

LOS NÁUFRAGOS DE NUESTRO MUNDO: EL CASO DE LOS REFUGIADOS¹

Daniel Loewe

*Universidad Adolfo Ibáñez
Santiago de Chile*

ABSTRACT: *According to this paper the most important arguments against a cosmopolitan right to immigrate aren't valid in the case of refugees. Articulating an interpretation of the Kantian Cosmopolitan Right the text shows that the rights of refugees must be understood more extensive than it is actually the case.*

KEY WORDS: *Immigration; right of refugee; cosmopolitan right; Kant; Convention relating to the status of refugees.*

Aunque no son nuevos, los movimientos migratorios ejercen una fuerte presión sobre las fronteras políticas de muchos estados y generan debates que dividen a la opinión pública. Las historias de indocumentados cruzando fronteras desérticas, aventurándose en balsas o huyendo de guerras, inundan nuestro imaginario colectivo evidenciando la brecha entre realidad y principios. La presión no sólo se traduce en urgencia política para buscar, atendiendo a todas las consideraciones pragmáticas relevantes, el modo de responder colectivamente al empuje migratorio. Más allá de esta urgencia hay una tensión en el plano teórico que se ve agudizada al tomar en consideración el marco teórico hoy en día quizás más aceptado de la filosofía política: el liberalismo de corte igualitario. No es casual que, aunque el tema de la migración se sitúe en el centro de la discusión política y pública, constituyendo incluso para algunos *el tema de nuestro tiempo*, casi ningún filósofo político trate estos temas de forma sistemática (algunas importantes excepciones son Walzer 1993; Carens 1987, 1992, 2003, 2005; Vitale 2006; Kirloskar-Steinbach 2007). En este tema entran en tensión dos de las premisas fundamentales que yacen en la base de las teorías liberales igualitarias: el paradigma del estado nacional y el compromiso con principios universales.

SHIPWRECKED PERSONS: THE CASE OF REFUGEES

RESUMEN: De acuerdo a este artículo, los argumentos más importantes contra un derecho cosmopolita a la inmigración no son transferibles legítimamente al caso de los refugiados. Interpretando el Derecho Cosmopolita kantiano, en el artículo se argumenta que el derecho de asilo debería ser entendido de un modo más extensivo que en la práctica usual de nuestros días.

PALABRAS CLAVE: Inmigración; derecho de asilo; derecho cosmopolita; Kant; Convención de refugiados de Ginebra.

Por una parte, el fenómeno de la migración tiene lugar en un mundo organizado de acuerdo al modelo del estado nacional, y las premisas básicas de este modelo son en la actualidad ampliamente compartidas por las teorías más difundidas y aceptadas de filosofía política –de hecho, han sido acuñadas por éstas– y, por lo tanto, se encuentran íntimamente ligadas con las estructuras teóricas argumentativas comúnmente utilizadas. Desde esta perspectiva, la porosidad de las fronteras por *razones de justicia* –esto es, razones vinculantes que están fuera del alcance de las jurisdicciones nacionales– se contraponen a estas premisas. La importancia que le cabe a la premisa del modelo del estado nacional la podemos observar claramente en el caso de la teoría de justicia más discutida y quizás aceptada en la actualidad: la teoría de la justicia de John Rawls. Por una parte, esta teoría desconoce completamente la relevancia del fenómeno migratorio considerándolo una “anomalía”, y, por otra parte, acepta (tal como Walzer 1993, cap. 2) la tesis de la asimetría entre emigración e inmigración. De acuerdo a esta tesis, anclada en la praxis del derecho internacional y ampliamente aceptada por los estados del mundo, la *emigración* es reconocida como un derecho humano (art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), pero este derecho no implica un derecho a *inmigración* o una obli-

gación de parte de los otros estados a aceptar el ingreso de estos emigrantes.

Por otra parte, las bases normativas del liberalismo igualitario se dejan retrotraer al individualismo, al universalismo y al igualitarismo. De acuerdo al individualismo normativo, la última instancia de justificación es el individuo –o en una variante algo diferente: la última instancia con valor moral es el individuo: los *individuos* cuentan, *todos* los individuos cuentan y todos los individuos cuentan *igual*– de ahí la posición central del universalismo y el igualitarismo. Consideradas seriamente, las premisas normativas básicas del liberalismo de corte igualitario tienen un carácter cosmopolita: lo que está en el foco teórico normativo es la igualación de las oportunidades básicas de todos los individuos con independencia de la jurisdicción bajo la cual casualmente nacieron. Y, consideradas sin cualificaciones en un plano de teoría ideal, estas premisas tornan difícil considerar a las fronteras políticas, hechos contingentes y accidentes de la historia, como moralmente relevantes. La movilidad libre a través de las fronteras políticas parece yacer así en el núcleo moral del liberalismo igualitario.

En este artículo abordaré el tema de los refugiados. Pretendo mostrar que desde una perspectiva cosmopolita se pueden y –en pos de la coherencia teórica– se deben articular argumentos a favor de facilitar un acceso mucho menos restringido de refugiados que lo que la práctica de la mayoría de las jurisdicciones considera como apropiado. Mi tesis es que los liberales igualitarios apenas se pueden negar a aceptar la interpretación cosmopolita en los temas referentes a los refugiados. De este modo, aunque las teorías –también las teorías liberales igualitarias– que rechazan un derecho a movimiento sin fronteras y correspondientemente un derecho humano a *inmigrar* articulen argumentos convincentes, estos argumentos no son extensivos y por tanto tampoco válidos en el caso de los refugiados. Contra su pretensión, estas teorías no pueden negarse a una interpretación cosmopolita del derecho de asilo. No es casual, entonces, que el autor con el que pretendo mostrar lo recién señalado, de ningún modo y bajo ninguna circunstancia pone en cuestión el derecho a soberanía de los estados y, sin embargo, acepta sin restricciones las implicaciones del derecho cosmopolita (en adelante, DC): Kant.

Para esto procederé en cuatro pasos. 1) Primero me referiré sucintamente a las críticas articuladas contra los argu-

mentos a favor de la movilidad sin fronteras y mostraré que, de ser efectivos, la validez de estos argumentos no se puede extender al caso de los refugiados. 2) En segundo lugar me referiré al DC kantiano así como a su justificación. 3) En tercer lugar indagaré la extensión de este derecho en el caso de los refugiados. 4) Finalmente realizaré algunas consideraciones acerca de los límites del DC kantiano.

1) LIBERALISMO IGUALITARIO Y EL DERECHO A INMIGRAR

Teóricos cosmopolitas a favor de un derecho a la libre movilidad a través de las fronteras políticas o a favor de una política de *open borders*, como en ocasiones se la denomina, siguen usualmente el siguiente modelo argumentativo (que ciertamente es cualificado de modos diferentes): si el liberalismo igualitario aspira a garantizar la igualdad de algún bien que se considere como moralmente relevante, es decir, que una métrica igualitaria de distribución del bien preferido se considera como una respuesta apropiada a la pregunta acerca de qué es lo que nos debemos los unos a los otros desde una perspectiva moral (o, expresado de otro modo, si esta distribución es considerada como la respuesta correcta para corregir o neutralizar los resultados de todo aquello que se retrotrae a elementos considerados como moralmente arbitrarios –como el grupo económico y social en el que nacemos, o incluso nuestros dotes y talentos naturales), entonces no parece haber razones de principio (aunque sí razones pragmáticas) para rechazar un derecho a la libre movilidad a través de fronteras políticas.

Esto se debería a que la contingencia de nacer dentro de una jurisdicción determinada tiene implicaciones profundas en las oportunidades de vida de los individuos por las que no se les puede considerar como responsables. Nadie puede ser considerado como responsable por haber nacido, digamos, en Sierra Leona, con una probabilidad estadística de vida que no llega a los 40 años, y no en Japón, donde ésta se acerca a los 80. Esta contingencia sería, utilizando las palabras de Rawls (1979), moralmente irrelevante (*arbitrary from a moral point of view*). Principios igualitarios de moralidad política, o principios de justicia como corrientemente se los denomina, deberían, entonces, aspirar a neutralizar estos efectos. Junto a muchas medidas que

se pueden retrotraer a estos principios (por ejemplo, políticas de distribución internacional), la libre movilidad nos acercaría al menos de dos modos a la realización del ideal de igualdad de oportunidades garantizada en el contexto global (Loewe 2007):

Por una parte, un derecho a la movilidad sin fronteras reduciría las desigualdades en oportunidades para migrar que se dejan retrotraer a la valoración de la nacionalidad del inmigrante potencial por parte de las autoridades del país de destino (no todos los pasaportes son igualmente bienvenidos).

