

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Mariano C. Melero de la Torre

Universidad Autónoma de Madrid

mariano.melero@uam.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4363>

¿A qué podemos aspirar razonablemente? La libertad migratoria según Lorenzo Peña

1. Introducción

Como es sabido, Immanuel Kant resumió los problemas centrales de la filosofía en tres escuetas preguntas: “¿Qué puedo saber?”, “¿qué debo hacer?” y “¿qué puedo esperar?”. La primera hace referencia al uso teórico de la razón en su búsqueda del conocimiento; la segunda cuestión invoca el uso de la razón como guía de la acción a través de los principios morales y políticos. La tercera surge a partir de la suma de ambos usos de la razón: dados los requerimientos que demanda la moralidad, y dado lo que sabemos acerca de cómo puede funcionar la causalidad natural, ¿a qué tipo de “mundo” podemos razonablemente aspirar? Esta tercera cuestión no solo implica preguntarse ¿qué nos cabe razonablemente esperar?, sino ¿hacia dónde cabe razonablemente dirigir nuestros esfuerzos para su consecución? (Kant, 1989, A805-B833).

En este trabajo me gustaría discutir la visión que ofrece el profesor Lorenzo Peña sobre los derechos humanos, tanto en su nuevo libro *Visión lógica del Derecho. Una defensa del racionalismo jurídico* (Peña, 2017), como en la tesis doctoral *Idea Iuris Logica* (Peña, 2015) que le sirve de prolegómeno. El libro consiste, de hecho, en los “resultados y conclusiones” de la tesis (“Las justas nupcias de la lógica y el Derecho”) más una extensa segunda parte donde el autor contesta o trata de solucionar las múltiples cuestiones que ha generado la presentación de esta obra ante algunos de los miembros más representativos de la actual comunidad académica hispana de filosofía del derecho. En ambos trabajos, el autor defiende la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, por oposición a la doctrina del positivismo jurídico que, según él, “no puede en absoluto fundar los derechos humanos” (Peña, 2015, p. 299; 2017, p. 162), puesto que se caracteriza por afirmar la no existencia del derecho natural, es decir, de cualquier “sistema de normas de conducta que fijen comportamientos lícitos e ilícitos sin necesidad de haber sido promulgadas por ningún legislador humano” (Peña, 2015, p. 300).

Según el autor, los derechos humanos son “reclamaciones esenciales para la vida humana que al individuo le es lícito reclamar [...] y que a la sociedad le es ilícito

rehusar” (Peña, 2015, p. 298). En cuanto a la lista específica de derechos humanos, Peña reconoce que dependerá de las circunstancias de cada época, aunque expresa su insatisfacción con la tendencia actual a incrementar el número de derechos (“no todo derecho es un derecho humano”), puesto que se corre el riesgo de “diluir la noción y de esencializar lo accidental” (Peña, 2015, p. 299). Sin embargo, en el monográfico de la tesis se habla de un “derecho de radicación y naturalización” como un derecho humano, y en el libro se elabora una larga lista de prohibiciones ilegítimas de la libertad natural del hombre (“nuestro derecho a ser y vivir libres”), sin que ni aquel derecho ni estas prohibiciones a la libertad (o inmunidades) se encuentren reconocidas en la lista “oficial” de la Declaración Universal de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966. En realidad, la fundamentación iusnaturalista que sostiene Peña de los derechos humanos hace que la positivización (en tratados internacionales, constituciones o leyes ordinarias) no tenga, para él, nada que ver con la vigencia jurídica de estos derechos (Peña, 2015, p. 299-230). Para nuestro autor, el reconocimiento de los derechos es una cuestión de pura lógica deóntica a partir de unas determinadas premisas (o situaciones) fácticas y jurídicas sobre las que cabe esperar una aceptación casi unánime. Las normas del derecho natural son premisas o situaciones jurídicas deducibles, también a través de dicha lógica, del principio jurídico-natural supremo, que el autor identifica con el principio del bien común (Peña, 2017, p. 192).

Mi trabajo se divide en tres partes. Empezaré con una breve descripción de la concepción de los derechos humanos que sostiene el profesor Peña, señalando por qué creo que una concepción basada en el derecho natural no nos ofrece una idea adecuada de hacia dónde deberíamos orientar nuestros anhelos y esfuerzos en la protección y fomento de los derechos humanos. A continuación, elaboro sucintamente algunas de las nociones clave de una concepción “práctica” o “política” de los derechos humanos; al igual que la concepción “iusnaturalista”, una concepción “práctica” no tiene su fundamento en una visión “positivista” del derecho (o “voluntarista” del estado); sin embargo, a diferencia de la concepción de Peña, la concepción “práctica” considera la incorporación de los derechos fundamentales a los sistemas jurídicos (así como la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos) como una condición necesaria, aunque no suficiente, de su vigencia como normas jurídicas. Para terminar, la última parte estará dedicada a la discusión sobre si cabe considerar el “derecho a incorporarse a una población extranjera” como un derecho fundamental que los estados deberían garantizar a todos los individuos sin discriminación alguna por razón de sus condiciones personales o sociales, como son, por ejemplo, el nacimiento o el origen familiar.

