

FRONTERAS Y DERECHOS:
SOBRE ALGUNAS INCOHERENCIAS Y FALACIAS
EN LAS RESPUESTAS DE LA(S) DEMOCRACIA(S)
LIBERAL(ES) AL DESAFÍO DE LAS MIGRACIONES FORZADAS

Javier de LUCAS*

SUMARIO: I. Introducción. II. Fraternalidad, solidaridad, reconocimiento y humillación, claves olvidadas por el liberalismo igualitario. III. La construcción de un estatus jurídico para los inmigrantes, contrario a los principios básicos del Estado liberal de derecho. IV. Un estatus jurídico de los refugiados que viola la legalidad internacional, europea e interna.

I. INTRODUCCIÓN

Mi contribución a este merecido homenaje al profesor y amigo Rodolfo Vázquez se refiere a un problema sobre el que él mismo ha escrito en varias ocasiones,¹ aunque no sea en rigor uno de los objetivos centrales de su reflexión. Pero no ha escapado a su perspicacia la relevancia de este problema en los términos estrictos de la filosofía jurídica y política, tal como él la profesa. Me refiero a los desafíos que plantea la lógica jurídica y política de las políticas migratorias y de asilo (hoy, sobre todo las europeas, pero también las de México, Estados Unidos o Australia), en términos de su coherencia con las exigencias de los derechos humanos y de la democracia liberal igualitaria, inclusiva y pluralista que siempre ha defendido nuestro Rodolfo Vázquez.

Quisiera precisar bien el alcance de mi propuesta. No se trata de denunciar que materialmente, aquí o allá, con frecuencia x o z , esas políticas

* Universidad de Valencia.

¹ Para conversar con él, he escogido su artículo “Inmigración, ciudadanía, fronteras”, en el núm. 29, 2008, de la revista *Isonomía*, en el que Rodolfo Vázquez dialoga sobre estos temas, con su generosidad habitual, con otro amigo y apreciado colega, Ermano Vitale.

toleren o aun propicien e incentiven malas prácticas. Lo que pretendo señalar es que la lógica jurídica y política que las inspira y que nuestros Estados ponen en práctica, es inaceptable, por incongruente con el reconocimiento y garantía efectiva de derechos y con los principios del Estado de derecho y del liberalismo igualitario. Aún más, creo que el problema reside en algunas insuficiencias del propio modelo del liberalismo igualitario ante el problema del déficit de reconocimiento o, por decirlo más claramente, del avance de los procesos de humillación de *algunos otros*, es decir, de individuos que pertenecen o son identificados como pertenecientes a determinados grupos, habitualmente minoritarios, por razones de su procedencia (inmigrantes y refugiados), o de lo que denominamos “marcadores primarios de identidad” (religión, lengua, nación, grupo etnocultural, etcétera), un fenómeno particularmente importante en sociedades que, al tiempo, se han globalizado y en las que se incrementa la presencia activa de agentes (individuos, pero también grupos) de la pluralidad (ya sean heterónomos o autóctonos) o, si se quiere emplear la conocida categoría de Taylor, de la *diversidad profunda* (*deep diversity*).

Trataré de explicarme. Hoy, en sociedades crecientemente multiculturales y en las que se incrementa también la desigualdad y la humillación, el desafío de construir una *sociedad decente*, lo que quiere decir una sociedad organizada conforme al modelo de una *democracia plural e inclusiva*, sigue a mi juicio casi detenido en el punto de partida. Y es así porque, tal y como está enunciado (la gestión de la diversidad cultural desde el modelo de la democracia y el Estado de derecho liberales), constituye un callejón sin salida, mientras no revisemos en profundidad los límites de la democracia y del Estado de derecho liberales.

Frente a ese bloqueo, creo oportuno decidirse a revisar el punto de partida y tomar nota de los límites del discurso propio del Estado liberal de derecho que es, pese a todas sus conquistas, un modelo anclado en el Estado-nación, centralista, basado en el presupuesto (postulado) de la homogeneidad cultural. Esta versión del Estado liberal de derecho, nunca reconocida expresamente, parece anclada además en el atomismo individualista que ya criticaba Marx con acierto en su *Crítica de la cuestión judía*, publicada en 1844 en los *Deutsch-Französische Jahrbücher* aunque, desde otra perspectiva, estaba ya avizorada en el penetrante *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, publicado por Adam Ferguson en 1767.²

² Hay una excelente versión castellana, *Historia de la sociedad civil*, publicada por Akal, en 2010.

En todo caso, sobre las huellas de ese *joven Marx*, la reducción atomista fue denunciada por C. B. MacPherson a mediados del siglo pasado (1962), en su clarividente trabajo sobre el *individualismo posesivo*, en el que exponía cómo los paleoliberales, en aras del dogma central de la eficacia de un mercado desregulado, seguían ignorando que los sujetos históricos —morales, políticos— no son sólo ni aun predominantemente los individuos que pueden permitirse el lujo de actuar sobre el *als ob* de ser como islas, sino como seres sociales,³ es decir, impugnaba la identificación liberal (si se quiere, liberista) del individualismo atomista como clave ontológica y metodológica de esta ideología. Por eso, a mi juicio, debe criticarse el reduccionismo de la teoría moral, jurídica y política que sostiene la exclusividad de los individuos (aún diré más individuos humanos) como agentes con relevancia moral. Desde esa concepción se ignora olímpicamente la dimensión social que está ya en la noción de persona y en la tradición aristotélica, reivindicada por Fichte y Hegel y por la teoría del reconocimiento.

Los principios políticos que rigen el modo en que esa concepción trata de hacerse cargo de la *gestión de los problemas de la diversidad*, suponen una considerable ceguera ante la pluralidad y profundidad de las manifestaciones heterogéneas de la diversidad y recurren al principio de la tolerancia (en lugar del respeto al principio de igualdad de derechos), así como una visión simplista de la relación entre igualdad y diferencia (sería más correcto hablar del tratamiento meramente sinalagmático de toda manifestación de diversidad) que conduce a una rala interpretación negativa de toda forma de discriminación, incluso si es positiva. Y suman a todo ello un retórico concepto de interculturalidad, como bálsamo de Fierabrás de la discusión.⁴

A mi juicio, ese error que subyace a posiciones que, desde el canon de liberalismo político, tratan de reflexionar sobre la necesidad de revisar la relación entre diversidad cultural y democracia y, específicamente, entre

³ Véase la versión castellana MacPherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Madrid, Trotta, 2005.

⁴ Sobre ello me permito remitir a mi “El mito de la interculturalidad” en Añón Roig, M. J. y Solanes Corella, A. (eds.), *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 23. La clave para mí, está en ese “proyecto de modernidad restringida, cuyo instrumento es el Estado nación concebido sobre el molde liberal restringido y bajo el primado del mercado, (del que) forma parte una noción demediadamente emancipadora de los derechos y de la ciudadanía. Ese sujeto político, el Estado, secuestra y demedia a la nación, que no es *populus*, no es *demos* pleno, porque no son sujetos del mismo todos los que forman parte de él”. Véase García Cívico, “¿Hay realmente un horizonte intercultural en la Unión Europea?”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, 2013, pp. 97-138.

fronteras y derechos⁵ es el que ejemplifica un acreditado liberal como Ermanno Vitale:⁶ su noción de democracia liberal bordea el riesgo de una presentación maniquea, simplista y, sobre todo, apriorística, pues ignora las condiciones reales, un pecado imperdonable para quien se dedica a la filosofía práctica. Ignora, tal y como ha señalado un liberal igualitario como Rodolfo Vázquez, el enriquecimiento del liberalismo igualitario desde las propuestas pluralistas, de James Tully, Peter Häberle, Pierre Bosset o Maria Jezequel a las que me he referido.

Frente a esas reducciones, como decía, el punto de partida debe ser, a mi juicio, el que contribuyeron a definir ante todo el gran filósofo canadiense Charles Taylor (por ejemplo, en el muy significativo aunque poco tenido en cuenta *Rapprocher les solitudes. Ecrits sur le fédéralisme et le nationalisme en Canada*, 1992), después el constitucionalista J. Tully (*Strange multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995) y más tarde en el famoso Informe Bouchard/Taylor (*Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, 2008),⁷ que

⁵ Y que conducen paradójicamente a la receta común, difícilmente compatible con el liberalismo igualitario, de crear más fronteras (“vayas donde vayas, más vallas”) o, lo que es peor incluso, a recuperar la lógica colonial en el interior de los propios Estados, construyendo categorías de sujetos a las que corresponden diferentes estándares de derechos fundamentales. Sobre la obsesión de la “defensa social” que sustenta una primitiva defensa de las fronteras como muros, ha de leerse la bien fundamentada crítica de Brown, Wendy, *Estados amurallados, soberanía declinante*, pról. de E. Balibar, Barcelona, Herder, 2014.

