su consideración en cuanto al género. Vid. el informe Women at Work, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457317.pdf

¹⁰ A este respecto puede consultarse el informe de 2016 de la OIT disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457317.pdf

¹¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, E/CN.6/2017/15, de 21/03/2017.

usan la tierra, sus derechos pueden verse significativamente afectados como resultado de su no consideración en las consultas pre-inversión, las consecuencias de la pérdida de la tierra sobre los propios medios de vida y unos sistemas de compensación neutrales en cuanto al género¹². Además, los efectos pueden resultar igualmente gravosos a raíz de las políticas de liberalización del comercio que, mediante la apertura a las importaciones subvencionadas, empujan a la baja los precios de los productos domésticos, generando unas condiciones frente a las que muchas agricultoras no pueden competir¹³. Y, dada su precariedad laboral y la consecuente limitación de sus recursos económicos, la población femenina puede resultar perjudicada de una forma igualmente desproporcionada en los supuestos de transferencia de funciones públicas al sector privado. Por todo ello, no es difícil entender que muchas mujeres vean en su desplazamiento a otros países la única estrategia de supervivencia posible. Pero, a resultas de los establecidos roles de género en todo el mundo y de la "sexualizada división internacional del trabajo"¹⁴, la migración laboral femenina ha sido, y sigue siendo, fuente de potenciales vulneraciones de derechos.

En los países de destino, la mayoría de las trabajadoras migrantes son ocupadas en puestos tradicionalmente feminizados, como el trabajo doméstico y la industria de la confección, en los que son frecuentemente excluidas de la protección de la legislación laboral, afectadas por regulaciones discriminatorias de residencia y expuestas a la violencia sexual y el trabajo forzado. A pesar de contribuir al desarrollo económico y al bienestar social en los territorios de destino, la naturaleza de su trabajo las convierte en uno de los grupos más vulnerables, pues la triple condición de mujer-trabajadora-inmigrante implica la exposición a diversas formas de discriminación que "lejos de ser secuenciales o sucesivas, actúan de forma simultánea"¹⁵.

2.1. Desigualdad y precarización en los territorios de origen

Los proyectos de inversión a gran escala en los países periféricos coadyuvan a la concentración de la mujer en puestos precarios al final de las cadenas de

¹² Sobre la falta de neutralidad en las compensaciones, puede consultarse la guía *Women in Business and Human Rights. A Mapping of Topics for State Attention in United Nation Guiding Principles on Business and Human Rights Implementation Processes* (en especial, p. 29), disponible en: <https://www.humanrights.dk/publications/women-business-human-rights>

¹³ Según BRIDGE, la reducción de los aranceles de importación por el Acuerdo sobre la Agricultura de la Organización Mundial de Comercio (OMC) ha provocado el desplazamiento de agricultores locales, quienes son expulsados de los mercados internos como resultado del *dumping* de las importaciones de alimentos subsidiados de otros países. El informe puede descargarse en: <http://www.bridge.ids.ac.uk/sites/bridge.ids.ac.uk/files/reports/CEP-Trade-OR.pdf>

¹⁴ ALLISON J. PETROZZIELLO, *Género en marcha. Trabajando el nexo migración-desarrollo desde una perspectiva de género*, United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, Santo Domingo, 2013, p. 40.

¹⁵ SÒNIA PARELLA RUBIO, Reclutamiento de trabajadoras inmigrantes en las empresas de servicios de proximidad en el Área Metropolitana de Barcelona, *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, 108, 2004, p. 180.

valor globales y en la economía informal¹⁶. El papel de la mano de obra femenina en los procesos de producción para el mercado global está claramente definido. Las mujeres y niñas se incorporan a industrias controladas por grandes ETN, en las que se dedican a trabajos fundamentalmente manuales vinculados a salarios mínimos y deplorables condiciones laborales. La actividad de las grandes ETN en los países del llamado Sur Global se traduce así en un mayor grado de explotación laboral femenina, una mayor desigualdad salarial y una fuerte invisibilización del trabajo doméstico. En México, por ejemplo, la expansión y progresiva especialización de las maquilas ha reconducido la mano de obra femenina hacia actividades más tradicionales y peor remuneradas, profundizando con ello en un largo proceso de segmentación ocupacional por sexo¹⁷.

Por otro lado, la destrucción del territorio para la extracción de recursos naturales, la desertificación acelerada debido a las extensiones de monocultivos, la contaminación de ríos y acuíferos y la tala indiscriminada de árboles, son solo algunos de los devastadores resultados de una lógica globalizadora que incide, de forma especialmente severa, en los modos de vida de miles de mujeres y niñas que, entre otras cosas, sufren tasas cada vez mayores de pobreza y un progresivo incremento de la violencia contra su cuerpo¹⁸. Recuérdese el proyecto agropecuario impulsado a principios de los setenta por Volkswagen en el sur del Estado de Pará (Brasil) y la histórica vinculación de la *Companhia Vale do Rio Cristalino* a prácticas de violencia sexual¹⁹. Por su parte, en Colombia, las sórdidas condiciones de vida de las poblaciones mineras han resultado en numerosas denuncias frente al reclutamiento masivo de niñas para un creciente negocio de la prostitución²⁰. Y, en el mismo país, la construcción de represas hidroeléctricas, como la del río Magdalena, está empujando a miles de mujeres trabajadoras y cabeza de familia al límite de la supervivencia²¹. Mientras tanto, en México la construcción del Corredor Eólico Istmo de Tehuantepec, al sur del país (Oaxaca), está sometiendo a un clima de inseguridad creciente a resultas de la militarización de los territorios²².

Si nos desplazamos hacia el sudeste asiático y el continente africano, la situación no diverge en su esencia. En Indonesia, por ejemplo, las mujeres

¹⁶ Vid. el documento *Business for Social Responsibility, Empowering Female Workers in the Apparel Industry*, disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Empowering_Female_Workers_in_the_Apparel_Industry.pdf

¹⁷ MARÍA EUGENIA DE LA O, Transnacionales, trabajo y género en México. *Desacatos*, 21, 2006, pp. 83-94.

¹⁸ ERIKA GONZÁLEZ, BEATRIZ PLAZA, Una mirada feminista a los impactos de las multinacionales, *Ecologista*, 88, 2016, disponible en <http://omal.info/spip.php?article7904>

¹⁹ BENJAMIN BUCLET, Entre tecnologia e escravidão: a aventura da Volkswagen na Amazônia, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da PUC — Rio: "O Social em Questão"*, 13, 2005, disponible en: http://www.gptec.cfch.ufrj.br/pdfs/tecnologia_escravidao.pdf

²⁰ Más información en <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12824463>

²¹ Toda la información en: <http://omal.info/IMG/pdf/susurros-del-magdalena-baja-resol.pdf>

²² MIRIAM GARCÍA-TORRES, YAGO MARTÍNEZ, *La huella de Iberdrola y Gas Natural en el sur de México*, disponible en: <http://omal.info/spip.php?article8547>

que trabajan en la cadena de suministro de la industria del cacao subsisten con un salario inferior al mínimo, siendo frecuentemente despedidas cuando reivindican sus derechos²³. En el caso de África, donde la economía informal se encuentra fuertemente feminizada²⁴, la explotación social y ecológica de las principales regiones del Delta del Níger son, desde hace tiempo, causa principal de la vulneración de los derechos de propiedad y herencia de las mujeres, de su pobreza crónica y de su consecuente sometimiento a la explotación sexual²⁵. De este modo, sometidas a la degradación de sus condiciones de vida y laborales, en muchas ocasiones mujeres y niñas se ven obligadas a buscar una salida fuera de sus territorios de origen. De hecho, hace tiempo que los megaproyectos de las grandes ETN se vinculan a los desplazamientos forzados, término que comienza así a reconceptualizarse para dar cabida a su percepción como una estrategia para la acumulación de tierras y recursos naturales²⁶.

2.2. Desplazamientos forzados

Según fuentes del Banco Mundial, entre 2011 y 2020 se habrá producido el desplazamiento de unos 250 millones de personas a causa de los megaproyectos, especialmente de aquellos que tienen que ver con la extracción de bienes naturales. A dichas cifras se refiere también el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), que sitúa entre 250 y 1.000 millones el número de personas que habrán abandonado sus tierras y hogares debido al cambio climático dentro de 50 años. Una amenaza que, desde luego, tiene mucho que ver con los megaproyectos extractivos y agroindustriales²⁷.

Los recursos naturales son un activo de mercantilización que favorece la acumulación del capital. La especulación alimentaria, la marginación de la agricultura rural e indígena, el acaparamiento de las mejores tierras por el capital extranjero, la imposición de sistemas de monocultivo para la exportación

²³ Más información en el resumen ejecutivo *Business and Human Rights. An Oxfam perspective on the UN Guiding Principles* (p. 5), disponible en: https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/tb-business-human-rights-oxfam-perspective-un-guiding-principles-130613-en_2.pdf

²⁴ MARY NJERI KINYANJUI, *Women and the Informal Economy in Urban Africa. From the Margins to the Centre*, Zed Books, London, 2018.

²⁵ Más información en: https://wilpf.org/wilpf_statements/transnational-companies-and-their-impact-on-womens-human-rights/

²⁶ Por ejemplo, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998 prohíben expresamente los desplazamientos basados en proyectos de desarrollo a gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial. La Convención de Kampala de 2009 establece como obligaciones de los Estados parte velar por la responsabilidad de los agentes no estatales, incluidas las ETN y las empresas privadas de seguridad o militares, por actos de desplazamientos arbitrarios o complicidad en los mismos. Así, en la Declaración de Bogotá firmada en el marco de la II Conferencia Regional Humanitaria sobre Migraciones Forzadas (14-15/07/2014), se habla ya expresamente de "víctimas de nuevas modalidades de migraciones forzadas a causa de obras de infraestructura, inversiones privadas, degradación ambiental y cambio climático".

²⁷ Más información en <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>

... son solo algunas de las principales causas de los desplazamientos masivos de la población del Sur Global²⁸. Así, por ejemplo, las actividades de Carbones de Colombia S.A. (Carbocol) e Intercor (filial de *Exxon Mobil*, de origen norteamericano) han dado lugar al exilio de cerca de 1.500 personas afrodescendientes²⁹. En el mismo país, la construcción de la presa La Salvajina (gestionada durante 9 años por Unión Fenosa), acarreó el desplazamiento de más de 3.000 personas del resguardo indígena El Cauca³⁰. Por su parte, el arrasamiento de los bosques en Argentina está suponiendo un violento proceso de expulsión de poblaciones rurales³¹. Además, el Centro Mexicano de Derecho Ambiental lleva advirtiendo desde hace mucho tiempo sobre la influencia de factores como la degradación del suelo, la deforestación y la escasez de agua en el desplazamiento interno y la migración internacional hacia y a través del país centroamericano³². Y esta situación no afecta en la misma medida a hombres y mujeres.

La adquisición de tierras a gran escala por las ETN "destruye las economías locales y redefine vastas extensiones de tierra como lugares para la extracción y el negocio", dando lugar con ello a "espacios desnacionalizados que expulsan a sus habitantes"³³. Y a causa de la división sexual del trabajo, esta realidad afecta de forma desproporcionada a las mujeres. Al tener que lidiar con unos entornos de trabajo mucho más precarios y en los que la violencia sexual y de género es creciente, las mujeres son las principales protagonistas de los movimientos migratorios. Así, en Mozambique, la rehabilitación de una vía férrea por la empresa española Sacyr supuso la pérdida de sus casas y tierras por cientos de mujeres. La llegada a Guinea Bissau de la empresa española Agrogeba, dio lugar a la expulsión de 600 personas, la mayoría, una vez más, mujeres³⁴. En el caso de Guatemala, las plantaciones de palma aceitera están extendiéndose por grandes franjas del suroeste y noreste del país, bajo el control de compañías guatemaltecas que suministran a grandes ETN. Y los conflictos generados por el trabajo, la tierra y el medioambiente en torno a

²⁸ JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Las causas de los desplazamientos forzados. La necropolítica frente a los derechos humanos, *Viento Sur*, disponible en: <https://vientosur.info/spip.php?article13454>

²⁹ EDWIN HERNÁNDEZ, Minería y desplazamiento: el caso de la multinacional Cerrejón en Hatonuevo, La Guajira, Colombia (2000-2010), "Nuestra tierra es nuestra vida", *Ciencia Política*, 13(26), 2018, pp. 97-125.

³⁰ Toda la información en <http://www.elsalmoncontracorriente.es/?Las-transnacionales-en-el-origen>

³¹ H. MACHADO, La colonialidad del progresismo extractivista: el caso argentino. Radiografía ecobiopolítica de "la década ganada", in *Nuevos contextos de dominación y resistencias*, CEDIB, Cochabamba, 2014, pp. 79-80.

³² Vid. el *Informe sobre la situación general de los derechos de los migrantes y sus familias*, elaborado con ocasión de la visita a México del Relator sobre trabajadores migratorios y Miembros de sus familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://fundar.org.mx/mexico/pdf/informemigranteok.pdf>

³³ JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Las causas de los desplazamientos forzados, *op. cit.*

³⁴ Más información en <https://www.publico.es/sociedad/vida-mujeres-desterradas-tierra-pasa-manos-multinacionales.html>

estas explotaciones está forzando el desplazamiento de un importante sector de población femenina de comunidades como la del municipio de Raxruha³⁵.

La "expulsión por despojo" se articula como una lógica corporativa global que impulsa nuevas formas de esclavitud femenina en las cadenas globales de valor, la explotación sexual en las rutas migratorias y la precariedad laboral en los Estados de destino. La migración no es neutral en cuanto al género. El neoliberalismo económico aprovecha la migración forzada de mujeres para utilizar una fuerza laboral que, en sectores como el trabajo doméstico y del cuidado, es confinada a un ámbito de limitación de derechos (cuando no de total ausencia de los mismos), que permite la obtención del mayor beneficio al menor coste. Una tendencia que se ha visto progresivamente reforzada por el desmantelamiento del Estado del bienestar a través de duros recortes de las políticas públicas. En pocas palabras, las graves violaciones de derechos con origen en la actividad de las ETN están impulsando la migración interna y los desplazamientos internacionales de muchas mujeres. Y de la "acumulación por desposesión"³⁶ originada en los países periféricos, los llamados países del Primer Mundo obtienen importantes réditos a costa de la discriminación y la precariedad de la trabajadora migrante. Así acontece en el sector de la domesticidad y los cuidados en tanto que la legislación de muchos países impide que las trabajadoras domésticas migrantes escapen de los abusos de sus empleadoras/es. El trabajo doméstico y de cuidados se ha convertido de este modo en un nicho de mercado globalizado en el que las mujeres son objeto de una "doble vulnerabilidad, en origen y destino"³⁷.

2.3. La discriminación múltiple en los territorios de destino. El trabajo doméstico en España

En Europa, desde hace tiempo nos enfrentamos a una profunda "remercantilización" de la economía a través de la supresión de trabas a la actividad empresarial, resultando con ello una fragmentación gradual de las funciones sociales del Estado que estimula una cada vez mayor desigualdad. Junto a un crecimiento exponencial de la pobreza y la consecuente necesidad de búsqueda de empleo por las mujeres autóctonas para el sustento económico del núcleo familiar, el enflaquecimiento del Estado del bienestar y el envejecimiento

³⁵ Un caso trágico es el de Jakelin Caal, una niña de 7 años que, en su huida junto a su padre, enfermó y murió, en diciembre de 2018, durante su transporte bajo custodia de la patrulla fronteriza de Estados Unidos. Más información en: <https://www.aljazeera.com/news/2019/01/palm-oil-industry-expansion-spurs-guatemala-indigenous-migration-190122160154738.html>

³⁶ DAVID HARVEY, *El "nuevo" imperialismo: Acumulación por desposesión*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>

³⁷ ISABEL YÉPEZ DEL CASTILLO, MIRKO MARZADRO, Vulnerabilidad de las migrantes bolivianas en Italia, in *Migraciones internacionales en Bolivia y Ecuador: Crisis global, Estado y desarrollo*, Académie de Recherche et d'Enseignement Supérieur, Université catholique de Louvain, 2018 pp. 305-328

de la población redundan así en la confluencia de dos necesidades: la de las familias que deben cubrir las exigencias de cuidado que las autoridades públicas han dejado de atender, y la de unas trabajadoras inmigrantes dispuestas a satisfacer dichas necesidades a cambio de una remuneración que les permita sobrevivir. En otros términos, la crisis del Estado del bienestar y del modelo reproductivo familiar, y la degradación experimentada en los últimos años por las políticas públicas en materia de dependencia, emancipación y conciliación laboral y familiar, han convergido en una reestructuración del modelo de provisión de cuidados y domesticidad, en el que la familia ha dejado paso a una creciente demanda de servicios externos conformada mayoritariamente por mujeres inmigrantes que, dada su especial situación de vulnerabilidad, son relegadas a una peligrosa posición de precariedad que se proyecta desde el ámbito laboral, hasta las esferas de su vida privada y social.

En el caso español, a pesar de la crisis económica y del discurso xenófobo de una parte de las élites políticas, la demanda de mujeres inmigrantes para el trabajo en el hogar no ha dejado de aumentar. Un ámbito, el de la domesticidad, fuertemente feminizado, tradicionalmente relegado al sector de la economía informal y en el que el número de horas trabajadas ha sido tradicionalmente mayor en el caso de las mujeres inmigrantes³⁸. Además, en el trabajo doméstico, tanto la especificidad del vínculo laboral³⁹, como la evidente impunidad que ofrece el espacio donde se desarrolla, sitúan frecuentemente a la mujer migrante en una posición de especial vulnerabilidad frente a discriminaciones múltiples con motivo del género, el origen nacional, la etnia y/o la religión, siendo la violencia sexual una manifestación más de una clara relación de poder y dominio, que se acentúa en el caso de las trabajadoras en situación de irregularidad administrativa⁴⁰.

A esta desigualdad estructural de la empleada doméstica en general, y de la inmigrante, más concretamente, se ha pretendido hacer frente mediante sucesivas regulaciones en España que, habiendo supuesto ciertos avances, siempre se han visto sometidas a una poco favorable confrontación partidista⁴¹. Así, por ejemplo, en lo que a los principales logros respecta, podemos

³⁸ Vid. el Informe *La mujer inmigrante en el servicio doméstico. Análisis de la situación laboral e impacto de los cambios normativos*, disponible en <http://www.admolinos.org/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIO-MUJER-MIGRANTE-EN-SERVICIO-DOMESTICO.pdf>

³⁹ Sobre esta materia, JUDITH ROLLINS, *Between Women: Domestic workers and their employers*, Temple University Press, Philadelphia, 1985.

⁴⁰ Sobre el acoso sexual de las trabajadoras domésticas inmigrantes resulta interesante el reciente estudio realizado en la Comunidad Autónoma de Euskadi, *Acoso sexual y mujeres migrantes*, disponible en: <http://www.feministas.org/IMG/pdf/informe-acoso-sexual-y-mujeres-migradas.pdf>

⁴¹ Desde que la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 reconociera el trabajo doméstico como una "relación laboral especial", pasaron casi diez años hasta que la misma fue regulada de forma específica por el Real Decreto 1424/1985, de 11 de agosto. A partir de este momento, las trabajadoras del servicio doméstico son incorporadas en regímenes laborales especiales, pero con unas condiciones de cobertura social muy por debajo de las del resto de sectores de actividad. Finalmente, la reforma de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar se encomienda al Gobierno en la disposición adicional 39ª de la

señalar que, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, a falta de pacto escrito, el contrato del servicio del hogar familiar se presumirá concertado por tiempo indefinido (art. 5). Además, la vigencia de dicha norma supuso cambios significativos en cuanto a las retribuciones como, por ejemplo, la limitación del salario en especie a un 30% del salario total y la obligación del pago en metálico de la cuantía del salario mínimo interprofesional (art. 8). Todo ello sin olvidar que a partir de la reforma de 2011 el horario de trabajo solo puede estipularse por acuerdo entre las partes, quedando excluida su fijación unilateral por la persona empleadora (art. 9). Ahora bien, esta importante reforma de la regulación del trabajo doméstico en España dejó muchos ámbitos para la mejora⁴².

Un aspecto especialmente criticable del Real Decreto 1620/2011 fue el mantenimiento de los llamados "tiempos de presencia" fuera del cómputo de la jornada máxima semanal (art. 9) pues, en la práctica, su delimitación nunca es fácil y puede ocultar abusos por parte del/la empleador/a. Por otro lado, la normativa de 2011 exonera al empleador/a de la obligación de registrar diariamente la jornada con el fin de totalizar las horas ordinarias y extraordinarias en el período fijado para el abono de las retribuciones. Y dicha exoneración no ha sido subsanada por la reciente reforma del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET), operada por el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, pues, como ha informado el Ministerio de Trabajo a través de su guía sobre el registro diario obligatorio de la jornada laboral, el trabajo doméstico es una de las excepciones al control horario⁴³.

A mayor abundamiento, la negociación colectiva en este sector no existe y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos, excluye de su ámbito el trabajo doméstico (art. 3.4), siendo aplicable, en este caso, una regla general de deber de cuidado (art. 7.2 Real Decreto 1620/2011), cuyo incumplimiento queda vinculado a la dimisión, y no a la solicitud de resolución del contrato con el correspondiente derecho de indemnización. Debe tenerse en cuenta, también, que la normativa reguladora del trabajo en el hogar no alude al despido nulo por vulneración de derechos, constituyendo la privacidad del domicilio una barrera prácticamente infranqueable a la hora de exigir la readmisión. Y ello sin olvidar que, junto al despido disciplinario, se prevé la posibilidad del desestimamiento por el/la empleador/a (art. 11). Finalmente, en materia de protección social, debemos recordar que, aunque no se impiden reformas futuras, las personas trabajadoras del hogar no se benefician de la protección por desempleo. Además, al integrarse el trabajo doméstico en el régimen general de la Seguridad Social, el cumplimiento de las obligaciones

Ley 27/2011, de 1 de agosto, mandato que se cumple con la aprobación del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que sustituye a la normativa anterior.