2. La idea de Lorenzo Peña de los derechos humanos

Según el autor, el fundamento último de un régimen de libertades (es decir, del gobierno de la mayoría bajo un sistema de protección de derechos individuales básicos) no reside en esas mismas libertades (y en sus valores conexos) tal y como vienen reflejadas en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos, sino en un principio aún más fundamental del que procedería la fuerza normativa de los derechos individuales. Este principio último es “el principio jurídico-natural del bien común”, “que emana solo de la esencia misma del derecho y de la naturaleza del ser humano” (Peña, 2017, p. 162). Para el autor, el principio del bien común es la justificación última de la autoridad política y la razón de ser de los sistemas jurídicos. Bajo este enfoque, los derechos humanos se derivan del “precepto de derecho natural” según el cual “todos tienen derecho a participar del bien común y obligación de contribuir al mismo”; este precepto, por ser de derecho natural, está en vigor en cualquier sistema jurídico, “háyalo reconocido el legislador o no” (Peña, 2015, p. 305). De la vigencia jurídica del principio del bien común el autor infiere la vigencia

jurídica de los derechos humanos. Estos derechos son “corolarios del axioma del bien común, puesto que ese bien común solo existe en la medida en que lo posean, colectiva o conjuntamente, todos los miembros de la sociedad y disfruten de él, asimismo, todos ellos” (Peña, 2017, p. 161). Con ello, el autor se sitúa en la órbita de lo que podríamos denominar la tradición filosófica “clásica” del derecho natural, es decir, antes de Kant.

Toda mi argumentación crítica sobre la concepción del profesor Peña partirá de la presunción (que el autor rechaza, véase Peña, 2017, p. 166) según la cual, al menos desde Kant (algunos dirían que desde Rousseau), la razón práctica (donde incluiríamos la ética y el derecho) no se basa en la causalidad natural, sino que se define como la “causalidad de la libertad”, es decir, como la construcción de un orden “racional” (humano de los pies a la cabeza) en un “mundo” que, considerado “en sí mismo”, nos es total y dramáticamente desconocido (la realidad “nouménica” o “lo incondicionado”). Según este enfoque, el derecho (entendido como orden jurídico) forma parte de la razón práctica y, al igual que la moral, no se fundamenta en nuestro conocimiento (empírico o metafísico) de la naturaleza, sino en unos principios regulativos obligatorios que nos permiten orientar nuestra acción personal y colectiva. Bajo esta perspectiva, las normas de los derechos humanos representan los criterios de justificación fundamentales de la acción de los poderes públicos en el trato que reciben los individuos que viven bajo su gobierno. Al igual que los “reclamos del bien común” o los “principios de la justicia”, los derechos humanos no se siguen de nuestro conocimiento del mundo (empírico o metafísico), sino de un compromiso moral con la igualdad de consideración y respeto. Dicho brevemente, la única razón para obedecer a los dictados de la moral es una razón moral; igual que la única razón (genuina) para aceptar la autoridad del derecho es una razón jurídica.

A mi juicio, la supuesta demostración histórica de las raíces iusnaturalistas de los derechos humanos no tiene mayor alcance que evidenciar la idea de que los derechos humanos no cayeron del cielo. Es cierto que la fundamentación conceptual de los derechos humanos en el derecho natural nos demuestra (en el mejor de los casos) que hay buenas razones para defender el disfrute universal de los derechos humanos. Sin embargo, un enfoque iusnaturalista tiende a ignorar lo que podríamos llamar la “responsabilidad institucional”, es decir, el conjunto de razones y circunstancias que deberíamos tener en cuenta para asignar responsabilidades institucionales globalmente sobre los derechos humanos. La pregunta interesante en este terreno es, a mi juicio, hasta qué punto la idea heredada del derecho natural metafísico nos sirve para comprender y mejorar la práctica internacional contemporánea de los derechos humanos. En este sentido, los autores que han defendido una concepción “práctica” o “política” de los derechos humanos (Rawls, 1999; Beitz, 2003; Cohen, 2004; Lafont, 2010; Iglesias, 2017) coinciden en afirmar que tales derechos no equivalen a los derechos naturales que todo ser humano tendría por el mero hecho de serlo y, por tanto, vinculados a un estado preinstitucional del ser humano. Este enfoque “práctico” es el que emplearé al final de este artículo para discutir la existencia de un “derecho humano a incorporarse a una población extranjera”.

