

SEMINARIO
DOCTORADO HONORIS CAUSA
VINCENZO FERRARI
ZARAGOZA, 20.11.2014

LA FUNCIÓN DE LEGITIMACIÓN DEL PODER Y LAS
FUNCIONES LATENTES DEL DERECHO:
A PROPÓSITO DE LAS POLITICAS MIGRATORIAS Y DE ASILO
DE LA UE

Javier de Lucas
IDHUV

Introducción

En lo que sigue, quiero partir de dos de los problemas de los que se ha ocupado Vincenzo Ferrari, -la función de legitimación del poder por el Derecho y su análisis de la distinción propuesta por Merton entre funciones manifiestas y latentes del Derecho (desarrollada sobre todo por Aubert, Eckhoff y Sendby), que diferencia las funciones sociales “manifiestas” (las consecuencias objetivas de la acción social que son buscadas y reconocidas por los participantes en el sistema) y funciones “latentes” (aquellas no buscadas ni reconocidas por los participantes de las instituciones), para proponer algunas reflexiones sobre la función de las actuales políticas migratorias y de asilo.

Debo reconocer la importante influencia que ha tenido en mi propio trabajo la perspectiva de análisis del Derecho que Ferrari recoge de Treves y desarrolla de forma autónoma, original. Fiel al peso de los principios de iluminismo crítico y relativismo/pluralismo, a la hora de tratar de aprehender el propio tiempo con el pensamiento, fiel a la herencia del socialismo liberal del gran Carlo Roselli. Son ambas herencias decisivas para hacer frente al análisis y diagnóstico de los conflictos propios de sociedades crecientemente plurales y de los fenómenos de diversificación social. Probablemente, como ya denunciara el propio Ferrari, hemos desprovisto de sentido aquello que podía explicarse como un < sistema de oportunidades de vida >, según Ralph Dahrendorf, el admirado sociólogo y politólogo liberal que tantos puntos en común tiene con V Ferrari, denominaba las *Lebenschancen*

propias de una sociedad pluralista, contemporánea, que él atisbaba como más justa....

Y es que las nuestras son sociedades que, como escribía V Ferrari en el prólogo a la 2ª edición de 1989 de sus *Funzioni del diritto*, “lejos de relacionarse con modelo esquemáticos de interacción, parece más que nunca el escenario en el que se enfrentan agentes sociales concretos, atentos a aprovechar las crisis de legitimidad que ha cubierto las estructuras tradicionales y, para empezar, las del Estado mismo, no sólo en su forma social” (Funciones, edic 2007, pg 41). Hablamos, como escribe Ferrari al final del capítulo VII de sus *Funciones del Derecho*, de “la sociedad postmoderna, en la que la política espectáculo también convierte en espectacular su símbolo primario: el jurídico” (huella de Durkheim).

(I) Sobre la función de legitimación del poder.

El gran jurista Karl Llewellyn, en su muy citado trabajo publicado en 1940 en el volumen 49 del *Yale Law Journal*, con el título “The Normative, the Legal and the Law Jobs: the problem of Juristic Method”, distinguía 4 *Law's Jobs*: solución de conflictos, regulación de conductas, legitimación y organización del poder y lo que él denomina *net-drive*, el poder de orientar una sociedad hacia fines comunes... Vincenzo Ferrari ha prestado una especial atención a ese tercer objetivo o función del Derecho, junto a la dimensión simbólica o comunicativa ya adelantada por Durkheim y es de lo que quiero hablar aquí...

