

DE NUEVO SOBRE LOS DEBERES POSITIVOS GENERALES: A PROPÓSITO DE LA RESPUESTA EUROPEA A LA CRISIS DE REFUGIADOS

*AGAINST ON POSITIVE GENERAL DUTIES: THE EUROPEAN
RESPONSE TO THE REFUGEE CRISIS*

*Javier de Lucas**

Resumen: La presente contribución refiere la influencia que ha tenido Ernesto Garzón Valdés en el trabajo del autor, identificando tres campos: 1) la gestión jurídica y política de las diferentes manifestaciones de la diversidad cultural significativa, la llamada *diversidad profunda*, tanto por la existencia de minorías en un Estado, como por las consecuencias de la llegada y asentamiento de grandes contingentes migratorios en su territorio; 2) la cuestión de la tolerancia y la gestión de los límites del pluralismo cultural y 3) la decisión de compartir ideas sobre su trabajo en materia de políticas jurídicas migratorias y de asilo.

Palabras-clave: Ernesto Garzón Valdés - Deberes positivos generales - Refugiados - Asilo - Solidaridad - Deber.

Abstract: This contribution refers to Ernesto Garzón Valdés 'influence on the author' s work, identifying three areas: 1) legal and political management of the different manifestations of significant cultural diversity (the so - called deep diversity), by the existence of minorities in a State or by the consequences of the arrival and settlement of large migratory contingents; 2) the question of tolerance and management of the limits of cultural pluralism and 3) the decision to share ideas on their work on migration and asylum policy.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés - General Positive Duties - Refugees - Asylum - Solidarity - Duty.

Sumario: I. Una deuda que no se salda.- II. Tres campos de influencia.- III. Para tomar en serio la solidaridad como deber exigible.

(*) Licenciado en Derecho por la (Universidad de Navarra). Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política en el Instituto de Derechos humanos de la Universidad de Valencia (España). Fue director del Colegio de España en París (2005-2012) en la Ciudad internacional universitaria (CiuP). Fue presidente de CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado). Estudios de especialización en Alemania, Italia, Francia y Reino Unido.

I. Una deuda que no se salda

Como todos los que participamos en este homenaje, tengo que empezar por reconocer mi deuda con Ernesto Garzón Valdés y por mostrarle expresamente mi profundo agradecimiento. Ya lo han señalado y argumentado mejor que yo otros compañeros y amigos, esto es, que toda una generación de profesores españoles (pero no sólo) de Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Política, entre los que me encuentro, debemos buena parte de nuestro trabajo a lo que hemos aprendido “de y con” Ernesto Garzón Valdés. Eso es así, en lo que a mí se refiere, desde luego en lo que toca a opciones básicas, es decir, a decisiones que han marcado mi dedicación a determinados problemas de filosofía jurídica, política y moral. Alguien pudo calificar eso, con un lenguaje que no es el propio de esta comunidad, pero que el maestro Garzón Valdés conoce bien, como la metafísica de la opción intelectual. Yo no seré tan rimbombante. Reconoceré que mi deuda consiste en que el profesor Garzón Valdés no sólo ha sido quien ha señalado la relevancia de problemas que merecían nuestra atención, sino también que su contribución ha sido decisiva al ofrecer el camino de las herramientas de trabajo para abordarlos y, lo que no es en absoluto una cuestión menor, al hecho de que nos abrió las puertas a la relación con un ámbito internacional de discusión. Quizá a quienes se dedican hoy en España a los quehaceres propios de la filosofía práctica esto puede sorprenderles, porque lo encuentran evidente: se supone que, por definición, uno discute con una comunidad que, de suyo, es abierta, internacional. Claro. Pero no siempre ha sido así. No lo era aún en los años setenta y ochenta en España para quienes habíamos elegido desempeñarnos en filosofía jurídica, moral o política, por evidente que ahora nos pueda parecer. Y el papel del maestro Garzón Valdés para que *lo evidente se convirtiera en normal*, si me permiten la aparente paradoja, ha sido capital.

Dejaré aparte la cuestión que no interesa a nadie, salvo a mí y quizá al propio Garzón Valdés, de si he sacado el fruto suficiente de todo esto, o bien, como tantas veces, no ha bastado con conocer para saber hacer. Incluso para evitar decepcionar. Si, como dejó escrito Horacio en el verso 359 de su *Poética*, *quandoque bonus dormitat Homerus* (1), a quienes estamos tan lejos de esas altas cimas se nos podrá comprender y hasta disculpar si nos hemos apartado de la *vía áurea* para elegir otras que nos han seducido, sobre todo si de esa manera uno ha encontrado algún sentido e incluso satisfacción en su quehacer.

