

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

<http://revista-derechoshumanos.deusto.es/>

ISSN 2530-4275

No. 1 Year / Año 2016

Contents / Índice:

Introduction / Presentación

I. ARTICLES / ARTÍCULOS

Déficits y falacias de la democracia liberal ante la gestión de la diversidad: el caso de las políticas migratorias y de asilo.

Javier de Lucas

Otra política de asilo es posible en Europa. Una breve comparación entre la UE y Canadá.

Ángeles Solanes Corella

Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España.

Cristina Blanco Fernández de Valderrama

A Socially Constructed Human Right to the Self-Determination of Indigenous Peoples.

Benjamín Gregg

Violence against Women: Law and its Limits.

Alison Brysk

El cultivo de las emociones y la imaginación narrativa en Martha Nussbaum. Una propuesta para la promoción del desarrollo humano en las sociedades interdependientes del siglo XXI.

Cristina Pena Mardaras

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 1

2016

Editorial Office / Oficina Editorial

Trinidad L. Vicente (Editor), Deusto Journal of Human Rights
University of Deusto
Pedro Arrupe Human Rights Institute
Apartado 1
48080 Bilbao, SPAIN
E-mail: revista.derechos.humanos@deusto.es
URL: <http://revista-derechoshumanos.deusto.es/>

Copyright

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao, ESPAÑA
e-mail: publicaciones@deusto.es
Web: <http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 2530-4275

Depósito legal: BI - 1.859-2016

Printed in Spain/Impreso en España

Editor/ Directora

Trinidad L. Vicente Torrado (Universidad de Deusto, España)

Editorial Assistant / Asistente editorial

Encarnación La Spina (Universidad de Deusto, España)

Editorial Board / Consejo de redacción

Elaine Acosta (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Cristina de la Cruz (Universidad de Deusto, España)

Francisco Javier García Castaño (Universidad de Granada, España)

Elvira García (Instituto Tecnológico de Monterrey, México)

Felipe Gómez (Universidad de Deusto, España)

Letizia Mancini (Università degli Studi di Milano, Italia)

Asier Martínez de Bringas (Universidad de Deusto, España)

Gorka Urrutia (Universidad de Deusto, España)

Imanol Zubero (Universidad del País Vasco, España)

Advisory Board / Consejo asesor

Francisco Javier Arellano (Universidad de Deusto, España)

Isabel Berganza (Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú)

Francisco Ferrandiz (Centro Superior de Investigaciones Científicas, España)

M.^a José Guerra (Universidad de la Laguna, España)

Liliana Jacott (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Barbara Kail (Fordham University, EE.UU)

Nadia Lachiri (Université Moulay Ismaïl, Marruecos)

Karlos Pérez de Armiño (Universidad del País Vasco, España)

Carmen Quesada (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Rosa M.^a Soriano (Universidad de Granada, España)

Fernando Val (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Pedro Valenzuela (Universidad Javeriana, Colombia)

Frans Viljone (University of Pretoria, Suráfrica)

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No.1/2016

Contents / Índice

Introduction / Presentación	11
I. ARTICLES / ARTÍCULOS	
Déficits y falacias de la democracia liberal ante la gestión de la diversidad: el caso de las políticas migratorias y de asilo <i>Javier de Lucas</i>	15
Otra política de asilo es posible en Europa. Una breve comparación entre la UE y Canadá <i>Angeles Solanes Corella</i>	39
Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España <i>Cristina Blanco Fernández de Valderrama</i>	77
A Socially Constructed Human Right to the Self-determination of Indigenous Peoples <i>Benjamin Gregg</i>	105
Violence against Women: Law and its Limits <i>Alison Brysk</i>	145
El cultivo de las emociones y la imaginación narrativa en Martha Nussbaum. Una propuesta para la promoción del desarrollo humano en las sociedades interdependientes del siglo XXI <i>Cristina Pena Mardaras</i>	175

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antonio Trinidad Requena y Mariano Sánchez Martínez (eds.). 2016. *Marcos de análisis de los problemas sociales. Una mirada desde la Sociología*. Madrid: Catarata, 318 pp. (Inam Benali. Universidad de Granada) 199
- Gorka Urrutia. 2016. *Minorías religiosas y derechos humanos. Reconocimiento social y gestión pública del pluralismo religioso en el País Vasco*, Madrid: Akal, 332 pp. (Asier Martínez de Bringas. Universidad de Deusto) 201
- Ángeles Solanes Corella (ed.). 2016. *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2015, 1.ª Edición), (2016, 2.ª Edición). (M.ª José Aguilar Idáñez. Universidad de Castilla-La Mancha) 203

Introduction

La Revista Deusto de Derechos Humanos/Deusto Journal of Human Rights is published yearly by the Pedro Arrupe Human Rights Institute at the University of Deusto. It has been published since 2004 under the title of Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos/ Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights. During this time, the interdisciplinary approach of its 13 issues has examined humanitarian intervention and human rights in a broader sense.

As of 2016, following renewal of its content and structure, the journal is embarking on a new stage with the aim of becoming a benchmark for periodical publications on human rights in Spain and the international scene. Original cutting-edge scientific works from the interdisciplinary field of human rights, which is transversally related to the fields of Law, Philosophy, Sociology, Anthropology, Political Science and International Relations, etc. are compiled for this purpose. Accordingly, the journal's aim continues to be facilitation and promotion of reflection and

Presentación

La Revista Deusto de Derechos Humanos/Deusto Journal of Human Rights es una revista anual que se edita desde el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (España). La revista lleva publicándose desde el año 2004 con el nombre de Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos/ Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights. Desde entonces, en sus 13 números publicados ha venido abarcando de forma interdisciplinar tanto el ámbito de la intervención humanitaria como de los derechos humanos en una dimensión más amplia.

A partir del 2016, tras un proceso de renovación de contenidos y de restructuración de la misma, esta revista inicia una nueva fase en su andadura con la voluntad de consolidarse como una publicación periódica de referencia nacional e internacional en el ámbito de los derechos humanos. A tal efecto se recogen contribuciones científicas originales y de referencia en el ámbito interdisciplinar de los derechos humanos relacionadas de forma

interdisciplinary exchange on human rights research from the academic world as well as from the realms of professional and political activities, social activism, etc.

Trinidad L. Vicente
Editor

transversal con el área del Derecho, la Filosofía, la Sociología, la Antropología, Ciencias Políticas, las Relaciones Internacionales, etc. En este sentido, el objetivo sigue siendo facilitar y promover un espacio de reflexión e intercambio interdisciplinar sobre las investigaciones producidas tanto desde la experiencia y responsabilidad directa del personal académico, como desde el ámbito profesional, político, activistas de movimientos sociales, etc. en el campo de los derechos humanos.

Trinidad L. Vicente
Directora

I

Articles

Artículos

Déficits y falacias de la democracia liberal ante la gestión de la diversidad: el caso de las políticas migratorias y de asilo

Deficits and Falacies of Liberal Democracy in the Light of
Management of Diversity:
the Case of Migration and Asylum Policies

Javier de Lucas

Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València (España)
lucasfra@uv.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp15-37>

Fecha de recepción: 25.07.2016

Fecha de aceptación: 30.11.2016

Sumario: I. La construcción de un status jurídico para los inmigrantes, contrario a los principios básicos del Estado liberal de Derecho. II. Un status jurídico de los refugiados que viola la legalidad internacional, europea e interna. Bibliografía

Resumen: Los instrumentos jurídicos de las políticas de inmigración y asilo desplegadas por la UE y por sus Estados miembros a partir de la Nueva Agenda migratoria y de asilo presentada por la Comisión Europea en mayo de 2015, no sólo se han mostrado ineficaces, sino que suscitan serias críticas desde el punto de vista de su coherencia con la defensa de los derechos humanos y los principios de la democracia liberal, incluso del liberalismo igualitario. A juicio del autor, el problema es que los desafíos de la gestión de la diversidad cultural (sobre todo de la *deep diversity*) y concretamente las demandas de inmigrantes y refugiados no pueden recibir respuesta desde esa perspectiva, sino que necesitan ser corregidos por las aportaciones de las políticas del reconocimiento y el pluralismo constitucional.

Palabras clave: Derechos humanos, UE, políticas migratorias y de asilo, liberalismo

Abstract: The legal instruments for migration and asylum policies implemented by the European Union and its member States as part of the *New European Agenda on Migration* introduced by the European Commission in May 2015 has turned out to be not only ineffective, but also highly questionable in what concerns their consistency with the protection of Human Rights, the principles of liberal democracy, and even with those of egalitarian liberalism. As the author sees it, the problem derives from the challenges posed

by the management of cultural diversity (especially, *deep diversity*). Particularly, the demands made by migrants and asylum seekers cannot be met by using those instruments, which should be improved by means of the contributions made by the *Politics of Recognition* and *Constitutional Pluralism*.

Keywords: Human Rights, European Union, migration and asylum policies, liberalism

El objetivo de estas páginas no es la denuncia de las malas prácticas que aquí o allá, con esta o aquella frecuencia, han sido toleradas, propiciadas o incluso incentivadas por las políticas migratorias y de asilo de y en la UE y más allá (por ejemplo, los EEUU, México o Australia). Mi propósito es, más bien, mostrar que la lógica jurídica y política que les subyace y que ha encarnado a través de leyes y directivas en buena parte de nuestros Estados, orgullosos de ser democracias liberales en las que el mundo debe mirarse, es no ya deficiente, sino inaceptable, por incongruente con el reconocimiento y garantía efectiva de derechos y con los principios del Estado de Derecho, no digamos ya con los del liberalismo igualitario.

Aún más. Creo que el problema reside en no poca medida en las insuficiencias del propio modelo, sobre todo por su reticencia a aceptar las modificaciones o reformas que en aras de la gestión de la creciente diversidad social y cultural, de la emergencia de individuos y grupos que son agentes de esa diversidad, han sido formuladas desde las propuestas pluralistas como las que, por ejemplo, en sede de doctrina constitucional, han sido enunciadas desde al menos la obra de James Tully y a las que me referiré después.

La mayoría de los defensores del liberalismo (incluso los del liberalismo igualitario), además, han preferido mantenerse en la abstracción de las ideas regulativas sin atender a los deberes jurídicos concretos que esas ideas implican en relación con los derechos sociales y políticos de quienes llegan a nuestras fronteras como inmigrantes o refugiados y tratan de atravesarlas para instalarse entre nosotros. En realidad, creo que el principal déficit de la democracias liberales, incluso las que pretenden ser acordes con los principios del liberalismo igualitario, ha consistido en no saber concretar ese mínimo que llamamos *sociedad decente*, para el que utilizamos habitualmente la fórmula de Avishai Margalit, esto es, *una sociedad en la que las instituciones no sometan a ninguno de sus ciudadanos a la humillación*. Y lo es más patentemente cuando la sociedad en cuestión es fuertemente plural (y desigual). Dicho de otra manera, si el objetivo de la sociedad decente ya es difícil desde los parámetros de sociedades supuestamente homogéneas, resulta más complicado en las que son manifiestamente desiguales y además plurales. Lo cierto es que, antes que Margalit, esa idea regulativa de la *sociedad decente* fue enunciada por Péguy, quien definió el objetivo en los términos de «una sociedad sin exilio» y, de manera diferente se encuentra en las tesis de Levinas y Ricoeur, quienes explicaron con mayor profundidad la negación de la alteridad que supone la humillación, y apuntaron (sobre todo Lévinas (1992), que no habla tanto de derechos del otro cuanto de obligaciones

ante la humanidad, ante todo otro, porque la base de su reflexión es precisamente el *encuentro cara a cara* con el otro) a otro elemento que le parece clave: esa construcción de procesos de humillación es el resultado de la pérdida del vínculo que algunos llaman fraternidad y otros preferimos denominar solidaridad. Pero no la solidaridad en el sentido más lato, sino como principio jurídico y político del que cabe derivar deberes positivos, vinculantes bajo coacción¹.

Quiero precisar que, cuando hablo de humillación, no me refiero a una conducta que puede aparecer en las relaciones interpersonales en el ámbito de lo privado, sino como proceso de construcción social de determinados otros como excedentes, seres de existencia precaria, caducables, destinados a ser sustituidos en aras del beneficio. Se trata de un fenómeno que va más allá del incremento de la desigualdad y que supone de hecho la exclusión de un porcentaje creciente de la población. Algo que ha sido bien analizado el contexto de la globalización, como veremos, pero no precisamente desde las filas de los representantes de la democracia liberal, incluso de los de ese liberalismo igualitario.

El incremento de ese tipo de malestar que provoca la generalización de los procesos de humillación es el negativo de lo que desde Taylor denominamos *lucha por el reconocimiento*, un *leit-motiv* que subyace también a la obra de Ricoeur y, evidentemente, hoy, a la de Honneth, como veremos. El elemento común es que, si queremos reconocimiento debemos luchar por él; Ricoeur (1996: 187-188) propone reconocer al otro al nivel ético²; Honneth, como Taylor, sitúa la lucha por el reconocimiento en el orden político y lo concreta en el test de los

¹ Me remito a lo que expuse ya hace años en J. de Lucas, *El concepto de solidaridad*, México: Fontamara, 1993. Por tanto, no hablo de una virtud moral, de una condición supererogatoria (como lo hace por ejemplo V. Camps en su apreciable libro *Virtudes públicas*, Austral, Madrid, 1996), pero tampoco del mero vínculo de facto que nos ata a «los nuestros», al círculo más próximo, en el sentido de Rorty. A diferencia de él, creo posible fundamentar en la solidaridad deberes positivos de ámbito general, incluso universal. Acepto en ese sentido que el fundamento de los derechos de tercera generación, como apuntara Karel Vasak, se encuentra en ese vínculo de solidaridad. Pero no sólo esos derechos: baste pensar en el derecho de asilo, como traté de argumentar en el segundo capítulo de *Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996 y más recientemente, a propósito de la mal llamada «crisis de refugiados», en *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia: Tirant lo Blanch, (2.ª edic.). 2016.

² Citando a Ricoeur: «La hipótesis de un sujeto de derecho, constituido anteriormente a cualquier vínculo de sociedad, sólo puede ser refutada si se corta su raíz... la raíz es el desconocimiento de la función mediadora del otro entre capacidad y efectación».

derechos sociales. Creo, por cierto, que buena parte de los *soi-dissants* representantes del liberalismo igualitario ignoran esa aportación.

Lo diré con más claridad. Hoy, en sociedades crecientemente multiculturales y en las que se incrementa también la desigualdad y la humillación, una *sociedad decente* quiere decir una sociedad organizada conforme al modelo de una *democracia plural e inclusiva*. Pues bien, a mi juicio, sucede que ese desafío sigue casi detenido en el punto de partida, porque tal y como está enunciado (la gestión de la diversidad cultural desde el modelo de la democracia y el Estado de Derecho liberales) constituye un callejón sin salida, mientras no reformemos, hasta invertirlos, los principios de la democracia y del Estado de Derecho liberales. No. Hay que decidirse a cambiar el punto de partida y tomar nota de los límites del discurso propio del Estado liberal de Derecho que es, pese a todas sus conquistas, un modelo anclado en el Estado nación, centralista, basado en el presupuesto (postulado) de la homogeneidad cultural. Esta versión del Estado liberal de Derecho, nunca reconocida expresamente, parece anclada además en el atomismo individualista que ya criticara Marx con acierto en su *Crítica de la cuestión judía*, publicada en 1844 en los *Deutsch-Französische Jahrbücher* aunque, desde otra perspectiva, estaba ya avizorada en el penetrante *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, publicado por Adam Ferguson en 1767³. En todo caso, sobre las huellas de ese *joven Marx*, esa reducción atomista fue denunciada por otro canadiense, CB MacPherson a mediados del siglo pasado (1962), en su clarividente trabajo sobre el *individualismo posesivo*, en el que exponía cómo los paleoliberales, en aras del dogma central de la eficacia de un mercado desregulado, seguían ignorando que los sujetos históricos —morales, políticos— no son sólo ni aun predominantemente los individuos que pueden permitirse el lujo de actuar sobre el *als ob* de ser como islas, sino como seres sociales (MacPherson 2005), es decir, impugnaba la identificación liberal (si se quiere, liberista) del individualismo atomista como clave ontológica y metodológica de esta ideología. Por eso, a mi juicio, debe criticarse el reduccionismo de la teoría moral, jurídica y política que sostiene la exclusividad de los individuos (aún diré más individuos humanos) como agentes con relevancia moral. Desde esa concepción se ignora olímpicamente la dimensión social que está ya en la noción de persona y en la tradición aristotélica, reivindicada por Fichte y Hegel y por la teoría del reconocimiento.

³ Hay una excelente versión castellana —*Historia de la sociedad civil*— publicada en Akal, en 2010.

Los principios políticos que rigen el modo en que esa concepción trata de hacerse cargo de la *gestión de los problemas de la diversidad*, suponen la ceguera ante la pluralidad y profundidad de las manifestaciones heterogéneas de la diversidad y recurren al principio de la tolerancia en lugar del respeto al principio de igualdad de derechos y a una visión simplista de la relación entre igualdad y diferencia (sería más correcto hablar del tratamiento meramente sinalagmático de toda manifestación de diversidad) que conduce a una mala interpretación negativa de toda forma de discriminación, incluso si es positiva. Y suman a todo ello un retórico concepto de interculturalidad, como bálsamo de fierabrás de la discusión. La clave para mí, está en ese «proyecto de modernidad restringida, cuyo instrumento es el Estado nación concebido sobre el molde liberal restringido y bajo el primado del mercado, (del que) forma parte una noción demediadamente emancipadora de los derechos y de la ciudadanía. Ese sujeto político, el Estado, secuestra y demedia a la nación, que no es *populus*, no es (García Cívico 2013).

A mi juicio, ese error que subyace a posiciones que, desde el canon de liberalismo político, tratan de reflexionar sobre la necesidad de revisar la relación entre diversidad cultural y democracia y, aún más específicamente, entre fronteras y derechos es el que ejemplifica un acreditado liberal como Ermanno Vitale (2006): su noción de democracia liberal bordea el riesgo de una presentación maniquea, simplista y, sobre todo, apriorística, pues ignora las condiciones reales, un pecado imperdonable para quien se dedica a la filosofía práctica. Ignora, tal y como ha señalado un liberal igualitario como Rodolfo Vázquez (2008), el enriquecimiento del liberalismo igualitario desde las propuestas pluralistas, de James Tully, Peter Häberle, Pierre Bosset o Myriam Jézéquel a las que me he referido. Y que conducen paradójicamente a la receta común, difícilmente compatible con el liberalismo igualitario, de crear más fronteras («vayas donde vayas, más vallas») o, lo que es peor incluso, a recuperar la lógica colonial en el interior de los propios Estados, construyendo categorías de sujetos a las que corresponden diferentes estándares de derechos fundamentales. Sobre la obsesión de la «defensa social» que sustenta una primitiva defensa de las fronteras como muros, ha de leerse la bien fundamentada crítica de Wendy Brown (2014) (con excelente prólogo de Étienne. Balibar).

Frente a esas reducciones, como decía, el punto de partida debe ser, a mi juicio, el que contribuyeron a definir ante todo el gran filósofo canadiense Charles Taylor (por ejemplo, en el muy significativo aunque poco tenido en cuenta *Rapprocher les solitudes. Ecrits sur le fédéralisme et le nationalisme en Canada*, 1992), después

el constitucionalista James Tully (*Strange multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995) y más tarde el famoso Informe Bouchard/Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, 2008), que están en el origen doctrinal del modelo de lo que conocemos como *acomodo razonable*. Por supuesto, habría que tener en cuenta las aportaciones posteriores de otros juristas, como Häberle (2002), Bosset y M. C. Foblets (2009) y Jézéquel (2009)⁴. Toda una jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU y, sobre todo, de los tribunales canadienses debería ser tenida en cuenta a este respecto (Intxaurbe 2016; Abrisketa 2015; Howard 2014; Howard 2014; Howard 2016). Son asimismo muy valiosos, a mi juicio, los esfuerzos de dos filósofos mexicanos que han profundizado en la respuesta democrática, pluralista e inclusiva ante la diversidad cultural, Luis Villoro (2007; 2008) y León Olivé (2008).

Como he intentado poner de relieve en algunos trabajos (De Lucas 2009), el test en el que, también a mi juicio, se advierten con mayor claridad las consecuencias de los déficits señalados en las respuestas del liberalismo igualitario ante la gestión de la diversidad cultural —en particular de la alógena— es el que ofrecen las respuestas de nuestros Estados a las necesidades de quienes se ven forzados a emigrar desde sus países, buscando condiciones de vida digna en el caso de buena parte de esos que llamamos *emigrantes económicos* y a los que seguimos denominando *ilegales* cuando a lo sumo son *irregulares* o, simplemente, obligados por el estado de necesidad, para salvar la propia vida, que es el caso de los que denominamos solicitantes de asilo y refugio, pero también de un porcentaje muy alto de los inmigrantes, son no sólo ineficaces e inadecuadas sino verosíblemente incompatibles con algunos de los principios que dicen inspirar a la democracia liberal. Uno de los escenarios en los que se hace evidente a mi juicio tal incongruencia, supuestamente argumentada por el recurso a lo que considero falacias si no, pura y simplemente, malas razones, es el de la colisión entre las fronteras y los derechos.

Las leyes y disposiciones propias del Derecho de inmigración (mal denominadas con frecuencia «leyes de extranjería»), configuran una situación típicamente anómica respecto a quién tiene derecho a la protección jurídica, a los derechos y en qué medida. Lo mismo está sucediendo hoy en relación con quienes aspiran a presentar su demanda de reconocimiento como refugiados en la UE, debido

⁴ Hoy, además, contamos con el añadido de la clarividente visión de Honneth en su *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt, 1992 (versión castellana, *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, 1997), *La sociedad del desprecio*, Madrid: Trotta 2015 y sobre todo de su *Das Recht der Freiheit* (versión castellana, *El Derecho de la libertad*, Paidós, 2015).

a la interpretación y aplicación que se hace en la UE del Derecho internacional de los refugiados y aun del Derecho específico europeo. Es decir, en definitiva, la construcción de unas condiciones de anomia respecto al status jurídico que se atribuye a quienes son un tipo peculiar de extranjeros, inmigrantes y refugiados.

Creo que ignorar la condición específica que entre los extranjeros tienen inmigrantes (y refugiados) es lo que lleva al enorme malentendido en el que incurren quienes, como L. Hierro, han prestado atención a la justificación de la manifestación de desigualdad —de discriminación— que construyen las leyes de extranjería (De Lucas 2014). El desconocimiento patente de la especificidad de las políticas de inmigración, del proceso de construcción de la categoría jurídica de inmigrante (no digamos de la de «inmigrante irregular», a menudo estigmatizado como «inmigrante ilegal», hace posible un análisis, a mi juicio, completamente superficial y erróneo. Por mi parte, estoy de acuerdo con quienes sostienen, para empezar, la imposibilidad de justificación racional-moral de la restricción de derechos fundamentales en base a la nacionalidad, y no sólo los derechos sociales, sino el acceso a los derechos políticos. ¿Cómo ignorar la extrema violación de condiciones básicas del Estado de Derecho que supone la deriva de esos instrumentos jurídicos que han desembocado en un *estado de excepción permanente* en los que se refiere al status jurídico de inmigrantes y refugiados, que evoca penosamente la nefasta doctrina del Derecho penal del enemigo resucitada por Jacobs. Y no hablo de lo inconsecuente que es para alguien que sostiene el universalismo moral y la noción de derechos humanos universales, la aceptación de la discriminación pretendidamente justificada y aun de la fragmentación de los derechos de los inmigrantes, incluidos por supuesto los derechos políticos. ¿Dónde está, por ejemplo, su coherencia ante la negación elemental de derechos a los menores no acompañados en aras de esa lógica jurídica que inspira monstruosidades como la Directiva 2008/115 de la UE, o el Convenio entre la UE y Turquía?

En los siguientes apartados trataré de esclarecer algunas de esas inaceptables construcciones por lo que se refiere a los inmigrantes y a los refugiados.

I. La construcción de un status jurídico para los inmigrantes, contrario a los principios básicos del Estado liberal de Derecho

En este apartado examinaré los elementos básicos de la construcción social (jurídica, para ser precisos) de los inmigrantes como

sujetos precarios, vulnerables y sustituibles, que está en la raíz de la situación de anomia que padecen.

Una de las claves de esa construcción es que ese arsenal jurídico tiene como principio la máxima movilidad de las mercancías, al tiempo que mantiene una profunda desigualdad del derecho a la libre circulación de los trabajadores. Y, de añadidura, las disposiciones jurídicas relativas a los inmigrantes asentados incluso establemente en los países de destino, consagran un *contrato social* caracterizado por una heterogeneidad de status (desde el correspondiente al inmigrante clandestino que llamamos sin papeles, irregular o ilegal, más que ilegal, hasta lo que podríamos calificar como ciudadanos *denized*, según la conocida taxonomía propuesta por Hammar (1990). Con todo, ese abanico de situaciones jurídicas tiene en común —en diferente grado— un principio de *subdiscriminación*, conforme a la fórmula acuñada por las teorías del derecho antidiscriminatorio propuestas por Young, MacKinnon y Crenshaw (p.ej., entre nosotros, Barrére y Morondo (2011) pues trata de hacer de los inmigrantes —incluso residentes legales y aun permanentes— sujetos de segundo orden a los que se *regatea* el reconocimiento de sus derechos y garantías en condiciones de igualdad con los nacionales y se les veta o se dificulta hasta el extremo el proceso de acceso a la ciudadanía, desde la más clásica concepción que vincula ciudadanía y nacionalidad, con desconocimiento flagrante de la realidad de movilidad social y transnacionalidad fomentadas de forma acelerada por el proceso de globalización.

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

Esa construcción es posible (como he tratado de argumentar en buen número de trabajos sobre las políticas migratorias europeas, que arrancan de la ceguera sobre el carácter profundamente *político* del fenómeno migratorio, tanto en el orden internacional como

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

La nuestra es una mirada que no ha aceptado las advertencias elementales de la sociología de las migraciones sobre la complejidad del fenómeno migratorio como fenómeno social global, desde Marcel Mauss a Abdelmalek Sayad⁵. Lo ha denunciado Saskia Sassen, que tiene en cuenta la profunda relación entre las migraciones, la desigualdad en las relaciones internacionales impuesta por la economía globalizada y el proceso de construcción del vínculo social y político, tal y como explica en su *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*⁶ (la en el que sostiene que el grado actual de violencia (devenida en ordinaria) del capitalismo en su estadio global, se explica por el modelo de expulsión. Es así como deberíamos llamar a la lógica que preside la economía globalizada.

Y es que, a mi juicio, la constante más destacable en la inmensa mayoría de los proyectos de gestión del fenómeno migratorio, en las políticas migratorias de los países que somos destinatarios de migraciones, es el empeño en olvidar, en ocultar una verdad evidente: la inevitable dimensión política de las migraciones, su condición de *res politica*, tanto desde el punto de vista estatal como desde las

⁵ Sayad es, a mi juicio, el más penetrante de los sociólogos contemporáneos en el ámbito de la sociología de las migraciones: véase *L'immigration ou les paradoxes de l'alterité*, De Boeck Université, Paris 1992; *La doublé absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Seuil, Paris, 1999; y la trilogía que resume su obra: *L'immigration ou les paradoxes de l'alterité: 1. L'illusion du provisoire*, 2006, *L'immigration ou les paradoxes de l'alterité: 2 Les enfants illégitimes*, 2006 y finalmente *L'immigration ou les paradoxes de l'alterité: 3. La fabrication des identités culturelles*, 2014. Los tres volúmenes están publicados en *Raisons d'agir*, Paris

⁶ La edición original. *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*, se publicó en Belknap Press, 2014. La edición castellana, en Katz, B. Aires, 2015.

relaciones internacionales. Frente a ello hemos impuesto una mirada sectorial, unilateral, cortoplacista que se concreta en la construcción de una categoría jurídica de inmigrante que, en realidad, es un concepto demediado o, como propone Bauman, un paria⁷: el inmigrante es sólo el trabajador necesario en un determinado nicho laboral en el mercado de trabajo formal (como si no se le utilizara en el mercado clandestino o informal) y mientras se someta a un estatuto precario guiado por la maximalización del beneficio de su presencia. Es una herramienta, ni siquiera un trabajador igual al asalariado nacional. Por eso, su condición precaria, parcial, de sospecha⁸.

Todo eso, se acentúa aún más en el caso de los refugiados. El mismo Bauman, en línea con Agamben y en alguna manera con la crítica de Žižek a la gestión de la crisis de refugiados por parte de la UE, ha explicado cómo se crea un estado de suspensión del orden jurídico, ausencia de ley, desigualdad y exclusión social, que hace posible que mujeres y hombres pierdan su condición de ciudadanos, de seres políticos y su identidad, dentro de las fronteras mismas del Estado-Nación. A partir de la metáfora del *Archipiélago*, se da a conocer la existencia de un conjunto de espacios que escapan a la soberanía tradicional del Estado y que se encuentran regidos por un estado de excepción permanente: su emblema, los campos de refugiados y los barrios de inmigrantes. Bauman dejó escrito en el mismo texto que «Es posible que la única industria pujante en los territorios de los miembros tardíos del club de la modernidad sea la producción en masa de refugiados. Y los refugiados son el “residuo humano” personificado: sin ninguna función “útil” que desempeñar en el país al que llegan y en el que se quedan, y sin intención ni posibilidad realista de ser asimilados e incorporados.»

Lo que me parece más relevante y criticable, desde el punto de vista jurídico y político, es cómo, en aras de esa mirada, en el Derecho de migración se convierte en regla la excepción, contraviniendo principios básicos del Estado de Derecho. Como ya anticipé, creo que es eso lo que han señalado desde diferentes perspectivas Danièle Lochak, Giorgio Agamben o Zygmunt Bauman, la nota más destacable

⁷ Nuevos parias, de condición precaria e intercambiable, con fecha de caducidad, tal y como sostiene en su *Archipiélago de excepciones*, una conferencia impartida en el CCCB de Barcelona, en diálogo con Giorgio Agamben y que fue luego publicada en Katz ediciones, 2008.

⁸ Es lo que explica la conocida paradoja enunciada por el dramaturgo Max Frisch y que ignoran esos modelos de políticas migratorias: queríamos mano de obra y nos llegan personas, sociedades, visiones del mundo.

y criticable: el *estado de excepción permanente* que hemos creado para los inmigrantes. Y de ese modo hemos negado la condición misma de inmigrante, una categoría universal, a la vez que hemos vaciado un derecho fundamental, el derecho a ser inmigrante, a escoger el propio plan de vida, a circular libremente, que es un corolario indiscutible del principio (por cierto, liberal) de autonomía.

Hemos creado políticas migratorias, pues, que niegan su objeto, que lo deforman, lo sustituyen por una categoría vicaria: nos negamos a aceptar al inmigrante tout court y lo sustituimos por aquel que queremos recibir. Por eso, para nosotros, no todo el mundo tiene derecho a ser inmigrante, de forma que nuestra lógica inevitablemente produce inmigrantes «ilegales», no-inmigrantes. Se trata una vez más del derecho del más fuerte, la vieja tradición de Anacarsis, Kalikles, Trasimaque, Hobbes⁹, tal y como lo explica una de las mejores expertas en política de migraciones, Catherine Withol der Wenden en un artículo publicado el año pasado sobre las novedades o las constantes en políticas migratorias. Permitánme la larga cita:

«La réponse aux flux migratoires ressemble ainsi à un vaste Far West, où les États les plus puissants du monde font la loi par les règles qu'ils édictent en matière de droit à la mobilité, et n'acceptent pas que des normes mondiales s'imposent à l'exercice de leur souveraineté que constitue la gestion des flux migratoires. Si l'on est Danois, on peut circuler dans 164 pays ; si on est Russe dans 94 ; si on est subsaharien, cette possibilité peut se limiter aux doigts d'une seule main si le pays où l'on est né, et dont on a la nationalité, est considéré comme un pays à risque. Le droit à la mobilité est donc l'une des plus grandes inégalités du monde aujourd'hui, dans un contexte où il devrait constituer un des droits essentiels du XXI^e siècle. Les riches des pays pauvres peuvent, eux, migrer, car beaucoup de pays d'immigration ont prévu d'attribuer des titres de séjour à ceux qui leur apportent des capitaux, achètent un appartement d'une taille précise, ou créent une entreprise. Les plus qualifiés, les sportifs professionnels, les créateurs et artistes de haut niveau peuvent également migrer, car beaucoup de pays d'accueil ont opté pour une ouverture de leurs frontières à une immigration sélectionnée. Les étudiants se voient aussi entrouvrir les frontières, nombre de pays, européens notamment, ayant compris le risque d'une option sans immigration dans la course à la compétitivité mondiale» (Withol der Wenden 2015: 101).

⁹ La definición propuesta por Trasimaco se encuentra en *La República*, Libro 1: *φημι γὰρ ἐγὼ εἶναι τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τι ἢ τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον*.

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

II. Un status jurídico de los refugiados que viola la legalidad internacional, europea e interna

Dedicaré la tercera parte de mi intervención a presentar la tesis de que la UE y, sobre todo, sus Estados miembros, están llevado a cabo un ejemplo particularmente grave de deslizamiento a una situación de anomia por lo que se refiere a los refugiados, mediante un paulatino recorte del derecho de asilo que conduce en la práctica a un vaciamiento de las garantías más elementales sobre las que se asienta y aun de lo que en términos jurisprudenciales se ha denominado *contenido esencial* de ese derecho. Cabe hablar, así, de una *desnaturalización* del derecho de asilo, en la medida en que este derecho ha sufrido, primero, el proceso de «mercantilización» que parecía afectar sobre todo a los derechos económicos, sociales y culturales como consecuencia del primado de la aplicación de las políticas de neoliberalismo económico (que algunos como Stiglitz califican de políticas fundamentalistas) que se han traducido en directivas «austericidas» para los países más débiles (más endeudados) de la propia UE, tal y como se ejemplifica en el caso de Grecia. Lo grave, lo insólito, es que los recortes presentados como «inevitables» y «racionales» que convierten derechos económicos sociales o culturales en mercancías, pasen a afectar también al derecho de asilo, aunque se trate de un derecho humano fundamental y universal. Pero el vaciamiento afecta también al universo de titulares del derecho, que pone en tela de juicio algo tan evidente como el hecho de que quienes huyen de un país arrasado por una guerra civil deben ser considerados a todas luces refugiados. Ya no es así, y no sólo de facto, sino por el juego perverso de interpretaciones jurídicas de la especificidad del marco normativo europeo de asilo, que finalmente deja a los potenciales refugiados en *tierra de nadie*.

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

Que estamos ante un proceso de mercantilización del asilo lo prueba la decisión adoptada por Dinamarca que, de suyo, no está plenamente

integrada en el modelo Schengen, cuyo Parlamento aprobó la propuesta de ley presentada por el Gobierno (liberal), con el apoyo de sus socios del *Partido Popular Danés* (DF), un grupo que no puede no ser calificado sino como de extrema derecha. En virtud de esa disposición, la policía/agentes del gobierno danés pueden requisar a los refugiados dinero, joyas y otros objetos de valor para asegurar la disponibilidad de fondos que exige el reconocimiento del derecho de asilo/protección subsidiaria. Para ser más exactos, la cantidad de dinero que sobrepase el equivalente a 1340 euros (10.000 coronas danesas) y los objetos de elevado valor económico. Expresamente se excluyen joyas u objetos de valor afectivo. Esta decisión danesa tiene precedentes en la misma Europa. De hecho, es una política ya ensayada por Suiza y por los Estados alemanes de Baviera y Baden-Wurtemberg, que imponen contribuciones económicas (verdaderas exacciones) a los propios refugiados.

Recordaré que Dinamarca, como el resto de los Estados europeos miembros de la UE, está vinculada por las normas del Derecho internacional de refugiados (Dinamarca es parte del sistema de Convenios PIDCP y PIDESC de 1966 y de la Convención específica, la de Ginebra de 1951) y por las propias del Convenio Europeo (arts 3 y 8 del CEDH, Tratados de la Unión y Sistema Europeo Común de Asilo —SECA—). Pese a ello, la defensa de esa ley se basó, de un lado, en el principio de igualdad y, de otro, en la proporcionalidad de los recursos destinados al mantenimiento de las obligaciones relativas al derecho de asilo: si a los ciudadanos daneses se les exige que, para cobrar la ayuda que se conoce como «salario social mensual», tengan menos de 1340 euros en el banco, los refugiados deberían someterse a idéntica condición, alegaron los partidos favorables a la ley. El salario social es proporcionalmente alto: unos 1500 euros para solteros y cerca de 4000 euros para parejas con hijos. Pero salta a los ojos la absoluta falta de proporcionalidad en la analogía de un refugiado sirio con los ciudadanos daneses que son beneficiarios del salario social alegada para que los daneses puedan asumir la «carga económica» del asilo. Hablamos de Dinamarca, cuyo PIB comparado con el del Líbano, Jordania, Turquía o Kenia (que son países receptores de refugiados por centenares de miles) lo multiplica por decenas! ¿Cómo puede tratar de sostenerse, sin sonrojo, la pretendida analogía entre un huido de la guerra de Siria y un parado danés? A mi juicio, esas formas de condicionamiento de esa obligación y, en particular, la exigencia de pagos (cuando no exacciones), son contrarias, incompatibles con el deber jurídico del que son titulares los Estados de la UE (por haber ratificado el Convenio de Ginebra de 1951) en relación con los titulares del correlativo derecho de asilo (y de protección internacional subsidiaria).

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

Pero ese proceso de «desnaturalización» o vaciamiento del derecho de asilo no se ha detenido ahí. Ha traspasado una verdadera *línea roja*. Porque me parece indiscutible que la primera e inexcusable obligación de todos los gobiernos europeos en relación con la denominada crisis de refugiados, lo que, a estas alturas, en abril de 2016, podríamos considerar la *línea roja* a no traspasar si pretendemos seguir tomando en serio el asilo, es garantizar el principio de *non refoulement*, la no devolución a su propio país, pero tampoco a un país tercero *no seguro*. Por supuesto que tomar en serio el asilo significa también la digna acogida (es decir, el complejo de derechos-prestación que supone el estatuto de refugiado) de quienes —como sirios, afganos, iraquíes, eritreos, malienses— vienen huyendo de persecuciones que ponen en peligro sus vidas. Una huída en la que, por las dificultades que han de superar, sus propias vidas, las de sus hijos, siguen estando en riesgo. Pero lo que en ningún caso se puede hacer sin anular de hecho el sentido mismo del asilo, sin vaciarlo, es devolver a *un lugar no seguro* aquellos que han llegado hasta nosotros huyendo de la persecución que les amenaza.

Insisto en recordar que cualquier forma de condicionamiento de esa obligación y, en particular, la exigencia de pagos (cuando no exacciones) es contraria a ese deber jurídico y sitúa a los europeos ante la evidencia del naufragio, la traición de un rasgo básico de nuestra identidad: la defensa del Estado de Derecho y ante todo, de los derechos fundamentales de todos los que se encuentran bajo soberanía europea por haber alcanzado nuestro territorio. La limitación del derecho de

asilo en Europa no debería alcanzar jamás el índice de vaciamiento que supone la devolución de quienes buscan asilo a un país no seguro. Y eso es precisamente lo que, a mi juicio, acaba de suceder.

En efecto, si algo ejemplifica la banalización del derecho de asilo, es el acuerdo entre la UE y Turquía para realizar lo que, con argumentos nada desdeñables, se puede considerar no sólo una expulsión ilegal, sino una auténtica deportación. El objetivo del Acuerdo es «to accept the rapid return of all migrants not in need of international protection crossing from Turkey into Greece and to take back all irregular migrants intercepted in Turkish waters». En realidad, el propio comunicado de prensa de la Comisión en el que bajo la forma de preguntas y respuestas se intenta presentar el acuerdo, deja claro que no se trata de un acuerdo de gestión de la crisis de refugiados, pues en su primer párrafo explica: «On 18 March, following on from the EU-Turkey Joint Action Plan activated on 29 November 2015 and the 7 March EU-Turkey statement, the European Union and Turkey *decided to end the irregular migration from Turkey to the EU* (la cursiva es mía) ¹⁰.

Este acuerdo simboliza lo que podríamos considerar una claudicación de la UE respecto a las exigencias primigenias del imperio del Derecho, a la garantía efectiva de los derechos. Una quiebra que ha sido posible porque el único país que había afirmado hasta ahora su coherencia con tales principios, la Alemania de la canciller Merkel, ha acabado por traicionarlos. Es cierto que debemos consignar y reconocer la decisión inicial de Merkel (excepcionalmente digna en un contexto de egoísmo europeo desatado) de ofrecer una acogida universal a quienes tuvieran la condición de refugiados. Pero lamentablemente debemos constatar también que, finalmente, la coalición que gobierna Alemania, preocupada por el impacto negativo que ofrecían constantemente los sondeos electorales en Alemania y tras los muy negativos resultados de las elecciones regionales en el mes de marzo (incluido el ascenso del partido de extrema derecha *Alternative für Deutschland, AfD*, emparentado con el xenófobo movimiento PEGIDA), consiguió imponer un giro a la canciller que tuvo como resultado un acuerdo para restringir las admisiones, disminuir el número y duración de las prestaciones a quienes se concede el derecho de asilo o la protección subsidiaria y favorecer la denegación y expulsión de los solicitantes de asilo. Esta evolución concluyó con

¹⁰ Una descripción sumaria de los 9 objetivos del acuerdo se encuentra en el Comunicado de prensa n.º 144/16, emitido por el Consejo Europeo el 18 de marzo de 2016. Con más detalle en la *Hoja Informativa* de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2016, significativamente titulada *EU-Turkey Agreement: Questions and Answers*. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-963_en.htm

la opción una vez más de la manida solución de la *externalización*, la cláusula mágica a la que acuden las autoridades europeas cada vez que se han visto ante lo que consideran un *cul de sac*, una situación límite en la política migratoria: una vez más, «que se ocupen otros» del problema y así, al no verlo ante nuestros ojos, dejará de existir.

Eso es lo que decidieron los líderes europeos en una reunión extraordinaria en La Valetta, el 15 de noviembre de 2015. De los inmigrantes «económicos», se habrán de ocupar los países africanos a los que se ofrecieron 1500 millones de euros para que realicen las funciones de policía que impidan que sus propios nacionales lleguen ahora a Europa en número superior al que la UE desee. Y también se les asignó la función de control del tránsito por sus países de nacionales de terceros Estados hacia la UE. Pero la decisión de externalización más importante adoptada en La Valetta fue la de negociar con Turquía un acuerdo. Así a cambio de una cantidad cifrada en 6000 millones de euros la UE y Turquía acordaban la deportación de los inmigrantes *económicos* que mal se denominan «ilegales», pero también de los refugiados que se encontrasen hasta ese momento en suelo de Grecia y que serán trasladados al país otomano. Un acuerdo impulsado por la propia Merkel, que se presenta primero como bilateral entre Grecia y Turquía, pero que se transforma en bilateral entre la propia UE y Turquía y que, finalmente, consiguió el respaldo del Consejo europeo de 17/18 de marzo de 2016, tras el ensayo de una versión más dura en el Consejo previo celebrado el 7 de marzo, en la que ni siquiera se mencionaba la exigencia de respeto de los derechos de los así expulsados (en realidad, deportados) por parte de Turquía .

El Acuerdo ha suscitado duras críticas y descalificaciones, por parte de instituciones internacionales¹¹, europeas¹² y ONGs¹³. Pero la primera dificultad atañe a lo que en la jerga jurídica habitual se denomina

¹¹ Véase el rapport del ACNUR, ACNUR: *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept*: www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf

¹² Por ejemplo, el balance que arroja su discusión en el pleno del Parlamento Europeo celebrado el pasado 9 de marzo de 2016. En ese pleno, una amplia mayoría de los eurodiputados exigieron de la ministra holandesa Jeanine Hennis-Plasschaert, que actuaba en representación del Consejo, y del vicepresidente de la Comisión Valdis Dombrovskis, que se detallaran los aspectos del acuerdo y recordaron que las normas internacionales sobre asilo deben respetarse en todo caso.