La concepción “práctica” comparte con la concepción “racionalista” de Peña un tramo importante: se basa en una visión del derecho no positivista, es decir, no basada en la voluntad o intención del legislador/estado/pueblo. Para la concepción “práctica”, la autoridad jurídica de los derechos humanos no radica exclusivamente en la autorización del órgano y procedimiento por los que fueron incorporados al sistema jurídico (mediante la firma y ratificación de un tratado internacional, o mediante la aprobación de una constitución o de una ley ordinaria de derechos humanos). Sin embargo, la concepción “práctica” sí otorga una importancia decisiva

a la positivización de los derechos humanos. Para esta concepción, los derechos humanos carecen de existencia jurídica con anterioridad a dicha positivización; lo cual no significa presuponer una concepción “positivista” del derecho. Una vez incorporados al sistema jurídico, la autoridad de las normas de derechos humanos no deriva únicamente de este hecho, sino también de su consistencia o compatibilidad con las exigencias morales que traen consigo los derechos fundamentales.

¿Por qué el autor rechaza un fundamento “moral” de los derechos humanos? Según Peña, la fundamentación moral implica la invocación de la conciencia subjetiva, un ámbito en el que reina el mayor de los desacuerdos (“cada quien es dueño de tener unas u otras convicciones hondas e inextricables”), y en donde se incluyen actos de la vida humana relativos a la vida íntima de las personas que poco o nada tienen que ver con el bien común (Peña, 2017, p. 191). Frente al reino de la subjetividad, el autor defiende la presunta objetividad de la lógica deóntica a partir de premisas casi unánimemente aceptadas. Ahora bien, la presunción de objetividad de las exigencias del bien común no puede probarse de manera incontrovertida por medio de la experiencia. Y si esto es así, ¿no deberíamos entender el principio del bien común como un principio de contenido “regulativo”, es decir, un principio de carácter práctico (“actúa siempre para el mayor provecho del bien común”, por ejemplo) que carece de ninguna base empírica que nos permita afirmar su existencia objetiva? A mi modo de ver, esos principios regulativos cuyo contenido específico no cabe determinar empíricamente (más bien al contrario, la experiencia nos daría sobrados ejemplos de su escasa vigencia efectiva) son los compromisos o valores morales con los que orientamos nuestro esfuerzo por ordenar el “mundo”, en la medida en que nos permiten los imponderables (o, como diría Kant, lo “incondicionado”).

El mismo problema se reproduce en la cuestión de las “lagunas” del derecho, cuando nos preguntamos si la interpretación jurídica es “constitutiva” o “cognitiva”. Según Peña, los preceptos jurídicos tienen “su significación propia, incumbiendo al intérprete descubrirla”, por lo que no existirían “lagunas” o indeterminación “objetiva” en el derecho, sino únicamente indeterminación “subjetiva” (Peña, 2017, p. 146). “Qué es el derecho está fijado, pero lo desconocemos; o, aunque lo conozcamos, ese nuestro conocimiento no es un saber científico; o, si es científico, no tiene el rigor, la exactitud, la plena certeza de los asertos de las ciencias duras” (Peña, 2017, p. 147). Pero, entonces, cabe preguntarse qué adelantamos con insistir en que la labor del intérprete del derecho se ciñe a “descubrir” un significado ya fijado en el texto de las normas. ¿No es preferible pensar que la idea de la “respuesta correcta” no es más que un principio “regulativo” que aceptan todos los operadores jurídicos como una de las reglas básicas de la práctica argumentativa del derecho? En realidad, como han puesto de relieve numerosos autores, la interpretación judicial tiene una naturaleza “híbrida”, pues implica combinar la aplicación del derecho existente con el desarrollo de derecho nuevo. En esto consiste lo que Joseph Raz ha llamado “el aspecto jánico de la interpretación jurídica” (Raz, 1998, p. 177): por una parte, la interpretación jurídica es “cognitiva” por cuanto que trata de respetar el marco jurídico dado, asegurando así en lo posible la continuidad y la estabilidad del sistema; pero también es “constitutiva”, por cuanto que va más allá de las cuatro esquinas del texto jurídico en el intento de hacer justicia para las partes conforme a los valores constitucionales que presiden dicho marco jurídico. Esta es la razón por la que la “equidad” (otro principio “regulativo”) tiene un papel tan relevante en la interpretación de las leyes, puesto que ayuda a los jueces a evitar cometer injusticias en la delicada operación de aplicar reglas generales o principios para casos específicos (Kavanagh, 2009, p. 33).

3. Una concepción “práctica” de los derechos humanos



¿Puede servir de concepción “práctica” de los derechos humanos la concepción de los “derechos naturales”? Como ha señalado Joshua Cohen, una concepción “práctica” de los derechos humanos trata de ofrecer

una perspectiva ampliamente compartida a escala global... [o, al menos] un terreno compartido de deliberación sobre los estándares que pueden exigirse a las sociedades políticas con respecto al trato de individuos y grupos; y en correspondencia, el trato que los individuos pueden razonablemente demandar, quizá solicitando ayuda del exterior para lograrlo (Cohen, 2004, p. 194).