⁶ Véase *Ius migrandi*, Melusina, Barcelona, 2006, que ha sido objeto de excelente análisis por parte de Vázquez, Rodolfo, “Migración, ciudadanía, fronteras”, *Isonomía*, núm. 29, 2008, pp.195-204. A mi juicio, sólo quien no haya leído una línea de *Rapprocher les solitudes. Essais sur fédéralisme et nationalisme au Canada*, de C. Taylor, puede aceptar el tipo de reducciones y de descalificaciones que realiza Vitale, y en el que coincide, por cierto, con algunas tesis de Paolo Comanducci y de Ernesto Garzón, sobre la imposibilidad de ese *tertium genus* (el liberalismo comunitario de Taylor, o de Bouchard) que inspiran la vía canadiense, la política de la *reasonable accommodation*, del acomodamiento de la diversidad cultural.

⁷ *Building the Future. A Time for Reconciliation*. Commission du consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, disponible en: <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf>. Por supuesto, habría que tener en cuenta las aportaciones posteriores de otros juristas, como Häberle, Bosset y Jezequel. Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002; Bosset, Pierre, “Reflexions on the Scope and Limits of the Duty of Reasonable Accommodation in the Field of Religion”; Bosset, Pierre y Foblets, Marie-Claire, “Accommodating Diversity in Quebec and Europe: Different Legal Concepts, Similar Results?”, en Council of Europe, *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralistic Society, Trends in Social Cohesion*, núm. 21, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 37-65; Jezequel, Mariam, “The Reasonable Accommodation Requirement: Potential and Limits”, en Council of Europe, *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralistic Society, Trends in Social Cohesion*, núm. 21, *cit.*, pp. 21-35. Hoy, además, contamos con el añadido de

están en el origen doctrinal del modelo de lo que conocemos como *acomodo razonable*. Toda una jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y, sobre todo, de los tribunales canadienses debería ser tenida en cuenta a este respecto.⁸ Son asimismo muy valiosos, a mi juicio, los esfuerzos de dos filósofos mexicanos que han profundizado en la respuesta democrática, pluralista e inclusiva ante la diversidad cultural, Luis Villoro⁹ y León Olivé.¹⁰

II. FRATERNIDAD, SOLIDARIDAD, RECONOCIMIENTO Y HUMILLACIÓN, CLAVES OLVIDADAS POR EL LIBERALISMO IGUALITARIO

Me he referido ya al alejamiento de nuestras democracias, que sí, son liberales, respecto a los principios del liberalismo igualitario, del ideal de una democracia plural e inclusiva que comience por sentar los elementos propios de una “sociedad decente”. Empleo la expresión en el sentido de una sociedad en que las instituciones no sometan a ninguno de sus ciudadanos a la humillación, en los términos de Avishai Margalit,¹¹ a quien se ha referido Rodolfo Vázquez en no pocas ocasiones. Por cierto, si Avishai Margalit hu-

la clarividente visión de Honneth, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt, 1992 (versión castellana, *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, 1997); *id.*, *La sociedad del desprecio*, Madrid, Trotta, 2015; *id.*, *Das Recht der Freiheit* (versión castellana, *El derecho de la libertad*, Paidós, 2015).

⁸ Cfr. Intxaurbe Vitorica, José Ramón, *El empleo de signos dinámicos de adscripción religiosa en los espacios públicos y su gestión a través del instrumento jurídico del acomodo razonable*, Deusto, tesis doctoral, octubre de 2016; Abrisketa Uriarte, Joana, “Jurisprudencia española en materia de derecho internacional público; comentarios de sentencias; ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 5 de noviembre de 2014 (ROJ: ATS 8256/2014)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, núm. 1, 2015, pp. 220-224; Cfr. Howard, Erica, “Protecting Freedom to Manifest one’s Religion or Belief: Strasbourg or Luxembourg”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32/2, 2014, pp. 159-182; *id.*, “SAS vs. France: Living Together or Increased Social Division?”, *Blog of the European Journal of International Law*, 7 de julio de 2014, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/s-a-s-v-france-living-together-or-increased-social-division/>; *id.*, “Headscarves and the Court of Justice of the European Union: Two Opposing Opinions”, *Blog of the European Journal of International Law*, 1o. de agosto de 2016, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/headscarves-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-two-opposing-opinions/>.

⁹ Villoro, Luis, *Estado plural, diversidad de culturas*, México, Paidós-UNAM, 2007; *id.*, “Condiciones de la interculturalidad”, en Briones, P. (ed.), *Ética, hermenéutica y multiculturalismo*, México, Universidad Iberoamericana, 2008.

¹⁰ *Interculturalismo y justicia social*, México, UNAM, 2008.

¹¹ Margalit, A., *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997.

biera leído a Péguy,¹² a Simone Weil¹³ o al menos a Lévinas¹⁴ y Ricoeur,¹⁵ se habría ahorrado mucho trabajo. Es Péguy quien definió el objetivo de “una sociedad sin exilio” y Lévinas, con Ricoeur, quienes han explicado con mayor profundidad la negación de la alteridad que supone la humillación, en las antípodas de la antropología y de la teología política schmittiana. Uno y otro, Lévinas y Ricoeur, supieron explicar con mayor profundidad la negación de la alteridad que supone la humillación, y apuntaron (sobre todo Lévinas), que no se trata tanto de hablar de derechos humanos como derechos del otro, cuanto de obligaciones ante la humanidad ante todo otro, porque la base de su reflexión es precisamente el *encuentro cara a cara* con el otro). De ese modo, destacaron un elemento que me parece clave y que fue recogido desde otra perspectiva por Arendt: la construcción social de procesos de humillación es el resultado de la pérdida del vínculo que algunos llaman fraternidad y otros preferimos denominar solidaridad.

Quiero precisar que, cuando hablo de *humillación* no me refiero a una conducta que puede aparecer en las relaciones interpersonales en el ámbito de lo privado, sino como proceso de construcción social de determinados otros como excedentes, seres de existencia precaria, caducables, destinados a ser sustituidos en aras del beneficio. Se trata de un fenómeno que va más allá del incremento de la desigualdad y que supone de hecho la exclusión de

¹² Así, por ejemplo, en *De la cité socialiste*, o en *Marcel. Premier dialogue de la cité harmonieuse*.

¹³ Quien, en su estudio sobre la *Iliada* (“La Iliada o el poema de la fuerza”) había adoptado como propio el lema extraído del diálogo entre Príamo y Aquiles, “aprender a no admirar nunca la fuerza, a no odiar a los enemigos y a no despreciar a los desgraciados”. De la obra de quien por muchos conceptos podría ser considerada la filósofa más importante del siglo XX (de mayor profundidad, sin duda, que H. Arendt), debe retenerse la *condition ouvrière* y, en particular, *l'enracinement*. El proyecto de Weil en *L'enracinement* es contribuir a una nueva política, basada en las necesidades más profundas del ser humano y no tanto en instituciones jurídico-políticas. Una política que tuviera en cuenta sobre todo las obligaciones para con los otros, que es para Weil el punto de partida de toda comprensión de la noción de derechos. Una aspiración tan admirable como exigente y que hoy parece desmentida por la lógica que impera en el espacio público, por la contaminación producida por el discurso del mercado, que produce, más que nunca, *desarraigo*. Sobre S. Weil, remito al profundo estudio de Bea Pérez, Emilia, *Simone Weil, la memoria de los oprimidos*; puede consultarse también su artículo “Descubrir a Simone Weil: filosofía del trabajo y del arraigo”, *El Cierzo*, núm. 585, 1999, pp. 17-19; *id.*, *Simone Weil. La conciencia del dolor y de la belleza*, Madrid, Trotta, 2010.

¹⁴ Entre la amplia obra de Lévinas me remitiré a su *Entre nosotros, ensayos para pensar en el otro*, Valencia, Pretextos, 1992.