¹³ Así, en nuestro país, el Informe de Misión de Lesbos, *Lesbos. Zona Cero del derecho de asilo*, emitido por CEAR, que puede consultarse en <http://www.cear.es/lesbos-zona-cero-del-derecho-de-asilo/>

«naturaleza jurídica» del Acuerdo mismo. ¿En qué consiste? ¿Es un Convenio internacional entre la UE y Turquía? ¿Una Declaración del Consejo Europeo? ¿Una declaración conjunta del Consejo Europeo y del Gobierno turco? Creo que el reconocido especialista en Derecho migratorio y de extranjería, el letrado H. García Granero, ha sabido desentrañar el laberinto jurídico, sobre la base de la publicación en el DOUE de 9 de abril de 2016 de la Decisión del Consejo Europeo de 23 de marzo de 2016, Decisión (UE) 2016/551. De acuerdo con las tesis de García Granero, esa decisión, en realidad, remite a Decisiones anteriores en el marco de acuerdos con Turquía de cara a agilizar procesos de deportación (mal llamados de retorno) a Turquía de desplazados e inmigrantes que hayan entrado irregularmente en territorio europeo¹⁴. Se trataría así, concluye García Granero con agudeza, de «una aplicación *in malam partem* del (preexistente) acuerdo de 16.12.2013 entre la Unión Europea y Turquía «sobre readmisión de residente ilegales» (acuerdo publicado en el DOUE de 07.05.2014), cuya vigencia estaba prevista que se iniciara el 01.10.2017, y cuyo inicio de efectos se adelanta al 01.06.2016 y se emplea para (mal) afrontar la grave crisis humanitaria de los desplazados».

No me extenderé ahora en los argumentos de crítica jurídica que, a mi juicio, abonan la tesis de su déficit de legalidad y legitimidad¹⁵. Lo

¹⁴ Como escribe el mismo autor, «se trata de *la readmisión de residentes en situación de estancia irregular* —el Acuerdo emplea la ilegal referencia a «residentes ilegales»— *que se encuentren en Turquía o en alguno de los Estados de la Unión...* Y aunque en la Declaración conjuntas UE - TURQUÍA del 18.03.2016 se declara que «*Turquía y la Unión Europea han reafirmado su compromiso con la aplicación del Plan de Acción Conjunto puesto en marcha el 29 de noviembre de 2015*», en la Decisión (UE) 2016/551 aparece cuál es la oculta finalidad de dicho Plan de Acción Conjunto; así, en el Considerando 2 de la Decisión (UE) 2016/551 se afirma que «*En la Cumbre celebrada el 29 de noviembre de 2015, la Unión y Turquía expresaron su acuerdo político de que el Acuerdo se aplique plenamente a partir del 1 de junio de 2016*»: ésta, *la aplicación de una norma prevista para la inmigración irregular a los desplazados en la crisis humanitaria a la que la Unión Europea ha puesto murallas en la frontera griega, y ninguna otra, parece haber constituido la verdadera finalidad de la Cumbre del Consejo Europeo de 29.11.2015.*»

¹⁵ En otros lugares he analizado el acuerdo, desde el punto de vista jurídico y político, para señalar las razones que justifican su valoración como ilegal, ilegítimo, y, lo que es el colmo, ineficaz. Aquí me limito a advertir sobre la equivocación de este nuevo ejemplo de externalización. Un buen resumen de los argumentos jurídicos de crítica de los fundamentos legales y legítimos del Acuerdo, desde el punto de vista del Derecho internacional y del propio Derecho europeo, se pueden encontrar en el dossier del ACNUR: *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept*: www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf

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

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

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

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

Además, es urgente aumentar y concretar las vías legales asequibles y procedimientos ágiles para la solicitud de asilo. Por ejemplo, garantizar la posibilidad de pedir asilo en embajadas y consulados

en los países de origen, limítrofes y de tránsito y que se abra así el expediente de asilo, sin que sea necesario llegar a territorio europeo para hacerlo. Y necesitamos un esfuerzo en dotar oficinas europeas de examen de solicitudes de asilo, e coordinación con ACNUR, sobre todo en los países limítrofes a aquellos en los que existen situaciones de conflicto que generan desplazamientos de refugiados.

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

Obviamente, es necesario también reforzar e incrementar los programas de reasentamiento en coherencia con el número de refugiados existente, asumiendo un reparto equitativo y solidario entre todos los Estados. La propuesta que hizo la Comisión Europea en su nueva agenda migratoria en mayo de 2015, que suponía una cifra ridícula en comparación con las necesidades reales (16000, cuando sólo Líbano acoge más de 1.100.000) debe y puede ser un buen criterio metodológico. Pero siempre que se centre todo el esfuerzo en agilizar, facilitar y también ordenar, claro el acceso al asilo a quienes lo necesitan, quienes tienen un derecho frente al cual, nosotros no podemos olvidar nuestra obligación.

Uno de los relatos más antiguos sobre refugiados ocupa las páginas de la Biblia (Génesis, 3, 24): Adán y Eva son expulsados —aunque no perseguidos— del paraíso en que vivían, por desobedecer las órdenes de su Creador y dueño. Vale esa referencia para insistir en que algunos siglos después, y con todos los matices que se deban añadir, los europeos vivimos en lo que, de acuerdo con muchos índices objetivos, puede ser calificado como el paraíso, al menos para el resto del mundo: Europa, la UE, reúne al grupo de sociedades más prósperas y felices de la historia de la humanidad. También las más seguras, al menos en la acepción amplia de *seguridad humana*. Pero en este paraíso hay grietas, desuniones, incluso clases, de Grecia, Portugal, España, al Reino Unido, Dinamarca, Alemania o Suecia. Grietas que se ensanchan cuando tratan de alcanzar el paraíso algunos centenares de miles de extraños: inmigrantes y refugiados. Y los europeos, en lugar de reconocer en ellos lo que vivimos nosotros mismos no hace tanto tiempo, reaccionamos con la cobardía egoísta de quienes vivimos obsesionados por el mantenimiento del alto *standing* que disfrutábamos

en exclusividad antes de ver sacudidas las puertas de nuestro club por semejantes *parias*.

Bibliografía

- Abrisketa, Joana. 2015. "Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público – Comentarios de sentencias – Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 5 de noviembre de 2014 (ROJ: ATS 8256/2014)". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n.º 1: 220-224.
- Barrere, Maggy y Dolores Morondo. 2011. "Subdiscriminación y Discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio". *ACFS*, 45: 15-42.
- Bosset, Pierre. 2005. "Reflexions on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religion". Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.
- Bosset, Pierre y Marie Claire Foblets. 2009. "Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?". En AAVV, *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society*. Trends in social cohesion, n.º 21, 37-65. Strasbourg: Council of Europe Publishing,.
- Bouchard, Gerard y Charles Taylor. 2008. *Building the future. A time for reconciliation*. Commission du consultation sur les practiques d'accommodement reliées aux diférences culturelles, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, disponible en <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf>.
- Brown, Wendy. 2014. *Estados amurallados, soberanía declinante*. Barcelona: Herder.
- Camps, Victòria 1996. *Virtudes públicas*. Barcelona: Planeta/Austral.
- De Lucas, Javier. 2015. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2ª edición, corregida y aumentada, 2016).
- De Lucas, Javier. 2014. "Políticas migratorias sin libertad de circulación: la UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo". En *Autonomía individual frente a autonomía colectiva*. Derechos en conflicto, coordinado por Liborio Hierro, 173-192. Madrid: Marcial Pons.
- De Lucas, Javier. 2011. "El mito de la interculturalidad". En *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, editado por María José Anón y Ángeles Solanes. 17-41. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- De Lucas, Javier. 2009. "Algunas tesis que plantean el desafío de los movimientos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", en *La universalidad de los derechos humanos y la migración*, editado por Ignacio Campoy. 59-128. Madrid: Dykinson.
- De Lucas, Javier. 1996. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Icaria.
- De Lucas, Javier. 1992. *El concepto de Solidaridad*. México: Fontamara.

- García Cívico, Jesús. 2013. "¿Hay realmente un horizonte intercultural en la Unión Europea?". *Universitas: revista de filosofía, derecho y política*, n.º 17: 97-138.
- Häberle, Peter. 2002. *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos.
- Hammar, Tomas. 1990. *Democracy and the nation state: aliens, denizens and citizens in a world of international migration*. Aldershot: Avebury.
- Honneth, Axel. 1992. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt (versión castellana, *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, 1997).
- Honneth, Axel. 2015. *La sociedad del desprecio*. Madrid: Trotta.
- Honneth, Axel. 2015. *Das Recht der Freiheit* (versión castellana, *El Derecho de la libertad*. Barcelona: Paidós).
- Howard, Erica. 2014. "Protecting freedom to manifest one's religion or belief: Strasbourg or Luxembourg". *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32/2: 159-182.
- Howard, Erica. 2014. "SAS v. France: Living together or increased social division?" en *Blog of the European Journal of International Law*, 7 de Julio, disponible en <http://www.ejiltalk.org/s-a-s-v-france-living-together-or-increased-social-division/>.
- Howard, Erica. 2016. "Headscarves and the Court of Justice of the European Union: Two Opposing Opinions" en *Blog of the European Journal of International Law*, 1 de Agosto de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/headscarves-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-two-opposing-opinions/>.
- Intxaurbe, José Ramón. 2016. *El empleo de signos dinámicos de adscripción religiosa en los espacios públicos y su gestión a través del instrumento jurídico del acomodo razonable*, Tesis doctoral, Universidad de Deusto.
- Jézéquel, Myriam. 2009. "The reasonable accommodation requirement: potential and limits" en AAVV, *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralistic society*. Trends in social cohesion, n.º 21, 21-35. Strasbourg: Council of Europe Publishing
- Levinas, Emmanuel. 1992. *Entre nosotros, ensayos para pensar en el otro*. Valencia: Pretextos.
- Macpherson, Crawford. 2005. *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta.
- Olivé, León. 2008. *Interculturalismo y justicia social*. Mexico: UNAM.
- Ricoeur, Paul. 1996. "Séptimo estudio: el sí y la intencionalidad ética", Sí mismo como otro, 187-88. México: Siglo XXI.
- Sassen, Saskia. 2016. *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*. Madrid: Katz.
- Sayad, Abdelmalek. 1999. *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*. Paris: Seuil.
- Sayad, Abdelmalek. 2006. *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 1. L'illusion du provisoire*. Paris: Éditions Raisons d'agir.
- Sayad, Abdelmalek. 2006. *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 2. Les enfants illégitimes*. Paris: Éditions Raisons d'agir.

- Sayad, Abdelmalek. 2014. *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 3. La fabrication des identités culturelles*. Paris: Éditions Raisons d'agir.
- Taylor, Charles. 1992. *Rapprocher les solitudes. Essais sur federalisme et nationalisme au Canada*. Québec: Les Presses de l'Université Laval.
- Vázquez, Rodolfo. 2008. "Migración, ciudadanía, fronteras". *Isonomía*, n.º 29: 195-204.
- Villoro, Luis. 2007. *Estado plural, diversidad de culturas*. México: UNAM/Paidós.
- Villoro, Luis. 2008. "Condiciones de la interculturalidad", en *Ética, hermenéutica y multiculturalismo*, editado por Pablo Briones. México: Universidad Iberoamericana.
- Vitale, Ermanno. 2006. *Ius migrandi*, Madrid: Melusina.
- Withol der Wenden, Catherine. 2015. "Une nouvelle donne migratoire". *Politique Étrangère*, 3: 95-106.

Otra política de asilo es posible en Europa. Una breve comparación entre la UE y Canadá

Another Asylum Policy is Possible in Europe.
A Brief Comparative Approach Between EU and Canada

Ángeles Solanes Corella
IDH. Universitat de València (España)¹
angeles.solanes@uv.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp39-75>

Fecha de recepción: 25/07/2016
Fecha de aceptación: 30/11/2016

Sumario: 1. Introducción. 2. Movilidad humana, migración y asilo. 3. El sistema Dublín. 3.1. Protección de fronteras exteriores y asilo. 3.2. La imprescindible función garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4. La política de asilo canadiense. 4.1. Vías de acceso al asilo en Canadá. 4.2. La supervisión desde el ámbito internacional. 5. Entre el marco de respuesta integral para los refugiados y la política común de asilo que garantice un sistema humano, justo y eficiente. Referencias bibliográficas

Resumen: La situación que ha generado en la Unión Europea la mal denominada «crisis de los refugiados», pone en evidencia hasta qué punto ha fracasado el denominado Sistema Común de Asilo. Múltiples factores han concurrido, durante dos décadas, hasta llegar a lo que puede considerarse una desnaturalización del asilo. Para reivindicar la necesidad de protección internacional como un derecho en el contexto europeo, es interesante analizar, como propone este trabajo, los múltiples factores que han concurrido para que el sistema Dublín no llegue a implementarse. Dicho estudio, además, puede completarse desde una perspectiva comparada atendiendo al caso canadiense. La confrontación entre algunas de las medidas articuladas en relación a los refugiados desde la Unión Europea y las que se han adoptado en

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+I DER2015-65840-R (MINECO/FEDER) «Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción», del Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional; y el proyecto del programa de investigación de excelencia PROMETEO/2014/078 «Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración», de la Generalitat Valenciana. Agradezco a los profesores Pierre Bosset (Université de Montréal) y Fannie Lafontaine (Université Laval) su amabilidad y ayuda durante mi estancia de investigación en Canadá.

Canadá, permite trazar algunas líneas directrices futuras. Lo que se pretende, en definitiva, es reivindicar el asilo como un derecho dentro de un sistema europeo humano, justo y eficiente.

Palabras claves: Asilo, Refugiados, Unión Europea, SECA, Canadá, Derechos Humanos

Abstract: The situation generated in the European Union by the misnamed «refugee crisis», reveals the degree to which the so-called Common European Asylum System has failed. Many factors have combined, over two decades, with the ultimate result that the right to asylum has been rendered meaningless. To declare the necessity of international protection as a right in the European context, it is interesting to analyse, as this paper proposes, the multiple factors that have come together to prevent the implementation of the Dublin System. The study applies a comparative perspective, using an analysis of the Canadian asylum system. The contrast between certain measures applied to refugees in the European Union and those employed by Canada permits the delineation of future guidelines. The clear objective is to restore a meaningful right to asylum in a humane, just, and efficient European system.

Keywords: Asylum, Refugees, European Union, CEAS, Canada, Human Rights

1. Introducción

La configuración en el Derecho Internacional de un régimen específico de asilo y refugio compuesto de normas convencionales, consuetudinarias, principios y estándares, se incluye dentro del ámbito normativo de la protección de los Derechos Humanos. Hablar de asilo y refugio, por tanto, supone apelar a una deontología de protección del género humano en la que encontramos una estricta vinculación entre los derechos humanos y la dignidad humana (De Lucas 1995 y 1996), entendiendo esta como «el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa el derecho» (Habermas 2010: 111). A partir de ahí, es posible analizar cómo los derechos humanos, entre ellos el asilo, son concretados, interpretados y realizados a través de diferentes instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, para evidenciar las agresiones de que son objeto.

Este corpus destinado al amparo de aquellos que, en uno u otro sentido, necesitan protección internacional, se desarrolla especialmente como respuesta a las atrocidades de la II Guerra Mundial evidenciando, como recoge el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país» sin que este derecho se pueda invocar contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. En esa línea la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, constituyen las dos disposiciones de referencia a nivel internacional respecto al derecho de asilo. Todas estas previsiones tienen un punto en común: proteger al perseguido dotándole de instrumentos jurídicos que le amparen.

Sin embargo, el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión de asilo territorial, es decir, de una autorización de residencia que permita el refugiado quedarse en el país que se la ha reconocido como tal, (y posteriormente, en su caso trabajar), depende de la normativa interna. En esa línea, el asilo se ha defendido en su configuración como un principio general del Derecho Internacional y ha sido reconocido como derecho subjetivo individual en algunas constituciones estatales (Gil-Bazo 2015: 23-27).

En la Unión Europea, ante la variedad de las legislaciones, se ha intentado articular un sistema común que acercara la regulación de las distintas regulaciones nacionales. Si se analiza en retrospectiva

el derecho de asilo en la Unión, desde el impulso del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) se intentaba combatir los problemas que hasta el momento había generado el denominado *asylum shopping*, puesto que, los potenciales beneficiarios presentaban su solicitud en varios países o en un Estado concreto después de haber transitado por otros. En sus inicios, parecía acertado optar por un mecanismo conjunto para armonizar los procedimientos de asilo de los Estados miembros mediante la instauración de un sistema común, con miras a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesitase protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Sin embargo, el denominado sistema Dublín (atendiendo a la Convención de Dublín (1990), que posteriormente se sustituyó por la regulación de Dublín II (2003) y Dublín III (2013)) no ha obtenido los resultados esperados.

Más bien al contrario, una de las circunstancias, conjugada con otros múltiples aspectos, que ha llevado a la mal denominada «crisis de los refugiados», que en realidad es una situación de emergencia fruto de una nefasta gestión política, ha sido la precaria articulación del SECA y lo que puede considerarse la «desnaturalización del derecho de asilo, en la medida en que este derecho ha sufrido también el proceso de mercantilización de los derechos, pese a ser un derecho humano fundamental y universal» (De Lucas 2016: 23). Sin obviar múltiples factores que han conducido al desastre y asumiendo la responsabilidad multidimensional europea del mismo, es necesario insistir en que dicho sistema está llamado a reformularse para evitar en el futuro la quiebra absoluta del asilo como derecho.

Para buscar otras alternativas, es interesante recurrir al derecho comparado, asumiendo que aunque las pautas en diferentes casos no son fácilmente extrapolables, las posibilidades de gestión admiten prácticas más o menos acordes con el respeto y garantía de los derechos humanos. En ese sentido, la experiencia acumulada en Canadá resulta interesante por contar con un sistema de selección, ayudas y servicios a los refugiados diferente al articulado en los diversos Estados de la Unión Europea. Y, sobre todo, dicha opción llama la atención por optar por una política de asilo distinta que puede tomarse, con sus deficiencias, como otra posibilidad de gestión de las solicitudes de asilo frente a la exiguas cuotas europeas, ancladas en un visión básicamente temerosa y defensiva más propia de lo que podría considerarse «una sinistrosis de inseguridad vinculada al cierre de las fronteras para proteger un mercado de trabajo siempre en crisis» (Nair 2016: 28), que de las exigencias de las demandas de protección internacional.

2. Movilidad humana, migración y asilo

La movilidad humana como proceso complejo que aúna diversas causas (voluntarias o involuntarias), para producirse, es (debería ser) la expresión del ejercicio del derecho a la libre circulación. Sin embargo, los múltiples fenómenos que en ella convergen han generado desarrollos jurídico-normativos diferentes pensados, al menos en su concepción teórica, para ofrecer respuestas distintas a circunstancias que son diversas.

La movilidad humana, a falta de un concepto unánimemente aceptado, hace referencia a la noción de flujos mixtos que proporciona la Organización Internacional para las Migraciones (OIM/IOM) que considera tales «los movimientos de población complejos incluidos los refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes». Sin embargo, a efectos del acceso a un estatuto jurídico diferente, conviene distinguir entre inmigración, cuando se hace referencia al proceso por el cual los no nacionales de un Estado entran en él con el propósito de instalarse, y asilo entendiendo por tal la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen. Como señala Morgades «el refugio y el asilo son dos institutos de protección internacional aplicables a personas que han huido de sus países de origen (...) Se entiende que son demandantes de asilo todas las personas que se encuentran fuera del país de su nacionalidad (o residencia habitual en el caso de los apátridas) y están en situación de necesidad de protección» (Morgades 2016: 233-234). Se trata de situaciones jurídicamente distintas que exigen políticas y normativas diferentes, por una parte las de inmigración (concretadas en las normativas de extranjería) y por otra la de asilo. Ambas obedecen a realidades diferenciales en las cuales no debe rivalizarse por importancia, ni priorizar una en detrimento de la otra².

En la Unión Europea asistimos a lo que puede considerarse una crisis del asilo como derecho, por eso reivindicarlo como tal es la piedra angular para mantener que en el futuro la política de asilo tiene que ser europea pero con otra orientación. En este punto, el caso canadiense, no tanto como ejemplo paradigmático si no como muestra

² IOM, *Glossary on Migration. International Migration Law*, IOM, Geneva, 2004, pp. 8, 31 y 42, y ACNUDH, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales* (en línea), 2014.

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines_SP.pdf, acceso 7 de septiembre de 2016.

de otra forma posible de gestión, resulta interesante. Es inaplazable afrontar los importantes retos que comporta la necesidad de protección internacional y al mismo tiempo mantener otros logros, como el espacio Schengen, que se encuentran en sus cimientos (Carrera 2011; Olesti 2012). La insistencia en la Unión Europea en presentar de forma conjunta su política común de inmigración y asilo, ha repercutido, a largo plazo, en una progresiva degradación del estatuto de refugiado, que ha culminado en una situación insostenible en la que se evidencia el fracaso de buena parte de los ideales que están en el origen del proyecto europeo (De Lucas 2015: 21).

En cambio, en la larga tradición canadiense de recepción de flujos migratorios y solicitantes de asilo, la política de inmigración de las últimas décadas ha venido marcada por el denominado sistema de puntos, fruto de una gestión que aúna una tradición difícil de simplificar en la que se ha compaginado una política planificada y proactiva que promoviese la inmigración permanente, con un claro protagonismo de las provincias que han ido adquiriendo progresivamente mayores competencias, atendiendo especialmente a la cualificación (Valeriano y López-Sala 2010: 662-664). En paralelo, la política de asilo ha mantenido en el tiempo significativas cuotas a través de los denominados programas de reasentamiento humanitario y refugio. Con ellos se ha intentado buscar soluciones a través de un sofisticado sistema de ayudas y servicios básicos para los refugiados reasentados con una red de servicios de reasentamiento y programas obligatorios federales y provinciales, y un significativo sistema de garantías. Tanto en el caso del asilo como en el de la inmigración, las reformas y la evolución han sido constantes, con altibajos como los de la época Harper, que se intenta superar con el gobierno Trudeau, pero que en todo caso marcan un especial compromiso con el derecho de asilo (García Mahamut 2010: 48).

En el contexto europeo, las progresivas dificultades introducidas a través del SECA para solicitar el asilo desde los países de origen, haciendo que este necesariamente deba pedirse en el primer Estado al que llega el potencial solicitante, ha potenciado que en las fronteras se aglutinen tanto extranjeros en situación irregular cuanto potenciales solicitantes de asilo (Vidal 2010; Pérez 2011; Solanes 2015). La consideración, a priori, de todos ellos como pertenecientes a la primera categoría dificulta la mera presentación de la solicitud de asilo. La ausencia de un procedimiento de identificación de perfiles de personas que puedan requerir una determinada protección es una carencia acuciante. No puede negarse que identificar a los refugiados que van en los flujos mixtos irregulares puede ser extremadamente

complejo, en especial cuando los mismos individuos no tienen un único motivo para su movilidad. Existen, en todo caso, supuestos claros en los que la huida es consecuencia directa de una guerra y, por lo tanto, la posibilidad de vuelta al país de origen no es factible³.

Los programas canadienses que permiten acceder al estatuto de refugiado cuentan con una larga y asentada trayectoria marcada por la posibilidad de solicitar asilo estando en Canadá y por una política de reasentamiento que ha sabido combinar, como se indicará más adelante, la financiación pública y privada para permitir sostener en el tiempo significativas cuotas. Para ello, se ha distinguido en la identificación entre tres categorías para el reasentamiento: los refugiados según la Convención de Ginebra que se encuentran fuera de su país de origen, las personas que se encuentran fuera de su país de nacionalidad y/o de residencia, que no serían refugiados según la Convención pero que se han visto afectados por graves conflictos o son víctimas de violaciones masivas de los derechos humanos, y las personas que viven en determinados países que se encuentran en situación asimilable a la de un refugiado como consecuencia de una guerra civil o un conflicto armado y donde no se respetan los derechos humanos fundamentales (García Mahamut 2010: 62).

Sin duda uno de los aspectos fundamentales dentro las políticas de asilo es el relativo a la identificación de los potenciales solicitantes, tanto en el caso canadiense como debería serlo en el europeo, para protegerles contra la devolución y ofrecerles soluciones duraderas. Con la finalidad de ayudar a los gobiernos y a otras partes interesadas a incorporar las consideraciones de protección de los refugiados en las políticas migratorias, ACNUR comenzó a desarrollar el denominado plan de los 10 Puntos. Dicho plan consta de diez puntos de acción en los que se propone herramientas prácticas, sensibles a la protección y las estrategias que se podría adoptar como parte de respuestas coherentes y eficaces para los movimientos mixtos⁴.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos en el ámbito internacional, en los últimos años ha persistido la confusión y la consideración prioritaria de que los flujos mixtos están integrados mayoritariamente

³ Basta consultar las estadísticas que proporciona ACNUR para ver la diversidad de Estados de los que proceden los refugiados,

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Estadisticas/2015/Tendencias_de_asilo_2015, acceso 8 de septiembre de 2016.

⁴ ACNUR, *La protección de los refugiados y la migración mixta: el Plan de los 10 puntos en acción*. Las referencias a España pueden encontrarse en las pp. 41, 67, 101, 144, 169 y 298, 2011, (en línea). http://www.acnur.es/PDF/7526_20120511131557.pdf, acceso 8 de septiembre de 2016.

por inmigrantes irregulares. Esta relación casi automática ha tenido importantes consecuencias, por una parte, en colectivos especialmente vulnerables, y por otra en la extensión de previsiones propias de una política de inmigración en cuanto control de fronteras al asilo⁵.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, existen colectivos que requieren una especial mención por su dificultad para acceder al estatuto de refugiado como consecuencia de su consideración como inmigrantes: las víctimas de trata de seres humanos, los menores no acompañados y los polizones. Desde distintos organismos se ha prestado una atención constante a la necesidad de identificar los potenciales solicitantes de asilo y de víctima de trata, realizando recomendaciones para revisar los criterios de actuación⁶. ACNUR señala la conexión que puede darse entre asilo y trata, y la posibilidad de concebir este como una forma de protección si bien hay obstáculos difíciles de salvar unidos especialmente a las cuestiones probatorias propias del procedimiento de asilo (Christensen, 2011).

La ausencia de una correcta identificación es asimismo preocupante en el caso de los menores. ACNUR recuerda algunos aspectos básicos en el caso de menores potenciales solicitantes de asilo, entre ellos es de vital importancia detectar de inmediato la presencia de posibles menores no acompañados (MENA) entre los extranjeros que llegan al país, poniendo sus casos en conocimiento de las autoridades

⁵ El Parlamento europeo en su sesión plenaria de 25 de octubre de 2016 aprobó, entre otras Resoluciones, la relativa a los «Derechos humanos y migración en terceros países» en la que se insiste en del principio general de que los derechos humanos «son inherentes a todos los seres humanos, sin distinciones», mientras paradójicamente en las conclusiones del Consejo Europeo de 21 y 21 de octubre de 2016 las cuestiones de seguridad y control siguen siendo las fundamentales (en línea)

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0404+0+DOC+PDF+V0//ES>

<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/10/21-european-council-conclusions/>, acceso ambas 27 de octubre de 2016.

⁶ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, en párrafo 4, 2006, (en línea).

<http://www.unhcr.org/refworld/type,THEMGUIDE,,,47dfaf0,0.html> , acceso 8 de septiembre de 2016, y ACNUR, *Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas*, 2010 (en línea). http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf, acceso 8 de septiembre de 2016.

competentes en protección de menores, o enfatizar que las pruebas de determinación de la edad que generalmente se vienen realizando a los menores no acompañados no son precisas⁷. La situación de los MENA potenciales solicitantes de asilo es dramática y extrema, como han denunciado diversas organizaciones ante la pasividad de las autoridades⁸.

En cuanto a los polizones, ha existido una gran opacidad acerca del número de solicitudes de asilo presentadas por personas que llegaban a las costas de la Unión Europea. Con la crisis es aún más difícil cuantificarlos, seguramente es uno de los casos en los que de forma más flagrante se les considera inmigrantes económicos.

En segundo lugar, como se ha apuntaba, se produce una extensión, al ámbito del asilo, de medidas propias de una política de inmigración en cuanto control de fronteras. La ausencia de distinción hace que prácticas tan controvertidas como las devoluciones en caliente acaben afectando también a quienes podrían ser demandantes de asilo si hubieran tenido la oportunidad de solicitarlo. Esta práctica, legalizada con la L. O. 4/2015, es solo uno de los ejemplos a los que sistemáticamente tienen que enfrentarse los potenciales demandantes de asilo que no pueden presentar sus solicitudes (Martínez y Sánchez 2015) La política agresiva en la frontera, que se repite en contextos que van más allá de Europa, tiene múltiples efectos colaterales. Así, por ejemplo, provoca la proliferación de un sistema profesional de contrabando, una mayor corrupción y más muertes en la zona fronteriza (Guo 2015)⁹.

Además, los instrumentos a nivel europeo pensados para articular la política de inmigración son los mismos que contemplan las medidas necesarias en el ámbito del asilo. En ese sentido, la emergencia en el Mediterráneo desde el año 2015 como consecuencia de la no-política común de asilo y el recurso a la denominada Agenda Europea de Migración, así como el seguimiento del estado de ejecución de las

⁷ ACNUR, *Los menores no acompañados y la protección del asilo*, 2012, (en línea).

<http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/>, acceso 9 de septiembre de 2106.

⁸ EUROSTAT, *Casi 90 000 menores no acompañados se han computado entre los solicitantes de asilo registrados en la UE en 2015, 2016* (en línea).

<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7244677/3-02052016-AP-EN.pdf>, acceso 9 de septiembre de 2016.

⁹ EUROPOL-INTERPOL, *Migrant smuggling networks*, 2016, (en línea).

<http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Trafficking-in-human-beings/People-smuggling>, acceso 9 de septiembre de 2016.

acciones prioritarias de la misma¹⁰, los sucesivos Consejos Europeos, y la estrategia de crecimiento Europa 2020, aúnan dentro de lo que se considera un planteamiento global para mejorar la gestión de la migración en todos sus aspectos, propuestas tan dispares como garantizar la solidez de las fronteras (política de inmigración) y la reubicación (política de asilo) en un mismo contexto que se centra en la situación de emergencia y no ahonda en lo que ha hecho que el SECA sea un sistema poco eficaz.

3. El sistema Dublín

El SECA fue ideado para desarrollar una política en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Dicha política debía ajustarse a la mencionada Convención de Ginebra de 1951 y a su Protocolo de 31 de enero de 1967. Estos continúan siendo los dos textos de referencia en el ámbito internacional, a pesar de que se critique el hecho de que muchas situaciones actuales de persecución no pueden incluirse directamente entre las causas que en ellos se contempla (Meyer 2008), por eso en algunos sistemas regionales se han adoptado instrumentos jurídicos que han ampliado la definición de refugiado de la Convención de Ginebra (Fiddian-Gasmiyeh *et al.* 2014). A partir de las mencionadas disposiciones internacionales se ha desarrollado un entramado normativo, con sucesivas modificaciones, pensado para la progresiva puesta en marcha en diferentes fases del SECA (Solanes 2014). Sin embargo, este sistema surgió desde la base de la progresiva colaboración, cooperación y armonización de las legislaciones nacionales, que no se han aplicado con las dosis de solidaridad que se les exigía a los Estados.

¹⁰ Vid. COM (2016) 700 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración*, de 18 de octubre de 2016, (en línea). http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5b5656e2-9517-11e6-8e27-01aa75ed71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF, acceso 22 de octubre de 2016.

3.1. *Protección de fronteras exteriores y asilo*

Desde septiembre de 2015, ocho Estados del espacio Schengen han restaurado los controles en sus fronteras interiores ante lo que consideraban una amenaza grave para su seguridad interna y el orden público provocada por los movimientos de personas inmigrantes irregulares. Entre ellos Bélgica, Dinamarca, Alemania, Hungría, Austria, Eslovenia, Suecia y Noruega. Las decisiones unilaterales notificadas por los Estados miembros hacen referencia a la afluencia masiva de personas indocumentadas o mal documentadas, incluso menores, que no fueron registradas en el momento de su primera entrada en la Unión Europea, así como al hecho de que estos movimientos masivos llevan al límite las capacidades de acogida de las respectivas autoridades nacionales y suponen una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior. Aunque posteriormente se han suprimido los controles en las fronteras interiores de Eslovenia, Hungría y Malta, el resto de países los han prorrogado en varias ocasiones, atendiendo a lo establecido en el Código de fronteras de Schengen¹¹. Desde la aprobación de dicho Código, se han ido modulando las condiciones que permiten invocar el restablecimiento de las fronteras comunes, puesto que, en el fondo dicha alternativa siempre había estado presente en la configuración del espacio común. La posibilidad de restablecer las fronteras interiores constituye una medida excepcional de carácter temporal que exceptúa el normal funcionamiento del sistema y, como tal, no es deseable, además afecta de forma especialmente significativa a la solidaridad que lleva implícita el SECA.

Tanto la Comisión como el Consejo Europeo insisten, con todas las críticas que se le pueda hacer al espacio Schengen, en que no es posible prescindir del mismo si se quiere apostar por una verdadera

¹¹ Vid. el resumen de las notificaciones relativas al restablecimiento de los controles en las fronteras interiores como consecuencia de la crisis migratoria, de septiembre de 2015 a febrero de 2016 (Anexo I) y el apoyo adicional a Grecia que deberán prestar la Comisión y las Agencias de la UE, Anexo I y II de la COM (2016), 120 final (en línea).

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6798-2016-ADD-1/es/pdf>, acceso 11 de septiembre de 2016. Vid. Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016), publicado en el DOUE el 16 de dicho mes, y que procede a modificar el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (en línea).

<https://www.boe.es/boe.es/doi/2016/251/L00001-00076.pdf>, acceso 17 de octubre de 2016.

política común de inmigración y asilo. Por eso, es necesario restablecer su normal funcionamiento, procediendo para ello de forma concertada y apoyando especialmente a los Estados miembros que deben hacer frente a circunstancias difíciles. En esta línea se presenta la hoja de ruta pensada para restablecer dicho espacio¹².

Es reseñable que en la hoja de ruta se señale que la crisis actual ha puesto de relieve la estrecha relación estructural entre la gestión de fronteras y otros ámbitos conexos, entre ellos claramente, la política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que debe estar basada en la solidaridad entre Estados miembros y se ha de articular de forma equitativa respecto de los nacionales de terceros países. La Unión no puede permitir que desaparezca el espacio Schengen por los importantes costes, que la Comisión cuantifica básicamente en términos económicos, que ello supondría. Los puntos de actuación imprescindibles pasan por reforzar las fronteras exteriores (con una alusión directa a la necesaria ayuda a Grecia), aplicar las normas y acabar con la denominada «política de paso». Esta última llamada de atención alude al hecho de que se considera inaceptable política y jurídicamente el facilitar la entrada de refugiados a través de determinadas decisiones unilaterales que algunos Estados adopten, puesto que, en el marco común es imprescindible llevar a la práctica la política basada en una mejor cooperación y coordinación entre los países situados a lo largo de la ruta de los Balcanes Occidentales¹³. Ello supone reivindicar una vuelta al sistema Dublín, a su plena aplicación e ir más allá, puesto que en cumplimiento de la legalidad vigente los Estados miembros tienen que denegar la entrada a los nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones para la misma, según el artículo 5 del Código de fronteras de Schengen.

Sin embargo, puesto que el SECA no ha llegado a implementarse plenamente y las cuotas de reubicación y reasentamiento que se han pactado para la situación de emergencia además de manifiestamente

¹² COM (2016) 120 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Restablecer Schengen-Hoja de Ruta*, 4 de marzo de 2016 (en línea).

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/docs/communication-back-to-schengen-roadmap_es.pdf, acceso 12 de septiembre de 2016.

¹³ Especialmente se llama al cumplimiento de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013, p. 249), pero también al respecto generalizado del complejo entramado normativo del SECA.

insuficientes (con una cantidad total de 22.504 personas) han sido sistemáticamente incumplidas por los Estados¹⁴, es necesario analizar sus deficiencias.

Uno de los principales objetivos del sistema Dublín es evitar que una persona solicite asilo en el Estado que elija o que se encuentre en Europa sin que ningún país tome la responsabilidad de examinar su solicitud. Para ello se establecen tres principios básicos: 1) los solicitantes de asilo tienen solo una oportunidad en la Unión Europea debiendo realizar su demanda en el primer Estado al que lleguen; 2) son los criterios de distribución establecidos por Dublín, que hacen caso omiso de las preferencias de los solicitantes, los que concretan qué Estado miembro se hará responsable de examinar cada solicitud; y 3) los solicitantes de asilo pueden ser «transferidos» al Estado miembro que les haya sido asignado (Morgades 2012; Garcés 2015)¹⁵.

Estas medidas han evidenciado diversas debilidades y problemas en su aplicación práctica, que la propia Comisión Europea ha catalogado como «flaquezas inherentes al sistema» que deben identificarse y afrontarse para intentar, de nuevo, pero con otra perspectiva, reforzar el SECA¹⁶. La concepción inicial del sistema Dublín coloca a los Estados fronterizos como Grecia, Italia y España en un situación de responsabilidad desproporcionada frente a sus socios europeos, puesto que les lleva a ser, en principio, los iniciales receptores de demandas de asilo (que no pueden presentarse en embajadas ni consulados) en cuanto países fronterizos¹⁷. La situación actual solo ha puesto de manifiesto una deficiencia que ya estaba en el origen.

¹⁴ COM (2016) 636 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Sexto informe sobre reubicación y reasentamiento*, 28 de septiembre de 2016 (en línea):

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160928/sixth_report_on_relocation_and_resettlement_annex_3_en.pdf, acceso 3 de octubre de 2016.

¹⁵ Dentro de Dublín, en 2003 se articuló el Sistema de Información EURODAC (European Dactyloscopy, Dactiloscopia Europea), que ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor.

¹⁶ COM (2016) 197 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, 6 de abril de 2016 (en línea).

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-197-ES-F1-1.PDF>, acceso 13 de septiembre de 2016.

¹⁷ Vid. Evaluación externa de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 604/2013 (Reglamento Dublín III) y un informe de evaluación, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/index_en.htm, acceso 13 de septiembre de 2016.

La ausencia de equidad se une a la falta de eficiencia, puesto que el tercer principio en el que se asienta el SECA ha resultado ser un escollo difícil de salvar en la práctica. En efecto, si para intentar paliar mínimamente la carga asumida por los Estados fronterizos se establecía la posibilidad de traslado entre diferentes países, lo cierto es las deficiencias sistemáticas en aspectos esenciales de los procedimientos de asilo o sus condiciones de acogida hizo que el sistema primero se resistiera y, luego, se concluyera con la suspensión de los traslados del sistema Dublín a Grecia¹⁸. Si Dublín no es eficiente en evitar las peticiones de asilo en un país distinto al asignado, ni en cumplir las peticiones de transferencia entre Estados miembros, las razones, además de las apuntadas, son múltiples. La decisión es recurrida por los solicitantes, estos no cooperan en su devolución a otros países europeos, los Estados receptores no aceptan la petición por falta de evidencias o, en la práctica, no responden (Fraztke 2015). Además, en el sistema de transferencias como en la presentación de la solicitud, no se toma en consideración en ningún momento las preferencias personales de los demandantes, por ejemplo, en relación al hecho de que determinados miembros de su familia ya se encuentren en algún Estado de la Unión Europea.

Con todo, una de las principales deficiencias del SECA, en mi opinión esencial en el fortalecimiento del mismo, es el diferente trato respecto de los solicitantes de asilo, que obviamente es determinante¹⁹. No es casual que exista una marcada preferencia por solicitar asilo en Estados como Alemania, si se parte del hecho de que tiene un procedimiento más garantista que el de alguno de sus socios, aunque

¹⁸ Vid. COM (2016) 871 final, *Recomendación de la Comisión de 10.2.2016 dirigida a la República Helénica sobre las medidas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento (UE) n.º 604/2013* (en línea).

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/commission_recommendation_addressed_to_the_hellenic_republic_20160210_es.pdf, acceso 15 de septiembre de 2016.

¹⁹ No puede olvidarse que ello se debe, en buena medida, al carácter discrecional de las disposiciones aplicables en este caso, vid. la ya mencionada Directiva 2013/32/UE; la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO L 180 de 29.6.2013, p. 96); y la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337 de 20.12.2011, p. 9).

en la teoría del sistema Dublín no debería ser así. Como se ha venido denunciando desde diferentes ámbitos, el examen justo y eficiente de las solicitudes de asilo no está garantizado en todos los Estados miembros. Además, los criterios de asignación de responsabilidad se aplican de forma muy dispar. Por otra parte, se ha constatado que cuando se cumplen todos los plazos, los solicitantes de asilo que son devueltos a otro país deben esperar un año o más antes de que su caso sea examinado. En muchos supuestos, se produce la detención de los demandantes antes de ser transferidos, como una práctica habitual dentro de un sistema de transferencias que se hacen en contra de la voluntad de los implicados (Guild *et al.* 2015)²⁰.

La propia Comisión ha reconocido que esta diferencia de trato constituye «un incentivo de los movimientos secundarios». Además, existe una disparidad entre Estados en la concesión del estatuto de refugiado y el de protección subsidiaria a los solicitantes que proceden de un determinado país. Junto a ello, las diferencias en la duración de las autorizaciones de residencia, en el acceso a la asistencia social y a la reagrupación familiar, alientan dichos movimientos. La alternativa que, en principio, propone la Comisión, para evitar dicha situación es, desde mi punto de vista, preocupante en la medida que plantea reforzar el mencionado sistema Eurodac, entendida no solo como la base de datos centralizada para el tratamiento y almacenamiento de huellas dactilares para supervisar los movimientos de los solicitantes de asilo (como había ocurrido hasta ahora), sino también como un mecanismo para «seguir la pista de los migrantes irregulares en la UE, conservando datos relativos a las impresiones dactilares de todas las categorías y permitiendo efectuar comparaciones con todos los datos almacenados». Se completa así la perversa confusión entre la inmigración y el asilo a la que nos venimos refiriendo, en detrimento del segundo. Las medidas que se propone para evitar los denominados movimientos secundarios irregulares tienen un carácter sancionador que toma en consideración el movimiento irregular como criterio a la hora de valorar la solicitud, el examen acelerado de la misma, la detención de quienes se hayan fugado o puedan hacerlo, o la reconsideración del estatuto de protección para aquellos que abandonen el Estado sin autorización²¹.

²⁰ ECRE (European Council on Refugees and Exiles), *Dublin II Regulation: Lives on Hold*, 2013, (en línea).

<http://www.ecre.org/component/content/article/56-ecreactions/317-dublin-ii-regulation-lives-on-hold.html>, acceso 17 de septiembre de 2016.

²¹ COM (2016) 197 final, *op. cit.*, pp. 5 y 10.

Se trata de una propuesta cuya eficiencia es, al menos, dudosa en la medida en que establece un sistema de control, dentro del ya casi indubitado modelo policial asociado a la inmigración y el asilo, mucho más riguroso que el existente, sin afrontar algunos de los desafíos que más han debilitado al SECA en su aplicación hasta el momento. Asimismo se obvia otro de los aspectos básicos que ha supuesto un verdadero problema en la implementación del sistema Dublín: su coste económico. Este incluye, entre otros, el mantenimiento de Eurodac, los procedimientos relacionados con las peticiones de transferencia y los gastos asociados con la detención y retorno de aquellos que son reconocidos como refugiados, que deben asumirse solidariamente por el conjunto de Estados.