⁴² ELENA DESDENTADO DAROCA. Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España, *Investigaciones Feministas*, 7(1), 2016, pp. 129-148

⁴³ Esta Guía se encuentra disponible en: <http://prensa.mitramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3531>

en materia de encuadramiento, cotización y recaudación fue trasladado a los/las trabajadores/as de menos de 60 horas, lo que parece haber presionado a la baja el número de afiliaciones⁴⁴.

De hecho, la regulación de 2011 ha sido afrontada con reticencias por muchas mujeres inmigrantes, para quienes el requisito de formalizar el contrato dificulta una práctica habitual, trabajar para varios empleadores, denunciando, además, que la falta de predisposición de las personas empleadoras para cumplir con la legislación vigente se ha traducido tanto en el consecuente repliegue de muchas trabajadoras hacia la economía informal, como en una reducción de las horas de trabajo y sueldo de las que se han conseguido mantener en el mercado laboral formal⁴⁵. La igualdad en este sector de actividad sigue así siendo una de las principales causas que enarbola el feminismo en España y que, con todas las cautelas, se ha ido abriendo también paso en la agenda política de nuestro país.

3. La protección de las mujeres frente en el contexto de la globalización económica

En España, como en otros países europeos, tanto las trabajadoras inmigrantes del servicio doméstico, como las ocupadas en otros puestos de elevada representación femenina, se enfrentan a discriminaciones múltiples, posición que resulta agravada en los supuestos de irregularidad administrativa. Ahora bien, la solución no pasa exclusivamente por la adopción de legislaciones y políticas públicas sectoriales de proyección interna en los países empleadores de destino. En el contexto globalizado se imponen, además, medidas de carácter transversal contra la vulneración de derechos de las mujeres en los países de origen. Y al impulso de las mismas pueden contribuir significativamente los Estados que, al final, se convierten en receptores de quienes acaban por cruzar las fronteras. Se trata, en primer lugar, de evitar que la migración femenina sea una necesidad sustentada en los efectos de la globalización económica en los países más empobrecidos.

3.1. Orientaciones para la mejora y buenas prácticas en el Sur Global

Según datos recientes del Foro Económico Mundial, tres cuartas partes de la población mundial no puede probar sus derechos sobre la tierra en la que vive y trabaja debido, por ejemplo, a la ausencia de documentos de titularidad

⁴⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse el informe de Oxfam Intermón, elaborado en colaboración con la Universidad Carlos III de Madrid, disponible en: <https://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/voces-contra-la-precariedad.pdf>

⁴⁵ ERICA BRIONES VOZMEDIANO *et al.*, Percepción de las trabajadoras inmigrantes del servicio doméstico sobre los efectos de la regulación del sector en España, *Gac Sanit*, 28(2), 2014, pp. 109–115.

de la propiedad. En muchos países, los derechos de las mujeres son relegados a una segunda categoría en tanto que reconocidos a través de los de un miembro masculino de la familia⁴⁶. Además, en los sistemas de Derecho consuetudinario es habitual que no tengan reconocido el derecho a heredar las propiedades de sus maridos fallecidos⁴⁷. Así, en lo que a la tenencia y el trabajo de la tierra respecta, para evitar impactos desproporcionados de la economía global en los derechos de su población femenina, los Estados huéspedes de las grandes ETN deberían garantizar que mujeres y niñas tengan iguales derechos, con independencia de su estado civil.

Algunas iniciativas en este sentido pueden ya señalarse. Por ejemplo, países como Bolivia, Ecuador, Kenia, Malawi y Namibia, tienen reconocida en sus respectivos textos constitucionales la responsabilidad del Estado de garantizar a mujeres y hombres la igualdad de derechos en el acceso a la tierra⁴⁸, mientras que otros, como Nepal, han implementado medidas legislativas para garantizar la igualdad en la tenencia por los cónyuges⁴⁹. Por su parte, en octubre de 2012 el Alto Tribunal de Botsuana falló a favor de Edith M. Mmusi y sus tres hermanas, declarando la inconstitucionalidad y anulando una norma de derecho consuetudinario que negaba a las mujeres el derecho a heredar el hogar familiar⁵⁰. También en África, la legislación en Ghana ha progresado en el fortalecimiento de los derechos de las mujeres permitiéndoles la adquisición de la titularidad por herencia⁵¹. Además, en materia de reparto de bienes tras la resolución del matrimonio, en febrero de 2012 el Tribunal Supremo sustituyó el estándar de la "contribución sustancial", que hasta el momento se exigía a las mujeres demostrar para poder atribuirles la parte correspondiente de los bienes adquiridos conjuntamente durante el matrimonio, por el "principio de igualdad"⁵². Pero junto al acceso y el trabajo de la tierra, especial atención debe prestarse también a la necesaria consulta de la población afectada por los megaproyectos empresariales debiendo la mujer, de nuevo, ocupar una posición central⁵³.

⁴⁶ Más información en <https://www.weforum.org/agenda/2017/01/women-own-less-than-20-of-the-worlds-land-its-time-to-give-them-equal-property-rights/>

⁴⁷ Sobre esta cuestión: *Using CEDAW to Secure Women's Land and Property Rights: A Practical Guide*, disponible en: <http://globalinitiative-escr.org/wp-content/uploads/2014/03/CEDAWGuide.pdf>

⁴⁸ *Vid. Realizing Women's Rights to Land and Other Productive Resources* (pp. 23-27) en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RealizingWomensRightstoLand.pdf>

⁴⁹ Al respecto puede consultarse el documento *Not Ready, Still Waiting* (p. 26), disponible en: http://www.actionaid.org/sites/files/actionaid/not_ready_still_waiting_final_0.pdf

⁵⁰ La decisión judicial se encuentra disponible en: <file:///Users/carmen/Downloads/gjo-botswana-mmusi-high-court-en-pdf.pdf>

⁵¹ Sobre la legislación de Ghana resulta de interés el documento *Women's Evolving Land Rights in the Face of Economic Change: Ghana*, disponible en: [file:///C:/Users/evhe/Downloads/ghana-womens-evolving-land-rights%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/evhe/Downloads/ghana-womens-evolving-land-rights%20(2).pdf)

⁵² La decisión puede descargarse en <https://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/gladys-mensah-v-stephen-mensah-ganador-mallete-de-oro-2013>

⁵³ Sobre esta cuestión puede consultarse la investigación *Mining and Local Level*

Las mujeres son frecuentemente ignoradas en los procesos de reasentamiento, de restauración de los medios de vida y de compensación económica⁵⁴. Y los mecanismos de compensación neutrales en cuanto al género constituyen un potencial elemento de marginación de la población femenina⁵⁵. Por tanto, cualquier forma de participación en este tipo de procesos debería valorar si los líderes de las comunidades afectadas son verdaderamente representativos, adoptándose, en su caso, las medidas necesarias para crear espacio para los grupos más vulnerables. Así, por ejemplo, en el Marco de políticas de género del sector agrícola de 2013, el Ministerio de Agricultura de Botswana previó una serie de medidas para garantizar una participación eficiente de las mujeres en los procesos de toma de decisiones en este sector de actividad. Y en Uganda, el proceso que resultó en la aprobación de la Política Nacional de Tierras de ese mismo año constituye un modelo de referencia pues, al dar cabida a distintos grupos de interés, ha permitido la consideración de los derechos de las mujeres tanto en la elaboración de dicho programa, como en análisis posteriores para su revisión⁵⁶. Pero la cuestión de la participación de la mujer en los procesos de toma de decisiones no incumbe en exclusiva a los países periféricos, sino que debe ser también objeto de consideración por los Estados del Norte Global, de los que son nacionales las grandes ETN y cuyo territorio suele convertirse en el principal receptor de la población más afectada por la actividad empresarial globalizada⁵⁷. En este sentido, sería necesario que los Estados de origen de las ETN que actúan en el llamado Sur Global, incorporen en sus Planes Nacionales de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas (PANs) políticas de participación de las mujeres en los procesos de consulta que, por ejemplo, condicionen a su cumplimiento el otorgamiento de subvenciones a las corporaciones que tienen su matriz en territorio nacional.

Además de lo hasta ahora dicho, y como apuntamos en páginas precedentes, la privatización de los servicios públicos es un proceso que,

Development: Examining the Gender Dimensions of Agreements Between Companies and Communities, disponible en: http://www.minerals.org.au/file_upload/files/reports/Mining_and_Local_Level_Development_Examining_the_Gender_Dimensions_of_Agreements_Between_Companies_and_Communities.pdf

⁵⁴ Vid. el estudio del *World Resource Institute* disponible en https://www.wri.org/sites/default/files/Making_Womens_Voices_Count_In_Community_Decision-Making_On_Land_Investments.pdf

⁵⁵ A este respecto, por ejemplo, puede verse el documento *Ensuring Equity in Compensation and Resettlement Schemes Related to Commercial Land Investments in Tanzania and Mozambique*, del *World Resource Institute*, accesible en el siguiente enlace: file:///C:/Users/evhe/Downloads/01-04-Salcedo-LaVi%C3%B1a-841_paper.pdf

⁵⁶ Vid. el informe *Realizing Women's Rights to Land and Other Productive Resources*, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RealizingWomensRightstoLand.pdf>

⁵⁷ A tales efectos pueden considerarse algunas experiencias empresariales, como la del Proyecto de energía hidroeléctrica *Song Bung 4* (SB4) de Nepal, que ha incorporado la perspectiva de género tanto en el acuerdo comercial sobre el que se sustenta, como en el resto de documentos relevantes para los reasentamientos. Más información en: <https://www.adb.org/publications/navigating-gender-inclusive-resettlement-experience-song-bung-4-hydropower-project>

intrínsecamente vinculado a la globalización económica, repercute también impactos desproporcionados sobre los derechos de las mujeres⁵⁸. Así, según la Observación General n° 28 del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), para prevenir la discriminación se debe observar la debida diligencia en relación con las actividades de los actores privados en todas las áreas en las que presten servicios⁵⁹. En este sentido, y en lo que al derecho al suministro y saneamiento del agua respecta, el Relator especial de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha establecido que, de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos, los Estados están obligados a identificar y rectificar todas las leyes y normas que repercutan consecuencias discriminatorias, directas o indirectas, debiendo incorporar en sus ordenamientos disposiciones para su igual satisfacción⁶⁰. En caso contrario, los efectos pueden ser devastadores. Así ha ocurrido en China, donde la afluencia en los últimos diez años de reformas para la privatización del empleo urbano ha incidido con mucha fuerza sobre las industrias tradicionalmente ocupadas por las mujeres, dando lugar a una progresiva ampliación de la brecha salarial de género. Además, la supresión de prestaciones para el cuidado y la educación infantil ha impulsado a cientos de mujeres a abandonar sus posiciones en el mercado laboral formal, situación frente a la que el Instituto de Estudios de Mercados Emergentes recomienda la implementación de programas de capacitación que les permitan seguir siendo competitivas⁶¹.

Las acciones formativas y de capacitación son, desde luego, una importante herramienta para la lucha contra la segregación laboral. Y en este sentido están avanzando también algunos Estados del Sur Global, muchas veces gracias a la presencia femenina en el correspondiente departamento ministerial. Por ejemplo, en Sudáfrica, Lesotho y Uganda, las correspondientes ministras han impulsado programas de discriminación positiva para capacitar a las mujeres para el desempeño de carreras profesionales relacionadas con la gestión del agua. Y aunque la propia ONU ha manifestado sus reticencias frente a un viraje definitivo de las políticas en los países periféricos, medidas de acción positiva como los premios *Women in Water* o las becas destinadas a mujeres jóvenes para el desarrollo de carreras en el sector, son consideradas como instrumentos valiosos para el empoderamiento en Sudáfrica⁶².

⁵⁸ Según la OCDE, los ingresos por privatizaciones aumentaron de unos \$ 110 mil millones en 2008 a unos \$ 266 mil millones en 2016. Más datos en: <http://www.oecd.org/corporate/Privatisation-and-the-Broadening-of-Ownership-of-SOEs-Stocktaking-of-National-Practices.pdf>

⁵⁹ Los impactos de la privatización sobre los derechos de las mujeres rurales es el principal foco de atención de su OG 34. *Vid.* CEDAW, General Comment No. 34, 2016, para. 11.

⁶⁰ A/HRC/33/49, de 27/07/2016, para. 10.

⁶¹ CHRISTINA JENG, *The employment gender gap in urban China: Why women benefited less from China's privatization reforms*, 2015: http://iems.ust.hk/assets/publications/thought-leadership-briefs/tlb08/1504148-ust-iems_thought-leadership-brief-issue-8_v05-web-version1.pdf

⁶² *Vid* el documento *Gender, Water and Sanitation: A Policy brief* (p. 7), disponible en: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/un_water_policy_brief_2_gender.pdf

Finalmente, aún no pudiendo adentrarnos aquí en todos los ámbitos de actividad, merece la pena también una reflexión final sobre la problemática relacionada con los acuerdos de comercio e inversión. En el marco de la economía global, estos instrumentos han sido legítimamente criticados desde una perspectiva de derechos humanos incidiendo, una vez más, en la especial repercusión sobre las mujeres. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo se ha referido recientemente a la manifestación de la desigualdad de género en el comercio a través de tres canales principales: el empleo, el consumo y la prestación pública de servicios⁶³. Pero también se ha defendido, y se defiende, que los acuerdos regionales pueden llegar a ofrecer oportunidades para fomentar la cooperación en torno a la igualdad de género⁶⁴. Puesto que el comercio internacional somete a las empresas a un mayor nivel de competitividad, este tipo de acuerdos podría, se apunta, coadyuvar en la lucha contra la desigualdad, ya sea expulsando del mercado a las empresas que la practican, ya presionando a las mismas para que adopten políticas que supriman prácticas discriminatorias⁶⁵.

En todo caso, como ha advertido la propia Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), adoptar una perspectiva de género en las políticas macroeconómicas, incluidas las comerciales, es esencial para lograr un desarrollo inclusivo y lograr resultados más justos y beneficiosos para todos⁶⁶. Y para la consecución de tales objetivos, el Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenibles se refiere a dos vías complementarias: evaluación del contenido del acuerdo de inversión *ex ante*, e inclusión en el texto definitivo de medidas específicas para la consecución de la igualdad de género⁶⁷. Ahora bien, la situación actual es bastante desalentadora al respecto. De hecho, si bien varios PANs subrayan la intención del correspondiente Ejecutivo de promover la protección de los derechos en el contexto de este tipo de acuerdos⁶⁸, lo cierto es que ninguno se refiere a las mujeres de forma expresa.

⁶³ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, *Gender Equality in Trade Agreements*, European Union, 2016, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571388/IPOL_STU\(2016\)571388_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571388/IPOL_STU(2016)571388_EN.pdf)

⁶⁴ El Banco Mundial, en su informe de 2012 sobre género y desarrollo, señaló que los acuerdos comerciales y económicos pueden proporcionar un canal para que la presión internacional provoque acciones nacionales sobre la igualdad de género. Al informe en cuestión puede accederse en: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/77862101315936222006/chapter-6.pdf>

⁶⁵ JANNEKE PIETERS, *World of Labour, Trade Liberalization and Gender Inequality*, IZA World of Labor, 2015, disponible en: <https://wol.iza.org/uploads/articles/114/pdfs/trade-liberalization-and-gender-inequality.pdf>

⁶⁶ UNCTAD, *Trade, Gender and Development*, disponible en <http://unctad.org/en/Pages/DITC/Gender-and-Trade/Trade,-Gender-and-Development.aspx>

⁶⁷ SIMONETTA ZARRILLI, *The Gender Chapters in Trade Agreements: A True Revolution?, Opinion and analysis from ICTSD's network of experts*, 2017, disponible en: <https://www.ictsd.org/opinion/the-gender-chapters-in-trade-agreements-a-true-revolution> El kit de herramientas de género y comercio de la UNCTAD (<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1877>) proporciona un enfoque metodológico para llevar a cabo evaluaciones *ex ante*.

⁶⁸ Así ocurre, por ejemplo, en el PAN de Finlandia (p. 16), disponible en: <https://global-naps.org/issue/trade/>

3.2. Directrices para un comportamiento corporativo respetuoso con los derechos de las mujeres

Los Principios para el Empoderamiento de las Mujeres (WEP, por sus siglas en inglés) inciden en la continua necesidad de que las empresas examinen sus operaciones desde una perspectiva de género. Para ello se basan, entre otros instrumentos, en la propia CEDAW, cuyo Comité hace tiempo que presta especial atención al deber de los Estados de proteger los derechos de las mujeres en el marco de la actividad empresarial globalizada⁶⁹, ahondando en el necesario fortalecimiento del acceso a la justicia por abusos corporativos⁷⁰ y en el cumplimiento por las empresas de la debida diligencia⁷¹. Dos aspectos, estos últimos, a los que se refieren expresamente los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (Principios Ruggie)⁷².

De hecho, el Pilar II de los Principios Ruggie se refiere expresamente a las mujeres como un grupo "que requiere especial atención", lo cual implica que, para su cumplimiento, todas las empresas deben situar sus derechos en el centro de sus procesos de debida diligencia. Y para llevar a cabo ese deber de vigilancia las empresas deben identificar y evaluar cualquier impacto adverso, real o potencial, sobre los derechos de las mujeres, siendo para ello necesario su consulta y la interacción con otros grupos de interés. De este modo, cuando una empresa advierta que está causando, o contribuyendo a causar, un impacto adverso en los derechos de las mujeres, debe adoptar las medidas necesarias para detener y prevenir la actividad a lo largo de toda su cadena de valor, así como hacer el correspondiente seguimiento de la efectividad de las acciones emprendidas. Además, las empresas deben proporcionar remedios accesibles.

⁶⁹ CEDAW/C/GC/34, de 4/03/2016.

⁷⁰ A/72/162, de 18/7/2017. A este último respecto podemos destacar una reciente resolución del Parlamento Europeo sobre los derechos de los pueblos indígenas, que solicita a los Estados miembros de la UE que apoyen activamente a sus países socios en la aplicación del principio del consentimiento libre, previo e informado en las adquisiciones de tierras a gran escala (P8_TA-PROV(2018)0279, de 3/07//2018), de conformidad con las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques, que ya contienen disposiciones específicas para promover los derechos de participación de las mujeres (<http://www.fao.org/cfs/home/activities/vggt/es/>).

⁷¹ CEDAW/C/GC/28, de 16 de diciembre de 2010.

⁷² A/HRC/17/31, 21/3/2011. Así, por ejemplo, según el Principio 3 los Estados deben "explicar cómo tratar eficazmente las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación", mientras que el Principio 7 hace hincapié en su deber de asistir a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención a la violencia de género y a la violencia sexual. Por su parte, según el comentario al Principio 20, las empresas deberían poner especial empeño en el seguimiento de la eficacia de sus respuestas a los impactos sobre las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestos a mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación (...) con datos desglosados por sexos, cuando proceda". Sobre los mencionados Principios, CARMEN MONTESINOS PADILLA, La implementación de los 'Principios Ruggie' ¿Nuevos avances en la conformación de un Derecho global emergente?, *HOMA PÚBLICA. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, 2(2), 2018, pp. 78-107.

Resulta así evidente el papel fundamental que corresponde a los Estados nacionales de las grandes ETN a la hora de impulsar, preferiblemente por la vía de la regulación vinculante, el cumplimiento por parte de las mismas de su deber de vigilancia y reparación, instando en todo caso a la especial consideración de los derechos de las mujeres⁷³. En este sentido debemos destacar que, en su informe a la Asamblea General de 2018, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (Grupo ONU) se refirió expresamente a la necesidad de acomodar dichos mecanismos de reparación a las necesidades y expectativas de las mujeres⁷⁴. Ahora bien, ni las reparaciones efectivas, ni la debida diligencia son todavía acciones prioritarias en las estrategias corporativas de las grandes transnacionales.

De hecho, según el *Corporate Human Rights Benchmark* correspondiente a 2018, la debida diligencia es una materia claramente descuidada por las compañías objeto de estudio (101 de las más grandes del mundo), de las que un 40% no obtuvo puntaje en ninguno de los 5 indicadores relacionados⁷⁵. En otras palabras, en esta materia los Principios Ruggie no están siendo lo suficientemente observados, ni por las empresas ni por los Estados. Y ello a pesar de que, no debemos olvidarlo, dichas directrices constituyen un instrumento de primer orden para el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁷⁶ que, entre sus objetivos prioritarios, incluye precisamente la consecución de la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres (Objetivo 5) y la protección de los derechos laborales de las trabajadoras migrantes (Objetivos 8 y 10).

3.3. Medidas de igualación en los Estados de destino

Como venimos advirtiendo, la efectiva protección de los derechos de las mujeres migrantes debe ser un objetivo prioritario en el contexto de la globalización económica. Ahora bien, la consecución de tal finalidad pasa,

⁷³ La *Loi no. 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* impone un deber de vigilancia a las empresas constituidas o registradas en Francia durante dos años fiscales consecutivos que empleen al menos a 5.000 personas a través de sus filiales nacionales, o al menos 10.000 personas a través de sus subsidiarias ubicadas en Francia y en el extranjero. El deber de cuidado abarca la elaboración, implementación efectiva y difusión de un plan en el que se incluyan medidas de vigilancia razonables para identificar los riesgos y prevenir violaciones graves de los derechos. El deber de diligencia se extiende así a subsidiarias, subcontratistas y proveedores con los que la empresa matriz mantenga una relación comercial estable. De este modo, las víctimas de la actividad de aquellas empresas que no cumplan con su plan de vigilancia, o que dispongan de uno inadecuado, podrán reclamar daños y perjuicios por negligencia.