¹⁵ Es Ricoeur quien escribe: “La hipótesis de un sujeto de derecho, constituido anteriormente a cualquier vínculo de sociedad, sólo puede ser refutada si se corta su raíz... la raíz es el desconocimiento de la función mediadora del otro entre capacidad y efectucción”. Ricoeur, “Séptimo estudio: el sí y la intencionalidad ética”, *Sí mismo como otro*, México, Siglo XXI, 1996, pp. 187 y 188.

un porcentaje creciente de la población. Algo que ha sido bien analizado en el contexto de la globalización, como veremos, pero no precisamente desde las filas de los representantes de la democracia liberal, ni siquiera de los de ese liberalismo igualitario.

El incremento de ese tipo de malestar que provoca la generalización de los procesos de humillación es el negativo de lo que, desde Taylor, denominamos *lucha por el reconocimiento*, un *leit-motiv* de que subyace también a la obra de Ricoeur y, evidentemente, hoy, a la de Honneth, como trataré de explicar. Precisamente en estos días en los que celebramos el encuentro en homenaje a nuestro colega y amigo —a propósito de las elecciones a la Presidencia de los Estados Unidos—, acabamos de vivir, a mi juicio con toda claridad, los efectos de lo que más aún que una sociedad desigual, es una sociedad que humilla y excluye a un porcentaje creciente de la población. Se trata de un fenómeno que, en el contexto de lo que llamamos globalización, han analizado con extrema pertinencia, como luego referiré, Saskia Sassen, Zygmunt Bauman (en diálogo con Aganbem) y, en particular, como decía, de Axel Honneth.¹⁶

Por cierto, Honneth y Ricoeur comparten ese *leitmotiv* de “lucha por el reconocimiento” que constituye el eje de la obra de C. Taylor.¹⁷ Insisto en que uno de los déficits del pensamiento liberal igualitario es precisamente la falta de atención a la dialéctica reconocimiento-humillación/desprecio. Taylor y, hoy, Honneth, con distintos acentos, han renovado la vieja categoría aristotélica del reconocimiento que fue objeto de recreación por Hegel en sus reflexiones sobre la dialéctica de la *Anerkennung*. Categoría clave a la hora de entender y evaluar los procesos de emancipación social. Taylor, a lo largo de su obra, ha seguido esta pista de reconstrucción del yo desde la observación de Fichte, que señala que ese yo no se construye en clave atomística, sino en la conjunción con los otros.

En una reciente entrevista, a propósito del debate sobre el modelo social que, según parece, los europeos no tenemos claro cómo ni hacia dónde reconducir, Honneth ha vuelto a insistir en la importancia de las exigencias de reconocimiento y en el marco normativo que debe asegurar su satisfacción,

¹⁶ En trabajos como *Der Kampf um Anerkennung, La sociedad del desprecio*, o en *Das Recht der Freiheit*.

¹⁷ Taylor es sin duda quien recupera el *motto* clásico de la “lucha por el reconocimiento”, que tantos puntos en común presenta con la perspectiva de Jhering acerca del derecho entendido como *Kampf um Rechts*, lucha por el derecho (hoy diríamos lucha por los derechos). De Taylor me permito recomendar una de sus obras menos conocidas y que supone la concreción de la filosofía de la *lucha por el reconocimiento* en el ámbito político, *Acercar las soledades. Ensayos sobre federalismo y constitucionalismo en Canadá*, Bilbao, Gakoa, 1999.

como pistas para reconstruir ese modelo. No se trata del típico discurso multiculturalista, de la reivindicación de diferencias culturales, de derechos de diversidad. El filósofo alemán subraya que el motor de esta demanda de reconocimiento, que en algunos casos alcanza una expresión colectiva cercana a la angustia, si no a la desesperación, como se ve en Europa hoy, sería el acceso y la garantía universal —igual, que no mecánica, uniforme— de los derechos sociales. Una receta nada popular hoy, sobre todo entre buena parte de quienes se autocalifican de reformadores sociales.

Quizá no hemos reparado suficientemente en el hecho de que el proceso de desmantelamiento de esos derechos —palancas de igualdad real— no tiene consecuencias sólo en términos de pérdida de capacidad adquisitiva o de empeoramiento de las condiciones laborales. Es el sentido más profundo de la precarización como condición social definitoria. Como ha señalado Rocard, la lógica de esta etapa del capitalismo, la de la precarización, trata de reducir el trabajo a mercancía cuyo coste es preciso abaratar, y al trabajador en objeto intercambiable cuya necesidad de seguridad es un obstáculo para el beneficio. Para eso, es necesario un trabajo de demolición de las reglas, comenzando por las del derecho del trabajo. Pero con la extensión de la precarización es el estatus mismo del trabajador como sujeto de derecho, como ciudadano y protagonista del espacio público, el que desaparece por el sumidero. Y es lo que sucede no sólo en las propuestas más abiertamente neoconservadoras, sino incluso en buena parte de estos procesos de *flexiseguridad* que se nos quiere presentar como inevitables, aunque no en todos: con la pérdida de la estabilidad laboral, como con la mercantilización progresiva del derecho a la salud, o la relativización del derecho a la previsión social, los trabajadores (y aún más quienes se encuentran en los márgenes: los jóvenes, los parados, sobre todo a partir de los 40 años) no sólo experimentan graves dificultades en la satisfacción de sus necesidades básicas, sino que les alcanza el proceso de desarraigo en su sentido más profundo de desintegración personal y social, que con tanta claridad fue descrito a mitad de siglo pasado por Simone Weil.

La advertencia de Weil sobre la extensión del virus del desarraigo, obviamente se traduce en la advertencia sobre la fractura del vínculo social y político (que podemos traducir en términos de fraternidad o de solidaridad) —en particular en clave generacional—, lo que nos lleva a la necesidad de encontrar alternativas de reconocimiento fuera de los mecanismos que habíamos creado y hoy se revelan impotentes. El incremento del fenómeno de las bandas juveniles, por poner un ejemplo, tiene mucho que ver con esa necesidad que somos incapaces de satisfacer a través de los viejos cauces de la familia, la escuela o el trabajo, pero también de la democracia repre-

sentativa, en la que el ciudadano se ve reducido a la calidad de votante de partidos o sindicatos o, a lo sumo, a militante de unos y/u otros. Y cuando hablamos de colectivos particularmente vulnerables, entre los que sin duda se encuentran los inmigrantes, a quienes no se facilita precisamente la vida familiar, ni la inserción en la escuela ni en el trabajo, en condiciones de igualdad, la consecuencia es que aparece la *conciencia de humillación* y frente a ella, la necesidad de encontrar ese reconocimiento mediante mecanismos y prácticas que se ajustan a lo que siempre hemos considerado manifestaciones de desviación, marginación o delincuencia, que crecen exponencialmente. Aumenta así el resentimiento, un veneno social más peligroso que las pandemias aviarias.

A mi juicio, hoy, el problema de la fractura social se incrementa de forma virulenta por la ausencia de atención específica en esas respuestas jurídicas a las necesidades de quienes se ven forzados a emigrar desde sus países, buscando condiciones de vida digna en el caso de buena parte de esos que llamamos *emigrantes económicos* y a los que seguimos denominando *ilegales* cuando a lo sumo son *irregulares* o, simplemente, obligados por el estado de necesidad, para salvar la propia vida, que es el caso de los que denominamos solicitantes de asilo y refugio, pero también de un porcentaje muy alto de los inmigrantes, son no sólo ineficaces e inadecuadas sino verosímilmente incompatibles con algunos de los principios que dicen inspirar a la democracia liberal. Uno de los escenarios en los que se hace evidente a mi juicio tal incongruencia, supuestamente argumentada por el recurso a lo que considero falacias si no, pura y simplemente, malas razones, es el de la colisión entre las fronteras y los derechos.

Las leyes y disposiciones propias del derecho de inmigración (mal denominadas con frecuencia “leyes de extranjería”, lo que, por cierto, como veremos, induce a notable confusión conceptual que ejemplificaré en las tesis de L. Hierro y, en parte, en las de Manuel Atienza, que ha oscilado entre dos posiciones) configuran una situación típicamente anómica respecto a quién tiene derecho a la protección jurídica, a los derechos y en qué medida. Lo mismo está sucediendo hoy, en relación con quienes aspiran a presentar su demanda de reconocimiento como refugiados en la Unión Europea (UE), debido a la interpretación y aplicación que se hace en ésta del derecho internacional de los refugiados y aun del derecho específico europeo. Es decir, en definitiva, la construcción de unas condiciones de anomia respecto al estatus jurídico que se atribuye a quienes son un tipo peculiar de extranjeros, inmigrantes y refugiados.