Por otra parte, este derecho pondría a disposición de los individuos nuevas oportunidades para perseguir aquello que quieran lograr en la vida –esto es, para desarrollar sus planes de vida–. Las oportunidades disponibles mediante la libre movilidad no son sólo las de tipo económico que conlleva el acceso a una nación con un Producto Interno Bruto mayor, sino también las relacionadas con la posibilidad de vivir de acuerdo a una concepción particular del bien cuya realización, por razones políticas, culturales o de otra índole, no está disponible o es objeto de penalizaciones directas o indirectas en la nación de origen.

Desde esta perspectiva, el derecho humano a emigrar, reconocido en tratados internacionales, debería ser entendido de un modo extensivo como un derecho humano a inmigrar.

Contra este tipo de argumentación cosmopolita se han articulado numerosos argumentos, que suelen seguir el siguiente patrón común (cf. Miller 2007): si bien el liberalismo igualitario aspira a garantizar igualdad de oportunidades, no es posible universalizar este ideal por encima de las fronteras políticas existentes sin traicionar la teoría política preferida –lo que se aplicaría también a la teoría política de corte liberal igualitario–. Si bien las fronteras políticas son históricamente contingentes –y por tanto en un cierto sentido, como los autores cosmopolitas argumentan, moralmente arbitrarias al momento de determinar qué es lo que nos debemos los unos a los otros–, ellas serían relevantes porque nos permiten diferenciar grupos organizados políticamente que pueden así llevar adelante sus proyectos colectivos particulares. La pregunta es, entonces, ¿porqué es moralmente relevante el que grupos estatalmente organizados puedan desarrollar proyectos

colectivos? Las respuestas son variadas. A continuación bosquejaré sólo tres:

a) Teorías comunitarias.–En un extremo encontramos la respuesta radical que se articula desde la trinchera comunitaria. Según estas teorías, las fronteras políticas coincidirían con elementos de la cultura política, cuya expresión paradigmática sería el constructo del estado nacional. Las fronteras serían relevantes al definir *qué* es la justicia y *cuál* es su contexto de validez (cf. Walzer 1993; Gray 2001; Rorty 1998). Dado que según estas teorías no habría razones contextualmente independientes para definir la justicia, no tendría sentido postular la existencia de obligaciones de justicia sin referencia directa o indirecta a las fronteras. Por lo tanto, siendo el contexto político cultural constituyente del sentido de lo justo, no tendría sentido afirmar que hay obligaciones de justicia que van más allá de las fronteras políticas o culturales que circunscriben estos contextos. Advendizos que proceden de culturas políticas distintas pueden ser una amenaza a la comprensión comúnmente compartida en la que se basa la comunidad política. Una política de recepción de inmigrantes o refugiados podría responder, por cierto, a los intereses de la sociedad en cuestión, o expresar preceptos caritativos ampliamente aceptados en ésta, pero no sería una obligación articulada en términos de justicia. Walzer (1993, 60 y ss.), por ejemplo, sólo cualifica esta posición en relación a refugiados por cuya miseria el estado que los acoge es responsable (es decir, frente a los cuales hay obligaciones especiales), o en casos en que hay relaciones étnicas o ideológicas².

b) Nacionalismo liberal.–Una tesis afín a la comunitaria, pero presentada de un modo más débil y sutil, es defendida por aquéllos que sostienen alguna versión del así llamado nacionalismo liberal (v.gr., Miller 1998; Tamir 1993; Kymlicka 1989, 2002)³. De acuerdo a éste, las fronteras nacionales serían relevantes porque circunscriben el lugar en el que podemos actuar en forma autónoma⁴: las culturas nacionales, definidas al menos en la forma débil de una lengua y una historia compartida, nos ofrecerían tanto las opciones relevantes necesarias para llevar a cabo nuestros planes de vida, como los criterios de valoración para escoger entre éstas. Es por esto que, según estas teorías, la preocupación liberal por la autonomía individual debería llevar a considerar los derechos nacionales como núcleo de la teoría liberal. Corolario de este modelo argu-

mentativo es que las obligaciones fundamentales de justicia se las debemos a nuestros con-nacionales (que no hay que confundir con con-ciudadanía), y sólo en un segundo momento, y sin comprometer el cumplimiento de estas obligaciones primarias, debemos –o podemos– atender a aquéllos que no caen en esta categoría. Si un contexto cultural "rico" y "seguro" es necesario para posibilitar la autonomía de los individuos (Kymlicka 1989; 2002), una política que no haga depender las respuestas políticas a las presiones migratorias exclusivamente de los intereses nacionales y que, por el contrario, renuncie al control de las fronteras políticas en base a razones de justicia, haría peligrar la riqueza y seguridad de este contexto, y correspondientemente la autonomía individual. Este tipo de argumentos puede ser cualificado. Según Miller (1998), por ejemplo, la identidad nacional posibilitaría el estado social. De este modo la porosidad de las fronteras en el caso de los inmigrantes haría peligrar esta identidad y así el estado social. Y según Tamir (1993), el gran proyecto nacional intergeneracional involucra lealtad. De este modo, este proyecto estaría en peligro si renunciamos a controlar las fronteras.

c) Contractualismo estatal.–Conforme a las teorías contractuales, son las sociedades como empresas cooperativas las que constituyen el foco del acuerdo institucional. De este modo, las fronteras políticas, aunque históricamente contingentes, juegan un papel central al determinar el foco de la justicia. Esta tesis se encuentra en la base de la teoría de justicia de Rawls. El foco de su teoría de justicia, como es articulada en *A Theory of Justice* y en *Political Liberalism*, son sociedades organizadas estatalmente (y no las relaciones entre sociedades). Como es conocido, este autor articuló posteriormente una extensión de su concepción contractual de justicia liberal al contexto de las relaciones internacionales (cf. Rawls 2001), que se basa en una analogía con el caso de la política interna (*domestic*). Pero el foco primero de la justicia tiene implicaciones importantes en el tratamiento de la cuestión migratoria. La teoría rawlsiana muestra un particular desinterés por el fenómeno de la inmigración. De acuerdo a su estructura argumentativa de justificación contractual, la inmigración no es un fenómeno que requiera la aplicación de criterios o principios de justicia⁵.

En mi opinión, se pueden articular buenas razones contra cada uno de estos modelos argumentativos⁶. Sin embargo,

si aceptamos que las fronteras políticas son moralmente relevantes (por cualquiera de las razones que se articulan en los modelos presentados o por otras), entonces la distinción fundamental es entre *derechos humanos*, que en cuanto tales le corresponden a todos los seres humanos con independencia de la membrecía política territorial, y *derechos ciudadanos*, que no se consideran como derechos humanos y que incluirían no sólo derechos políticos, sino también derechos sociales y económicos, así como también ciertas libertades. Este bosquejo corresponde ciertamente a la práctica de nuestro mundo. Crucial para la argumentación es que si este argumento es correcto, entonces debemos distinguir entre la igualdad de oportunidades que las teorías liberales igualitarias querrían ver realizadas en el interior de ciertas comunidades organizadas estatalmente, y las oportunidades que le corresponderían a los seres humanos en cuanto tales. Estas últimas, lejos de la aspiración igualitaria en el interior de las sociedades organizadas estatalmente, deberían estar repartidas de tal forma que fuese posible llevar a cabo una vida digna. Ciertamente, un cierto grado de libertad de movimiento es necesario para poder desarrollar una vida digna. Individuos confinados a espacios reducidos pueden difícilmente tener acceso a las numerosas oportunidades (laborales, afectivas, etc.) necesarias para desarrollar su vida. Y la imposibilidad física de no poder ocupar un lugar sobre la tierra es difícilmente compatible con algún tipo de vida (en tanto que las plataformas espaciales o la colonización de otros planetas no sean algo corriente). Pero la libertad de movilidad *a través de las fronteras políticas* no sería necesaria para garantizar la posibilidad de desarrollar una vida digna. El deseo de los individuos de cruzar fronteras políticas no correspondería a un interés fundamental que en cuanto tal debería ser protegido mediante derechos humanos, sino a una preferencia que bien podemos tener o no. Pero las preferencias, si bien anheladas por los individuos y aunque su satisfacción ciertamente tendría resultados positivos en el nivel de bienestar de los individuos, no serían intereses fundamentales (es decir, intereses que podemos suponer en todos los individuos) y correspondientemente no deberían estar protegidas por derechos fundamentales. El corolario es claro: entre los derechos humanos que deben estar garantizados para todos los seres humanos con independencia de la inscripción en alguna circunscripción política particular no se incluiría un derecho humano a inmigrar, es decir, un derecho a ingresar a una sociedad política distinta a la de origen.

Aunque pienso que hay buenos argumentos contra esta crítica a la posibilidad de establecer un derecho humano a movilidad sin fronteras (Loewe 2007), en este artículo aceptaré de un modo hipotético que esta argumentación es, en general, correcta. Sin embargo, esto no implica aceptar la rigidez de las fronteras políticas que los autores dan por probada. Con todo, al menos un caso no parece estar afectado por esta argumentación: el de los refugiados.