⁷⁴ A/72/162, de 18/7/2017, para. 28-32.

⁷⁵ Al referido *Benchmark* puede accederse en: <https://www.corporatebenchmark.org>

⁷⁶ CARMEN MONTESINOS PADILLA. Los Principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar, *Revista Española de Derecho Internacional*, 70(2), 2018, pp. 183-208.

necesariamente, por una previa igualación de géneros en el Estado de destino, con especial incidencia en el ámbito laboral. Piénsese, una vez más, en el caso concreto de España, donde tradicionalmente el acceso de las mujeres al mercado laboral se ha producido con mucha menor intensidad que el de los hombres; la falta de corresponsabilidad en las tareas domésticas y familiares ha generado mayores necesidades de conciliación en las mujeres; ha existido una fuerte segregación laboral por sexo; la elección de itinerarios formativos por las mujeres que acceden a estudios superiores ha tenido un marcado sesgo de género; y todavía persiste una indeseable desigualdad salarial. Circunstancias todas ellas que tienen una repercusión más acusada sobre un grupo especialmente vulnerable, como lo es el de las mujeres migrantes en general, y el de las que se encuentran en situación de irregularidad administrativa, más concretamente. Y ello a pesar del reconocimiento legal de la igualdad de trato y de oportunidades como un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y la imposición a las autoridades públicas y los actores privados de la obligación de garantizar su respeto en cuanto al acceso al empleo y a todos los tipos de formación profesional, el mantenimiento de las condiciones laborales y la pertenencia a organizaciones de trabajadores/as y empleadores/as (arts. 4 y 5 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –LO 3/2007-)

3.3.1. Conciliación de la vida familiar y laboral

En lo que a la consecución de la efectiva igualdad respecta, debemos recordar que, según el tenor literal del art. 4 CEDAW, las “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer” no se considerarán discriminatorias. Nos referimos, por tanto, a la conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos de las medidas de acción positiva que, según la Recomendación 25 del propio Comité CEDAW, pueden incluir una amplia variedad de instrumentos políticos, legislativos, ejecutivos y de otros tipos, como programas de apoyo, asignación de recursos y de trato preferente y sistemas de cuotas⁷⁷. Y este tipo de medidas han sido ampliamente reconocidas por el Tribunal Constitucional español (TC) a partir de una lectura sistemática de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución de 1978 (CE) que consagran la obligación de las autoridades públicas de remover los obstáculos para la igualdad y el principio de igualdad en sí mismo considerado, respectivamente⁷⁸.

⁷⁷ De conformidad con la Recomendación 25 del Comité CEDAW, el objetivo de tales medidas es acelerar el proceso para el alcance por las mujeres de la igualdad sustantiva, impulsando los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir formas de discriminación presentes y futuras, así como para compensarlas.

⁷⁸ CARMEN MONTESINOS PADILLA, in *Xénero y Tribunal Constitucional. Reconstruíndo o dereito dende unha perspectiva de xénero: materiais para a igualdade*, Universidad de Vigo, 2016, pp. 93 — 131.

Las medidas de acción positiva pueden implementarse tanto en el sector público como en el privado, y en el ámbito laboral pueden consistir, por ejemplo, en la contratación preferencial de mujeres en las profesiones en las que estén insuficientemente representadas o, como ha señalado ONU Mujeres, en el otorgamiento de permisos parentales que faciliten el acceso al mercado laboral⁷⁹. En el caso de España, en marzo del presente año 2019, el entonces Ejecutivo nacional, ahora en funciones, aprobó el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁸⁰, que ha venido a reconocer la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad⁸¹, ampliando además el número de empresas obligadas a tener un plan de igualdad⁸².

Medidas como estas marcan una clara tendencia hacia la corresponsabilidad en el ámbito de los cuidados, favoreciendo con ello la conciliación de la vida privada y familiar y, a través de la ampliación de la prestación, la reducción colateral de la demanda de mano de obra femenina externa y el impulso de su acceso al mercado formal. Ahora bien, la salida de la economía informal y la igualdad en el acceso al mercado laboral formal deben acompañarse de medidas de lucha efectiva contra la discriminación salarial.

3.3.2. La erradicación de la discriminación salarial

Según el Informe global sobre salarios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) correspondiente al periodo 2016/17, la brecha salarial entre hombres y mujeres persiste en el mercado laboral de casi todos los países. Sin embargo, algunos Estados comienzan ya a adoptar medidas sugestivas. Así, por ejemplo, junto al reivindicado registro de salarios, cuya eficacia ha sido reconocida recientemente en el estudio *Do firms respond to gender pay gap transparency?*⁸³, pueden destacarse otras medidas de interés, como el procedimiento de evaluación informática para la identificación de la discriminación salarial corporativa (Logib-D), ya disponible en la República Checa, Luxemburgo y Suiza⁸⁴.

⁷⁹ Vid. el Informe *Progress of the World's Women Report 2015-2016*, disponible en: http://progress.unwomen.org/en/2015/pdf/UNW_progressreport.pdf

⁸⁰ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019, páginas 21692 a 21717.

⁸¹ El permiso será de igual duración para ambos progenitores, aunque la ampliación se llevará a cabo con un periodo de transición (8 semanas en 2019, 12 en 2020 y 16 en 2021). Las 6 semanas siguientes al nacimiento serán obligatorias para ambos, y a jornada completa. El resto podrán distribuirse a voluntad, interrumpida o ininterrumpidamente, a jornada completa o parcial, hasta que el bebé tenga 12 meses.

⁸² El umbral mínimo para exigir el plan de igualdad pasaría de los 250 a los 150 trabajadores el primer año, los 100 trabajadores el segundo, y a los 50 trabajadores el tercero.

⁸³ Disponible en https://wpcarey.asu.edu/sites/default/files/daniel_wolfenzon_seminar_november_9_2018.pdf

⁸⁴ Más información en el informe *Progress of the World's Women 2015-2016. Transforming economies, realizing rights* (pp. 98-99), disponible en: http://progress.unwomen.org/en/2015/pdf/UNW_progressreport.pdf

La elaboración de herramientas informáticas de diagnóstico de la brecha salarial de género ha sido también considerada en España. De hecho, previsto su desarrollo en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (PEIO) para el periodo 2014-2016⁸⁵, la denominada "Herramienta de Autodiagnóstico de Brecha Salarial de Género" se encuentra ya disponible en la web del hasta ahora Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, acompañada del correspondiente Acuerdo de Adhesión y una Guía de Uso⁸⁶. La adopción en España de un PEIO está prevista en el art. 17 de la Ley de igualdad, en virtud del cual compete al Gobierno su aprobación periódica, incluyendo en los mismos "medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo".

Tras el primer PEIO, cuya vigencia se extendió desde 2008 hasta 2011, el mencionado PEIO 2014-2016 se articuló en torno a 7 Ejes, dividido cada uno de ellos en varios objetivos específicos, a cada uno de los cuales se adherían, además, varias medidas concretas de actuación. La mencionada lucha contra la brecha salarial se encontraba así definida como uno de los objetivos específicos del primer Eje de actuación, junto a la prevención de la discriminación en el acceso al empleo; el fomento de la igualdad de trato y oportunidades en las empresas y del emprendimiento femenino; la promoción de la igualdad en el sector público y, por lo que aquí más puede interesar, de la empleabilidad de mujeres pertenecientes a grupos especialmente vulnerables.

Sin despreciar la incidencia de otros factores de tipo micro y macroeconómico, lo cierto es que medidas como la referida herramienta de autodiagnóstico de la brecha salarial, o el programa "Empléate desde la igualdad"⁸⁷, parecen haber surtido cierto efecto. Según el propio PEIO 2018-2021⁸⁸, la tasa de empleo de las mujeres experimentó un crecimiento de 2,61 puntos en el periodo 2013-2016, alcanzando el 42,17% en 2016, mientras que la tasa de paro descendió en 5,29 puntos porcentuales, situándose en 21,38% el mismo año. Por su parte, según los últimos datos disponibles de la *Encuesta de Estructura Salarial 2014* del INE, aunque la brecha en los salarios constituye un fenómeno persistente, ha mostrado una ligera tendencia a su reducción en los últimos años, situándose en 2014 en el 13%. Además, se aprecian avances significativos en cuanto a la empleabilidad, la representación y la participación en la toma de decisiones en el ámbito económico, pues la presencia de mujeres en los consejos de administración y en los órganos de dirección de las empresas del IBEX-35 ha pasado del 13,05%, en 2012, al 19,7%, en 2016. En cualquier caso, los desafíos son todavía muchos y afectan a muy diversos ámbitos como la educación, la salud, la lucha contra la violencia y la cooperación exterior. Sobre todo en lo que a la protección de los grupos más vulnerables respecta.

⁸⁵ Disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>

⁸⁶ A todas estas herramientas puede accederse a través de la siguiente dirección electrónica: <http://www.igualdadenaempresa.es/>

⁸⁷ Más información en: <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaProgInsercionSociolaboral/EmpleaIgualdad.htm>

⁸⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/10/05/pdfs/BOE-A-2018-13582.pdf>

3.3.3. Lucha contra la discriminación múltiple de la trabajadora migrante

En España, los ya tantas veces aludidos PEIO no han dejado de prestar atención a los grupos de mujeres más vulnerables. De hecho, el Plan para el periodo 2014-2016 identificó objetivos específicos, y planificó medidas concretas en la materia, para prácticamente todos los Ejes de actuación. Por ejemplo, en relación con la igualdad en el ámbito laboral y la lucha contra la discriminación salarial (Eje 1), identificó como objetivos específicos la promoción de la empleabilidad de mujeres pertenecientes a grupos especialmente vulnerables definiendo, entre otras medidas a implementar, el diseño y puesta en marcha de programas que, destinados a inmigrantes y miembros de minorías étnicas, incluyeran itinerarios personalizados y medidas de acompañamiento. Además, previó el desarrollo de actuaciones específicas para facilitar la inserción sociolaboral de mujeres víctimas de trata con fines de explotación laboral y sexual. Y precisamente en cuanto a la erradicación de la violencia contra la mujer (Eje 3), el PEIO 2014-2016 planificó medidas relativas tanto a la dispensación de una protección específica a mujeres menores, con discapacidad, mayores, del medio rural e inmigrantes, como a dar visibilidad a las distintas formas de violencia⁸⁹. Por su parte, en materia de educación (Eje 4), se presentaba también como objetivo específico el apoyo a las alumnas en situación de vulnerabilidad por múltiple discriminación⁹⁰. Finalmente, con el propósito de impulsar el desarrollo de medidas de igualdad en el marco de otras políticas sectoriales (Eje 6), el PEIO 2014-2016 identificó como objetivos específicos tanto el refuerzo de la perspectiva de género en el ámbito de la salud, como la promoción y consolidación de la igualdad de oportunidades y los derechos de las mujeres en la política exterior y de cooperación internacional⁹¹.

⁸⁹ Entre todas ellas pueden destacarse, por ejemplo, el compromiso de prestar atención específica a las víctimas de violencia perteneciente a alguno de los grupos mencionados y de aprobar un plan integral para combatir la trata de mujeres y niñas.

⁹⁰ Entre otras medidas de acción, el Plan incluía la elaboración de programas educativos específicos, de apoyo y refuerzo, dirigidos a jóvenes inmigrantes, de etnia gitana, en situación de desventaja socioeconómica, con discapacidad o con entornos de violencia; el diseño de cursos de orientación social y laboral para las alumnas, y sus familias, en situación de especial vulnerabilidad, con la finalidad de facilitar su continuidad en el sistema educativo; y la articulación, con carácter de experiencia piloto, de una unidad específica de orientación y seguimiento, con el fin de evitar el abandono escolar temprano de las alumnas que forman parte de colectivos de riesgo.

⁹¹ Para ello, entre las principales medidas planificadas se incluyeron la incorporación, en las políticas de salud y asistencia social, de pautas que atendieran las especificidades de mujeres en situación o riesgo de exclusión social o con dificultades singulares; la promoción de la formación de profesionales de los equipos de atención primaria del ámbito sanitario y de los servicios sociales, sobre la salud de las mujeres inmigrantes, con discapacidad, mayores y mujeres transexuales; y la transversalización del enfoque de género en desarrollo (GED) en el sistema de la Cooperación Española.

Algunos de los compromisos hasta aquí mencionados han sido efectivamente implementados, sobre todo a través de la actuación del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, cuyo objetivo prioritario es precisamente facilitar y apoyar el acceso de las mujeres a los derechos sociales, económicos y laborales, en especial los de aquellas en las que concurren otros factores adicionales que dificultan su acceso y permanencia en el mercado laboral y tienen un mayor riesgo de pobreza y exclusión social. En este marco, el "Programa Clara" está dirigido a mejorar la calidad de vida de las mujeres en situación de vulnerabilidad a través de su empoderamiento personal y una mejor cualificación para el empleo. Más específicamente, los objetivos de este programa son incrementar la empleabilidad de las mujeres a través de su cualificación, promover una mayor participación social y fomentar su autonomía personal y económica⁹². Por otro lado, el "Programa Aurora" está dirigido a incrementar la participación social y laboral de las mujeres del ámbito rural a través de la mejora de su capacitación profesional, también con específica atención a las mujeres inmigrantes⁹³. Por su parte, a través de diversas actuaciones, el "Programa Sara" ofrece asistencia a mujeres objeto de discriminaciones (múltiples) para afrontar problemas económicos, laborales y de formación profesional en razón no solo del sexo sino, además, de su etnia, edad, estatus socioeconómico, orientación sexual, diversidad funcional, localización geográfica, nivel educativo o modelos de socialización en el país de origen⁹⁴.

Medidas como hasta las aquí mencionadas son, desde luego, herramientas valiosas en la lucha por el efectivo cumplimiento de los derechos de las trabajadoras inmigrantes y su inclusión social. Ahora bien, una vez más, las cifras nos pueden ayudar a comprender el nivel de gravedad de la situación. Según el informe *Voces contra la precariedad: mujeres y pobreza laboral en Europa*⁹⁵, entre las mujeres trabajadoras, las migrantes y las jóvenes de entre 15 y 24 años, son quienes afrontan un mayor riesgo de pobreza laboral. Y España tiene la tasa más elevada de riesgo de pobreza laboral de las mujeres migrantes (una de cada tres trabajadoras). Por su parte, las personas trabajadoras del hogar son quienes tienen mayor probabilidad de suscribir contratos a tiempo parcial. También en este caso, como consecuencia de su elevada representación en sectores típicamente feminizados e infravalorados, las mujeres migrantes son las principales víctimas. Pero a la precariedad en el salario y las condiciones laborales, debemos añadir la exposición a las agresiones y el acoso sexual, especialmente en el caso de las trabajadoras internas. En definitiva,

⁹² Más información en: <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaProgInsercionSociolaboral/Clara.htm>

⁹³ Toda la información en: <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaProgInsercionSociolaboral/Aurora.htm>

⁹⁴ Para más detalle: <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaProgInsercionSociolaboral/Sara.htm>

⁹⁵ Disponible en <https://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/voces-contra-la-precariedad.pdf>

queda mucho camino por recorrer, y a allanarlo pretenden contribuir, si la nueva coyuntura política lo permite, algunas de las medidas previstas en el nuevo PEIO.

El PEIO 2018-2021 da continuidad a los compromisos asumidos en materia de promoción de la empleabilidad y del emprendimiento femenino (Objetivo 1), protección contra la violencia (Objetivo 2), empoderamiento político y económico de las mujeres (Objetivo 3), igualdad en la educación (Objetivo 4), lucha contra los estereotipos de género (Objetivo 5) e igualdad en la política exterior y de cooperación internacional (Objetivo 6) y en sectores en los que la mujer ha estado tradicionalmente infrarrepresentada (Objetivo 7). Ahora bien, la igualdad entre hombres y mujeres en el nuevo Plan es abordada con una mayor transversalidad en relación con los grupos más vulnerables que en el caso de su predecesor. Las mujeres migrantes, pertenecientes a minorías étnicas y las víctimas de la violencia de género ocupan una posición central en los distintos ejes de actuación, orientando la planificación de medidas mucho más concretas, como el refuerzo de su acceso al mercado laboral mediante el Plan Anual de Políticas de Empleo; la revisión de los planes de atención a las víctimas de violencia de género para su adecuación a las necesidades de las mujeres más vulnerables; la previsión, en los Presupuestos Generales del Estado, de las cuantías necesarias para la implementación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género; la ejecución de los compromisos adquiridos por España en el marco de la Resolución (2242) de la ONU sobre "Mujeres, Paz y Seguridad" y el diseño de las acciones necesarias para el cumplimiento del Objetivo 5 de la Agenda 2030 en el marco del V Plan Director de la Cooperación Española 2018-2021. No obstante, como se apuntó, toca esperar para saber si, tras la investidura del nuevo Presidente del Gobierno, esperamos que antes de que acabe 2019, la nueva coyuntura política acompañará en esta tan difícil, pero necesaria lucha por la igualdad de género y los derechos de todas las mujeres y niñas, con independencia de su origen nacional, raza y condición social.

DIREITO(S): COMO PROTEGER OS OUTROS?

**BREVES REFLEXÕES SOBRE A RECOLHA
E O PROCESSAMENTO DE DADOS RELATIVOS À ORIGEM
ÉTNICA E RACIAL: EM BUSCA DO INALCANÇÁVEL?**

***BRIEF REFLECTIONS ON THE COLLECTION
AND PROCESSING OF ETHNIC AND RACIAL DATA:
IN SEARCH OF THE UNREACHABLE?***

Adriana Matos *

RESUMO

Atentos às vantagens que traz o tempo, no sentido de sedimentar conhecimentos, valores e princípios, e, reconhecendo a alteridade enquanto a descoberta de uma relação e não de uma barreira, o discurso versou sobre a importância de conhecer a diversidade que nos compõe, levantando a hipótese de recolha e processamento de dados concernentes à pertença étnica e racial, para melhor construção de políticas de combate à discriminação. A participação incidiu sobre 7 pontos de reflexão: (1) contextualização, (2) os conceitos de "origem étnica" e de "origem racial", (3) quem primeiro recolheu os dados, (4) entidades que aconselham a recolha, (5) vantagens da recolha, (6) premissas que a devem orientar, (7) limitações.

PALAVRAS-CHAVE — ORIGEM ÉTNICA, ORIGEM RACIAL, DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS, PRIVACIDADE, PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO

ABSTRACT

Aware of the advantages that time brings, in the sense of sedimenting knowledge, values and principles, and assuming the otherness as the discovery of a relationship and not a barrier, the speech focused on the importance of knowing the diversity that makes us, nation states, raising the hypothesis of

* Mestranda no Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Morada: Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, Portugal. matosdeadriana@gmail.com

collecting and processing data concerning ethnic and racial origin, to better construction of anti-discrimination policies. The participation focused on 7 points of reflection: (1) contextualization, (2) concepts of "ethnic origin" and "racial origin", (3) who first collected the data, (4) entities advising collection, (5) advantages (6) premises that should guide it, (7) limitations.

KEY WORDS — ETHNIC ORIGIN, RACIAL ORIGIN, SENSITIVE PERSONAL DATA, PRIVACY, PROHIBITION OF DISCRIMINATION

SUMÁRIO: *0. Introdução. 1. Contextualização. 2. De que falámos afinal, quando nos referimos aos conceitos de "origem étnica" e "origem racial", "raça" ou "etnia"? 3. Quem se lembrou de recolher estes dados?. 4. Quem aconselha a que se quebre este silêncio?. 5. Porque é que devemos querer quebrar este silêncio?. 6. Se decidirmos seguir este caminho que premissas devem orientar a recolha?. 7. Concluindo: em busca do inalcançável?*

0. Introdução

Quando o Homem é tratado como objeto de estudo, os níveis de complexidade e análise atingem proporções importantes. Ora, o tema aqui tratado, demonstra bem isso mesmo. Com esta intervenção pretendeu-se mais do que apresentar uma mera exposição de factos e ideias ou confundir perspectivas; com esta intervenção buscou-se precisamente iniciar uma conversa na sociedade portuguesa que deixe mais questões do que respostas sobre uma recolha de dados que permita perceber a diversidade de origens da população residente em Portugal, mas, sobretudo, que tenha o poder de alargar os horizontes interpretando a diferença na qualidade de identidade.

1. Contextualização

Se é verdade que vivemos em tempos de grande fragilidade para os dados pessoais, é igualmente verdade que não poderíamos viver um período mais adequado para que se proceda à sua recolha. A ciência progrediu em moldes que a tecnologia entra na nossa vida, sem dar sinal de alguma vez querer voltar a sair. Entre este "fim" de algo e "começo" do que é novo, é natural que surja um temor, dado que somos apenas responsáveis por nós mesmos e o outro é um ser imprevisível. Dotados de autonomia individual, somos seres morais com liberdade de escolha, o que para Immanuel Kant implicava que as pessoas fossem tratadas como fins em si mesmas¹. Por isso, Kant acreditava que a dignidade humana girava em torno da vontade humana e, de facto, é

¹ FRANCIS FUKUYAMA, *Identidades. A exigência de dignidade e a política do reconhecimento*, 1.ª ed., Alfragide, Publicações Dom Quixote, 2018, pp. 58-59

essa que determina o nosso comportamento no que diz respeito às novas formas de administrar a informação recolhida pelo Estado. A racionalidade das decisões políticas, é uma escolha. O estado da vida quotidiana impõe uma posição de transparência. E essa, é também uma escolha. Será a forma como nos posicionámos perante um leque de opções, a tradução (ou não) do cumprimento dessa dignidade humana. Por isso, a mudança de paradigma no que diz respeito à recolha e tratamento de dados pessoais tornou os tempos mais adequados para que se proceda à sua recolha, além de que o dever do estado se prontificar a garantir o cumprimento dos direitos fundamentais implica que ele saiba de que forma se compõe étnico-racialmente a população portuguesa, afixando assim que poderá atuar com medidas garantísticas do cumprimento daqueles direitos.