En este sentido, la concepción “práctica” de los derechos humanos pretende ser un elemento del ideal de razón pública para la comunidad internacional.

Dicha concepción es consistente con el “minimalismo justificativo” que animó la Declaración de 1948. Como es sabido, esta estrategia permitió el acuerdo sobre unos contenidos comunes a pesar del amplio abanico de perspectivas religiosas, filosóficas, éticas y políticas existentes entre las partes. Una estrategia similar está detrás del giro “político” que Rawls dio a su teoría liberal de la justicia, así como tras su esfuerzo por encontrar un terreno común de justificación de la autoridad política en el derecho internacional (Rawls, 1999). Sin embargo, aunque en la obra de Rawls este “minimalismo justificativo” parece venir asociado con una cierto “minimalismo sustantivo” en cuanto a los principios de justicia global, otros autores han podido desarrollar una concepción “práctica” en sentido rawlsiano sin restringir o acotar la lista completa de los derechos humanos (Beitz, 2003; Cohen, 2004).

Según esta concepción, el consenso sobre los derechos humanos es el consenso sobre el papel práctico de estos derechos como estándares globales de justificación pública, un consenso que permite el desacuerdo sobre el contenido concreto de esos derechos en cada caso, haciendo así posible o fundando una práctica argumentativa dirigida a clarificar y, en el mejor de los casos, reducir los términos del desacuerdo (Cohen, 2004, p. 195). Esta concepción de los derechos humanos ofrece un terreno compartido de deliberación sobre normas justificadas, y no una doctrina determinada y concreta a la espera de su aceptación o rechazo. Esta concepción práctica presenta un conjunto de límites a la soberanía interna, estableciendo las condiciones bajo las que se reconoce la legitimidad de la soberanía interna de un estado.

¿Puede servir de concepción “práctica” de los derechos humanos (es decir, como “razón pública global”) la concepción de los “derechos naturales”? Lo impide, de entrada, el que los derechos naturales sean, por definición, derechos que tendrían todos los seres humanos incluso en un estado de naturaleza preinstitucional. Difícilmente pueden servir de normas de responsabilidad global (en un mundo con estados separados e interdependientes) unos derechos preinstitucionales que supuestamente tienen todos los individuos en virtud de su mera humanidad. Los derechos naturales, en cuanto derechos morales universales, carecen, pues, de la fuerza normativa necesaria para poder desempeñar la función justificativa de los derechos humanos.

La concepción de los derechos humanos que aparece en la Declaración Universal y en los Pactos Internacionales presupone la existencia de una estructura social e institucional desarrollada capaz de garantizar razonablemente su ejercicio. Los derechos humanos son, según esto, razones de justicia en un contexto de interacción institucional en marcha. Más allá de lo que Ferrajoli denomina “inmidades” (la prohibición de la tortura, la esclavitud y la servidumbre, la vida e integridad física), el resto de los derechos requiere para su disfrute y ejercicio de una estructura social e institucional compleja. Así, por ejemplo, se incluyen derechos que

tienen que ver con la legalidad (como el derecho a un juicio justo), los derechos políticos (como el derecho a “participar en el gobierno del país” y a “elecciones periódicas y genuinas”); derechos económicos (“libre elección de empleo”, “remuneración equitativa y satisfactoria” y “seguridad social”); y derechos de comunidades (autodeterminación). Estos derechos se declaran pertenecientes a toda persona sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, así como sin distinción alguna “fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona” (Artículo 2). Esto último nos indica que no son solo los estados los responsables del respeto de los derechos humanos, sino cualquiera que administre de algún modo la autoridad política sobre una determinada población en un territorio concreto.

La lista “oficial” de los derechos humanos no especifica exactamente un modelo concreto de democracia liberal, pero indudablemente tampoco se limita a determinar unas “condiciones mínimas” exigibles para todo ser humano por el mero hecho de serlo. Los derechos de la Declaración y de los Pactos cubren prácticamente todas las dimensiones de la estructura institucional básica de una sociedad, desde la protección contra el abuso del poder del estado hasta los requisitos del proceso político, las políticas de salud y de bienestar, y los niveles de compensación por el trabajo. De ahí que quepa concebir los derechos humanos internacionales como “las condiciones necesarias de la legitimidad política, o incluso de justicia social” (Beitz, 2003, p. 39). Son, por tanto, las normas de responsabilidad global, aquello que es legítimo exigir a un estado moderno, si es necesario mediante la intervención de la comunidad internacional en las cuestiones internas del país.