3.2. *La imprescindible función garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Los múltiples problemas en la gestión de las solicitudes de asilo, con una marcada ausencia de solidaridad, han hecho que el SECA no haya conseguido implementarse plenamente y ha obligado a la intervención de los tribunales en especial, aunque no solo²², del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) (Morte Gómez 2005; Ippolito e Iglesias 2015). Aunque dicho convenio no garantiza propiamente el derecho de asilo, ni impide la posibilidad de expulsión de acuerdo con el derecho vigente, sí asegura los derechos y libertades de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluyendo por tanto a los extranjeros y los solicitantes de asilo²³.

Atendiendo al artículo 3 CEDH, que establece la prohibición de la tortura, toda expulsión que lleven a acabo los Estados parte debe garantizar que no existe un riesgo real de ser sometido a tortura o tratos inhumanos y degradantes. A ello hay que añadir la garantía

²² La ausencia de dicha solidaridad ha suscitado diferentes tipos de problemas que se han reflejado también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE). Resultan interesantes resoluciones como TJUE, de 21 de noviembre de 2011, *N.S y M.E y otros*, C-411/10 y C-493/10; TJUE, de 6 de noviembre de 2012, *K y Bundesasylamt*, C-245/11; TJUE de 6 de junio de 2013, *MA, BT, DA y Secretary of State Home Department*, C-648/11; TJUE, de 10 de diciembre de 2013, *Shamso Abdullahi*, C-394/12.

²³ TEDH, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, n.º 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, de 30 de octubre de 1991; y *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81, de 28 de mayo de 1985.

que contempla el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH en virtud del cual quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros. Ello supone la necesidad de un examen individualizado en el que debe incluirse, en su caso, los motivos por los que solicita asilo²⁴. Ese examen individualizado es precisamente el que permitirá distinguir entre una expulsión colectiva, no admisible, y una expulsión simultánea que será posible, puesto que, se mantiene el conjunto de las garantías previstas²⁵.

Uno de los precedentes más importantes para el respeto de los derechos de los solicitantes de asilo, antes, durante y después de su detención, fue el que estableció el caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*. En este asunto el TEDH entendió que Grecia había violado el artículo 3 CEDH por las condiciones degradantes de la detención del solicitante y la liberación para que viviera en condiciones de extrema pobreza mientras esperaba que se resolviese su solicitud sin perspectiva de que mejorase su situación. Asimismo concluyó que Grecia había violado el artículo 13, relacionado con el artículo 3, por las deficiencias que presentó la evaluación de las autoridades griegas de la solicitud de asilo y el riesgo que enfrentaba el solicitante de ser devuelto a su país de origen sin que se evaluara su solicitud de asilo y sin tener acceso a un recurso efectivo.

En cuanto a Bélgica, el Tribunal mantuvo que había violado el artículo 3 CEDH al trasladar al solicitante a Grecia sin verificar previamente el cumplimiento por parte de éste Estado de sus procedimientos en materia de asilo y de los estándares establecidos por la UE, exponiéndolo a condiciones de detención y de vida contrarias al artículo 3. Consideró también la violación del artículo 13 CEDH al impedir, en el procedimiento existente, que se estableciera el potencial riesgo de violación del artículo 3 CEDH, puesto que el cumplimiento del artículo 13 CEDH requiere que un órgano competente pueda examinar la reclamación y otorgar una reparación adecuada (Morgades 2012)²⁶.

Junto con otros asuntos posteriores, como *Tarakhel c. Suiza y A.M.E. c. Países Bajos*, en los que igualmente se analiza la responsabilidad estatal en la gestión de las solicitudes de asilo colectiva, estos supuestos reflejan las deficiencias estructurales de los procedimientos de asilo y las circunstancias bajo las que un solicitante, de manera personal, se enfrenta al riesgo concreto de recibir un trato inadecuado contrario

²⁴ TEDH, *Soering c. Reino Unido*, n.º 14028/88, de 7 de julio de 1989.

²⁵ TEDEH, *Conka c. Bélgica*, n.º 51564/99, de 5 de febrero de 2002.

²⁶ TEDH, *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, n.º 30696/09, de 21 de enero de 2011.

al artículo 3, también en lo relativo a las condiciones en que se realiza la detención y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el solicitante²⁷.

En el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*²⁸, el Tribunal reconoció que los Estados que forman la frontera exterior de la Unión Europea se enfrentan a dificultades considerables a la hora de hacer frente a la creciente llegada de inmigrantes y solicitantes de asilo y tomó en cuenta la carga y la presión que esta situación supone para los Estados, agravadas por un contexto marcado por la crisis. Sin embargo, como mantiene el Tribunal, tomando en consideración el carácter absoluto de los derechos protegidos por el artículo 3, no es posible eximir a un Estado de sus obligaciones derivadas de esta disposición. En este caso cuando los demandantes fueron trasladados a Libia, las autoridades italianas deberían de haber sabido que eran insuficientes las garantías que debían proteger a los demandantes del riesgo de ser devueltos arbitrariamente a sus países de origen. El TEDH insiste en que el CEDH se aplica a toda persona que dependa de la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, ello supone que las personas pueden depender de la jurisdicción de un Estado si este ejerce su control sobre ellas incluso fuera del territorio nacional, en este caso en alta mar. Además, en este asunto el Tribunal enunció los derechos de los inmigrantes que intentan acceder al territorio europeo y las obligaciones de los Estados en tales circunstancias, en la línea que han seguido después casos como, por ejemplo, *Georgia c. Rusia y Sharifi y otros c. Italia y Grecia*²⁹.

Por otra parte, la exigencia de un recurso de carácter suspensivo es una cuestión reincidente en la jurisprudencia del TEDH para asegurar los derechos de los potenciales solicitantes de asilo. Así en el caso *Khlaifia y otros c. Italia*³⁰, el Tribunal confirma la jurisprudencia del asunto *De Souza Ribeiro c. Francia*³¹ en el que ya había señalado que el recurso al que alude el artículo 13 CEDH debe estar disponible en la legislación y en la práctica. El Convenio exige que el Estado proporcione al afectado una oportunidad efectiva de impugnar la expulsión o la denegación de una autorización de residencia, obtener

²⁷ TEDH, *Tarakhel c. Suiza*, n.º 29217/12, de 4 de noviembre de 2014 y *A.M.E. c. Países Bajos*, n.º 51428/10, decisión de inadmisibilidad, de 13 de enero de 2015.

²⁸ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, n.º 27765/09, de 23 de febrero de 2012.

²⁹ TEDH, *Georgia c. Rusia*, n.º 13.255/07, de 3 de Julio de 2014 y TEDH, *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*, n.º 16643/09, de 21 de octubre de 2014

³⁰ TEDH, *Khlaifia y otros contra Italia*, n.º 16483/12, de 1 de octubre de 2015.

³¹ TEDH, *De Souza Ribeiro c. Francia*, n.º 22689/07, de 13 de diciembre 2012.

un examen suficientemente exhaustivo y proporcionar las garantías procesales adecuadas por un órgano interno competente que garantice la independencia e imparcialidad. En ambos casos de 2015 y 2012, respectivamente, el TEDH entiende que la exigencia de un recurso de carácter suspensivo se aplica no solo a las expulsiones que planteen quejas defendibles relativas a los artículos 2 y 3 del Convenio, sino también a aquellas relativas al artículo 4 del Protocolo n.º 4, sin que las personas afectadas tengan que probar que su devolución forzosa a un tercer Estado les expondría a un riesgo real de sufrir tratos contrarios a los mencionados preceptos del Convenio. En el caso *Khlaifia y otros c. Italia*, el TEDH concluye que el mero hecho de que el recurso interno carezca de efecto suspensivo es suficiente para constituir una vulneración del artículo 13 del Convenio combinado con el artículo 4 del Protocolo n.º 4.

En este sentido fue condenada *España en el caso A.C. y otros c. España*³², por vulneración del artículo 13 CEDH al no respetar el derecho a un recurso efectivo combinado con los artículos 2 y 3 CEDH. Las demandas ante el Tribunal fueron presentadas por treinta personas de origen saharauí que llegaron a Canarias en patera entre enero de 2011 y agosto de 2012, huyendo del campamento de Gdeim Izik en el Sáhara Occidental, tras la intervención de la policía marroquí y el desmantelamiento del mismo. Las personas saharauis alegaban un temor de persecución por parte de las autoridades marroquíes. España debía garantizar la permanencia de los solicitantes de protección internacional en territorio español durante la tramitación del recurso. El Tribunal reconoce un margen de apreciación a los Estados contratantes, puesto que el artículo 13 obviamente no puede suponer un resultado favorable para el solicitante, del mismo modo, la «autoridad» a que se refiere dicha disposición no tiene porqué ser una autoridad judicial. Ahora bien, las exigencias de accesibilidad y de realidad hacen que para que el recurso que exige el artículo 13 esté disponible, tanto en la legislación como en la práctica, sea imprescindible que su ejercicio no se obstaculice injustificadamente por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado³³.

Asimismo el TEDH recuerda que no puede convertirse en un tribunal supranacional de asilo, de tal forma que para que el sistema del CEDH funcione correctamente, es imprescindible que los Estados miembros

³² TEDH, *A. C. y otros c. España*, nº 6528/11, de 22 de abril de 2014.

³³ En la misma línea señalada por el TEDH en el caso *Cakici c. Turquía*, n.º 23657/94, de 8 de julio de 1999, y en el mencionado caso *MSS c. Bélgica y Grecia*.

acaten el principio de subsidiariedad y las obligaciones que impone el artículo 13 CEDH en esta materia. Cuando los procedimientos internos no se adecúen plenamente a los estándares del artículo 13 CEDH en materia de expulsiones (en concreto, en este caso en lo que se refiere al carácter suspensivo de los recursos), el TEDH puede intervenir paralizando cautelarmente la expulsión y supliendo así de forma puntual los defectos de los sistemas internos.

El hecho de que el SECA no haya podido consolidarse hasta el momento, por los inconvenientes señalados, ha potenciado la necesidad de actuación del TEDH. Ahora además, la mal denominada «crisis de los refugiados» ha supuesto la articulación en la práctica de mecanismos difícilmente compatibles con las garantías que le son exigibles al sistema común de asilo. Así ha ocurrido con el acuerdo UE-Turquía en el que serían discutibles asuntos de gran calado, que superan las posibilidades de este estudio, como el hecho de que Turquía pueda ser considerado un tercer país seguro y que su sistema de asilo sea comparable al de la Unión³⁴. Este acuerdo viola el derecho proclamado por la Declaración Universal a buscar asilo, la prohibición de deportaciones masivas que recoge la Convención de Ginebra, los artículos 1 y 13 CEDH, los artículos 2 y 4 del Protocolo número 4, y los artículos 18 y 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Naïr 2016, 111-112). Es por tanto un ejemplo de «la banalización del derecho de asilo... con argumentos nada desdeñables, se puede considerar no solo una expulsión ilegal, sino una auténtica deportación» (De Lucas 1995, 25).

Por su parte, la declaración de Bratislava, de 16 de septiembre de 2016, en la misma línea que el acuerdo, insiste en plantear la movilidad, en su conjunto, como un problema de seguridad interior y exterior. Desde esa perspectiva, entre las medidas concretas que plantea se hace referencia al compromiso pleno de aplicar la declaración UE-Turquía y de seguir apoyando a los países de los Balcanes Occidentales; así como a la declaración conjunta con la OTAN. Queda patente, por tanto, que el eje de seguridad y defensa es el esencial en este contexto.

³⁴ Consejo Europeo, *Declaración UE-Turquía*, 18 de marzo de 2016 (en línea). <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>, acceso 18 de septiembre de 2016. Un buena crítica al acuerdo puede encontrarse en UNHCR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept*, 23 de marzo de 2016 (en línea) <http://www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf>, acceso 20 de septiembre de 2016.

4. La política de asilo canadiense

La Carta canadiense de Derechos y Libertades (incorporada a la Constitución en 1982), constituye un referente de gran relevancia en la protección de los refugiados, ya que, incorpora alusiones a éstos en diferentes secciones al regular el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal y a no ser privado de ella excepto de conformidad con los principios de justicia, el de las personas detenidas o en prisión, el derecho a no ser sometido a tratos crueles o castigo y a la igualdad. En las últimas décadas un punto de inflexión en la regulación del asilo en Canadá ha sido el marco normativo establecido por la *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) 2002 y por la *Immigration and Refugee Protection Regulations*, S.O.R./2002-227, (IRPA Regulations) que han afectado especialmente al sistema de determinación de la condición de refugiado y a los diferentes actores que intervienen en la misma. Con anterioridad a la entrada en vigor de la IRPA a la condición de refugiado se accedía atendiendo a lo establecido en la Convención de Ginebra de 1951 y dentro de las disposiciones del derecho internacional (Crépeau 1995). Tras la IRPA (2002) dicha protección se incluye literalmente en su sección 96, y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la sección 97 IRPA. Esta legislación detalla el procedimiento a seguir por los solicitantes de refugio y también la posibilidad de revocar dicha condición (García Mahamut 2010: 54-61).

Se intentaba con estas modificaciones hacer frente, aunque no se haya conseguido superar, al problema de la determinación de los refugiados que es, como se señalaba anteriormente, una de las cuestiones más complejas en torno al asilo. En Canadá, a pesar de una tasa de reconocimiento relativamente amplia y una interpretación teleológica de la definición internacional de la noción de refugiado, desde distintas perspectivas en los años 90 se expresó la insatisfacción con el proceso de toma de decisiones por parte del *Immigration and Refugee Board* (IRB). Ciertamente, en la determinación de la condición de refugiado influyen factores de diferente índole desde los legales hasta los psicológicos y culturales. Algunos estudios de casos realizados en el ámbito canadiense han evidenciado que los problemas que pueden darse afectan a la función y el comportamiento de todos los actores, siendo muy variados. Así, puede destacarse las dificultades en la evaluación de las pruebas, la de la credibilidad, y la realización de las audiencias; los problemas para hacer frente a la traumatización y reacciones emocionales incontrolados; el escaso conocimiento del contexto político, las falsas representaciones de la guerra, y los

malentendidos culturales o la falta de sensibilidad. En la mayoría de los supuestos, dichas dimensiones legales, psicológicas y culturales interactúan conjuntamente teniendo, a menudo, un impacto negativo sobre la capacidad de los miembros del IRB para evaluar la credibilidad de la solicitud. Todo ello, sugiere la necesidad de revisar los criterios de selección de quienes integran dicho organismo y, al mismo tiempo, la formación y el apoyo de todos los actores (Rousseau *et al.* 2002).

4.1. *Vías de acceso al asilo en Canadá*

En el sistema canadiense de concesión de asilo, como se indicaba anteriormente hay dos posibilidades: el programa de reasentamiento de refugiados y de personas protegidas a título humanitario, destinado a las personas que se encuentran en el extranjero y que necesitan protección; y el programa de concesión de asilo en Canadá, para las personas que presentan su demanda de asilo una vez que se encuentran en territorio canadiense. En este segundo caso, se reciben solicitudes de diferentes nacionalidades, variando cada año el número de refugiados que llegan al país. Por ejemplo, según los datos oficiales, en 2014, más de 13.500 personas llegaron a Canadá para presentar su solicitud de asilo. En este programa, tampoco se permite presentar la solicitud a los que ya lo hicieron y fue denegada, o a quienes hayan sido condenados por un delito grave, con las salvedades establecidas³⁵.

Además, en el marco de la IRPA, se han desarrollado los denominados programas de reasentamiento en Canadá que han permitido mantener unas cuotas bastante más elevadas que las establecidas, y al mismo tiempo incumplidas, por parte de los Estados de la Unión Europea, para quienes solicitan protección desde el exterior.

La posibilidad de financiación pública, privada o conjunta es la característica fundamental del programa que permite acceder a la condición de refugiado. La posibilidad de reasentamiento en el caso canadiense puede sintetizarse en dos procesos temporales: un proceso inicial que se desarrolla en Canadá, en el que una solicitud de refugio se hace a través de un posible patrocinador privado, siendo revisada y, en su caso aprobada, por la oficina local del *Citizenship and Immigration Canada* (CIC); y un proceso de monitorización y selección de refugiados

³⁵ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/canada.asp>, acceso 22 de septiembre de 2016

patrocinados en el extranjero, que determinará el cumplimiento de los requisitos del individuo o de su familia para su reasentamiento en Canadá. Cuando ambos pasos se completen, encajando el refugiado y la entidad patrocinadora, el refugiado puede reasentarse en Canadá (Jones y Baglay 2007: 185-186).

En esta línea, Canadá ha puesto en marcha uno de los programas más conocidos en los últimos años denominado #WelcomeRefugees #Bienvenueauxréfugiés, destinado eminentemente a los solicitantes sirios. En la presentación del mismo se señala, atendiendo a la solidaridad internacional, que ante la acogida de los refugiados «hay muchas razones para estar orgullosos. Refleja nuestro compromiso y demuestra al mundo que compartimos la responsabilidad de ayudar a los desplazados y los perseguidos»³⁶. Esta opción, sin embargo, no ha sido unánimemente aceptada, y en la línea de la politización a la que se someten también en la Unión Europea las diferentes medidas que se arbitran en el ámbito de la inmigración y el asilo, la propuesta de este programa fue atacada durante la campaña electoral de finales de 2015.

Este programa se articula, en síntesis, en cinco fases que encajan en los dos procesos mencionados. La primera consiste en identificar a los solicitantes sirios que pueden llegar a Canadá. Para ello el Estado canadiense colabora con ACNUR en la identificación de personas en Jordania, el Líbano y Turquía. Para el estudio de las diferentes demandas, los refugiados interesados obtienen una cita en una de las dos oficinas establecidas al efecto, por ejemplo, en Amman y Beirut. Comienza así una segunda fase que comprende una entrevista individual, un examen médico completo y la comprobación de determinados datos biográficos y biométricos que son verificados en las bases de datos de inmigración para la protección de la seguridad, que como en el caso europeo está presente en todo el procedimiento. Aquellos que superan estas dos primeras fases son trasladados en aviones privados con la posibilidad de acudir al apoyo de aviones militares si es necesario, a Montreal y Toronto. Antes de la partida, la *Canada Border Services Agency* (CBSA) verifica los datos de cada refugiado. Esta misma Agencia, en la cuarta fase, es la encargada de acogerlos a su llegada a Canadá para tramitar la entrada. Tras este último control en el que de nuevo se verifica la identidad y el estado de salud, comienza la quinta y última fase de instalación e integración

³⁶ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/welcome/index.asp>, acceso 22 de septiembre de 2016

en la comunidad que permite que el refugiado tenga la residencia permanente³⁷.

La posibilidad de participación en el plan para la ciudadanía canadiense se concreta en el patrocinio privado o apadrinamiento de un refugiado, con una guía para hacerlo efectivo, de tal manera, tanto grupos de cinco o más personas cuanto organizaciones pueden implicarse en esta iniciativa como esponsor³⁸.

Con todo, este programa, tiene algunas matizaciones. Se trata de un plan cuyo objetivo principal, en este momento, es la población siria, y entre ésta hay determinados grupos que forman parte de las preferencias establecidas por el gobierno canadiense. En ese sentido, en la primera fase del programa literalmente se afirma «con el fin de minimizar los riesgos de seguridad y para proporcionar a los refugiados vulnerables un nuevo lugar para vivir, Canadá pidió a ACNUR establecer una lista de prioridades de los refugiados vulnerables que representen un bajo riesgo para la seguridad, incluyendo a las mujeres en situación de riesgo y a familias completas. Esta forma de proceder es conforme a la que ha seguido Canadá en el reasentamiento de los refugiados»³⁹. En su política, tradicionalmente colectivos como el LGBTI también han sido considerados como grupos vulnerables.

Aunque las cuotas de personas que han accedido al estatuto de refugiado son muy superiores a las de la Unión Europea, persiste un cierto rechazo común basado en el miedo al otro. Además Canadá no ha contado con el apoyo de Estados Unidos en la articulación de este plan. A las críticas de una parte de la ciudadanía que ponen en tela de juicio la integración de los refugiados, se suma la inquietud por la seguridad en la frontera⁴⁰.

Otro aspecto que se debe tomar consideración hace referencia a la idea de que el acceso al estatuto de refugiado en Canadá no es lineal, es decir, junto a quienes no forman parte de los grupos vulnerables de refugiados sirios, hay otros solicitantes cuyas demandas se demoran y/o se conceden en menor medida. Se trata de una opción que tiene que ver con la necesidad imperante de organizar la llegada, y de hacerlo atendiendo a un reparto numérico. Entre quienes se han sumado a

³⁷ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/welcome/overview.asp>, acceso 5 de octubre de 2016.

³⁸ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/sponsor/private-rstp.asp>, acceso 5 de octubre de 2016.

³⁹ <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/welcome/phase1.asp>, acceso 22 de octubre de 2016.

⁴⁰ https://dandurand.uqam.ca/wpcontent/uploads/sites/3/2016/04/2016_Boucher_refugies_syriens.pdf, acceso 22 de octubre de 2016.

las críticas al plan para la acogida de los refugiados sirios, también se ha puesto en evidencia el descenso de otros colectivos, como puede verse en la evolución desde 2005 atendiendo a los diferentes países de procedencia de los demandantes⁴¹.

A pesar de las críticas, no puede obviarse el esfuerzo canadiense frente a la insolidaridad europea que no ha cumplido ni siquiera con las cuotas pactadas inicialmente. En cambio Canadá, de las 25.000 personas de origen sirio que se comprometió a reubicar, entre el 4 de noviembre de 2015 y el 16 de octubre de 2016 han llegado a territorio canadiense 32.737 refugiados sirios⁴².

Con todo, siguen pendientes cuestiones de gran calado como el acabar o minimizar las detenciones de los solicitantes de asilo y refugiados dentro de la estrategia global articulada por ACNUR para el período 2014-2019⁴³.

Las más recientes modificaciones que se han realizado en el complejo entramado normativo aplicable al asilo en Canadá (Henry *et al.* 2015) inciden en cuestiones fundamentales como la posibilidad de dispensa ministerial o el fin del control de los solicitantes. Respecto a ambas cuestiones se han introducido modificaciones en el *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR)⁴⁴.

Respecto a la posibilidad de exención ministerial para quienes a priori sean considerados inadmisibles en virtud de la IRPA, por razones de seguridad, violaciones de los derechos humanos o crimen organizado⁴⁵, existe la posibilidad de obtener una declaración de exención ministerial por el ministro de Seguridad Pública y Protección en aplicación del apartado 42.1 (1) de la IRPA, siempre que se demuestre que dicha solicitud no es contraria al interés nacional. Ante los rechazos por cuestiones de inadmisibilidad, puesto que no existía una solicitud normalizada (de tal forma que un solicitante podía simplemente indicar

⁴¹ (http://open.canada.ca/data/en/dataset/052642bb-3fd9-4828-b608-c81dff7e539c?_ga=1.187902570.334770230.1461935241), acceso 7 de octubre de 2016.

⁴² <http://www.cic.gc.ca/francais/refugies/bienvenue/jalons.asp>, acceso 7 de octubre de 2016.

⁴³ <http://www.unhcr.org/53aa929f6.pdf>, acceso 7 de octubre de 2016.

⁴⁴ <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2015/2015-06-20/pdf/g1-14925.pdf>, acceso 23 de octubre de 2016.

⁴⁵ La IRPA hace referencia a distintos grupos no admisibles entre ellos: «security grounds, human or international rights violations, criminality, organized criminality, health grounds, financial reasons, misrepresentations, non-compliance with Canadian immigration laws, and inadmissible family members» para cada uno de ellos se establecen diferentes excepciones <http://www.americanlaw.com/cdninadmissible.html>, acceso 10 de octubre de 2013.

que deseaba obtener una exención ministerial proporcionando poca o ninguna explicación o documentación de apoyo) la modificación reglamentaria se centra, por ejemplo, en establecer en qué momento un extranjero puede presentar la solicitud. El reglamento propone que se presente cuándo se ha determinado la prohibición de entrada en el territorio por los motivos establecidos en la IRPA y los derechos de control judicial han terminado. Asimismo, se prevé el uso de un formulario de solicitud particular y se especifica la información que debe incluirse en la misma. Con ello, se pretende mejorar el tiempo de espera en las solicitudes de exención.

Otro aspecto de la reforma reglamentaria ha sido el relativo a la posibilidad de control sobre los solicitantes de asilo, puesto que, el reglamento permitía diferentes interpretaciones que generaban una cierta ambigüedad sobre el momento en el que el solicitante de asilo deja de estar bajo el control de los agentes de CIC y de la BCSA. En la modificación se concreta que dicho control cede cuando se toma una decisión definitiva sobre la solicitud de asilo; o si la decisión se toma bajo el apartado 44 (2) de la IRPA respecto a una determinada persona, y la solicitud de asilo se ha hecho en el punto de entrada, si esta lo abandona⁴⁶.

4.2. *La supervisión desde el ámbito internacional*

Como se señalaba, con anterioridad a la entrada en vigor de la IRPA la condición de refugiado en el ámbito canadiense se concedía de acuerdo con lo estrictamente dispuesto en la Convención de Ginebra. Esta se incorporó a la IRPA, junto a la definición de tortura que establece la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por ello, las personas que en caso de ser devueltas a su país de origen, se enfrenten a un peligro de sufrir tortura, peligro para su vida o a un riesgo de sufrir castigo o trato cruel o inusual, se consideran personas necesitadas de protección. Como tales pueden solicitar la residencia permanente y tienen derecho a que se les conceda los mismos beneficios que a aquellas personas que se consideran refugiadas según la Convención de Ginebra. García Mahamut, además, recuerda que en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo de Canadá ha definido las obligaciones del Estado en el

⁴⁶ <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2015/2015-06-20/html/reg1-eng.php>, acceso 22 de octubre de 2016.

cumplimiento de los compromisos derivados de la Convención contra la Tortura. Así, aunque reconoce que se puede expulsar incluso a los refugiados que representen un riesgo para la sociedad, y siempre a través de un procedimiento administrativo que tome en consideración la gravedad de los actos y los riesgos a los que se enfrentan si se les devuelve a su país, el límite para la devolución es que la persona no corra el riesgo de sufrir tortura, como se evidencia por ejemplo en el caso *Suresh v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2002, 1 SCC; García Mahamut 2010: 55).

Persiste en el ámbito canadiense, como en el europeo, la necesidad de reforzar el principio de no devolución y la consideración de los solicitantes de asilo como grupo vulnerable. Respecto a esta cuestión el Comité de Derechos Humanos, en aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en la línea del artículo 33 de la Convención de Ginebra, ha insistido en la especial protección que debe darse a los solicitantes de asilo. Por ejemplo, en el caso *Kindler c. Canadá*, el Comité señaló que un Estado parte incurrirá en violación del Pacto si entrega a una persona a otro Estado en circunstancias en que es previsible que la persona sea sometida a torturas. Dicho carácter previsible de la consecuencia significa que existió una violación cometida por el Estado Parte, aún cuando la consecuencia tuviera lugar más tarde. A lo que se alude es al hecho de que con el alejamiento se expone a una persona a un riesgo efectivo de violación de sus derechos conforme al Pacto⁴⁷. Aún así, el Comité entendió que la extradición del demandante no violaba, entre otros, el artículo 7 a causa de su previsible sometimiento al corredor de la muerte. En alguna de las opiniones disidentes, como la de Rajsoomer Lallah, se argumentó que Canadá sí había violado los artículos 6 y 7, al no asegurarse de que no se produciría la ejecución.

En el caso *Roger Judge c. Canadá*⁴⁸, el Comité recordaba que «los países que han abolido la pena capital, tienen la obligación de no exponer a una persona al riesgo real de su aplicación. Así pues, no pueden devolver, por expulsión o por extradición, a las personas de su jurisdicción si se puede prever razonablemente que serán condenadas a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutará».

La especial situación de vulnerabilidad de una persona por el hecho de ser o haber sido demandante de asilo ha sido tomada también en

⁴⁷ Comunicación N.º 470/1991, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 30 de julio de 1993, CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), § 6.2.

⁴⁸ Comunicación N.º 829/1998, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2003, CCPR/C/78/D/829/1998, §10.4.

consideración por el Comité. En el supuesto *Diene Kaba c. Canadá*⁴⁹, se consideró que la solicitante no tenía derecho a asilo atendiendo a la Convención de Ginebra. El peligro que se alegaba, en esta ocasión, afectaba a Fatoumata, la hija de Diene Kaba, que había huido de Guinea hacia Canadá con su madre a los seis años, y que podía, en caso de tener que abandonar territorio canadiense, ser sometida a ablación genital en su país de origen a instancias de su padre y la familia de este. El Comité entendió que el sometimiento de una mujer a mutilación genital constituía trato prohibido en virtud del artículo 7 del Pacto y tuvo en cuenta que tradicionalmente en Guinea las mujeres eran sometidas a esa práctica. En ese sentido, el Comité valoró el riesgo real y personal de ser mutilada, atendiendo al hecho de que la mutilación genital femenina era una práctica generalizada y extendida en Guinea.

En el asunto *Mehrez Ben Abde Hamida c. Canadá*⁵⁰, el Comité reconoció expresamente la vulnerabilidad de un ciudadano tunecino que por sus opiniones políticas solicitó asilo en Canadá. Aunque alegó que había trabajado en diversos puestos del Ministerio del Interior, donde tuvo problemas por no compartir algunas estrategias sobre el uso de la fuerza en investigaciones policiales, fue sometido a vigilancia administrativa, detenido durante seis meses y se dictó en su contra una orden de busca y captura, la solicitud de asilo fue denegada por Canadá por falta de credibilidad y por considerar que, por su trabajo, incurría en causas de exclusión del estatuto de refugiado. El Comité entendió que los hechos sobre su disidencia y detención no habían sido impugnados por Canadá y que la sanción y detención avalaban la tesis de ser un opositor político de tal manera que podía considerarse real el riesgo de ser sometido a tortura. Es más, entendió que dicho riesgo había aumentado al presentar la solicitud de asilo en Canadá.

El Comité contra la Tortura, por su parte, ha interpretado que el derecho derivado de la obligación que tienen los Estados de no expulsar, rechazar o extraditar a personas hacia otros donde pudiesen ser sometidas a tortura es un derecho de carácter absoluto (Mariño 2015)⁵¹. Así, por ejemplo, en *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c.*

⁴⁹ *Diene Kaba c. Canadá*, Comunicación n.º 1465/2006, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de marzo de 2010, CCPR/C/98/D/1465/2006, §10.1-2.

⁵⁰ *Mehrez Ben Abde Hamida c. Canadá*, Comunicación n.º 1544/2007, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2010, CCPR/C/98/D/1544/2007, § 8.7.

⁵¹ Así se ha determinado en supuestos como, por ejemplo, *Seid Mortesa Aemei c. Suiza*, Comunicación n.º 34/1995, decisión del Comité contra la tortura de 29 de mayo de 1997, CAT/C/ 18/D/34/1995, §9.8; y *M.B.B. c. Suecia*, Comunicación n.º 104/1998, decisión del Comité contra la tortura de 5 de mayo de 1999, CAT/C/22/D/104/1998, § 6.4.

*Suecia*⁵², el Comité entendió que el Estado Parte ofrecía la posibilidad, ante la Junta de Inmigración o la Junta de Apelación de Extranjería, de revisar una decisión de expulsión de conformidad con la exigencia del artículo 3 de una investigación efectiva, independiente e imparcial. Sin embargo, debido a razones de seguridad nacional, dichos tribunales remitieron la comunicación al Gobierno, el cual adoptó la primera y definitiva decisión de expulsar a la parte interesada. El Comité subraya que no hubo ninguna posibilidad de revisión de la decisión y recuerda que las medidas de protección previstas en la Convención tienen un carácter absoluto, incluso en el contexto de la seguridad nacional, y que esas consideraciones ponen de manifiesto la importancia de mecanismos de revisión apropiados. Aunque razones de seguridad nacional podrían exigir que se hicieran ajustes en el proceso de revisión de que se trate, el mecanismo que se adopte debe seguir satisfaciendo la exigencia del artículo 3 de una investigación efectiva, independiente e imparcial. Por consiguiente, en este el caso, el Comité llega a la conclusión de que la falta de toda posible revisión judicial o administrativa, independiente de la decisión del Gobierno de expulsar al autor, incumple la obligación procedimental que le impone el artículo 3 de la Convención para efectuar un examen eficaz, independiente e imparcial.

En el caso *R. S. M. c. Canadá*⁵³, respecto a la protección contra la devolución en virtud del Convenio contra la tortura, el Comité señala que los procedimientos internos que deben ser agotados antes de presentar una denuncia ante la Comisión se refieren exclusivamente a los directamente relacionados con el riesgo de tortura, no se aplicará esta regla si se ha determinado que la tramitación de los mencionados recursos se ha prolongado injustificadamente o no es probable que, tras celebrarse un juicio imparcial, mejore realmente la situación de la presunta víctima. El Comité recuerda que el derecho a recibir asistencia por motivos humanitarios puede ser la base de un recurso previsto

⁵² *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suecia*, Comunicación n.º 233/2003, decisión del Comité contra la tortura de 20 de mayo de 2005, CAT/C/34/D/233/ 2003, §13.8.

⁵³ *R.S.M. c. Canadá*, Comunicación n.º 392/2009, decisión del Comité contra la tortura de 24 de mayo 2013, CAT/C/50/D/392/2009, § 6.3. Este caso se refería a un ciudadano del Togo que había solicitado asilo en Canadá. En su queja sostenía que la expulsión al Togo constituiría una violación por Canadá del artículo 3 de la Convención. Afirmaba que había sido miembro de la *Union des Forces de Changement* (Unión de las Fuerzas del Cambio) y que había tenido un papel activo en el partido, especialmente durante la campaña electoral de 2005. Tras las elecciones había sido arrestado hasta que había logrado huir en mayo de 2006.

por la ley, esa asistencia es otorgada por un ministro sobre la base de criterios puramente humanitarios, y no jurídicos, y por lo tanto constituye más bien un acto graciable. El Comité considera que en este caso la no presentación de una petición de exención de los requisitos de visado y de residencia permanente por motivos humanitarios no constituye un obstáculo a la admisibilidad por no agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, al entrar a valorar el caso entiende que los argumentos relativos a la situación de los derechos humanos en Togo, después de la llegada del solicitante a Canadá, no son suficientes para establecer la existencia de un riesgo personal. Con ello, concluye que no se ha demostrado que exista un riesgo previsible, real y personal de ser sometido a tortura si se le devuelve a Togo en este momento de tal manera que no puede entenderse que el Estado parte haya vulnerado el artículo 3 de la Convención.

5. Entre el marco de respuesta integral para los refugiados y la política común de asilo que garantice un sistema humano, justo y eficiente

Desde Naciones Unidas, en la denominada Declaración de Nueva York, se insiste en la necesidad de una respuesta integral a la cuestión de los refugiados basada en los principios de la cooperación internacional y la distribución de la carga y la responsabilidad. Esta propuesta debería articularse desde ACNUR e incluir la participación de múltiples interesados, como las autoridades nacionales y locales, las organizaciones internacionales, las instituciones financieras internacionales, las organizaciones regionales, los mecanismos regionales de coordinación y asociación, los asociados de la sociedad civil, incluidas las organizaciones confesionales y el mundo académico, el sector privado, los medios de comunicación y los propios refugiados. Se proponen así una serie de elementos que proporcionan un marco para dicha respuesta a los refugiados, integral y centrada en las personas, atendiendo al derecho internacional, a las mejores prácticas internacionales y al contexto específico. Entre dichos elementos se alude a la recepción y admisión, al apoyo a las necesidades inmediatas y persistentes, y al apoyo a los países y las comunidades de acogida. Dicho pacto se prevé para 2018, de tal forma que la Oficina de ACNUR podrá colaborar con los Estados y celebrar consultas con todos los interesados durante los próximos dos años para evaluar su aplicación práctica detallada. El objetivo que se persigue es aliviar las presiones sobre los países de acogida afectados, mejorar la autosuficiencia de los

refugiados, ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países y apoyar las condiciones existentes en los países de origen para el regreso en condiciones de seguridad y dignidad⁵⁴.

Esta declaración de buena voluntad, mientras no se concrete en medidas específicas, no supone ninguna modificación sustancial en la situación actual en la que los Estados, de forma individual como Canadá o conjunta como en el caso de la Unión Europea, tiene que afrontar la gestión de las solicitudes de asilo. Tampoco ahonda la Declaración de Nueva York, en la necesidad y oportunidad de una hipotética modificación de la normativa internacional básica en materia de asilo, quizás porque abordar una reforma de la Convención de Ginebra y su protocolo puede ser un arma de doble filo. Por una parte, es posible mantener las reiteradas acusaciones de que la Convención está desfasada para abordar las múltiples realidades que cabría ahora incluir dentro del término «refugiado» (por ejemplo, los denominados refugiados medioambientales). No es fácilmente rebatible la idea de que «el imperativo moral de resignificar el concepto de refugiado ya no tiene excusas de dilación», mientras los acuerdos internacionales protegen el derecho de movilidad de las mercancías y el capital, dificultando el de las personas (Naïr 2016: 30). Sin embargo, desde otra perspectiva, también puede cuestionarse que sea el mejor momento para abordar una modificación de dicha normativa, tomando en consideración el significativo retroceso que está sufriendo el derecho de asilo y la posibilidad, nada desdeñable, de que la reforma de los actuales textos internacionales se concretara en un retroceso de los derechos y garantías que tanto ha costado conseguir. Aún cuando conservar sin modificaciones la Convención y su Protocolo permite que los Estados recalcitrantes incumplan sus obligaciones internacionales, puede entenderse como un compás de espera en aras de esa respuesta integral auspiciada por Naciones Unidas.

Mientras tanto, serán los Estados los encargados de continuar con la gestión del asilo en el marco del vigente derecho internacional que para los dos casos analizados supondrá, respectivamente, el mantenimiento y potenciación de los programas de reasentamiento

⁵⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, *Proyecto de resolución remitido a la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes en su septuagésimo período de sesiones Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, 13 de septiembre de 2016, pp. 19-25, (en línea): <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793.pdf>, acceso 15 de octubre de 2016.

en Canadá, y la necesidad de una nueva política de asilo, que en mi opinión ha de ser necesariamente europea, en la Unión.

El punto de partida de una nueva política común de asilo exige volver sobre los fundamentos del derecho de asilo. Cuando el asilo como institución se tambalea por las constantes vulneraciones de que es objeto, conviene volver al estudio acerca de su origen para «empoderar» los valores y principios que lo sustentan, que están en la base del derecho internacional vigente que lo regula. En ese recorrido Arendt constituye el referente para llegar a entender porqué el asilo debe ser concebido como una concreción de la universalidad propia de los derechos humanos (Arendt 1982). La institución del asilo, en sus orígenes, va indisolublemente unida al principio de *humanitas*, de dignidad humana. Subyace, además, en la consideración del asilo como un derecho la idea de afrontar la dicotomía amigo-enemigo, ciudadano/nacional-extranjero, nosotros-los otros, que dota de especial relevancia al principio de solidaridad. Este valor evidencia la existencia de una corresponsabilidad común en casos de dificultad, una responsabilidad compartida en la dimensión internacional frente a la necesidad de refugio, que debe concretarse en deberes que adquirirán forma jurídica con los instrumentos internacionales. Junto a la *humanitas* y a la solidaridad, la supervivencia sería un valor fundamental para consagrar el asilo (De Lucas 1995). Las importantes raíces históricas del asilo arraigan en el derecho internacional y son las que sustentan los modernos sistemas de asilo (Gil-Bazo 2015: 3-7). Es en esta concepción en la que debe asentarse el sistema humano y justo para consolidar la estabilidad y el orden en el funcionamiento del SECA.

En la reformulación de la política común de asilo el caso canadiense puede aportar ideas, especialmente en lo relacionado con los programas de reasentamiento y uno de sus elementos característicos mencionados como es la necesidad de un patrocinador público o privado para hacerlo efectivo. Como se evidencia en la política de gestión canadiense el proceso de selección de las personas que podrán acceder al estatuto exige criterios claros y definidos previamente según los principios y valores del Estado Democrático de Derecho. Ello no tiene que ser incompatible con los programas de reasentamiento, basados en un procedimiento que otorgue certeza y seguridad jurídica al proceso de selección como ocurre en el caso canadiense (García Mahamut 2010: 90). El establecimiento y cumplimiento de cuotas preestablecidas debe relacionarse con la efectiva determinación del estatuto de refugiado de las personas que cumplan los criterios de admisibilidad en colaboración con ACNUR y con sedes cercanas a los países de origen como ocurre en el caso canadiense.

Para articular otra política en el ámbito de la UE, las últimas propuestas que intentan abordar las deficiencias que se han señalado a lo largo de este trabajo, manteniendo tanto el sistema Schengen como el de Dublín, aunque con reformas de gran calado en éste, se concretan en cinco prioridades para introducir mejoras estructurales estableciendo tanto objetivos como acciones.

Es necesario, sin embargo, ir más allá de una nueva revisión de la normativa (tras Dublín II y III) y repensar cómo construir una verdadera política común de asilo que no esté basada en el miedo al otro y en la consideración del solicitante como un sujeto que, a priori, abusará del derecho de asilo. Esto implica volver sobre dos cuestiones fundamentales: la distribución de la responsabilidad entre los Estados y la unificación de estándares tanto en los procedimientos de asilo como en las condiciones de recepción y en el estatuto jurídico al que accede el refugiado. Ambas líneas de acción deben estar atravesadas por la lógica de los derechos humanos.

La primera necesidad hace referencia al establecimiento de una adecuada distribución de la responsabilidad entre los Estados, que concrete ese sistema justo en una doble dirección: equitativo para todos los Estados y justo para los solicitantes de asilo. La distribución de la responsabilidad apela a la urgencia de respetar la soberanía de los Estados asumiendo la armonización de sus normativas, pero también a tomar en consideración las preferencias de los solicitantes de asilo (entre ellas, cuestiones tanto personales como familiares, y algunas especialmente relevantes como el interés superior del menor) para que el sistema sea viable. La Comisión Europea en la primera prioridad llama a crear un sistema sostenible y justo para determinar el Estado miembro responsable de la tramitación de los solicitantes de asilo, proponiendo la modificación del Reglamento de Dublín para racionalizarlo y completarlo con un mecanismo de equidad corrector o pasar a un nuevo sistema basado en una clave de distribución. Es indudable el nexo de conexión entre esta propuesta y la de insistir en que, para el correcto funcionamiento del sistema Dublín, es imprescindible impedir los movimientos secundarios dentro de la Unión Europea, evitando los abusos y las solicitudes múltiples.

La cuestión básica que subyace en la distribución de la responsabilidad es cómo hacerla posible cuando los mecanismos que apelaban a la solidaridad han fallado en el pasado. Las propuestas que realiza la Comisión giran en torno a la asignación de solicitudes de asilo en la UE sobre la base de una clave de distribución. La responsabilidad podría asignarse atendiendo a una clave que refleje el tamaño relativo, la riqueza y la capacidad de absorción de los Estados miembros, de tal

forma que la responsabilidad no recayera sobre el Estado miembro de primera solicitud o entrada irregular. Se seguiría así un planteamiento semejante al de los actuales planes de reubicación, tomándose en cuenta criterios familiares y de dependencia. Dicho Estado sería el único responsable de examinar la pretensión, desincentivando así los movimientos secundarios. Otras propuestas en el ámbito doctrinal plantean acudir a un sistema de cuotas negociables que tenga en cuenta tanto las preferencias de los refugiados como las de los países, o incluso abogan por la libre circulación de refugiados dentro de la Unión Europea, lo que permitiría minimizar la importancia del país donde se presentara formalmente la petición (Rapoport y Fernández-Huertas 2014; Guild *et al.* 2015). Es más, en el contexto actual de emergencia humanitaria podría optarse por un «pasaporte de tránsito» basado en la declaración de la ONU que se refiere a los principios Nansen (Nair 2016: 154-155). En todo caso, un punto común subyace en las diferentes propuestas, y es el mismo que estaba en el origen del SECA: la necesaria solidaridad, en un sentido fuerte, y la armonización entre los diferentes Estados para conseguir este objetivo.