Se reservarmos um minuto para pensarmos nas seguintes questões — quantas pessoas em Portugal se identificam com origens raciais ou étnicas asiáticas? Quantas pessoas em Portugal se identificam com origens raciais ou étnicas africanas? Quantas pessoas em Portugal entendem pertencer étnica ou racialmente ao continente americano?

Enfim, as questões poderiam ser múltiplas quando falámos de identidade, mas seria essencial compreendermos que, relativamente a estas questões, e a menos que a recolha destes dados tenha sido feita sem um controlo prévio por parte do Instituto Nacional de Estatística², nenhuma entidade no nosso país conseguirá apresentar informação autêntica e fidedigna capaz de responder a estas questões.

E é compreensível que nos questionemos sobre os censos: pois não serão eles perfeitamente capazes de nos providenciar essa informação quando interrogam a nacionalidade dos cidadãos?

Indubitavelmente, ainda que esta questão seja introduzida nos censos, a mera distinção entre nacional e estrangeiro a que ela opera, será, por si só, insuficiente e pobre sempre que o objetivo seja o de medir a extensão da diversidade de um Estado ou sociedade. E tomemos de assalto a seguinte hipótese que pretende servir de exemplo: suponhamos que perante uma entidade empregadora portuguesa, são apresentados dois candidatos: um moçambicano, filho de pais portugueses, cor de pele clara, nascido em Moçambique; o outro, igualmente moçambicano, filho de moçambicanos, cor de pele mais escura, nascido em Moçambique.

² Faz-se nota para dar conta de que, à data em que se deu este discurso o Regulamento Geral de Proteção de Dados, em vigor desde 25 de maio de 2018, compreende um novo modelo regulatório que passou a determinar a titularidade da competência para verificar e fundamentar o tratamento de dados sensíveis nos casos em que exista um comprovado interesse público, ao Instituto Nacional de Estatística (e já não à Comissão Nacional de Proteção de Dados, conforme determinava o n.º 2 do artigo 7.º da anterior lei de proteção de dados pessoais, agora revogada pela Lei N.º 58/2019 de 8 de agosto). Para mais, veja-se o Parecer do Serviço Jurídico e Contencioso do Instituto Nacional de Estatística, de 25/06/2019.

Tenha-se este exemplo para efeitos de perceber que, com alta probabilidade, à primeira impressão, o primeiro será percebido como português, ao passo que o segundo será reduzido à condição racial de “negro”.

Por outro lado, ainda que se introduzissem nos censos outras categorias alternativas, tais como, a “naturalidade” ou a “naturalidade dos pais”, estaríamos a reforçar a ideia socialmente contruída de que todas as pessoas com uma etnia ou raça diferente, são população imigrante ou estrangeira; excluiríamos todas as gerações de afrodescendentes cujos os pais nasceram em Portugal e/ou têm nacionalidade portuguesa, ou, a grande parte da população cigana portuguesa; some-se a consequência de se congregar na mesma categoria indivíduos com traços fenotípicos distintos e que são alvo, socialmente, de diferentes oportunidades³.

Inquestionavelmente, as pessoas invocarão múltiplas identidades. Será prudente, por isso, atender não apenas à identidade objetiva (reduzida distinção entre nacional e estrangeiro), mas, e sobretudo, devemos empreender um caminho que procure conhecer a identidade subjetiva⁴. De outra forma, enfraquecemos o exercício de medição da diversidade, dissolve-se o objetivo de combate à discriminação e proteção da identidade, em particular, dos grupos minoritários, e, fazemos escapar das nossas perceções as múltiplas identidades étnicas.

É legítimo que também que nos questionemos se existe, em Portugal, diversidade que mereça submeter-se a este exercício de medição. E então, note-se: o estado português adquire as suas atuais fronteiras continentais em finais do século XIII — por essa altura, judeus e ciganos constituíam as duas principais minorias étnicas; entre o século XVI e o século XIX, o comércio de escravos deu origem à formação de minorias étnicas africanas; no século XIX, por razões económicas, estabeleceram-se em Portugal importantes comunidades de imigrantes europeus, sobretudo ingleses e espanhóis; com o processo de descolonização e a emergência de movimentos de libertação africanos houve um crescente número de movimentos migratórios para Portugal, de naturais daquelas ex-colónias e/ou de minorias étnicas que nas ex-colónias estivessem estabelecidas (e.g. indianos provenientes de Diu); mais recentemente, podemos afirmar ter assistido à imigração, quer legal, quer clandestina, de milhares de pessoas oriundas de países africanos e asiáticos, bem como de naturais de países latino-americanos e de países da Europa de Leste — paralelamente, registou-se uma imigração de europeus e de norte-americanos, motivados pelo clima, negócio e alteração do estilo de vida⁵.

³ Disso mesmo nos dá conta o Sumário do trabalho realizado pelo Grupo de Trabalho Censos 2021 — Questões “Étnico-raciais”, criado pelo Despacho n.º 7363/2018 in Diário da República, 2.ª série — N.º 149 — 3 de agosto de 2018; p.3. Disponível em: <https://www.acm.gov.pt/-/grupo-de-trabalho-censos-2021-questoes-etnico-raciais->

⁴ Veja-se as noções de identidade objetiva e de identidade subjetiva em JOSÉ GABRIEL PEREIRA BASTOS *et al.*, *Portugal Multicultural. Situação e estratégias identitárias das minorias étnicas*. Lisboa, Fim de Século Edições, 1999. P. 12

⁵ JOSÉ GABRIEL PEREIRA BASTOS *et al.*, *Portugal Multicultural. Situação e estratégias identitárias das minorias étnicas*, ob. cit., pp. 14-15

Tudo isto para dizer, que em Portugal existe diversidade.

Contudo, sem dados, não podemos medir a extensão dessa diversidade, e, por conseguinte, não poderemos medir a dimensão de um problema que nasce do receio face a essa diversidade — claramente, estamos a falar da discriminação e dos estereótipos que a alimentam.

E, portanto, como pensa um Estado que não procede a esta recolha, que não conhece a extensão da sua diversidade, criar políticas credíveis e eficazes de combate à discriminação?

Como saberá o Estado que a riqueza, a renda, as oportunidades e o *status* social dos cidadãos, não está distribuído de igual forma, por conta de variáveis tais como a raça e a etnia?

Tendo presente o que aqui foi dito, é importante não deixar espaço para que se crie um equívoco: a recolha e o processamento destes dados é importante, não porque queiramos saber quantas pessoas de uma determinada raça e etnia existem, por si só, mas antes, devido ao que legal, política e socialmente, podemos fazer com essa informação. E não somos ingénuos de tal forma, ao ponto de acreditarmos na total integridade das instituições. A própria instituição justiça possui os seus vícios, porque claro, é ela mesma composta por homens, mas devemos acreditar que são mais os passos que se dão em falso quando permanecemos imóveis. Além de que, no que a esta matéria diz respeito, a história e a experiência do passado não nos deixam desamparados. Se é verdade que são vários os episódios existentes na história em que arquivos estatísticos foram utilizados com o objetivo principal de perseguir, discriminar e oprimir específicos grupos étnicos, sem que a memória tenha que fazer qualquer esforço de maior, existe, felizmente, um outro lado da história.

Os dados sobre a origem étnica e racial dos indivíduos, sob a forma de estatísticas, têm sido usados para documentar e mobilizar a oposição a crimes cometidos contra minorias — recordemos o linchamento dos afro-americanos, as políticas genocidas do rei Leopoldo no Congo Belga e os julgamentos de criminosos que atuaram em nome do partido nazi. Em todos estes casos, os dados demonstraram-se fundamentais na busca pela justiça.

Aliás, na década de 90, o valor potencial dos dados quantitativos e dos sistemas de dados enquanto ferramenta no combate ao abuso dos direitos humanos recebeu a atenção especial de estatísticos, cientistas sociais e ativistas dos direitos humanos. Falamos de Thomas Jabine e Richard Claude, Herbert Spierer e Louise Spierer e Patrick Ball⁶. Todos eles trabalharam na procura de métodos e orientações básicas no processamento de dados com esta natureza, de forma a facilitar o trabalho em campo de defensores de direitos humanos.

⁶ WILLIAM SELTZER, MARGO ANDERSON, The Dark Side of Numbers: The Role of Population Data Systems in Human Rights Abuses, *Social Research*, Vol. 68, N.º 2, 2001, pp. 481-513; pp. 506-513

E foi neste progresso de ideias, que dados e análises quantitativas foram usados como evidência nos tribunais penais internacionais estabelecidos para a ex-Jugoslávia, para Ruanda, assim como na documentação e estudo desses e de outros abusos de direitos humanos por comissões de verdade e outros fóruns.

Os receios serão sempre vários, mas existe uma coisa da qual poderemos ter sempre a certeza: os números e os sistemas são moralmente neutros. É o que nós ou os outros fazemos com eles que conta.

E, por isso, podemos admitir que a recolha e o processamento de dados relativos à origem étnica e racial, assume metaforicamente, a forma de uma espada de dois gumes: eles poderão ser usados para benefício ou para malefício dos seus titulares.

O tema não é simples. Sobretudo quando a globalização, às vezes apontada como a causa de tudo, desafiou e tem desafiado as civilizações. Ela implicou, para sermos francos, a reconsideração de tudo o que era dado como certo, e, em certos casos, a sua transformação, modelação e adaptação às exigências do presente. Os desafios tornaram-se mais e maiores para os dados pessoais que, no entretanto, ficaram mais vulneráveis, e, por arrasto, também os seus titulares e respetiva privacidade. É mais fácil e rápido hoje, recolher, processar e transmitir dados, quer pela mão de entidades públicas, quer pela mão de entidades privadas. No meio da amálgama de perigos, falar em recolher dados relativos à pertença racial e étnica, faz naturalmente acender o alarme. Pensámos na já velha e conhecida nossa regra geral da proibição⁷. Convém, porém, por ser do interesse de todos, explorar a hipótese.

2. De que falámos, afinal, quando nos referimos aos conceitos de “origem étnica” e “origem racial”, “raça” ou “etnia”?

Cabe-nos dizer que, dependendo de onde e de quem, estes termos poderão significar coisas diferentes. Em todo o lado, sabemos que a linguagem acarreta propósitos e cruza geografias. Raça e etnia são, como tal, termos moldados pelos diferentes contextos nacionais e pelo tempo.

Em todo o caso, os autores não deixam de classificar os dois termos como transversais, na medida em que se transformam ao longo do tempo; e ambíguos, por comprimirem certos aspetos que encontram regulação em direito próprio⁸. A evolução dos dois conceitos merece, no entanto, ser estudada em separado.

⁷ Fazemos uma referência para o n.º 3 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa; n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados; n.º 3 do artigo 4.º da Lei n.º 22/2008 de 13 de maio — Lei do Sistema Estatístico Nacional.

⁸ LILLA FARKAS, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, Direção Geral Justiça e Consumidores, Comissão Europeia, janeiro de 2007, disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54924, p. 57;

A obra "A Ideia de Raça" do sociólogo Michael Banton⁹, é exemplar na demonstração da evolução do conceito "raça". Começou por ser utilizada num sentido de linhagem — refletindo, nessa altura, a história que um povo determinado carregava. Estamos a falar de anos anteriores a 1800, sendo no século XIX que o termo se transforma num instrumento poderoso de classificar as pessoas com fundamento num conjunto de qualidades físicas. Os povos começaram a acreditar nos seus corpos como biologicamente diferentes, encontrando aí uma justificação para a superioridade. É neste sentido que se justifica falar num processo (social) de racialização. O termo raça passou a legitimar discursos de poder, que se transformaram mais tarde, na dominação, exploração e extinção de uns povos pelos outros.

Hoje, o conceito ganhou uma nova interpretação. Há um consenso entre os cientistas sociais no sentido de a expressão assumir a natureza de construção social resultante de um processo social que faz remissão para um conjunto de atributos fenotípicos, tais como, o cabelo e a cor da pele¹⁰. Deixou de ser um fenómeno natural e não transitório.

A própria Diretiva da União Europeia que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica¹¹, faz transparecer a ambiguidade do conceito raça, ao rejeitar, no ponto n.º 6 do preâmbulo, teorias que tentem provar a existência de raças humanas.

No que à etnia diz respeito, ela padece igualmente da mesma ambiguidade. Partilha do facto de ser uma construção social que adquiriu maior visibilidade à medida que as teorias raciais viram a sua popularidade diminuir. É no século XIX que se assiste aos primeiros passos do uso deste termo por antropólogos e etnólogos, enquanto forma de referência às sociedades não ocidentais. Porém, é só a partir dos anos 70 e 80 do século XX que o conceito ganha relevância, na sequência do genocídio nazi, desviando-se assim do conceito físico-biológico de "raça", e encarnando um conjunto de características socioculturais apreendidas no processo de socialização¹². Começaram a ser encetados debates políticos e académicos sobre a etnia como causa da diversidade que caracterizava os Estados Unidos da América, num primeiro momento, havendo lugar aos mesmos debates, numa fase posterior, em países como a Grã-Bretanha e França¹³. Desde então o termo tem sido utilizado

⁹ MICHAEL BANTON, *A Ideia de Raça*, tradução de António Marques Bessa, Lisboa, Edições 70, 2010, p. 43

¹⁰ MICHAEL BANTON, *A Ideia de Raça*, ob. cit., pp. 31-32

¹¹ Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043>

¹² MANUEL CARLOS SILVA *et al.*, *Etnicidade, nacionalismo e racismo. Migrações, minorias étnicas e contextos escolares*, Porto, Edições Afrontamento Lda., 2012, pp. 24-25

¹³ MANUEL CARLOS SILVA *et al.*, *Etnicidade, nacionalismo e racismo. Migrações, minorias étnicas e contextos escolares*, ob. cit., pp. 24-25. Ver também, OLIVIER DE SCHUTTER, JULIE RINGELHEIM, *Ethnic monitoring: the processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies...: the processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, Collection Du Centre Des Droits De L'Homme De L'Université Catholique, Etablissements Emile Bruylant, S.A., 2009 2010. P. 84

por todo o mundo como forma de identificar as comunidades de imigrantes e os seus descendentes que, de alguma forma, conservam laços culturais específicos.

Qualquer abordagem ao conceito de etnia, deve assentar em fronteiras móveis, aceitando a instabilidade e a transversalidade que as características dos grupos étnicos aparentam ter, rejeitando, conseqüentemente, qualquer noção essencialista que os cientistas sociais possam querer criar.

É que, note-se, além de incluir os atributos já aqui falados (*e.g.* língua, ascendência, religião, nacionalidade, etc.) ela implica um sentimento de identidade partilhada com um grupo através de laços culturais comuns, de história partilhada com uma coletividade.

Nos Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3) de 2020, a ONU apresenta uma descrição de etnia mais aprofundada e melhorada:

"4.7. Etnia

(...)

4.184.

Definida de maneira ampla, a etnia baseia-se numa compreensão partilhada da história e das origens territoriais (regionais e nacionais) de um grupo étnico ou comunidade, bem como em determinadas características culturais, como a língua ou a religião. O entendimento dos entrevistados sobre a etnia, o histórico familiar, o número de gerações, e o tempo de duração da imigração são fatores que podem afetar a comunicação da etnia num censo. A etnicidade é multidimensional e é mais um processo do que um conceito estático, e, portanto, a classificação étnica deve ser tratada com limites móveis." [Tradução nossa]¹⁴

Com este excerto fica claramente visível que as Nações Unidas preferiram fazer uma descrição de etnia que abre um maior espaço à subjetividade conferindo fluidez e dinâmica ao termo. E, mais importante, favorece a autoidentificação e impede uma redução negligente da diversidade. Esta flexibilidade deve estar presente quando olharmos para estes elementos na qualidade de dados.

Raça e etnia deverão, em todo o caso, significar falar sobre a diferença. E daí, que seja inevitável falar da importância que assume não negligenciar os conceitos. Seja porque a diferença nos enriquece, seja porque aqueles conceitos que em tempos nos dividiram e que, em pontos determinados do globo nos continuam a dividir, são, naturalmente, utilizados pelos indivíduos no momento em que cultivam e constroem a sua identidade e a identidade do grupo.

¹⁴ Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3) de 2020, disponível em: https://read.un-ilibrary.org/population-and-demography/principles-and-recommendations-for-population-and-housing-censuses-revision-3_bb3ea73e-en#page1

3. Quem se lembrou de recolher estes dados?

Não podemos escolher uma personalidade para nomear, mas sabe-se que o primeiro país a o fazer foram os Estados Unidos da América. Em 1790 realizava-se o primeiro censo no qual se fazia constar uma pergunta sobre os habitantes do país, classificando-os em “homens brancos livres”, “mulheres brancas livres”, “todas as outras pessoas livres” e “escravos”. Implicitamente, esta classificação escondia o interesse em conhecer um outro fator: a cor da pele. O termo “raça” só aparece pela primeira vez, nos censos de 1990. Acontece, porém, que este esquema de categorização servia tão só para segregar e oprimir determinados povos. E assim o foi até 1960, década em que foram adotadas as legislações de direitos civis. O objetivo era claro: implementar leis e políticas anti discriminatórias¹⁵.

Quanto aos estados da Europa Ocidental, apenas o Reino Unido (1991) e a Irlanda (2006) inseriram uma categoria relacionada à etnia no censo. A razão que alimentou a recolha de dados com essa natureza sempre foi o de medir a extensão da diversidade, na busca das melhores políticas de combate à discriminação¹⁶.

Por razões históricas, os países da Europa Central e Oriental apenas pedem aos cidadãos que seja declarada a sua “filiação étnica” ou “nacionalidade” quando realizado um censo. No entanto, a informação assim recolhida não tem como fim contribuir para a criação de políticas anti discriminatórias¹⁷.

A França, por contraste, é um dos países da União Europeia onde se regista uma maior resistência à recolha desses dados. A única distinção feita nas estatísticas é aquela entre nacionais e estrangeiros, e, portanto, não olham para além da cidadania para rastrear diferenças étnicas ou culturais dentro da sua população nacional¹⁸.

¹⁵ MICHAEL OMI, Racial identity and the state: the dilemmas of classification, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, vol. 15, issue 1, article 2, 1997, pp. 7-23, pp. 9-10

¹⁶ JULIE RINGELHEIM, OLIVIER DE SCHUTTER, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 105 ss.

¹⁷ PATRICK SIMON, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries — Study Report*, ECRI, Conselho da Europa, Estrasburgo, 2007. Disponível em: <https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/ethnic-statistics-and-data-protection-in-the-council-of-europe-countries-a-study-report>; p. 27

¹⁸ É proibida a recolha de dados referentes à origem racial e étnica, vide artigo 6.º, n.º1 da lei francesa n.º 78-17, de 6 de janeiro de 1978 (versão consolidada a 12 de agosto de 2019), disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=-JORFTEXT000000886460>; Ver ainda, PATRICK SIMON, VICTOR PICHÉ, AMÉLIE A. GAGNON (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity. Cross National Perspectives in Classifications and Identity Politics*, IMISCOE Research, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-20095-8>, pp. 65-66

4. Quem aconselha a que se quebre este silêncio?

O Comité Consultivo da Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais e a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância¹⁹, convidam a maioria dos estados europeus a melhorar os seus sistemas de recolha de dados, de modo a conceber, implementar e monitorizar políticas eficazes de proteção das minorias e de promoção da igualdade. Insistindo ao mesmo tempo, para que essa recolha se dê com total respeito pelas normas de proteção de dados pessoais²⁰. Aliás, algumas disposições da Convenção²¹, demandam que sejam criadas condições que garantam determinados direitos: o n.º 2, do artigo 10.º da Convenção dispõe que os estados têm a obrigação de garantir que as pessoas pertencentes a um determinado grupo minoritário possam usar a linguagem nas relações com as autoridades administrativas; o n.º 2, do artigo 14.º impõe um esforço no sentido de se tornar possível a aprendizagem da língua minoritária ou de receber um ensino nesta língua, no quadro do respetivo ensino educativo, perante pessoas pertencentes a minorias nacionais, desde que existindo uma suficiente procura; o n.º 3 do artigo 11.º, determina que os estados se esforcem por apresentar as denominações

¹⁹ Recomendação de Política Geral N.º 1 da ECRI, A luta contra o racismo, a xenofobia, o antissemitismo e a intolerância, CRI (96) 43 rev., adotada a 4 de outubro de 1996, disponível em: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.1>, recomenda aos Estado-Membros do Conselho da Europa que “Visto que a concepção e a execução eficaz de políticas nas áreas acima referidas podem dificilmente fazer-se sem dados sólidos, recolher, se for caso disso, em conformidade com as leis, regulamentações e recomendações europeias relativas à protecção de dados e à protecção da vida privada, os dados que permitam avaliar a situação e as experiências de grupos particularmente vulneráveis ao racismo, à xenofobia, ao antissemitismo e à intolerância.”. Ver por exemplo, o Segundo Relatório da ECRI sobre Portugal, adotado a 20 de março de 2002, § 44 e 45; Terceiro Relatório da ECRI sobre Portugal adotado a 30 de junho de 2007, § 101; Quarto Relatório da ECRI sobre Portugal, adotado a 21 de março de 2013, § 196; Conclusões sobre a implementação das recomendações feitas a Portugal, de 17 de março de 2016 (publicadas a 7 de junho de 2016); Quinto Relatório da ECRI sobre Portugal, adotado a 19 de junho de 2018, embora neste não haja uma pronúncia explícita à recolha de dados relativos à raça e à etnia, é feita uma menção à permanência do problema de escassez de dados oficiais sobre crimes de ódio assente em fatores como a religião e a raça, § 49-52 — por todos ver: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/portugal>.