II. Tres campos de influencia

He tenido no pocas dudas a la hora de elegir el asunto sobre el que quería escribir para participar en este homenaje. Porque, como decía, su influencia sobre mis temas de trabajo se extiende considerablemente. Mencionaré tres:

(1) *Quandoquidem dormitat Homerus* o bien *Interdum dormitat bonus Homerus*, son otras versiones de la misma locución.

1. El primero, la gestión jurídica y política de las diferentes manifestaciones de la diversidad cultural significativa, esto es, de lo que filósofos como Taylor y Bouchard, pero también constitucionalistas como Tully (2), con quienes coincido más que con Kymlicka, han denominado *diversidad profunda*, tanto si se trata de minorías, como en el caso de las poblaciones indígenas –las denominadas *primeras naciones*– o, desde luego, por lo que se refiere a las consecuencias de la llegada y asentamiento de grandes contingentes migratorios. Eso tiene que ver con cuestiones de entidad filosófica nada menor, a las que el profesor Garzón Valdés ha prestado mucha atención, como la de la relevancia de la discusión sobre eso que Wittgenstein llamara “el infierno de la identidad” y Freud estigmatizara como “el narcisismo de las pequeñas diferencias”. También tiene que ver con otros aspectos quizá menos presentes aunque no ignorados, de relevancia –a mi entender– clave en lo que sin pretensiones podríamos llamar fundamentos de la filosofía del derecho internacional y de las relaciones internacionales, como el papel del derecho y de las organizaciones internacionales en la consecución y garantía de la paz, la relevancia a este respecto de los tribunales penales internacionales o la importancia del modelo federal, temas a los que Bobbio prestó no poca atención al final de su obra pero que, también a mi juicio, constituyen uno de los campos en los que la aportación de Kelsen aún no ha sido suficientemente aprovechada, pese a trabajos significativos como los que le han dedicado Cristina

(2) Me refiero a obras tan significativas como poco conocidas, tales como *Rapprocher les solitudes. Ecrits sur le fédéralisme et le nationalisme en Canada*, 1992, de Taylor, o *Strange multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995, de Tully y evidentemente, al este sí muy conocido, Informe Bouchard/Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, 2008, que están en el origen doctrinal del modelo de lo que conocemos como *acomodo razonable*. Por supuesto, habría que tener en cuenta las aportaciones posteriores de otros juristas, asimismo canadienses, como Bosset y Jezequel. Del primero, pueden consultarse BOSSET, Pierre. “Reflexions on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religion”. Resolución adoptada por la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* de Quebec, el 10 de septiembre de 2004. Resolución COM.497-5.1.2. También, BOSSET, Pierre y FOBLETS, Marie-Claire. “Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?” en AA.VV. *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society*. Trends in social cohesion, no 21, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, pp. 37-65. De Mariam Jezequel, puede consultarse “The reasonable accommodation requirement: potential and limits” en AA.VV. *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society*. Trends in social cohesion, no 21, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, pp. 21-35. Toda una jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. y, sobre todo, de los tribunales canadienses debería ser tenida en cuenta a este respecto. Sobre algunos aspectos claves de esa jurisprudencia, cfr. 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)”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, no 1, 2015, pp. 220-224. Cfr. los trabajos de HOWARD, Erica. “Protecting freedom to manifest one’s religion or belief: Strasbourg or Luxembourg?”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32/2, 2014, pp. 159- 182. HOWARD, Erica. “SAS v. France: Living together or increased social division?”, en *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/>. También, “Headscarves and the Court of Justice of the European Union: Two Opposing Opinions”, en *Blog of the European Journal of International Law*, 1 de agosto de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/headscarves-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-two-opposing-opinions/>.

García Pascual o, muy recientemente, J. A. García en su monografía sobre la disputa entre Kelsen y Morgenthau (3), por no referirme a teóricos hoy de moda en el ámbito de las relaciones internacionales, como Martti Koskenniemi.