Una concepción “práctica” de los derechos humanos no puede dejar de ofrecer alguna explicación sobre por qué ciertos derechos son apropiados para el cumplimiento efectivo del papel de los derechos humanos como “razón pública global”. Aquí es donde es necesario aplicar el “minimalismo justificativo”: debemos evitar cualquier razón que invoque una determinada perspectiva religiosa o moral. Por ejemplo, debemos evitar seguir aquí a Kant y decir que los derechos humanos son las precondiciones de una agencia moral autónoma; asimismo, tampoco nos sirve cualquiera de las teorías del derecho natural, incluida la del profesor Peña. No porque deseemos adoptar por prudencia una posición escéptica, pragmática o postmetafísica, sino por un compromiso con la tolerancia y el pluralismo.

Los derechos humanos son normas asociadas con la idea de ciudadanía, es decir, “la idea de afiliación o inclusión en una sociedad política organizada” (Cohen, 2004, p. 197). En este sentido, los derechos humanos son requisitos de integración en una sociedad política, a ser posible en la que hemos nacido y crecido. Los derechos humanos se conciben como nuestros derechos asociativos más amplios, cuya existencia y justificación dependen de una relación e interacción previas. Los derechos humanos son normas de responsabilidad global de los estados basadas en la afiliación de los individuos a sus respectivas comunidades políticas y pretenden garantizar la efectividad de las condiciones mínimas de ciudadanía.

Como señala Beitz (2003, p. 43), si nos centramos en los beneficiarios de los derechos humanos, pondremos el acento en la importancia moral de los derechos humanos en la vida de las personas; pero eso es solo la mitad de la historia (y la parte fácil). Una explicación completa de los derechos humanos tiene que decir también de dónde deben proceder los recursos necesarios para satisfacer el derecho y quién y por qué tiene el deber de garantizarlos. Este segundo orden de cuestiones nos conduce inevitablemente a tener en cuenta las relaciones sociales de las personas.

De este modo, una concepción “práctica” de los derechos humanos implica que estos derechos son una categoría de derechos “especiales”: los derechos que surgen de las relaciones de las personas como participantes en una economía política global. En este punto es donde surge precisamente la disputa de los filósofos de la justicia global: los “estadistas” frente a los “cosmopolitas”. Según los autores que defienden esta última visión, como Cristina Lafont y Marisa Iglesias, una visión estatista de las normas de inclusión restringe de manera inapropiada el papel justificativo de los derechos humanos. Según estas autoras, las actuales circunstancias de interdependencia e interacción a escala global, así como su emergente materialización en instituciones de gobernanza global, requieren una concepción de los derechos humanos que no se restrinja a la inclusión en una sociedad política concreta, sino que considere los derechos como requisitos de inclusión en la comunidad internacional.

Sin embargo, un estatismo bien entendido no está reñido con una concepción cooperativa de los derechos humanos en el plano internacional. Se trata, eso sí, de abandonar la visión “voluntarista” del derecho por la que la única fuente de autoridad de los tratados de derechos humanos es la firma y ratificación por parte de los estados. A mi juicio, una vez aceptado esto, puede sostenerse una visión estatista perfectamente apta para un mundo globalizado, incluso más apropiada que la visión cosmopolita que pretende sustituirla. La visión estatista no niega que pueda haber otros agentes responsables de la protección de los derechos a parte de los estados; lo que afirma es que dicha responsabilidad es secundaria. Los sistemas regionales de derechos humanos, por ejemplo, no asumen la responsabilidad directa del disfrute de los derechos humanos, sino que actúan subsidiariamente para garantizar que los estados miembros asumen dicha responsabilidad y actúan en consecuencia. Aunque la visión estatista no es, obviamente, cosmopolita, tampoco se basa en una visión westfaliana de la comunidad internacional, como suelen alegar sus críticos.

La perspectiva estatista simplemente interpreta que la obligación de cooperar requiere que la comunidad internacional contribuya de diversas maneras a que todos los gobiernos respeten los derechos humanos de su población ya sea monitoreando su comportamiento, brindándoles asistencia o aplicándoles sanciones progresivas cuando sea necesario (Montero, 2013, p. 467).

A mi modo de ver, bajo esta visión cosmopolita la concepción “práctica” de los derechos humanos equivale estrictamente a la idea de “derechos naturales”, derechos que disfruta todo ser humano por el mero hecho de serlo. La autoridad de los “derechos cosmopolitas” o derechos de “justicia relacional global” procede de nuestra afiliación más básica, la que nos vincula a la comunidad de la humanidad. A mi juicio, sin embargo, situar la comunidad internacional en el mismo plano de responsabilidad que las comunidades nacionales o plurinacionales en materia de protección de derechos humanos, perdiendo así la perspectiva estatista, implica abandonar el enfoque adecuado para captar el papel práctico de estos derechos. Dicho enfoque, recordemos, exige poner atención, no solo en las razones del disfrute universal de los derechos, sino también en la responsabilidad institucional de su protección y promoción efectivas. Dejaré esta cuestión para otro momento; mi intención ahora es recuperar la concepción del profesor Peña y acometer el final de este trabajo discutiendo su concepción del “derecho a incorporarse a una población extranjera”.