En un artículo con el título “Notas acerca de la disyuntiva del Derecho contemporáneo”, incluido en un volumen en homenaje a Jose Maria Cajica, del que hay una primera versión en el volumen XX de *Sociologia del Diritto* (cuaderno 1 de 1993), y en el capítulo VII (Derecho y legitimación) de sus *Funciones del Derecho*, denunciaba Vincenzo Ferrari el fenómeno de lo que él ha denominado el “derecho especial”, caracterizado por su alto grado de contingencia y de imprecisión, porque, asegura “los conflictos políticos sólo se resuelven en el plano de la retórica verbal, mediante la adopción de oscuras fórmulas normativas que dan pie a cualquier interpretación”. Ferrari ponía el acento en particular en el carácter simbólico de este “Derecho especial”, porque, escribe:

“...el poder político, a menudo paralizado en su interior, incapaz de asumir decisiones efectivas o carente de los medios necesarios para hacerlas operativas, utiliza el instrumento jurídico con el único fin de cubrir las apariencias o apaciguar los ánimos, a modo de noble mentira, produciendo algo que no es derecho, sino simulacro de derecho, construido no en función de exigencias concretas, sino en función de imágenes masificadas de las que es tan pródiga la llamada sociedad del espectáculo...”

(II) Legitimación del poder: la función de las políticas de migración y asilo

Hipocresía y cinismo. Hace años que Migreurop viene sosteniendo que la UE sostiene una *guerra* contra los inmigrantes (y contra los refugiados). A mi juicio, los acontecimientos del último

año en dos puntos clave de las políticas europeas de asilo y de inmigración, dos de las “puertas de Europa”, Lampedusa y Melilla, acreditan de modo incontestable esa tesis. De ser así, la libertad de circulación no sería un derecho suficientemente reconocido y garantizado por la UE y sus Estados miembros.

No se trata tan sólo de que la UE priorice la perspectiva securitaria en relación con inmigrantes y refugiados (en términos de defensa, hasta el punto de considerar los movimientos migratorios como uno de los desafíos o amenazas para la defensa y seguridad de la UE). Es que en la práctica desaparece cualquier otra consideración cuando se trata de afrontar la gestión de esos movimientos hasta el punto de que impone una lógica bélica, militar. Los inmigrantes ocupan el lugar del enemigo *ad portas*, eso sí, como masa anónima, como amenaza de oleada, de invasión.

Por tanto, si se es consecuente con esa perspectiva, no puede sino admitirse la lógica de tesis como las enunciadas en su día por el ministro *leghista* Marone, quien abogó por la utilización de cañoneras para disuadir la llegada de inmigrantes a costas italianas. Y el mismo fundamento tendrían, con los matices que se quiera, las declaraciones del Delegado del Gobierno español en Melilla, Abdelmalik El Barkani, en defensa de la reinstalación a finales de octubre de 2013 y en determinados tramos de la frontera de Melilla, del modelo de alambrada con cuchillas (un sistema conocido, por cierto, como “muro palestino”, por su utilización en la zona de Cisjordania), alegando que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen una obligación constitucional de defensa y un deber

jurídico más específico de impedir la entrada de inmigración irregular.

Sabemos bien que la guerra, en el colmo del oxímoron jurídico, afecta al cumplimiento de deberes jurídicos fundamentales. Pues bien, eso es lo que sucede con las políticas migratorias y de asilo e la UE. Si estamos en guerra todo está permitido, todo es lícito con tal de obtener la victoria. Nosotros y ellos: en un recurso retórico bien analizado y descrito hace decenios por la psicología social y la sociología política, la UE cultiva institucionalmente de modo irresponsable mensajes de confrontación (necesarios todavía más en tiempos de crisis), en los que la apelación al *agresor externo* es un eslabón más de la política del miedo que apela a la fuerza centrípeta de *cerrar filas* frente a tales amenazas. El resultado es que los instrumentos de las políticas migratorias y de asilo transmiten xenofobia y racismo institucionales, que contaminan a la opinión pública y, lejos de contribuir a la cohesión social, contribuyen a medio, si no a corto plazo, a la patologización del conflicto social.

En esa vuelta de tuerca a la que asistimos hoy, los refugiados no son tales, sino falsos inmigrantes, coartada que sirve para burlar el cumplimiento de todas las normas del Derecho internacional de refugiados y, en el caso de que pretendan llegar por mar, violar preceptos jurídicos básicos del Derecho internacional del mar, como lo dispuesto en el artículo 98.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convención de Montego Bay)* de 10 de diciembre de 1982¹, que se complementa con lo establecido,

1

http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf

entre otros, en los párrafos 2.1, 10 y 13.2 del *Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo (Convenio SAR, versión 1979)*² y por ejemplo en la regla 33.1 del *Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS)*³. Cuando la ruta es terrestre, como sucede hoy en buena parte de los países de Africa que llamamos con dudosa precisión « subsaharianos », el desierto cumple la función de criba.