2. El segundo, que no carece de relación con el anterior, es la cuestión de la tolerancia y la gestión de los límites del pluralismo cultural, un debate en el que hemos confrontado posiciones y argumentos no exentos de un tono contundente, sin que ello –esto lo aprendí de Garzón Valdés– comportara detrimento en una amistad que considero uno de los mejores regalos que me haya hecho la vida. La necesidad de evitar el modelo paternalista (injustificado, a mi juicio) propio del discurso liberal de la tolerancia, incompatible con el principio de igual respeto y garantía de los derechos humanos, y la consideración del derecho al reconocimiento de la relevancia de ciertas diferencias, a propósito de los derechos, forman parte de los desacuerdos en este ámbito. He argumentado frente al maestro Garzón Valdés sobre el déficit de las democracias liberales a la hora de tomar en serio el pluralismo, lo que exigiría definir otro modelo, el de un pluralismo inclusivo, no un pluralismo paternalista referido únicamente a las *preferencias secundarias*.

Este debate, a mi juicio, tiene bastante que ver con la polémica entre modelos de justicia, que vinculo más que con las tesis de Walzer, con las que sostiene hoy el filósofo Axel Honneth (por ejemplo, en un debate, a mi juicio fructífero, con Nancy Fraser) en torno al contenido jurídico de la acción de reconocimiento, desde su muy conocido ensayo *La lucha por el reconocimiento*, publicado en 1992, hasta lo que se puede considerar su más acabada contribución, *El Derecho de la libertad*. Honneth trata de revitalizar la teoría crítica por medio de una gramática moral y política de los conflictos sociales, basada en la teoría del reconocimiento recíproco y su concreción, esto es, en la respuesta frente a lo que él ha denominado “sociedad del menosprecio” y su concreción en lo que el otrora discípulo de Habermas y sucesor en la dirección de la Escuela de Frankfurt propone: el test de los derechos sociales. Otros, menos ambiciosos, como Luigi Ferrajoli, desde luego, pero añadiría, desde el punto de vista filosófico general a Bauman y Sassen, hablan simplemente del mantenimiento coherente (ergo universalista) del standard básico del Estado de Derecho (4).

3. Y vamos al tercero, que es el que he elegido: básicamente, porque Jorge Malem, el *conducator* de este amable contubernio, con esa bonhomía aparente que, en realidad, le permite hacernos objeto de sus maldades, me dijo “bueno, che, se trata sólo de

(3) Cfr. GARCÍA SÁEZ, J. A. *Kelsen vs. Morgenthau: paz, política y Derecho internacional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2017. GARCÍA PASCUAL, C. *Norma Mundi. La lucha por el Derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2016. De KOSKENNIEMI, M., puede consultarse *From Apology to Utopia; the Structure of International Legal Argument* (1989), que cuenta con una segunda edición revisada, Cambridge University Press, 2005; *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, C.U.P., Cambridge, 2001, y “The politics of International Law: 20 Years later”, *European Journal of International Law*, vol.20/n° 1, 2009.

(4) De Honneth es preciso leer *La sociedad del desprecio*, Trotta, Madrid, 2011 y *El Derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, Katz, Madrid, 2014.

que hables diez o quince minutos del tema de investigación en el que estás trabajando ahora...”

Me dije que podía responder a la invitación haciendo gala de la misma despreocupación y compartir con todos alguna “novedad”. Esto es, hablarles de aquello en lo que vengo trabajando y hablando en los últimos años, de las políticas jurídicas migratorias y de asilo (de los instrumentos jurídicos en sentido amplio), aunque temo que a no pocos les parece un asunto alejado de las altas cumbres de la filosofía y del quehacer teórico digno de tal nombre. Yo, por el contrario, creo que no es así y que ignorarlo puede conducirnos al error sobre el que nos advirtiera Nagel en uno de los ensayos de su *Logic without Methaphysics* de 1950, con aquella metáfora de los verdes y tranquilos pastizales como refugio de un quehacer filosófico frente a un mundo convulso (5), esto es, que nuestra reflexión moral no se practique como una guía para la acción, como un intento de responder al kantiano “¿qué debo hacer?”, sino como juego especulativo cuyas conclusiones no estamos muy dispuestos a tomar en serio. Pues bien, para hacer justicia a sus temores, voy a hablar de eso, del fundamento de los deberes exigibles en materia de inmigración y asilo, esto es, de los correlativos a los derechos (no reconocidos o, al menos, no suficientemente garantizados) de buena parte de los protagonistas de lo que creo que sería preferible considerar como manifestaciones de movilidad forzosa.