Con esa finalidad de armonización conecta la segunda cuestión fundamental en una nueva política común de asilo que tiene que ver con la unificación de estándares en los procedimientos de asilo, las condiciones de recepción y el estatuto jurídico al que accede el refugiado. Este era uno de los objetivos de las mencionadas Directivas sobre el procedimiento de asilo en la Unión Europea y las condiciones de recepción, que no llegaron a ser implementadas por todos los Estados, evidenciando, por tanto, su poca efectividad. Sin esas reglas y estándares, dentro del SECA han fallado los cimientos de Dublín. Para conseguir una armonización total la Comisión plantea, por ejemplo, sustituir la Directiva sobre procedimientos de asilo por un nuevo Reglamento que establezca un procedimiento común de asilo único en la UE. Asimismo, se propone la sustitución de la actual Directiva sobre los criterios para el reconocimiento por un Reglamento que concrete normas uniformes sobre los procedimientos y los derechos que se deben ofrecer a los beneficiarios de protección internacional⁵⁵. Como propuesta teórica, puede completarse con otras, por ejemplo, aquellas que plantean establecer mecanismos independientes de control tanto a nivel nacional como internacional.

De nuevo esta segunda cuestión nos reconduce al impedimento anterior, la necesidad de solidaridad entre los Estados. Las propuestas

⁵⁵ COM (2016) 197 final, *op. cit.*, pp. 8 y 11.

nacionales a corto plazo basadas en la reducción del estándar jurídico reconocible al refugiado no pueden tener cabida en una futura armonización. No se trata de definir un mínimo común denominador a partir del cual los respectivos Estados, en sus normativas, puedan establecer diferentes derechos para los refugiados. Eso es precisamente lo que ha ocurrido hasta el momento, la insistencia en una política más bien «simbólica», que ha predicado unos objetivos comunes al tiempo que mantenía intactas o incluso reforzaba las prerrogativas nacionales, ha provocado que el SECA no pudiera implementarse. En efecto, no solo no se ha podido culminar, antes de la situación actual, las distintas fases que se habían programando del sistema común de asilo sino que además, indirectamente, esas políticas ancladas a las bases nacionales también han contribuido en buena medida a alentar las posiciones más ultranacionalistas y xenófobas que pueden tener resultados devastadores.

La armonización para conseguir una política común de asilo, exige una solidaridad fuerte entre los Estados miembros que pueda hacer que el asilo sea realmente un derecho, no un objeto de la política de turno. Para ello hay que sustentarlo en el único pilar que puede hacer que esa política sea justa, el imperativo humanitario. Ese imperativo que está en la misma base de la Convención de Ginebra y su protocolo, y que con su inspiración kantiana refleja el imperativo ético del deber absoluto, ese que sitúa a los diferentes actores bajo la obligación de responder a las necesidades de los perseguidos.

Referencias bibliográficas

- Arendt, Hannah. 1982. *Los orígenes del totalitarismo*, Volumen II. Madrid: Alianza Editorial.
- Carrera, Sergio et al. 2011. *A race against solidarity: The Schengen regime and the Franco-Italian affair*, (en línea). http://aei.pitt.edu/31639/1/The_Franco-Italian_Affair.pdf, acceso 6 de septiembre de 2016.
- Christensen, Tyler Marie. 2011. *Trata con fines de explotación sexual: protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, (en línea). <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4de3b72a2>, acceso 9 de septiembre de 2016.
- Crépeau, François. 1995. *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*. Bruxelles: Établissements Emile Bruylant/ Éditions de l'Université de Bruxelles.
- De Lucas, Javier. 1995. "Fundamentos filosóficos del derecho de asilo". *Derechos y libertades*, n.º 4: 23-56.

- De Lucas, Javier. 1996. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Icaria.
- De Lucas, Javier. 2015. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Lucas, Javier. 2016. "Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE". *Ars Iuris Salmanticensis Tribuna de Actualidad*, vol. 4, Junio: 21-27.
- Fiddian-Qasbiyeh, Elena et al. (ed.) 2014. *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford: Oxford University Press.
- Fratzke, Susan. 2015. *Not adding up: the fading promise of Europe's Dublin System*. Brussels: Migration Policy Institute Europe.
- Garcés, Blanca. 2015. "Porqué Dublín «no funciona»". CIDOB, n.º 135.
- García Mahamut, Rosario. 2010. "Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria". *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 78, mayo-diciembre: 43-93.
- Gil-Bazo, María Teresa. 2015. "Asylum as a General Principle of International Law", *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, n.º 1: 3-28.
- Guild, Elspeth et al. 2015. *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, (en línea). [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU\(2015\)519234_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf), acceso 17 de septiembre de 2016.
- Goslett, Henry M. y Barbara J. Caruso, 2015. *The 2016 Annotated Immigration and Refugee Protection Act of Canada*, Carswell.
- Guo, Rongxing. 2015. *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Habermas, Jürgen. 2010. "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44: 105-121.
- Ippolito, Francesca y Sara Iglesias. 2015. *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*. Oregon: Hart Publishing.
- Jones, Martin y Sasha Baglay. 2007. *Refugee Law*, Canada: Irwin Law.
- Mariño, Fernando M. 2015. "Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees". *Refugee Survey Quarterly*, n.º 34: 61-78.
- Martínez, Margarita y José Miguel Sánchez. 2015. *Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas "devoluciones en caliente"*, (en línea). <http://eprints.sim.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>, acceso 12 de mayo de 2016.
- Meyer, Antoine. (ed.). 2008. *People on the Move. Handbook of selected terms and concepts. Version 1.0*, The Hague Process on Refugees and Migration (THP Foundation), The Hague/ Paris: UNESCO Section on International Migration and Multicultural Policies.

- Morgades, Silvia. 2012. "La responsabilidad de examinar las demandas de asilo presentadas en la Unión Europea: revisión del sistema de Dublín basada en los estándares europeos de protección de los derechos humanos". En *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea*, coordinado por Ángeles Solanes y Encarnación La Spina, 187-210. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Morgades, Silvia. 2016. "Refugiado". *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 10: 231-249.
- Morte Gómez, Carmen. 2005. "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extranjeros". En *Estudios sobre Derecho de extranjería*, dirigido por Enrique Álvarez y Elena Pérez Martín, 191-207. Madrid: Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos.
- Naïr, Sami. 2016. *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Barcelona: Planeta.
- Olesti, Andreu. 2012. "El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea". *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 15: 44-84.
- Rapoport, Hillel y José Fernández-Huertas. 2014. *Tradable Refugee-admission Quota: a Policy Proposal to Reform the EU Asylum Policy* (en línea). http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33097/RSCAS_2014_101.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acceso 17 de octubre de 2016.
- Rousseau, Cécile; François Crépeau ; Patricia Foxen y France Houle. 2002. "The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board", *Journal of Refugee Studies*, n.º 15 (1): 43-70.
- Solanes, Ángeles. 2014. "Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española". *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, n.º 7:181-210.
- Solanes, Ángeles. 2015. "Asilo y refugio". En *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, dirigido por Fernando Rey, 781-815. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valeriano Esteban y Ana López-Sala. 2010. "En torno al mosaico canadiense. Una reflexión sobre la gestión política de la inmigración en Canadá". *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI n.º 744, julio-agosto: 657-669.

Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España

Transnational Families and Human Rights.
Considerations on the Right to Family Reunification in Spain

Cristina Blanco Fernández de Valderrama
UPV/EHU (España)
cristina.blanco@ehu.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp77-104>

Fecha de recepción: 25/07/2016
Fecha de aceptación: 30/11/2016

Sumario: 1. Transnacionalismo migrante y familia. 1.1 La familia transnacional. 1.2 Estrategias de vinculación familiar en la distancia: estabilidad y objetivo. 2. Derechos humanos, infancia y familia. El caso español. 3. Familias transnacionales y reagrupación familiar en España 3.1 Inmigración, composición familiar y convivencia. Bases para el transnacionalismo y la reagrupación. 3.2 Estrategias familiares de los inmigrantes transnacionales en España. 3.3. La reagrupación familiar en España 4. Reflexiones finales. Referencias bibliográficas

Resumen: La reagrupación familiar de las personas inmigrantes constituye un creciente objeto de estudio en el ámbito académico. El derecho a la vida familiar es reconocido por los principales instrumentos de derecho internacional y doméstico, tanto por los beneficios que ésta comporta para las personas como para las sociedades en su conjunto, puesto que se le reconoce a la familia una importante función integradora. Frente a este discurso encontramos la creciente transnacionalización de las familias de inmigrantes, abocadas a vivir en la distancia las funciones que otras ejercen en ámbitos cada vez más amplios y estables, dada la creciente restricción del derecho a la vida familiar para las personas inmigrantes mediante reagrupación en destino. El artículo analiza de forma reflexiva la situación contradictoria entre los derechos humanos, por un lado, y la situación familiar transnacional forzada de muchos inmigrantes, por otro. Considerar a la familia transnacional como un nuevo tipo de familia tiene, cuando menos, algunas sombras que deben ser matizadas.

Palabras clave: Familias transnacionales – Migraciones – Derechos Humanos – Reagrupación familiar.

Abstract: The family reunification of immigrants is an increasing object of study in the academic field. The right to family life is recognized by the main instruments of international and domestic law, both for the benefits that it entails for individuals and for societies as a whole, since the family is recognized as an institution with an important integrating function. In the face of this discourse we find the growing transnationalization of immigrant families, who are forced to live in the distance the functions that others exercise in increasingly broad and stable areas, given the growing restriction of the right to family life for immigrants through reunification at host society. The article analyzes in a reflexive way the contradictory situation between human rights, on the one hand, and the forced transnational family situation of many immigrants, on the other. To consider the transnational family as a new type of family has, at least, some shadows that must be clarify.

Keywords: Transnational families – Migration – Human Rights – Family reunification

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

Art. 10.1

Pacto Internacional de Derechos Económicos,
Sociales y Culturales
Asamblea General de Naciones Unidas.
Resolución 2200, 1966

1. Transnacionalismo migrante y familia

1.1. *La familia transnacional*

El transnacionalismo, en el ámbito de las migraciones, puede ser considerado desde una doble vertiente: como realidad social migratoria y como perspectiva de análisis de dicha realidad. En este artículo nos centraremos en la primera. Así, consideramos transnacionalismo migrante como el movimiento migratorio en el que los migrantes, además de cruzar fronteras nacionales, establecen y mantienen vínculos estables, permanentes y frecuentes con los países de origen (o incluso con terceros países en los que se encuentren connacionales), generando adhesiones, pertenencias y lealtades que superan las tradicionales naciones-Estado y que se caracterizan por el mestizaje y la pluralidad (Glick-Schiller, Basch, y Szanton-Blanc 1992; Faist 1999; Vertovec 1999, 2009; Levit 2001; Blanco 2007...). Así, las migraciones transnacionales se sustentan en el mantenimiento de redes transnacionales sostenidas y estables, tanto económicas como afectivas, relacionales o de cualquier otra índole, a través de dos o más países. En este espacio transnacional de relaciones y actividades realizadas en la distancia nos encontramos con personas que, perteneciendo a una misma familia, viven en países diferentes por un período de tiempo prolongado. Forman lo que se ha dado en llamar «familias transnacionales».

Que un miembro de una familia emigre a otro país no es, desde luego, un fenómeno nuevo. Pero lo que sí constituye una novedad con respecto a épocas anteriores, dirá Sònia Parella, «es la posibilidad material que ofrecen los avances en las nuevas tecnologías, los sistemas de transportes y las comunicaciones de permitir formas de relaciones sociales que faciliten a las unidades familiares «transnacionales» seguir actuando como una familia, en el sentido

de tomar decisiones y discutir los temas importantes que atañen a sus miembros (educación de los hijos, adquisición de un determinado producto, gestión de los ingresos familiares, etcétera) de forma habitual» (Parella 2007: 156).

Mucho se ha escrito sobre las familias transnacionales¹; incluso el mismo concepto de familia ha llegado a ser controvertido². Sin ánimo de abordar aquí un tratado sobre la familia, para los propósitos de esta reflexión baste realizar un par de breves apuntes al respecto.

Como indica Gioia Piras, la familia era definida en la antropología clásica como «el núcleo social básico fundado a través de relaciones de alianza, filiación, consanguinidad y parentesco. Con lo cual, se atribuían a la familia funciones tanto biológicas (relación sexual y reproducción biológica) (...) como sociales, culturales y políticas a través de las alianzas matrimoniales, la filiación y el parentesco» (2016: 62). Su práctica universalidad la convierten en una institución social de primer orden, si bien sus funciones y formas han ido cambiando a lo largo de la historia. No obstante, la reunión, como mínimo, de padres (padre y/o madre) e hijo/a(s) —biológicos o no— bajo un mismo universo de relaciones afectivas y de cuidado, parecen mantenerse bajo todos los formatos familiares.

Hay dos aspectos relacionados con la familia que adquieren especial relevancia cuando hablamos de familias transnacionales. Primero, muchos autores y autoras han insistido en la idea de no confundir unidad «familiar» con unidad «doméstica». La unidad doméstica es el conjunto de personas que comparten un mismo espacio para vivir: la casa (*domus*, en latín). Tradicionalmente la familia compartía un mismo espacio doméstico, viviendo sus miembros (de forma más o menos extensa y numerosa) bajo un mismo techo. Sin embargo, dirá Nina Sørensen, «identificar a la

¹ Existen numerosos trabajos sobre familias transnacionales, como los de Herrera Lima 2001; Bryceson y Vuorela 2002; Le Gall 2005; Pascale 2006; Parella 2007, Ciurlo 2012; Herrera 2013... Un resumen de enfoques lo encontramos en el de Ninna Nyberg Sørensen, «La familia transnacional de latinoamericanos/as en Europa», publicado en 2008.

² Hay numerosos y excelentes tratados sobre la familia en la literatura internacional, en los que se repasa el propio concepto, las funciones y modelos de familia, así como su evolución histórica. Uno de los más conocidos y respetados es el de Jean Louis Flandrin, *Orígenes de la familia moderna*, 1979, en el que admitía que el concepto de familia era ambiguo y que podía contener diferentes realidades. Para el caso español, una revisión interesante de las publicaciones existentes (con más de 500 referencias) es la que realizan Meil y Ayuso en su artículo «Sociología de la familia» (2007).

familia con el grupo doméstico ha dado pie a una serie de problemas analíticos» (2008: 262), especialmente en el caso de las migraciones y las familias transnacionales. ¿Es esencial para la familia vivir en una misma casa, en un mismo espacio? ¿La distancia supone el fin de las relaciones familiares? La migración transnacional parece indicarnos que esto no es así³. Y es que lo esencial de la familia son otras características, que son las que constituyen el segundo punto que queremos resaltar aquí: las funciones afectivas y de cuidados que ofrece el universo familiar a sus miembros. Como señala Parella, «aproximarse a la familia en su vivir transnacional exige estudiar las formas y significados que los hogares usan para crear espacios familiares y vínculos de afecto y de confianza en un contexto en el que las conexiones están geográficamente dispersas» (2007: 155).

El concepto de «familia transnacional» presenta, cuando menos, las mismas dificultades que encontramos a la hora de buscar un concepto de «familia» que englobe todas sus posibles características, funciones y variables. Con todo, podemos acudir a algunas definiciones ya ofrecidas en la literatura de la migración transnacional. Así, podemos definirla de forma simple, como lo hace Pablo Pascale cuando indica que se trata de «familias de las cuales algunos de sus miembros se encuentran en el país de origen y otros en el país de destino» (2006; on line); o podemos definirlas incorporando algunas de esas funciones que se mantienen en la distancia, y que contribuyen a mantener «viva» la idea de familia, más allá de los meros lazos de consanguinidad. Tal es el caso de la ya clásica definición de Bryceson y Vuorela, quienes definen a la familia transnacional como aquella «cuyos miembros viven una parte o la mayor parte del tiempo separados los unos de los otros y que son capaces de crear vínculos que permiten que sus miembros se sientan parte de una unidad y perciban su bienestar desde una dimensión colectiva, a pesar de la distancia física» (2002: 2).

Dos son, a nuestro juicio, los rasgos básicos que definen a la familia transnacional: la separación física de sus miembros (por la migración) y el mantenimiento de vínculos afectivos y relaciones en la distancia, más o menos estables, que permitan a sus miembros «sentirse» y «vivirse» como familia. De hecho, la migración —dirá

³ No sólo la migración transnacional, sino la propia historia de la familia, pues como resalta Piras, parafraseando a Fortes (1958), «el domicilio compartido no es un rasgo constante en los diversos tipos de familia, en el tiempo histórico-social que las incorpora, así como tampoco en el mismo ciclo de vida de una misma familia» (2016: 63)

Cristina Carrillo— «cuestiona una de las ideas más fuertes asociadas al concepto de familia, como es la co-residencia y la cercanía física para la reproducción material y afectiva. El concepto de familia transnacional observa la existencia de estas unidades de reproducción social más allá de la presencia física, en donde se crean nuevas modalidades de cuidado y diferentes formas de entender la maternidad y la paternidad» (2008: 283). En la misma línea, Julia Cerda Carvajal afirma que se trata de «grupos familiares en los que, a pesar de la distancia geográfica entre el migrante y su familia, las relaciones no se fracturan, al contrario, se apuntalan de distinta manera echando mano de dos elementos de suma importancia por su contribución como mecanismos de enlace: los medios de comunicación y las remesas (...) Padres y madres migrantes (...) aseguran el cuidado (físico, psicológico y emocional) de los hijos e hijas para seguir cumpliendo con la función parental aun cuando no estén presentes físicamente» (2014, on line).

1.2. *Estrategias de vinculación familiar en la distancia: estabilidad y objetivo*

Parece claro, entonces, que la familia transnacional mantiene vivo el deseo de seguir constituyendo una familia, ejerciendo sus funciones básicas aun cuando sus miembros estén separados por cientos o miles de kilómetros.

A pesar de las perspectivas más catastrofistas, que denuncian la emigración (especialmente de las mujeres) como una fuente de desintegración familiar y, con ella, el desencadenamiento de graves patologías y consecuencias negativas para los miembros de la familia y para la sociedad en general,⁴ lo cierto es que la institución familiar

⁴ Como ejemplo de esta perspectiva podemos citar las declaraciones de los autores y autoras de un estudio de la organización Nicas Migrantes que hicieron a un diario nicaragüense durante la presentación de sus resultados, indicando que «La migración no solo impacta en cuanto a la desintegración familiar, sino también es causa de problemas de salud (...). Estos padecimientos están relacionados por las preocupaciones de la separación familiar, el cambio de jefatura en el hogar, la poca comunicación entre los familiares, así como por los nuevos roles dentro de la familia, y la falta de cariño» (El Nuevo Diario. Nicaragua. 31 de agosto de 2013; <http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/295625-impacto-migracion-familia/>). Pero son muchos los titulares de prensa que alertan, en países latinos, de la desintegración familiar como consecuencia de la emigración: «Migración contribuye a desintegración familiar» (*La Prensa*, México, 15 de enero de 2009); «Migración causa desintegración familiar» (*Zócalo Saltillo*, México, 9 de febrero de 2012); etc.

parece mantener su vitalidad. Algunas autoras han analizado el trasfondo ideológico patriarcal de estas perspectivas, especialmente cuando se aborda el tema de la maternidad. Wagner dirá, a este respecto, que «los estereotipos sobre la destrucción de la familia y de la vida de los hijos parten de la presencia de una familia nuclear y reclaman los roles dominantes de género: la mujer que sirve a los demás, que está en la casa atendiendo a la familia, al esposo, a los hijos y a los mayores (...) Por eso, se recrimina mucho más a las madres que a los padres por dejar a sus hijos. Cuando ellas no cumplen con sus roles, son consideradas como malas madres, malas esposas, infieles, tal como lo presentan los diferentes estereotipos» (2008: 334-335).

Quizá estas perspectivas que añoran la familia más tradicional se olvidan de que la historia está construida a base de cambios continuos y que la familia, como institución viva, tiene la capacidad para adaptarse a los cambios sociales, aún en circunstancias adversas. Es la *resiliencia familiar*, sobre la que ha trabajado profusamente la psicóloga clínica Celia Falicov. Basándose en el concepto de *pérdida ambigua* de Pauline Boss (pérdida confusa, incompleta o parcial, como la de los desaparecidos, emigrados, hijos que se independizan...), Falicov explica que este tipo de pérdida caracteriza a las familias transnacionales, cuyos miembros se ven inmersos en una maraña de presencias-ausencias físicas y emocionales, y para las cuales requieren rituales específicos que ayuden a mitigar el dolor que producen. Estos rituales del inmigrante —dirá Falicov— «se pueden ver como intentos de abarcar la *pérdida ambigua* y encontrar significados en la nueva situación, recuperando lo que es posible recrear y, quizá así, poder mantener lo que los estudiosos de la resiliencia familiar han llamado el «sentido de coherencia» (...). [este último] es una búsqueda de coherencia narrativa o de dar sentido a la historia de nuestras vidas. Se relaciona con nuestra habilidad de adaptarnos al cambio, pero también de mantener suficiente continuidad con la cultura original» (Falicov 2005: 202). De entre los rituales mencionados por la psicóloga (Rituales de Conexión, Rituales

Algunas noticias llegan a ser verdaderamente alarmantes, vinculando la emigración con la delincuencia: «La desintegración del núcleo familiar trae complicaciones. Prueba de ello es esta cifra: en el 2010, el 49.4% de los homicidios ocurrieron en los cinco departamentos con las tasas más altas de migración» (En *FADEP News*, Guatemala; artículo bajo el título «impacto de la emigración en el desarrollo de los niños», 26 de junio de 2011, <http://fadep.org/blog/principal/migracion/impacto-de-la-migracion-en-el-desarrollo-de-los-ninos/>)

de Recreación, Rituales de la Memoria y Rituales Culturales)⁵, son los denominados «de conexión» (visitas, envío de mensajes y de remesas) los que se identifican claramente con las estrategias o actividades transnacionales familiares, tal y como quedaron establecidas por los teóricos del transnacionalismo migrante. Todos ellos contribuyen a la continuidad y la identidad de la familia y favorecen la resiliencia de las familias en transición.

La permanencia de la familia, vivida y sentida como tal a pesar de la distancia, ha llevado a algunas autoras y autores a formular una cierta «normalización» de la familia transnacional, en tanto que nuevo modelo de familia que se adapta a las nuevas circunstancias (Pedone 2006; Parella 2007; Sørensen 2008, etc.), cuando no se percibe ésta como una oportunidad para muchas mujeres de mejorar su vida familiar premigratoria (Wagner 2008). Cabe preguntarse si la familia transnacional puede entenderse como un nuevo tipo de familia estable o si sólo constituye un medio adaptativo de transición durante un tiempo limitado, mientras dure la separación física de los miembros.

En el primer caso, la familia transnacional sería concebida casi como un fin en sí misma, una nueva forma de relacionarse en la distancia que implica cambios sociales importantes que deben ser asumidos, con independencia de que se produzca o no la reunificación familiar. Como dirá Claudia Pedone, «Las familias migrantes han transformado sus estructuras, redefinido roles y han construido estrategias para gestionar la vida cotidiana en contextos transnacionales. Estos cambios no sólo han afectado a las familias involucradas, sino que es un fenómeno social, político, económico y cultural que afecta a tanto a los lugares de origen como de destino» (2006: 169).

En el segundo caso, la familia transnacional es considerada una estrategia de supervivencia temporal, a la espera de poder conseguir la reagrupación familiar, bien en origen, con el retorno de los progenitores emigrados, bien en destino, con la emigración de los miembros que se quedaron en origen. La reagrupación familiar sería, entonces, el objetivo último a conseguir y las relaciones, cuidados y estrategias de vinculación en la distancia serían un modo transitorio de mantener viva la familia. Aún en este caso, los largos períodos que la familia debe pasar separada afectarán, sin duda, a las relaciones entre sus miembros; como dirá Sánchez Molina, «mientras tanto, todos los miembros de la familia se ven envueltos en la paradoja de mantener

⁵ Para una descripción y explicación detallada de cada uno de ellos, consultar la obra citada (Falicov 2005).

la unidad en espacios dispersos, ideando estrategias transfronterizas que les permitan reestructurar sus familias a la espera de que la reunificación pueda efectuarse. Una vez que se reunifican, las familias sufren un nuevo proceso de reestructuración que implica un alto coste emocional y adaptativo como consecuencia de la separación previa (...). Tanto los hijos como los padres necesitan construir nuevos espacios de referencias culturales de identidad y vinculación» (2004: 259-260).

2. Derechos humanos, infancia y familia. El caso español

Decíamos que la familia, como institución social, cumple funciones muy importantes, tanto para la sociedad en su conjunto (reproducción, socialización, unidad económica) como para los individuos que la componen (sustento económico, sexualidad, relaciones afectivas, apoyo emocional, seguridad...). Si la familia es importante para todos los miembros que la componen, en el caso de los niños ésta se convierte en un entorno fundamental de desarrollo y crecimiento; idea en torno a la que hay prácticamente un consenso universal. Alicia Muñoz Silva, siguiendo a diversos expertos en la materia, sintetiza las funciones principales que cumple la familia en relación a los hijos: asegurar su supervivencia y su crecimiento sano; aportarles el clima de afecto y apoyo emocional necesarios para un desarrollo psicológico saludable; aportarles la estimulación que haga de ellos seres con capacidad para relacionarse de modo competente con su entorno físico y social y tomar decisiones respecto a la apertura hacia otros contextos educativos que van a compartir con la familia la tarea de educación y socialización del niño o la niña (2005: 149).

Este papel fundamental de la familia en el desarrollo personal y social de las personas queda reconocido por el sistema universal de los derechos humanos, tanto en la originaria Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH 1948) como en los tratados posteriores que impulsaron su protección efectiva: los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC). Así, se reconoce que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado» (DUDH 1948; Art.16.3). De forma más específica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la necesidad de proteger a la familia especialmente cuando existen hijos menores en su seno: «Se debe conceder a la

familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo» (PIDESC 1966; Art. 10.1). Pero no son sólo éstos los instrumentos normativos de derechos humanos que consagran el derecho a vivir en familia, especialmente en el caso de los niños; existe un amplio catálogo de instrumentos normativos internacionales orientados a proteger la vida familiar que se han ido elaborando y afinando con el paso del tiempo⁶.

Ya dentro de un entorno doméstico, y para el caso español, la Constitución de 1978 también establece el carácter nuclear de la familia en los cuatro apartados de su Artículo 39⁷. España no sólo tiene firmados y ratificados los principales instrumentos internacionales y regionales⁸ de Derechos Humanos, sino también los relativos a los Derechos del Niño⁹. En todos estos tratados generales

⁶ UNICEF hace una relación de dichos instrumentos: «La obligación de proteger a la familia y respetar la vida familiar y el principio de unidad familiar se consagra en numerosos instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos: artículos 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; artículo 44 de la Convención Internacional para la protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias de 1990; artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006; artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; artículo 16 de la Carta Social Europea de 1961; artículos 7 y 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000» (2016: 4).

⁷ Artículo 39 (Constitución española): 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁸ Desde el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966; ratificado por España en 1977), entre otros, hasta los Convenios regionales, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950; ratificado por España en 1979) o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000, vinculante para todos los países miembros por el Art. 6 del Tratado de Lisboa vigente desde el 1 de diciembre de 2009).

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (1989, ratificada por España 1990); como Tratado ratificado, la Convención es de obligado cumplimiento, a diferencia de la Declaración de los Derechos del Niño promulgada en 1959 y que tuvo una primera y temprana formulación en 1924; en ambos casos se trataba de una formulación

de Derechos Humanos y de Derechos de la Infancia, se establece que la familia es una institución básica de la sociedad, que las personas tienen derecho a la vida familiar, así como a la privacidad y protección de la misma, y que los niños y niñas menores de edad (menores de 18 años) tienen derecho a vivir en familia. A este respecto, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990) establece la consideración de la familia como el entorno más adecuado para el desarrollo de niños y niñas menores de edad: «Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,...» (CDN 1989: Preámbulo). Así pues, parece lógico que la Constitución española incorpore la idea de protección a la familia y a los hijos de forma expresa (Art. 39).

La importancia dada a la familia y al cuidado de los hijos, a la vez que la consideración de la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en el ámbito laboral y profesional, ha llevado a la sociedad española a implementar estrategias para compaginar la vida laboral y familiar de hombres y mujeres. La preocupación por la conciliación laboral y familiar de los trabajadores y trabajadoras, en este caso en España, ha culminado con la elaboración de una ley específica que garantice dicha conciliación: *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*¹⁰. Con esta ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria en el ámbito laboral orientada a la participación de los trabajadores en la vida familiar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres. Se entiende que la dedicación a la familia, la maternidad y la paternidad, son aspectos que deben ser cuidados, protegidos y amparados, favoreciendo medidas laborales que permitan dedicarse mejor al cuidado de la familia, y especialmente de los hijos más pequeños, y que ésta dedicación pueda hacerse efectiva en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres. Así, en nuestra sociedad se considera que la

de principios éticos relativos a la protección de los niños y niñas, pero que no eran vinculantes.

¹⁰ BOE núm. 266 de 06 de Noviembre de 1999

familia y los hijos requieren un tiempo y una dedicación que el ámbito laboral no debe fagocitar en su totalidad. Cabe preguntarse si esta preocupación como sociedad se extiende también a las familias de las personas inmigrantes que proceden del extranjero, y no sólo a las nacionales.

3. Familias transnacionales y reagrupación familiar en España

3.1. *Inmigración, composición familiar y convivencia. Bases para el transnacionalismo y la reagrupación*

Los registros estadísticos demográficos en España no nos permiten conocer el alcance numérico de las familias transnacionales de miembros procedentes de otros países; esto es: la existencia o no de familiares en origen de las personas inmigrantes extranjeras que residen en España.

El Instituto Nacional de Estadística (INE) ofrece varias estadísticas demográficas, pero ninguna de ellas permite conocer la existencia o no de familia residente en el lugar de origen de las personas inmigrantes¹¹. Así pues, para acercarnos muy someramente a la existencia de familias transnacionales con algún miembro residiendo en España hay que acudir a las pocas encuestas existentes y a la información que ofrecen a este respecto. Para el caso del conjunto de España, será la Encuesta Nacional de Inmigrantes (ENI), realizada 2007 por el INE¹², la que arroje algo de luz sobre el transnacionalismo de las familias inmigrantes.

¹¹ El Padrón cuantifica el número de personas extranjeras y nacidas en el extranjero que residen en España (siempre y cuando estén empadronadas), pero no la familia que tienen (ni siquiera residiendo en España). Las estadísticas de nacimientos ofrecen información sobre niños y niñas nacidas en España según su nacionalidad y según la nacionalidad del padre y de la madre, pero no indican ni donde viven ni si estas personas tienen más hijos que los nacidos aquí. El Censo (último de 2011) y la Encuesta Continua de Hogares —iniciada en 2013 con la intención de obtener información anual sobre las características básicas de la población, los hogares y las viviendas— ofrecen información sobre la composición de los hogares por la nacionalidad y por el origen extranjero de sus miembros, pero sólo de aquellas personas que residen en España, no sobre los familiares que puedan tener residiendo en su país natal.

¹² Pueden consultarse los datos en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft20%2Fp319&file=inebase&L=0>

Según la encuesta, los datos básicos relativos a las personas inmigrantes¹³ y a la convivencia con sus familiares más directos son los que muestra la tabla 1.

Tabla 1
Cifras básicas de la situación familiar
de las personas inmigrantes en España. 2007

N.º total de inmigrantes extranjeros (mayores de 15 años)	4.526.522
N.º de personas casadas	2.365.237
De ellas, NO conviven con su esposo/a	295.913
N.º de inmigrantes CON hijos/as	3.290.542
De los cuales NO conviven con ellos	1.308.541
De los cuales tienen hijos menores de 16 años y NO viven con ellos	496.179
N.º total de hijos e hijas	6.069.536
De los cuales NO viven con sus padres	2.644.589
De los cuales son menores de 16 años y NO viven con ellos	758.702

Fuente: Elaboración a partir de Encuesta Nacional a Inmigrantes 2007 (INE)

Así, en 2007 había residiendo en España un total de 4.526.522 inmigrantes mayores de 15 años procedentes del extranjero. De ellos, 2.365.237 estaban casados, y un 12,5% (295.913) no vivían con sus esposos o esposas (sin ser divorciados ni separados). En cuanto a hijos, 3.290.542 inmigrantes tenían hijos/as en el momento de la encuesta; el 39,7% no conviven con ellos (1.308.541); de los inmigrantes que no viven con sus hijos, 496.179 tienen hijos menores de 16 años. Casi medio millón de personas inmigrantes viven en España sin sus hijos, teniendo éstos menos de 16 años.

Desde el punto de vista del número de hijos, los/as inmigrantes residentes en España tenían un total de 6.069.536 hijos e hijas; de entre ellos, 2.644.589 (el 43,6%) no viven con sus padres. Lógicamente

¹³ Se entiende por «inmigrante», a efectos de esta encuesta, a aquella persona nacida en el extranjero de 16 años y más, residente en una vivienda familiar durante un año o más o con intención de residir en España durante al menos un año, independientemente de su nacionalidad española o extranjera. La categoría no incluye a los menores de 16 años, ni a los extranjeros de nacionalidad que hayan nacido en España, ni a los españoles de nacimiento nacidos fuera de España que en el año de su llegada no cumplieran dos años de edad.

la no convivencia entre padres/madres e hijos/as dependerá, en gran medida, de la edad de los descendientes. Es conveniente conocer las edades de éstos últimos para centrarnos en la situación de convivencia de padres y madres con sus descendientes menores de edad (tabla 2).

Tabla 2

Hijos/as de personas inmigrantes según la edad y convivencia o no con sus padres y/o madres. España 2007

Edades	Total	Sí conviven	No conviven	% NO viven con sus padres
Total	6.069.536	3.424.947	2.644.589	43,57
De 0 a 3 años	870.249	746.877	123.372	14,18
De 4 a 15 años	2.281.154	1.645.824	635.330	27,85
De 16 a 25 años	1.313.998	749.825	564.173	42,94
Más de 25 años	1.546.073	275.608	1.270.465	82,17
Desconocido	58.061	6.813	51.248	88,27

Fuente: Elaboración a partir de Encuesta Nacional a Inmigrantes 2007 (INE)

El 24% de los hijos menores de 16 años de los inmigrantes residentes en España, 758.702 niños y niñas, no viven con sus padres (en fechas de la encuesta). La proporción alcanza al 28% en el caso de los menores de entre 4 y 15 años, y al 14% de los niños y niñas menores de 4 años. Según estos datos, es mayor el número de niños y niñas menores de edad separados de sus padres/madres (24%) que parejas (12,5%). El 86,6% de ellos (656.868) vive en su país de nacimiento; el 4% (29.364) en otro país diferente, y el 9% restante vive en España, pero en otra vivienda u otro municipio.

En resumen, en 2007 había en España, según la ENI, en torno a medio millón de personas inmigrantes cuyos hijos e hijas menores de 16 años no vivían con ellas, siendo el número de niños y niñas menores que no vivían con sus padres y/o madres más de 650.000. Esto supone, necesariamente, una actividad transnacional que vincule a estos padres y madres con sus hijos para ofrecerles los cuidados y el afecto que requieren, aunque sea en la distancia.

Pero no todas las actividades transnacionales tienen como objetivo vincular a los hijos e hijas que se quedaron con sus padres y madres emigradas. El envío de remesas, por ejemplo, pone de manifiesto la relación existente entre los emigrados y sus padres (tabla 3).

Tabla 3

Immigrantes según el envío de remesas y la persona receptora principal, por países principales de origen. España 2007.

	TOT Immigrantes.	Total envían remesas		A esposo/a		A padres		A hijos	
		N.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%
Total	4.526.522	1.765.051	39,0	187.291	10,6	1.101.430	62,4	454.674	25,8
Marruecos	539.773	220.365	40,8	32.587	14,8	170.667	77,4	20.763	9,4
Rumanía y Bulgaria	530.786	313.557	59,1	23.118	7,4	198.534	63,3	66.349	21,2
Ecuador	371.743	251.063	67,5	17.302	6,9	159.816	63,7	74.938	29,8
Colombia	299.479	189.727	63,4	12.727	6,7	114.723	60,5	51.975	27,4
Reino Unido	269.470	14.263	5,3	—	—	2.197	15,4	6.684	46,9
Argentina	231.630	50.043	21,6	851	1,7	28.324	56,6	9.249	18,5
Alemania	159.922	3.936	2,5	—	—	1.291	32,8	1.365	34,7
Bolivia	157.732	102.174	64,8	11.600	11,4	52.419	51,3	36.804	36,0

Fuente: Elaboración a partir de Encuesta Nacional a Inmigrantes 2007 (INE)

En general, un 39% de las personas inmigrantes envían remesas a sus familias en origen. La frecuencia de los envíos es, mayoritariamente, una vez al mes (casi el 50% de quienes envían remesas lo hacen al menos una vez al mes), seguido de quienes envían dinero de forma ocasional (20%) o al menos una vez cada tres meses (19%).

Por países, son los andinos quienes reciben mayor proporción de remesas de entre sus gentes en España: más del 60% de la población andina envía dinero a sus familias en origen.

En cuanto a destinatarios, los principales no son los hijos, sino los padres: en el 62% de los casos de envíos de remesas son éstos los principales receptores. Dato que no debe extrañar, ya que, seguramente, muchos de los hijos menores hayan quedado en origen al cargo de los padres y o madres de las personas inmigradas, siendo éstos y no los hijos menores, los principales receptores del dinero. Por otro lado, muchos padres y madres serán económicamente dependientes de sus hijos e hijas residentes en España, probablemente por la economía precaria y la edad avanzada de los padres. Por tanto, tenemos no sólo vinculaciones de los inmigrantes con sus hijos, sino también con sus padres en muy buena medida.

3.2. Estrategias familiares de los inmigrantes transnacionales en España

Nos preguntábamos más arriba si la familia transnacional podía entenderse como un nuevo tipo de familia estable o si sólo constituía un medio adaptativo de transición durante un tiempo limitado, mientras dure la separación física de sus miembros. En caso de esta última visión, la reagrupación sería el objetivo a conseguir, bien en origen (con el retorno de los emigrados) bien en destino (con la reagrupación en el país de emigración). También en el caso de la reagrupación como objetivo, veíamos cómo algunos expertos indicaban que el tiempo transcurrido era una variable importante a tener en cuenta: primero, porque la población reagrupable (especialmente en el caso de los hijos menores) deja de serlo conforme pasan los años (alcance de la mayoría de edad) y, segundo, porque el paso del tiempo contribuye a generar desajustes de reconocimiento entre los miembros (padres, madres e hijos/as pueden terminar considerándose como «extraños» tras muchos años de separación). Pero, cuáles son los intereses de estas familias transnacionales. Algunos datos nos pueden dar alguna pista al respecto, aunque sea de forma muy colateral.

En general, parece claro que el interés mayoritario de las personas inmigrantes en España es el de quedarse en este país, al menos en los próximos cinco años (en el momento de la encuesta), tal y como se percibe en la ENI (tabla 4).

Tabla 4

Planes de las personas inmigrantes residentes en España para los próximos 5 años, según año de llegada (tiempo de residencia). ENI, 2007

	Total		5 años o menos		entre 5 y 10 años		Más de 10 años		No sabe	
			Entre 2002 y 2007		Entre 1997 y 2001		Antes de 1997			
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%
Total	4.526.522	100	1.863.444	100	1.309.751	100	1.283.922	100	69.405	100
Regresar a mi país de nacimiento	303.929	6,7	185.257	9,9	85.776	6,5	27.520	2,1	5.376	7,7
Permanecer en España	3.648.171	80,6	1.369.994	73,5	1.044.206	79,7	1.181.866	92,1	52.105	75,1
Trasladarme a otro país	55.004	1,2	23.074	1,2	21.923	1,7	9.106	0,7	901	1,3
No sabe	519.418	11,5	285.119	15,3	157.846	12,1	65.430	5,1	11.023	15,9

Fuente: Elaboración a partir de Encuesta Nacional a Inmigrantes 2007 (INE).

El interés de permanecer en España (al menos a medio plazo) es más mayoritario cuanto más tiempo se lleva residiendo en España, llegando hasta el 92% de los casos en que las personas llevan más de 10 años residiendo en el país. En todo caso, el retorno es un interés muy minoritario, siendo superado por la duda. Cabe ahora preguntarse cuáles son sus planes en relación a la familia que quedó en origen, en caso de que se tenga. Los datos para personas de entre 25 y 79 años de edad se presentan en la tabla 5.

Tabla 5
Intención de las personas inmigrantes
de 25 a 79 años de traer a familiares a España. ENI, 2007

	Hombres		Mujeres		Total	
	n.º	%	n.º	%	n.º	%
Total	1.988.081	100	1.795.406	100	3.783.487	100
Si	521.559	26,2	427.917	23,8	949.476	25,1
No tiene familiares	57.965	2,9	35.330	2,0	93.295	2,5
No	1.340.346	67,4	1.285.229	71,6	2.625.575	69,4
No sabe	68.211	3,4	46.930	2,6	115.141	3,0

Fuente: Elaboración a partir de Encuesta Nacional a Inmigrantes 2007 (INE)

Los datos parecen rotundos: dos de cada tres inmigrantes no tienen la intención de traer a sus familiares a España, siendo sólo un 25% los que sí tienen esa intención. No aparecen diferencias significativas por género de las personas inmigrantes en este sentido. Pero identificar «intención» con «deseo» puede ser erróneo. ¿Cuál es el motivo de que la mayoría no tenga intención de traer a España a sus familiares, cuando la mayoría pretende quedarse en España al menos cinco años más? Lamentablemente las encuestas al uso no suelen preguntar a fondo por las motivaciones que respaldan las estrategias más o menos objetivas. ¿Se trata de personas que pretenden quedarse sólo unos años más en España para luego retornar con sus familias en origen, una vez que hayan ahorrado dinero suficiente? ¿Se trata de que los familiares que están en origen no son realmente miembros de familia nuclear, sino hermanos/as, sobrinos/as...? ¿O se trata de que esas personas no tienen intención de traer a sus familiares porque realmente, y de momento, no pueden hacerlo? Los datos no nos permiten sacar conclusiones,

pero algún indicio podemos encontrar en otra investigación en la que, aunque de menor alcance, incluye preguntas de esta naturaleza en su cuestionario y aporta información sobre esta cuestión en base a entrevistas en profundidad¹⁴. Aunque los resultados ya han sido expuestos en un informe descriptivo (Blanco *et al.* 2014), recogemos aquí tan sólo algunas cuestiones de interés sobre la reagrupación familiar de las personas entrevistadas y encuestadas.¹⁵

En este caso concreto, de las 604 personas encuestadas 590 tenían familia en origen; 134 tenían hijos o hijas residiendo allí y 28 a su pareja. El total de hijos en origen, de esas 134 personas, era de 278. De ellos, 128 eran menores de 18 años. Los motivos por los que esos 128 menores de edad se quedaron en origen son los siguientes (tabla 6)

Tabla 6

Motivos por los que los hijos menores de edad de la población nacida en Colombia, Ecuador y Perú, y residente en la CAPV, se han quedado en origen. 2012

Motivos	Casos	
	N.º	%
Tiene su vida independiente	2	1,6
Es mejor que esté allá	42	32,8
No quiere venir	5	3,9
No ha querido traerlo/a	6	4,7
No ha podido venir por requisitos legales	42	32,8
No ha podido venir por otros motivos	24	18,8
Otros	7	5,5
Total casos	128	100

Fuente: EPAPV, 2012

¹⁴ La investigación, titulada *Implicaciones sociales de las migraciones transnacionales: más allá de las remesas. El caso del sistema migratorio entre países andinos y España*, y realizada por un equipo de la UPV/EHU, fue un proyecto financiado por convocatoria pública del MICIN, Ref.: CSO2009-08469, e incluía una encuesta realizada en 2012 a 604 personas inmigrantes residentes en el País Vasco y procedentes de Colombia, Ecuador y Perú, así como un total de 35 entrevistas en profundidad a personas de los mismos orígenes.