²⁰ A propósito do Comité Consultivo para a Convenção Quadro, veja-se a título exemplificativo: Segunda Opinião sobre a República Checa, adotada a 24 de fevereiro de 2005, § 37. A propósito da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância ver a Recomendação de Política Geral N.º 1: A luta contra o racismo, a xenofobia, o antissemitismo e a intolerância; *inter alia*, Terceiro Relatório sobre a Bulgária, adotado a 27 de junho de 2003, § 73; Terceiro Relatório sobre a Dinamarca, adotado a 16 de dezembro de 2005, §102.

²¹ Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, adotada a 1 de fevereiro de 1995, com entrada em vigor na ordem internacional a 1 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-quadro-para-proteccao-das-minorias-nacionais-22>

tradicionais locais, nomes de ruas e outras indicações topográficas destinadas ao público, igualmente na língua minoritária sempre que haja uma suficiente procura para tais indicações.

A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, tem convocado regularmente os Estados à recolha e produção de informações sobre a situação das minorias raciais ou étnicas em várias áreas. Aliás, desde a adoção em 2000 das duas diretivas sobre a igualdade²², resultado legislativo empreendido num esforço de atribuir alguma solidez ao artigo 13.º do Tratado da União Europeia, a Comissão Europeia tem advertido para a falta de dados na maior parte dos países membros como um sério obstáculo ao desenvolvimento e à análise de políticas no campo da antidiscriminação²³. A própria Diretiva 2000/43/CE, procura no artigo 17.º, incentivar os Estados a formular medidas que garantam o efetivo cumprimento da mesma. É essa, aliás, a razão pela qual eles estão impelidos de, com uma regularidade quinquenal, dar a conhecer à Comissão um relatório sobre a aplicação da Diretiva, garantindo que este é um instrumento jurídico com uma aplicabilidade que se pretende efetivamente real.

Esta orientação faz eco da posição assumida por um outro organismo internacional encarregado de monitorizar o combate à discriminação: o Comité das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação²⁴.

5. Porque é que devemos querer quebrar este silêncio?

Talvez a obra “Cartas Persas” de Montesquieu, publicada em 1721 pela primeira vez, seja vossa conhecida. Ela retrata a viagem de um persa pela Europa. Ora, Montesquieu utilizou essa personagem para fazer uma crítica à sociedade e às práticas políticas da Europa desse século. No fundo, utiliza ele esta narrativa para aproximar a monarquia absoluta francesa ao despotismo oriental. Ele queria que a Europa se visse através dos olhos do Outro, evidenciando ao mesmo tempo que todos nós somos o Outro.

²² Falámos da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica; e da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.

²³ *Equality and Non-discrimination in an Enlarged European Union*, Green Paper, European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Equal opportunities, 2004, pp. 22-23, disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteld=1&year=2004&number=379&language=EN>. Ver também a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 1 de junho de 2005 — “Combate à discriminação e igualdade de oportunidades para todos — Uma estratégia-quadro” [COM (2005) 224 — Jornal Oficial C 236 de 24.9.2005].

²⁴ Cfr. Recomendação IV do Comité das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, relativo aos relatórios dos Estados Parte, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II) 27 de maio de 2008, p. 271.

E, a certa altura do romance, uma jovem francesa pergunta: “Como é que se pode ser persa?”

Hoje, avancemos quase trezentos anos e muitas são as pessoas que ainda não perceberam serem elas próprias os persas. Os persas de Montesquieu, somos todos nós.

E, portanto, se voltarmos à pergunta: “Porque é que devemos querer quebrar este silêncio?”, temos que responder que a razão encontramos-a no facto de todos nós sermos o Outro, e é penetrados nesse sentimento de humildade que devemos reconhecer a alteridade enquanto descoberta de uma relação e não de uma barreira.

Por outro lado, o Homem não é apenas um bípede sem penas, como diria Platão. O ser humano é cheio de especificidades, e essas, devem ser reconhecidas. E, portanto, o erro está em acreditar que para negar o privilégio devemos desprezar a diferença a que ele se encontra indevidamente ligado e afirmar uma essência humana, sempre igual a si mesma²⁵. A vida da humanidade não se desenvolve de forma uniforme e monótona, mas antes através de modos extraordinariamente diversificados de sociedade e de civilizações.

De um ponto de vista prático, devemos querer quebrar este silêncio, porque o apanágio “Quem não deve, não teme”, enraizado no tecido social, já não se harmoniza com os tempos e necessidades sociais do hoje, assim como não se harmoniza com a evolução da democracia.

Dois professores belgas, Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, puseram em evidência os potenciais da recolha de forma exemplar, pelo que apenas faremos uma breve menção a cada um deles²⁶:

- i. Controlo geral e formulação de políticas baseadas em evidências. Para que se elaborem políticas viradas para o combate à discriminação sólidas, apoiadas na realidade social que um estado possui, é necessário que se conheçam os contornos.
- ii. Pesquisas independentes. Para que se compreendam as atitudes, processos e estruturas de discriminação. E é aliás, a partir destas pesquisas que se devem criar políticas legislativas.
- iii. Controlo direcionado. Com isto, referimo-nos à possibilidade de fazer um controlo em setores definidos: emprego, serviços públicos, educação, etc. Inclusive, para que se inspecione o cumprimento das diretivas para a igualdade racial e para a igualdade no emprego.
- iv. Desenvolvimento de ações positivas. Trata-se precisamente de reclamar uma igualdade que nos permita ser diferentes. E não uma igualdade que tenha como preço a perda da identidade. Porque raça e etnia são tessituras da identidade.

²⁵ Comentário de Jean Pouillon à obra de CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *Raça e História*, 4ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 1989; p. 105

²⁶ JULIE RINGELHEIM, OLIVIER DE SCHUTTER, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 13-37

As próprias diretivas para a Igualdade Racial²⁷ e a Diretiva para a Igualdade no emprego²⁸, oferecem aos estados-membros uma certa margem de implementação dessas medidas.

- v. Os dados relativos à origem étnica e racial podem ser essenciais para provar a discriminação em instâncias específicas. As duas diretivas já aqui referidas sobre a igualdade racial e a igualdade no emprego, estabelecem nos seus preâmbulos que as normas nacionais podem prever a discriminação direta ou indireta "a estabelecer por qualquer meio, inclusive com base em evidências estatísticas."²⁹.

E, portanto, vários são os estados-membros da União Europeia que admitem a possibilidade de utilizar as estatísticas como meio de prova nos processos legais em que em causa esteja uma alegada discriminação direta ou indireta (e.g. Itália, Reino Unido, Holanda, República Checa, ainda que neste último, a prova estatística não seja considerada uma evidência suficiente)³⁰.

6. Se decidirmos seguir este caminho que premissas devem orientar a recolha?

Convirá, em primeiro lugar, ter em atenção de que se trata de dados extremamente sensíveis dado circunscreverem-se a uma esfera que toca mais de perto com a intimidade da pessoa, e, portanto, a sua recolha e tratamento estão sujeitas à regra geral da proibição consagrada como é conhecido, no n.º 3 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa e no n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados³¹. Ainda assim, são admitidas exceções à regra geral da proibição, e, aqui, sublinhámos a necessidade de existência de um consentimento expresso (de resto, queremos com isto dizer uma manifestação de vontade livre, específica, informada e explícita, a menos que a recolha seja feita no âmbito dos censos e, portanto, não se tratando de ser individualmente identificáveis, a recolha dos dados não carece do consentimento expresso do titular³²), e efetiva possibilidade de tratamento

²⁷ Veja-se o artigo 11.º, n.º 1 da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica.

²⁸ Veja-se o artigo 12.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.

²⁹ Visível no ponto 15 do preâmbulo de ambas as diretivas.

³⁰ TIMO MAKKONEN, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, Direção Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, Comissão Europeia, novembro 2007, pp. 28-38.

³¹ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Ver ainda o n.º 3 do artigo 4.º da Lei n.º 22/2008 do Sistema Estatístico Nacional.

³² Veja-se a Autorização n.º 2600/11 da Comissão Nacional de Proteção de Dados (Processo n.º 3211/11); Ver também o Parecer de 25.06.2018 do Serviço Jurídico e Contencioso do INE nos

dos dados para efeitos estatísticos, sempre que não sejam individualmente identificáveis, notando-se, no entanto, que a resposta se caracteriza pela sua natureza facultativa³³.

O tratamento destes dados obriga-nos ainda a zelar pelo cumprimento de outras disposições normativas, das quais deixámos nota para o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, para o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e, no âmbito do Conselho da Europa, tenha-se presente a Convenção n.º 108 para a proteção de indivíduos no que diz respeito ao processamento automático de dados pessoais.

Entre os direitos dos titulares constam: o direito a ser informado; o direito de acesso; o direito à retificação; o direito de apagamento; o direito à limitação do tratamento; o direito à portabilidade dos dados; e o direito à oposição³⁴.

Estes dados deverão igualmente ser objeto de um tratamento lícito, leal e transparente; deverão ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas não podendo ser alvo, em fase posterior, de um tratamento incompatível com aquelas finalidades. Deverão ser adequados, pertinentes e limitados ao necessário (não se adite, por exemplo, o tratamento de dados pessoais quando a finalidade para a qual eles foram recolhidos pudesse ser alcançada por outras vias); exatos e atualizados; conservados tão só enquanto as finalidades ainda existam, e tratados com segurança garantindo uma proteção contra a perda, danificação ou destruição dos dados e contra o seu tratamento ilícito ou não autorizado³⁵.

8. Concluindo: em busca do inalcançável?

Ora, tendo presente o que se deu conta em reflexões precedentes, e, conscientes de que a diversidade das culturas é no presente, foi no passado e será no futuro muito maior e mais rica do que estamos destinados a conhecer dela, resta-nos aceitar as nossas limitações e defenir o horizonte que queremos evitar.

Atendendo à identidade enquanto condição de distinção de pessoas e grupos na veste de expressão máxima daquilo que de único a pessoa possui; não olvidando que o direito à identidade possui uma dimensão informacional cujo conteúdo se constrói através dos elementos informativos que existam sobre a pessoa e que ela é parte de um núcleo mais vasto de direitos relativos à proteção de dados pessoais, à identidade pessoal, ao direito ao livre

anexos do relatório do Grupo de Trabalho constituído pelo Despacho n.º 7363/2018, e disponível em: [https://www.acm.gov.pt/-/grupo-de-trabalho-censos-2021-questoes-etnico-raciais-](https://www.acm.gov.pt/-/grupo-de-trabalho-censos-2021-questoes-etnico-raciais)

³³ Veja-se a Autorização n.º 2600/11 da CNPD (Processo n.º 3211/11)

³⁴ Direitos previstos pelos artigos 13.º a 21.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

³⁵ Ver artigo 5.º e artigo 6.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

desenvolvimento da personalidade e ao direito à autodeterminação informacional³⁶; e, reconhecendo que sem o direito à identidade a personalidade humana ficaria descaracterizada, a recolha de dados que fazem menção à pertença étnica e/ou racial, virá abalar o exercício pleno de alguns direitos fundamentais. A necessidade sentida será a de recorrer a critérios de concórdância prática, para que não se amputem valores jurídicos e não se perca do horizonte o delicado, mas urgente, equilíbrio de interesses.

E é então que chegamos à essência da questão. Tendo presente que a recolha destes dados representa uma intromissão altamente delicada, quer na esfera da vida privada de cada indivíduo, quer na liberdade de definição e construção da sua identidade, a solução que se assemelha mais cuidada, passará pela participação dos indivíduos no processo de classificação e de construção das categorias, enquanto afirmação do respeito pelo direito à autodeterminação informacional.

O próprio Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial, demonstrou ser importante, numa recomendação de 1990, que a inclusão de um indivíduo num determinado grupo racial ou étnico deve ter por base a autoidentificação. Neste sentido, também o Conselho da Europa demonstrou ser fortemente a favor do princípio da autoidentificação, quando no n.º 1 do artigo 3.º da Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, explicitamente esclareceu que um indivíduo pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher ser tratado naquela qualidade, sem que, no entanto, daí decorram quaisquer prejuízos³⁷.

A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, órgão de monitorização especializado no combate ao racismo, xenofobia, discriminação racial, antisemitismo e intolerância, tem igualmente insistido nas suas várias recomendações gerais de políticas e relatórios, que a recolha de dados étnicos deve obedecer a três princípios: confidencialidade, consentimento informado e autoidentificação³⁸.

A implementação do método da autoidentificação foi, de resto, também linha orientadora das Nações Unidas aquando da redação dos Princípios e Recomendações para os Censos sobre a população e a habitação (revisão 3) de 2020:

³⁶ ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 818

³⁷ Convém ressaltar que o artigo 3.º, n.º 1 da Convenção não abre espaço para uma identificação arbitrária com uma determinada minoria nacional, exigindo que sejam verificados critérios objetivos que relevem para uma identificação feita naqueles termos.

³⁸ A título de exemplo, consultar o terceiro relatório sobre a Finlândia da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, de 15 de dezembro de 2006; e o terceiro relatório sobre o Chipre, de 16 de dezembro de 2005.

"4.185.

A natureza subjetiva do termo (para não mencionar o aumento de casamentos entre vários grupos em alguns países, por exemplo) requer que as informações sobre a etnia sejam adquiridas através de uma auto declaração do entrevistado, assim como os entrevistados tenham a opção de indicar múltiplas afiliações étnicas." [Tradução nossa]³⁹

No mesmo sentido, na Conferência sobre as Estatísticas Europeias de 2020⁴⁰ demonstrou concordância no uso desse método, por ser esse desde logo o critério que mais se aproxima do direito de autodeterminação individual enquanto direito de o indivíduo decidir sobre questões essenciais da sua vida.

Mas, ainda que o método de autoidentificação seja o que melhor se coaduna com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à reserva de vida privada, o direito à identidade e o direito à autodeterminação informacional, compete-nos reconhecer que ele padece das suas limitações. Desde logo, porque os indivíduos podem não querer identificar-se com uma minoria por entenderem que a identificação com essa minoria não reflete a sua identidade, ou, por temerem que o reconhecimento da pertença a uma determinada comunidade, os colocará em risco de se tornarem num potencial alvo de discriminações⁴¹.

E, por isso, não admira existirem autores que falem na necessidade de trazer para os questionários que procedem à recolha destes dados, duas perguntas: uma que questione a identidade individual, isto é, no fundo a utilização do método de autoidentificação, e, por outro lado, uma outra que interrogue a identidade social, ou seja, a identidade que ele pensa que a sociedade como um todo lhe atribuiria⁴².

Mais relevante do que o método selecionado, é importante entender que nunca se deverá olvidar serem devidas a todas as pessoas, uma explicitação clara das razões pelas quais se pretende recolher dados com tal sensibilidade, bem como um esclarecimento sobre a forma como as autoridades públicas farão uso desses dados. Na definição do melhor critério, ou na conjugação de vários, não deverá escapar a certeza de que a proteção da identidade dos indivíduos e a eliminação da discriminação, não poderão tomar-se como

³⁹ Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3), Nações Unidas, Nova Iorque, 2017, p. 205

⁴⁰ Conferência sobre as Estatísticas Europeias, Recomendações para os Recenseamentos Gerais da População e da Habitação de 2020, Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2015, pp. 148-150

⁴¹ JULIE RINGELHEIM, *Minority Protection, Data Collection and the Right to Privacy*, *European Yearbook of Minority*, Vol. 6, Iss. 1, 2008, pp. 51-77. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22116117-90001602>, pp. 69-70. É o caso da comunidade cigana, como faz notar a autora, acerca dos quais se estima que, nos países da Europa Central e Oriental, os dados do recenseamento não ofereçam uma representação verídica do volume populacional.

⁴² Vide, NANCY ANNE DENTON, *Racial Identity and Census Categories: Can Incorrect Categories Yield Correct Information*, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 15, Issue 1, Article 4, 1997, pp. 83-97. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol15/iss1/4>; pp. 92-96

finalidades sérias, conquanto não haja o envolvimento de todos, maiorias e minorias, visto todos serem igualmente étnicos.

Por último, seria importante terminar com três ideias.

A primeira faz uso da ideia do filósofo Anthony Appiah: afirma este autor que as dimensões pessoais de identidade fornecem uma espécie de guiões, isto é, narrativas que as pessoas podem usar para planearem a sua vida e contarem as suas histórias⁴³. Deste ponto de vista, a recolha de dados relativos à origem étnica e racial, nos termos e para os efeitos aqui propostos, serviria de lembrete às democracias para que não ignorem nem as diferenças culturais, nem as condições sociais desiguais.

A segunda ideia faz uma reflexão renovada sobre as palavras de Thomas Jefferson. É que ainda que o “pai fundador” da nação tenha dito um dia que “Todos os homens são criados iguais.”⁴⁴, palavras poderosas para a época, sabemos que tal não é verdade. Uns serão sempre mais ricos do que outros, uns possuirão talentos que outros não, e uns nascerão em circunstâncias que lhes proverão melhores oportunidades do que outros. A igualdade formal sem mais, mostra-se insuficiente perante a diferença habitável entre nós. E, por isso, entre nós, existe uma única instituição, se nos servirmos do conceito de Santi Romano, que permite olhar para os Homens com igualdade. E essa instituição é o Direito. O que fará então a justiça para procurar responder ao problema da discriminação e da exclusão, ou para reconhecer as múltiplas existências dos seus cidadãos, transformando a diferença em identidade?

Finalmente, esperando que não o seja realmente, para que esta conversa se mantenha entre as várias gerações, fica a última indagação. Rejeitando a ideia de cidadania como uma identidade universal englobante⁴⁵, e, respeitando o direito dos indivíduos possuírem orgulho por serem um pouco mais do que apenas cidadãos, como é que o Estado terá conhecimento da dimensão cultural dos homens e mulheres portuguesas, de descendência africana, asiática ou americana, dos judeus, muçulmanos e cristãos, canadianos, angolanos, franceses, brasileiros, enfim, um sem fim de diversidade e cultura, que pede apenas o reconhecimento daquilo que o Direito lhes prometeu à nascença?

⁴³ Ver K. ANTHONY APPIAH, *Identidade, autenticidade, sobrevivência: sociedades multiculturais e reprodução social in Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, pp. 175-176

⁴⁴ Tradução do texto original “[A]ll Men are created equal”, citação retirada da célebre Declaração da Independência, disponível online no repositório de arquivos nacionais dos Estados Unidos da América: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>

⁴⁵ Ideia de Rosseau exposta por AMY GUTMANN na introdução da obra *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, pp. 25-26

**O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA MIGRANTE
E A PARAMETRIZAÇÃO DA ACÇÃO DO ESTADO
NA GESTÃO DAS MIGRAÇÕES**

***BEST INTEREST OF MIGRANT CHILDREN AND HOW
IT SHAPES STATE ACTION REGARDING
MIGRATION MANAGEMENT***

Ana Maria Rodrigues*

RESUMO

O superior interesse da criança, para além de um princípio orientador, consubstancia-se igualmente num direito oponível ao Estado, o que tem necessariamente relevo nas decisões a tomar pelo Estado e respectivos poderes públicos sobre o estatuto migratório ou a solução duradoura a dar a cada criança migrante. Como reflexo da consideração do superior interesse da criança em matéria de gestão das migrações, surgem alguns limites que parametrizam a acção do Estado, dos quais se referem três: a protecção contra a detenção para fins de controlo migratório; a necessidade de assegurar adequada representação legal para suprimento da incapacidade; as obrigações que, no quadro de uma solução duradoura, podem impedir uma decisão de retorno.

Palavras chave — Gestão das migrações, superior interesse da criança, detenção, retorno, representação

* Centro de Investigação sobre Justiça e Governança (JusGov) da Universidade do Minho | Escola de Direito da Universidade do Minho – Campus de Gualtar, R. da Universidade, 4710-057 Braga. anamaria.rodrigues@gmail.com.

ABSTRACT

The best interest of the child, rather than merely a guiding principle, is also a right claimable before the state authorities, which necessarily reflects on decisions to be made regarding the child's legal status or the durable solution to be given to the case. Drawn from the need to consider the best interest of the child when it comes to migration management, some limits arise that provide a parameter for state action, such as: protection against detention for purposes of migration control; a call for ensuring an adequate guardianship system; and the obligations that may prevent a return decision.