La razón es evidente. Las oportunidades básicas necesarias para llevar a cabo una vida digna que, de acuerdo a la crítica expuesta a las interpretaciones cosmopolitas, corresponden a intereses fundamentales y por tanto deben estar protegidos mediante derechos humanos, no están garantizadas en el caso de los refugiados: la falta de oportunidades razonables para escapar a la persecución, la inanición, el hambre y las enfermedades no es comparable con la falta de oportunidades para desarrollar un determinado tipo de ideal laboral o personal al cruzar fronteras políticas. En el caso de los refugiados potenciales la posibilidad de desarrollar una vida digna está en peligro. Por lo tanto, el derecho humano a asilo se mantendría incólume frente a esta crítica.

Si esto es así, entonces al menos frente al caso de los refugiados las fronteras deberían mostrarse porosas. Pero es sintomático que también en este caso, y aun aceptando que los refugiados potenciales muchas veces no disponen de las oportunidades básicas que permiten realizar intereses fundamentales, los autores que usualmente critican la interpretación cosmopolita no están siempre de acuerdo en aceptar su ingreso, prefiriendo, en el mejor de los casos, políticas que apunten a mejorar la situación de los refugiados potenciales en las zonas geográficas de origen (mantener campos de refugiados, establecer el suministro de alimentos y agua, y todo aquello que se suele subsumir bajo el amplio e indistinto concepto de ayuda humanitaria o, si lo que se plantean no son sólo respuestas urgentes a problemas punzantes, sino estrategias a más largo plazo, ayuda para el desarrollo). O de un modo más elaborado, se interpreta el concepto de refugiado, que mediante la aceptación de la *Convención de Refugiados* de Ginebra (en adelante, CRG) se ha introducido en la legislación de prácticamente todos los estados del mundo, de un modo extremadamente restringido que no sólo se opone en ocasiones al espíritu (y, en muchas otras, a la letra) de la convención, sino que se opone –lo que resulta aún más

relevante– a los derechos humanos que estas concepciones aceptan en el plano teórico.

2) EL DERECHO COSMOPOLITA KANTIANO

Teorías contractuales clásicas, como las articuladas por Hobbes en el *Leviathan*, Locke en los *Dos Tratados* y Rousseau en *El Contrato Social*, pero también nuevas teorías del contrato social, como la articulada por Rawls con su *Teoría de la Justicia*, se concentran fundamental y primeramente en la relación legal entre el estado y sus ciudadanos. El carácter vinculante, que se remite a un contrato ficticio, pero que se puede demostrar razonable, encuentra su campo de validez dentro de este ámbito de relaciones. Fuera de éste se mantiene, con menor o mayor intensidad, el estado de naturaleza. Kant va más allá de esta categorización limitada. De acuerdo a su concepción habría también derechos y obligaciones tanto en relación hacia los otros estados como hacia los individuos que no son miembros del propio estado.

En *Hacia la Paz Perpetua* (1795) Kant presenta una división tripartita de todas las relaciones de derecho público (*öffentliches Recht*) posibles, al considerar a los estados y a los individuos como actores jurídicos relevantes, aunque con significado diferente. En primer lugar, el Derecho de Estado (*Staatsrecht: ius civitatis*) regula las relaciones entre los ciudadanos de un estado, y entre éstos y el estado correspondiente. Éste es el ámbito de referencia tradicional de las teorías del contrato social. Por encima de éste, Kant establece otros dos ámbitos de interacción que deben ser regulados de un modo normativo (y no dejados a merced del estado de naturaleza). El Derecho de Gentes (*Völkerrecht: ius gentium*), que regula las relaciones entre los estados, y el Derecho Cosmopolita (*Weltbürgerrecht: ius cosmopolitanum*), que regula la relación entre personas naturales y estados extranjeros⁷.

En el texto de Kant se presentan tres artículos definitivos que, en cuanto imperativos de acción, deben ser realizados para así garantizar la paz. El primer artículo se refiere al Derecho de Estados y establece que la constitución de cada estado debe ser republicana. De acuerdo al segundo artículo, el Derecho de Gentes debe basarse en una federación de estados soberanos. Y conforme al tercer artículo,

el DC debe ser limitado a condiciones de hospitalidad universal. La realización de estos tres artículos definitivos garantizaría la paz perpetua y no sólo momentos de paz bajo la amenaza permanente de conflictos armados.

Tanto el Derecho de Estado, como el Derecho de Gentes y el DC, se derivan del concepto de derecho. De un modo exigente, Kant define el derecho como: "el conjunto de condiciones, bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley general de libertad" (1989, 39/VI 230). La concepción de las relaciones jurídicas relevantes que se expresa con esta categorización tripartita se extiende por encima de las concepciones usuales. Dos comentarios son aquí dignos de mención:

Primero: el derecho no es ley arbitraria, sino que es algo que le está dado a los hombres y que, en principio, se puede reconocer de un modo racional. De este modo, el concepto de derecho utilizado por Kant se diferencia de un modo relevante de conceptos tradicionales que desde Hobbes a Austin caracterizan el derecho como constituido por la orden del soberano o de la autoridad jurídica correspondiente.

Segundo: debido a su concepto, el derecho no se puede limitar a un grupo particular de seres humanos. Por el contrario, es el arbitrio de *todos los seres humanos* el que debe ser reunido de acuerdo a una ley general. Ésta es una diferencia importante con todas aquellas teorías que retrotraen la legitimidad del poder del estado al consentimiento libre y racional de sus miembros. De este modo, en el caso de Kant no es posible restringir las relaciones de derecho exclusivamente a una comunidad particular⁸. De acuerdo a la constitución de derecho del DC, que se refiere a las relaciones entre hombres y estados ajenos en una relación exterior, los ciudadanos deben ser considerados como ciudadanos de un Estado de los Hombres (*Menschenstaat*) universal.

Sin embargo, el DC tiene límites. A diferencia de otras concepciones cosmopolitas, el DC de Kant no forma la base del Derecho de Estado o del Derecho de Gentes. De acuerdo a Kant, el DC desempeña una función "complementaria": con éste se supera el estado de naturaleza que no es abarcado ni por el Derecho de Estado ni por el Derecho de Gentes. De este modo, Kant es fiel, por una parte, a una

concepción cosmopolita que, como mencioné, considera a los individuos como la última instancia con valor moral. Sin embargo, por otra parte, la concepción cosmopolita articulada por Kant encuentra límites estrechos. Para examinar estos límites me referiré a la argumentación a favor del DC.

2.1) Corporalidad y la esfera de la tierra

La fundamentación de la forma concreta que toma el DC es señalada de un modo conciso en *Hacia la Paz Perpetua*. En el tercer artículo definitivo Kant parte de la idea de la posesión original común de la superficie limitada de la tierra. Originalmente nadie tiene "más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra" (1999, 95/VIII 345)⁹. Todos los hombres y pueblos de la tierra tienen un derecho original igual a estar en algún lugar de la tierra, y así a poseer alguna parte de ella. Ya que la superficie esférica de la tierra torna imposible que los hombres se extiendan hasta el infinito, surge la relación debida a la posible interacción física. Del principio de la posesión original común física se sigue el derecho a intentar contactar con otros hombres y pueblos sin ser tratado por ello como enemigo. Kant lo llama un "derecho de visita, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres" (1999, 95/VIII 345). Según Kant, la idea de este DC no es una concepción extravagante o fantástica del derecho, sino que es un "suplemento necesario" (*notwendige Ergänzung*) del "código no escrito" del Derecho de Estado y del Derecho de Gentes en relación hacia "derechos humanos públicos" (*öffentliche Menschenrechte*), y así en relación hacia la paz perpetua, hacia la cual "sólo bajo esa condición" es posible aproximarse en un proceso de acercamiento continuado (1999, 98/VIII 360).

Una explicación y profundización del DC la encontramos en el escrito kantiano de 1797 titulado "La Doctrina del Derecho", incluido en la *Metafísica de las Costumbres*. En él, Kant subdivide el derecho subjetivo (esto es, el *suum* de cada cual) en un derecho subjetivo interno y un derecho subjetivo externo. Mientras que *lo suyo* interno de cada cual es innato (*angeboren*), *lo suyo* externo debe ser adquirido (1989, 48/VI 237). El derecho externo es tratado por el derecho privado. El derecho interno es mencionado, pero no explicitado, en la introducción: en vistas del *mío* y *tuyo* original interno no hay derechos, sino sólo *un* derecho (1999, 50/VI 238). El *mío* y *tuyo* interno consiste en

el derecho original de la libertad, de la "independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro", en tanto "puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal" (1989, 48-49/VI 237).