¹⁵ Puede consultarse también un artículo reciente en el que se analizan cuestiones relativas a la reagrupación familiar partiendo también de esta investigación (Barbero y Blanco 2016)

Estos datos, aunque escasos, al menos ofrecen indicios sobre los motivos por los que los inmigrantes mantienen a sus hijos en origen. Y éstos se reparten en dos ideas principales; una, pensar que los menores están mejor allí, con su familia, integrados en su entorno social, familiar y escolar, argumento respaldado en el 33% de los casos; y dos, pensar que estarían mejor aquí, con sus padres y o madres, pero que no los pueden traer, bien por impedimentos legales (un 33% de los casos) bien por otros impedimentos (el 19% de los casos). En suma, y según este caso concreto, las personas inmigrantes no traen a sus hijos menores con ellos (ni en el viaje inicial, ni en una fase posterior a través del reagrupamiento) por imposibilidad de hacerlo (51,6% de los casos, argumentando motivos más de carácter legal que económico) y no tanto porque crean que están mejor allí (32,8%) o porque no hayan querido traerlos (4,7%). Así pues, cabe preguntarse por las posibilidades legales de reagrupación que existen en España, teniendo en consideración que las familias inmigrantes que tienen a sus hijos en origen parecen preferir traerlos consigo, además de recordar que la vida familiar es uno de los derechos a los que se alude en los tratados y catálogos de derechos humanos, tanto para los adultos como, más expresamente, para los niños y niñas menores de edad.

3.3. *La reagrupación familiar en España*

La reagrupación o reunificación familiar es un derecho reconocido a todas las personas inmigrantes que residan legalmente en España¹⁶.

¹⁶ La normativa que regula actualmente el Derecho de Reagrupación Familiar en España es la siguiente:

- Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos del 16 al 19). (*BOE núm. 10, de 12 de enero*) incluyendo las modificaciones introducidas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (*BOE núm. 307, de 23 de diciembre. corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001*), por la LO 11/2003, de 29 de septiembre (*BOE núm. 234, de 30 de septiembre*), por la LO 14/2003, de 20 de noviembre (*BOE núm. 279, de 21 de noviembre*), por la LO 2/2009, de 11 de diciembre (*BOE núm. 299, de 12 de diciembre*), por la LO 10/2011, de 27 de julio (*BOE núm. 180, de 28 de julio*), por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (*BOE núm. 98, de 24 de abril*), por la sentencia 17/2013, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional (*BOE núm. 49, de 26 de febrero*), por la LO 4/2013, de 28 de junio (*BOE núm. 155, de 29 de junio*), por la LO 4/2015, de 30 de marzo (*BOE núm. 77, de 31 de marzo*)

Por supuesto, se parte de la idea, ya expresada al principio de este artículo, de que la vida familiar es un derecho de las personas y, por lo tanto, también de las inmigrantes. Partiendo también del reconocimiento de las dificultades que tiene una familia para emigrar de forma conjunta, el derecho a la vida familiar puede adoptar dos fórmulas: o bien se retorna al origen tras un período migratorio breve (migración temporal, estacionaria...) o bien la familia debe emigrar a la sociedad receptora una vez el primer miembro o pareja se haya asentado en ella. Otros formatos migratorios no respetan el derecho a la vida familiar; por lo menos no tal y como se reconoce en el Derecho internacional, como ya hemos visto y como seguiremos viendo¹⁷. Pasar años de separación obliga a vivir la familia en la distancia, con todos los problemas que eso conlleva (Sanchez Molina 2004; Falicov 2005; Piras 2016).

Desde el punto de vista de las sociedades receptoras de inmigración, en este caso España, el derecho a la vida familiar de las personas inmigrantes se sustancia, por tanto, a través del Derecho a la Reagrupación Familiar, tal y como expresan de forma explícita dos considerandos de la Directiva 2003/86/CE del Consejo: «La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro» (Considerando n.º 4); y «Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional» (Considerando n.º 2).

Sin embargo, este derecho a la vida familiar tiene, en el caso de los inmigrantes (de «terceros países», además) algunas limitaciones importantes; limitaciones que se van desgranando a lo largo del articulado de la Directiva mencionada, de la Ley de Extranjería vigente (Ley Orgánica 4/2000) y de su Reglamento (Real Decreto 557/2011). No podemos entrar en el detalle de todas las condiciones y requisitos

y por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (*BOE núm. 119, de 19 de mayo*).

—Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 52 al 58) tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE n.º 103, de 30 de abril de 2011, texto consolidado de 15 de marzo de 2014.

¹⁷ Un excelente tratado sobre el derecho a la vida familiar de los inmigrantes lo encontramos en la reciente Tesis Doctoral de Leonor Segoviano, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense en 2014

exigidos para el ejercicio de este derecho por parte de los inmigrantes¹⁸; baste exponer algunos datos muy básicos al respecto.

- El derecho a la reagrupación familiar sólo es regulable para inmigrantes «nacionales de terceros países». Es decir, la limitación de este derecho sólo lo es para este tipo de inmigrantes.
- Porque el derecho a la vida familiar es un derecho restringido para las personas inmigrantes de «terceros países», tanto por las condiciones para la reagrupación (Art. 16, LO 4/2000) como en lo que respecta a las personas reagrupables (no todos los miembros de una familia tienen la posibilidad de ser reagrupados) (Art. 17, LO 4/2000).
- El derecho a la reagrupación sólo es posible si el/la inmigrante reagrupante tiene:
 - Permiso de residencia renovado (tiene que haber residido legalmente en España al menos un año);
 - Trabajo (no se puede estar en situación de desempleo).
 - Medios económicos suficientes; esto es, el equivalente mensual al 150% del IPREM-Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (532,52 euros mensuales para 2016) para familias de dos personas (reagrupante y reagrupado), lo que actualmente ascendería a 799 euros. Se añadirá un 50% más (266 euros mensuales) por cada miembro adicional; no se computan como medios económicos los que se obtengan de subsidios sociales.
 - Vivienda «adecuada», que se justificará mediante informe emitido por el ayuntamiento o comunidad autónoma (según los casos) del lugar donde se resida, una vez pagada la tasa correspondiente¹⁹.
 - Cobertura sanitaria para toda la familia;
 - Inexistencia de antecedentes penales.
- Por su parte, la persona a reagrupar será el cónyuge (o relación afectiva análoga), siempre que sea uno solo, e hijos menores de 18 años o hijos mayores discapacitados. Los ascendientes

¹⁸ Ejemplos de análisis detallados de la política de reagrupación en España los encontramos en Pérez-Nievas y Daniela (2011), en La Spina (2011) o en Arrese (2001), si bien se trata de una temática que aún requiere de mucha investigación, tal y como reconocen algunos de los autores.

¹⁹ Curiosamente no existe descripción de qué se entiende por «vivienda adecuada», ni en el Reglamento de la LO 4/2000 (Real Decreto 557/2011) ni en las administraciones encargadas de emitirlo; sólo se hace referencia a que la vivienda debe cumplir «los requisitos sanitarios de habitabilidad y equipamiento».

(padres) mayores de 65 años, siempre y cuando sean dependientes del o de la reagrupante o de su cónyuge, se justifique la necesidad de su reagrupación y los reagrupantes tengan un permiso de residencia de larga duración.

- Por último, cabe resaltar que el permiso de residencia por reagrupación familiar es un permiso temporal, cuya vigencia se extingue con la del permiso de residencia del reagrupante, si bien ambos pueden ser renovados si persisten las condiciones previas. Por su parte, también es cierto que los derechos de los reagrupados son tan extensos como los del reagrupante, obteniendo el permiso de trabajo junto con el de residencia si el reagrupado tiene edad para trabajar.

Los requisitos, los papeleos y los trámites burocráticos son numerosos, con lo que el supuesto «derecho» a la vida familiar se convierte en un complicado (y costoso) laberinto para el caso de las personas inmigrantes procedentes de países no comunitarios. Las cifras nos ofrecen una idea del alcance que tiene la población reagrupada en España, así como su evolución a lo largo de los últimos años (tabla 7)

Tabla 7

Evolución de la población total extranjera con permiso de residencia (Régimen General) y de la población con permiso de reagrupación familiar. Totales y por grupos de edad. España, 2010-2015

Años	Población extranjera total (Régimen General)	Población con permiso de reagrupación familiar				
		Total		Grupos de edad		
		N.º	% sobre población total	De 0 a 15	De 16 a 64	De 65 y más
2010	2.280.710	221.437	9,7	85.125	131.107	5.205
2011	2.364.904	218.219	9,2	77.807	135.712	4.700
2012	2.349.018	203.537	8,7	71.386	128.233	3.918
2013	2.252.450	187.042	8,3	62.884	121.301	2.857
2014	2.151.382	163.714	7,6	52.666	109.147	1.901
2015	2.108.629	103.994	4,9	37.784	65.265	945
Evolución % período	-7,5	-53,0		-55,6	-50,2	-81,8

Fuente: Elaboración a partir de Observatorio Permanente de la Inmigración, *Extranjeros Residentes en España* (varios años)

Puede observarse cómo el volumen de personas extranjeras que residen en España como resultado de la reagrupación familiar (legal) ha ido descendiendo en los últimos 6 años, hasta el punto de reducirse a menos de la mitad. Ciertamente también ha descendido la población total extranjera bajo el Régimen General (entre quienes se encuentran los potenciales reagrupantes), pero mientras ésta lo ha hecho en un 7,5%, la reagrupada ha descendido en un 53%, pasando de ser la población reagrupada casi un 10% de la población total a menos de un 5%.

En cuanto a grupos de edad, cabe señalar el escaso número de personas mayores de 65 años, lo cual es lógico, pues las condiciones para su reagrupación son muy exigentes. Por otra parte, este colectivo se ha reducido a menos de 1.000 personas en toda España. Por otra parte, los reagrupados de edades intermedias (correspondientes a cónyuges e hijos de entre 16 y 17 años) constituyen casi el doble que los hijos menores de 16 años, lo que indica que se reagrupa mucho menos a los hijos que a los cónyuges o parejas. En ambos casos su volumen se ha reducido a menos de la mitad en estos seis últimos años, pero el descenso es mayor en el caso de los menores.

Estas cifras no son sino el reflejo de las propias políticas y normativas que se han ido adoptando en España durante los últimos años, y que los expertos identifican como crecientemente restrictivas: «en un contexto de constante aumento de los flujos migratorios, la política de reagrupación familiar se ha hecho cada vez más restrictiva tanto por lo que se refiere a los requisitos que se piden a los reagrupantes como en términos de los familiares reagrupables» (Pérez-Nievas y Daniela 2011:152).

Pero no sólo los estudiosos en la materia revelan la estrechez creciente del derecho a la vida familiar para algunas personas en España (las inmigrantes no comunitarias), sino que los propios testimonios de éstas nos indican las dificultades por las que tienen que atravesar (recogidos en Barbero y Blanco 2016):

No he podido reagrupar a mi familia. Cuando tenía los papeles pensaba traérmelo primero a él y luego a ella, pero no pude, la nómina no me daba. Tenía que ser un poquito gorda. Y ahora que tiene 18 años, ya no hay quien encuentre un contrato. [Miriam, Ecuador].

Al hijo he preferido que se quede allí por cuestiones de estudio. He traído a la más pequeña porque es más fácil que empiece aquí sus estudios de secundaria, a que el otro que ya lleva tiempo, que

estaba casi acabando, se quedó allí. Y ahora que ya lo he querido traer, ya es imposible por cuestiones de edad. Cumplió su mayoría de edad, sus 18 años. La peque la reagrupé y ya. Pero al otro ya no puedo. En eso tendrían que cambiar las autoridades de aquí. [Diego, Colombia].

Familias con hijos aquí y allí; familias separadas; personas sin derecho efectivo a la vida familiar. Salvo que definamos como vida familiar a las relaciones en la distancia perpetuadas durante años, como es la vida familiar transnacional.

4. Reflexiones finales

Dos tipos de reflexiones nos merecen lo expuesto hasta aquí. Por un lado, referentes a la información estadística existente; por otro, las que conciernen a la vida familiar de las personas inmigrantes.

En cuanto a la información estadística, hemos comprobado cómo apenas existe información sobre la composición familiar (completa) de las personas inmigrantes residentes en España: ¿dónde viven sus hijos?, ¿dónde viven sus padres? Menos aún sabemos por qué viven separados, en caso de que así sea. Si la separación es fruto de una estrategia familiar real y decidida, como parte de un proyecto migratorio coherente, o si se trata, más bien, de una separación forzada por las circunstancias y/o por las políticas restrictivas de inmigración de los países receptores. Parece claro que se requieren estudios específicos, detallados, que informen sobre las estrategias reales de las familias transnacionales; si no, los datos fragmentados, cuantitativos y descontextualizados pueden inducir a errores importantes no ya de explicación de la realidad social, sino de su propia descripción. La Encuesta Continua de Hogares podría, por ejemplo, ser una buena base para incorporar información sistemática sobre la composición completa de las familias y hogares españoles; incluyendo información no sólo de los miembros que viven en España, sino de los miembros que residen fuera, sean familiares de inmigrantes que se quedaron en origen, sean familiares de españoles que han tenido que emigrar a otros países. Investigaciones específicas cualitativas ayudarían a comprender el significado real de la transnacionalidad familiar, evitando interpretaciones basadas exclusivamente en la deducción.

En cuanto a la vida familiar de las personas inmigrantes que residen en España, tenemos indicios de que no se cumplen los tratados

internacionales de los derechos humanos²⁰, generándose una cierta confusión, a mi juicio, en torno al concepto e implicaciones de las familias transnacionales.

La transnacionalidad —separación como consecuencia de la migración— en una familia puede constituir una estrategia válida de transición; una situación transitoria a la espera de clarificar la situación laboral, económica y familiar de quienes emigran a otros países. Pero considerarla como una nueva forma de familia —por ende, relativamente estable— parece, cuando menos, algo sorprendente. Máxime si nos referimos a la separación de padres e hijos menores de edad.

Las diferentes declaraciones internacionales de derechos humanos indican claramente que las personas tienen derecho a la vida familiar; reconociéndosele a ésta funciones importantes, no ya sólo para la sociedad en su conjunto, sino para las propias personas en general. Más aún cuando se trata de niños y niñas menores de edad. Este reconocimiento se aplica a los miembros de las sociedades receptoras, quienes reclaman la posibilidad de conciliar mejor la vida laboral y familiar, considerando positivo hacerse cargo de los hijos más pequeños por más tiempo.

Este derecho y estas inquietudes parecen no ser iguales para las personas inmigrantes. Ellas «pueden» educar y cuidar a sus hijos en la distancia, a través de la webcam o mediante conversaciones telefónicas, ejerciendo de familias transnacionales durante años. Las posibilidades de reagruparse en el país de destino son muy complicadas, teniendo que cumplir requisitos económicos que las propias familias nacionales no cumplen, sin que a nadie se le ocurra retirar a los padres sin medios económicos a los hijos que no pueden mantener. Para ello están los subsidios y las ayudas. A las personas inmigrantes sólo se les permite la vida familiar, mediante reagrupación, si tienen unas condiciones laborales y económicas saneadas y estables. En caso de no ser así, o se impide la reagrupación, o ésta debe limitarse a alguno de sus miembros, llegando a lo que UNICEF considera «moral y jurídicamente inaceptable», como es el hecho de que un progenitor «se vea obligado a «seleccionar» a qué hijo o hija va a reagrupar o cuál va a ser quien se reúna con ellos primero, únicamente porque no llega al nivel

²⁰ En este sentido, resulta imprescindible consultar el informe editado recientemente por UNICEF España (2016), titulado *El derecho de los niños y niñas a vivir con su familia. La reunificación familiar de niños refugiados y migrantes, y de sus familiares*, cuyas contundentes y clarificadoras afirmaciones nos ayudan a comprender esta realidad en sus justos términos.

económico que se exige para traerse a toda la familia» (2016:13). A esta inmoralidad debe unirse la que supone que para unos inmigrantes funcionen estos requisitos, mientras que para otros no (los inmigrantes comunitarios no se enfrentan a esta situación, puesto que no están sujetos a la normativa de reunificación familiar); además de que para la población nacional tales circunstancias serían percibidas como una insoportable falta de derechos fundamentales.

Así pues, la familia transnacional sólo puede justificarse (al menos éticamente) si ésta constituye una estrategia temporal, que no debería sostenerse a lo largo de los años; o bien si se trata de una situación elegida en plena libertad por parte de sus miembros. Pero nunca una situación impuesta, amparada bajo la idea de que la familia, como la sociedad, sufre cambios que pueden, y deben, ser asumidos por las poblaciones. Pero sólo por parte de unas y nunca por parte de otras.

Referencias bibliográficas

- Arrese, María Nieves. 2011. *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*. Bilbao: UPV/EHU.
- Barbero, Iker y Cristina Blanco. 2016. "El Derecho de extranjería y su incidencia sobre el transnacionalismo migrante". *Migraciones*, n.º 40 (en prensa).
- Blanco, Cristina. 2007. "Transnacionalismo. Emergencia y fundamentos de una nueva perspectiva migratoria". *Papers: revista de sociología*, 85: 13-29.
- Blanco, Cristina; Yolanda González-Rábago; Unai Martín; Gisela Bianchi y Ane Collado. 2014. *Encuesta a la población andina en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Dinámicas migratorias transnacionales de la población de Colombia, Ecuador y Perú*. Bilbao: Ikuspegi.
- Bryceson, Deborah F. y Ulla Vuorela (Eds.). 2002. *The Transnational Family. New European Frontiers and Global Networks*. Oxford: Berg.
- Carrillo, María Cristina. 2008. "Foto de familia. Los usos privados de las fotografías entre familias transnacionales ecuatorianas. El caso de la migración hacia España. En *América Latina migrante: estado, familias, identidades*, editado por Gioconda Herrera y Jacques Ramírez, 281-302, Quito: Flacso Ecuador.
- Cerda, J. 2014. "Las familias transnacionales", *Revista Espacios Transnacionales*, n.º 2. (on line): <http://www.espaciostransnacionales.org/segundo-numero/reflexiones-/familiastransnacionales/>
- Ciurlo, Alessandra. 2012. *Migración colombiana hacia Italia: un estudio exploratorio y de género sobre las familias transnacionales*. Roma: Pontificia Universidad Gregoriana.

- Faist, Thomas. 1999. "Developing Transnational Social Spaces: The Turkish German example". En *Migration and Transnational Social Spaces*, compilado por L. Pries, 36-72. Aldershot: Ashgate.
- Falicov, Celia J. 2001. "La Familia Transnacional: un nuevo y valiente tipo de familia". En *Perspectivas Sistémicas*. Artículo on line en redsystemica.com.
- Falicov, Celia J. 2003. "Immigrant family processes". En *Normal family processes: Growing diversity and complexity*, editado por F. Walsh, 280-300. N.Y.: Guilford Press.
- Falicov, Celia J. 2005. "Ambiguous Loss. Risk and Resilience in Latino Immigrant Families". En *The New Immigration. An Interdisciplinary Reader*, editado por M. Suárez Orozco, et al. (eds.), 197-206. N.Y.: Routledge.
- Flandrin, J.L. 1979. *Orígenes de la familia moderna*. Madrid: Crítica (Trad. Marco Aurelio Galmarini)
- Glick-Schiller, Nina; Linda Basch; Cristina Szanton-Blanc. 1992. "Towards a Definition of Transnationalism. Introductory Remarks and Research Questions". En *Towards a Transnational Perspective on Migration: Race, Class, Ethnicity and Nationalism Reconsidered*. New York: New York Academy of Sciences.
- Herrera Lima, Fernando. 2001. "Transnational Families: Institutions of Transnational Social Space". En *New Transnational Social Spaces: International Migration and Transnational Companies in the Early Twenty-first Century*, editado por Ludger Pries, 77-93. London: Routledge.
- Herrera, Gioconda. 2013. *Lejos de tus pupilas: familias transnacionales, cuidados y desigualdad social en Ecuador*. Quito: Flacso Ecuador.
- La Spina, Encarnación. 2011. *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson
- Le Gall, Josiane. 2005. "Familles transnacionales: bilan des recherches et nouvelles perspectives". *Diversité Urbaine*, Vol. 5, n.º 1: 29-42.
- Levit, Peggy. 2001. *The Transnational Villagers*. Berkeley: University of California Press,
- Meil. Gerardo y Luis Ayuso. 2007. "Sociología de la familia". En *La sociología en España*, editado por Martín Pérez Yruela, 73-106. Madrid: CIS.
- Muñoz Silva, Alicia 2005. "La familia como contexto de desarrollo infantil. Dimensiones de análisis relevantes para la intervención educativa y social". *Portularia*, Vol. 5, n.º 2: 147-163
- Parella, Sònia. 2007. "Los vínculos afectivos y de cuidado en las familias transnacionales. Migrantes ecuatorianos y peruanos en España". *Migraciones Internacionales*, Vol. 4, n.º 2: 151-188
- Pascale, Pablo. 2006. "Familia transnacional", *Relaciones*, n.º 265. <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0606/index.htm>
- Pérez-Nievas, Santiago y Cristina Daniela. 2011. "La reagrupación familiar en España y en Europa". *AFDUAM*, 15: 143-167.
- Pedone, Claudia. 2006. "Los cambios familiares y educativos en los actuales contextos migratorios ecuatorianos: una perspectiva transatlántica". *Athenea Digital*, n.º 10: 154-171

- Piras, Gioia. 2016. *Implicaciones socioafectivas de las migraciones transnacionales. Un estudio sobre familias peruanas con madre y/o padre emigrante*. Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación, UPV/EHU.
- Sanchez Molina, Raúl. 2004. "Cuando los hijos se quedan en El Salvador: Familias transnacionales y reunificación familiar de inmigrantes salvadoreños en Washington, D.C". *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares* (CSIC), Vol. 59, n.º 2: 257-276
- Segoviano, Leonor. 2014. *La vida familiar de los extranjeros: el derecho y la integración*. Tesis Doctoral, UCM-Facultad de Derecho.
- Sørensen, Nina N. 2008. "La familia transnacional de latinoamericanos/as en Europa". En *América Latina migrante: Estado, familias, identidades*, editado por Gioconda Herrera y Jacques Ramirez, 259-280. Quito: Flacso Ecuador.
- UNICEF. 2016. *El derecho de los niños y niñas a vivir con su familia. La reunificación familiar de niños refugiados y migrantes, y de sus familiares*. Comité Español.
- Vertovec, Steven. 1999. "Conceiving and Researching Transnationalism". En *Ethnic and Racial Studies*. Vol 22, n.º 2: 447-462
- Vertovec, Steven. 2009. *Transnationalism*. Londres: Routledge.
- Wagner, Heike. 2008. "Maternidad transnacional: discursos, estereotipos, prácticas". En *América Latina migrante: Estado, familias, identidades*, editado por Gioconda Herrera y Jacques Ramirez, 325-340. Quito: Flacso Ecuador

A Socially Constructed Human Right to the Self-determination of Indigenous Peoples

Un constructo social de los Derechos Humanos para la autodeterminación de los pueblos indígenas

Benjamin Gregg
University of Texas at Austin (EEUU)
bgregg@austin.utexas.edu

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp105-143>

Fecha de recepción: 25/07/2016
Fecha de aceptación: 30/11/2016

Summary: 1. The social construction of indigenous peoples. 2. Limits on indigenous rights to autonomy and diversity. 3. Internal self-determination of indigenous peoples. 4. An indigenous human rights state. 5. Conclusion. References

Abstract: I propose a human right to self-determination for indigenous peoples as a something in each case developed by the indigenous people and valid only if embraced by that people. That is, I approach human rights as social constructs toward (1) arguing for the social construction of indigenous peoples themselves, (2) with certain limits on indigenous rights to autonomy and diversity even as they construct collective rights for themselves, (3) in this way achieving the internal self-determination of indigenous peoples, whereby an indigenous people would design its own human right to self-determination without thereby undermining individual rights, (4) by means of a social and political movement that I conceive as a metaphorical «human rights state.»

Keywords: indigenous peoples, human rights, self-determination, social construction, individual rights, collective rights, «human rights state»

Resumen: Propongo un derecho humano a la autodeterminación de los pueblos indígenas como algo a desarrollar en cada caso por el pueblo indígena y válido sólo si es aceptado por ese pueblo. Es decir, abordo los derechos humanos como constructos sociales para (1) defender la construcción social de los propios pueblos indígenas, (2) con ciertos límites a los derechos indígenas a la autonomía y a la diversidad incluso cuando construyen derechos colectivos para ellos mismos; (3) logrando así la autodeterminación interna de los pueblos indígenas, mediante la cual un pueblo indígena diseñaría su propio derecho humano a la autodeterminación sin minar los derechos individuales, (4) por

medio de un movimiento social y político que yo concibo como un metafórico «Estado de derechos humanos».

Palabras clave: pueblos indígenas, derechos humanos, autodeterminación, construcción social, derechos individuales, derechos colectivos, «derechos humanos»

Consider the idea of human rights borne specifically by «indigenous peoples» or «indigenous populations» or «persons belonging to indigenous peoples,» however defined. And consider the idea of indigenous human rights regardless of whether such rights might be entirely new rights or instead the recognition of rights already implicit in, say, this or that international human rights instrument. Imagine that such rights include a people's right to define itself as *indigenous*; to preserve the group's cultural integrity,¹ including freedom from forced assimilation into the dominant culture within the nation state, hence freedom from programs of nation building that deny the status of indigenous peoples as distinct; no dispossession of lands, territories and natural resources historically associated with the indigenous population, and no transfer of the indigenous population; and a right to free, prior, and informed consent about state plans for developing lands, territories and natural resources associated with the indigenous people. All of these rights rest on a right more fundamental: the right to *self-determination*. A group may pursue self-determination within a nation state, as some form of self-government or regional autonomy, perhaps to «freely determine» the group's political status and institutions or to «freely pursue» economic, social and cultural development. Or a group may seek self-determination as a right to secede from that state²— if, say, victimized by ethnic cleansing.³

¹ Which is hardly unproblematic: «Attention to cultural integrity necessarily leads us to have regard for certain types of groups in ways that we do not for others»; on grounds of cultural integrity, «we tend to attach greater importance to groups that comprise or generate distinctive cultures more than to other types of groups»; «cultural groups are accorded a certain set of rights that other types of groups are not» (Anaya 1997: 223).

² According to Thornberry (2002) and Morgan (2007), among others, many indigenous representatives do not view themselves as advocating new rights. According to Xanthaki (2007: 173), «if indigenous peoples are recognized as beneficiaries of the right to self-determination, they will not automatically have the right to secede.»

³ Not all such rights are proclaimed in all international instruments, although these and more are listed in perhaps the single most significant instrument for indigenous peoples, the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (UNDRIP), adopted by the U.N. General Assembly in 2007. Like all international instruments, it does not enjoy international consensus. It was adopted with 144 states in favor, 4 against (Australia, Canada, New Zealand and the United States), and 11 abstentions (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, the Russian Federation, Samoa and Ukraine).

Indeed, exactly what such a right might entail is entirely contingent and likely differs among different indigenous peoples and perhaps over time for the same people. Moreover, it is hardly clear in any given case how likely a right to self-determination (in international law or as a human right) will enable a people to freely determine the major features of their legal and political status within the nation state, and to freely pursue their economic and social development while controlling development on indigenous lands and of indigenous resources. Nor is it clear what any given indigenous people might require, as a putatively distinct people, to survive as distinct or to preserve unique cultural and social features. Indeed, «indigenous peoples' own desires vary significantly as to the degree of autonomy or self-determination that they pursue» (Stamatopoulou 1994: 78).

As a social construct, a human right to self-determination for indigenous peoples is made not discovered; it does not exist prior to its establishment by those who would be affected by it. This approach can cope with various challenges posed by any notion of human rights specific to indigenous peoples. I deploy it (1) to argue for the social construction of indigenous peoples themselves, (2) with certain limits on indigenous rights to autonomy and diversity even as they construct collective rights for themselves, (3) in this way achieving the internal self-determination of indigenous peoples, whereby an indigenous people would design its own human right to self-determination without thereby undermining individual rights, (4) by means of a social and political movement that I conceive as a metaphorical «human rights state».

1. The social construction of indigenous peoples

The term *indigenous people* is indeterminate. No single definition has ever been consensually embraced either by scholars or by possible or plausible addressees of the definition. The differentiation between indigenous and nonindigenous is deeply problematic. As members of species that evolved in Africa around 200,000 years and, between 50,000 and 80,000 years ago, populated all other continents except Antarctica, all humans are equally indigenous as a species. To be sure, common usage of the term *indigeneity* focuses on dimensions of human life political not biological.⁴ One political dimension is

⁴ For example, one aspect of a political construal of the term *indigeneity* is unjust dispossession of lands in the sense, for example, of Pope Urban II who, in 1095, issued a papal bull titled *Terra Nullius* (territory never before subject to any state's sovereignty

group identity. Like membership in the contemporary nation state, membership in an indigenous people rests on a particular framing of specific historical experiences.

There is no single plausible, appropriate, or just way to understand all indigenous groups. In any given case, the term *indigenous* must be specified in ways sensitive to the peculiarities of that group. Each group is distinct from every other, and groups are hardly homogenous. Claims such as there are «more than 370 million indigenous persons all over the world» (Oldham and Frank 2008: 5), or that «indigenous peoples constitute about 5 per cent of the world's population ... spread across over 70 countries,» or that «while only about 5 per cent of the world's population, indigenous peoples account for nearly 15 per cent of the world's poor» (International Labour Organization (n.d.)),⁵ risks homogenizing indigenous groups *inwardly*, as if all members of an indigenous community were like-minded or shared the same self-understanding as indigenous. And they risk homogenizing groups *outwardly*, as if all indigenous communities were indigenous in the same way.

In the face of such indeterminacy, a social constructionist approach to indigenous peoples recommends itself. It regards indigeneity as made not found, socially constructed not «natural.»⁶ This holds for indigenous persons, and it holds for any plausible human rights of indigenous peoples. That is, both human rights and indigenous peoples can only be what the relevant human communities agree they are. Any definition of indigenous peoples or of human rights is morally relative as well as historically and culturally perspectival. Such definitions are «political» in nature, first

and thus without first (state-based) occupants) that asserted in fact not sovereignty-less territory but rather the right of Christian Europeans to seize the territories of non-Christians, in particular to seize Muslim lands while prosecuting the First Crusade. Another example is John Locke's notion of *vacuum domicillem*: «Founded in the era of natural law, and used by Locke specifically to justify English colonialism in the Americas, is the notion that land that was not "worked" was no one's property. An extension of this was the idea that those who did not work the land, that is, "Indians", were just a part of the natural, "un-owned" landscape. Hence, land unworked by "advanced" human beings was "empty," the vacuum» (Nelson 2009: 5). See also Arneil (1996). Or consider Barelli's (2010: 972) claim that indigenous peoples are «entitled to special protection property rights by virtue of their culture, special relationship and long connection with the region.»

⁵ See International Labour Organization (n.d.).

⁶ This approach rejects common linguistic usage where to claim that someone is indigenous is necessarily to make a claim about origins, that someone is related to some particular territory in some «natural» fashion, which quality marks the person as «native.

of all as a product of the human imagination in the sense of Benedict Anderson's (1991) notion of «imagined community.»

As a political term, one term unavoidably invested with the speaker's value commitments, the term indigeneity cannot be defined in any value-neutral way. One political question is: Whose values should determine? Who should decide what an indigenous people is? Anthropologists?⁷ No consensus. International law? Generally unenforceable and in practice never global.⁸ The United Nations? No consensus and mostly confined to the power of rhetoric. While the UN *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* announced in 1960 a right of peoples to self-determination,⁹

⁷ Cultural anthropology in particular is a science of differences, even as it may sometimes face political imperatives to stress what is shared across diverse cultural borders. As the UN drafted its human rights declaration in 1947, the American Anthropological Association (AAA), dedicated to the study of profound and enduring cultural difference, disputed the notion of rights valid across all cultural boundaries (even as many cultures overlap at points, and even as all cultures to various extents are hybrids). The AAA sought to discourage the drafting committee accordingly, querying the UN Human Rights Commission that drafted the Universal Declaration: «How can the proposed Declaration be applicable to all human beings and not be a statement of rights conceived only in terms of values prevalent in the countries of Western Europe and America?» For «what is held to be a human right in one society may be regarded as anti-social by another people, or by the same people in a different period of their history» (AAA 1947: 539, 542). The nub of this critique is that a rights claim is a cultural claim, because rights are cultural artifacts; and that as cultural artifacts, rights are valid only for the cultures in which they resonate, that is, for the local community alone. In other words, cultural «validity» is always local; hence no culture is universally «valid,» even as many artifacts, despite their origins at specific times in specific cultural regions, today have achieved more or less universal embrace. These include natural science, modern medicine, various types of engineering, and various technologies (but note: these are artifacts not woven of normative tissue, unlike human rights and other moral claims). If cultural validity is local, then some human rights claims will conflict with some aspects of some of the cultures beyond the particular one making a particular claim about human rights. Fifty years later the AAA officially embraced the idea of human rights, finding the idea compatible with «anthropological principles of respect for concrete human differences, both collective and individual, rather than the abstract legal uniformity of Western tradition» (AAA 1999). AAA's 1999 statement coheres with its 1947 statement: it maintains that irreducible cultural differences exist no less than tensions between such differences and the uniformity of any system of normative rules (including human rights). But now the AAA argued that human rights norms can be reconciled with irreducible cultural differences among different communities. Tellingly, it neglected to say just how (likely it was unable to say just how).

⁸ According to Cirkovic (2006/2007: 391), «international law has constructed a particular meaning of indigenous identity and entitlement that is inconsistent with the self-image of indigenous peoples as nations.»

⁹ 1960 *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, General Assembly Resolution 1514 (Fifteenth Session), at 66 U.N. Doc. A/4684 (1960).

it declined to define *peoples* and left interpretation to «the regional checks and balances of power,» leaving the indigenous vulnerable to the interests of regional powers (Stamatopoulou 1994: 66). How about each nation state? Abidingly anxious not to lose any control over its sovereign territory, the nation state easily finds itself in tension with indigenous peoples.¹⁰

Still, as I will argue, the nation state is political phenomenon most relevant to indigenous peoples. I will also argue that only indigenous peoples can define themselves as such, even though others often define them. According to Ronald Niezen (2003: 221), the «concept “indigenous peoples,” developed principally within Western traditions of scholarship and legal reform» and has «nurtured the revival of “traditional” identities.» For its part, indigenous peoples’ movements (international law, scholars, and political movements both within and beyond indigenous communities) make «use of ideas that facilitate identity formation,» indeed «ideas developed largely by nonindigenous sympathizers» — including the proposal I make in this article (ibid. 217). Indigenous movements have found emancipatory resources

¹⁰ Absent a universally accepted definition of indigenous peoples, the nation state can always argue that it can best decide the issue. And in the past, «states would decide who constituted indigenous “people”, thus ignoring the emphasis on self-definition that had emerged from over 20 years of debate in UN fora» (Oldham and Frank 2008: 7). As a term, and as the corresponding international political movement beyond states, the term *indigenous peoples* is largely a twentieth-century political phenomenon. Indigenous identity constructed as a history of suffering is a contemporary reaction to nineteenth and twentieth century nation building that often either forcibly assimilated the indigenous or relocated them into isolation. And while the indigenous are then viewed as victims, they can be constructed in terms of a promised recovery and triumph. In the first vein, for example: the «term *indigenous* refers broadly to the living descendants of preinvasion inhabitants of lands now dominated by others. Indigenous peoples, nations, or communities are culturally distinctive groups that find themselves engulfed by settler societies born of the forms of empire and conquest» (Anaya 2004: 3). In the second vein: «They are *indigenous* because their ancestral roots are embedded in the lands on which they live, or would like to live, much more deeply than the roots of more powerful sectors of society living on the same lands or in close proximity. And they are *peoples* in that they comprise distinct communities with a continuity of existence and identity that links them to the communities, tribes, or nations of their ancestral past» (Anaya 2009: 1). In either case, identity politics is fraught with perils, as Eagleton (2000: 129) notes: «If identify politics have ranked among the most emancipatory of contemporary movements, some brands of them have also been closed, intolerant and supremacist. Deaf to the need for wider political solidarity, they represent a kind of group individualism which reflects the dominant social ethos as much as it dissents from it ... At the worst, an open society becomes one which encourages a whole range of closed cultures.»

in some of the «ideas of dominant societies,» and even in colonial history's «oppressive ideas about the colonized» (ibid.).

To be sure, some self-identified indigenous groups have contributed as well, transforming the term *indigenous peoples* from a marker of shame and failure into a positive marker of proud cultural tradition and even wisdom worthy of state protection and some form of autonomy and self-determination. And for the «first time, indigenous peoples had access to their own UN forum» —the Working Group on Indigenous Populations, 1982— which became a world forum for indigenous peoples' movements» (Daes 2009: 48). And in a «first for international law, the rights bearers, indigenous peoples, played a pivotal role in the negotiations» on the content» of the most comprehensive relevant instrumental instrument, the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, adopted by the UN General Assembly in 2007 (Charters and Stavenhagen 2009: 10).¹¹

From the standpoint of political theory, and guided by the sociological approach of social construction, I will argue that the term *indigeneity* is useful where it contributes to the analysis of human experience and to efforts to change political communities in ways that make them more just, for example in addressing historically unequal power relations among different groups within particular political communities. But the term *indigeneity* is unhelpful where it becomes a rationale for trumping the rights or preferences of individual members of the indigenous group, or where it ignores or denies the inevitability of change along many dimensions of social life in the name of some distant past or some imagined cultural or biological «purity.»¹²

As I deploy it, social construction rejects any primordial approach as well as «notions of peoples with “characteristics”» or «groups

¹¹ In fact, «international human rights law increasingly recognizes that “minorities and indigenous peoples should have more control in the conduct of their own affairs”» (Charters 2008:492-493, citing Gilbert (2006: 195)).

¹² Among other difficulties with defining indigenous peoples. If the group itself is to decide whether it is indigenous, perhaps some groups may wrongfully claim that status and whatever rights might attend it. In some instances, self-definition might spur forms of ethno-nationalism with consequences disastrous for the both the indigenous group and the larger political community. After all, different groups that might think of themselves as indigenous likely operate in a field of differential power relations and structural inequalities and may be in competition with each other. Compare Kenrick and Lewis (2004). And in cases of ethnic conflicts, self-defining indigenous groups might unintentionally exacerbate latent tensions among competing ethnic groups, or otherwise destabilize the nation state confronting multiple claimants characterized by any number of major or minor differences in culture, political vision, and historical experience – whereby not all claimants can be accommodated.

[that] self-agglomerate on the basis of free association, or self-identify on the perception of boundaries between themselves and “others”» (Thornberry 2002: 59). With Rogers Brubaker and Craig Calhoun I would argue that «people are “situated in particular webs of belonging”; that «ethnic and other forms of solidarity provide networks of mutual support, capacities for communication,» and that «frameworks of “culture and social relationships are as real as individuals”»; that «no one lives outside particularistic solidarities»; that «it is important to think of solidarities in the plural»; and that «solidarities are organized in a variety of ways» (Brubaker 2003: 556-557).

In other words, I treat groups as «constructed, contingent, and fluctuating» (ibid. 554). I «problematize[s] groupness and question axioms of stable group being» (ibid.). I reject that idea of ethnic groups as «entities» and cast as «actors» (ibid.). I do not «frame accounts of ethnic, racial, and national conflict in groupist terms as the struggles “of” ethnic groups, races, and nations» (ibid.). And I note the «variety of forms (other than bounded groups) which affinity, commonality, and connectedness can take» as well as the «variety of ways in which ethnicity “works”» (ibid. 555).

But social construction is not the view that people can freely construct themselves and their social world in any they might wish, for example with regard to their identity. On the one hand, «“there is room for the evolution and regional specificity of the concept of ‘indigenous’ in practice”» (Thornberry 2002: 58). Indeed, the situation, condition, history, needs and aspirations of various indigenous groups vary greatly. On the other hand, «Neither governments nor indigenous peoples favour the exponential growth of “indigenism” as a vehicle to carry all kinds of claims by sundry collectivities» (ibid. 57).

Further, I do not treat «individuals abstract enough to be able to choose all their “identifications,”» nor do I treat «ethnicity as essentially a choice of identifications,» nor do I «neglect the omnipresence of ascription,» nor do I assert «“that cultural difference” should be valued only as a matter of individual taste – identifications”» (Brubaker 2003: 555-556). I «do not treat individuals as primary» nor do I treat identification as «freely chosen by abstract individuals»: self-identifications interact with ascribed identifications and categorizations, «especially those employed by powerful, authoritative institutions – above all, the modern state» (ibid. 556).

Patrick Thornberry notes a «range of claimants to indigenous status,» whereby some cases, such as the Boers and the Rehoboth Basters, are particularly difficult. In short, the «conceptualization of indigenous peoples cannot be a simple exercise in description. The

question of who is indigenous is mired in politics, suffused with ethical considerations and questions centering around the justifications for a new focus in human rights instruments and a specifically addressed body of rights. ... [I]nternational law itself plays a constructive (or deconstructive) role through recognition processes and incentives for groups to access international norms through configuration or re-configuration as indigenous. Against the State-inspired stratagems which would restrict the scope of "indigenous peoples", self-defining indigenous groups correlate self-definition with self-determination... Logically, this is like pulling yourself up by your bootstraps, since it presupposes an answer to the prior question of who is entitled to self-determination» (Thornberry 2002: 60).

But rather than regard this «pulling yourself up by your bootstraps» as a problem, I regard it as a program. I propose that indigenous peoples who seek recognition of a human right to self-determination for indigenous peoples regard themselves as the authors of such a human right, addressed to themselves.¹³ I draw upon an approach to human rights I develop elsewhere (Gregg 2012; Gregg 2016b), as authored by their own addressees and valid only if freely embraced by those addressees.

2. Limits on indigenous rights to autonomy and diversity

How indigenous peoples are socially constructed may have distinct consequences for them and others. As Pierre Bourdieu (1986: 13) notes, «nous produisons ils catégories selon lesquelles nous construisons le monde sociale et ... ces catégories produisent le monde.» Constructing

¹³ According to Ahrén, some international instruments tend to regard «people's rights» as human rights. On the one hand, international instruments such as the United Nations Universal Declaration vests rights in individuals rather than groups and communities. On the other hand, Ahrén «points to how international legal instruments, most notably, the 1970 United Nations (UN) Declaration on Friendly Relations, extended international legal validity to decolonisation projects by reimagining the right of self-determination as vesting in colonised peoples» (Macklem 2009: 488). Further, the «African Charter on Human and Peoples' Rights, International Labour Organization Convention No. 169, the work of various UN treaty monitoring bodies» and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples all «speak of human rights in collective terms,» showing that «international law has broken away from a binary commitment to state sovereignty and individual rights to embrace the proposition that non-state forming peoples possess human rights in international law» (ibid.). But the project for a human right to self-determination for indigenous peoples should target the nation state more than international law, as I argue in later pages.

the social world in legal categories, in this way even transforming it, is consequential if the nation state reinforces these constructions. At the same time, by «conceptualising relative claims in juridical terms, international human rights law is even more hegemonic than cultural relativists realise» (Macklem 2009: 501). And if «total acculturation is the goal, (penal) law can be an instrument to accomplish that goal» whereby such reasoning may even «lead to a form of “ethnocide”» (Van Broeck 2001: 12).