Creo que ignorar la condición específica que entre los extranjeros tienen inmigrantes (y refugiados) es lo que lleva al enorme malentendido en el que

incurren quienes, como L. Hierro, han prestado atención a la justificación de la manifestación de desigualdad —de discriminación— que construyen las leyes de extranjería.¹⁸ El desconocimiento patente de la especificidad de las políticas de inmigración, del proceso de construcción de la categoría jurídica de inmigrante (no digamos de la de “inmigrante irregular”, a menudo estigmatizado como “inmigrante ilegal”, hace posible un análisis, a mi juicio, completamente superficial y erróneo. Por mi parte, estoy de acuerdo con quienes sostienen, para empezar, la imposibilidad de justificación racional-moral de la restricción de derechos fundamentales con base en la nacionalidad, como señalaba inicialmente Atienza en un análisis de la legislación migratoria presentada en cuanto legislación de extranjería, “El principio de que se puede discriminar a las personas en lo concerniente al goce y disfrute de sus bienes básicos por razón de su nacionalidad... es pura y simplemente inmoral... y atenta contra el principio de dignidad”,¹⁹ aunque Atienza incurre a mi juicio en el mismo equívoco de Hierro, por desconocimiento de la evolución del derecho de inmigración y de asilo en el caso de los Estados de la UE y de la propia UE y en trabajos posteriores, criticando por cierto mis tesis y alineándose con Hierro, llegaba a justificar la dicotomía ciudadano-extranjero muy concretamente respecto a la doctrina constitucional de la imposibilidad de acceso de los extranjeros a derechos políticos.

Algo que se puede achacar también paradójicamente a quienes, como a mi juicio sucede con Ermano Vitale, abordan la discusión desde la perspectiva de un liberalismo reduccionista, por maniqueo y simplista (véase su descalificación de los liberalismos que representan Taylor o Kymlicka): creo que en ese punto la moderada crítica de Rodolfo Vázquez a las tesis de Vitale se muestra bien fundada.

A mi juicio, el error que subyace a posiciones como las de Vitale arranca de su propia concepción de la democracia liberal que es maniquea, simplista y, sobre todo, apriorística, pues ignora las condiciones reales, un pecado imperdonable para quien se dedica a la filosofía práctica. Ignora, como ha señalado también Rodolfo, el enriquecimiento del liberalismo igualitario desde las propuestas pluralistas, las que por ejemplo en teoría constitucional han ofrecido Tully o, más recientemente, Bosset o Jequezel. Rodolfo Vázquez describe bien el reduccionismo de ese punto de partida:

¹⁸ He expuesto las tesis de Hierro, L., “Políticas migratorias sin libertad de circulación: la UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo”, en Hierro, L. (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, 2014, pp. 173-192.

¹⁹ Lucas, Javier de, *Tras la justicia*, Ariel, 1993, pp. 230 y ss.

No hay terceras vías entre sociedad civil/comunidad, individualismo/organicismo, liberalismo/comunitarismo, y en ese “matrimonio de conveniencia”, o como les llama Ermanno “malabaristas chinos” entran por igual comunitaristas moderados como Charles Taylor y Michael Walzer; liberales igualitarios como Will Kymlicka; o republicanos constitucionalistas, como Jürgen Habermas. Por otra parte, el método dicotómico excluye las explicaciones simplistas y las creaciones de muñecos de paja.²⁰

Por eso, desde una posición de moderada crítica, denuncia Rodolfo Vázquez:

el riesgo de partir de una intuición de las “grandes dicotomías” a lo largo de un proceso discursivo puede devenir fácilmente en la clausura de una comunicación intersubjetiva. Cuánto no se ha ganado por ejemplo en la comprensión de los derechos sociales cuando no se los ve a éstos desde la dicotomía de los derechos de libertad *vs.* los derechos de igualdad, y se entiende que su exigibilidad en tanto derechos prestacionales depende tanto de deberes negativos como de deberes positivos por parte del Estado.²¹

Pues bien, a mi entender, sólo quien no haya leído una línea de *Rapprocher les solitudes. Essais sur fédéralisme et nationalisme au Canada*, de C. Taylor, puede aceptar el tipo de reducciones y descalificaciones que realiza Vitale, y en el que coincide, por cierto, con algunas tesis de Paolo Comanducci y Ernesto Garzón, sobre la imposibilidad de ese *tertium genus* (el liberalismo comunitario de Taylor, o de Bouchard) que inspiran la vía canadiense, la política de la *reasonable accommodation*, del acomodamiento de la diversidad cultural.

Lo mismo sucede con la crítica que ofrece el propio Rodolfo Vázquez a la posible confusión entre individualismo ético y atomismo que subyace a algunos de los defensores del liberalismo que se pretende igualitario y que no lo es, al ignorar algo tan elemental como la crítica a ese atomismo que encontramos ya en la cuestión judía del joven Marx y que parecen haber olvidado.

No quiero extenderme y me detendré para finalizar en un último argumento que expresa los límites del liberalismo igualitario al examinar las políticas migratorias y de asilo, obsesionadas con una primitiva defensa de las fronteras como muros, que ignora, por ejemplo la bien fundamentada denuncia de Wendy Brown y Etienne Balibar sobre la falacia de la política

²⁰ Vázquez, Rodolfo, “Migración...”, *cit.*, p. 196.

²¹ *Ibidem*, p. 197.

de amurallamiento. Avisa Rodolfo Vázquez sobre este reto a los principios del liberalismo igualitario que suponen las fronteras:

los principios del liberalismo igualitario, es decir, la teoría sobre la igualdad moral de las personas y la titularidad de los derechos fundamentales en cada individuo por igual, incluidos los derechos sociales, quedan comprometidos, en aras de la coherencia teórica, con la defensa de la tesis de las fronteras abiertas. Un liberal coherente debe aceptar que (como sostiene Kymlicka)... “aunque los Estados puedan conservar sus límites territoriales éstos no deben constituir obstáculos para la movilidad; y el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no debe depender del lado de la frontera en que se haya nacido”... Un liberal no debería dar ningún peso moral a las fronteras existentes; más bien debería permitir a la gente redefinirlas sobre la base de valores morales legítimos. Desde el punto de vista liberal el fundamento legítimo debe ser la libertad de elección en el respeto a los derechos de los demás.²²

El problema, sostiene el mismo Rodolfo Vázquez, es que las disquisiciones teóricas de estos *soi-dissants* representantes del liberalismo igualitario se permitan ignorar por completo las condiciones reales y las formulaciones jurídicas concretas en las que se formulan las respuestas a las que me refiero. Muy concretamente, que ignoren la extrema violación de condiciones básicas del Estado de derecho que supone la deriva de esos instrumentos jurídicos que han desembocado en un *estado de excepción permanente* en los que se refiere al estatus jurídico de inmigrantes y refugiados, que evoca penosamente la nefasta doctrina del derecho penal del enemigo resucitada por Jacobs. Y no hablo de lo inconsecuente que es para alguien que sostiene el universalismo moral y la noción de derechos humanos universales, la aceptación de la discriminación pretendidamente justificada y aun de la fragmentación de los derechos de los inmigrantes, incluidos por supuesto los derechos políticos. ¿Dónde está, por ejemplo, su coherencia ante la negación elemental de derechos a los menores no acompañados en aras de esa lógica jurídica que inspira monstruosidades como la Directiva 211/208 de la UE, o el Convenio entre la UE y Turquía? En definitiva, esta última crítica es también, creo, la que enuncia nuestro homenajeado cuando sostiene:

Creo que al liberal no le ha faltado realismo, pero en aras del mismo, hay que reconocer que se ha visto en la necesidad de debilitar sus principios; o bien, se ha instalado en un planteamiento normativista con pocas o nulas aplicaciones reales y muy escasos análisis empíricos... Para Vitale, reivindicar el

²² *Ibidem*, p. 201.

derecho de migración como un derecho de la persona debe servir como una *idea reguladora* de las políticas migratorias, de acuerdo con una política razonable... les faltaría dar un paso más... considerar las obligaciones exigibles a los Estados para el respeto, protección y satisfacción de los derechos sociales, ahora aplicables a los migrantes. Me refiero a la obligación que se impone a los Estados de: 1. Adoptar las medidas que sean necesarias con recursos judiciales efectivos en caso de incumplimiento; 2. Utilizar el máximo de recursos materiales disponibles; 3. Comprender que los derechos de los migrantes tienen una naturaleza progresiva; y 4. Que los Estados deben abstenerse de adoptar medidas regresivas...²³

III. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTATUS JURÍDICO PARA LOS INMIGRANTES, CONTRARIO A LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO

En este apartado examinaré los elementos básicos de la construcción social (jurídica, para ser precisos) de los inmigrantes como sujetos precarios, vulnerables y sustituibles, que está en la raíz de la situación de anomia que padecen.