Este derecho se expresa especialmente en dos formas que son centrales en la Doctrina del Derecho de Kant: en la posesión del propio cuerpo y del honor natural de ser un hombre íntegro. Una violación de este último derecho es el insulto. Una violación del derecho a la posesión del propio cuerpo es el asesinato. Estas dos formas de violaciones son tratadas por la legislación penal del estado. Al derecho original al propio cuerpo pertenece el derecho a una condición relacionada fácticamente con nuestro cuerpo: tener que ocupar algún lugar sobre la tierra. De este modo, del derecho original al propio cuerpo se sigue que: "Todos los hombres están originariamente (es decir, antes de todo acto jurídico del arbitrio) en posesión legítima del suelo, esto es, tienen derecho a estar allí donde la naturaleza o el azar los ha colocado (al margen de su voluntad)" (1989, 78/VI 262). La posesión del suelo de la tierra, que en razón de su forma esférica tiene límites, es una posesión original común. Ya que la superficie es limitada y por lo tanto los hombres no pueden repartirse de cualquier modo sobre ésta, esta posesión original común debe ser reglamentada de acuerdo a derecho.

Dicho de modo sucinto: la corporalidad del hombre implica un derecho original a poder estar en algún lugar de la superficie de la tierra; y el límite del suelo obliga a un principio "según el cual los hombres sólo pueden hacer uso de un sitio sobre la tierra siguiendo leyes de derecho" (1989, 78/VI 262). De este modo, por ejemplo, aquel que a causa de un naufragio es arrojado a la orilla de un estado ajeno, tiene un derecho de visita, porque precisa de un suelo bajo sus pies. Según Kant, este derecho de visita también es válido en el caso de aquéllos que buscan relaciones de derecho con un pueblo extranjero, como ocurre en el caso del comercio. En la Doctrina del Derecho Kant acentúa este último aspecto: ya que en razón de la posesión común de la superficie limitada de la tierra, los hombres están en una posible interacción física (*commercium*) y tienen el derecho "a prestarse a realizar transacciones [...] sin que por eso el extranjero esté autorizado a tratarlos como a enemigos" (1989, 192/VI 352). El posible abuso de este derecho no torna inválido "el derecho del ciudadano de la tierra a intentar la comunidad con todos y a *visitar*

con esta intención todas las regiones del planeta" (1989, 193/VI 353). En el DC podemos distinguir, entonces, dos elementos:

Primero: éste contiene un derecho de visita (*Besuchsrecht*) válido en todas las direcciones. Este derecho no es un derecho de huésped (*Gastrecht*), esto es, un derecho ilimitado para obligar el contacto o un derecho de permanencia. Para poder tener una demanda a un derecho de huésped y así a una cierta permanencia temporal sería necesario un contrato especial de carácter benéfico. De este modo, según Kant, el DC debe ser limitado a condiciones de la hospitalidad (*Wirtbarkeit*). Por hospitalidad entiende Kant "el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro" (1999, 95/VIII 358).

Segundo: inversamente, el DC considerado como derecho de visita, implica una prohibición inmediata de la apropiación violenta de posesión extranjera. Según Kant, los advenedizos extraños sólo están autorizados a establecer contacto con los antiguos habitantes. De este modo, la visita no puede devenir en conquista. Interesante es que esta prohibición es válida también en relación a aquellos pueblos que no forman una comunidad de derecho, como los 'salvajes'. Contra los argumentos a favor del colonialismo, Kant se refiere a una comunidad de todos los pueblos y no a una de los estados. Debido a razones de principio, y no sólo de índole pragmática (las que, por cierto, también son consideradas: las colonias no serían rentables), Kant se opone al colonialismo y critica "la conducta inhospitalaria de los Estados civilizados, particularmente de los promotores del comercio de nuestra parte de la tierra" (1999, 96/VIII 358). De este modo, el DC va claramente más allá del Derecho de los Estados o del Derecho de Gentes, e implica la prohibición del colonialismo y del imperialismo, a los que Kant se opone de un modo que no llama a equívocos: los poderes coloniales "beben la injusticia como si se tratara de agua" (1999, 98/VIII 360)¹⁰.

En *Hacia la Paz Perpetua*, Kant acentúa el aspecto del derecho de hospitalidad del DC que se opone al colonialismo. Este énfasis corresponde a las discusiones de la época. Sin embargo, no por esto deja de ser central el otro aspecto del DC referido a la posibilidad del derecho de visita. Este aspecto es relevante para las discusiones actuales en torno a las presiones migratorias en nuestro mundo. A continua-

ción me remitiré a este aspecto. Dos consideraciones son importantes:

Primero: el DC de Kant es limitado. No es un derecho a inmigrar, sino, conforme a Kant, a ofrecerse al contacto, un derecho que impide que el otro esté legítimamente autorizado a darle un trato hostil.

Segundo: por otra parte, el DC no debe ser entendido de un modo excesivamente limitado. Los estados deben ofrecer a los extranjeros un mínimo de posibilidades de contacto. En este sentido, la cualificación más importante del DC es que, según Kant, un estado no puede rechazar a un extraño que no es ciudadano si esto no puede suceder sin provocar la ruina (*Untergang*) del recién llegado. El derecho interno al propio cuerpo, que implica la condición fáctica de la corporalidad de tener que ocupar un lugar en el mundo, está en base de la idea defendida por Kant de que la inhospitalidad de las costas del mar, como el pirateo de barcos cercanos a la costa o la toma como esclavos de los marineros que después de un naufragio llegan a la costa, son "contrarias al derecho natural" (1999, 96/VIII 358). A los naufragos que llegan a la orilla les corresponde un derecho a la hospitalidad.

Es este último argumento el que permite ampliar el alcance del DC a casos que van más allá de lo que Kant propone. Los naufragos de nuestro mundo, como ciertamente en la época de Kant, no sólo provienen de barcos hundidos. Proviene de estados en los que son perseguidos por motivos diversos, huyen como refugiados de guerras y genocidios o de desastres naturales, y tratan de dejar detrás de sí condiciones económicas miserables. Si es posible extender la interpretación del derecho de hospitalidad para cubrir estos casos, como yo pienso que ciertamente lo es, el DC de Kant, si bien limitado, tendría implicaciones importantes en nuestro mundo.

3) LOS NAUFRAGOS DE NUESTRO MUNDO: LOS REFUGIADOS

Bajo la presión de los movimientos masivos de refugiados a finales de la segunda guerra mundial surgieron los instrumentos jurídicos que, con algunas modificaciones, otorgan la base al derecho de asilo contemporáneo. El instrumento internacional más importante es la Convención de Refu-

giados de Ginebra del 28 de julio de 1957. En primer lugar, se limitó a las olas de refugiados que siguieron al mencionado conflicto bélico. Sin embargo, mediante un protocolo añadido en 1967 adquirió validez universal. Importante en la CRG es la definición del refugiado (art. 1, A1): toda persona que "debido a un temor fundado de persecución en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular o en razón de su convicción política, se encuentra fuera del país cuya nacionalidad posee, y que no puede demandar la protección de éste o en razón de esos temores fundados no la quiere demandar" debe ser considerada como refugiado. El núcleo duro de la CRG lo constituye el artículo 33.1, que establece la prohibición de expulsión, y que debido a la versión original francesa ha encontrado cabida en el derecho internacional como la condición de *non-refoulement*. De acuerdo a esta condición: "ninguno de los estados partes de este contrato expulsará de algún modo a un refugiado sobre las fronteras de los territorios en los que su vida o su libertad, en razón de su raza, religión, ciudadanía, su pertenencia a un grupo social particular o en razón de su convicción política, fuese amenazada."

Las condiciones de la CRG han encontrado sólo parcial aceptación en el derecho interno de los países firmantes. De un modo evidente y similar a muchos otros convenios del derecho internacional, esto se debe a que falta un instrumento para convertirlo en derecho vinculante (*ius cogens*). Usualmente los estados consideran el modo de tratar la protección de los refugiados como un ámbito de la política sobre el que pueden disponer libremente. Además, las disposiciones más importantes de la CRG están formuladas como obligaciones de los estados y no como derechos subjetivos de los refugiados que, en cuanto tales, podrían reclamar.

3.1) Extendiendo el derecho de asilo

Desde la perspectiva del DC kantiano es necesario efectuar una serie de consideraciones que ponen en cuestión y amplían la práctica jurídica usual:

1) Si la expulsión de un refugiado no puede ser realizada sin ocasionar su ruina o, dicho de un modo más riguroso, si no es posible despejar todas las dudas razonables acerca de que ése sería el caso, no es relevante que la persecución provenga de grupos de los cuales el estado no posee la

capacidad para proteger a sus habitantes en vez de ser ejercida directamente o ser tolerada por un estado. Esto se opone a muchas prácticas usuales como, por ejemplo, a la práctica jurídica ampliamente difundida, de acuerdo a la cual sólo los perseguidos por estados, o aquéllos cuya persecución es tolerada por su estado, tienen razones para obtener asilo. La relevancia de esta interpretación no se puede obviar: el DC otorgaría el estatus de refugiado a todos aquellos que son perseguidos por grupos que el estado no tiene la fuerza para contener. Esta clase de individuos incluye a todos aquellos que huyen de guerras civiles en las que no son, necesariamente, perseguidos por sus estados.