I will argue that, just as a social construction can modify its social context, so that social context may well modify the social construction in turn. That is, human rights, even as a social construct, may entail meanings that affect those groups claiming human rights. According to Thornberry (2002:428), as «indigenous groups structure their claims in the language of human rights, so human rights structure the modes of social representation and the potential responses.» In particular, when «confronted with a dominant group, a minority group does not always lose its traditional values»; rather, «through a process of ethnicity-creation and reinforcement, some values might well become more important than in the “traditional culture”» (Van Broeck 2001: 12).¹⁴

¹⁴ Which is not to say that indigenous peoples are minority peoples, but this is a matter of definition.» Castellino (1999: 396) for example says, on the one hand: «After denial of self-determination to minorities, indigenous peoples began to consider themselves to be in a category higher than that of minorities. This would enable them to set forth claims for self-determination. Indigenous peoples point out that their claims to self-determination are different from those of minorities since they have even fewer rights than the former.» On the other hand he quotes Caportorti, Special Rapporteur in the UN «Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities,» who defines *minority* as a «group which is numerically inferior to the rest of the population of a State and in a non-dominant position, whose members possess ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the rest of the population who, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion and language» (ibid. 401). All of these characteristics might be attributed to indigenous peoples but perhaps the indigenous are marked by additional features. Or perhaps indigenous peoples are best understood as one kind of national minority. Like non-indigenous national minorities, indigenous peoples have long inhabited a specific territory they regard as their homeland. They regard themselves as culturally distinct from the majority or dominant society into which they have been absorbed. According to Will Kymlicka, national minorities all «formed functioning societies, with their own institutions, culture and language, concentrated in a particular territory, prior to being incorporated into a larger state». The incorporation of such national minorities is usually involuntary, as a result of colonization, conquest or the ceding of territory from one imperial power to another, but may also occur voluntarily, through some treaty or other federative agreement. Examples of national minorities within Western democracies alone include «Indigenous peoples, Puerto Ricans, and Québécois in North America, the Catalans and Basques in Spain, the Flemish in

I would construct a human right to indigenous self-determination in just this sense, as a two-way street connecting individual rights with collective rights. The social construction of a human right to self-determination specific to indigenous peoples would then be bounded with respect to the degree of regulatory autonomy or cultural diversity allowed the indigenous community vis-à-vis the larger national community. Some of these boundaries may chafe: «human rights are double-edged» in the sense that the «“rules of the game” ... will not suit all indigenous societies. There are losses and gains in trading in the currency of human rights, as there are with ... self-determination» (Thornberry 2002: 428). Some indigenous communities may well reject any human rights «inconsistent with some of the cherished features of some indigenous societies: the authority of elders (which can stand in the way of representative democracy), the duty of children (especially as it applies to labor and the “cruelty” that can be found in some rites of passage), and the subservience of women (expressed above all in marriage duties and exclusion from politics)» (Niezen 2003: 220).

In placing such limits on an indigenous right to autonomy and diversity, I claim that special minority rights for an indigenous people cannot do the work intended if the rights of individuals within the community are trumped by collective rights. A human right to indigenous self-determination needs to accommodate individual rights and values within collective rights and values. The idea and practice of religious tolerance offers one example of how this is possible. Experience in the West has shown that allowing individuals freedom of religious belief and practice does not diminish the collective interests

Belgium, the Sami in Norway, and so on. Most countries around the world contain such national minorities, and most of these national minorities were involuntarily incorporated into their current state — a testament to the role of imperialism and violence in the formation of the current system of “nation-states”» (Kymlicka 1988: 217). As I argue, the relationship of indigenous peoples to the nation state is one of the features most significant to the question of a possible human rights to the self-determination of indigenous peoples. Here Kymlicka (1999: 282) distinguishes between incorporated national groups (Catalans, Puerto Ricans, Flemish, Scots, Québécois), who are *stateless nations*, that is, nations that sought but failed in the competition among nations to constitute themselves as states, on the one hand and, on the other hand, indigenous peoples (the Sami, the Inuit, and American Indians) who long existed largely outside the system of states, more or less «isolated from that process until very recently, and so retained a pre-modern way of life until well into this century» (ibid.). Be that as it may, Scheinen (2005: 13) plausibly argues that «being indigenous does not *automatically* bring with it being “a people”» and that the «perceived unity of all indigenous peoples in the world is a fallacy if one tries to be serious about how specific rights flow from the fact of being an indigenous people» (ibid.).

of different faiths. Rather, it supports those interests by rendering different faiths equal to each other in terms of legal rights and freedoms; by allowing them to perpetuate the membership of present members and to recruit new members; and by allowing new groups and new faiths to form. An individual right to freedom of conscience tracks individual rights to freedoms of expression and association in that all of them are often exercised by individuals in concert with other individuals. In this way individual rights can further collective interests and rights. Given the multiplicity of such interests and rights, individual rights can support cultural diversity of groups within society—and allowance for diversity, as I argue in later pages, is key to indigenous rights. Precisely civil and political rights of the individual, enjoyed regardless of the individual's membership in this or that group, help preserve those memberships. Similarly, indigenous peoples who enjoy a human right to collective self-determination do not thereby undermine the collective interests of the nonindigenous population or of the nation state. Special rights that would help maintain their fragile ethnic particularism in the face of economic and cultural forces of the larger, surrounding society need not violate right of all citizens to individual equality of treatment.

With regard to human rights, universal respect for diversity (such as traditional indigenous beliefs and practices) entails *not* respecting at least some plausible candidates for universal norms. The Corte Constitucional de Colombia, for example, says of itself that it defends «some universal ethical minimums which allow the specificity of different cultures to be transcended and to build a framework for understanding and dialogue between civilizations.»¹⁵ Yet it immediately identifies a «tension between the constitutional recognition of ethnic and cultural diversity and the establishment of fundamental rights. While the latter are philosophically based on transcultural norms, supposedly universal respect for diversity involves the acceptance of world views and value standards that are different and even contrary to the values of universal ethics.»¹⁶

Human rights for indigenous peoples might be constructed in any number of ways, including the following. One might argue that indigenous peoples are due the same citizen's rights as every other member of the political community. Or one might argue that indigenous peoples are due special rights of cultural diversity that

¹⁵ Sentencia T-254/94, 30 May 1994, ¶10; cited in Gómez Isa (2014: 736).

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia (C.C.) (Colombian Constitutional Court), Sentencia T-254/94, 30 May 1994, ¶ 10 (Colom.), cited in Gómez Isa (2014: 736).

non-indigenous members of the community are not due, above all: a human right to collective self-determination as a people. The second option allows behavior acceptable within the indigenous community even if in violation of other, non-indigenous constructions of human rights. It entails that the constitution (among other laws of political community) does not apply to all citizens equally. Inequality is justified, on this interpretation, by the imperative of recognizing some forms of diversity as appropriate in contexts involving an indigenous people.

What might the option entail with regard to a possible human right to life? If, logically speaking, such a right forms the basis for the possibility of all other rights, then it would seem to be the most fundamental of human rights and, consequently, one that admits of no plausible restrictions. In that case, it could not allow for any and all kinds of diversity within indigenous communities within the nation state. The Inter-American Court of Human Rights makes just that claim: «Owing to the fundamental nature of the right to life, restrictive approaches to it are inadmissible.»¹⁷

But the term *restrictive approach* is highly interpretable. Reasonable people, and different peoples, may well disagree as to what constitutes a restriction. For example, is capital punishment a restriction?¹⁸ Or does a right to life not entail the individual's right to continued existence if found guilty of a capital crime? For example, might a right to life imply «life» in the sense of a right to live the «authentic» or preferred way of life of an indigenous people? According to Asier Martínez Bringas (2003), indigenous people view a human right to life as a «right to territory, the right to their own culture and the right to ethno-development, for which the right to self-determination, the right that combines them all, is required.»¹⁹ For at least some indigenous peoples, he claims, a fundamental right to life implies a right to political and cultural self-determination—but only for the indigenous, not for the non-indigenous.

Alternatively, the term *restrictive approach* might emphasize restrictions on the internal autonomy of the indigenous community, on grounds that individuals within indigenous communities are vulnerable to mistreatment by communal authorities no less than to oppression by the non-indigenous authorities of the nation state. In other words, collective

¹⁷ Case of the «Street Children» (Villagran-Morales *et al.*) v. Guatemala, Merits, Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) No. 63, ¶ 144 (19 Nov. 1999), cited in Gómez Isa (2014: 740).

¹⁸ Does any indigenous people impose the death penalty for any offence?

¹⁹ Cited in Gómez Isa (2014: 740).

rights provide the indigenous people with an autonomy that could, in principle, allow for abuses of individual members —under circumstances in which collective human rights offer no protection against indigenous beliefs and practices that violate individual human rights.

In that case, *maximal* indigenous autonomy would mean *minimal* legal restrictions on the indigenous, for example with regard to «internal relations of the community itself, that is to say, when all the elements defining a particular situation involve an indigenous community: both the perpetrator of the conduct and the injured party belong to the community, and the events have taken place within the territory of that community. In that case, the limits on indigenous autonomy should be minimal,» which means, according to Felipe Gómez Isa (2014: 739), citing the Corte Constitucional de Colombia, «what is at stake is basically the “subsistence of the group’s cultural identity and cohesion.”»²⁰

In one case the Colombian court found that the «expulsion of the community member and his family from the indigenous territory placed the members of the family in a «disadvantageous economic and social situation.» Here the punishment «went beyond the person of the offender,» rendering the punishment «disproportionate and contrary to international human rights treaties»²¹ because «expulsion entails a complete break with their cultural environment and the lapsing of their anthropological filiation.»²² The court found this punishment «materially unjust because it encompasses the members» of the guilty person’s family, a circumstance that violates the «fundamental rights to due process and the physical integrity of his children.»²³ In this spirit, and speaking of indigenous peoples, Emiliano Borja claims that the «presumption of innocence, the right to a defense and to due process» need to be «interpreted from a different viewpoint» —that is, different from the viewpoint of the larger political community— because the values of peace and social equilibrium in the indigenous community «require other very important supra-individual components to be taken into consideration.»²⁴

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96, 8 Aug. 1996, ¶ 2.2 (Colom.).

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254/94, 30 May 1994, ¶ 15, cited in Gómez Isa (2014: 750).

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254/94, 30 May 1994, ¶ 10, cited in Gómez Isa (2014: 750).

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254/94, 30 May 1994, ¶ 10, cited in Gómez Isa (2014: 751).

²⁴ Borja (2006), p. 673, cited in Gómez Isa (2014: 751).

But just how much autonomy should an indigenous people enjoy vis-à-vis the larger society? As Alosno Gurmendi Dunkelberg (2015: 18) points out, to regard corporal punishment as culturally relative—with one standard for the indigenous community and another for the larger community—«would work against the very indigenous populations it seeks to protect and empower. Certainly, the fact that the victim is a member of an indigenous community is a significant subjective factor to analyze in any definition of torture, but the problem here is that the interpretation that defenders of indigenous corporal punishment propose would end up subjecting indigenous individuals to a more permissive torture standard when compared to other vulnerable groups.» Gurmendi Dunkelberg concludes that «indigenous corporal punishments should be measured against the general definition of torture, as embodied in the relevant treaties and jurisprudence. Under such rules, it is fairly clear that corporal punishments are generally considered banned and that there is a strong resistance against them at international fora. Therefore, provided that any adjustment of indigenous customary law respects the right of indigenous communities to prior consultation, there would seem to be no particular reason why members of indigenous communities should see their human rights subjected to harsher standards only due to their indigenous identity. International human rights law seeks to protect individuals first» (ibid. 25-26).

By contrast, the Corte Constitucional de Colombia advocates the «maximization of the autonomy of indigenous communities and, therefore, the minimization of restrictions on those which are essential for safeguarding interests of a higher order.» It does so on the theory that «only with a high degree of autonomy is cultural survival possible.»²⁵ So construed, human rights specific to indigenous peoples are collective rights—some potentially in conflict with human rights constructed as individual rights. Consider crimes such as homicide, torture, and slavery. These are not everywhere understood and defined in the same way; there is no cross-cultural consensus as to whether they are sacrosanct in all circumstances. So too, then, with a putative human right to life, or a human rights-based prohibition of torture or of slavery.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96, 8 Aug. 1996, ¶ 2.2 (Colom.), cited in Gómez Isa (2014: 738). How might a court of law distinguish between different degrees of indigenous autonomy (or different degrees of restricting autonomy to safeguard interests of the whole political community) when determining the proper extent of indigenous normative and jurisdictional autonomy?

In the self-understanding of the Columbian court, to recognize cultural diversity *to any extent* is to practice moral relativism *to some extent*.²⁶ Some indigenous communities may understand some forms of violence or some types of punishment in ways different from non-indigenous communities. Some indigenous peoples may have doubts «as to whether the use of forced labor for punishing certain types of behavior in some indigenous communities can be considered slavery, something which has been rejected by both indigenous communities themselves and in legal writings and case law» (Gómez Isa 2014: 746). On one account cited by Felipe Gómez Isa (*ibid.* 746), that of Emiliano Borja, penalty in some indigenous communities «does not try to just express punishment as a sign of social condemnation but primarily seeks to restore balance to the social life of the group and attain the peace disturbed by the behavior of the perpetrator.»²⁷

In one case, the Corte Constitucional de Colombia claims that in non-indigenous communities, «punishment is inflicted because a crime has been committed,» whereas in indigenous communities, punishment is inflicted to «re-establish the natural order and in order to dissuade the community from committing offences in the future.»²⁸ In another case the court draws on testimony of an indigenous person to conclude that imprisonment, a punishment widely practiced in the non-indigenous community, in the case of indigenous lawbreakers should be replaced with that of forced labor. According to the court, the understanding of slavery (if forced labor under these circumstances can be understood as slavery) is relative, and properly so. No less relative are norms of punishment with respect to type of punishment: type may properly vary depending on the lawbreaker's indigenous status. For example, regarding physical punishment of indigenous persons for certain offenses, Emiliano Borja writes: «one of the fundamental principles governing the social life of indigenous peoples and their law and punishment system are the principles of reciprocity, of balance, and social peace. The aim of the penal system is to restore the balance that was disturbed by the conduct being punished. The punishment not only has an individual dimension in that it punishes the wrongdoer, but also seeks to restore community harmony. It is within this framework of interpretation and understanding that the traditional practice followed

²⁶ Much work in the disciplines of anthropology and legal sociology, as in other social sciences, does not deal in cultural universals but rather in normative and cultural relativism. Hence appeal to either cannot establish some kind of intercultural consensus.

²⁷ Borja (2006), p. 675, cited in Gómez Isa (2014: 746).

²⁸ Sentencia T-523/97, 15 Oct. 1997 (Colom.), cited in Gómez Isa (2014: 746).

in certain communities of inflicting physical punishment using stocks or the whip (fuate) should be analyzed» (ibid. 746).²⁹

According to the Corte Constitucional de Colombia, «determination of the severity of a certain penalty,» to «establish whether or not it constitutes torture or cruel, inhuman or degrading treatment, can only be done in light of the circumstances of the specific case.»³⁰ Important to the court is whether a particular punishment, including one rejected as unjust by the non-indigenous community, such as stocks or whips, is an «authentic» aspect of the indigenous community's customs and mores, and one in which the «community itself sees as valuable because it is highly intimidating and does not last long.»³¹

In short, a human right to indigenous self-determination cannot be a right to unchecked autonomy of the indigenous authorities within the indigenous community. With respect to «indigenous idiosyncrasies with regard to trials and penalties,» Felipe Gómez Isa (ibid. 748) states that «indigenous communities are not required to apply the principle of legality in the same way as it is applied in the ruling society.» He cites the Corte Constitucional de Colombia to the effect that legal justice requires avoiding «a complete disregard for the typical ways in which indigenous judgment norms and rituals, the preservation of which is what is being sought.»³² Further, article 246 of the Constitution of Colombia «requires that trials in indigenous communities ... be carried out “according to their norms and procedures”» —but surely not all norms and procedures. In some cases they should be carried out according to the norms of the larger, national community in which the indigenous people is embedded.

3. Internal self-determination of indigenous peoples

I propose a particular form of social construction: *self*-identification of a people that would then assign itself the human rights peculiar to itself in line with its self-identification as indigenous. I propose that an indigenous people define itself and that it do so within boundaries I develop below. The notion that the indigenous might properly identify themselves is already present in some international instruments that

²⁹ Borja (2006), p. 674, cited in Gómez Isa (2014: 746).

³⁰ Sentencia SU-510/98, 18 Sept. 1998, ¶ 57, cited in Gómez Isa (2014: 746).

³¹ Sentencia T-349/96, 8 Aug. 1996, 8 Aug. 1996, ¶ 2.4.2.2, cited in Gómez Isa (2014: 746).

³² Sentencia SU-510/98, 18 Sept. 1998, ¶ 2.3, cited in Gómez Isa (2014: 748).

declare —without defining indigenous peoples— their «right to identify themselves as indigenous and to be recognized as such.»³³ Yet these instruments hardly facilitate a notion of self-identification when offered within an elite discourse that is itself deeply and perpetually divided as to how best to understand indigenous peoples, human rights, and a possible human right to the self-determination of indigenous peoples.

Toward facilitating the idea of indigenous self-identification, I would note that, on the one hand, human rights constructed by their own addressees would not constitute a weapon of an overbearing West wielded against defenseless developing communities in the West and in other parts of the world. On the other hand, constructed rights do not treat individuals as if in a vacuum, independent of all contexts, or as atoms. They do, however, recognize similar vulnerabilities of all individuals (to pain and exclusion, for example) as well as similar needs (say, for respect). Moreover, some human rights can be constructed as individualistic and some as collective. I argue that the relationship between the indigenous and the encompassing non-indigenous community cannot be reduced to a tension between traditional communalism and modern individualism — between communal cultural practices, on the one hand, and human rights of the individual, on the other. That tension is certainly present but it is not deadly if indigenous peoples construct human rights as part of a weave of multiple kinds of rights: the civil and political rights of all citizens of the nation state, as well as minority rights for the indigenous peoples of that nation state, as well as human rights.

If an indigenous people were to construct its own human right to self-determination, it would do well to weave together civil and political rights, minority rights, and human rights with respect to the following eight concerns (among many others): protection from ethnic cleansing or genocide; engagement with the contemporary social, political, economic and cultural environment; the rule of law; remedial rights to address the consequences of past injustices; the right to decide who to admit to the community; protection of indigenous languages; communal boundaries drawn so as to concentrate the indigenous and to resist population transfer; and an emphasis on the nation state rather than on international law for the recognition and enforcement of indigenous human rights.

³³ For example, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/33: Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Forty-Fifth Session, Agenda Item 14 (1993): «Discrimination Against Indigenous Peoples, Report of the Working Group on Indigenous Populations on its eleventh session»; here, p. 53.

First, an indigenous people would not likely construct a human right for itself as a human right to secession — except in one case. If one argues that the nation state should lose its right to territorial integrity if it commits ethnic cleansing or genocide against the indigenous, or if the nation state is unable to prevent other parts of society from committing such acts, then secession suggests itself as a viable understanding of the external self-determination of an indigenous people.³⁴ On this understanding, the gravest human rights violations trigger a right to secession, or at least: non-violation by the state, or by groups within the nation state, constitutes a condition of state sovereignty and national territorial integrity.³⁵

While a right to external self-determination challenges the principle of territorial integrity, a right to internal self-determination does not.³⁶ By a *right to internal self-determination* I mean the right of a people to «choose its own political and economic regime —which is much more than choosing among what is on offer perhaps from one political or economic position only» (Cassese 1995: 101). Such a right is an «ongoing right. Unlike *external* self-determination for colonial peoples,» for example —which «ceases to exist under customary international law» once implemented— a «right to internal self-determination is neither destroyed nor diminished by its having already once been invoked and put into effect» (ibid.).

A right to *internal* self-determination might include the indigenous people's right to participate in the life of the national community along political, economic, social and cultural dimensions —and to do so while maintaining aspects of a distinct way of life along some political, legal, economic, social and cultural dimensions. It might include a people's «right to have their specific character reflected in the legal system and in the political institutions of their country, including

³⁴ Cf. Gregg (2016a), chapter 9.

³⁵ Barelli (2011: 414-415) finds no evidence of clear support in international law for such a condition of state sovereignty and national territorial integrity: nation states practice «realpolitik when dealing with remedial secession claims» and «no international legal document has thus far expressly referred to the existence of this right.»

³⁶ Even as evidently «Some states are reluctant to accept the term “peoples” when referring to indigenous nations because of the implicit threat of demands for self-determination, perceived by some as possible secession» (Stamatopoulou 1994: 78). Speaking in the context of various United Nations working group reports of the United Nations, established in accordance with a commission on human rights resolutions, Quane (2005: 663) remarks that «Most of the states are prepared to accept a right to self-determination for indigenous peoples, provided that it does not threaten the territorial integrity of the state. This means that indigenous peoples will only have a right to internal self determination in normal circumstances.»

cultural autonomy as well as administrative autonomy, wherever feasible» (Daes 2009: 62). Cultural autonomy refers to cultural survival, whereby «equality rights alone would not protect indigenous peoples against assimilationist state policies» (ibid. 63). And it may not violate human rights of individuals or «impair the territorial integrity of those sovereign states that were conducting themselves in compliance with the principles of international law» (ibid. 62).

Correspondingly, a right to *collective* self-determination is not necessarily a right to secession, and a right *collectively* to own ancestral lands need not challenge state sovereignty. There is nothing inherent to the collective nature of a collective right *as such* that necessarily encourages secessionist claims or otherwise necessarily impacts political unity and territorial integrity.

Still, states willing to embrace a right to self-determination for an indigenous people will do so only on the understanding that doing so will not compromise the state's territorial integrity. These states find support in international instruments, which tend to be state-centric. The United Nations Charter of 1945, for example, urges respect for the principle of territorial integrity for the nation state.³⁷ The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of 2007 states, in article 3: «Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.» But then in article 4 it immediately qualifies self-determination in expectable ways: «Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs ...» In short, no nation state will interpret a right to indigenous self-determination as a right to indigenous secession or independence, that is, a right to *external* self-determination.³⁸

³⁷ Chapter 1, Article 2, Paragraph 4: «All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state ...»

³⁸ The adoption of the UNDRIP was delayed because of signatories' concern about any possible implication of indigenous peoples' right to self-determination. Consider, for example, Daes (2009: 59) report on the opinion of a Canadian representative to the working group drafting the UNDRIP: he «questioned the assertion that indigenous peoples and nations were subjects of international law. International law was created by states, through agreements or practice, and there were no indications that states recognized indigenous peoples and nations as subjects of international law. In his view, therefore, it would be incorrect to include in the declaration something that was not, in fact, supported in international law.» Or consider Errico's (2007: 757-758) discussion

Second, a human right to *internal* self-determination cannot mean that the indigenous people either declines to engage with the contemporary social, political, economic and cultural environment or that, doing so, the people somehow forfeits claims to a right to self-determination. Self-determination does not mean the preservation of some kind of rights-generating distinctive way of life or incommensurable cultural authenticity — but rather the means to determine aspects of the people's interaction with the non-indigenous community, including aspects of its adaption to, at points even assimilation into, the social, legal, economic and cultural environment.

This could mean moving from a community in which individuals have traditionally ascribed identities to one in which they choose their identities. It could mean moving from values and institutions that emphasize favoring the group over the individual to values and institutions that emphasize protecting the individual from the group. And it could mean recognizing such non-indigenous bodies as the national courts to adjudicate and enforce minority rights locally. Such rights might best be made internal to the national constitution — along with the human right to indigenous self-determination. Here the problem is developing a system of courts and a legal culture to which the indigenous could trust to judicial review some of their internal disputes, decisions, and arrangements. However difficult that goal may be, it is better than looking to some international body and international legal instruments to monitor and adjudicate such issues.

Third, an indigenous people might construct human rights as a notion of individual civil rights to lead one's life in political community by one's best lights, and notions of individual political rights to participation in the community's self-determination. An indigenous people might configure the processes of political self-determination in various ways. One way is democratic. If one argues that the internal self-determination of indigenous peoples is necessarily a right to democratic self-determination, then the right to self-determination

of a provision «recalling respectively the principles of the Charter of the United Nations and the Vienna Declaration and the Programme of Action,» that «[n]othing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations or construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States.»

involves for some traditional communities the adoption of norms of some non-indigenous communities.³⁹ If, instead, one argues that replacing the traditionally non-democratic governance of indigenous peoples with democratic self-determination would violate the people's cultural integrity, then one does not understand democratic self-determination to be a human right.⁴⁰ In that case one would still need to support the rule of law that, in indigenous communities, would protect individual members from human rights violations.

Fourth, an indigenous people might construct an *internal* human right to self-determination as a right to remedy the consequences of past injustices perpetrated by colonialism⁴¹ or by today's non-indigenous community. Remedial rights properly expire once their goal has been achieved. Here the goal here is fairness and equality in the integration of indigenous peoples into the larger society (including some autonomy in deciding the limits and forms of integration). The goal is the health and welfare of the indigenous people within the nation state, not its engineered permanent distinctions from the larger national community. Hence a right to self-determination is not an inherent right but a contingent one: it obtains as long as needed to achieve its goals. It is not a right to permanent difference for the sake of difference.

The goal is to connect aspects of indigenous life with aspects of the legal and institutional organization of the nation state, in ways in which the indigenous people participate on fair terms, with reasonable prospects of obtaining some of its goals, just as the non-indigenous community faces reasonable prospects of not obtaining all of its goals. The goal is not for the indigenous people not to change; the goal, rather, is to shape that change, to give it a direction desired by the indigenous. Thus self-determination cannot mean the complete and uncompromising preservation or cultivation of the indigenous

³⁹ Anaya (1999: 109-100), for example, views indigenous self-determination as inherently human rights-friendly and correspondingly expects indigenous governments should be democratic.

⁴⁰ I do not; see Gregg (2016a).

⁴¹ The status of colonialism in the construction of indigenous peoples is complex. Eide (2009: 40-41) for example writes that «differences between the situation in the African and Asian territories colonized but not extensively settled by Europeans, and the situations in the Americas, Australia and New Zealand where overpowering European settlement had taken place, is that decolonization gave back power.» He also asserts that because indigenous peoples will better realize their aspirations in the language of human rights than in the language of decolonization, they have stretched the «human rights platform to include collective rights involving a degree of separation and self-determination» (ibid. 41).

people's «otherness» over against the non-indigenous community. It cannot mean preserving a more traditional way of life and eschewing a more modern way of life. It cannot mean that the indigenous (or non-indigenous) community polices the borders of the indigenous people's «otherness» to enforce their social, cultural, political, and economic isolation from the larger community. (Note that the argument from deep cultural difference is belied by the fact the indigenous peoples have long been participating in many aspects of non-indigenous life.)

Fifth, an indigenous people would want to enjoy, with respect to their traditional lands, the right that the citizens together enjoy with respect to non-citizens: the right to decide who to admit and to impose on those admitted obligations (such as learning the community's language). This might mean that the non-indigenous could not settle non-indigenous persons on indigenous land without the prior consent of the indigenous. It would constitute a restriction on the free mobility of all citizens within the national territory, and in that sense it would limit some civil rights of non-indigenous citizens. The communal interests of the national community are similar to the communal interests of the indigenous community with the difference that the indigenous enjoy mobility throughout the country whereas the non-indigenous have less mobility within indigenous territories. The national community seeks to preserve national identity and to protect national security; the indigenous community would preserve aspects of indigenous identity and to protect against the dilution of their likely fragile community through homogenization with outside citizens.

Sixth, linguistic assimilation into the majority language of public life and education, and in the everyday life and work of the indigenous, is a standard policy of nation states. A similar policy for an indigenous people might allow the indigenous language(s) to survive into future generations despite the culturally homogenizing forces in a national environment dominated by another language. Such a right is a special right, a minority right, not enjoyed by the non-indigenous. It is implausible as a human right. The goal might be first bilingual and then fully «intercultural» schooling at the primary and secondary levels, and perhaps at the tertiary level as well. The «fundamental goal of education has usually been to assimilate indigenous peoples in the dominant culture (“Western” or “national”, depending on the circumstances), leading to the consequent disappearance or, at best, marginalisation of indigenous cultures within the education system. To a large extent, this is still the prevailing view in some education systems, despite the existence of legislation that sets specific objectives in this area» (Stavenhagen 2015: 255). Instead, the goal should be

to enable indigenous «children and youth to acquire knowledge and skills that will allow them to move ahead in life and connect with the broader world,» rather than a «means of forcibly changing and, in some cases, destroying indigenous cultures» (ibid.).⁴²

Seventh, if an indigenous people is not concentrated territorially, it will not constitute the kind of local majority that might allow it to achieve representation in political fora beyond the indigenous territories. And self-determination may depend on such representation. A minority right for the indigenous might encourage boundaries drawn so as to concentrate the indigenous or at least not to further disperse the indigenous population. Another minority right might seek to regulate — by drawing internal boundaries — the extent to which the national government might weaken or undermine local indigenous political power and mechanisms of self-determination (such as group-based political representation and perhaps a right of veto over national plans for the use of indigenous lands and their resources). This would be a right to protect against usurpation or disempowerment by the non-indigenous majority.

Eighth, indigenous and nonindigenous peoples alike would do well to seek the construction and observance of a human right to indigenous self-determination inside and through the nation state rather than through international law, which provides little if any benefit to the indigenous and which cannot be well enforced in any case. States may disregard international law, in any case. So the primary venue for the realization of indigenous rights needs to be the nation state. Self-determination would then mean: a nation within a nation, an indigenous nation within a non-indigenous nation. That configuration does not challenge nation state sovereignty at the international level. Rather, it challenges nation state sovereignty internally, to accommodate the indigenous in remedial ways and in compensation for historical injustices that victimized the indigenous. It also challenges nation state sovereignty in the sense of encouraging a more pluralistic configuration of the entire polity: «peoples who have rights to self-determination nested within their rights as citizens of states» (Niezen 2003: 148).

⁴² Not to mention various material problems quite beyond rights: «Many indigenous people experience difficulties in gaining access to schools» but also problematic: «Although the right to education is universally recognised, indigenous peoples still do not exercise it fully. The degree of illiteracy, poor academic achievement and poor school attendance, especially at the middle-school and higher levels, tend to be higher among indigenous peoples than in the rest of the population» (Stavenhagen 2015: 255).

The most effective route to this goal would be the constitutionalization of indigenous self-determination. Constitutionalization would mean measuring the legitimacy of power within the nation state and within the indigenous community by the same legal standards — and by the same human rights norms, at least in aspiration of the nation state incorporating human rights in the domestic constitution. This is an important degree of assimilation. But assimilation need not mean the cultural and other reduction of the indigenous community to the non-indigenous. It need not mean the imposition of a fully foreign way of life through law or administration. Ideally, assimilation would mean cooperation between the two nations or communities in a spirit of coexistence, with mutual respect, toward mutual benefit, and on the basis of shared legal and human rights norms. Those laws and norms inevitably will require both communities to change in some respects. Even if they ask more of indigenous communities than of non-indigenous communities, they measure both by the same standard.

Assimilation so understood could then be an element of internal self-determination, namely as a «right of the population concerned to freely express its wishes about its destiny,» where «choice among the various alternative ways of safeguarding its basic rights primarily belongs to each minority group» and «ought to be made by the people concerned,» although «it needs afterwards to be endorsed by the national authorities, or, in the event of disagreement, negotiated and agreed upon with those authorities» (Cassese 1995: 352).⁴³ To argue that that standard is solely the standard of the non-indigenous community is to indulge in the politics of radical cultural difference that are belied by the many ties and interactions between the two communities. It would also preclude the construction of human rights for the indigenous people inasmuch as human rights locally constructed need to apply to all parts of the nation state equally (even if different nation states were to construct human rights in somewhat different ways).

4. An indigenous human rights state

The constitutionalization of a human right to indigenous self-determination would constitute the *internal* self-determination not

⁴³ Elsewhere I develop methods of resolving normative disagreement under conditions of moral pluralism, cultural diversity, and normative disagreement: cf. Gregg (2002); Gregg (2003a); Gregg (2003b).

only of the indigenous people but indeed of the nation state in which the indigenous are embedded. A right to *internal* self-determination, as a collective right, plausibly entails rights of self-identification but also of group autonomy and perhaps self-government, such as administrative or local autonomy over matters such as health, education, and public services. Self-determination in local affairs might extend over many affairs, from education and employment, culture and religion, housing and employment and social welfare, as well as the natural environment and the management of land and resources. It would continually monitor the indigenous group's relation to the nation state.

In these ways, self-determination of indigenous peoples entails control over territory, for example where cultures and ways of life are viewed (by indigenous and non-indigenous alike) as depending on access and rights to traditional natural resources, toward the people's deciding aspects of its own future and some forms of development. At the same time, the regulation of education, say, or land rights, might remain in the legal and administrative purview of the nation state inasmuch as such interests are national in scope.

Such a right is distinguished from a right to *external* self-determination, as secession leading to a territory's international status as a sovereign entity. But if a right of indigenous peoples to *internal* self-determination might be thought necessary for the enjoyment of other human rights, including rights of the individual, then a human right to *external* self-determination as secession threatens to undermine the human rights project. For the project of advancing a free embrace of human rights around the world to the greatest extent possible at any given time needs the cooperation of nation states in the recognition and protection of human rights of individuals and groups. Of the nation states that might recognize some human rights to some extent, none will cooperate with a notion of human rights that could potentially undermine national integrity and national security. Not surprisingly, international law, driven as it is by the interests of nation states, does not recognize units, groups, or associations within states as enjoying some kind of free-floating right to self-determination under international law. (The ILO Convention, for example, recognizes a «principle of self-identification» for indigenous peoples but notes immediately that its usage in no way implies any kind of rights in the sense of self-determination under international law.)

Further, «standard» *state-centered human rights* are challenged by «special» *human rights for indigenous peoples* but only when the latter

threaten the integrity of the nation state. They do so if constructed as a right to self-determination, and if in turn a right to self-determination is constructed as a right to secession.⁴⁴

On the one hand, a right to self-determination is implausible as a grant of a self-identifying indigenous people to itself. Self-determination is possible only as something granted and restricted in various ways by the relevant nation state. In fact, «economic, social, cultural and environmental circumstances that surround and determine the particular ways of life of indigenous communities,» rather than some universally valid moral insight, would determine what a restriction is in any given context (Gómez Isa 2014: 740).⁴⁵

On the other hand, the notion of human rights specific to indigenous peoples is undermined by the idea that all peoples have an *equal right* to self-determination (the United Nations Charter of 1945 asserts just that: the «equal rights and self-determination of peoples»). If *all* peoples can self-determine, and if self-determination means secession, the nation states inhabited by indigenous peoples would be massively destabilized. Yet the venue and guarantor of human rights recognition and protection is the nation state (if such a nation state exists in any given case). In short, a right to self-determination cannot be generalized to all peoples within the nation state. A universal right to self-determination is incoherent: if all groups achieved self-determination, political community would be impossible.

Human rights framed in terms of an *existing relationship between the individual and the state* miss the mark if the claimed right of an indigenous people is not recognized by the relevant nation state. To achieve that recognition, a social and political movement is necessary. To that end, I propose framing human rights in terms of the relationship between an indigenous people and what I call the «human rights state» (Gregg 2016b).⁴⁶ A particular human rights state seeks to transform the corresponding nation state, which inhabits a legal space and exercises potentially unlimited legal authority within that space. This exclusionary logic — national sovereignty excludes all other legal

⁴⁴ This discussion assumes that at least some indigenous peoples would want to secede, which may not often be the case: «state concerns about threats to territorial integrity are unfounded because most indigenous peoples have no desire for secession» (Quane 2005: 663).

⁴⁵ Of course the mere assertion of such a right provides no information about the source of such a right or how the nation state might limit it. International instruments specify neither the nature of limitations nor their legal basis.

⁴⁶ The following account of a human rights state draws on Gregg (2016a).

authorities — entails that no citizen enjoys human rights if the nation state in which he or she resides declines to offer them. Exclusionary logic undermines the human rights project, which operates with a logic of inclusion: inclusive of persons regardless of their citizenship status or territorial location, and notwithstanding a world organized into nation states.

While distinct from the legal community of the nation state, the metaphorical human rights state is an actual community composed of a network of self-selected actors — indigenous advocates for an indigenous people and for their human right to internal self-determination within the nation state. Each human rights state operates within or alongside a corresponding nation state, yet independent of that nation state in that, unlike a nation state, a human rights state recognizes the self-authored human rights of its members. A human rights state challenges the corresponding nation state to embrace human rights as integral to itself and to the domestic constitution. It challenges a nation state to absorb the corresponding human rights state into itself, in this way reducing the reach of national sovereignty to the extent necessary to allow for the internal self-determination of the indigenous people within that nation state.

Indigenous actors generate membership in a human rights state; they do so through their individual participation in a human rights-inspired form of «sovereignty-free» membership. A metaphorical human rights state needs no physical or topographical sovereignty to be a sphere for human rights-advocacy by its members acting in concert, attempting to persuade the corresponding nation state to adopt a human right to the internal self-determination of an indigenous people. Individuals who advocate that their nation state give up a measure of its sovereignty to adopt, into the national constitution, a human right to indigenous self-determination thereby render themselves members or «citizens» of that particular human rights state. Advocacy is itself constitutive of membership in a human rights state. Indigenous advocates «perform» human rights among themselves, at first only within a human rights state but always as an argument, example, and exhortation addressed to the corresponding nation state.

A human right to indigenous self-determination internal to the nation state means: in its legislative, judicial, and executive branches, the nation state is no longer the sole source, foundation, and center of all legitimate domestic power and for all domestic law. *Internal* refers to incorporation of a human right to indigenous self-determination in the national constitution. Such a nation state, thus modified, is no

longer free of all non-domestic legal restraints in its treatment of its own indigenous citizens.

When I advocate the domestic constitutionalization of human rights, I seek the benefits of constitutionalism understood as the application of several principles: accountability, separation of powers, equal protection of the rights of all citizens (indigenous and nonindigenous alike), and legally enforceable constitutional limits to the exercise of law-making and regulatory powers. These limits should secure the equality of indigenous and non-indigenous citizens even as the indigenous enjoy a particular human right to internal self-determination.

A human rights state would exercise «deontic powers.»⁴⁷ By *deontic* I mean a form of recognition that invests a person in an office with powers that bind his or her addressees. Consider by analogy members of a liberal constitutional democracy. They regard themselves as bound even by those judicial decisions they view as wrongly decided. By so regarding themselves, they recognize the binding (or deontic) normative power of the «status function» (defined below) that a political community assigns to judicial holdings. Such decisions are binding not because of anything inherent in the decisions themselves but because of the deontic power of the court's formal legal status, as defined by the constitution, and by its status as defined over time by historical practice (in the United States, for example, the custom of judicial review). The decisions are binding because the community regards them as binding.

By *status* I mean a rights-bearing capacity that a political community can ascribed to individual members of the community. In particular, a human rights state ascribes human rights-bearing status to all human beings. And a human rights state advocating a right to indigenous self-determination ascribes that right to all members of the indigenous people. A *status function* is a work of collective intentionality. Members of a community — in this case, an indigenous people — generate, recognize, and perpetuate a status function collectively. Every person born into a particular community is born into any number of already existing social institutions with status functions with deontic powers. Status functions with deontic powers are vital to social stability.

A status function is possible only if embedded within a system of social recognition. Recognition of status functions has the force

⁴⁷ With respect to deontic powers and status functions (but not with respect to human rights or indigenous peoples), I draw here on Searle (2010).

of normative obligations. These may be socially enforced duties, requirements, permissions, authorizations, or entitlements. Status functions carry deontic powers in that «they carry rights, duties, obligations, requirements, permissions, authorizations, entitlements, and so on» (Searle 2010: 8-9). They are «positive» as rights and «negative» as obligations. They are essential to social life; once recognized, deontic powers «provide us with reasons for acting that are independent of our inclinations and desires» (ibid. 9).

As individuals who form an advocacy group within the nation state to challenge the nation state to adopt a human right of indigenous people to internal self-determination, the self-selected, self-identified «indigenous people,» are already self-determining as a social and political movement within the corresponding nation state. The self-identification of a people is an act of self-determination; a «right to self-determination underpins all other claims advanced by indigenous peoples,» such as rights to participate, «in a spirit of partnership and mutual respect» (Barelli 2011: 435), in decision-making processes for the development of indigenous lands and to preserve the indigenous culture (Quane 2005: 656).

A human rights state does not pursue *universal* human rights; it pursues human rights *within* a particular nation state. In our present context, it seeks recognition of an indigenous right to internal self-determination. It seeks recognition from the particular nation state in which the indigenous peoples live.⁴⁸ A human rights state might advocate for internal self-determination as some form of territorial autonomy short of secession, for example as an indigenous people's right to determine its local government and policies as well as some economic activities.

Autonomy here is partial not total: the indigenous people would decide some local issues independently of the nation state but, at the same time, would participate in the nation state for example wherever decisions of the nation state affect them, such as management of land and resources. Autonomy here means internal self-determination of the indigenous community as a right to participate in the larger national community. Internal self-determination is then related directly to participatory rights, not necessarily as a right to democracy or even

⁴⁸ Universal rights as such are unlikely. But the idea of universally valid norms may serve as a standard by which to measure contemporary communities. And it may serve as an aspiration toward which social movements might strive. Further, «universal ethics» are likely to be Western ethics. In any case, there is no universal agreement on possible universal ethics.

as a veto right (let alone a right to secession except as a remedial right in the case of extreme crimes against the people) but certainly to a right to be consulted by the nation state in matters affecting their lives. A right to participate is also a right to criticize inadequacies in the realization of that right, for example where it fails to «guarantee that the dialogue between indigenous peoples and States will be on an equal footing» (Barelli 2011: 435).

Autonomy would not mean complete cultural autonomy. A human right to self-determination would not privilege indigenous cultural diversity *as such* but rather favor or accommodate some instances of diversity yet not others. For example, the goals of justice might not entail cultural preservation. Consider one or more possible distinctions between an indigenous and a non-indigenous, national culture. Jeroen Van Broeck (2001: 5) relates such a distinction «to what can be called the cultural and ideological background or basis of the “legal system”. A dominant culture is considered the culture which provides the ideological basis of the penal law or the penal rule on which the defendant is tried. The minority culture denotes the cultural background of the defendant’s group that does not share the same cultural norms and values as the dominant culture with respect to certain issues. The cultural values that are incorporated in the “legal system”, and more specifically in its penal law, determine which culture can be seen as dominant» (Van Broeck 2001: 5). Further, the values of individuals raised in the indigenous culture «may at times conflict with the values of the majority culture. To the extent that the values of the majority are embodied in the criminal law, these individuals may face the dilemma of having to violate either their cultural values or the criminal law» (Note 1986: 1293).

In any case, cultural preservation cannot be a self-justifying goal. All traditions contain elements of injustice and, from a human rights perspective, those elements should be eliminated. A human rights state should advocate for indigenous human rights only insofar as those rights serve justice, and where justice is not understood merely as the survival of an endangered indigenous culture. For example, the Corte Constitucional de Colombia is mistaken when it claims that indigenous legal autonomy should be limited only minimally because at stake here is «the subsistence of the group’s cultural identity and cohesion.»⁴⁹ For the court would then allow for a possible

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96, 8 Aug. 1996, ¶ 2.3 (Colom.), cited in Gómez Isa (2014: 739).