KEY WORDS — MIGRATION MANAGEMENT, BEST INTEREST OF THE CHILD, DETENTION, RETURN, REPRESENTATION

SUMÁRIO: 1. *Enquadramento: breve alusão ao superior interesse da criança e sua aplicabilidade às crianças migrantes.* 2. *Reflexos da consideração do superior interesse da criança em matéria de gestão das migrações: alguns limites à acção do Estado.* 2.1. *Protecção contra a detenção.* 2.2. *Garantia de representação legal e suprimimento da incapacidade.* 2.3. *Obrigações que, no quadro de uma solução duradoura, impedem o retorno.* 3. *Conclusões.*

1. Enquadramento: breve alusão ao superior interesse da criança e sua aplicabilidade às crianças migrantes

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (doravante ACNUR), as deslocações estão, globalmente, a atingir os mais altos níveis de que há registo. Um número sem precedentes de mais de 70 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a abandonar as suas casas. Entre elas, cerca de 26 **milhões** são refugiados, mais de metade dos quais menores de 18 anos¹.

Desde 2015, mais de um milhão de crianças chegaram ao território europeu procurando protecção e em fuga de conflitos armados, de perseguição ou da pobreza extrema. Embora os números tenham baixado drasticamente a partir de 2017, muitas crianças, acompanhadas ou não das suas famílias, têm continuado a correr riscos de violência, abusos e dificuldades várias para procurarem uma vida melhor. Os dados sistematizados sobre as chegadas de crianças migrantes a território europeu tendem a ser parcelares — tendencialmente, apenas os dados relativos àquelas que requerem protecção internacional são sistematizados de forma integrada. De qualquer modo, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (doravante UNICEF) aponta para um

¹ Dados retirados da página do ACNUR (disponível aqui: <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>).

número de 5.4 milhões de crianças migrantes actualmente na Europa, o que perfaz cerca de 7% do total de migrantes na região².

As crianças migrantes³ são um grupo que cruza mais do que um factor de vulnerabilidade e que justifica que se exerça uma vigilância e sindicância especial da acção do Estado quanto a elas. Do ponto de vista jurídico, o tratamento das questões relativas à protecção de crianças migrantes traz ainda consigo uma complexidade adicional, em especial se estivermos a falar de crianças não-acompanhadas⁴: é que se podem misturar a esfera da promoção dos direitos e protecção da criança por parte do Estado *in loco parentis*, por um lado, e a esfera da protecção internacional conferida por um Estado a nacionais de outro Estado que dela carecem, por outro. É, de todo o modo, uma matéria em que com muita dificuldade os referidos factores de vulnerabilidade são tratados de modo coerente e integrado: em regra, as políticas migratórias dos Estados esquecem a perspectiva da protecção e da promoção dos direitos das crianças, ao passo que as políticas dos Estados relativos à protecção e promoção dos direitos das crianças esquecem as necessidades específicas que se levantam em contexto de migração⁵.

A Convenção sobre os Direitos da Criança⁶ (doravante CDC ou simplesmente "Convenção"), que consiste no parâmetro universalmente aplicável aos direitos da criança e à sua protecção, e que se aplica, com carácter vinculativo, a qualquer criança, independentemente da sua nacionalidade e do seu estatuto migratório, é o instrumento internacional de direitos humanos mais amplamente ratificado.

O princípio do superior interesse da criança é um dos quatro princípios basilares da Convenção, a par do princípio da não-discriminação, do direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento, e do princípio da participação e respeito pelas opiniões da criança. Concretamente, o parágrafo 1 do artigo 3.º da Convenção confere à criança o direito de ter o seu interesse superior avaliado e tido em conta de forma primacial em todas as acções ou decisões que lhe digam respeito, tanto na esfera pública como privada, referindo-se também a Convenção ao interesse superior da criança em diversos outros artigos.

² Dados disponibilizados pela UNICEF (disponível aqui: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/children-migration_en).

³ Por crianças migrantes pretendemos aqui referir — e seguiremos o mesmo critério ao longo de todo o texto — quer imigrantes quer refugiadas *lato sensu* (quer ainda requerentes de protecção internacional).

⁴ Aquelas que se encontram separadas dos pais e outros familiares, não estando ao cuidado de um adulto que, por lei ou costume, seja por elas responsável. Para uma delimitação do conceito, *vd.*, por todos, UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR / ACNUR), Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child, November 2018, disponível em: <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>.

⁵ *Vd.* PATRÍCIA JERÓNIMO | NADINE FINCH, *Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe: the Case of Migrant Children Including Unaccompanied Children*, Bruxelas, UNICEF e OHCHR, 2012, disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/21528>, p. 9.

⁶ Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989.

O Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, na sua veste de órgão interpretativo da Convenção⁷, interpreta, no Comentário Geral n.º 14⁸, o superior interesse da criança plasmado no artigo 3º CDC simultaneamente como um direito substantivo, um princípio interpretativo e uma regra processual / procedimental. Enquanto direito substantivo, trata-se do direito da criança a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em jogo e a garantia de que este direito se efective em quaisquer decisões que lhe digam respeito. O parágrafo 1 do artigo 3.º estabelece uma obrigação para os Estados que é directamente aplicável e pode ser invocada perante um tribunal. Enquanto princípio interpretativo, a ideia é que, se uma lei, política, norma ou qualquer disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, deve ser escolhida a interpretação que efectivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção e nos seus Protocolos Facultativos vão estabelecer o quadro interpretativo. Enquanto regra processual / procedimental, consiste em o processo de tomada de decisão, quanto a qualquer decisão que afecte determinada criança, dever incluir a avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) sobre ela. A fundamentação deve indicar que direito foi explicitamente tido em conta, como é que esse direito foi respeitado na decisão, e em que critérios se baseou a decisão; deve ser explicitado como se procedeu à ponderação do interesse superior da criança perante outro tipo de considerações.

Por toda esta plasticidade e pluralidade de sentidos, o princípio do superior interesse da criança é muitas vezes visto como desafiante em termos de aplicação prática⁹. Há, no entanto, três factores a ter em conta na avaliação do superior interesse da criança que contribuem para carrear alguma determinabilidade na sua interpretação e aplicação. Em primeiro lugar, a opinião da criança, em função da sua idade e do seu grau de maturidade, de acordo com o artigo 12º. Em segundo lugar, a situação e circunstâncias específicas da criança, designadamente os respectivos factores de vulnerabilidade. Finalmente, o catálogo de direitos protegidos pela própria CDC, que injecta conteúdo substantivo ao artigo 3º e anula assim o risco de decisões aleatórias ou arbitrárias.

O superior interesse da criança foi integrado na legislação nacional dos Estados-Membros da União Europeia, e foi-o também na Carta de Direitos

⁷ É por este motivo que se fará, ao longo desta comunicação, diversas referências aos Comentários Gerais proferidos pelo Comité dos Direitos da Criança, que, constituindo elementos meramente de *soft law*, oferecem a visão do órgão de controlo na compreensão, interpretação e aplicação dos princípios e direitos em causa.

⁸ COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, *Comentário geral n.º 14 sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração*, adoptado pelo Comité na sua sexagésima-segunda sessão (14 de Janeiro — 1 de Fevereiro de 2013), Edição Portuguesa CNPCJP, 2017.

⁹ Assim, PATRÍCIA JERÓNIMO | NADINE FINCH, *Judicial Implementation....*, *ob. cit.*, p. 12.

Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE)¹⁰, que dispõe, no n.º 2 do artigo 24.º, que todos os actos relativos a crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

O princípio do superior interesse da criança — que, como vimos, consiste também num direito oponível ao Estado — é então o ponto de partida¹¹ para decisões sobre o estatuto migratório ou a solução duradoura a dar a cada criança migrante, e vai conformar e modelar, portanto, a actuação daquele¹², numa óptica de interconstitucionalidade e interjusfundamentalidade¹³, ao nível legislativo, ao nível da Administração, e ainda ao nível jurisdicional. Ora, se a acção do Estado, ou melhor, dos poderes públicos (em sentido lato — legislador, administração e tribunais), relativamente a crianças migrantes deve ser apreciada à luz do superior interesse destas, então há algumas consequências que daí decorrem, seja no que toca à protecção a ser conferida previamente à determinação da idade, seja no que tange aos procedimentos de fronteira, seja no que respeita aos procedimentos de determinação da idade, seja ainda no que se refere aos procedimentos de avaliação e determinação do superior interesse, num elenco que inevitavelmente se alastra a diversas matérias conexas e respectivos actos e procedimentos. Pela necessária brevidade inerente a esta comunicação, a opção tomada foi por falar concretamente em três destes *escudos* de protecção que para o Estado resultam relativamente às crianças migrantes e que parametrizam a sua acção, em função das

¹⁰ Que tem, como está bom de ver, plena aplicação aos casos vertentes, por se tratar de matéria — espaço de liberdade, segurança e justiça, e concretamente as políticas comuns previstas nos artigos 78.º e 79.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia — relativamente à qual os Estados-Membros aplicam Direito da União, nos termos do artigo 51.º CDFUE. *Vd.*, sobre este ponto, CHIARA FAVILLI, Overview and Summary of the Obligations of the EU Institutions and State Authorities with regard to the Charter in the Field of Asylum. Proposals for Possible Improvements in EU Legislation and Policies, in ANDREA CRESCENZI *et al.* (Ed.), *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Editoriale Scientifica Napoli, Nápoles, 2018, p. 81.

¹¹ *Vd.* FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA), *Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations*, Focus paper, Setembro de 2019, disponível aqui: <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/returning-unaccompanied-children>, p. 6. Nesse sentido, ver também ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos*, Lisboa, Petrony, 2017, p. 533.

¹² De modo complementar e entrecruzado com outras apreciações jusfundamentais e com os parâmetros de direitos humanos aplicáveis a qualquer pessoa, ainda que não criança. Sobre este ponto, lembra Sofia Oliveira que “[o] desenvolvimento de uma conceção universal dos direitos fundamentais, nos termos da qual a titularidade de direitos não depende da nacionalidade tem vindo a limitar substancialmente este poder dos Estados, que hoje não é livre nem incondicionado”. SOFIA OLIVEIRA, *As medidas administrativas de Afastamento de Estrangeiros*, in *O Contencioso de Direito Administrativo relativo a Cidadãos Estrangeiros*, Centro de Estudos Judiciários — Coleção Formação Inicial, 2017, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Adm_Estrangeiros.pdf, p. 109.

¹³ Para uma explicação mais detalhada sobre os conceitos de interjusfundamentalidade e interconstitucionalidade, *vd.*, por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006.

obrigações ditadas pelo respeito pelo superior interesse daquelas: em primeiro lugar, a protecção contra a detenção; em segundo lugar, a representação legal e suprimento da incapacidade; em terceiro lugar, as obrigações que, no quadro de uma solução duradoura, impedem o retorno.

2. Reflexos da consideração do superior interesse da criança em matéria de gestão das migrações: alguns limites à acção do Estado

2.1. Protecção contra a detenção

Apesar de controversa, pode dizer-se¹⁴ que, actualmente, e à luz, quer do direito internacional, quer da ordem jurídica interna portuguesa, a detenção de imigrantes é ainda aceite, apesar dos diversos limites¹⁵ que, por via legal, jurisdicional e quase-jurisdicional, vêm a este propósito sendo afirmados.

Também a letra da alínea b) do artigo 37.º da CDC permite, em abstracto, e desde que respeitadas determinadas garantias, a detenção de crianças¹⁶. No entanto, tem-se posto, de forma cada vez mais premente, a questão de saber se a detenção administrativa de crianças concretamente para fins de controlo migratório será admissível, atendendo à ponderação do seu superior interesse¹⁷.

¹⁴ Com ANA RITA GIL, A detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional e Internacional, *in Contencioso de Direito Administrativo (cit.)*, p. 189.

¹⁵ Aluda-se, por exemplo, à protecção contra detenção arbitrária conferida pelo artigo 9.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ou ao direito ao controlo judicial da detenção conferido pelo n.º 4 do artigo 5º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, (ou Convenção Europeia dos Direitos Humanos). O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem ainda feito derivar dos limites às finalidades da detenção — impedir a entrada ilegal no território ou promover a expulsão ou extradição de uma pessoa cujo processo esteja em curso — um juízo material de segunda linha quanto à necessidade da detenção para assegurar aqueles mesmos fins. *Vd.* Acórdão de 20/12/2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, queixa n.º 10486/10. Da Directiva 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (que ficou conhecida como a Directiva do Retorno), pode retirar-se um requisito de necessidade e de proporcionalidade na aplicação de medida detentiva, por via quer do Considerando 16, quer da parte inicial do n.º 1 do artigo 15.º

¹⁶ Dispõe a alínea b) do artigo 37.º que “[o]s Estados Partes garantem que [n]enhuma criança será privada de liberdade de forma ilegal ou arbitrária: a captura, detenção ou prisão de uma criança devem ser conformes à lei, serão utilizadas unicamente como medida de último recurso e terão a duração mais breve possível”.

¹⁷ Sobre a emergência de uma incomodidade cada vez maior, no rescaldo da crise de 2015, na arena internacional e dos diversos Estados-Membros da UE, com relação à detenção de crianças migrantes e a necessidade de criar alternativas à detenção, ver, *v.g.*, FRANÇOIS CRÉPEAU | ANNA PURKEY, *Facilitating Mobility and Fostering Diversity: Getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants. CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 92/May 2016. 2016, pp. 12 e ss.. Para uma panorâmica da situação

Ao nível dos mecanismos e órgãos interpretativos das Nações Unidas, está hoje assente que sobre os Estados impende um dever de encontrar alternativas que permitam a permanência das crianças com as suas famílias ou outros cuidadores em contextos comunitários e sem privação de liberdade. O Comentário-Geral Conjunto do Comité para a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e do Comité para os Direitos da Criança, relativo aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional¹⁸, lembrando os 4 princípios essenciais que perpassam toda a Convenção, traz, em 2018, uma proibição absoluta¹⁹ da detenção neste contexto, porque violadora dos direitos da criança e porque contrária em absoluto ao seu superior interesse.

Embora a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ou Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH) não contenha nenhuma disposição relativa à detenção de crianças, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH), em diversas ocasiões, vincou que a extrema vulnerabilidade de uma criança migrante deve ter precedência sobre considerações relacionadas com o seu estatuto migratório. No Caso *Popov c. França*²⁰, em 2012, o TEDH veio dizer que «[t]he child's extreme vulnerability is the decisive factor and [the child's best interest] takes precedence over considerations relating to [migration] status». Já no caso *Mubilanzila c. Bélgica*²¹, o TEDH, tendo tomado em consideração a especial vulnerabilidade da recorrente que lhe advinha do facto de ser criança, tomou uma posição determinante no sentido de conferir uma adicional camada de protecção relativamente a quaisquer outros estrangeiros²².

excepcional que se viveu a partir de 2015, originada pelo afluxo sem precedentes de migrantes e pessoas em necessidade de protecção internacional, e materializada numa reacção securizante, *vd.* o nosso ANA RODRIGUES, A conjuntura pós-2015 e o espaço de liberdade, segurança e justiça — nótula sobre os impactos ao nível da protecção internacional na União Europeia, *in* Alessandra Silveira (coord.), *Interjursfundamentalidade, Internormatividade e Interjurisdicionalidade*, UNIO E-book — Workshop CEDU/UNISC 2016, Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Escola de Direito da Universidade do Minho, ISSN: 2184-1403, Braga, 2017.

¹⁸ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES (CMW), *Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, 16 de Novembro de 2017, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, disponível aqui: <https://www.refworld.org/docid/5a12942a2b.html>.

¹⁹ Proibição que, como está bom de ver, não é directamente vinculativa, revestindo-se o documento mencionado de uma natureza meramente de *soft law*.

²⁰ Acórdão do TEDH de 19/01/2012, *Popov c. França*, queixas n.º 39472/07 e 39474/07, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²¹ Acórdão do TEDH de 12/10/2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, queixa n.º 13178/03 <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²² No mesmo sentido, ANA RITA GIL, *Imigração (cit.)*, pp. 536 e ss..

Ao nível da União, a CDFUE consagra, como já vimos, o superior interesse da criança²³, e a Directiva Condições de Acolhimento²⁴ consagra a obrigação²⁵, para os Estados-Membros, de estabelecerem nacionalmente alternativas à detenção²⁶, para além de também sublinhar a necessidade de tomar primacialmente em consideração o superior interesse da criança²⁷.

A detenção de crianças para fins de controlo migratório é, não obstante tudo o que vimos de dizer, uma prática mais ou menos generalizada. Em Portugal, designadamente, uma percentagem muito significativa de requerentes de protecção internacional especialmente vulneráveis, como crianças não-acompanhadas ou famílias com crianças, é detida e sujeita a procedimentos de fronteira. O Conselho Português para os Refugiados²⁸ tem reportado que os períodos de espera entre os pedidos de asilo feitos por crianças não-acompanhadas ou por famílias com crianças e a entrada no território nacional, com o respectivo encaminhamento para um centro de acolhimento, são um foco de preocupação, especialmente a partir de 2016.²⁹ Seja para averiguações relativas aos documentos de identificação, seja para confirmação dos laços familiares

²³ Concretamente o n.º 2 do artigo 24.º (*Direitos das crianças*) estabelece, como vimos acima, a garantia de que os actos praticados por entidades públicas relativamente às crianças terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

²⁴ Directiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de protecção internacional.

²⁵ Neste mesmo sentido, *vd.* também FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA), *Returning (cit.)*, pp. 19 e ss..

²⁶ O n.º 2 do artigo 11.º (*Detenção de pessoas vulneráveis e de requerentes com necessidades de acolhimento especiais*) estabelece que “[o]s menores apenas devem ser detidos em último recurso e depois de se verificar que nenhuma das medidas alternativas menos coercivas pode ser eficazmente aplicada. Tal detenção deve ser o mais breve possível, devendo ser envidados todos os esforços para libertar os menores detidos e colocá-los em alojamentos adequados para menores”. Relembra ainda o mesmo artigo — aqui também — que “[o] superior interesse do menor, nos termos do artigo 23.º, n.º 2, deve ser uma consideração prioritária para os Estados-Membros”.

²⁷ O n.º 1 do Artigo 23.º (*Menores*) determina que “[o]s interesses superiores da criança constituem uma consideração primordial para os Estados-Membros na transposição das disposições da presente directiva respeitantes aos menores. Os Estados-Membros asseguram um nível de vida adequado ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social dos menores.”. O n.º 2, por seu lado, concretiza alguns dos factores a ter em conta na avaliação dos interesses superiores dos menores, designadamente “a) As possibilidades de reagrupamento familiar; b) O bem-estar e desenvolvimento social do menor, atendendo às suas origens; c) Os aspectos ligados à segurança e protecção, sobretudo se existir o risco de o menor ser vítima de tráfico de seres humanos; d) A opinião do menor, atendendo à sua idade e maturidade”.

²⁸ Organização não-governamental que actua como parceiro operacional do ACNUR em Portugal.

²⁹ *Cf.* informação constante do último Relatório do CPR: CONSELHO PORTUGUÊS PARA OS REFUGIADOS, Relatório de Atividades 2018, Janeiro de 2019, disponível aqui: <http://cpr.pt/publicacoes/relatorio-de-atividades-2018/>, em especial p. 6. Sobre o quadro geral e as alterações verificadas nos procedimentos a partir de 2016, *vd.* informação fornecida pelo CPR à base de dados AIDA (*Asylum Information Database*), do ECRE (Conselho Europeu para os Refugiados e Exílio), disponível em <https://www.asylumineurope.org/reports/country/portugal/detention-vulnerable-applicants>.

alegados, quando a documentação inexistir, seja para procedimentos de determinação da idade, nos casos de crianças mais velhas, a prática tem sido a de deter administrativamente estas crianças para efeitos de controlo migratório, em centros de instalação temporária ou espaços equiparados. A detenção em centro de instalação temporária ou espaço equiparado não só é rotineira como, desde há cerca de dois anos, é mais prolongada do que anteriormente³⁰.

A Provedora de Justiça³¹ tem chamado a atenção — designadamente através do Mecanismo Nacional de Prevenção — para o conflito que em abstracto sempre se verificará entre o superior interesse da criança e a sua privação de liberdade e detenção, mesmo que em centros de instalação temporária ou espaços equiparados, bem como, concretamente, também para a desadequação dos mesmos para a instalação de crianças³².

2.2. Garantia de representação legal e suprimento da incapacidade

Quando se trate de criança não-acompanhada, ou de criança cujos pais não possam exercer as responsabilidades parentais por qualquer razão, deve ser de imediato designado um guardião ou representante³³, mandatado para promover o superior interesse da criança cuja guarda lhe tenha sido designada e suprir a sua incapacidade de exercício, de acordo com o artigo 18.º CDC, desenvolvido também no Comentário Geral n.º 6 do Comité para os Direitos da Criança³⁴, entre outros instrumentos.

³⁰ Na sequência de notícias veiculadas pela comunicação social, no ano passado, foi desencadeada uma inspecção da Inspeção Geral da Administração Interna quanto a este assunto. O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (doravante SEF) e o Ministério da Administração Interna (doravante MAI) pronunciaram-se no sentido de que se trataria de situações, não de detenção, mas meramente de retenção. Trata-se, no entanto, de situações que, efectivamente, devem ser qualificadas como detenção. *Vd.*, concretamente quanto à equivalência prática entre o tipo de retenção a que se referem SEF / MAI e uma privação de liberdade subsumível ao primeiro parágrafo do artigo 5.º da CEDH, a orientação do TEDH no Acórdão de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/>. *Vd.* também, a este propósito, o Acórdão do STJ de 12/03/2008, proc. n.º 08P927, disponível aqui: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3fc70fddbe7e6f68802574200045ade0?OpenDocument&Highlight=0,08P927>, no qual se parte do pressuposto de que “a medida de colocação em centro de instalação temporária ou espaço equiparado constitui uma medida de privação da liberdade, ou seja, uma detenção”.

³¹ No seguimento, aliás, de preocupações já demonstradas no mandato do anterior Provedor.