4. La idea de Lorenzo Peña de la libre radicación y naturalización

La concepción “racionalista” de Peña establece una lista de “restricciones injustificadas de la libertad”, en donde el autor enuncia lo que en su opinión son unos

“cercenamientos de nuestro derecho a ser y vivir libres” que no vienen “en absoluto exigidos por imperativos o exigencias del bien común” (Peña, 2017, p. 182). Entre ellos, figuran el control estatal sobre la compraventa de medicamentos, el cultivo, venta y consumo de drogas, el tránsito por estaciones o intercambiadores, la entrada o salida de edificios públicos, la eutanasia, etc. En la mayoría de los casos, el autor no parece negar la necesidad de algún tipo de control estatal, pero denuncia un uso abusivo de estos controles más allá de lo permitido por el principio supremo del bien común.

En lo que sigue, me centraré en la prohibición de la “libre migración”, que el autor enuncia así:

Que no seamos libres de cruzar las fronteras viajando a cualquier país del planeta Tierra para radicarnos y naturalizarnos en él cumpliendo, a tal efecto, la condición de un período residencial probatorio que nos acredite para, con la adquisición de la nacionalidad, tener acceso a los servicios sociales (Peña, 2017, p. 183)

En el caso de la libertad migratoria, la libertad cercenada no es el genérico “derecho a ser y vivir libres”, sino un derecho específico a emigrar que el autor define en los siguientes términos:

[Derecho] para incorporarse a una comunidad humana diversa de aquella donde uno nació, o sea: viajar del propio país a uno extranjero para fijar en él su residencia, para buscar allí una vida mejor para sí mismo y para los suyos y, al cabo de un proceso de incorporación, ser un miembro más de esa comunidad nueva (nueva para él); esa vida mejor la buscará a través del trabajo, o sea de la contribución remunerada al bien común de la sociedad de acogida, como parte que es de la amplia familia humana (Peña, 2015, p. 342).

Se trata, por tanto, según el autor, de un derecho doble: el derecho a radicarse y el derecho a naturalizarse en el país de acogida. El primero representa un derecho natural que no puede sujetarse a ninguna condición; exigiría, por tanto, una política migratoria de “puertas abiertas”, donde los estados simplemente deberían no interferir en las opciones vitales de los individuos: “impone a las sociedades de destino solo un deber negativo de dejar hacer (de dejar inmigrar)”. Por el lado del individuo, en cambio, el derecho a inmigrar entraña un deber positivo: “el de buscar seriamente un trabajo que desempeñar en la sociedad de acogida para el bien común de la misma” (Peña, 2015, p. 342). En cuanto al segundo derecho, el de “incorporación a la comunidad de habitantes preexistente” o “naturalización”, conlleva obligaciones positivas para el Estado receptor, aunque a cambio éste puede legítimamente regular el ejercicio individual del derecho sujetándolo a controles y limitaciones.

Según Peña, el derecho de “incorporación” o “ingreso” pertenece a todos los seres humanos como uno de sus derechos naturales (“meramente por pertenecer a la especie humana”), de modo que “a ninguna comunidad nacional le es lícito excluir a ningún extranjero (salvo casos individualmente justificados de exclusión, cuyos motivos de legitimidad han de ponderarse con el principio de no discriminación”. Por parte del individuo que ejerce este derecho, a cambio, existe la condición de cumplir con aquellos deberes que acrediten “la seriedad, la firmeza y la viabilidad razonable de su solicitud” (Peña, 2015, p. 344).

Hasta aquí la concepción de Peña sobre la libertad migratoria. Lo primero que quisiera discutir es la división que hace el autor entre los derechos de entrada e incorporación basándose en la separación de deberes negativo y positivo. A mi juicio, el derecho a la libre inmigración también exige deberes positivos. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firme defensor de la doctrina de la no

discriminación como *ius cogens*, los estados están obligados a “adoptar una acción afirmativa con objeto de revertir o modificar las situaciones discriminatorias que existen en sus sociedades para el detrimento de un específico grupo de personas” (CtIDH, 2003, párr. 104). Concretamente, en el caso de las relaciones laborales entre partes privadas, el requisito de no discriminación se aplica entre el empleador y el empleado, porque “de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)” (párr. 140). De esta manera,

los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores (párr. 149, énfasis añadido).

Ahora bien, si la dualidad de la libertad migratoria no se basa en el carácter de los deberes del estado, ¿tiene acaso su asidero en la distinta legitimidad del estado para discriminar entre individuos cuando se trata de distintos tipos de políticas regulatorias? ¿Es cierto que las razones que sustentan la autoridad de los estados para regular la nacionalización de los emigrantes no sirven también para justificar el control de los flujos migratorios? En mi opinión, no hay ninguna razón significativa para aceptar la capacidad regulatoria del estado en un caso y rechazarlo en el otro. Tanto la entrada como la posterior naturalización son partes de la política migratoria de un país, y no podemos confundir en ninguno de los dos casos las discriminaciones ilícitas basadas en la raza o el género con la multitud de diferenciaciones que establecen los estados en su legislación de extranjería. De hecho, la Declaración Universal reconoce “el derecho a circular libremente y a elegir residencia” únicamente “en el territorio de un Estado” (Artículo 13).