«cultural offence». According to such a defense, «persons socialized in a minority or foreign culture, who regularly conduct themselves in accordance with their own culture's norms, should not be held fully accountable for conduct that violates official law, if that conduct conforms to the prescriptions of their own culture» (Magnarella 1991: 67). To be sure, the dominant, non-indigenous legal system will not classify all offences by members of an indigenous community as cultural but only those in which culture in some sense is thought to play a significant role, and where that «same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behaviour and approved or even endorsed and promoted in the given situation» (Van Broeck 2001: 5).

Consider how a human rights state might operate with respect to two of the problems posed by a right to indigenous self-determination with respect to justice. *First, a human rights state must insure that deference to diversity in indigenous justice does not entail unjustifiable forms of inequality in treatment.* Human rights peculiar to indigenous peoples are more plausible if consistent with human rights ideals that can plausibly aspire to eventual universal validity. A right shared only by the indigenous might be justified if the consequences of the discrimination against the non-indigenous were benign in consequence. Those consequences could be benign if they addressed past wrongs suffered by the indigenous forebears, or if they contributed to providing a «level playing field» between indigenous and non-indigenous, yet without in turn demeaning their social and political position in the nation state.

For example, an indigenous human rights state might argue that some rights need not apply to all citizens equally. Inequality might be justified in the sense of some forms of diversity, where tolerance for some diversity aims at preserving fragile and endangered indigenous cultures that may have suffered the depredations of more dominant, foreign cultures.

Consider a different example: an individual suffers inequality if the administration of indigenous justice is harsher than the justice meted out in the nation state. But is the nonindigenous person treated unequally if indigenous justice is more lenient than justice in the nation state? Perhaps not, if leniency can be rationally related to an overall scheme of justice no less rigorous than that of the scheme of the nation state as a whole, yet one that preserves an indigenous way of life no less acceptable to the members of the indigenous people than the non-indigenous scheme is acceptable to the nation-state citizenry overall. But the indigenous scheme would need to allow members of

the indigenous people who dissented to opt out of the indigenous scheme and to accept the terms of the non-indigenous scheme. Not allowing movement in the other direction should be disallowed inasmuch as the larger scheme of justice includes all persons whereas the indigenous scheme is available solely to members of the indigenous people. Here we have a particular example of what a indigenous human rights state might advocate in advocating an indigenous right to self-determination.

Second, a human rights state must insure that collective indigenous human rights do not compromise the human rights of individual members of the community. The indigenous people's scheme of justice, like its way of life, should always be open to challenge both internally, by members, as well as externally, by non-members. For any plausible scheme of justice need always to be able to justify itself with good reasons. For example, an indigenous human rights state would not advocate minimal legal restrictions on an indigenous scheme of justice just because it is indigenous. But it could so advocate if penalties imposed are not disproportionate to the offense; if penalties do not violate the accused's right to due process; if penalties do not have disastrous, unintended consequences on other, innocent persons, such as the offender's family.

An indigenous human rights state would provide good reasons for its advocacy of collective rights and, in that context, address possible conflicts between collective and individual rights. For example, if homicide, torture, and slavery are unacceptable as practices by individuals, they cannot be acceptable as practices by groups that operate in terms of collective rights. But a human rights state that advocates an indigenous right to internal self-determination might dispute, over against the national political community, practices that it does not interpret as violations of prohibitions of homicide, torture, or slavery — for example, the claim that the punishment of forced labor is not tantamount to slavery, or that the punishment of forced labor is, for an indigenous people, a just alternative to the punishment of imprisonment. If a human rights state cannot persuade the nation state, the relevant practices should be regulated no differently than those of the general community.

An indigenous human rights state could certainly argue to the nonindigenous community that indigenous notions of legal punishment in terms of restoring social peace and communal harmony are not peculiarly indigenous aspiration but only in means. That is, it could argue that the national community might in principle aspire to such goals. An indigenous human rights state

might argue that the larger community, in failing to achieve its ultimate goals with regard to legal punishment, might consider adopting some indigenous practices if they are found to better achieve those goals.

Or a human rights state might suggest that the overall political community's rejection of the indigenous infliction of physical punishment, say by stocks or whips, is more just (because, say, it is brief and has a deterrent effect) than practices embraced by the larger community, such as capital punishment (because execution is permanent and may have no deterrent effect). The indigenous may regard capital punishment as unjust, indeed unjust from a human rights standpoint that the indigenous better realize than the nonindigenous community.

Further, a human rights state advocating a right to indigenous self-determination must address diversity with respect to legal norms of procedure, interpretation, judgment, and adjudication, and with regard to principles of legality such as individual responsibility, due process, impartiality, presumption of innocence, and right to defense. In conversation with the non-indigenous community, the indigenous human rights state must balance some regard for distinctly indigenous norms and principles of law with norms and principles that aspire to universal embrace—such as never allowing collective rights to deprive dissenting members of their individual rights, or protecting groups particularly vulnerable in minority and majority populations alike, including women, children, the elderly, the poor, and the handicapped. By *balance* I mean, for example, that an indigenous people's human right to self-determination is subject to critical examination and limitation by principles that guide the nation state overall, at least insofar as that nation state may be regarded as more or less just. If the nation state is more or less unjust, the indigenous self-determination should have greater rather than narrower scope.

5. Conclusion

Significant for an indigenous human rights state is the fact that «self-determination emerged from and justified a *state-centered* international legal order» (Cirkovic 2006/2007: 382). For the self-determination of an indigenous people is only possible within a state-centered legal order—opposing that order wherever it violates human rights but also seeking to change that order in ways to make

it more human rights-friendly.⁵⁰ An indigenous human right to self-determination seeks integration into the constellation of nation states rather than distance or exit from it. A human rights state, as a social movement composed of self-selected indigenous persons, advocates for an indigenous human right to internal self-determination vis-à-vis the nation state in which the indigenous people is embedded.

In short, the task of a human rights state for indigenous peoples is to find a path from self-identification to self-determination *within the corresponding nation state*. That path will involve the indigenous people's re-interpretation of itself, along some dimensions, to render it more human rights-friendly. Re-interpretation is important to the possibility of an indigenous people's internal capacity for change (perhaps sometimes following outside encouragement). The indigenous community must be able to decontextualize its self-understandings and deep traditions with regard to individual human rights where these are threatened by collective human rights. And it must be able to reconsider, reinterpret, and in some cases transform aspects of its culture and sacred legacy in the context of advancing human rights—those of the indigenous people no less than those of the non-indigenous community. To do so, an indigenous people need not invoke human rights universally valid a priori; it can invoke the far less taxing notion of human rights as contingent social constructs. Fundamental rights are not fundamental because they are inherently so; they are fundamental because communities persuade themselves that they are fundamental, contingently, as a matter of social construction. Attention to indigenous cultural diversity is one element in pursuing a human right to internal self-determination of an indigenous people.

References

- Ahrén, Matthias. 2008. "Protecting Peoples' Cultural Rights: A Question of Properly Understanding the Notion of States and Nations?." In *Cultural Human Rights*, eds. Francesco Francioni and Martin Scheinin. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- American Anthropological Association. 1947. "Statement on Human Rights," *American Anthropologist*, 49: 539-543.

⁵⁰ For example, by modifying the nation state in ways that would allow for the realization of border-crossing human rights, namely by reducing state sovereignty to the extent necessary to make increasing cosmopolitan human rights possible, even as human rights originate locally and initially with only local validity.

- American Anthropological Association. 1999. "Declaration on Anthropology and Human Rights, Committee for Human Rights, American Anthropological Association," at <http://www.aaanet.org/stmths/humanrts.htm>
- Anaya, S. James. 1997. "On Justifying Special Ethnic Group Rights: Comments on Pogge". *Nomos*, 39: 222-231.
- Anaya, S. James. 1999. "Superpower Attitudes Toward Indigenous Peoples and Group Rights". *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 93: 251-260.
- Anaya, S. James. 2004. *Indigenous Peoples in International Law*, New York: Oxford University Press.
- Anaya, S. James. 2009. *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Wolters Kluwer.
- Anderson, Benedict. 1991. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso.
- Arneil, Barbara. 1996. *John Locke and America: The Defence of English Colonialism*. Oxford: Clarendon Press.
- Barelli, Mauro. 2010. "The Interplay Between Global and Regional Human Rights Systems in the Construction of the Indigenous Rights Regime". *Human Rights Quarterly*, 32: 951-979.
- Barelli, Mauro. 2011. "Shaping Indigenous Self-determination: Promising or Unsatisfactory Solutions?". *International Community Law Review*, 13: 413-436.
- Bourdieu, Pierre. 1986. "La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique". *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64: 3-19.
- Borja, Emiliano. 2006. "Sobre los Ordenamientos Sancionadores Originarios de Latinoamérica", *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, 259-264, edited by Mikel Berraondo. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Brubaker, Rogers. 2003. "Neither Individualism nor "Groupism": A Reply to Craig Calhoun". *Ethnicities*, 3: 553-557.
- Cassese, Antonio. 1995. *Self-determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge UK: Cambridge University Press.
- Castellino, Joshua. 1999. "Order and Justice: National Minorities and the Right to Secession". *International Journal on Minority and Group Rights*, 6: 389-415.
- Charters, Claire and Rodolfo Stavehagen. 2009. "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: How It Came to be and What it Heralds". In *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, edited by Claire Charters and Rodolfo Stavehagen, 10-14. Copenhagen: IWGIA.
- Cirkovic, Elena. 2006/2007. "Self-determination and Indigenous Peoples in International Law". *American Indian Law Review*, 31: 375-399.
- Daes, Erica-Irene. 2009. "The Contribution of the Working Group on Indigenous Populations to the Genesis and Evolution and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". In *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, edited by Claire Charters and Rodolfo Stavehagen, 48-76. Copenhagen: IWGIA.

- Eagleton, Terry. 2000. *The Idea of Culture*. Oxford: Blackwell.
- Eide, Asbjørn. 2009. "The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration of the Rights of Indigenous Peoples". In *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, edited by Claire Charters and Rodolfo Stavehagen, 32-46. Copenhagen: IWGIA.
- Errico, Stefania. 2007. "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples is Adopted: An Overview". *Human Rights Law Review*, 7: 756-759.
- Gilbert, Jérémie. 2006. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*. Ardsley, NY: Transactional Publishers.
- Gregg, Benjamin. 2002. "Proceduralism Reconceived: Political Conflict Resolution under Conditions of Moral Pluralism". *Theory and Society*, 31: 741-776.
- Gregg, Benjamin. 2003a. *Coping in Politics with Indeterminate Norms*. Albany: State University of New York Press.
- Gregg, Benjamin. 2003b. *Thick Moralities, Thin Politics*. Durham: Duke University Press.
- Gregg, Benjamin. 2012. *Human Rights as Social Construction*. New York: Cambridge University Press.
- Gregg, Benjamin. 2016a. *The Human Rights State: Justice Within and Beyond Sovereign Nations*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Gregg, Benjamin. 2016b. "Human Rights as Metaphor for Political Community Beyond the Nation State". *Critical Sociology*, 42: 897-917.
- Gómez Isa, Felipe. 2014. "Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, 36: 723-756.
- Gurmendi Dunkelberg, Alosno (2015) "Their Way of Punishing": Corporal Punishment by Indigenous Peoples and the Prohibition of Torture". *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Issue 4, at <http://ssrn.com/abstract=2499246>, pp. 1-26.
- International Labour Organization (n.d.) "Indigenous and Tribal Peoples", at <http://www.ilo.org/global/topics/indigenous-tribal/lang-en/index.htm>
- Kenrick, Justin and Jerome Lewis. 2004. "Indigenous Peoples" Rights and the Politics of the Term "Indigenous,". *Anthropology Today*, 20: 4-9.
- Kymlicka, Will. 1998. "Human Rights and Ethnocultural Justice,". *Revue d'études constitutionnelles*, 4: 213-237.
- Kymlicka, Will. 1999. "Theorizing Indigenous Rights,". *University of Toronto Law Journal*, 49: 281-293.
- Macklem, Patrick. 2009. "Recent Books on Human Rights and Groups", *International Journal on Minority and Group Rights*, 16: 481-501.
- Magnarella, P.J.1991. "Justice in a Culturally Pluralistic Society: The Cultural Defense on Trial". *Journal of Ethnic Studies*, 19: 65-84.
- Martínez Bringas, Asier. 2003. "Los Pueblos Indígenas y el Discurso de los Derechos". *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 24, Bilbao: Universidad de Deusto.

- Morgan, Rhiannon. 2007. "On Political Institutions and Social Movement Dynamics: The Case of the United Nations and the Global Indigenous Movement". *International Political Science Review*, 28: 273-292.
- Nelson, Robert. 2009. *Germans, Poland, and Colonial Expansion to the East*. London: Palgrave Macmillan.
- Niezen, Ronald. 2003. *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*. Berkeley: University of California Press.
- Note. 1986. "The Cultural Defense in the Criminal Law". *Harvard Law Review*, 99: 1293-1311.
- Oldham, Paul and Miriam Anne Frank. 2008. "'We the Peoples...' the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". *Anthropology Today*, 24: 5-9.
- Quane, Helen. 2005. "The Rights of Indigenous Peoples and the Development Process". *Human Rights Quarterly* 27, 652-682.
- Scheinin, Martin. 2005. "What are Indigenous Peoples?" In *Minorities, Peoples and Self-determination*, edited by Nazila Ghanea and Alexandra Xanthaki. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Searle, John. 2010. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford: Oxford University Press.
- Stamatopoulou, Elsa. 1994. "Indigenous Peoples and the United Nations: Human Rights as a Developing Dynamic", *Human Rights Quarterly*, 16: 58-81.
- Stavenhagen, Rodolfo. 2015. "Indigenous Peoples' Rights to Education". *European Journal of Education*, 50: 254-257.
- Thornberry, Patrick. 2002. *Indigenous Peoples and Human Rights*. Manchester: Manchester University Press.
- Van Broeck, Joroen. 2001. "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9: 1-32.
- Xanthaki, Alexandra. 2007. *Indigenous Rights and United Nations Standards*. New York: Cambridge University Press.

Violence against Women: Law and its Limits

Violencia contra las mujeres: La ley y sus límites

Alison Brysk

University of California, Santa Barbara (EEUU)
alison.brysk@gmail.com

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp145-173>

Fecha de recepción: 25/07/2016

Fecha de aceptación: 30/11/2016

Summary: 1. Law and gender justice: can this marriage be saved? 2. Expanding the debate 3. Gender violence reform: features of law barriers. 3.1 Architecture: looking for law in all the wrong places? 3.2. Access to law and the citizenship gap. 3.3. Enforcement: responsibility, capability, and political will 4. Conclusion: from norms to compliance. References

Abstract: This article considers the power and limits of law to address violence against women in semi-liberal, rapidly modernizing, and highly unequal «BRICS and beyond» regimes. While rights optimists laud law's power to establish norms and accountability, feminist critics decry inherent gender bias and inappropriate diffusion. To advance the debate, I argue that the balance will depend on specific features of law: architecture, access, and enforcement. The essay traces the influence of these barriers to gender justice in a series of cases, and suggests that mobilization to transform or supplement these features of law is the most constructive response.

Keywords: law, violence against women, India, South Africa, Mexico, Philippines, access to justice, legal pluralism, impunity

Resumen: Este artículo contempla el poder y los límites de la ley para enfrentar la violencia contra la mujer en los regímenes cuasi-liberal modernizantes tipo BRICS. Mientras los defensores del derecho aprecian el establecimiento de la normatividad y la responsabilidad, las críticas feministas señalan la ley como estructura patriarcal y una difusión global malpensada. Para adelantar el debate, abogo que el balance dependiera en algunos elementos claves del sistema legal: su arquitectura, el acceso a la justicia, y la impunidad. El ensayo sigue la influencia de tales barreras a la justicia en una serie de casos relevantes, y al fin sugiere que la respuesta mejor sería la movilización para transformar o superar estos rasgos normativos.

Palabras claves: derecho, violencia por genero, acceso a la justicia, pluralismo legal, impunidad, India, Sud Africa, Mexico, Filipinas

Can law bring justice for gender violence? Law is the first place the international regime comes to roost at the national level, as well as the fundamental parameter of state power for citizens. Historically, law has been the primary source of leverage for all forms of civil and human rights—but there are many gaps between law and justice. This essay will argue that we can move beyond the debate between the power of human rights legalization and feminist critique of the limits of law by distinguishing the gendered impact of several key features of law—architecture, access, and accountability—filtered by gender regime. It is drawn from a larger study of rights-based responses to violence against women worldwide, which considers the power and limits of law, public policy, mobilization, and norm change (Brysk forthcoming).

The problematic of law for violence against women also differs in different «gender regimes» that we will analyze in tandem with the patriarchal dynamics of different levels of development and political regime types (Connell 2002, Savery 2007, Boesten 2010, Bose 2015). We will compare the relative impact of these features holding cases constant across a single type of semi-liberal transitional gender regime, in the «BRICS and beyond.» These rapidly globalizing middle-income hot-spots of both violence and resistance are marked by a combination of growth, inequality, urbanization, weak or illiberal democracy, and modernizing but contested gender roles and now contain an estimated two-thirds of the world's population.

1. Law and gender justice: can this marriage be saved?

After lagging in the rights regime, law is now a widespread and growing state response to gender violence. Over 120 countries have now adopted some form of legislation on violence against women, with the most comprehensive in the Americas—often linked to the Belem treaty, and the next best level of protection in regime-rich Europe. The power of diffusion is shown by improving levels of legal protection in the most recent adopters who appear to learn from previous experiences (Ortiz-Barreda and Vives-Cases 2013). Richardson and Haglund 2016 show that average global levels of legal protection are slightly improving, but with much higher and earlier protection for stranger rape, followed by domestic violence, then sexual harassment, trailed by marital rape.

What can law do? The struggle against legal impunity for parallel human rights violations involves expanding jurisdiction for international norms, increasing justiciability for the abuse, enhancing governance

and enforcement, and promoting access to justice for vulnerable populations. Human rights treaties and corresponding domestic norms are meaningful because they empower transnational advocacy networks, domestic political elites, and other local groups (Rodriguez-Garavito and Santos 2005; Langer 2007; Slaughter 2005). International human rights instruments and domestic laws alike raise domestic actors' expectations, set priorities, provide strategies and resources for enforcement, and strengthen the bargaining position of rights claimants (Simmons 2009; Rodriguez-Garavito and Santos 2005; Goodale and Engle Merry 2007). As Teitel argues, law promotes mobilizing and expressive functions beyond obedience that transform society (2000). Koskeniemmi describes law as a form of norm change: «Law is a powerful idea» that «transforms individual suffering into an objective wrong that concerns not just the victim, but everyone.» (2007) Moreover, even debates over global norms that are not formally adopted may lead to shifts in rights-protective behavior due to state socialization and civil society mobilization. (Frank et al. 2009)

There is growing evidence that law matters in precisely these ways for addressing gender violence. Speaking specifically to the issue of domestic violence, Bonita Meyersfeld argues that international law is useful both for expressive functions of fostering new norms, and implementing capability that pushes national law to align with international standards. (Meyersfeld 2010) As expressive norms, legal reforms shift sexual violence from an offense against the honor of a group or family to a question of the individual's bodily integrity, helping to constitute women as rights-bearing subjects. For example, in the Philippines, rape is reclassified from a «Crime Against Chastity» to a «Crime Against Persons.» (Frank et al. 2009) In that country, the 2004 domestic violence code that introduces protection orders is now labeled the Anti-Violence Against Women and Their Children. (De Silwa de Alwis and Klugman 2015) A modicum of international pressure can prove a tipping point for reform in ripe environments: the Gambia recently outlawed FGM after a Guardian newspaper awareness campaign sensitized willing leaders to the international norm cascade, high-prevalence persistence of the practice, and health effects (Lyons 2015). As China grappled with drafting domestic violence legislation and coordinating disparate local levels of recognition, a 2008 Bench Book for applied jurisprudence incorporating an international human rights standard is assessed as improving the effectiveness of legal response by providing definitions, standards of evidence, authority for civil protection orders, international laws and research references, financial support

remedies for victims —and later a Supreme People’s Court issuance of 10 family violence «guiding cases.» (Runge 2015)

Measuring impact on the ground, Richards and Haglund find that worldwide «the strength of VAW legal protections has a reliable and positive relationship with the enforcement of those protections.» (2006: 117) In terms of impact on violence itself, evidence is less clear but an initial small survey of 21 countries with solid prevalence data based on Demographic and Health Surveys supports this analysis: for these countries, adopting a domestic violence law lowers the odds of reported abuse 7%, with an additional 2% reduction in each subsequent year (Klugman in De Silwa de Alwis 2015). Even in the most difficult case of sexual violence, global studies show that reform of rape laws is associated with increased reporting —although more in more developed, globalized countries with active women’s movements to monitor abuse. (Frank et al. 2009) Moreover, adoption of stronger legal protections against gender violence are associated with subsequent lower levels of socioeconomic gender inequality, even controlling for other known drivers (Richards and Haglund 2016)

Yet feminist critics argue that law is gendered in disempowering ways, and that even rights-based norms may systematically ignore or respond inappropriately to violations against women. Some feminists dismiss «human rights as men’s rights» —a narrow defense of public sphere freedoms unavailable to most women, who are more affected by non-state abuses and private law (Charlesworth 2002). In much of international human rights law, women’s voices are absent, norms reflect male experience, and women are stereotyped in gender roles (Edwards 2011). In addition to a range of feminist critiques that law is biased toward male lives, models of rationality, institutions, and state interests, some feminists raise additional structural concerns of special salience for women. Legal diffusion may result in dead-letter isomorphism and decoupling of reform from acculturation, legal reform still focuses on prosecution over prevention and empowerment, and modernizing expansion of the rule of law may sacrifice other values of equal concern to some women —such as cultural pluralism and privacy (Pearce 2015).

In line with these critiques, we must note that gendered forms of violence like domestic violence and marital rape are still not even addressed in the national laws in dozens of states. By 2014, according to the World Bank, only 76 countries have domestic violence laws. In March 2013, women’s groups marched in Lebanon to support a proposed law to criminalize domestic violence, against Parliamentary opposition. China drafted its first comprehensive rights-based domestic

violence legislation in November 2014. And international norms are most often decoupled from domestic implementation in this area. An outstanding illustration of gender bias in law that cuts across these critiques is the unique legal requisite that sex crimes establish a standard of consent—an issue that has even undercut accountability in international war crimes trials for the rape of civilian POWs in one Balkan case, when the defense claimed that sex slaves were required to demonstrate coercion and resistance for each episode of abuse.

2. Expanding the debate

There are several approaches that seek to transcend this debate by seeking synthesis, alternatives, or distinctions. According to Mbenge's analysis, part of the problem is the creation of three tiers of law that are gendered in different ways: gender-blind first-generation public sphere human rights treaties, a second wave of anti-discrimination treaties that include gender but also privilege the public sphere, and only recently gender-centered instruments that incorporate non-state violators and recognize the full range of gender-based violence. (Mbenge 2013) While Edwards elucidates feminist critiques that using the existing system reinforces hierarchies, she also fears that insisting only on a new standard may essentialize women as a special category. Thus, she ultimately supports parallel strategies of framing VAW as a form of discrimination and a violation of human rights, especially life and torture, and simultaneously insisting on new special standards to better reflect and empower women's gendered experience. (Edwards 2011)

Others point out that the individualist, adversarial rights model systematically excludes women from access to justice, especially in the global South, and must be «vernacularized» to more responsive social forms beyond the formal legal system (Engle Merry 2006). A related concern is the inappropriate export of U.S. models favoring criminalization, mandatory arrest, justice centers, and separation to contexts where they may be ineffective or even counter-productive in different cultural and structural conditions. They document rule of law initiatives by the American Bar Association in Moldova and China, and the export of the San Diego Family Justice Center model to Canada, England, Jordan, Mexico, and Sweden. According to their reading of the mixed social science research on the effectiveness of these policies, mandatory arrest laws increase arrests but not safety or prosecution, separation and adversarial modes may cut women

off from critical family support in traditional societies, and forcing women to rely on abusive states for protection is questionable in the many countries with histories of dictatorship, police abuse, and coercive reproductive policies. Introduction of criminalization without preventative programs or sufficient state resources can even increase poor women's vulnerability to violence. They advocate for greater attention to community-based legal alternatives, such as the Indian «women's courts» chronicled by Sally Engle Merry that mediate family violence, or a Cambodian Women's Crisis Centre that create contingent contracts for vulnerable women who cannot leave abusive partners that seem to offer leverage beyond the criminal justice system. (Goel and Goodmark 2015)

We will expand these modes of constructivist feminist critique by distinguishing the legal reform requisites for different genres of human rights abuse and different types of gender regimes. Just as campaigns against torture require different legal and complementary strategies than labor rights, campaigns for «women's rights as human rights» will face different agendas for different genres of violation. For violations of freedom such as child marriage, the most salient gap in claiming rights will be the architecture of legal pluralism, while for femicide, norm diffusion is more successful but will often founder on the gap in access to law. While accountability for sexual violence may also require institutionalization and access to justice, state sanction of rape generally carries unique barriers to enforcement ranging from features of law to social attitudes to policing. The architecture of the international regime is also notably distorted for sexual violence, with contradictory structural and temporal relationships between the treatment of rape in international human rights, humanitarian law, criminal codes, family law, transitional justice, customary and religious codes—most visible in the least developed and conflict countries, but latent across all systems.

The prevalence of and linkage between these different genres of violations is most intense in the patriarchal political economies and most tractable in the developed democracies, due to differences in legal modernization, overall institutionalization, and gender equity. In the transitional zone of the «BRICS and beyond,» international norms are simultaneously adopted, contested, and stalled between commitment and compliance. Accountability for sexual violence in transitional zone states has achieved normative recognition due to social mobilization, but usually lacks severely in both access to justice and enforcement. The analysis of strength of legal protections breaks down by region in parallel fashion, with the strongest scores across

all types of abuse for the developed democracies of Europe and North America, the lowest in the patriarchal political economies of Africa (especially North Africa), Asia (concentrated in West Asia), and Oceania, and a mixed picture in transitional Latin America (Richards and Haglund 2016). Moreover, access to law and enforcement for rape are highly influenced everywhere by the locus of abuse, status of victim and perpetrator, and level of complementary social mobilization and transnational pressure.

3. Gender violence reform: features of law barriers

<i>Gender regime</i>	FREEDOM	FEMICIDE	SEXUAL VIOLENCE
PATRIMONIAL	Architecture-high	Enforcement	Access-high
SEMI-LIBERAL	Architecture-mod Access-moderate	Architecture Enforcement-high Access-mod	Architecture-high Access-high Enforcement-high
LIBERAL	Architecture-low	Access-moderate	Enforcement-mod

Therefore, we will examine in turn problems in legal architecture, access, and accountability for the various forms of violence against women. We will trace the inherent challenges in each aspect of law, the salience of this dimension by type of regime and abuse, and the modal problematic of the gap between commitment and compliance in the «BRICS and beyond.» In this view, the most effective approach to gender justice for violence against women will be tailored to salient features of law and society—and relative to the type of violation and gender regime in which they occur.

3.1. *Architecture: looking for law in all the wrong places?*

The overall level and history of policy responsiveness to gender violence can be linked to privatization of the perpetrator, authority, and location of abuse. Thus, states accept the most accountability for inter-state and state-sponsored public sphere violence, such as wartime rape, then private perpetrators in the inter-state public sphere, notably coercive trafficking for sexual exploitation. Human rights campaigns have had more limited success exposing state-

sponsored domestic rape in the public sphere, in counter-insurgencies and dictatorships, but have attained some accountability via the human rights regime. Still less traction is possible under human rights standards and domestic law for chronic abuse and complicity by more legitimate public authorities within democracies, such as police, but sometimes judicial and citizen action avail for «custodial rape.» Further down the scale, domestic private individuals and groups who commit public sexual violence are sanctioned—but often tolerated more than other criminals, especially if they belong to elites or delegated group governance—until they massively violate public order and state interests (such as gangs) or garner significant civil society mobilization for egregious cause célèbre. Still worse, the most privatized violations of domestic violence, marital rape, and child abuse are generally the least attended, may depend on transnational campaigns for recognition, and are often depoliticized as a limited humanitarian concern. The disjuncture between international and domestic, humanitarian and human rights, public and private, national and federal, family and religious law all tend to operate to disadvantage women in gaining accountability for gender violence. This problem is especially acute for patriarchal regimes, but plays a significant role in semi-liberal BRICS and beyond regimes such as India, Argentina, South Africa, and Lebanon for issues of both freedom and femicide.

INDIA

For chronic patterns of sexual violence in a peacetime domestic context, the law responds preferentially to public stranger rape—the stranger the better. The architecture and evolution of rape law in India illustrates the typical domestic pattern of selective state accountability for sexual violence, moving fitfully from public to private and from «special victims» to citizens in the best case of a rights-responsive democracy. The first step in rights-based reform of India's colonial-era rape law was the 1983 Act on Custodial Rape, following several widely publicized cases of police abuse of female prisoners, suspects, and even family members of detainees that sparked public protest. In 1989, as caste-based anti-discrimination measures and civil rights movements grew, Indian law tackled the chronic pattern of caste domination through sexual violence with the Scheduled Castes (Prevention of Atrocities) Act—which mandates primarily economic compensation and is poorly enforced, though amended in 2015. When parallel patterns of inter-ethnic conflict rape were documented in the 2002

Gujarat anti-Muslim riots, investigations and trial for state responsibility led to one conviction and one acquittal for sexual assault—in 2013. Around this time, several scandalous cases of child abuse by criminals were reported in the Indian press along with NGO investigations of orphanages and schools, leading to the 2012 Protection of Children from Sexual Offenses Act, with enforcement focus on stranger attacks and public institutions rather than much more widespread family violence. By February 2013, advocacy by increasingly empowered women workers and their unions led to the Sexual Harassment in the Workplace Act, bringing accountability to one more domain of the public sphere.

Common criminal sexual assault was not addressed until the 2012 fatal gang-rape of a student in Delhi on a mini-bus inspired massive protests by an enraged middle-class and international media coverage. India appointed the blue-ribbon Verma Commission to draft a new rape bill, which significantly raised penalties (but explicitly excluded marital rape). The Delhi rape garnered unprecedented death sentences for the perpetrators, and unusually energetic prosecutions of similar incidents in Mumbai, Kolkata, Hyderabad, and Bihar—all public stranger rapes by gangs. Also in 2012, a female Chief Minister in West Bengal created 65 all-female police stations and 88 permanent fast-track courts as complementary measures. When the sole juvenile convicted in the Delhi rape was released in 2015 after serving a maximum three-year sentence, renewed public protest led to a swift reform of India's law to try juveniles as adults for rape. Meanwhile, a 2014 Supreme Court case made new progress subjecting gender-biased legal pluralism to universal rights when the Court sanctioned delegated tribal officials' order of a village woman's rape as compensation for feuding families. Another step in the progression towards universalism was a December 2015 death sentence of 7 Indian men for the rape-murder of a vulnerable non-citizen: a mentally ill Nepali woman who was receiving treatment in India.

PHILIPPINES

There is a strikingly similar pattern of attention to gender violence, ranging from public to private, in the Philippines. In that country, with higher female participation in the civil service, legislation begins with the 1995 Anti-Sexual Harassment Act, which carries light penalties and exempts peer-level interactions. With the help of women's groups, in 1997 the Philippines shifts to a model Anti-

Rape law, that includes all forms of sexual assault, male victims, and marital rape-but with a forgiveness clause. But lacuna in that law required a 1998 Rape Victims' Act, that included a rape shield rule for the victim's history and mandated the establishment of crisis centers —though not funding. In the early 2000's, under international and labor movement pressure, the Philippines tackled the issues of Mail-Order Brides and Anti-Trafficking, incorporating the UN Protocol on trafficking, penalizing the buyer. Finally, in 2004 after ratifying CEDAW, domestic violence is addressed through the Anti-Domestic Violence Against Women and Their Children Act. That law is patterned on UN models, but founders on a combination of state incapacity, lack of divorce rights, and enshrined pluralism with delegation to village-level Barangay units that are reported to systematically undermine women's protection. («A Deeper Look at Violence Against Women (VAW): The Philippine Case»)

ARGENTINA

Within the state, the architecture of subsidiary legal systems usually disadvantages women —and not just based on traditional cultures or patriarchal religions. In«Legal Inequality and Federalism: Domestic Violence Laws in Argentina,» Smulovitz shows that Argentina's disparate architecture leads to two different federal and 35 provincial laws with different levels of protection between 1992-2009, even compared to less vigorously federal Brazil and Mexico (where four states have no domestic violence law). As a highly modernized emerging economy democracy, Argentina presents a best-case legal scenario: with a 1991 quota for 30% women legislators, 1994 national domestic violence bill, 1996 adherence to the Belem Convention, 2006 ratification of CEDAW, 2008 establishment of a Supreme Court Office on Domestic Violence, and 2009 comprehensive VAW law. Yet within this national context, Argentina's strong federal autonomy leads to important differences in domestic violence laws' qualification of victims, claimants, and injuries, status of mediation, availability of precautionary measures such as restraining orders, mandated enforcement, and funding. She finds an institutional relationship between the strength of state-level laws and the levels of local electoral competition, mobilization of advocates, and date of diffusion from central standards. The impact of these disparities is a mixed outcome; while reporting and claims increase 400% in the decade following the 1994 national Domestic Violence Law, femicides continue to rise from 231 in 2009 to 295 in 2013. (Smulovitz 2015)

Religious and culturally based personal status codes are potentially an even greater barrier to universal citizenship. Disparate definitions of sexual and domestic violence, marriage age and consent, divorce, property rights and claimant status dilute the incorporation of rights norms and lead to inconsistent institutionalization. Feminist critics and human rights advocates decry gender bias and call for dialectical structural reform of the very distinct traditions of Indian religious law, African customary law, and Islamic sharia.

SOUTH AFRICA

Post-apartheid South Africa is parallel to Argentina as a best-case scenario; a modernizing middle-income country with a vigorous democracy and hard-won rights norms. Yet in the mid-2000's, around 20 million South Africans still lived under traditional authority in rural areas, which influences self-determination in marriage and divorce, as well as vulnerability to domestic violence, sexual abuse, and HIV infection (which is 50% more likely in women in abusive relationships). Specific features of customary law that conflict with South Africa's human rights obligations include gender inequity in sexual and marital consent, polygamy, bride-wealth, and widow inheritance. In the aftermath of South Africa's liberation from apartheid and adoption of a path-breaking rights-based Constitution, in 1998 8.8/100,000 female population died at the hands of partners, the highest ever recorded (p. 1656). In a 2006 interview, an African traditional leader still legitimized violence and resistance to rights norms: «In 1994, women have rights, children have rights. And men do not! That made this thing [domestic violence] to become worse.» (Higgins et al 2006: 1680)

Accordingly, African feminists and human rights reformers argue that customary law must be seen as living law, disentangled from colonial calcifications, and adapted to urbanization, inter-ethnic marriage, and international rights standards—including regional norms via SADC and African Constitutions like those of Kenya and South Africa that grant status to international treaties. Moreover, the equally African Constitutions of Malawi and Ghana notably incorporate gender anti-discrimination norms that can serve as an alternative model. Ndulo advocates a move from legislative to judicial and social reform of customary law, including reexamination of indigenous African legal rights traditions and African women's needs, as well as diffusion and exchange of rights-based African jurisprudence. (Ndulo 2011)

INDIA

Similarly, Indian analysts advocate the replacement of religious personal law with a common code of family law, contextualized but rights-based and with an affirmative duty to demonstrate non-discrimination before encoding any culturally differential treatment. In complementary fashion, cultural difference requires legislators and advocates to rethink the interdependence of seemingly neutral and progressive reforms such as the 2005 Domestic Violence Prevention Act with customary law and context. For example, the key protective measure of an abused woman's right to stay in the marital home while pursuing a complaint often founders on customary unequal access to marital property, land, and employment—as well as joint family residence patterns. (Parashar 2008)

LEBANON

A recent report on women's rights in modern yet discriminatory Lebanon emphasizes that the problem is pluralism and the architecture of law as much as the content of any particular religious or cultural code. In that country's agonizing compromise of ethno-religious conflict, there are 15 separate personal status laws, distinguished by denomination. Domestic violence is tossed between civil and religious courts, and claimants experience systematic delays, discrimination in access to economic support, custody, and divorce, and uneven physical protection. A Human Rights Watch survey shows that Evangelical, Sunni, and Maronite courts alike dismiss evidence of abuse; while in Shia and Sunni divorce, women must prove the abuse «exceeds her husband's legal authority to discipline his wife.» Catholics will not annul a marriage for abuse. In response to international and women's movement pressure, in April 2014 Lebanon passed a landmark Law on Protection of Women and Family Members From Domestic Violence—but it is undercut by an exemption for personal status law and does not include marital rape. (Human Rights Watch 2015).

3.2. *Access to law and the citizenship gap*

Moving beyond the problems of legal architecture, for many types of gender violence victims lack access to law. Individuals who lack legal standing due to citizenship or personal status face sociological vulnerability to abuse, unequal protection by state institutions, and

contested standing in the bodies of law that seek to sanction the violation (Brysk and Shafir 2004). This kind of gap has the most influence over freedoms and sexual violence, but also plays a role on more established norms regarding femicide.

Trafficking and gender-based asylum policy are a best-case model for legal reform on gender violence due to preferential framing of sex slavery, interstate salience of controlling borders, and advocacy mobilization in strong host states (Brysk 2013). Yet even humanitarian trafficking and asylum policy controlled by hegemonic states such as the U.S. relegate non-citizens to contingent protection based on frames of worthiness, innocence, and security. (Nayak 2015) Occasional improvements rest on a strong transnational campaign combining international instruments, global civil society, and bridging health frames—with greater traction for citizen subjects.

CITIZENSHIP: PHILIPPINES

The Philippines' experience with gendered human trafficking and associated abuse further illustrates how the lack of legal standing impinges universal rights protection for non-citizens. The transitional zone regime of the Philippines has one of the highest migration rates and female-to-male migration ratios in the world, along with stark contradictions between rising women's education and political participation compared with lagging reproductive rights and domestic violence. Philippine women migrate as sex workers, skilled professionals—and overwhelmingly, in the «maid trade» as domestic workers in Southeast Asia and the Middle East.

Long-standing reports of sexual abuse, imprisonment, battery, and even murder of Philippine domestic workers in the Gulf States led the Philippines to install labor attaches in Philippine consulates overseas and to improve regulation of overseas labor recruiters at home. Under Philippine Law 10022, in 1988 the Philippines instituted a worldwide ban to force the conclusion of bilateral MOUs with receiving countries, in successful cases including model contracts and host country labor protection—but more often resulting in delays, legal limbo, and consequent increase in irregular migration. By 2010, the lack of MOUs or renewed reports of abuse led the Philippines to forbid registered migration to Lebanon, Iraq, Afghanistan, Jordan, and Nigeria. The subsequent 1995 Migrant Workers and Overseas Filipinos Act was inspired by mass public protests over a cause celebre: the Singapore execution of an abused Filipina maid, and the rise of a global advocacy network, Migrante International. Accordingly,

the Act guarantees free access to justice and legal representation for Filipino workers abroad, raises illegal recruitment to a criminal offense, bans deployment of Filipinos to countries without adequate protection, and mandates the placement of a Migrant Workers Resource Center at every Philippine Embassy. A 2009 amendment strengthened the Act, and by 2010 the Philippines expanded it to a Magna Carta of Overseas Migrant Workers. Complementary legislation includes the 2003 Anti-Trafficking Act, expanded in 2012—which includes extraterritorial jurisdiction and free legal assistance. The 2004 Anti-Violence Against Women and Their Children Act may also pertain to some women workers, and the 1990 Mail Order Bride Act was occasionally applied to trafficking or overseas domestic violence cases during the 2000's. Meanwhile at the global level, in 2009 the Philippines launched a campaign for the ILO instrument on decent work for domestic workers that was signed in 2011. By 2012, the Philippines had also passed a national law protecting domestic workers.

But Filipinas were also legally vulnerable as non-citizens in the host country. Kuwait has the highest proportion of domestic workers in the world—660,000/ 2.7 mill pop; over 90% of families have a domestic worker. In 2013, there were 170,000 Filipino workers in Kuwait; 80,000 are domestic workers. Although it took Kuwait almost ten years to negotiate a bilateral agreement to lift the 1988 deployment ban by 1997, an estimated 24,000 Filipinos remained illegally. The majority are not trafficked—but are exploited, denied fundamental freedoms, and may be sexually abused. They are vulnerable as non-citizens, female, non-Arabic speakers, sole support of their families, and dependence on the *kafeel* sponsorship system under which the employer often holds passports and migration debts. Employers and agencies routinely confiscate workers' cell phones. By law, labor inspectors cannot enter private homes, and migrant domestic workers fall under Kuwait's internal security agency rather than the labor ministry. If a worker runs away or reports wage problems or abuse, the employer can petition immigration to cancel her residency, and will also often file a counter-complaint of stealing which traps the worker in the country until the complaint is resolved. Similarly, if a worker is raped, she cannot leave the country until trial; if a domestic worker becomes pregnant, she may be arrested for illegal pregnancy under Kuwait's regressive gender legislation, and some migrant workers have given birth in Kuwaiti prisons. By 2009, Kuwait embassies of labor-sending countries had received over 10,000 complaints;

domestic workers were reported to average 78-100 hours of work/week. Each year, the Philippine embassy typically sheltered 100-200 workers claiming refuge from abuse, and sometimes up to 500. (Protection Project 2013)

Human rights groups and Philippine women's organizations have pushed for reform of the employer visa sponsorship kafala system on the receiving side, which makes overseas workers essentially a ward of their employer and subjects Philippine women to Islamic gender codes. (Begum 2015) In 2005, a Filipina in Kuwait was sentenced to death for murdering her employer. But during her 2007 sentencing, transnational protests by a powerful social movement for overseas workers, *Migrante*, and others in Australia, Canada, Japan, US, Hong Kong, Europe led to an appeal by Philippine President Arroyo —her sentence was commuted to life in prison. The Human Rights Committee of the ICCPR questioned Kuwait on domestic workers' trafficking and passport restrictions, and Kuwait civil society organizations began to issue shadow reports. The Kuwait Social Work Society drafted legislation to abolish the sponsorship system, and the Islamic human rights organization Kabe Human Rights launched an educational campaign with Mohammed's teachings regarding just treatment of laborers. A 2010 joint effort with Human Rights Watch included a school and media campaign called «Put Yourself In Her Shoes.» With this pressure from above and below, in 2013 Kuwait passed anti-trafficking legislation, but not systematic reform for voluntary domestic workers. Accordingly, with continuing abuses, in September 2013 a Kuwait based Filipino rights group, *Mga Oragon sa Kuwait*, presented a petition with 10,000 signatures to the Philippine consul asking for an immediate moratorium on deployment. (Protection Project 2013)

But for abused Filipina workers, distorted access to law at home and abroad has dampened the effect of these measures. A 2013 State Department Human Rights report chronicles incidents of sexual abuse of overseas Filipino workers seeking repatriation by the very Embassy and consulate personnel in the Mideast charged with protecting them. Following this incident, the Philippines Labor Department investigated and recalled 12 officers, then in August filed charges against three overseas labor officials (US DOS «2014 Trafficking in Persons Report: Philippines»). The 2011 ILO Convention on the Rights of Domestic Workers offers path-breaking international recognition but no pathway to enforcement, and has been ratified by only 22 countries —most European and Latin American, including the Philippines but none of the host countries of the Mideast.