Una de las claves de esa construcción es que ese arsenal jurídico tiene como principio la máxima movilidad de las mercancías, al tiempo que mantiene una profunda desigualdad del derecho a la libre circulación de los trabajadores. Y, de añadidura, las disposiciones jurídicas relativas a los inmigrantes asentados incluso establemente en los países de destino, consagran un *contrato social* caracterizado por una heterogeneidad de estatus (desde el correspondiente al inmigrante clandestino que llamamos sin papeles, irregular o alegal, más que ilegal, hasta lo que podríamos calificar como ciudadanos *denized*, según la conocida taxonomía propuesta por Hammar).²⁴ Con todo, ese abanico de situaciones jurídicas tiene en común —en diferente grado— un principio de *subordiscriminación*, conforme a la fórmula acuñada por las teorías del derecho antidiscriminatorio propuestas por Young, MacKinnon y Crenshaw (por ejemplo, entre nosotros, Barrére y Morondo)²⁵ pues trata de hacer de los inmigrantes —incluso residentes legales y aun permanentes— sujetos de segundo orden a los que se *regatea* el reconoci-

²³ *Ibidem*, p. 203.

²⁴ Hammar, T., *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Avebury, Aldershot, 1990.

²⁵ *Cfr.* Barrere Unzeta, Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores, “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *ACFS* 45/2011.

miento de sus derechos y garantías en condiciones de igualdad con los nacionales y se les veta o se dificulta hasta el extremo el proceso de acceso a la ciudadanía, desde la más clásica concepción que vincula ciudadanía y nacionalidad, con desconocimiento flagrante de la realidad de movilidad social y transnacionalidad fomentadas de forma acelerada por el proceso de globalización.

Todo ello pugna con exigencias básicas del Estado de derecho y entra en contradicción con el reconocimiento y garantía de estándares elementales del derecho internacional de los derechos humanos. Pero hoy incluso se llega al extremo de una maximalización de la anomia, por el vaciamiento del marco normativo teóricamente vigente, en aras de esos objetivos, como lo muestra la voluntad política de buena parte de los Estados miembros de la UE, según hemos podido constatar a lo largo de 2015. En ese proceso, en aras de ese *estado de excepción permanente*, se ha llegado a poner en entredicho la vinculatoriedad de las obligaciones jurídicas derivadas del derecho internacional general de refugiados y aun del derecho europeo específico, creando estatus de extrema incertidumbre entre quienes deberían ser considerados solicitantes de la condición de refugiado y que acaban convertidos pura y simplemente en carne de deportación.

Esa construcción es posible (como he tratado de argumentar en buen número de trabajos sobre las políticas migratorias europeas, que arrancan de la ceguera sobre el carácter profundamente *político* del fenómeno migratorio, tanto en el orden internacional como en el estatal), porque nuestra *mirada* sobre el hecho migratorio, dominada por una perspectiva instrumental, unilateral, sectorial y cortoplacista de las migraciones como fenómeno laboral/económico que hay que domeñar para nuestro beneficio, no acepta la realidad: la construye a nuestro antojo, a través de las categorías jurídicas que sirven a los objetivos de nuestras políticas migratorias, que las más de las veces no están dictadas por el *verdadero interés nacional*, aunque se formulen con el pretexto de las dos ópticas dominantes, la policial y la del mercado, esto es, la seguridad y el orden públicos, el mantenimiento de la soberanía en nuestras fronteras y los intereses de nuestro mercado de trabajo. La paradoja consiste en que, en última instancia, habría que reconocer que esas iniciativas y decisiones están mediadas no tanto por una perspectiva burdamente nacionalista, sino por la lógica propia de la ideología del mercado global.

La nuestra es una mirada que no ha aceptado las advertencias elementales de la sociología de las migraciones sobre la complejidad del fenómeno migratorio como fenómeno social global, desde Marcel Mauss a Ab-

delmalek Sayad.²⁶ Lo ha denunciado Saskia Sassen, que tiene en cuenta la profunda relación entre las migraciones, la desigualdad en las relaciones internacionales impuesta por la economía globalizada y el proceso de construcción del vínculo social y político, como lo explica en su ya mencionado *Expulsiones*, en el que sostiene que el grado actual de violencia (devenida en ordinaria) del capitalismo en su estadio global, se explica por el modelo de expulsión. Es así como deberíamos llamar a la lógica que preside la economía globalizada.

Y es que, a mi juicio, la constante más destacable en la inmensa mayoría de los proyectos de gestión del fenómeno migratorio, en las políticas migratorias de los países que somos destinatarios de migraciones, es el empeño en olvidar, en ocultar una verdad evidente: la inevitable dimensión política de las migraciones, su condición de res política, tanto desde el punto de vista estatal como desde las relaciones internacionales. Frente a ello hemos impuesto una mirada sectorial, unilateral, cortoplacista que se concreta en la construcción de una categoría jurídica de inmigrante que, en realidad, es un concepto demediado o, como propone Baumann, un paria:²⁷ el inmigrante es sólo el trabajador necesario en un determinado nicho laboral en el mercado de trabajo formal (como si no se le utilizara en el mercado clandestino o informal) y mientras se someta a un estatuto precario guiado por la maximalización del beneficio de su presencia. Es una herramienta, ni siquiera un trabajador igual al asalariado nacional. Por eso, su condición precaria, parcial, de sospecha.²⁸

Todo eso, se acentúa aún más en el caso de los refugiados. El mismo Baumann, en línea con Agamben y en alguna manera con la crítica de Žižek a la gestión de la crisis de refugiados por parte de la Unión Europea (UE), ha explicado cómo se crea un estado de suspensión del orden jurídico, ausencia de ley, desigualdad y exclusión social, que hace posible que mujeres y hombres pierdan su condición de ciudadanos, de seres políticos y su identidad, dentro de las fronteras mismas del Estado-nación. A partir de la metáfora del *Archipiélago*, se da a conocer la existencia de un conjunto

²⁶ Sayad, A., *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, París, Seuil, 1999; *id.*, *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 1. L'illusion du provisoire*, París, Éditions Raisons d'agir, 2006; *id.*, *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 2. Les enfants illégitimes*, París, Éditions Raisons d'agir, 2006; *id.*, *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 3. La fabrication des identités culturelles*, París, Éditions Raisons d'agir, 2014.

²⁷ Nuevos parias, de condición precaria e intercambiable, con fecha de caducidad, como sostiene en su *Archipiélago de excepciones*, una conferencia impartida en el CCCB de Barcelona, en diálogo con Giorgio Agamben y que fue publicada en Katz Ediciones, 2008.

²⁸ Es lo que explica la conocida paradoja enunciada por el dramaturgo Max Frisch y que ignoran esos modelos de políticas migratorias: queríamos mano de obra y nos llegan personas, sociedades, visiones del mundo.

de espacios que escapan a la soberanía tradicional del Estado y que se encuentran regidos por un estado de excepción permanente: su emblema, los campos de refugiados y los barrios de inmigrantes. Bauman dejó escrito en el mismo texto que:

Es posible que la única industria pujante en los territorios de los miembros tardíos del club de la modernidad sea la producción en masa de refugiados. Y los refugiados son el “residuo humano” personificado: sin ninguna función ‘útil’ que desempeñar en el país al que llegan y en el que se quedan, y sin intención ni posibilidad realista de ser asimilados e incorporados.