³² PROVIDOR DE JUSTIÇA, Relatório à Assembleia da República — 2018, Mecanismo Nacional de Prevenção, p. 41.

³³ Em Portugal, por norma, é designado tutor ou curador, consoante os casos, nos termos da legislação e no âmbito da jurisdição cível.

³⁴ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC), *General comment No. 6: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 1 de Setembro de 2005, CRC/GC/2005/6, adoptado pelo Comité na sua trigésima-nona sessão (17 de Maio — 3 de Junho de 2005), disponível aqui: <https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>.

A representação³⁵ tendente a suprir a incapacidade de exercício das crianças constitui, a par da representação processual por mandatário, uma garantia procedimental importante neste contexto. O representante apoia a criança na compreensão da informação prestada, assegura que aquela seja ouvida e as suas opiniões tidas em consideração e 'vigia' cada passo do procedimento, de modo a fazer respeitar os direitos da criança representada. A sua responsabilidade, ao fim e ao cabo, é, representando-a, promover o superior interesse da criança junto dos demais intervenientes, o que implica estar envolvido no planeamento e nas diferentes tomadas de decisão, muito especialmente no que toca à identificação de uma solução duradoura³⁶. Trata-se, portanto, de alguém que tem de estar preparado e capacitado para actuar como intérprete daquele superior interesse, por um lado, e curador da globalidade dos seus direitos, por outro, perante as autoridades do Estado e quaisquer serviços e entidades relevantes. Apesar de ser uma obrigação mais procedimental do que material, a necessidade de designação de representante, com preparação adequada e de forma atempada, assume um carácter instrumental essencial no que toca, por exemplo, quer à protecção conferida à criança contra a detenção, como vimos *supra*, quer às obrigações que, no quadro de uma solução duradoura, impedem o seu retorno, como veremos *infra*. É por esse motivo que deve haver uma preparação e formação específica ministrada a estes representantes³⁷. A nível europeu, tem-se recentemente começado a falar em criar redes mobilizáveis para cada situação e necessidade individual³⁸.

³⁵ A nível internacional, a distinção é terminologicamente mais fácil, uma vez que à representação tendente a suprir a capacidade de exercício se chama, em língua inglesa, *guardianship* e apenas à representação para efeitos processuais se costuma chamar *legal representation*. Diz a este propósito o parágrafo 36 do Comentário Geral n.º 6 do Comité para os Direitos da Criança [UNITED NATIONS CRC, *General comment No. 6 (cit.)*]: "In cases where children are involved in asylum procedures or administrative or judicial proceedings, they should, in addition to the appointment of a *guardian*, be provided with *legal representation*" (sublinhado nosso).

³⁶ Que pode vir a consubstanciar-se numa decisão de reagrupamento familiar, por exemplo, ou de retorno ao país de origem.

³⁷ Note-se que do n.º 1 do artigo 24.º da Directiva Condições de Acolhimento, por exemplo, consta ainda a obrigação de cada Estado-Membro de assegurar a representação dos menores não acompanhados por uma pessoa que, desempenhando as suas funções de acordo com o princípio do interesse superior da criança, possua os conhecimentos necessários para o efeito.

³⁸ Em Itália foi essa a opção, após uma alteração de todo o enquadramento relativo à protecção de crianças não-acompanhadas, através da Lei n.º 47, de 7 de Abril de 2017 (disponível para consulta aqui <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/04/21/17G00062/sg>). Foi a primeira vez, alias, que um Estado-Membro da União Europeia fez aprovar uma medida legislativa com este alcance geral, ao nível da protecção de crianças não-acompanhadas.

Na tentativa de se lograr uma resposta mais uniformizada a nível europeu, a Comissão Europeia tem dado alguns passos no sentido de criar uma rede europeia de instituições de guarda | representação (*guardianship*). Um dos resultados foi a criação da ENGI — European Network of Guardianship Institutions, em parceria com a Fundação NIDOS, uma organização da sociedade civil holandesa. Cf. informação disponível na página da ENGI (disponível aqui <https://engi.eu/>).

Como o Comité para os Direitos da Criança já deixou claro no Comentário-Geral n.º 6³⁹, quaisquer agências ou indivíduos cujos interesses possam de alguma forma, e ainda que potencialmente, conflitar com os da criança não são elegíveis para representantes (tutores). Essa visão ficou igualmente plasmada na Directiva Procedimentos de Asilo⁴⁰. Este ponto é, em Portugal⁴¹, de difícil compaginação com o artigo 1962.º do Código Civil, que comete a tutela, por defeito e na ausência de representante mais adequado, às instituições públicas ou privadas que acolham a criança⁴².

Apesar das disposições inequívocas acerca da necessidade de designar um representante adequado, há crianças não-acompanhadas que continuam sem ter essa designação garantida⁴³, ou pelo menos sem que essa designação seja feita de forma adequada, tendo vindo vários relatórios internacionais a chamar a atenção para a inexistência ou desadequação, nos diversos Estados-membros da União Europeia, de um verdadeiro e eficaz sistema de guarda ou representação⁴⁴. Esta consequência talvez seja mais facilmente explicável pela circunstância de não haver um entendimento uniforme sobre os mandatos de representante e guardião, respectivas tarefas e obrigações, requisitos formais e materiais, qualificações e competências⁴⁵. As próprias previsões legais exis-

³⁹ Vd. UNITED NATIONS CRC, *General comment No. 6 (cit.)*, parágrafo 33.

⁴⁰ Primeiro parágrafo, *in fine*, do n.º 1 do artigo 24.º da Directiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho, relativa a procedimentos comuns em matéria de concessão e de retirada do estatuto uniforme de asilo ou de protecção subsidiária: "As organizações ou pessoas singulares cujos interesses estão ou podem entrar em conflito com os do menor não acompanhado não devem poder ser designadas representantes."

⁴¹ A garantia de inexistência de conflitos de interesses é, aliás, transversalmente pouco respeitada, como decorre das preocupações expressas pelos magistrados representantes de diversos Estados europeus em PATRÍCIA JERÓNIMO | NADINE FINCH, *Judicial Implementation...*, *ob. cit.*, p. 88.

⁴² Prescreve o Artigo 1962.º (*Exercício da tutela*) do Código Civil, primeiro da divisão sistemática relativa à tutela de menores confiados a estabelecimento de educação ou assistência, que, quando "não exista pessoa em condições de exercer a tutela, o menor é confiado à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, exercendo as funções de tutor o director do estabelecimento público ou particular onde tenha sido internado", numa redacção que está, ela própria, já ultrapassada.

⁴³ Problema que, como está bom de ver, se põe com particular acuidade nos casos de requerentes de protecção internacional, embora seja relativamente a estes que mais facilmente se logra assegurar desde logo representação adequada, quer em Portugal quer em diversos outros Estados-Membros da União Europeia.

⁴⁴ O *Ad hoc Committee for the Rights of the Child* (doravante CAHENF) do Conselho da Europa (doravante CdE) estabeleceu, em 2016, um Grupo de Peritos (*Drafting Group of Experts on Children's Rights and Safeguards in the context of migration: CAHENF-Safeguards*) responsável por desenhar orientações aos Estados-partes do CdE sobre guarda e representação (*guardianship*) e sobre procedimentos de determinação da idade, para ser aprovado até ao final de 2018, cujos resultados têm ocasionalmente sido tornados públicos mas que ainda não foram oficialmente emitidos, publicados ou integralmente disponibilizados.

⁴⁵ Sobre este assunto, diagnostica ENGI — EUROPEAN NETWORK OF GUARDIANSHIP INSTITUTIONS, *Towards a European Framework of Guardianship Institutions*, 2010 (disponível aqui <https://engi.eu/about/documentation/>), p. 7: "At this moment, an unaccompanied child coming to Europe will receive different representation in every Member State. One child will get a professional to aid him during his or her reception and asylum claim, another a

tentes são dispersas e diferenciadas em função, por exemplo, de se tratar de uma criança requerente de protecção internacional ou não, vítima de tráfico de seres humanos ou não.

Há ainda, sobre esta questão, mais dois pontos para os quais há quem venha chamando a atenção, em virtude de merecerem alguma clarificação e debate. Por um lado, importa perceber se e como estão garantidas as possibilidades de a criança submeter uma queixa relativa ao seu representante ou pedir a sua substituição.⁴⁶ A designação de representante tanto pode competir à autoridade administrativa⁴⁷ como à autoridade judicial⁴⁸, e a respectiva monitorização e supervisão são geralmente deixadas ao juízo da mesma, sem que haja um enquadramento que permita à criança apresentar qualquer tipo de objecção relativamente à pessoa ou à conduta do representante. Por outro lado, e em especial no caso de conflito entre aquela que é a visão do representante e a necessidade de levar em conta a opinião da criança, importa perceber como encontrar — ou fazer encontrar — o ponto de equilíbrio.

2.3. Obrigações que, no quadro de uma solução duradoura, impedem o retorno⁴⁹

Em Portugal, estão previstos dois tipos de decisão de afastamento do território nacional: aquela que é determinada administrativamente — o afastamento coercivo — e aquela que é ordenada pelo juiz — a expulsão judicial. Contra qualquer destas decisões, bem como contra a decisão de recusa de entrada no território, a CDC e, em particular, o artigo 3º podem oferecer um quadro que, em certas situações, pode ser mais favorável em termos de protecção conferida à criança do que o quadro estrito da protecção internacional. O âmbito que aqui tratamos é, pois, mais amplo do que a proibição de retorno ao abrigo do princípio do *non-refoulement* decorrente da Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e outros instrumentos de Direito Internacional em matéria de asilo e protecção internacional.

Uma avaliação do superior interesse da criança pode impedir uma decisão de retorno que, de outra forma, seria admissível. Não havendo preenchimento das condições para gozar de protecção internacional, ou sequer para beneficiar da protecção concedida ao abrigo da proibição de *refoulement*, pode mesmo assim a criança gozar da protecção conferida directamente pelo artigo 3º CDC.

volunteer. One child will have a guardian specialized in legal issues of unaccompanied minors, another a general guardian having a responsibility for local elderly as well. One guardian may have 60 children in his or her care, another has one or two."

⁴⁶ Ver, por todos, FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA), Guardianship for Children Deprived of Parental Care. A Handbook to Reinforce Guardianship Systems to Cater for the Specific Needs of Child Victims of Trafficking, 2014, disponível aqui: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-guardianship-children_en_0.pdf, pp. 54 e ss..

⁴⁷ Que é o que se passa, por exemplo, em Espanha.

⁴⁸ Como acontece, por exemplo, em Portugal.

⁴⁹ Falaremos, indiscriminadamente, de retorno, por redução lexical e como sinónimo de expulsão, devolução, afastamento ou regresso.

Como aponta o Comité para os Direitos da Criança, no Comentário-Geral nº 6⁵⁰, se o retorno puder resultar em violação de direitos fundamentais da criança, ainda que essa violação não configure uma situação de proibição de *refoulement* ao abrigo de outros princípios de direito internacional — designadamente os inscritos na Convenção de Genebra, na CEDH ou na Convenção contra a Tortura —, o Estado pode não ter a opção de proceder ao retorno da criança, bastando para isso que, da ponderação de todos os factores, a permanência da criança se mostre mais consentânea com o seu superior interesse. Há outras considerações que podem superar o superior interesse da criança, como concede o próprio Comité dos Direitos da Criança⁵¹, mas essas considerações terão sempre de comportar um exercício de concordância prática que tenha por base outros direitos, e não simples interesses gerais, como é o caso do controlo migratório.

Em regra, as crianças são devolvidas ou sujeitas a medidas de afastamento do território por razões que dizem respeito exclusivamente à situação dos pais, sem uma avaliação individual da sua situação, designadamente no que tange ao seu grau de integração na sociedade de acolhimento, que pode ser ou não equivalente à dos respectivos pais. É, portanto, necessário ponderar os vários aspectos atinentes à integração de cada membro do agregado familiar individualmente, até pelo facto de que um determinado período de tempo poderá fluir de forma diferente consoante se trate de uma criança ou de um adulto, com implicações diversas ao nível do respectivo grau de integração.⁵²

A entrada ou permanência no território pode, efectivamente, ser a solução que melhor se coaduna, em concreto, com o superior interesse da criança em causa, seja no sentido de permitir a unidade da vida familiar⁵³, seja porque o reagrupamento familiar no país de origem ou num país terceiro é de todo em todo impossível ou indesejável, seja ainda por motivos humanitários.⁵⁴ Pode ainda dar-se o caso de as autoridades não conseguirem demonstrar que a criança vai ser efectiva e adequadamente acolhida e assistida, o que faz despontar um risco de que ela venha a ficar numa situação de abandono, ou de extrema pobreza, ou de especial vulnerabilidade. Ora, falhando essa demonstração, o retorno é considerado ilegal.^{55 56}

⁵⁰ Veja-se UNITED NATIONS CRC, *General comment No. 6 (cit.)*, parágrafo 84.

⁵¹ *Idem*, parágrafo 85.

⁵² Assim, PATRÍCIA JERÓNIMO | NADINE FINCH, *Judicial Implementation...*, *ob. cit.*, p. 46.

⁵³ Sobre o conceito de unidade da vida familiar, *vd.*, por todos, ANA RITA GIL, *Imigração (cit.)*, p. 360. Sobre o nível de protecção mais elevado garantido pelo TEDH no que toca à protecção da unidade da vida familiar e a sua complementaridade com a consideração do superior interesse da criança, *ibidem*, p. 485.

⁵⁴ PATRÍCIA JERÓNIMO | NADINE FINCH, *Judicial Implementation ...*, *ob. cit.*, p. 44

⁵⁵ Nesse mesmo sentido, *idem*, p. 47.

⁵⁶ Escusado será dizer que esta demonstração por parte das autoridades não se basta com a mera existência de acolhimento e assistência, mas implicará necessariamente uma apreciação material da sua adequação. Em anos recentes, têm sido ensaiadas estratégias, por parte de alguns Estados-Membros da UE e das suas próprias instituições, no sentido de abrir centros de acolhimento nos países terceiros, de modo a abrir caminho para um mais fácil retorno dos

O retorno de uma criança só será portanto concretamente admissível quando as suas circunstâncias tenham sido individualmente consideradas pelas autoridades do Estado e estejam cumulativamente cumpridas as seguintes condições: seja decidido no seu superior interesse; constitua, para aquela criança, uma solução duradoura; não implique risco de danos irreparáveis (independentemente de os danos serem infligidos por entidades estatais ou não-estatais) e consequências nefastas para a criança a devolver; tenha sido possível recorrer da decisão tomada. Note-se que, nesta óptica, não se afigura igualmente como lícita uma recusa de entrada no território do Estado ou a sujeição a uma 'operação de *push-back*'⁵⁷, na medida em que não é possível dar cumprimento aos requisitos referidos.⁵⁸ Recentemente, o Comité para os Direitos da Criança, na sua veste de órgão de monitorização da Convenção, veio dizer exactamente isto, no âmbito de um procedimento de comunicação individual. No caso *D.D c. Espanha*⁵⁹, os factos dizem respeito a uma criança não-acompanhada que permaneceu várias horas no cimo de um muro que delimita a fronteira entre território espanhol e marroquino, em Melilla, sem ter durante esse período recebido qualquer tipo de assistência, tendo sido de imediato detido e devolvido pela *Guardia Civil* a território marroquino, mal desceu o muro para o lado espanhol. Considera o Comité que, ao não ter o requerente sido submetido, previamente à devolução, a uma avaliação inicial para determinar a sua condição de criança não-acompanhada, nem lhe ter sido feita entrevista ou modo diverso de explicitar as suas circunstâncias e vulnerabilidades pessoais, objectando assim a uma eventual deportação, o

respectivos nacionais. Tratando-se geralmente de países numa situação de pós-conflito, extrema pobreza, violência generalizada ou outros factores de instabilidade, a mera existência de instalações de acolhimento não permite presumir que os sistemas de protecção de crianças são de molde a prestar os cuidados e a protecção devidos. Cf., a este propósito, *ibidem*, p.45.

⁵⁷ As chamadas 'operações de *push-back*', em terminologia inglesa, prática para a qual não existe um termo equiparado em português, mas que, numa tradução livre, se poderiam traduzir por operações materiais de afastamento sumário, são uma prática proibida pelo Direito Internacional mas rotineiramente levada a cabo em algumas das fronteiras externas da União Europeia, quer marítimas quer terrestres. Consistem no conjunto de medidas postas em prática, por uma autoridade policial ou de fronteira, com o propósito de prevenir, interromper ou parar o movimento de pessoas que não tenham a necessária documentação para atravessar as fronteiras internacionais por terra, ar ou mar e que se dirijam ao país de destino em causa, antes ou imediatamente após a travessia da mesma, empurrando-as para trás (daí o *pushback*). Sobre este ponto, *vd.* a. Resolução n.º 2299 (2019) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, *Pushback policies and practice in Council of Europe member States*, adoptada na 27.ª Sessão, a 28 de Junho de 2019, disponível aqui: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28074&lang=en>.

⁵⁸ Assim também a Resolução n.º 1810 (2011) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adoptada na 18.ª Sessão, a 15 de Abril de 2011, disponível aqui: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17991&lang=EN>, parágrafo 5.3.

⁵⁹ Decisão do Comité dos Direitos da Criança de 12/02/2019, *Caso D.D c. Espanha*, Comunicação n.º 4/2016, disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/CRC-C-80-DR-4-2016.docx>

Estado espanhol violou as suas obrigações ao abrigo da CDC, designadamente no âmbito do artigo 3.º.^{60 61}

3. Conclusões

O superior interesse da criança é — ou deverá ser — o ponto de partida para decisões sobre o estatuto migratório ou a solução duradoura a dar a cada criança migrante, e vai conformar a acção do Estado e poderes públicos, estabelecendo limites que a parametrizam.

Da análise a três desses limites feita neste texto, que respeitam concretamente à protecção contra a detenção para fins de controlo migratório, por um lado, à necessidade de assegurar adequada representação legal para suprimimento da incapacidade, por outro, e às obrigações que, no quadro de uma solução duradoura, podem impedir uma decisão de retorno, por outro ainda, o que ressalta é que nem sempre esses limites estão expressamente consagrados na legislação nacional dos Estados, ou tacitamente assumidos nas políticas e práticas respectivas. É, portanto, necessário, quanto a cada um deles, proceder a um esforço interpretativo que permita o pleno respeito pelo Direito Internacional e pelo Direito da União Europeia. De modo a assegurar a não detenção de crianças, acompanhadas ou não das suas famílias, para fins de controlo migratório; a imediata, adequada, isenta e qualificada representação de crianças não-acompanhadas ou cujos pais não possam exercer as responsabilidades parentais; e a garantia de um exame individual e sindicável da situação da criança à luz do seu superior interesse, de modo a avaliar a concreta admissibilidade de uma decisão de retorno⁶².

⁶⁰ Concretamente conjugado com o artigo 20.º da Convenção, que dispõe que a criança privada do seu ambiente familiar ou que, no seu superior interesse, não possa ser deixada em tal ambiente tem direito à protecção e assistência especiais do Estado.

⁶¹ Para um exame mais detalhado da decisão, *vd.* VERA WRIEDT, *Pushbacks Rejected: D.D. v. Spain and the rights of minors at EU borders*, *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog* — Odysseus Network, Abril de 2019.

⁶² No tempo que mediou entre a conclusão deste texto e a sua publicação, foram divulgadas as Observações Finais do Comité das Nações Unidas para os Direitos da Criança quanto ao quinto e sexto relatórios de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança, a 27 de Setembro de 2019, das quais resultaram, quanto a esta matéria, algumas recomendações ao Estado português a que não quisemos deixar de fazer menção (ainda que inevitavelmente perfunctória), por incidirem justamente na selecção de preocupações que aqui optámos por analisar: «ensure that *any form of detention* of migrants and asylum seekers under the age of 18 years, of unaccompanied children and families with children *is avoided*, and guarantee the implementation of alternatives to detention»; «[a]ssess and determine the best interests of the child at the different stages of migration and asylum procedures that could result in the detention or deportation due to their migration status»; «improve the identification and registration of unaccompanied and separated children, including through *ensuring that they are provided, immediately after they have been identified, with effective legal representation and an independent guardian*»; «[p]rioritize the immediate transfer of asylum-seeking children and their families out of temporary detention, reception and

care centres, and adopt permanent and sustainable resettlement options for refugees, particularly children and their families, to ensure that they are given lawful stay and reasonable access to employment and other opportunities» (sublinhado nosso). *Vd. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic report of Portugal*, adoptadas pelo Comité na sua 82.^a sessão (9 — 27 de Setembro de 2019), CRC/C/PRT/CO/5-6, disponível em https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/PRT/CRC_C_PRT_CO_5-6_37295_E.pdf, p. 13.

A PROTEÇÃO DA VÍTIMA MIGRANTE

THE PROTECTION OF THE MIGRANT VICTIM

Mariana Pinto *

RESUMO

A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) é uma organização sem fins lucrativos que tem como missão apoiar as vítimas de crime, as suas famílias e amigos, prestando-lhes serviços de qualidade, gratuitos e confidenciais, bem como contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas, sociais e privadas centradas no estatuto da vítima. Reconhecendo as vulnerabilidades específicas dos/as cidadãos/ãs migrantes vítimas de crime, foi desenvolvida a Unidade de Apoio à Vítima Migrante e de Discriminação (UAVMD). Esta trata-se de uma sub-rede especializada da APAV dedicada ao apoio a pessoas de nacionalidade não portuguesa — imigrantes, refugiados ou que se encontrem em Portugal temporariamente por outros motivos — que tenham sido vítimas de qualquer tipo de crime. É ainda especializada na intervenção em alguns tipos de crime, independentemente da nacionalidade da vítima, nomeadamente: tráfico de seres humanos, mutilação genital feminina, casamento forçado, crimes de ódio e discriminação, bem como nas situações de discriminação enquanto contraordenação.