III. Para tomar en serio la solidaridad como deber exigible

Hace ahora 150 años, en 1867, un gran admirador de Horacio, Karl Marx, incluyó en el prólogo a la primera edición del primer volumen de la que sería luego su obra más conocida, *El Capital*, una cita del libro I de sus *Satirae*. La cita dice así: *quid rides? Mutato nomine, de te fabula narratur...* Cabe discutir si al citar de este modo a Horacio en *El Capital*, Marx pretendía dar razones a sus posibles lectores alemanes para animarles a leer su libro o si iba más allá... pero me viene bien para introducir el tercer tema en el que quiero ejemplificar mi deuda con el legado del profesor Garzón Valdés. Porque todo este asunto de la existencia o no de derechos de los demandantes de asilo o protección internacional (yo añadiría de los que se ven constreñidos a algunas de las manifestaciones de la *movilidad forzada*, aunque esta es una precisión que exigiría mayor detalle) y de la existencia e identificación de los titulares de los correspondientes deberes, deberes positivos, así como, en particular, la cuestión del deber de socorro y de su omisión (que no es una precisión menor, como todos sabemos) tiene que ver con el debate en torno a la existencia de deberes positivos generales, que en buena medida consigue reformular un trabajo del profesor Garzón Valdés con el que algunos de los aquí presentes mantuvieron un diálogo interesante y en algunos puntos incluso podría decirse que duro. Para terciar en la discusión, diré que me parece un error la tesis

(5) “La filosofía analítica tiene por consiguiente una doble función; proporciona verdes y tranquilos pastizales para el análisis intelectual, en los que quienes lo practican pueden refugiarse de un mundo convulso y cultivar sus juegos intelectuales con ajedrecística indiferencia ante la marcha de aquél; y es también una brillante y afilada espada que ayuda a disipar creencias irracionales y a evidenciar la estructura de las ideas. Es a la vez el pasatiempo de un recluso y una aventura terriblemente seria”.

según la cual “la literatura sobre los deberes positivos está ligada fundamentalmente a la discusión de dos problemas prácticos, la presunta diferencia moral entre ‘matar’ y ‘dejar morir’ –en relación con cuestiones como el aborto y la eutanasia– y la ayuda contra el hambre para materializar el derecho a un mínimo vital” y con eso difiero de la segunda de las dos afirmaciones relevantes con las que mi querido colega Juan Carlos Bayón muestra su discrepancia. Sobre la relevancia moral y jurídica de la diferencia entre acciones y omisiones no me voy a detener aquí. Pero sí creo que este debate cobra un nuevo enfoque en el contexto del que les hablo, el actual debate sobre la mal llamada crisis de los refugiados que ha vivido a su manera la Unión Europea entre 2013 y 2017, y cuya gestión, aunque hoy no ocupe las primeras páginas, sigue manchando de vergüenza a la UE y a sus Estados miembros.

No voy a insistir ahora en las diversas cuestiones atinentes a la respuesta del profesor Garzón Valdés sobre lo que podemos convenir en denominar “el dilema de Fishkin”. Reconozco, por cierto, que me encuentro mucho más cercano a lo que me parece que el mismo Bayón considera *excesos* de la posición de Singer, que no a su propia posición, que él mismo describe como “altruismo más que mínimo”, y con la que resuelve la cuestión clave de los límites a esos deberes generales positivos. Lo digo porque me encuentro también más cerca de la que sostiene Garzón Valdés, en consonancia con nuestras convicciones morales ordinarias y no en confrontación con ellas, como ha argumentado mi colega Bayón. Entre otras razones porque, para seguir buscando buena compañía, creo coincidir con el maestro Garzón Valdés y con nuestro admirado amigo Francisco Laporta al señalar una exigencia de la teoría moral para que esté a la altura de las convicciones morales ordinarias en el mundo de la globalización. Me refiero a algo que creo que, a mi juicio, no tiene suficientemente en cuenta mi respetado colega Bayón. La exigencia que recuerda Laporta, de dar cuenta de la “realidad de los hombres en la aldea global”.