Lo que me parece más relevante y criticable, desde el punto de vista jurídico y político, es cómo, en aras de esa mirada, *en el derecho de migración se convierte en regla la excepción, contraviniendo principios básicos del Estado de derecho*. Como ya anticipé, creo que es eso lo que han señalado desde diferentes perspectivas Danièle Lochak, Giorgio Agamben o Zygmunt Bauman, la nota más destacable y criticable: el *estado de excepción permanente* que hemos creado para los inmigrantes. Y de ese modo hemos negado la condición misma de inmigrante, una categoría universal, a la vez que hemos vaciado un derecho fundamental, el derecho a ser inmigrante, a escoger el propio plan de vida, a circular libremente, que es un corolario indiscutible del principio (por cierto, liberal) de autonomía.

Hemos creado políticas migratorias, pues, que niegan su objeto, que lo deforman, lo sustituyen por una categoría vicaria: nos negamos a aceptar al inmigrante *tout court* y lo sustituimos por aquel que queremos recibir. Por eso, para nosotros, no todo el mundo tiene derecho a ser inmigrante, de forma que nuestra lógica inevitablemente produce inmigrantes “ilegales”, no-inmigrantes. Se trata una vez más del derecho del más fuerte, la vieja tradición de Anacarsis, Kalikles, Trasimaco, Hobbes,²⁹ como lo explica una de las mejores expertas en política de migraciones, Catherine Withol der Wenden en un artículo publicado el año pasado sobre las novedades o las constantes en políticas migratorias. Permitánme la larga cita:

La réponse aux flux migratoires ressemble ainsi à un vaste Far West, où les États les plus puissants du monde font la loi par les règles qu’ils édictent en matière de droit à la mobilité, et n’acceptent pas que des normes mondiales s’imposent à l’exercice de leur souveraineté que constitue la gestion des flux migratoires. Si l’on est Danois, on peut circuler dans 164 pays; si on est Russe

²⁹ La definición propuesta por Trasimaco se encuentra en *La República*, libro 1: *φνημι γὰρ ἐγὼ εἶναι τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τι ἢ τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον*.

dans 94; si on est subsaharien, cette possibilité peut se limiter aux doigts d'une seule main si le pays où l'on est né, et dont on a la nationalité, est considéré comme un pays à risque. Le droit à la mobilité est donc l'une des plus grandes inégalités du monde aujourd'hui, dans un contexte où il devrait constituer un des droits essentiels du XXI^e siècle. Les riches des pays pauvres peuvent, eux, migrer, car beaucoup de pays d'immigration ont prévu d'attribuer des titres de séjour à ceux qui leur apportent des capitaux, achètent un appartement d'une taille précise, ou créent une entreprise. Les plus qualifiés, les sportifs professionnels, les créateurs et artistes de haut niveau peuvent également migrer, car beaucoup de pays d'accueil ont opté pour une ouverture de leurs frontières à une immigration sélectionnée. Les étudiants se voient aussi entrouvrir les frontières, nombre de pays, européens notamment, ayant compris le risque d'une option sans immigration dans la course à la compétitivité mondiale.³⁰

Esta es la razón de nuestros fracasos a la hora de analizar y también de dar respuesta a los desafíos migratorios en su sentido más amplio.

IV. UN ESTATUS JURÍDICO DE LOS REFUGIADOS QUE VIOLA LA LEGALIDAD INTERNACIONAL, EUROPEA E INTERNA

Dedicaré la tercera parte de mi contribución a presentar la tesis de que la UE y, sobre todo, sus Estados miembros, están llevado a cabo un ejemplo particularmente grave de deslizamiento a situación de anomia por lo que se refiere a los refugiados, mediante un paulatino recorte del derecho de asilo que conduce en la práctica a un vaciamiento de las garantías más elementales sobre las que se asienta y aun de lo que en términos jurisprudenciales se ha denominado *contenido esencial* de ese derecho. Cabe hablar, así, de una *desnaturalización* del derecho de asilo, en la medida en que este derecho ha sufrido, primero, el proceso de “mercantilización” que parecía afectar sobre todo a los derechos económicos, sociales y culturales como consecuencia del primado de la aplicación de las políticas de neoliberalismo económico (que algunos como Stiglitz califican de políticas fundamentalistas) que se han traducido en directivas “austericidas” para los países más débiles (más endeudados) de la propia UE, ejemplificado en el caso de Grecia. Lo grave, lo insólito, es que los recortes presentados como “inevitables” y “racionales” que convierten derechos económicos sociales o culturales en mercancías,

³⁰ Withol der Wenden, C., “Une nouvelle donne migratoire”, *Politique Étrangère*, núm. 3, 2015, pp. 95-106. La cita, p. 101.

pasen a afectar también al derecho de asilo, aunque se trate de un derecho humano fundamental y universal. Pero el vaciamiento afecta también al universo de titulares del derecho, que pone en tela de juicio algo tan evidente como el hecho de que quienes huyen de un país arrasado por una guerra civil deben ser considerados a todas luces refugiados. Ya no es así, y no sólo de facto, sino por el juego perverso de interpretaciones jurídicas de la especificidad del marco normativo europeo de asilo, que finalmente deja a los potenciales refugiados en *tierra de nadie*.

El primer paso, decía, es la mercantilización del derecho de asilo. En dos sentidos, primero, en su conversión en una prestación a pagar. El segundo, al convertirse en moneda de cambio de la política exterior, de defensa y seguridad de la Unión Europea, merced a la estrategia de externalización que oculta lo que no es otra cosa que procesos de deportación. Veámoslo.

Que estamos ante un proceso de mercantilización del asilo lo prueba la decisión adoptada por Dinamarca que, de suyo, no está plenamente integrada en el modelo Schengen, cuyo Parlamento aprobó la propuesta de ley presentada por el gobierno (liberal), con el apoyo de sus socios del Partido Popular Danés (DF), un grupo que no puede no ser calificado sino como de extrema derecha. En virtud de esa disposición, la policía/agentes del gobierno danés pueden requisar a los refugiados dinero, joyas y otros objetos de valor para asegurar la disponibilidad de fondos que exige el reconocimiento del derecho de asilo/protección subsidiaria. Para ser más exactos, la cantidad de dinero que sobrepase el equivalente a 1,340 euros (10,000 coronas danesas) y los objetos de elevado valor económico. Expresamente se excluyen joyas u objetos de valor afectivo. Esta decisión danesa tiene precedentes en la misma Europa. De hecho, es una política ya ensayada por Suiza y por los Estados alemanes de Baviera y Baden-Wurtemberg, que imponen contribuciones económicas (verdaderas exacciones) a los propios refugiados.

Recordaré que Dinamarca, como el resto de los Estados europeos miembros de la UE, está vinculada por las normas del derecho internacional de refugiados (Dinamarca es parte del sistema de Convenios PIDCP y PIDESC de 1966 y de la Convención específica, la de Ginebra de 1951) y por las propias del Convenio Europeo (artículos 3o. y 8o. del CEDH, Tratados de la Unión y Sistema Europeo Común de Asilo —SECA—). Pese a ello, la defensa de esa ley se basó, de un lado, en el principio de igualdad y, de otro, en la proporcionalidad de los recursos destinados al mantenimiento de las obligaciones relativas al derecho de asilo: si a los ciudadanos daneses se les exige que, para cobrar la ayuda que se conoce como “salario social mensual”, tengan menos de 1,340 euros en el banco, los refugiados

deberían someterse a idéntica condición, alegaron los partidos favorables a la ley. El salario social es proporcionalmente alto: unos 1,500 euros para solteros y cerca de 4,000 euros para parejas con hijos. Pero salta a los ojos la absoluta falta de proporcionalidad en la analogía de un refugiado sirio con los ciudadanos daneses que son beneficiarios del salario social alegada para que los daneses puedan asumir la “carga económica” del asilo. Hablamos de Dinamarca, cuyo PIB comparado con el del Líbano, Jordania, Turquía o Kenia (que son países receptores de refugiados por centenares de miles) lo multiplica por decenas. ¿Cómo puede tratar de sostenerse, sin sonrojo, la pretendida analogía entre un huído de la guerra de siria y un parado danés? A mi juicio, esas formas de condicionamiento de esa obligación y, en particular, la exigencia de pagos (cuando no exacciones), son contrarias e incompatibles con el deber jurídico del que son titulares los Estados de la UE (por haber ratificado el Convenio de Ginebra de 1951) en relación con los titulares del correlativo derecho de asilo (y de protección internacional subsidiaria).