Por su parte, los inmigrantes irregulares son identificados como delincuentes que, en caso de que consigan llegar a país de destino, han de ser encarcelados, multados y expulsados. Infrasugetos de derecho, la condición administrativa de irregularidad se convierte en delito y leyes inicuas, como la Fini-Bossi que el Gobierno de Letta no ha derogado un mes después de las últimas grandes tragedias en Lampedusa, los someten a confinamientos que son verdaderos encarcelamientos y también a multa y expulsión.

Estamos, pues, lejos de reconocer y garantizar plenamente el derecho a circular libremente como un derecho humano fundamental. Pero si ese desconocimiento es inadmisibile en países que dicen regirse por la primacía de los derechos humanos, habrá que modificar como mínimo los aspectos en que las políticas de migración y asilo lo ponen en entredicho. El primer test para evaluar nuestra coherencia con ese reconocimiento debido está a la vuelta de la esquina, las próximas elecciones europea. Mucho deben cambiar las cosas para que las formaciones políticas que concurren a ellas lo

² [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-\(SAR\).aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-(SAR).aspx)

³ [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-\(SOLAS\),-1974.aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS),-1974.aspx)

hagan con un programa decente en este punto. ¿Lo exigirán, lo exigiremos los electores, nosotros, los ciudadanos europeos?

(III) La función latente y las funciones negativas (que no disfunciones) de estas políticas

Cuanto hemos expuesto hasta ahora parece lo más importante, sobre todo desde el punto de vista propositivo. Sin embargo, no podemos dejar de señalar lo que posiblemente es lo más urgente, corregir el efecto más pernicioso de estas políticas de asilo e inmigración. Me refiero a la herida que causan en el núcleo de las verdaderas señas de identidad por las que deberían velar la UE y sus Estados miembros, para preservarlas y desarrollarlas. Porque estas políticas hieren de muerte al Estado de Derecho, el proyecto de orden jurídico y político cuya legitimidad radica en la sumisión del poder al Derecho (no sólo a la ley) y en el control del poder por los tribunales de justicia. Uno y otro imperativo alcanzan pleno sentido a su vez en el Estado Constitucional de Derecho, gracias a la incorporación de la prioridad del reconocimiento y garantía efectiva de los derechos humanos al núcleo de la legalidad y legitimidad que es la Constitución. La pregunta es ¿quieren tomar en serio esas exigencias la UE, sus Estados miembros, sus actores políticos y sociales, en definitiva, sus ciudadanos?

A la luz de estas políticas migratorias y de asilo, a la luz de medidas de las que pondré algunos ejemplos, habría que responder que no. Lamentablemente, parece que tengan razón quienes sostienen, como la jurista francesa Danièle Lochak, que en lo que se

refiere a nuestra respuesta a los inmigrantes y refugiados que vienen a Europa pensando en un lugar de seguridad y libertad, nuestros Gobiernos se mueven en la disyuntiva entre el respeto por el Estado de Derecho o la opción por un estado de excepción permanente. Y pareciera que han optado por el segundo término. Han decidido construir no ya limbos, sino un auténtico infierno jurídico; no sólo terrenos de *no-Derecho*, sino ámbitos en los que rige un orden jurídico propio del antiguo régimen, un *infra-Derecho*.

Conste que no hablo de prácticas detestables, de conductas aisladas que deben ser localizadas y castigadas. Eso debería darse por descontado. Tampoco hablo, con ser grave, de que se hayan multiplicado ese tipo de comportamientos ilícitos. No. Se trata de considerar a los inmigrantes y refugiados como infrasujetos. Digámoslo claro, súbditos, si no esclavos. En todo caso, seres prescindibles, sustituibles, de acuerdo con la ideología fundamentalista de mercado, de capitalismo de casino, en la que parecen creer dogmáticamente quienes guían nuestros destinos. Nada nuevo: se encuentra en el *Ensayo sobre la sociedad civil* de Ferguson (1767), en las páginas de Dickens, en las de Marx y Engels, en el poema de Eugene Pottier -el autor de la letra de la *Internacional*- en el que éste describe y avisa, *avant la lettre*, sobre la globalización económica.