Por último, la cuestión que quisiera discutir para terminar es: ¿resulta apropiado incluir entre los derechos humanos la “libertad de inmigración e incorporación”? ¿Tiene sentido este derecho como norma de responsabilidad global? En mi opinión, no es apropiado porque no pretende ser únicamente un requisito de integración (“todos somos nosotros”), dirigido a garantizar la ciudadanía a todas las personas que viven en el territorio y están sujetas al gobierno político del estado, sino que más bien aspira a ser un requisito de apertura (“nosotros somos todos”) por el que los estados deberían responsabilizarse de garantizar la ciudadanía a toda persona que así lo desee, tenga relación o no con la sociedad política en la que desea integrarse, e independientemente de la razón, motivo o fuerza que haya provocado este deseo. De hecho, Peña denomina el debate “estatismo-cosmopolitismo” como una batalla dialéctica entre “clausuristas” y “aperturistas” (Peña, 2015, pp. 344-345).

Tampoco creo que debiéramos incluir entre los derechos humanos el derecho a emigrar. Aunque el Artículo 13.2 de la Declaración Universal habla del “derecho a salir de cualquier país, incluso el propio”, los estados no pueden presentar como ejercicio o disfrute del derecho a emigrar la salida “voluntaria” de los que se oponen al gobierno o sufren las consecuencias de una política errada o injusta (“si no le gusta cómo están las cosas, siempre puede ejercer su derecho a emigrar”). Por tanto, como señala Rawls en el diseño de su “posición originaria”, “aunque los principios adoptados permitirán sin duda la emigración (sujeta a adecuadas condiciones), prohibirán cualquier arreglo que solo pueda considerarse justo si se permitiese la emigración” (Rawls, 1993, p. 277). Para entender por qué la “salida” o “abandono” del propio país no puede reconocerse fácilmente como una exigencia moral de carácter

universal, basta recordar lo que escribió Rawls sobre lo que implica normalmente la emigración en la vida de las personas:

Normalmente, abandonar el propio territorio es dar un paso muy grave: significa dejar atrás la sociedad y la cultura en las que hemos crecido, la sociedad y la cultura cuya lengua usamos al hablar y al pensar para expresarnos y entendernos a nosotros mismos, a nuestros objetivos, nuestras metas y nuestros valores; la sociedad y la cultura de cuya historia, de cuyas costumbres y convenciones dependemos para encontrar nuestro lugar en el mundo social [...] Los apegos a personas y lugares, a asociaciones y comunidades, así como los lazos culturales, normalmente son demasiado fuertes como para abandonarlos, y este es un hecho que no es de lamentar (Rawls, 1993, pp. 222, 277).

No es necesario ser un seguidor de Kymlicka para darse cuenta de la importancia que tiene la pertenencia cultural a una determinada comunidad política, algo que parece olvidar Peña cuando somete a la misma exigencia de justicia relacional la comunidad nacional o plurinacional con la comunidad humana. El autor defiende una concepción “sinalagmática y panhumanista de los deberes y derechos humanos” según la cual la comunidad con relación a la cual los individuos establecen un vínculo de reciprocidad fundamental no solo es el estado al que pertenecen, sino también la “comunidad” de los seres humanos. “De ahí que el individuo esté obligado a contribuir al bien común de la humanidad y, recíprocamente, tenga derecho a reclamar beneficiarse de ese bien común, a través de una doble serie de derechos concretos, los unos de libertad y los otros de bienestar” (Peña, 2015, p. 342).

Esta visión cosmopolita no se compadece con el hecho de que las normas de los derechos humanos presuponen que los individuos tienen una afiliación cultural relativamente “fija”. Como señala Rawls al hablar de las partes de la posición original (al efecto de desarrollar una teoría de la justicia),

esta presunción refleja el hecho de que nacemos en nuestra sociedad y dentro de su marco realizamos una de las posibles formas de nuestra persona; la cuestión de nuestra entrada en otra sociedad no se plantea. La tarea de las partes, por tanto, es acordar principios para la estructura básica de la sociedad en la que se supone que conducirán sus vidas. Aunque los principios adoptados permitirán sin duda la emigración (sujeta a adecuadas condiciones), no permitirán arreglos que solo serían justos si se permitiese la emigración [...] De ahí que el derecho a emigrar no afecta a lo que cuenta como una estructura básica justa, porque esta estructura ha de ser vista como un esquema en el que las personas nacen y se espera que lleven una vida completa (Rawls, 1993, p. 277).