2) El DC de Kant va más allá de la cláusula de *non-refoulement* de la CRG. Como examinamos, el concepto kantiano de derecho exige el respeto del derecho frente a cada ser humano y no sólo frente a los ciudadanos del propio estado¹¹. No sólo cuando un estado expulsa a individuos a regiones en donde existen amenazas de violaciones importantes de derechos fundamentales, sino también cuando no acepta el ingreso de refugiados potenciales, está aceptando la violación del derecho o, dicho de otro modo, la posibilidad mediante su acción (el rechazo del ingreso), lo que contradice la tarea del estado de garantizar el derecho. De este modo, no sólo debe ser omitida la expulsión, tal como establece la CRG, sino también el impedir la entrada de refugiados potenciales en la frontera. Esta última es también una acción estatal. Sin examinar si las razones de asilo se aplican, un estado que impide la entrada de refugiados potenciales violaría, en principio, la obligación jurídica, mediante su conducta. La relevancia de esta consecuencia del DC kantiano resulta evidente al notar que uno de los modos más corrientes para negar la entrada de refugiados potenciales es dificultar o imposibilitar mediante trabas burocráticas diversas el que éstos soliciten el estatus de refugiado. Y de más está decir que la práctica en las fronteras torna en muchas ocasiones imposible que se presente algún tipo de solicitud: las balsas con inmigrantes son escoltadas y retornadas a alguna costa no europea cuando son sorprendidas en su intento de alcanzar Europa. Así, y esto es un escándalo no menor, los guardias fronterizos que vigilan la valla de Ceuta devuelven a Marruecos incluso a los refugiados que logran cruzarla arriesgando su integridad física (cf. Milborn 2006, cap. 1 y 2)¹².

3) De un modo similar, el que las razones de asilo hayan sido generadas en el territorio bajo la autoridad del estado

de origen, o una vez fuera de éste, no puede ser relevante en la determinación de si se aplica el DC de hospitalidad. Esto se opone a la práctica jurídica alemana. De acuerdo a esta práctica, que se basa en la Ley de Permanencia (*Aufenthaltsgesetz*), si las razones de asilo son "autogeneradas", es decir, son generadas fuera del dominio del estado perseguidor, entonces no se aplica el derecho de asilo. Pero esta contingencia (el lugar donde se generan las razones de asilo) no puede jugar ningún papel relevante desde la perspectiva del DC: si el refugiado no puede ser rechazado o expulsado sin que esto traiga consigo la ruina de su vida, no lo puede ser aunque las causas por las que se le persigue hayan sido generadas en el territorio de otro estado distinto al suyo propio, por ejemplo, en el estado en el que busca asilo. Este derecho se deriva del DC que, como vimos, se retrotrae a la posesión original común de la tierra.

Por lo demás, no es en absoluto claro por qué el hecho de que las causas de huida se generen a uno u a otro lado de la frontera tiene que ser considerado como relevante al examinar si se aplica la protección de asilo. Evidentemente, con esta ley el legislador está interesado en evitar el frecuente abuso del derecho de asilo. Pero la suposición a la base de esta ley sólo puede ser que todos los refugiados que generan las causas de asilo fuera de su país no son honestos, sino que auto-interesados. La única razón moralmente aceptable para considerar como moralmente relevante a qué lado de la frontera se generan las causas de asilo sería que la responsabilidad por los propios dichos o acciones debe ser entendida de un modo diferente dependiendo del lado de la frontera en el que nos encontremos. De acuerdo a esta interpretación, no deberíamos ser considerados como responsables por nuestras acciones, en el sentido que no debemos cargar con sus consecuencias, cuando esto ocurre bajo la autoridad del estado (injusto) de origen (en este caso, la ruina o destrucción –*Untergang*) y, por lo tanto, podríamos eventualmente tener acceso a la protección del asilo en otro estado; pero sí que lo seríamos cuando esto ocurre en un territorio bajo el dominio de otro estado distinto al de origen, ¡por referencia a los criterios válidos en el estado de origen, que ciertamente son injustos! Pero esto es simplemente absurdo: la injusticia que está en la base de la persecución en un caso no es diferente de la injusticia que está en la base del otro y, por lo tanto, diferenciar entre los dos casos sólo puede resultar arbitrario. Si un estado de acogida realiza esta distinción está respaldando las políticas del estado perseguidor.

4) El DC de hospitalidad no es una gracia otorgada al refugiado. De acuerdo a Kant, es una parte del derecho público (*öffentliches Recht*). En este sentido, el derecho de hospitalidad no se refiere a acciones supererogatorias, sino que pertenece a la Doctrina del Derecho, en la cual el arbitrio de cada cual debe ser reunido con el arbitrio de los otros de acuerdo a una norma universal. Como examiné, el DC de hospitalidad se retrotrae a la condición fáctica de la corporalidad que acompaña al *suum* interno. De este modo, y en forma contraria a la interpretación usual del derecho de asilo, éste debe ser entendido como un derecho subjetivo que debe ser respetado por los otros, y no como una obligación de los estados sin un derecho correspondiente¹³. De este modo, el arbitrio usual de los funcionarios de inmigración que deciden acerca de los casos y que muchas veces se deja retrotraer a la política de sus países para reducir el número de inmigrantes y refugiados, debe ser controlado judicialmente de manera estricta¹⁴.

5) Si éste es un derecho subjetivo, como lo sería de acuerdo a la fundamentación kantiana, entonces la "regla del tercer estado" no puede ser establecida sin simultáneamente otorgar al refugiado la posibilidad de poner en cuestión la suposición de que un determinado estado no implica peligro para él (porque, por ejemplo, lo puede expulsar a otro estado en que la ruina de su vida es posible), y sin otorgar a los tribunales la posibilidad de examinar esta suposición. Determinar los "estados terceros seguros" por ley, como en el caso de Alemania, se opondría al DC de Kant. Sin embargo, si la "regla del tercer estado" estuviese sujeta a las condiciones recién señaladas, no sería incompatible con el derecho de hospitalidad¹⁵.

6) De acuerdo al DC kantiano, el derecho de visita incluye el derecho a no ser tratado con enemistad. Si consideramos este derecho en su cabalidad, entonces la injusticia de una de las prácticas usuales en los países de destino de los refugiados potenciales queda en evidencia: la creación de centros de retención y detención de los refugiados (e inmigrantes) potenciales. Estos centros, aunque su funcionamiento fuese intachable –que no es el caso–, violan el derecho a la libertad fundamental de todos los seres humanos. Esto es difícilmente conciliable con un trato no-inamistoso. Y si consideramos las condiciones de funcionamiento reales de estos centros, entonces la violación del DC se torna patente: en muchas ocasiones, los refugiados potenciales están sujetos a regímenes de detención que

no se diferencian de un modo relevante de los regímenes carcelarios (cf. Milborn 2006, cap. 4).

7) Hasta ahora he argumentado apoyándome en el concepto de refugiado establecido por la CRG. Sin embargo, no hay razones para entender el alcance del DC kantiano de un modo tan estrecho, como se desprende del concepto de "persecución" al que refiere la CRG.

Al final de la sección anterior señalé que los naufragos de nuestro mundo son variados. Ciertamente lo son no sólo los perseguidos por estados o aquellos cuya persecución es tolerada por sus estados, sino también todos aquellos que, por diversas razones, no son protegidos por estos estados. Por encima de esto, los naufragos de nuestro mundo son también refugiados de guerras. Ya que, de acuerdo a Kant, el DC se aplica a los seres humanos cuanto tales, y no en cuanto ciudadanos de un estado, y de este modo también los salvajes son parte del DC, esta protección debe extenderse incluso a casos en los que el poder estatal ha colapsado (como, por ejemplo, Somalia).

Más allá de esto, los refugiados de nuestro mundo no sólo huyen del arbitrio de otros individuos, es decir, son perseguidos por otros. Ellos huyen también, como quizás los naufragos en el ejemplo de Kant, de desastres naturales. Como es ampliamente reconocido en las ciencias sociales, probablemente la mayoría de las migraciones en un futuro mediato se deberán a razones medioambientales. El calentamiento global, con los problemas relativos a la falta de agua en muchas regiones, así como los problemas relativos a la subida del nivel de los mares, producirán presiones migratorias que conllevarán conflictos políticos de difícil solución. En el mundo habitan más de 600 millones de personas en zonas costeras amenazadas por la crecida del nivel del mar. Unos 100 millones viven en territorios bajo el nivel del mar. Muchos de estos territorios están bajo la soberanía de estados pobres y débiles como, por ejemplo, Bangladesh. El derecho de hospitalidad kantiano, que en razón de la posesión original común de la tierra permite ofrecerse al contacto con los otros sin recibir por esto un trato hostil y que establece que no es posible expulsar a un hombre en cuanto ciudadano del mundo si esto conlleva su ruina, implicaría que las olas de refugiados ecológicos deberían no sólo no ser expulsados, sino también que éstos deberían poder acceder a otros estados¹⁶. Resulta evidente que el DC, que encuentra su base en el *suum* interno de

cada cual, así como en la condición que se desprende de la corporalidad humana de tener que ocupar un lugar sobre la tierra, es de perfecta aplicabilidad en este tipo de casos. El concepto de "refugiados ecológicos" parece ser más acertado para describir el fenómeno que el comúnmente utilizado de "desplazados".