Esa lógica de desregulación y degradación de los derechos cuyo reconocimiento había costado siglos de luchas sociales y millares de vidas, está vaciando de contenido principios jurídicos sin los que no puede haber cultura ni sociedad decentes. Hablamos del derecho a la unidad familiar, del derecho a la asistencia sanitaria

más elemental, del derecho a la educación, del derecho a la tutela judicial efectiva, del la obligación de socorro ante peligro de muerte, del derecho elemental a acoger al otro que huye del peligro...No son abstracciones. Son leyes, decretos, directivas, planes de acción que la UE y sus Estados miembros ponen en marcha: directivas como la de retorno, de julio de 2008; iniciativas como las de externalización de la policía de fronteras, en países que no ofrecen garantía mínimas de derechos humanos. Violaciones groseras del derecho de asilo por omisión de las obligaciones jurídicas elementales propias del Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de N York de 1966 (ratificados por todos los Estados de la UE) sobre la obligación de asistencia a quien demanda asilo, comenzando por la obligación de *non refoulement*. Decretos como el RD 16/2012 aprobado por el Gobierno Rajoy, que priva de asistencia sanitaria a esos *desechables* que son los inmigrantes irregulares. Proyectos de ley y reglamentos como- también en España- el Reglamento del PP sobre ese tipo de instituciones que son ejemplo de limbos jurídicos, los CIE. Medidas jurídicas que muchas veces se pretenden realizar desde la clandestinidad, como en el caso de la enmienda que el mismo Gobierno Rajoy pretende introducir en el proyecto de Ley de Seguridad ciudadana para modificar la ley de extranjería y legalizar las inaceptables *devoluciones en caliente* que parlamentarios de diferentes grupos (notablemente Amaiur), jueces, abogados y profesores de Derecho han denunciado hasta la saciedad. O como la reciente operación policial europea *Mos Maiorum*, que habría pasado desapercibida de no ser por el esfuerzo militante de ONGs como *StateWatch* y del coraje de algunos profesionales de los medios de

comunicación que sobreviven en medio de las dificultades que causa molestar al poder político y económico que no admite la pluralidad ni la crítica.

A veces el ataque se torna tan burdo y despiadado que algunas instancias europeas reaccionan. Ha sido el caso tras la tragedia de 15 muertos -homicidios jurídicamente hablando más que probablemente- en la playa del Tarajal. Es el caso de las críticas que ha dirigido por escrito la antigua comisaria de Interior, la señora Malmström, al ministro de Interior español, Sr Fernández, ante los videos de la ONG PRODEIN en los que se constatan palizas y malos tratos a inmigrantes en la valla de Melilla (en realidad, en territorio español). Nada menos que la Comisión, se ve obligada a reprender al Gobierno español porque no cumple con las exigencias de su propia Ley de extranjería sobre procedimientos individualizados de expulsión de irregulares, ni con su deber elemental de preguntar a quienes llegan a nuestras fronteras (desde Mali, por ejemplo) para saber si son refugiados, lo que ha valido también la denuncia del Comisario de derechos humanos del Consejo de Europa, Nils Muiznieks.

Se equivocan quienes piensan que ese arsenal de medidas contrarias al Estado de Derecho son inaceptables sólo porque perjudican injustificadamente a inmigrantes y refugiados. Ese desmantelamiento concienzudo del que hemos ofrecido algunas pinceladas es mucho más grave: socava la credibilidad misma de la UE ante el mundo. Y ante todos nosotros, los ciudadanos europeos, que ni podemos ni debemos callar. Como recordara Marx en el

prólogo del primer volumen (1ª edición) de El Capital, evocando la cita de Horacio en la primera de sus sátiras, *De te fabula narratur*.