Lo mismo cabría decir, a mi juicio, cuando hablamos de una concepción “práctica” de los derechos humanos: se presupone que todos los individuos tienen una afiliación a una comunidad política nacional o plurinacional. Las normas de responsabilidad global se basan en la idea de que cada comunidad política (y, más en concreto, quien administra la autoridad política en dicha comunidad) es la principal responsable de los derechos humanos de las personas que viven en su territorio, precisamente porque se presupone un vínculo especial entre esa comunidad y los seres humanos que la integran. El derecho a emigrar se permite, pero no es una exigencia de justicia.

¿Y el derecho a inmigrar? Rawls no considera este derecho puesto que parte de una idea “cerrada” de sociedad. ¿Cuál sería la respuesta según la concepción “práctica”? Dependerá, en mi opinión, de si adoptamos una visión estatista (centrada principalmente en las comunidades nacionales o plurinacionales donde los individuos conducen sus vidas completas) o cosmopolita (enfocada primordialmente en la comunidad humana a la que todos los seres humanos están afiliados por el mero hecho de serlo). Bajo esta última visión (que en mi opinión es una especie de derecho

natural contemporáneo), parece lógico aceptar el derecho de todos los seres humanos a radicarse y naturalizarse en el país de su elección, puesto que la comunidad nacional o plurinacional ha dejado de ser el *locus* preferente en materia de derechos humanos. Si adoptamos, por el contrario, la visión estatista, no se reconocerá el derecho a la libre radicación y naturalización de los seres humanos, aunque tampoco se prohíba; simplemente es un derecho que ha de reconocer un estado distinto al que pertenecen los individuos por nacimiento y vinculación cultural, y al que se debe reconocer un “margen de apreciación” o discrecionalidad a la hora de regular los términos de entrada y nacionalización de los ciudadanos de otros estados.

Cosa distinta es cómo le está yendo a la práctica internacional contemporánea de derechos humanos. En este sentido, creo que el panorama es indiscutiblemente sombrío, en especial si ponemos en relación la supuesta “libertad migratoria” con los derechos que Peña denomina “del bienestar”. El modelo de Estado constitucional que ha predominado entre los países de la Unión Europea después de la Segunda Guerra Mundial es precisamente el modelo de los derechos sociales, económicos y culturales (el “Estado democrático y social de derecho” del artículo primero de la Constitución española). El problema es que, en las circunstancias de una desigualdad estructural profunda dentro de la comunidad internacional, la globalización ha venido acompañada de un incremento constante de flujos migratorios desde los “países pobres” (tres cuartas partes del planeta habitado, más o menos) a los “países ricos”. De este modo, se está produciendo un aumento exponencial de la oferta de mano de obra barata, haciendo que las recetas de la socialdemocracia resulten ineficaces. El modelo socialdemócrata europeo, al igual que los principios rawlsianos de justicia, presuponen un mundo formado por comunidades políticas relativamente estables y fijas, donde los ciudadanos completan su vida entera, y no un mundo con una población transfronteriza flotante de millones de personas demandando empleo, educación y una vida digna. Lo que significa, a mi juicio, en términos del profesor Peña, que cuanto mayor sea la “liberalización” de las fronteras (con el aumento consiguiente de los “derechos de libertad”) mayor será la dificultad en el mantenimiento del estado del bienestar (con el consiguiente ajuste en los “derechos de bienestar”). Un nudo gordiano del que solo es posible salir acortando gradualmente el desequilibrio estructural de la riqueza a escala global.

Bibliografía

- BEITZ, C. (2003), “What human rights mean”, *Daedalus*, 132, pp. 36-46.
- COHEN, J. (2004), “Minimalism about human rights: The most we can hope for?”, *Journal of Political Philosophy*, 12(2), pp. 190-213.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión consultiva OC-18/03, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).
- IGLESIAS, M. (2017), “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), pp. 393-413.
- KANT, I. (1989), *Crítica de la razón pura* (trad. Pedro Rivas), Alfaguara, Madrid.
- KAVANAGH, A. (2009), *Constitutional review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge.

- LAFONT, C. (2010): “Responsabilidad, inclusión y gobernanza global: una crítica de la concepción estatista de los derechos humanos”, *Isegoría*, 43, pp. 407-434.
- MONTERO, J. (2013), “Derechos humanos: estatistas, no cosmopolitas”, *Isegoría*, 49, pp. 459-480).
- PEÑA, L. (2015), *Idea iuris logica* (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, disponible en la siguiente dirección electrónica:
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/667139/pena_gonzalo_lorenzo.PDF?sequence=1 (fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).
- PEÑA, L. (2017), *Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico*, Plaza y Valdés, Madrid.
- RAWLS, J. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York.
- RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RAZ, J. (1998), “On the authority and interpretation of constitutions: Some preliminaries”. En: ALEXANDER, L. (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 152-193.