Otros individuos que cruzan fronteras políticas en nuestro mundo son usualmente categorizados como migrantes económicos. En ocasiones, tratan de dejar detrás de sí condiciones de vida miserables buscando mejorarlas en otro país. En los debates públicos y en la política es usual realizar una diferenciación tajante entre los perseguidos políticos y los migrantes económicos. Y, en cierto sentido, esta diferenciación es moralmente relevante: mientras que los perseguidos no abandonan su nación por motivos voluntarios, sino que *son obligados* por el arbitrio de los otros, los migrantes económicos *decidirían* abandonar su nación en busca de mejores perspectivas¹⁷. La falta de autonomía de los primeros implicaría que no pueden ser considerados como responsables de sus acciones y que, por lo tanto, deben ser acogidos, mientras que la autonomía de los segundos implicaría que sí lo serían, lo que liberaría a otros estados de la obligación de aceptarlos. Sin embargo, si reconsideramos esta distinción, notamos que no es una diferenciación categorial, sino más bien un continuo.

En este continuo encontramos, primero, a perseguidos de índole diversa –política, racial, cultural, de género o en razón de preferencias sexuales– que huyen, en un sentido literal, por temor a perder su vida. Pero en muchos casos también los migrantes económicos huyen por defender su vida. Aunque ellos no son "perseguidos por terceros", es difícil considerar su decisión de emigrar como autónoma, cuando la alternativa disponible es hambre, inanición o enfermedades. De este modo, el concepto de "refugiados económicos" tiene completo sentido. Restrinjo el campo de validez de este concepto al caso en que, utilizando las palabras de Kant, el rechazo implicaría la ruina de su vida. Aquellos que no huyen por riesgo de su vida, en el sentido especificado, sino que buscan mejores expectativas de vida, serían "emigrantes económicos". Su caso, y el de todos aquellos individuos que deciden emigrar por razones privadas, pero que, de cualquier modo, no huyen por su vida, debe ser considerado desde la perspectiva de los intereses del estado receptor. En este caso el DC de Kant encuentra sus límites. Pero el caso de los refugiados es

diferente: de acuerdo al DC de hospitalidad articulado por Kant, no parece haber razones que permitan rechazar a estos "refugiados económicos" si esto va acompañado por su ruina, independientemente de si se los puede considerar individual o colectivamente como responsables por las causas de su huida.

4) CONSIDERACIONES FINALES

La concepción cosmopolita kantiana es, en un cierto sentido, minimalista. Sin embargo, a pesar de su minimalismo, esta concepción debe ser tajantemente diferenciada de concepciones de corte comunitario o liberal nacionalista. Esto se retrotrae al concepto kantiano de derecho. Este concepto se sitúa por encima de toda especificación cultural. Kant considera que la legitimidad del poder del estado se funda en que éste hace posible un "estado de derecho" (*Rechtzustand*) entre los seres humanos, es decir: "aquella relación de los seres humanos entre sí, que contiene las condiciones bajo las cuales tan sólo cada uno puede *participar* de su derecho" (1989, 135/VI 305-306). El que la pertenencia cultural de los refugiados, que de acuerdo a la concepción cosmopolita señalada deben ser aceptados, se diferencie de un modo importante de la de los habitantes autóctonos, no puede implicar una razón para rechazarlos.

El minimalismo del DC kantiano se expresa claramente en que éste no implica –ni tampoco se puede derivar de éste– algún tipo de derecho a inmigrar (una opinión contraria es defendida por Benhabib 2005; 2006). Esto se percibe en la siguiente reflexión: en el caso del DC, esto es en el caso de los derechos de los hombres frente a otros estados distintos al propio, el concepto de derecho utilizado por Kant (como las condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno con el arbitrio del otro pueden ser reunidos de acuerdo a una ley general de libertad), implica que ningún ciudadano de un estado puede atribuirse derechos para sí frente a otros estados, que él no esté dispuesto a conceder en su estado a los ciudadanos de los otros estados. Por lo tanto, mediante el ejercicio de su DC nadie puede poner en peligro la existencia de otros estados, en tanto no pone en peligro la existencia de su propio estado. Pero según Kant, esto último está prohibido por la razón práctica. De este modo, estaría prohibida la inmigración sin autorización

del estado receptor ya que la falta de control llevada a un extremo puede implicar la destrucción de éste.

Aceptando que el derecho de hospitalidad kantiano no es un derecho a inmigrar, sino tan sólo a asilo, su limitación quizás más importante sea que no es un derecho a la permanencia. De este modo, cuando el refugiado puede ser repatriado sin que esto implique su ruina, no hay nada que se oponga a esta posibilidad. Por encima de esto, el DC kantiano con su carácter "complementario" puede ser restringido fuertemente en razón del concepto de derecho si las olas de refugiados pueden poner en peligro la existencia del propio estado: ya que el estado hace posible el estado de derecho que es condición necesaria para la libertad y la propiedad, no se debe poner en peligro su existencia. Esta prohibición, dictada por la razón práctica, se extiende incluso al caso de los estados injustos: la revolución está expresamente prohibida¹⁸. En este escenario, y considerado con una óptica no-kantiana, el Derecho de Estado colisionaría con el DC (desde la perspectiva kantiana no tendría sentido referirse a una colisión). Y dado el carácter "complementario" del DC, es de suponer que el

Derecho de Estado sería entonces determinante. Sin embargo, el punto en que esto puede suceder, está muy lejos del número de refugiados con cuya aceptación las naciones ricas de nuestro mundo usualmente consideran cumplida su obligación humanitaria.

Sin embargo, a pesar de sus limitaciones y restricciones, las consecuencias de la aceptación de este DC son de gran alcance. Si el derecho a hospitalidad es efectivo, independientemente de si las causas que motivan la huida son políticas, culturales, ecológicas, o económicas, el estatus de refugiado debiera ser reconocido. Por encima de esto, los estados no podrían dificultar innecesariamente los procesos de solicitud del estatus de refugiado –como en la actualidad es el caso– ni tampoco mantener a los refugiados potenciales en condiciones administrativas que los privan de su libertad. La aceptación de este DC remediaría una de las aberraciones más intolerables dentro de los regímenes políticos que se reconocen a sí mismos como liberales: la tendencia a desconocer el derecho de asilo, considerándolo algo sobre lo cual pueden disponer libremente en sus jurisdicciones.

NOTAS

1 Versiones previas de algunas de la tesis defendidas en este artículo han sido presentadas y discutidas en el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de São Paulo (USP), en el Congreso de la Sociedad Kant de Brasil en la Pontificia Universidad Católica de Porto Alegre (PUCRS), en las *Jornadas sobre Políticas migratorias, justicia y ciudadanía* en el CSIC, así como en el coloquio de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez. Aprovecho la ocasión para agradecer a los organizadores de estos eventos así como a los participantes en las discusiones. Este artículo se inscribe en el Proyecto de Investigación Fondecyt 1090007: *El fenómeno de la inmigración y teorías de justicia global: un examen acerca de la justi-*

cia de las fronteras de la justicia y la justicia de las fronteras.

2 Es correcto que Walzer argumenta a favor de una moralidad minimalista de validez general (1996). Sin embargo, las bases de esa moralidad débil (*thin*) no se encuentran en una teoría moral filosófica sobre la naturaleza humana o la razón, independiente de los contextos culturales particulares, sino que designa algunas características que se repiten en las moralidades densas (*thick*) particulares. Esto no tiene que ver con principios generales independientes, sino que con el solaparse de algunas ideas, que se derivan de moralidades densas específicas y contextuales. La respuesta al tema de la migración dependería entonces de la pregunta empírica, si los estándares de las culturas se traslapan en ese punto o no. Pero

Recibido: 10 de julio de 2009

Aceptado: 12 de agosto de 2009

Walzer argumenta a favor de una política extremadamente minimalista: en razón del entrecruzamiento de las moralidades densas, ante la esclavitud y el genocidio se impondrían obligaciones de justicia, pero no ante la inmigración.