La realidad es que disposiciones legales como ésta evidencian en qué consiste la línea de acción de los gobiernos europeos ante la exigencia de cumplir con sus obligaciones jurídicas respecto a los refugiados. Se trata, ante todo, de poner trabas que dificulten el acceso legal a territorio europeo de quienes necesitan asilo (por eso tienen que acudir a mafias) y, en segundo término, endurecer las condiciones de reconocimiento de ese derecho a quienes consiguen llegar a la UE, so pretexto de las exigencias del orden público y la lucha contra el terrorismo, a los que se une el tópico de la incompatibilidad con culturas que amenazan a los derechos humanos y la democracia, cuando hablamos de personas y comportamientos, no de culturas. Por eso, no es baladí la crítica que se ha formulado ante esta involución política y que evoca su analogía con exigencias o imposiciones impuestas en otros momentos de la historia de Europa a quienes sufrían persecución y buscaban refugio, so pretexto de que llegaban en un momento de dificultad para los países que los recibían. Pensemos en la Francia de Vichy y campamentos como los de Argel, en relación con los republicanos españoles que huyeron a Francia escapando del final de nuestra guerra civil.

Pero ese proceso de “desnaturalización” o vaciamiento del derecho de asilo no se ha detenido ahí. Ha traspasado una verdadera *línea roja*. Porque me parece indiscutible que la primera y inexcusable obligación de todos los gobiernos europeos en relación con la denominada crisis de refugiados, lo que, a estas alturas, en abril de 2016, podríamos considerar la *línea roja* a no traspasar si pretendemos seguir tomando en serio el asilo, es garantizar el principio de *non refoulement*, la no devolución a su propio país, pero tampoco

a un país tercero *no seguro*. Por supuesto que tomar en serio el asilo significa también la digna acogida (es decir, el complejo de derechos-prestación que supone el estatuto de refugiado) de quienes —como sirios, afganos, iraquíes, eritreos, malienses— vienen huyendo de persecuciones que ponen en peligro sus vidas. Una huida en la que, por las dificultades que han de superar, sus propias vidas, las de sus hijos, siguen estando en riesgo. Pero lo que en ningún caso se puede hacer sin anular de hecho el sentido mismo del asilo, sin vaciarlo, es devolver *a un lugar no seguro* aquellos que han llegado hasta nosotros huyendo de la persecución que les amenaza.

Insisto en recordar que cualquier forma de condicionamiento de esa obligación y, en particular, la exigencia de pagos (cuando no exacciones) es contraria a ese deber jurídico y sitúa a los europeos ante la evidencia del naufragio, la traición de un rasgo básico de nuestra identidad: la defensa del Estado de derecho y ante todo, de los derechos fundamentales de todos los que se encuentran bajo soberanía europea por haber alcanzado nuestro territorio. La limitación del derecho de asilo en Europa no debería alcanzar jamás el índice de vaciamiento que supone la devolución de quienes buscan asilo a un país no seguro. Y eso es precisamente lo que, a mi juicio, acaba de suceder.

En efecto, si algo ejemplifica la banalización del derecho de asilo, es el acuerdo entre la UE y Turquía para realizar lo que, con argumentos nada desdeñables, se puede considerar no sólo una expulsión ilegal, sino una auténtica deportación. El objetivo del Acuerdo es “to accept the rapid return of all migrants not in need of international protection crossing from Turkey into Greece and to take back all irregular migrants intercepted in Turkish waters”. En realidad, el propio comunicado de prensa de la Comisión en el que bajo la forma de preguntas y respuestas se intenta presentar el acuerdo, deja claro que no se trata de un acuerdo de gestión de la crisis de refugiados, pues en su primer párrafo explica: “On 18 March, following on from the EU-Turkey Joint Action Plan activated on 29 November 2015 and the 7 March EU-Turkey statement, the European Union and Turkey *decided to end the irregular migration from Turkey to the EU*” (la cursiva es mía).³¹

Este acuerdo simboliza lo que podríamos considerar claudicación de la UE respecto a las exigencias primigenias del imperio del derecho, a la garantía efectiva de los derechos. Una quiebra que ha sido posible porque

³¹ Una descripción sumaria de los nueve objetivos del acuerdo se encuentra en el comunicado de prensa núm. 144/16, emitido por el Consejo Europeo el 18 de marzo de 2016. Con más detalle en la *Hoja Informativa* de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2016, significativamente titulada *EU-Turkey Agreement: Questions and Answers*. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-963_en.htm.

el único país que había afirmado hasta ahora su coherencia con tales principios, la Alemania de la canciller Merkel, ha acabado por traicionarlos. Es cierto que debemos consignar y reconocer la decisión inicial de Merkel (excepcionalmente digna en un contexto de egoísmo europeo desatado) de ofrecer una acogida universal a quienes tuvieran la condición de refugiados. Pero lamentablemente debemos constatar también que, finalmente, la coalición gubernamental que gobierna Alemania, preocupada por el impacto negativo que ofrecían constantemente los sondeos electorales en dicho país y tras los muy negativos resultados de las elecciones regionales en marzo (incluido el ascenso del partido de extrema derecha Alternative für Deutschland (AfD), emparentado con el xenófobo movimiento PEGIDA), consiguió imponer un giro a la canciller que tuvo como resultado un acuerdo para restringir las admisiones, disminuir el número y duración de las prestaciones a quienes se concede el derecho de asilo o la protección subsidiaria y favorecer la denegación y expulsión de los solicitantes de asilo. Esta evolución concluyó con la opción una vez más de la manida solución de la *externalización*, la cláusula mágica a la que acuden las autoridades europeas cada vez que se han visto ante lo que consideran un *cul de sac*, una situación límite en la política migratoria: una vez más, “que se ocupen otros” del problema y así, al no verlo ante nuestros ojos, dejará de existir.

Eso es lo que decidieron los líderes europeos en una reunión extraordinaria en La Valetta, el 15 de noviembre de 2015. De los inmigrantes “económicos”, se habrán de ocupar los países africanos a los que se ofrecieron 1,500 millones de euros para que realicen las funciones de policía que pidan que sus propios nacionales lleguen ahora a Europa en número superior al que la UE desee. Y también se les asignó la función de control del tránsito por sus países de nacionales de terceros Estados hacia la UE. Pero la decisión de externalización más importante adoptada en La Valetta fue negociar con Turquía un acuerdo a cambio de una cantidad cifrada en 6,000 millones de euros: el acuerdo entre la UE y Turquía para deportación de los inmigrantes *económicos* que mal se denominan “ilegales”, pero también de los refugiados que se encontrasen hasta ese momento en suelo de Grecia y que serán trasladados al país otomano. Un acuerdo impulsado por la propia Merkel, que se presenta primero como bilateral entre Grecia y Turquía, pero que se transforma en bilateral entre la propia UE y Turquía y que, finalmente, consiguió el respaldo del Consejo Europeo de 17/18 de marzo de 2016, tras el ensayo de una versión más dura en el Consejo previo celebrado el 7 de marzo, en la que ni siquiera se mencionaba la exigencia de respeto de los derechos de los así expulsados (en realidad, deportados) por parte de Turquía.

El Acuerdo ha suscitado duras críticas y descalificaciones, por parte de instituciones internacionales,³² europeas³³ y ONGs.³⁴ Pero la primera dificultad atañe a lo que en la jerga jurídica habitual se denomina “naturaleza jurídica” del Acuerdo mismo. ¿En qué consiste? ¿Es un convenio internacional entre la UE y Turquía? ¿Una declaración del Consejo Europeo? ¿Una declaración conjunta del Consejo Europeo y del gobierno turco? Creo que el reconocido especialista en derecho migratorio y de extranjería, el letrado H. García Granero, ha sabido desentrañar el laberinto jurídico, sobre la base de la publicación en el *DOUE* de 9 de abril de 2016 de la Decisión del Consejo Europeo de 23 de marzo de 2016, *Decisión (UE) 2016/551*. De acuerdo con las tesis de García Granero, esa decisión, en realidad, remite a decisiones adoptadas en el marco de acuerdos con Turquía de cara a agilizar procesos de deportación (mal llamados de retorno) a Turquía de desplazados e inmigrantes que hayan entrado irregularmente en territorio europeo.³⁵ Se trataría así, concluye García Granero con agudeza, de

una aplicación *in malam partem* del (preexistente) acuerdo de 16.12.2013 entre la Unión Europea y Turquía “sobre readmisión de residente ilegales” (acuerdo publicado en el *DOUE* de 07.05.2014), cuya vigencia estaba prevista que

³² Véase el rapport del ACNUR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept*, disponible en: www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf.