Palavras chave — Apav, Vítima

ABSTRACT

The Portuguese Association for Victim Support (APAV) is a non-profit organization whose mission is to support victims of crime, their families and friends, providing them with quality services, free and confidential, as well as contributing to the improvement of public, social and private policies centered on the status of the victim. Recognizing the specific vulnerabilities of migrant

* Associação Portuguesa de Apoio à Vítima — Unidade de Apoio à Vítima Migrante e de Discriminação. Rua da Fábrica Social, nº 17, 2º piso, 4000-201 Porto. uavmd.porto@apav.pt

citizens victims of crime, Support Network for Migrant and Discrimination Victims (UAVMD) was developed. It is a specialized network dedicated to providing support to non-Portuguese persons — immigrants, refugees or people temporarily residing in Portugal for other reasons — who have been victims of any type of crime. It also specializes in support in relation to certain types of crime, regardless of the nationality of the victim, such as human trafficking, female genital mutilation, forced marriage, hate crimes and discrimination, as well as situations of discrimination that amount to misdemeanors.

Key Words — Apav, Victim

SUMÁRIO: 1. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2. Unidade de Apoio à Vítima Migrante e de Discriminação. 2.1. Apresentar queixa/denúncia do crime. 2.2. Pedido de indemnização. 2.3. Cuidados de saúde. 2.4. Apoio judiciário. 2.5. Impacto do crime.

1. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) é uma instituição particular de solidariedade social, pessoa coletiva de utilidade pública, que tem como objetivo estatutário promover e contribuir para a informação, proteção e apoio aos cidadãos vítimas de infrações penais. É, em suma, uma organização sem fins lucrativos e de voluntariado, que apoia, de forma individualizada, qualificada e humanizada, vítimas de crime.

A missão da APAV é apoiar as vítimas de crime, as suas famílias e amigos, prestando-lhes serviços de qualidade, gratuitos e confidenciais, bem como contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas, sociais e privadas centradas no estatuto da vítima.

Atualmente, a APAV conta com uma rede de 18 Gabinetes de Apoio à Vítima em território nacional, sendo estes os locais de prestação de serviços de apoio. A APAV tem também disponíveis unidades itinerantes, nomeadamente no Alto Alentejo e Santarém. Igualmente foi criado o Sistema Integrado de Apoio à Distância (SIAD), onde se poderão incluir os contactos realizados através da Linha de Apoio à Vítima (116 006), bem como os atendimentos efetuados pelas redes sociais.

Para além da rede nacional de gabinetes, a APAV apresenta também a rede de Casas Abrigo para mulheres e crianças vítimas de violência e três sub-redes de apoio especializado: a RAFAVHVT (rede de apoio a familiares e amigos de vítimas de homicídio e vítimas de terrorismo), a rede CARE (para o apoio especializado a crianças e jovens vítimas de violência sexual) e a Rede de Apoio à Vítima Migrante e de Discriminação (UAVMD).

2. Rede de Apoio à Vítima Migrante e de Discriminação

A Rede UAVMD é uma sub-rede especializada da APAV dedicada ao apoio a pessoas de nacionalidade não portuguesa — imigrantes, refugiados ou que se encontrem em Portugal temporariamente por outros motivos — que tenham sido vítimas de qualquer tipo de crime. É ainda especializada na intervenção em alguns tipos de crime, independentemente da nacionalidade da vítima, nomeadamente: tráfico de seres humanos, mutilação genital feminina, casamento forçado, crimes de ódio e discriminação, bem como nas situações de discriminação enquanto contraordenação.

Esta rede específica tem como objetivo fazer face às problemáticas destes públicos-alvo, que tendo em conta a sua especial vulnerabilidade, são alvos preferenciais de diversos tipos de crime que carecem de apoio especializado.

Deste modo, em 2005, em colaboração com o Alto Comissariado para as Migrações (ACM), a APAV desenvolveu a Unidade de Apoio à Vítima Imigrante e de Discriminação Racial ou Étnica (UAVIDRE, dando origem à atual UAVMD).

Atualmente, a Rede UAVMD é composta por quatro unidades espalhadas pelo território português de um modo estratégico e indo de encontro com as tendências migratórias: no Porto, Lisboa, Portimão e Açores.

O apoio prestado pela UAVMD é independente do estatuto em Portugal e da situação documental da vítima ou denunciante. Igualmente este apoio poderá ser prestado numa língua que compreenda, de acordo com a disponibilidade da equipa de Técnicos de Apoio à Vítima ou com recurso ao Serviço de Tradução Telefónica.

Esta rede especializada foi desenvolvida após a constatação de que os cidadãos imigrantes e estrangeiros vítimas de crime carecem de apoio especializado, que leve em conta as suas vulnerabilidades específicas. Existem alguns aspetos que podem dificultar ou, em alguns casos, limitar o exercício dos direitos, como o desconhecimento das instituições de apoio existentes em Portugal, o não domínio da língua portuguesa, a inexistência de uma rede de suporte no país, o não domínio da língua portuguesa e o facto de não ter a sua documentação regularizada. Tais circunstâncias podem fazer com que as/os cidadãs/ãos migrantes vítimas de um crime fiquem numa situação de especial vulnerabilidade, demandando apoios específicos. No entanto, as/os cidadãs/ãos estrangeiras/os que sejam alvo de uma situação de crime têm os mesmos direitos de qualquer cidadão português, nomeadamente o direito de reportar os factos às autoridades policiais, de receber protecção e apoios institucionais, e de ter um/a advogado/a para representá-lo/a no processo-crime.

Assim, os técnicos de apoio à vítima da Rede UAVMD trabalham para que as vítimas de crime que contactam a APAV, bem como os seus familiares e amigos, beneficiem de um apoio especializado de profissionais capazes de responder às suas necessidades específicas, conhecedores dos obstáculos particulares que enfrentam e sensibilizados para as dificuldades que caracterizam os processos de migração e para o impacto que alguns crimes têm nas suas vítimas.

2.1. Apresentar queixa/denúncia do crime

Todos/as os/as cidadãos/ãs estrangeiros/as, estejam ou não documentados/as em território nacional, têm o direito de apresentar uma denúncia ou queixa quando são vítimas de um crime. Nenhuma autoridade policial ou judicial pode recusar receber uma denúncia/queixa com base no facto de que a vítima não possui visto ou autorização de residência em Portugal.

Mesmo que esteja em situação irregular, não pode ser vedado à/ao cidadã/ão migrante a possibilidade de apresentar uma queixa-crime. No entanto, os agentes policiais têm a obrigação de comunicar ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) que tiveram conhecimento da situação de um/a cidadão migrante indocumentado/a, o que resultará no envio de uma notificação por parte do SEF informando sobre a obrigatoriedade de regularizar a sua situação documental, sob pena de receber uma ordem para abandono voluntário do território nacional.

2.2. Pedido de indemnização

As vítimas de crime nacionais ou estrangeiras, mesmo que estejam em situação irregular, podem fazer um pedido de indemnização. São dois os pedidos de indemnização possíveis: o pedido feito ao autor do crime, no próprio processo-crime, e o pedido feito ao Estado, no caso dos crimes violentos e de violência doméstica. Se a vítima de um crime violento tenha a sua residência habitual noutro Estado Membro da União Europeia, poderá apresentar o seu pedido de indemnização perante a autoridade do seu Estado de residência com competência para apreciar e decidir sobre este tipo de pedidos.

2.3. Cuidados de saúde

Todas as pessoas têm direito a receber cuidados de saúde através do sistema público, mesmo os estrangeiros em situação irregular. Nenhum hospital ou centro de saúde pode recusar atendimento a uma pessoa pelo facto de ela ser estrangeira ou de estar indocumentada, especialmente nas situações em que a pessoa em questão foi vítima de crime.

2.4. Apoio judiciário

Os/as cidadãos/ãs migrantes que tenham a situação regularizada no país, podem solicitar à Segurança Social que lhes conceda o apoio judiciário, por exemplo através da nomeação de um/a advogado/a para representá-lo/a no processo-crime. No entanto, os cidadãos de nacionalidade brasileira que estejam em situação irregular em Portugal, por uma questão de reciprocidade, poderão também beneficiar deste tipo de apoio.

2.5. Impacto do crime

As pessoas afetadas por um crime podem apresentar algumas reações emocionais e até mesmo físicas, que resultam do impacto negativo da situação de vitimação. No caso das/os cidadãs/ãos migrantes, estas reações podem ter algumas características específicas, eventualmente colocando em causa a perceção do/a migrante sobre si próprio/a e sobre a sua aceitação pela comunidade de acolhimento. A gestão de tais sintomas, através do apoio psicossocial e psicológico, pode ajudar a minimizar estes efeitos, trazendo algum conforto e estabilidade para os/as migrantes ou estrangeiros vítimas de crime e/ou às vítimas de discriminação.

Imediatamente após a ocorrência do crime, as vítimas podem sentir pânico, um estado de choque emocional, fortes reações físicas e psicológicas (como choro, falta de forças, apatia, tremor), medo de morrer, impressão de estar a viver um pesadelo, desejo de voltar imediatamente ao país/comunidade de origem, sentimento de que não é bem-vindo pela comunidade portuguesa, desorientação, sentimento de solidão (principalmente se não tiver rede de amigos ou familiares em Portugal), sentimento de impotência e de raiva e vontade de fazer justiça pelas próprias mãos.

Já nos dias e semanas seguintes ao crime, poderá existir dúvida quanto à normalidade das suas reações, ambivalência emocional, mudanças bruscas de humor, reconsideração do seu projeto migratório e, nos casos de discriminação e de crimes de ódio, questionamentos sobre as suas características pessoais que foram atacadas com a prática do crime.

Reações a nível ...		
Físico	Psicológico	Psicossocial
<ul style="list-style-type: none"> ○ Perda de energia; ○ Apatia; ○ Insónia ou sono excessivo; ○ Diminuição dos níveis de resistência; ○ Dores musculares; ○ Dores de cabeça e/ou enxaquecas; ○ Distúrbios ao nível da menstruação; ○ Arrepios e/ou afrontamentos; ○ Problemas digestivos; ○ Tensão arterial alta; ○ Mudanças no comportamento sexual. 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Culpa ○ Sentimento de ser injustamente tratado; ○ Raiva; ○ Desconfiança; ○ Tristeza; ○ <i>Flashbacks</i>; ○ Falta de motivação. 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Solidão; ○ Tensões familiares e conjugais; ○ Medo de estar sozinho; ○ Falta da família e rede de apoio do país ou comunidade de origem; ○ Sentimento de incompreensão por parte dos outros; ○ Evitamento de locais que causam um sentimento de insegurança.

CONCLUSÕES

NOTAS FINAIS

FINAL REMARKS

Luísa Neto*

SUMÁRIO: 1. *As determinantes das políticas públicas no que diz respeito à gestão da diversidade.* 2. *A atual maior visibilidade da diversidade.* 3. *A (discutível) neutralidade do Estado e a redefinição do sujeito liberal.* 4. *As tensões “unidade”/“diversidade” e “liberdade”/“igualdade”.* 5. *O diverso e as (eventuais) necessidades acrescidas de proteção jurídica.* 6. *Da discussão da alteridade à discussão sobre a nossa identidade*

1. As determinantes das políticas públicas no que diz respeito à gestão da diversidade

A organização do Seminário¹ — que cabe ao Projeto *Vulnerabilidade e Diversidade: Direitos Fundamentais em Contexto (2017-2021)*, da Linha de Investigação *Direito, Pessoas e Poder* do CIJE-FDUP — insere-se na constatação de um Estado social e culturalmente diversificado, aquém e além fronteiras, atenta a rede complexa de internormatividade e a realidade da produção multinível do Direito.

* Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP, rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, Portugal, Ineto@direito.up.pt

¹ Atenta a natureza de Conclusões do presente texto, todas as referências a autores não especificamente identificadas em Nota correspondem à autoria das comunicações constantes do Programa do Seminário, ainda que nalguns casos os respetivos textos não tenham sido entregues para integrar as Atas.

Esta evidência — com contornos académicos, com relevância de aplicação judicial e de *indirizzo* para instituições públicas e interface da sociedade civil — tem sido aliás objeto de especial desafio também por fenómenos recentes como os de surtos migratórios que, embora não inéditos na história, apresentam proporções crescentes e obrigam a uma atenção permanente, ao desenvolvimento de atitudes de acolhimento e à adaptação das instituições e estruturas sociais às novas e complexas realidades humanas, sociais e culturais.

Nesta sociedade em mudança, e em mudança para a diversidade, a educação para a cidadania, deve relevar precisamente da questão transversal de qual seja o estatuto jurídico-constitucional do outro, do diverso, do estrangeiro — como sempre salienta Anabela Leão — e as obrigações que daí resultam para o Estado, *rectius*, para os poderes públicos (em sentido lato — legislador, administração e tribunais), enquanto promotores e garantes da inclusividade constitucional e titulares de um dever de hospitalidade, escalpelizado por Pedro Jacob Morais na sua comunicação e complexificado “em tempos de desafio e maldição”.

Se esta cidadania é uma qualidade de todos os membros de uma sociedade, conferindo-lhes direitos e deveres de participação na vida cívica e política, o modo como esta experiência é vivida de forma desigual pelos cidadãos, importa, na prática, o confronto com uma cidadania de dimensões múltiplas e de geometria variável. Assim, a capacidade inclusiva da cidadania não corresponde apenas a uma igualização de direitos formais, mas também a um sentimento de pertença baseado na lealdade a uma civilização que é propriedade comum.

Neste sentido, a diversidade e — *maxime* a interculturalidade — interroga o Direito Constitucional e a dogmática dos Direitos Fundamentais — mas também as políticas públicas penais, providenciais, urbanísticas —, impondo uma reflexão sobre a necessidade e/ou oportunidade de uma refundação da teoria e conceito de Direitos Humanos, em torno dos conceitos de “tolerância”, “referência cultural”, “valores fundamentais comuns” e “dignidade da pessoa humana no seu papel de âncora do sistema e de “fundamento de unidade” da comunidade política.

2. A atual maior visibilidade da diversidade

Enquanto facto ou enquanto perspectiva normativa, o contexto da diversidade étnica, religiosa, cultural e linguística da Europa, implica uma vitalidade que deve ser acarinhada e valorizada. Lia-se na Declaração política adaptada pelos ministros dos estados membros do Conselho da Europa a 13.9.2000, na sessão final da Conferência Europeia contra o Racismo, é fulcral “dar atenção particular à educação no sentido de promover um clima de tolerância, de respeito pelos direitos humanos e diversidade cultural, introduzindo e reforçando estas medidas entre as crianças e os jovens”.

Ora, como se disse, a diversidade resulta hoje de uma constatação fisiológica do modo de ser social. Mas é também não raro encarada como ameaça patológica e perturbação do normal funcionamento das sociedades ditas democráticas. E, neste sentido, qual seja o *quantum* de vulnerabilidade para efeitos de proteção face a eventual discriminação é assunto discutido e discutível.

3. A (discutível) neutralidade do Estado e a redefinição do sujeito liberal

Acresce que o sujeito liberal surge hoje precisamente nas vestes de um sujeito vulnerável mas não unidimensional, como nos recorda Martha Fineman².

E uma eventual (e discutível) neutralidade do Estado — tratada v.g. por Patrícia Jerónimo — implica precisamente encontrar os deveres e os limites da atuação pública de proteção das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e de delimitação do dever estadual de reconhecimento ativo — na vertente do respeito e na vertente da promoção, *maxime* em sede de ações afirmativas — da diversidade a que nos vimos referindo.

Não sendo apenas uma questão de minorias — visíveis ou invisíveis no espaço público ou com maior ou menor integração em termos de estatuto socio económico — parece evidente o alarme social muitas vezes resultante da aferição da cultura e da religião como formas de diversidade e de distinção -, importa não ajudar à difusão de estereótipos e de pré-compreensões mormente num tempo em que considerações de tipo discriminatório vão tendo acolhimento político e recompensa eleitoral.

Apenas exemplificativamente, Fernando Arlettaz tratou o tema no contexto da *vulnerabilidade e estereotipação na atividade de controlo de fronteiras*, não deixando de salientar que uma ilusória busca de segurança lida precisamente com a estereotipação que amplia a vulnerabilidade ao criar sistemas específicos de controlo de movimentos para cada categoria.

4. As tensões “unidade”/“diversidade” e “liberdade”/“igualdade”

Esta mesma dimensão foi acentuada por Maria José Casa-Nova que salientou a multidimensionalidade da(s) desigualdade(s) e a crença no poder da norma reguladora como forma de emancipação e não de limitação: enquanto construção assumidamente social, a realidade aproxima-se mais da possibilidade do que de uma restrita aplicação de juízo probabilístico.

² Veja-se, *passim*, MARTHA FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, Yale Journal of Law & Feminism, Yale Journal of Law & Feminism, Volume 20, Issue 1, 2008

Neste sentido, os casos de aplicação judicial tratados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reequacionam a tensão entre vulnerabilidade e igualdade e, neste contexto, as considerações das tensões “unidade”/“diversidade” e “liberdade”/“igualdade” tratadas v.g. por Carmen Montesinos Padilla no contexto específico da discriminação múltipla (da mulher migrante e pobre) em contextos empresariais transnacionais, ou por Alexandra Fabião no contexto da intervenção sistémica e da intervenção local quanto à criminalidade juvenil e da consciência do empoderamento que resulta da pedagogia para a democracia através da capacitação para a formação de cidadãos democráticos, ou ainda por Rita Mota de Sousa na visão do *continuum* de violência a exigir a abordagem integrada da Convenção de Istambul na discussão jurisprudencial do enquadramento dos atos de violência contra as mulheres.

5. O diverso e as (eventuais) necessidades acrescidas de proteção jurídica

A discussão sobre a necessidade ou vantagem de proteção do diverso — no contexto da identidade pessoal tratada por Adriana Matos, da discriminação migrante infantil tratada por Ana Maria Rodrigues, das medidas de segurança e da aplicação do princípio da proporcionalidade quanto à determinação das finalidades determinantes do tratamento de dados pessoais para efeitos de securitização tratadas por Caroline Barbosa, ou das redes de proximidade na proteção das vítimas migrantes como acentuadas por Mariana Pinto ou Willian Gomes — parece implicar uma articulação de uma discussão genérica das políticas públicas em conjugação com a de imperiosa filosofia *bottom up* que concretize em termos efetivos a proteção jusfundamental reclamada.

É que a riqueza da diversidade não implica no entanto prescindir de testar a inclusividade e de ponderar a “igualdade” e a “diferença” e impõe sempre o critério de cumprimento de uma (ainda que abertamente discutida) *rule of law* que se possa afastar de um modelo de compaixão solidária ética e se converta em exigência jurídica, como salienta Martha Nussbaum³.

6. Da discussão da alteridade à discussão sobre a nossa identidade

A discussão do binómio eu/outro parece em qualquer caso questionar a nossa identidade comum. De facto, o reconhecimento do outro — *soi même* como um outro, adiantado por Paul Ricoeur⁴ — justifica a visão da alteridade ainda como um modo de redefinição da identidade, que nos descobre afinal

³ MARTHA NUSSBAUM, *Compassion: The Basic Social Emotion*, Social Philosophy and Policy, 13 (1), 27, 1996

⁴ PAUL RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990

ignorantes: não sabemos quem somos, numa evidência atual de incompreensão da fórmula *we the people* enquanto abstração de pessoas livres e iguais, órfãos do véu de ignorância de Rawls; mas não sabemos quem são os outros, na preferência pela(s) desigualdade(s) enquanto critério de acção, como tem acentuado Pierre Rosanvallon⁵.

Como diria Anabela Leão⁶ numa tese que tarda em sair, esta identidade importa i) reconhecimento da liberdade de autoidentificação e de autodeterminação cultural; ii) reconhecimento de dimensões individuais e de dimensões colectivas e institucionais; e a iii) imposição de deveres estaduais.

Trata-se de tomar consciência e de promover uma protecção constitucional adequada da alteridade, numa cultura de proximidade que valora a função de inclusividade do princípio da igualdade a par da diferença, como tem sido salientado pela Agência Europeia de Direitos Fundamentais, pela Comissão de Veneza ou como o Conselho da Europa deixou em letra de forma na Recomendação CM/Rec (2010) 7 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa que aprovou a Carta sobre a Educação para a Cidadania Democrática e para os Direitos Humanos que dela faz parte integrante.⁷

Mais que todos iguais e todos diferentes, talvez valesse dizer, mais profundamente dentro deste conceito de pessoa, que devemos educar para a consciência e o valor de sermos únicos.

E, nesse sentido, *[T]hey are us* — como exclamou a primeira ministra da Nova Zelândia, Jacinda Arden, reagindo aos ataques a duas mesquitas em Março de 2019 —, e *We are them*, como se tentou perceber neste Seminário.

⁵ PIERRE ROSANAVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006

⁶ ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e Interculturalidade — da diferença à referência*, dissertação de doutoramento apresentada à FDUNL, 2013 (no prelo), pp. 283 a 360 sobre as dimensões de juspositivação e os reflexos da protecção da cultura e da diversidade cultural no direito internacional e no direito estrangeiro e a tutela constitucional portuguesa da identidade e diversidade culturais.

⁷ LUÍSA NETO, *Educação e(m) democracia*, Porto, Editorial UP, 2016.