- 3 En otro lugar he discutido la compleja posición del nacionalismo liberal de Kymlicka con respecto a las teorías comunitaristas (cf. Loewe 2006).
- 4 De acuerdo a esta línea teórica, la relevancia de las fronteras implica que las culturas nacionales deberían coincidir con las fronteras políticas, si no es mediante la formación de estados (la tesis nacionalista usual), sí al menos mediante la forma de derechos nacionales especiales, esto es, derechos de autogobierno y de representación especial en el gobierno o en el parlamento federal.
- 5 Rawls se refiere al fenómeno migratorio sólo para asegurarnos que la necesidad de emigrar desaparecería si su "utopía realista" fuese realizada (Rawls 2001). Rawls menciona como causas de la emigración, la persecución étnica y religiosa, la opresión política, las hambrunas (que él piensa, se pueden prevenir mediante políticas públicas), y la presión del crecimiento demográfico (que él considera también prevenible mediante políticas públicas). En la sociedad internacional formada por "sociedades bien ordenadas", esto es, "sociedades decentes" y "sociedades liberales", estas causas no existirían. Sin embargo, en esta lista falta la mayor causa de la inmigración en nuestro mundo: las desigualdades económicas, que tan a menudo van acompañadas por la mala salud, y la falta de educación y nutrición características de la pobreza (compare, por ejemplo, Nussbaum 2007). La teoría de las relaciones in-

ternacionales de Rawls no tiene nada que ofrecer para contrarrestar esa desigualdad económica. Por lo tanto, y en contra de sus pronósticos, la inmigración continuaría existiendo y siendo un elemento de presión en su sociedad internacional.

- 6 Otro modelo argumentativo que, en mi opinión, tiene algo más que ofrecer para defender la relevancia moral de las fronteras políticas es el que se suele relacionar con los proyectos republicanos: el proyecto colectivo que las fronteras posibilitan puede ser entendido como un proyecto republicano (por ejemplo, la realización de una sociedad justa en la cual se garanticen determinados estándares de no-dominación, etc.) Y una condición necesaria para desarrollar cualquier proyecto republicano es disponer del poder para controlar quién tiene acceso y quién no, es decir, incluye el control de los términos de la asociación. Si debido a razones de justicia renunciamos a controlar los términos de la asociación, entonces poco valor tendría este proyecto.
- 7 Esta categorización tripartita va más allá de concepciones usuales que definen las relaciones jurídicas relevantes en relación al Derecho de Estado, o al Derecho de Estado y al Derecho de Gentes, y se extiende incluso más allá de algunas teorías que elaboran normas morales para organizar las relaciones internacionales. En la literatura contemporánea éste sería el caso de, por ejemplo, el Derecho de Gentes articulado por Rawls (2001). De acuerdo a esta concepción contractual, el derecho público (definido como las acciones de derecho de actores públicos relevantes) se subsumiría en contratos articulados en dos niveles. Primero, los individuos escogen los principios de acuerdo

a los cuales se articulan las instituciones sociales más importantes que regulan su interacción dentro de la sociedad a la que pertenecen: los así llamados principios de la justicia. Y segundo, los pueblos se ponen de acuerdo acerca de los principios de un Derecho de Gentes que regule las relaciones entre los pueblos. Ya que a este segundo nivel de justificación los actores morales relevantes son los pueblos, y no los individuos, esta concepción de relaciones internacionales no se puede caracterizar como cosmopolita. Si bien Rawls acepta un principio –si bien bastante minimalista– relativo a ciertos derechos humanos que deben ser respetados por los pueblos miembros del Derecho de Gentes, y en este sentido se puede afirmar que una cierta concepción cosmopolita articulada como protección de derechos humanos universales encuentra expresión en su concepción moral de las relaciones internacionales, no es menos cierto que Rawls no ofrece ningún argumento para la aceptación de estos derechos humanos como principio regulativo de las relaciones internacionales entre los pueblos. Y los argumentos que se pueden articular para defender la aceptación de este principio de un modo coherente en relación a las premisas de su teoría, refieren al interés de los estados liberales en expresar en el plano internacional ciertos valores fundamentales compartidos por éstos. Por tanto, esta posible justificación de la validez de ciertos derechos humanos en el plano internacional no recurre directamente a los individuos, sino sólo indirectamente, en tanto que la protección de estos derechos humanos es un valor importante de los pueblos liberales. En otro lugar he

discutido esta dificultad de la teoría de las relaciones internacionales elaborada por Rawls (Loewe 2009).

- 8 Esto diferencia esta teoría de aquellas otras que recurren en su fundamentación a egoístas racionales o a altruistas de corto alcance (es decir, individuos interesados en el bienestar de otros individuos cercanos a ellos) que pueden establecer un contrato que asegure derechos iguales en sus comunidades y simultáneamente pueden estar de acuerdo con la explotación y con la violación de los derechos de seres humanos de una comunidad distante.
- 9 El artículo sigue en general las traducciones al español indicadas en la bibliografía, aunque en ocasiones se ha optado por *modificarlas*. En el caso de los textos de Kant, se especifica en primer lugar la edición española y tras la barra inclinada se indica el volumen y la página de la *Akademie Textausgabe (Metafísica de las Costumbres, VI; Hacia la Paz Perpetua, VIII)*.
- 10 Ciertamente proponer la libertad para viajar y de estancia (sujeto a determinadas condiciones), así como un derecho a comercio libre, no es originalidad de Kant. Ya Francisco de Vitoria, en sus lecciones de 1539 (*De Indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros relectiones*), los había discutido en cuanto título para las demandas sobre las colonias. Vitoria pone ciertamente en cuestión la política colonial de su nación y se refiere al "derecho natural de todos los hombres" que también sería válido en el caso de los indios (Carlos V prohibió la impresión de las lecciones de Vitoria). Durante los siglos siguientes, la doctrina del Derecho de Gentes de Vitoria influyó en las discusiones en torno al Derecho de Gentes. Las con-

secuencias de su doctrina, así como de las discusiones relacionadas, se pueden reconocer en la discusión de Kant. Por ejemplo, frente a la pregunta de si los indios tienen derecho de soberanía y de posesión (lo que Vitoria y Kant afirman); frente a la pregunta de si América es un territorio sin dueños (lo que Vitoria y Kant niegan), y frente a la pregunta de si hay una libertad para viajar y para establecerse (lo que Vitoria afirma y Kant cualifica). De acuerdo a Vitoria, estas libertades son vinculantes y entran así en conflicto con la soberanía de los estados y pueblos. Pero en razón de la superioridad europea de entonces, esto significaba, *de facto*, un derecho especial de los europeos. Kant acepta esta libertad pero la restringe en cuanto derecho de hospitalidad o de visita. De este modo, la modifica en aspectos importantes. Sobre todo les quita a los europeos la autoridad para ejercer poder y crítica así el colonialismo. El colonialismo se opondría no sólo al Derecho de Gentes (que se basa en la libertad, la igualdad y la interdependencia de los pueblos organizados estatalmente), sino que también se opondría al DC limitado a condiciones de hospitalidad. En vista de las pretensiones colonialistas de los poderes europeos, Kant menciona las "sabias" políticas restrictivas de Japón y China en relación a los europeos. Kant no sólo critica pragmáticamente el colonialismo, en tanto que, según él, las colonias estarían al borde del colapso económico. Este tipo de crítica (que ya había sido realizada por Bentham) como crítica a la institución del colonialismo en cuanto tal, debe ser rechazada por razones evidentes: si las colonias fuesen económicamente rentables, no habría nada contra su

establecimiento. Por encima de esta crítica, en la *Doctrina del Derecho* Kant critica los argumentos a favor del colonialismo (i) en razón de las teorías del derecho de apropiación de las que se sirven (como la articulada por Locke), como también (ii) por referencia formal al derecho. (i) En relación a las teorías del derecho de apropiación, Kant critica la teoría del trabajo de Locke, de acuerdo a la cual la apropiación se deriva del trabajo. Esta teoría establece que lo que el hombre produzca con "el trabajo de su cuerpo", y el "trabajo de sus manos" será la propiedad legal de quien trabaja. Diversas teorías del Derecho de Gentes se han remitido a menudo a esta teoría para justificar el colonialismo, en tanto que los "salvajes" no tendrían ningún derecho de propiedad porque no utilizan el territorio de un modo suficientemente intensivo. Según Kant, "la mera posesión física (la tenencia) del suelo es ya un derecho sobre una cosa" (1989, 64/VI 252). El trabajo, o formación, o limitación del suelo son simplemente accidentes, de los cuales no se deriva ninguna posesión de derecho de la substancia, el suelo. De este modo, tampoco es posible justificar la colonización de los pueblos nómadas que no hacen un uso productivo intensivo del suelo. De acuerdo a Kant, en tanto los "pueblos cazadores" "se mantengan dentro de sus fronteras" pueden utilizar el suelo como quieran. Así, Kant da la razón a los indios de Norteamérica contra los agricultores europeos. La actividad de estos últimos es ya una violación (*Läsion*) de los primeros. El trabajo no funda un título de derecho, sino que no es nada más que "un signo externo de la toma de posesión, que puede sustituirse por muchos otros que cuestan