³³ Por ejemplo, el balance que arroja su discusión en el pleno del Parlamento Europeo celebrado el 9 de marzo de 2016. En ese pleno, una amplia mayoría de los eurodiputados exigieron de la ministra holandesa Jeanine Hennis-Plasschaert, que actuaba en representación del Consejo, y del vicepresidente de la Comisión Valdis Dombrovskis, que se detallaran los aspectos del acuerdo y recordaron que las normas internacionales sobre asilo deben respetarse en todo caso.

³⁴ Así, en nuestro país, el Informe de Misión de Lesbos, *Lesbos. Zona Cero del derecho de asilo*, emitido por CEAR, que puede consultarse en: <http://www.cear.es/lesbos-zona-cero-del-derecho-de-asilo/>.

³⁵ Como escribe el mismo autor, “se trata de la readmisión de residentes en situación de estancia irregular —el Acuerdo emplea la ilegal referencia a ‘residentes ilegales’— que se encuentren en Turquía o en alguno de los Estados de la Unión... Y aunque en la Declaración conjunta UE-Turquía del 18 de marzo de 2016 se declara que ‘Turquía y la Unión Europea han reafirmado su compromiso con la aplicación del Plan de Acción Conjunto puesto en marcha el 29 de noviembre de 2015’, en la Decisión (UE) 2016/551 aparece cuál es la oculta finalidad de dicho Plan de Acción Conjunto; así, en el Considerando 2 de la Decisión (UE) 2016/551 se afirma que ‘En la Cumbre celebrada el 29 de noviembre de 2015, la Unión y Turquía expresaron su acuerdo político de que el Acuerdo se aplique plenamente a partir del 1 de junio de 2016’: ésta, la aplicación de una norma prevista para la inmigración irregular a los desplazados en la crisis humanitaria a la que la Unión Europea ha puesto murallas en la frontera griega, y ninguna otra, parece haber constituido la verdadera finalidad de la Cumbre del Consejo Europeo de 29.11.2015”.

se iniciara el 01.10.2017, y cuyo inicio de efectos se adelanta al 01.06.2016 y se emplea para (mal) afrontar la grave crisis humanitaria de los desplazados.

No me extenderé ahora en los argumentos de crítica jurídica que, a mi juicio, abonan la tesis de su déficit de legalidad y legitimidad.³⁶ Lo más importante es que el acuerdo, de facto, ha comenzado a aplicarse, al menos parcialmente. El 4 de abril de 2016, un día que quedará en la memoria negra de Europa, sin tiempo para que se puedan verificar las más mínimas exigencias legales (prohibición de expulsiones colectivas, derecho a que los demandantes de refugio —también los inmigrantes, claro— tengan la posibilidad de tutela judicial efectiva, verificación de las condiciones de Turquía como país seguro, reformas legales por parte de Turquía para que realmente los demandantes de refugio no europeos encuentren protección en el sistema turco, etcétera), comenzaron las deportaciones: más de 200 personas fueron expulsadas en tres barcos desde las islas de Lesbos y Kíos a costas turcas. Más pronto que tarde la historia juzgará con dureza esta traición al proyecto europeo entendido como *comunidad de derecho*.

Así, hemos pasado a admitir como rutina y después a digerir, a mirar con indiferencia e incomodidad, imágenes inaceptables para una sociedad civilizada. Las imágenes que actualizan y aun empeoran por su extensión la degradación que el régimen de Hitler impuso a millones de seres humanos en su política racista que culminó en la “solución final”. Vallas, alambradas, ancianos, mujeres y niños abandonados a su suerte, masas acarreadas como ganado, a veces apaleadas, manifestaciones crecientes que transparentan un odio que hace aún más insoportable la mirada avasalladora de la discriminación hacia esos otros que son inmigrantes y refugiados. Sobre todo, esos dos íconos del horror más profundo de la conciencia europea que son los *trenes* y los *campos*. *Trenes* abarrotados de infrahumanos tratados como ganado; *campos* en los que se acaban amontonados y sin esperanza. Lo dejó escrito Arendt: la historia contemporánea ha creado un nuevo tipo de seres humanos, los que son confinados en campos de concentración por sus enemigos y en campos de internamiento por sus amigos.

³⁶ En otros lugares he analizado el acuerdo, desde el punto de vista jurídico y político, para señalar las razones que justifican su valoración como ilegal, ilegítimo y, lo que es el colmo, ineficaz. Aquí me limito a advertir sobre la equivocación de este nuevo ejemplo de externalización. Un buen resumen de los argumentos jurídicos de crítica de los fundamentos legales y legítimos del Acuerdo, desde el punto de vista del derecho internacional y del propio derecho europeo, se pueden encontrar en el dossier del ACNUR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation...*, *cit.*

¿Pueden los Estados de la UE, la propia UE, asumir ese desafío? Mi respuesta es inequívoca: sí; siempre que haya un marco obligatorio, común y equitativo entre todos ellos.

Lo primero sería crear con una autoridad o agencia específica para la gestión del sistema de asilo y refugio y de la protección subsidiaria (con especial atención a los programas de reasentamiento). No basta a mi juicio con la FRA (Agencia Europea de derechos fundamentales) ni, evidentemente, con Frontex ni aun en su modalidad de verdadera policía de fronteras propuesta por la Comisión en su comunicación del 15 de diciembre.

Además, es urgente aumentar y concretar las vías legales asequibles y procedimientos ágiles para la solicitud de asilo. Por ejemplo, garantizar la posibilidad de pedir asilo en embajadas y consulados en los países de origen, limítrofes y de tránsito, y que se abra así el expediente de asilo, sin que sea necesario llegar a territorio europeo para hacerlo. Necesitamos un esfuerzo para dotar oficinas europeas de examen de solicitudes de asilo, en coordinación con ACNUR, sobre todo en los países limítrofes a aquellos en los que existen situaciones de conflicto que generan desplazamientos de refugiados.

Es vital, por ejemplo, poner las condiciones para hacer efectiva la Directiva Europea de Protección Temporal (2001/55CE del Consejo) activando el mecanismo contemplado que haga frente a emergencias humanitarias, y que, además, que habilite medidas que pueden beneficiarse del Fondo Europeo para refugiados. Eso incluye eliminar la exigencia del visado de tránsito a personas que proceden de países en conflicto y mejorar los programas de reunificación familiar.

Obviamente, es necesario también reforzar e incrementar los programas de reasentamiento en coherencia con el número de refugiados existente, asumiendo un reparto equitativo y solidario entre todos los Estados. La propuesta que hizo la Comisión Europea en su nueva agenda migratoria en mayo de 2015, que suponía una cifra ridícula en comparación con las necesidades reales (16,000, cuando sólo Líbano acoge más de 1'100,000) debe y puede ser un buen criterio metodológico. Pero siempre que el esfuerzo esté centrado en agilizar, facilitar y también ordenar, claro, el acceso al asilo a quienes lo necesitan y tengan un derecho frente al cual nosotros no podemos olvidar nuestra obligación.

Uno de los relatos más antiguos sobre refugiados ocupa las páginas de la Biblia (Génesis, 3, 24): Adán y Eva son expulsados —aunque no perseguidos— del paraíso en que vivían, por desobedecer las órdenes de su Creador y dueño. Vale esa referencia para insistir en que algunos siglos después, y con todos los matices que se deban añadir, los europeos vivimos en lo que, de acuerdo con muchos índices objetivos, puede ser calificado como el pa-

raíso, al menos para el resto del mundo: Europa, la UE, reúne al grupo de sociedades más prósperas y felices de la historia de la humanidad. También las más seguras, al menos en la acepción amplia de *seguridad humana*. Pero en este paraíso hay grietas, desuniones, incluso clases, de Grecia, Portugal, España, el Reino Unido, Dinamarca, Alemania o Suecia. Grietas que se ensanchan cuando tratan de alcanzar el paraíso algunos centenares de miles de extraños: inmigrantes y refugiados. Y los europeos, en lugar de reconocer en ellos lo que vivimos nosotros mismos no hace tanto tiempo, reaccionamos con la cobardía egoísta de quienes vivimos obsesionados por el mantenimiento del alto *standing* que disfrutábamos en exclusividad antes de ver sacudidas las puertas de nuestro club por semejantes *parias*.