Comparto, pues, con Laporta, la crítica a un cierto enfoque que reaparece a mi juicio hoy cuando se habla de nuestros deberes ante los refugiados, pero no sólo en ese punto, sino en buena medida en toda la orientación política que subyace al propósito de la oportunidad de reemplazar el Estado de bienestar por la “sociedad de bienestar”, esto es, en palabras del propio Laporta, “a la poderosa tendencia a la reprivatización de ciertas demandas básicas de ética social y política que parecen tener como objetivo desplazar las responsabilidades de la estructura institucional de los gobiernos y de las políticas internacionales para reubicarlas en la esfera de las actitudes individuales...”

Y, sobre todo, comparto con él y con el maestro Garzón Valdés una idea que me parece clave. Se trata de que una de las características de los deberes positivos generales es que su cumplimiento requiere reglas para la coordinación de esfuerzos, que hacen necesario el paso a asociaciones estructuradas sobre la división del trabajo, esto es, la división de cargas y tareas y la especialización. Es decir, en suma, que los deberes positivos generales remiten a la existencia y concreción de deberes positivos especiales, que pueden ser entendidos, como sabemos, como deberes posicionales o de rol... Y

aquí se da una importancia notable a la distinción entre deberes negativos generales y deberes positivos, que sí requieren de la acción del Estado.

Pero, a mi juicio, el verdadero *punctum dolens* de este debate es la ausencia de una adecuada justificación de la existencia del deber positivo general de asistencia a quienes reclaman protección. Un deber que, en mi opinión, no es otro que el de solidaridad, entendido en su sentido fuerte, como los encontramos en la traición jurídica romana. Los valores de *humanitas* entendida como humanidad, en su sentido no ya cosmopolita, sino universal, *pietas*, entendida como respeto y empatía a la vida, a los otros, también universal y *solidaritas*, solidaridad inclusiva y abierta, por tanto, asimismo universal, son a mi entender los puntos de apoyo de la institución jurídico-política del asilo. El asilo no puede sino ser un derecho universal, un derecho de todos, que se orienta a *cualquier otro* que, al verse perseguido en su hogar, en su propio país, tenga necesidad del refugio y se encuentre obligado a exiliarse, a huir y convertirse en *extranjero en ciudad ajena*.

En el fundamento de este derecho universal y de su correspondiente deber están esos tres valores mencionados que se reconducen, a mi juicio, a dos principios fuertes, no sólo éticos, sino jurídicos. El deber de respeto a la vida y, en particular, a la vida humana, de todos los sujetos miembros de la comunidad universal que es la humanidad (y por tanto el reconocimiento a todos del derecho a la vida, a una vida libre y digna) y, en segundo lugar, el deber de solidaridad.

La noción de humanidad, en efecto, supone la capacidad de reconocimiento de que el vínculo social del “nosotros” no se acaba en las paredes de la familia, ni en los muros de la ciudad, en las fronteras del Estado. Por difícil que parezca, como ha explicado entre otros Rorty (6) (tras las huellas de Durkheim, Bergson o Popper por mencionar sólo tres nombres), el proceso civilizatorio, que es uno de los ejes de la evolución de la humanidad, conduce mediante sucesivas expansiones, como la piedra que arrojada en el agua crea círculos concéntricos, hacia ese ideal de *sociedad abierta*, basado a su vez en la transformación expansiva del vínculo del nosotros, de la acción de reconocimiento que produce un salto en la noción de solidaridad.

El motor de ese salto del que hablo hacia la *solidaridad abierta e inclusiva* es la expansión de la universalización del derecho, de los derechos. Eso encarna en la declaración universal de derechos humanos y el sistema de derechos humanos que cristaliza en el derecho internacional de derechos humanos, con instrumentos jurídicos universales, de ámbito general, regional y estatal, así como en la aparición de lo que se ha dado en llamar el estado constitucional que debería generalizarse hacia una federación de Estados basados en una democracia cosmopolita, como propusiera Kant y ha reformulado Ferrajoli. Pues bien, el primer test hacia la solidaridad abierta, que es posible gracias al derecho, lo constituye, a mi juicio, la institución del derecho de asilo, que es la primera manifestación de la garantía de apertura, el *Urrecht*, el derecho originario. Mediante el asilo, en efecto, nuestra sociedad se abre a quien a ojos vista

(6) RORTY, R. *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

no pertenece a ella (en rigor, ha dejado de pertenecer a su sociedad de origen, que le persigue). La sociedad en la que yo quiero vivir es una como la que pretendía el poeta francés Péguy: una *sociedad sin exilio*. Así que, mientras haya millones de personas forzadas al exilio, el mínimo de una sociedad decente es procurarles refugio, darles asilo.