- menos esfuerzo" (1989, 82/VI 265).
- (ii) Por referencia formal al derecho, Kant critica las justificaciones teleológicas. De acuerdo a estas justificaciones hay que instalar colonias, aunque sea con violencia o mediante compras engañosas, porque de otro modo amplias superficies de la tierra quedarían sin habitantes, lo que se opondría, por una parte, al fin de la creación y, por otra, dejaría a los salvajes fuera de un estado de derecho. Este tipo de argumentos, que bien puede denominarse argumentos de civilización, habían sido articulados por autores de otro modo tan diversos como Vattel, Morus, Hutcheson, Pütter y Achenwall. Para Kant, estos argumentos son un ejemplo de casuística jesuítica de aceptar todos los medios para alcanzar buenos fines. De acuerdo a Kant, este modo de apropiación del suelo no es aceptable (VI 266). Aceptar la violencia a favor de buenos fines implica dejar de lado la justicia, en tanto se absolutiza un fin limitado, en este caso, el cultivo de la civilización. En estos casos, las máximas de acción no son consistentes con el alcance del fin, tampoco en el caso en que en este fin domine el principio del derecho. Para una discusión de este y otros aspectos relativos a la relación entre Kant y teorías del Derecho Natural, cf. Cavallar (1992).
- 11** Kant mantiene en alto la soberanía de los estados, aun cuando éstos sean injustos. De este modo, esta obligación de ayuda no se puede extender a formas de intervención armada. En vez de esto, para caracterizar las posibles acciones de un estado contra estados injustos, podemos quizás recurrir al concepto acuñado por Ignatieff: nombrar y hacerlos avergonzarse (Gutmann 2003, 12).
- 12** Cf. Médicos sin fronteras: *Violencia e inmigración. Informe sobre la inmigración de origen subsahariano en situación irregular en Marruecos*, septiembre 2005.
- 13** Un tema subsidiario, pero central en relación al DC, es el referente a la distribución de los refugiados en los diferentes estados. El que el derecho de asilo sea un derecho subjetivo no implica necesariamente que el refugiado potencial pueda hacerlo valer en cualquier jurisdicción de su elección. Evidentemente, como en otros casos que se refieren a la comunidad internacional (si es que tiene sentido el término), es necesario establecer reglas para evitar los problemas de coordinación y de acción colectiva, y asegurar así que cada estado cumpla con sus obligaciones. Reglas de este tipo ya existen. Ellas toman en consideración el interés del refugiado, la existencia de familiares en un país de destino, sus habilidades idiomáticas, etc., así como la cantidad de refugiados que un estado acepta. Sin embargo, su extensión debe ser ampliada y sobre todo su cumplimiento debe ser garantizado. Nada se opone, en principio, a que algunos estados puedan descargar su obligación de recibir refugiados compensando monetariamente a países que cumplan con las condiciones requeridas; aunque, evidentemente, una regla de este tipo dejaría de manifiesto la calidad moral de aquellos estados que se acogen a ella en el caso de los refugiados.
- 14** La arbitrariedad es evidente. Considérense los siguientes datos: en 1996 Canadá otorgó el estatus de refugiado al 82% de los refugiados potenciales provenientes de Sri Lanka que presentaron una solicitud. Por su parte, Gran Bretaña lo otorgó a tan sólo el 0,2% de esos casos. Tal como Dummet afirma, sería una casualidad sorprendente que los mismos criterios que permiten en un caso que el estatus de refugiado del 18% sea rechazado, permitan en el otro caso que lo sea el 99,8% (Dummet 2004, cap. 2).
- 15** De acuerdo a la regla del tercer estado, un inmigrante o refugiado que en su itinerario hacia un país de destino ha pasado o se ha mantenido en otro tercer país, puede ser deportado a éste para que trate de hacer valer en esa jurisdicción su estatus de inmigrante o refugiado.
- 16** En el caso de los "refugiados ecológicos" me parece ser especialmente sugerente la referencia a la posesión original común de la tierra. Cuando partes de la superficie de la tierra tienden a desaparecer debido a la destrucción ecológica que se retrotrae a las acciones de muchos actores, pero sobre todo a algunas potencias industriales particularmente contaminantes del mundo desarrollado y del mundo en desarrollo, la pregunta acerca de la distribución de la responsabilidad en la aceptación de los refugiados gana en relevancia.
- 17** Kymlicka, por ejemplo, deriva del aspecto voluntario de la migración la consecuencia normativa de que los inmigrantes, a diferencia de las naciones minoritarias, no tendrían una pretensión fundada a derechos culturales en forma de derechos de autogobierno, sino tan sólo a derechos etnoculturales que facilitarían la integración social (Kymlicka 2002).
- 18** El rechazo de Kant al derecho de resistencia ha sido objeto de muchas críticas y ha generado una gran cantidad de literatura. Usualmente se critica a Kant que este rechazo no

es compatible ni con el imperativo categórico ni con el derecho humano a la libertad que ocupa un lugar central en su teoría. Cf. Haensel 1926 y Ludwig 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- Benhabib, Seyla (2005): *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos* [2004], Gedisa, Barcelona.
- (2006): *Another Cosmopolitanism*, Oxford U.P., Oxford.
- Carens, Joseph (1987): "Aliens and Citizens. The Case of Open Borders", *Review of Politics*, 49 (2).
- (1992): "Migration and morality: A liberal egalitarian perspective", en Barry/Gooding (eds.), *Free Movement*, Penn State U.P., Pennsylvania.
 - (2003): "Who Should Get In? The Ethics of Immigration Admissions", *Ethics and International Affairs* 17 (1).
 - (2005): "On Belonging: What We Owe to People who Stay", *Boston Review* (summer).
- Cavallar, Georg (1992): *Pax Kantiana*, Böhlau, Viena.
- Dummett, Michael (2004): *Sobre inmigración y refugiados* [2001], Cátedra, Madrid.
- Gray, John (2001): *Las dos caras del liberalismo* [2000], Paidós, Barcelona.
- Haensel, Werner (1926): *Kants Lehre vom Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Systematik der Kantischen Rechtsphilosophie*, Berlin.
- Hobbes, Thomas (2009): *Leviatan* [1651], Alianza, Madrid.
- Ignatieff, Michael (2003): "Human Rights as Politics and Idolatry", en Gutmann, Amy (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton U.P., Princeton.
- Kant, Immanuel (1989): *La Metafísica de las Costumbres* [1797], Tecnos, Madrid.
- (1999): *Hacia la Paz Perpetua* [1795], Biblioteca Nueva, Madrid.
- Kirloskar-Steinbach, Monika (2007): *Gibt es ein Menschenrecht auf Immigration?*, Wilhelm Fink, Múnich.
- Kymlicka, Will (1989): *Liberalism, Community and Culture*, Clarendon Press, Oxford.
- (2002): *Ciudadanía Multicultural* [1995], Paidós, Barcelona.
- Locke, John (1991): *Dos Ensayos sobre el gobierno civil* [1690], Espasa Calpe, Madrid.
- Loewe, Daniel (2006): "Un nouveau communautarisme cultural", en Merle/Niquille/Schumacher (eds.), *Figures du Communautarisme*, Shaker, Asquigrán.
- (2007): "Inmigración y el Derecho de Pueblos de John Rawls. Argumentos a favor de un derecho a movimiento sin fronteras", *Revista de Ciencia Política*, 26 (2), Santiago de Chile.
 - (2010): "¿Cuán liberal es la teoría de las relaciones internacionales de Rawls?", *Veritas*, Porto Alegre (en imprenta).
- Ludwig, Bernd (1999): "Kommentar zum Staatsrecht (II)", en Otfried Höffe (editor): *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en la serie: *Klassiker Auslegen*, Volumen 19, Berlin.
- Milborn, Corinna (2006): *Gestürmte Festung Europa*, Fischer, Frankfurt am Main.
- Miller, David (1998): *Sobre la nacionalidad* [1995], Paidós, Barcelona.
- (2007): *National Responsibility and Global Justice*, Oxford U.P., Oxford.
- Nussbaum, Martha (2007): *Las fronteras de la justicia* [2006], Paidós, Barcelona.
- Rawls, John (1979): *Teoría de la justicia* [1971], FCE, México.
- (2001): *El derecho de gentes* [1999], Paidós, Barcelona.
 - (2003): *Liberalismo Político* [1993], FCE, México.
- Rorty Richard (1998): *Achieving Our Country*, Harvard U.P.
- Rousseau, Jean-Jacques (2001): *El contrato social* [1762], Alianza, Madrid.
- Tamir, Yael (1993): *Liberal Nationalism*, Princeton U.P., Princeton.
- Vitale, Ermanno (2006): *Ius Migrandi*, Melusina, Barcelona.
- Walzer, Michael (1993): *Las esferas de la justicia* [1983], FCE, México.
- (1996): *La moralidad en el ámbito local e internacional* [1994], Alianza, Madrid.