IMPUNITY: COLOMBIA

Another facet of the legal gap is impunity: when the perpetrator is either part of or protected by the state charged with enforcing the law. In this case, appropriate law exists, and the victim has standing, but is prevented from accessing her legal rights by force, fear, or complicity. As one measure of transitional justice, Colombia has embarked on a process of truth and reconciliation, which has charted some of the mechanisms of sexual violence during decades of civil war. In a critical decade of land struggles, 1996-2006, the Historical Memory Commission documents strategic use of rape to displace peasant women from contested areas. Even after the first phase of resolution of the conflict began with demobilization of the paramilitaries in 2006, often displaced farmers were unable to reoccupy their lands because paramilitaries retained local control. (Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación 2011)

In a related report, prepared as an amicus brief for one of the few trials of paramilitaries to add sexual violence charges to torture and war crimes prosecution, a Colombian legal organization uses three key cases to highlight specific elements of human rights abuse. The Bloque Catatumbo case shows command responsibility for rape by military and paramilitary fighters, while evidence against Commander Hernan Giraldo in the Sierra Nevada de Santa Marta demonstrates that he systematically procured underage girls —often paying off and threatening parents in the zone his forces controlled. Meanwhile, the Rodrigo Tovar case documents sexual violence associated with land takeovers —and displays an unusual level of sexual violence against men in that zone (amicus curiae briefs by Corporacion Humana 2012).

The very limited form of transitional justice available in Colombia is similar to the South African trade of truth for immunity, although sexual violence is supposed to receive particular attention. Even within this regime, of the 39,546 confessions received to date, only 0.24% mention sexual violence, which limits the basis for investigation. In 2008, the 092 ruling of Colombia's Constitutional Court specifically ordered the investigation of these 183 pending cases (later amended to 191) of conflict-related sexual violence. But by 2013, only 11 sentences had been issued; the rest were dropped or delayed. Moreover, current accountability is limited by the Colombian government's labeling of resurgent paramilitaries as private criminal gangs, not subject to the truth, justice, and reparation process. On the war crimes front, in 2010 the Ministry of Defense finally ordered «zero tolerance» for sexual violence. In 2011, the Colombian

government did bring a few legal cases for wartime sex slavery against paramilitaries, and in 2012, secured a rare sentence for the rape and murder of 4 children —although along the way the original judge was murdered. (ABColumbia/ Corporacion Sisma Mujer/ The U.S. Office on Colombia 2013)

For the broader spectrum of sexual violence that does not fall under the war crimes rubric, although much of it is conflict-related, Colombia has enacted domestic legal reforms with some attention to international human rights norms —but systematically fails to implement them. Under the Gender Equality Law of 2008, the state is mandated to provide counseling and legal assistance for victims, and the Attorney General is instructed to refer cases to the Ombudsman. Similarly, the post-conflict Victims and Land Restitution Law of 2011 establishes a Centre for Integral Attention to Victims of Sexual Violence. A watchdog group reports that in January 2012 a new female Attorney General attempted to mobilize these policies, but her replacement in 2013 slowed the referral process back down. Amidst a generalized impunity for crime and human rights abuse, an 80% majority of victims identified by organizations' investigations do not report sexual abuse to police, and in many cases police fail to prosecute —even the Ombudsman drops cases. There are documented paramilitary links to military and police that further discourage prosecution, as well as threats to judges. Thus, Colombia has less than a 2% conviction rate for reported cases of sexual violence. (ABColumbia / Corporacion Sisma Mujer / The U.S. Office on Colombia 2013) The 2013 US State Department Human Rights Report lists over 3,000 new cases of rape, with 63 convictions, along with 116 investigations of sexual violence by security forces (US State Department 2013).

3.3. *Enforcement: responsibility, capability, and political will*

Once law exists, victims have standing, and authorities are potentially accountable, claimants must establish state responsibility for non-state perpetrators, and state capacity for enforcement. The due diligence norm of the state's duty to prevent and protect all citizens equally from private violence has been extended to gender violence in a series of landmark international decisions that have reshaped law and policy in parts of Europe and the Americas —often focused on the transitional semi-liberal regimes, with a focus on femicide. Yet many transitional countries stall

between commitment and compliance to new norms against gender violence —especially sexual violence— due to shortfalls in overall institutionalization and state capacity, and checkered complicity by authorities with abuse of marginalized women —even as some elite women gain some traction. A Global Impunity Index that attempts to measure the structural capacity and functionality of justice, security, and human rights systems in 59 countries grants the lowest ratings to several of the BRICS and beyond liberalizing states: the Philippines is worst, and Mexico is second. The other countries ranked at the bottom include Colombia, Russia, and Turkey. (Le Clercq et al. eds 2015 «Global Impunity Index»)

DUE DILIGENCE

As Edwards explains,

«As early as 1988 a ‘due diligence’ standard of state responsibility for human rights abuses committed by non-state actors was developed by the Inter-American Court of Human Rights» in the Velasquez Rodriguez v. Honduras case. Building on the work of regional human rights instruments (for example Maria Da Penha Maia Fernandes v Brazil I-ACtHR case no. 12-051 2001; MC v Bulgaria ECtHR 2003), in 2005, the Women’s Committee (under the Optional Protocol to the CEDAW) found Hungary to have failed to provide effective protection from domestic violence (AT v Hungary Comm. 2/2003: para. 9.3). Two further domestic violence cases [were brought against Austria in the CEDAW Committee]. . . . confirming domestic violence as an actionable breach where the state fails in its duties of due diligence.» (Edwards 2010: 102-103).

In 2009, the European Court of Human Rights ruled in *Opuz v. Turkey*, when the state ignored four years of a woman’s requests for police protection that resulted in a husband’s murder of the mother-in-law trying to protect her threatened daughter, that the Turkish state failed to protect the right to life, cruel treatment, non-discrimination (Articles 2, 3, 14). This ruling summarized the developing doctrine that the authorities knew or ought to have known of a real and immediate risk to life of an identified individual from the acts of third party and failed to take measures in their power which reasonably avoided the risk. By 2006, the UN Special Rapporteur on Violence Against Women declared this principle of due diligence established as customary international law.

Rashida Manjoo, UN Special Rapporteur on Violence Against Women, points out that due diligence involves both individual

protection of victims and a systemic obligation of states to create structures to protect their citizens. CEDAW General Recommendation No. 12 (1989) highlights the obligation of States to protect women from violence, while Recommendation No. 19 (1992) extends state responsibility for preventing discrimination to private acts of violence. The 2005 Maputo Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa also calls on states to enact and enforce laws against violence against women, including the private sphere—though it has not been invoked like the European and Inter-American instruments. (Manjoo 2015)

TURKEY

International norms of due diligence and state responsibility have measurable effects on local law and its enforcement in the BRICS and beyond cases. The 1997 case of *Echr Aydin v Turkey* for state failure to investigate a rape led to a 2004 reform in Turkey. International rulings combined with a mid-2000s campaign on domestic violence by 120 NGOs to reform Turkey's domestic violence laws and require local administrations to provide women's shelters.

MEXICO

In 2009, the Inter-American Human Rights Court's Cotton Field judgment against Mexico for failure to investigate and prosecute the murders of half a dozen among the hundreds who disappear annually along the border recognizes this kind of state responsibility for sexual violence by ostensibly non-state perpetrators, building on a regional jurisprudence of state accountability for violence by paramilitary death squads. The court ordered over a dozen remedies, and along with mandated reparations to victims' families, the Mexican state has passed legislation against «femicide» as gender-based violence, which has increased institutional attention and resources for both borderland murders and increasing domestic violence.

Femicide laws have spread throughout Mexico's Central American neighbors to grapple with a similar phenomenon, with regional diffusion and framing strengthening local response. The special femicide courts Guatemala created in 2010 under a 2008 law do appear to increase accountability, with over 30% conviction and sentencing rates for gender violence—compared to around 10% in Guatemala's regular courts. As a representative of the Guatemala

Prosecutor's Office new Victim Services division explains, «This law drew attention to the problem of violence against women and to the fact that femicide is not simply the female counterpart to homicide; it is the result of unequal power relations and there are specific human rights that aim to help those groups to overcome their conditions of inequality.» (Reynolds 2014)

BRAZIL

National Constitutions that either consciously incorporate or merely mirror the due diligence norm can also have a powerful influence. In Brazil, the 1988 constitution in paragraph 8, article 226 establishes a duty of the state to create mechanisms to avoid violence in the family. This combined with the Inter-American Court ruling on the Maria da Penha case to significantly shift state policy. Brazilian law now criminalizes spousal rape, and Brazil has both an Executive Secretariat for Women's Policies and a Chamber of Deputies' Special Office of Women's Promotion. By 2013, according to the U.S. State Department Human Rights report, President Dilma Rousseff had established a \$114 million program including 27 women's centers; all Brazilian states had established special police stations comprising over 380 stations, 218 referral centers, and 77 women's shelters; and Sao Paulo created three new special courts for domestic violence with 35,959 cases. (State Department 2013)

In Brazil, the Ministry of Justice sponsors annual summits with representatives of state superior tribunals, «Jornadas Lei Maria da Penha» as well as annual reports. There is a National Forum of Judges Specialized in Domestic Violence and dozens of special judicial divisions for domestic violence. However, there are insufficient divisions, and they are not proportional to the population of each state; most states have only one judge. There have been over 600,000 cases over the five years since passage of the law, but only 57% resolved. The level of judicial coverage and case clearance varies widely by region; the poverty-stricken and crime-ridden Northeast is the worst—but there are also problems in more prosperous but poorly governed Santa Catarina and Sao Paulo. Their annual report for 2010 shows 4,465 homicides of women in 2010—41% killed by partners (Waiselfisz 2012). A 2011 5th Anniversary report by the National Council of Justice records over 331,000 prosecutions for domestic violence and 110,000 judgments, with over 2 million calls to Service Center for Women (UN Women «Maria da Penha Law» 2016). Surveys show that since the law, awareness has increased, but so has violence. Reporting

has increased, to both regular and special police; nowadays those who don't report do so mainly from fear and economic dependency —not shame or lack of knowledge (Avon Institute 2011; Data Popular and Instituto Patricia Galvao n.d.).

Similar Constitutional standards and local jurisprudence have begun to disseminate. The 1994 South African Constitution mandates gender equality and the High Court cases of Baloyi and Carmichele establish state duties to protect women from domestic violence. Similarly, Tunisia's 2014 Constitution in Article 46 mandates state measures to combat violence against women. But in these newer cases, and even some of the established Latin American contexts, there is a gap in enforcement that blends capability and political will. A 2008 Amnesty International report assessing Venezuela's 2007 rights-based domestic violence law notes this gap, «The Law Is There Let's Use It.» While the law mandates state response to private violence, and even requires an awareness campaign (supported by the UN Population Fund), Venezuela provides only three women's shelters nationwide, little economic support, low police resources and training, and has lagged in setting up a dedicated public prosecutor and special courts (Amnesty International 2008).

THE ENFORCEMENT GAP: SOUTH AFRICA

South Africa's attempts to grapple with epidemic levels of sexual assault display precisely this lack of capacity and will for enforcement. There have been attempts to improve the sexual violence law itself since the 1990's. In 1992, public outrage over two horrific cases in the Western Cape led to the eventual creation of a Task Group and Sexual Offences Courts, which grew from 1999 to 2005 but were then rescinded for funding reasons. In 1993, South Africa passed the Prevention of Family Violence Act —which notably includes marital rape, but has been under-utilized. A 1997 report of the South African Law Commission that emphasized the growing practice of child rape by HIV-positive men who believed it would cure them of the disease produced the rights-based 2007 Sexual Offences Act, covering both children and adults. This legislation includes a broadened definition of sexual violence, a clear standard of consent, compulsory testing of offenders and a right to HIV post-exposure treatment for victims, increased penalties for sex trafficking, mandated reporting of child sex abuse, and a national register for sex offenders. (Vetten 2011)

However, the law itself in South Africa does not comprehend extreme forms of family exploitation, economic dependency and

structurally coerced prostitution, and social barriers to the legal system for shantytown dwellers (Mills 2010). The bill which finally passed in 2007 ignored civil society submissions on witness protection and support services dating from 2002, and virtually ignored prevention, enforcement, or protection policies. (Artz and Smythe, eds. 2008)

Policing in South Africa is overwhelmed, under-trained, and especially ill-equipped to deal with sexual violence. While the numbers and budgets of police are surprisingly comparable to international norms, distorted structures inherited from apartheid and a generation of poor education, urban crisis, and corruption have severely hampered police investigation capacities and community orientation. South African police have no statutory duty to prosecute, and are reported to discourage reporting of sexual violence to meet government standards, drop cases in return for payment from accused perpetrators, blame victims, and botch forensic evidence. There are also «supply-side» problems in prosecution: victims may be socially pressured or economically coerced to drop charges, poor victims are difficult to trace in shantytown conditions, and child victims may be represented by negligent or even complicit guardians (Smythe and Waterhouse 2008)

Because of low conviction rates, specialized family violence, child protection and sexual offences units were closed in 2006, affecting reporting rates and confidence in the police (Mkhwanazi 2006). The units were re-established in 2011—but at least 12 South African Police Service members in the Western Cape Province were themselves arrested on charges of rape in 2012. («W.C. Police Rape Stats in Highest in S.A.» 2009). Hence, in South Africa only 3.2% of adult and 4% of child rapes reported result in conviction (Jewkes 2009). Along with political denial and the cultural stigma of reporting, there is evidence that police under-register and prosecute in order to reduce rape statistics, especially in 2009 prior to hosting the 2010 World Cup (p. 172) (Vetten 2011). An Inter-Sectoral Commission on Management of Sex Offenders—including the Departments of Justice, Corrections, Social Development, Health, Police, and Prosecutions— developed a National Policy Framework, annual reporting, and training for police and prosecutors (2005 and additional in 2008). These efforts, along with a series of policy attempts to improve law enforcement have foundered on case attrition, poor police investigations and record-keeping, corruption, overload and insufficient resources, difficulty maintaining contact with shantytown witnesses, and discrimination against victims by

police and prosecutors. Thus, it is estimated that 68% of cases are never brought to trial (p. 181). (Vetten 2011)

INDIA

In similar fashion in India, enforcement is undercut by impunity, corruption, or even retaliation. After a college student in West Bengal was raped and killed on June 7, 2013, local government officials allegedly offered the family compensation to drop the case. After revelation and public criticism, eight men were arrested but the case remained incomplete. Even worse, when a 16-year old in Bihar was gang-raped on Oct. 26, 2013, she was assaulted again after submitting a complaint at the police station. While awaiting trial, threats by the accused continued in November. On Dec. 23rd, the victim's house was set on fire, and she died on Dec. 31. Two men accused in the fire were finally arrested. {all from US State Dept. 2013} In 2016 in Haryana, a Dalit woman who had been assaulted in 2013 by five men and brought a case against them was kidnapped and brutalized by the same group, who had been pressing her family to drop the case. Police have not yet made arrests despite community protests. (BBC, «India outrage after gang rape victim assaulted by same men» 2016)

Moving from sexual assault to domestic violence in India, slow but evolving legislation on dowry deaths is similarly systematically unenforced. After decades of severely underutilized prohibition of both dowry and family harassment, in 1986 India amended both the penal and procedural code. The new legislation specifically defines dowry-motivated death including suspicious suicide, shifts the presumption towards the husband and his family if there is a history of harassment, and mandates an automatic postmortem of suicides within seven years of marriage. While this law has clearly increased reporting exponentially of both suspicious death and domestic violence, conviction rates remain only 16% for domestic violence and 32% for dowry-related crimes. While activists have used the law to educate and mobilize, they criticize the location of a wider pattern of subjugation in dowry—ignoring the larger structures that make Indian women vulnerable to multiple forms of violence. Moreover, they show that police are bribed or complicit with abusive families to ignore dowry deaths. Still worse, in 2014 the Indian Supreme Court narrowed the arguably broad standard to require a magistrate's warrant rather than police arrests—responding to the potential threat of corrupt police to the rights of the accused, but not to victims—or their survivors. (Goel 2015)

MEXICO

Amidst widespread impunity for all forms of crime and human rights abuse in Mexico, sexual violence is particularly resistant to enforcement. For ordinary victims seeking justice, corruption and retaliation are common. In 2016, eleven members of the same family in Puebla were massacred by the rapist they had prosecuted nine years before. (BBC, «Massacre of 11 people linked to rapist's grudge»). In Veracruz, where the Zeta cartel reigns and journalists vanish regularly, an elite student who was assaulted by four of her well-connected wealthy classmates went public after prosecutors buried her complaint. Street protests on her behalf followed her father's posting of a secret video in which he extracted a confession from the perpetrators, who appear to have fled the country as the case delayed. (Krauze 2016)

RESPONSES

Nevertheless, in some sectors of some transitional countries, there are complementary or alternative mechanisms initiated by civil society to close the gaps in access and enforcement chronicled above. Women's movements hold independent tribunals to investigate and pressure prosecution on war crimes and femicide, that may translate into new international instruments or state defensive measures—notably on Japanese Comfort Women and Mexican femicide. Anthropologists document reworking of traditional social courts by women's groups to «vernacularize» justice for domestic violence in India, Rwanda, and beyond. Now, as long-standing state incapacity combines with neo-liberal budget cuts, some newly mobilized women's groups move beyond advocating and monitoring legal reform to providing legal services—and even substituting for some functions of state enforcement.

INDIA

India's 2005 Protection of Women from Domestic Violence Act defines violence comprehensively to include physical, sexual, verbal, and economic abuse, creates Protection Officers and protection orders, recognizes NGOs as service providers, establishes a right to private legal representation, mandates a hearing within three days, equalizes rights to residence and child custody, and grants positive entitlements of interim monetary relief. The Delhi-based PWDVA law

group helped to draft the legislation. But by 2011 only three states had appointed Protection Officers, they were severely underfunded, most Prosecutors still filed cases under the old law, and there was a severe backlog. Corrupt local authorities regularly refused to enforce protection orders, and the declared right of abused women to maintain residence in a shared household contradicted local realities. Moreover, during fieldwork in West Bengal, Ghosh found that local social norms denied support to women where violence was perceived as a response to failure in a reproductive role: in one case, an AIDS widow and in another, a women with no male children. (Ghosh and Choudhuri 2011).

A recent study of creative civil society response documents and locates the success and failure of the legislation. On the positive side, the legal opening increased claims from 2002-49,237 to 2011-99,135. But claims take an average of ten years to process, and in 2011 the backlog was comprised by 32 million cases. Some clear indicators that state capacity is a significant barrier to enforcement are budget and policing, like in South Africa. By 2012, only 14 of India's 33 states had been allocated a budget under the Domestic Violence Law; and India has a notably low ratio of police coverage per population and poor distribution for vulnerable populations (also see «Police to People Ratio»; Roychowdhury 2015)

In response, women's groups stepped in to substitute for the lagging state in some areas, training caseworkers, providing legal aid, and organizing victims with pending cases for support and social services. And in a few areas with strong grassroots movements and highly decentralized and underfunded administrations, such as West Bengal, women's organizations took on or trained their members to assume law enforcement functions. Women's organizations and even individual victims end up writing reports for overwhelmed government protection officers, gathering evidence and witnesses for understaffed police and prosecutors, enforcing protection orders through informal collective action, and substituting for police to intervene in abuse or supervise separations. Contrary to some feminist critiques that domestic violence regimes may position women as victims, the informalization of justice in this case seems to move women from victim to savior roles—and many survivors of abuse move on to status as rescuers of current victims through the organizations. However, women's solidarity activists are sometimes attacked for their intervention by local patriarchal elites, and often cannot secure police protection. (Roychowdhury 2015)

4. Conclusion: from norms to compliance

Law is necessary but not sufficient to bring justice for gender violence. As human rights scholars demonstrate, institutionalization of rights norms requires complementary mechanisms of transnational pressure, social mobilization, and building state capacity. Feminist critics add an analysis of uniquely gendered gaps between commitment and compliance—yet the law is not ineluctably gender biased as claimed by some feminist pessimists. Systematic analysis of the gendered legal gap locates the barriers in distorted architecture, access, and accountability. Moreover, we can constructively distinguish the relative salience of different aspects of law for different types of gender regimes and different syndromes of violations.

The legal barriers outlined here are systematic and extensive, but they are evolving and amenable to reform. Transnational mobilization has expanded claims for different types of violence beyond interstate and humanitarian law, generated new norms for diffusion such as due diligence, and fostered challenges to inequitable legal pluralism. Meanwhile, transitional justice increasingly provides new opportunities for accountability—when a regime is internationally supervised and/or a power transition has been thoroughly consolidated. The human rights regime itself continues to expand awareness and propose avenues of access for the gendered citizenship gap, increasingly attending to women across borders or with legal personality subsumed in marriage. Doctrines of state accountability are trickling down from international norms to changes in state policy through direct instantiation, regional jurisprudence, and state Constitutions. In tandem, growing gender equity and civic mobilization in emerging democracies presses states for citizen security across the public and private sphere alike that leads to legal reform and increased enforcement for both sexual and domestic violence.

References

- Alami, Aida. 2014. "A Loophole for Rapists Is Eliminated in Morocco." In *New York Times*.
- Amnesty International. 2008. *The Law is There, Let's Use It: Ending Domestic Violence in Venezuela*. London: Amnesty International.
- . 2010. *Too Late, Too Little: The Failure of Law Reform for Women in Swaziland*. London: Amnesty International
- Artz, Lillian, and Dee Smythe. 2008. *Should we consent? : rape law reform in South Africa*. Cape Town: Juta.

- BBC. 2016. "India Outrage After Gang Rape Victim Assaulted Again "By Same Men"." *BBC*.
- Begum, Rothna. 2015. "Gulf States Fail to Protect Domestic Workers from Serious Abuse." In *Newsweek*.
- Boesten, Jelke. 2010. "Analyzing Rape Regimes at the Interface of War and Peace in Peru". *The International Journal of Transitional Justice* 4:110-29.
- Bose, Christine E. 2015. "Patterns of Global Gender Inequalities and Regional Gender Regimes". *Gender & Society*, 29 (6):24.
- Brysk, Alison. *Violence Against Women: Human Rights and the Dynamics of Change* [under review].
- Brysk, Alison, and Gershon Shafir. 2004. *People out of place : globalization, human rights, and the citizenship gap*. New York: Routledge.
- Charlesworth, Hilary. 2002. "International Law: A Discipline of Crisis". *Modern Law Review*, 65:15.
- Colombia, ABColombia/ Corporacion Sisma Mujer/ The U.S. Office on. "Colombia: Women, Conflict-Related Sexual Violence and the Peace Process." http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ABColombia_Conflict_related_sexual_violence_report.pdf.
- Connell, R. W. 2002. *Gender*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity ; Blackwell Publishers.
- Data Popular, and Instituto Patricia Galvao. *Percepcao Da Sociedade Sobre Violencia e Assassinatos de Mulheres*.
- De Silva de Alwis, Rangita, and Jeni Klugman. 2015. "Freedom from Violence and the Law: A Global Perspective." In.: FXBCenter for Health and Human Rights. "A Deeper Look at Violence Against Women (VAW): The Philippine Case." 2016. Accessed 30 Sept. <http://www.monitor.upeace.org/pdf/Violence%20Against%20Women%20in%20the%20Philippines.pdf>.
- Edwards, Alice. 2010. "Everyday Rape: International Human Rights Law and Violence Against Women in Peacetime." In *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, edited by Clare McGlynn and Vanessa Munro, 92-108. New York: Routledge.
- . 2011. *Violence against women under international human rights law*. Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Frank, David John, Kassia Wosick-Correa, and Tara Hardinge. 2009. "The Global Dimensions of Rape-Law Reform: A Cross-National Study of Policy Outcomes". *American Sociological Review*, 74 (April):18.
- Gangoli, Geetanjali, and Nicole Westmarland. 2011. *International approaches to rape*. Bristol, UK; Portland, OR: Policy Press.
- Ghosh, Biswajit, and Tanima Choudhuri. 2011. "Legal Protection Against Domestic Violence in India: Scope and Limitations," *Journal of Family Violence* 26:11.
- Goel, Rashmi. 2015. "Coaxing Culture: India's Legislative Response to Dowry Deaths." In *Comparative Perspectives on Gender Violence*, edited by Rashmi Goel and Leigh Goodmark. New York: Oxford University Press.
- Goodale, Mark, and Sally Engle Merry. 2007. *The practice of human rights: tracking law between the global and the local*. Cambridge; New York: Cambridge University Press.

- Grupo de Memoria Historica de la Comision Nacional de Reparacion y Reconciliacion. 2011. "Mujeres Que Hacen Historia: Tierra, Curope y Política en el Caribe Colombiano". Bogota, Colombia: Comision Nacional de Reparacion y Reconciliacion.
- Higgins, Tracy E., Jeanmarie Fenrich, and Ziona Tanzer. 2006. "Gender Equality and Customary Marriage: Bargaining in the Shadow of Post-Apartheid Legal Pluralism". *Fordham International Law Journal* 30 (6): 58.
- Human Rights Watch. 2015. "Unequal and Unprotected: Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws."
- Institute, Avon. 2011. *Perceptions of Domestic Violence Against Women in Brazil*. In: Jewkes, Rachel, Nicola Christofides, Lisa Vetten, Ruxana Jina, Romi Sigsworth, and Lizle Loots. 2009. "Medico-Legal Findings, Legal Case Progression, and Outcomes in South African Rape Cases: Retrospective Review," *PLoS Med* 6 (10)
- Koskenniemi, Martti. 2007. "Constitutionalism as Mindset: Reflection on Kantian Theories of International Law and Globalization". *Theoretical Inquiries in Law*, 8 (1): 28.
- Krauze, Leon. 2016. *Los Porkys: The Sexual-Assault Case That's Shaking Mexico*. In *The New Yorker*.
- Langer, Rosanna L. 2007. *Defining rights and wrongs: bureaucracy, human rights, and public accountability*. Vancouver: UBC Press.
- Le Clerq Ortega, Juan Antonio, and Gerardo Rodriguez Sanchez Lara. 2015. "Global Impunity Index 2015." In, edited by Juan Antonio Le Clerq Ortega and Gerardo Rodriguez Sanches Lara. Universidad de las Americas Puebla Consejo Ciudadano de Seguridad y Justicia.
- Merry, Sally Engle. 2006. *Human rights and gender violence: translating international law into local justice*. Chicago: University of Chicago Press.
- Meyersfield, Bonita. 2010. *Domestic Violence and International Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Mibenge, Chiseche Salome. 2013. *Sex and international tribunals: the erasure of gender from the war narrative*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Mkhwanazi, Siyabonga. "SAPS shake-up Seen as Crime-Fighting Setback." <http://www.iol.co.za/news/south-africa/saps-shake-up-seen-as-crime-fighting-setback-1.277639#.UnJFWrEaLIU>.
- Nayak, Meghana. 2015. *Who is worthy of protection?: gender-based asylum and US immigration politics*.
- Ndulo, Muna. 2011. "African Customary Law, Customs, and Women's Rights". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18 (1): 35.
- Ortiz-Barreda, Gaby, and Carmen Vives-Cases. 2013. "Legislation on violence against women: overview of key components". *Revista Panamericana de Salud Pública* 33: 61-72.
- Parashar, Archana. 2008. "Gender Inequality and Religious Personal Laws in India". *Brown Journal of World Affairs* 14 (2): 10.
- Pearce, Megan Louise. 2015. "Gendering the Compliance Agenda: Feminism, Human Rights, and Violence Against Women". *Cardozo Journal of Law & Gender* 21 (2): 49.

- Reynolds, Louis. 2014. "Femicide courts in Guatemala: a Beacon of Light in the Fight Against Impunity" In *Upside Down World*.
- Richards, David L., and Jillienne Haglund. 2015. *Violence against women and the law*. New York: Routledge.
- Rodríguez Garavito, César A., and Boaventura de Sousa Santos. 2005. *Law and globalization from below : towards a cosmopolitan legality*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- Roychowdhury, Poulami. 2015. "Victims to Saviors: Governmentality and the Regendering of Citizenship in India." *Gender & Society* 29 (6): 24.
- Runge, Robin. 2015. "Operating in a Narrow Space to Effect Change: Development of a Legal System Response to Domestic Violence in China." In *Comparative Perspectives on Gender Violence*, edited by Rashmi Goel and Leigh Goodmark. New York: Oxford University Press.
- Savery, Lynn. 2007. *Engendering the state: the international diffusion of women's human rights*. New York: Routledge.
- Simmons, Beth A. 2009. *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge [U.K.]; New York, N.Y.: Cambridge University Press.
- Slaughter, Anne-Marie. 2005. *A new world order / Anne-Marie Slaughter*. Princeton: Princeton University Press.
- Smulovitz, Catalina. 2015. "Legal Inequality and Federalism: Domestic Violence Laws in the Argentine Provinces". *Latin American Politics and Society* 57 (3): 26.
- Smythe, Dee, and Samantha Waterhouse. 2008 "Policing Sexual Offenses: Policies, Practices and Potential Pitfalls." In *Should We Consent? Rape Law Reform in South Africa*, edited by Lillian Artz and Dee Smythe, 198-223. Capetown: Juta and Co.
- Teitel, Ruti G. 2000. *Transitional justice*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- The Protection Project and Johns Hopkins. 2013. "100 Best Practices in the Protection of Migrant Workers." In.: Paul H. Nitze School of Advance International Studies.
- U.S. Department of State. "2014 Trafficking in Persons Report: Philippines." <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/countries/2014/226799.htm>.
- US State Department. 2013. "The 2013 US State Department Human Rights Report." In.
- Vetten, Lisa. 2011. "Paradox and Policy: Address Rape in Post-Apartheid South Africa." In *International Approaches to Rape*, edited by Nicole Westmarland and Geetanjali Gangoli. Chicago: University of Chicago Press.
- "W.C. Police Rape Stats Highest in S.A.". <http://ewn.co.za/2013/09/06/Cape-cop-rape-stats-alarming>.
- Wasieleski, Julio Jacobo. 2012. "Mapa da Violencia 2012: Atualizacao Homicidio de Mulheres No Brasil." In, edited by Maragareth Doherty and FLASCO Brazil. FLASCO Brasil Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos.
- Women, UN. 2016. "Maria da Penha Law: A Name that Changed Society." Accessed 30 Sept. <http://www.unwomen.org/en/news/stories/2011/8/maria-da-penha-law-a-name-that-changed-society>.

El cultivo de las emociones y la imaginación narrativa en Martha Nussbaum

*Una propuesta para la promoción del desarrollo humano
en las sociedades interdependientes del siglo XXI*

Emotional Development
and Narrative Imagination in Martha Nussbaum's Works

*Promoting Human Development of
Interdependent Societies in the 21st Century*

Cristina Pena Mardaras¹

Universidad de Deusto / Deustuko Unibertsitatea (España)
cristina.pena@deusto.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp175-195>

Fecha de recepción: 25/07/2016
Fecha de aceptación: 30/11/2016

Sumario: 1. Introducción. 2. Las Humanidades como alimento del compromiso socio-político de Nussbaum. 3. Imaginación narrativa y emociones al servicio de la justicia. 4. Cultivo de la humanidad y desarrollo humano. Una propuesta para el futuro. 5. Conclusiones finales. Bibliografía

Resumen: En la trayectoria personal y profesional de Martha Nussbaum las narraciones han estado estrechamente vinculadas a sus preocupaciones filosóficas y al compromiso en favor del desarrollo humano en todas las esferas de la vida. En este artículo se muestra ese nexo y se profundiza en el protagonismo que, en la promoción de un orden social más justo y respetuoso de las libertades de todas las personas, tienen la imaginación narrativa y el cultivo de emociones que expanden las fronteras del yo. Estos elementos señalan un camino para la formación ciudadana que requiere nuestro mundo globalizado e interdependiente.

Palabras clave: Nussbaum, desarrollo humano, imaginación narrativa, emociones, novela.

Abstract: Stories have a significant relevance in Martha Nussbaum's career and biography. They are closely related to the author's philosophical

¹ Doctora en el Programa de Derechos Humanos: Retos Éticos, Sociales y Políticos. Facultad de Teología. Universidad de Deusto. Bilbao

concerns and to her engagement towards human development. This article examines the link between those elements, and digs into the relevance of narrative imagination and the emotional development that expands the boundaries of the self. These emotions, as well as literary imagination, are key elements in order to promote a just social order that respects fundamental freedoms. They also show the way towards citizenship education that is needed in our interdependent and globalized world.

Keywords: Nussbaum, human development, narrative imagination, emotions, novel.

1. Introducción

En las últimas décadas se aprecia un creciente interés por la narrativa en el campo de la filosofía en general y de la ética en particular, reconociendo que entre ambas puede establecerse una alianza fructífera. Esta situación se extiende también al ámbito educativo en el que se exploran las posibilidades que ofrecen las narraciones como estrategia fundamental para la enseñanza, especialmente para brindar sentido y significado a las acciones propias y de otras personas, y para una educación ciudadana que posibilite la vida democrática y sostenible. Así, ética, literatura y educación convergen en otorgar a las narraciones un papel importante en la construcción personal y social.

Entre los muchos autores que, desde el ámbito filosófico, sostienen que la narrativa ofrece posibilidades a los seres humanos para la comprensión de sí mismos y del mundo, Martha Nussbaum constituye una de las figuras prominentes, presente tanto en debates públicos como académicos. Esta filósofa, que aúna un profundo conocimiento de la filosofía griega con formación en arte dramático y lenguas clásicas, defiende la necesidad de conceder un papel a la literatura y, en particular, a la novela en el seno de la filosofía práctica, señalando cómo la lectura y discusión de obras de ficción pueden contribuir a la deliberación en la vida privada y en la vida pública. En su concepción, las narraciones no sólo contribuyen al desarrollo de la identidad personal², posibilitan experiencias que de otro modo no se pueden tener³, y permiten el examen del curso entero de la vida moral, con sus

² En palabras de Ricoeur, la identidad humana es una identidad narrativa «porque lo que llamamos subjetividad no es ni una serie incoherente de acontecimientos ni una sustancia inmutable inaccesible al devenir» (Ricoeur 2006: 21) y está mediado por los símbolos culturales que recibimos. Por ello, «lo que comprendemos de nosotros mismos es el resultado de una articulación narrativa de los acontecimientos que hemos vivido. Pero el alcance de estos acontecimientos vividos sólo lo obtenemos al comparar lo que hemos sido con lo que podíamos haber sido; y esto último, lo posible, lo conocemos sin haberlo vivido, por los relatos de ficción. Con este empadronamiento entre lo histórico y lo ficcional acaba por reconstruirse la identidad personal que, al fin y al cabo, es narrativa» (1999: 215).

³ En el complejo panorama actual, la ética narrativa destaca el papel que juegan en el juicio moral las experiencias del sujeto. Según Dietman Mieth —que acuñó el concepto de *ética narrativa* en un trabajo sobre el *Tristán* de Gottfried von Strassburg—, hay tres modos de experiencia que contribuyen a conferir al sujeto la competencia moral: la experiencia de contraste, que puede adoptar formas muy sencillas como «esto está bien», «esto no está bien» y supone la internalización de los valores y la elección de un modelo axiológico; la experiencia de sentido, que implica exigencias prácticas de tipo moral que derivan de la sanción de determinados valores; y, finalmente, la experiencia de motivación, una experiencia intensa que origina un cambio personal que va más allá

patrones de compromiso, conducta y pasión⁴. Además, las narraciones de ficción, al provocar en el lector el ejercicio de la imaginación literaria, tienen la virtualidad de modelar las emociones y afinar la percepción moral⁵.

En este artículo se examinará, en primer lugar, cómo se ha alimentado y ha cristalizado esta convicción de la filósofa en su propia trayectoria para profundizar, a continuación, en la relación que establece entre emociones, imaginación narrativa⁶ y compromiso por la justicia. Finalmente se presentará su propuesta de una educación que cultive las dimensiones personales que garanticen la formación de ciudadanos respetuosos con los derechos humanos y comprometidos en promover la calidad de vida para todas las personas en un mundo globalizado.

2. Las Humanidades como alimento del compromiso socio-político de Nussbaum

El discurso que Martha Nussbaum pronunció al recibir el premio Príncipe de Asturias resulta revelador del modo en que su interés por

de lo intelectual. Fernando Quesada, reconociendo que la ética narrativa no tiene una pretensión argumentativa, destaca tres funciones que puede desempeñar: interpelar, devolver la mirada a la realidad y ser *memoria passionis* (Quesada 1985). Esa función de recordar lo que ha sucedido y de otro modo no se ha podido contar y poner ante los ojos del lector el trasfondo de una *Historia* que no se debe olvidar, justifica para algunos autores el uso cognitivo de la literatura (cf. López de la Vieja 1999). La propuesta de Nussbaum, sin embargo, es mucho más amplia.

⁴ «Las narraciones literarias despliegan modelos ampliados de carácter, acción y compromiso, mientras investigan las pasiones relevantes con aguda percepción. Nos muestran, de una manera que los ejemplos aislados no pueden lograr, qué significa organizar una vida en busca de lo que uno valora, y qué conflictos y obstáculos impiden tal búsqueda» (Nussbaum 2013: 584).

⁵ Nussbaum fundamenta su discurso en una renovada lectura de la ética aristotélica y sostiene una compleja visión del florecimiento humano que supone la deliberación no sólo sobre los medios sino sobre los fines de una vida humana buena en un universo de valores heterogéneos y plurales, así como el reconocimiento del valor cognitivo de las emociones y su educabilidad. Estas tesis son compartidas, al menos en parte, por otros autores neo-aristotélicos como John McDowell, David Wiggins, Henry Richardson, Iris Murdoch, Nancy Sherman y Marcia Homiak. En cuanto a la relación ética-literatura, la filósofa de Chicago ha alimentado su postura filosófica a través de la lectura y discusión con otros filósofos. De modo particular tiene una deuda intelectual con Iris Murdoch, pese a que esta última sostenga una concepción más platónica frente a la aristotélica de Nussbaum.

⁶ Nussbaum califica a la imaginación de diversos modos: narrativa, literaria, creativa, metafórica... En este artículo se utilizan estos calificativos como sinónimos, sin entrar en un estudio detallado sobre las connotaciones de usar uno u otro término.

la literatura se incardina en el conjunto de su actividad docente e investigadora y en su trabajo en defensa de un mundo más justo.

Estoy recibiendo el Premio de Ciencias Sociales y, sin embargo, yo provengo de las Humanidades, soy una filósofa que ha trabajado no solo en la filosofía política, sino también en la naturaleza de las emociones y de la imaginación y en el problema de la interdependencia y vulnerabilidad humanas, a menudo recurriendo a obras literarias y musicales para dilucidar estas cuestiones. No obstante, no creo que sea erróneo clasificar mis contribuciones dentro de las Ciencias Sociales (Nussbaum 2015).

En el cuerpo de este breve discurso, Martha Nussbaum encuadra su trabajo sobre el enfoque del «desarrollo humano» o «enfoque de las capacidades», realizado en colaboración con Amartya Sen, en una concepción del *florecimiento*⁷ de las sociedades que requiere el *florecimiento* de las personas y tiene en cuenta no sólo lo que necesitan para vivir con dignidad, sino lo que luchan por conseguir para vivir una vida con sentido. La filósofa pone de manifiesto cómo encuentra en el arte y, en concreto, en la literatura, un instrumento adecuado desde una perspectiva aristotélica para indagar en los diversos modos en que las personas, seres vulnerables y necesitados, dirigen su vida en orden a conseguir una vida plena y con sentido, y para mostrar caminos a las ciencias sociales para asegurar los requisitos mínimos de una vida conforme a la dignidad humana.

Su esfuerzo por hacer de la Filosofía una defensa de la humanidad se ha dirigido hacia dos objetivos básicos: 1) señalar a las instituciones caminos que garanticen a todas las personas el despliegue de las capacidades individuales para alcanzar la justicia social básica que deberían asegurar las sociedades democráticas, y 2) formar ciudadanos capaces de abordar las situaciones que enfrentamos como miembros de un mundo interdependiente y complejo⁸.

⁷ Se adopta aquí la traducción de *eudaimonía* por *florecimiento humano* propuesta por John Cooper para mantener el sentido activo y amplio que tiene en la concepción aristotélica. Está estrechamente vinculado al *desarrollo humano* en el sentido que propugna Martha Nussbaum.

⁸ Nussbaum se sitúa en la estela del liberalismo político. Su postura no es derruir los principios políticos y las instituciones, sino apuntalarlos para hacerlos más estables. Reconoce que el pensamiento de Rawls siempre le ha parecido iluminador y que desde joven ha sido socialdemócrata liberal. «Cuando todos mis amigos estaban uniéndose a grupos marxistas en los años setenta, yo pegaba sellos para Eugene McCarthy, senador liberal contrario a la guerra de Minnesota y candidato a la presidencia. Siempre he estado a favor de la deliberación pública libre y del cambio gradual» (Kuisz 2014). Sobre esta cuestión, véase Arjona (2013).

Esta pretensión de Martha Nussbaum recoge muchos elementos del cosmopolitismo estoico y se extiende más allá de los estrechos límites de la polis a la que quedaba reducida la *philia* aristotélica. Al considerar que la verdadera comunidad moral es aquella fundamentada en la común racionalidad de los seres humanos, cada persona está esencialmente ligada a la humanidad como un todo, por lo que ha de velar por el bien de todo ser humano. Por otra parte, en las sociedades del siglo XXI el bien de los seres humanos se encuentra interconectado de modo inevitable puesto que la globalización económica, cultural, social y política es un fenómeno en el que ya estamos inmersos, de modo que no sólo existen razones morales para defender esta visión cosmopolita, sino también razones de orden empírico.

El trabajo más conocido de Nussbaum en este campo de la promoción del desarrollo humano a escala global es el enfoque de las capacidades⁹, que le brinda el marco desde el cual reivindicar un cambio en situaciones concretas de injusticia y exclusión y defender la tolerancia en el respeto a las opciones personales:

En este punto, mi pensamiento sobre la justicia conecta con la filosofía política. El *enfoque de las capacidades* es un intento de promover oportunidades para la búsqueda de formas buenas de vulnerabilidad, como el amor, la amistad, la carrera profesional..., y de evitar las formas malas, tales como la violencia física, el hambre y tantas otras. Este es, tal vez, el modo más sencillo de definir el hilo conductor de mi pensamiento (Birulés *et al.* 2011: 18).

En palabras de la filósofa, el enfoque de las capacidades está estrechamente asociado al enfoque de los derechos humanos y constituye, incluso, una especificación del mismo (Nussbaum 2012c: 283). Las capacidades que figuran en su lista incluyen muchos de los derechos sobre los que insiste el movimiento de los derechos humanos (las libertades políticas, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y diversos derechos económicos y sociales) y, como estos, aportan una justificación para unos derechos fundamentales que puede servir de

⁹ Nussbaum reconoce la influencia que, en el enfoque de las capacidades tienen autores como Rabindranath Tagore, Mahatma Gandhi, John Stuart Mill, Kant, Marx, Rawls, Barker, Adam Smith, Sócrates, Aristóteles o los estoicos (Véase Nussbaum 2012a: capítulos 4 y 7). Pese a que ha trabajado este tema en colaboración estrecha con Amartya Sen, difiere de la propuesta de este en algunos aspectos como la concreción de las capacidades básicas o la noción de «umbral» o nivel mínimo que cada ciudadano debería gozar de cada una de las capacidades (véase Nussbaum y Sen 1996: introducción).

base al pensamiento constitucional y al pensamiento sobre la justicia a nivel internacional. Pero, además, el lenguaje de las capacidades le parece más claro porque elude cuestiones teóricas sobre las que no existe acuerdo filosófico, y pone el acento en las posibilidades reales de las personas:

Al definir el reconocimiento de los derechos en términos de capacidades, dejamos claro que el pueblo de un país P no tiene realmente ningún derecho efectivo a la participación política, un derecho en el sentido relevante para juzgar si esa sociedad es justa, por ejemplo por el sólo hecho de usar ese lenguaje sobre el papel; sólo cabe considerar que el derecho les ha sido reconocido si existen medidas efectivas para que las personas puedan actuar realmente en el nivel político. [...] En resumen, pensar en términos de capacidades nos da un criterio para pensar sobre lo que realmente significa reconocerle un derecho a alguien, deja claro que implica un apoyo afirmativo en un nivel material e institucional, no una simple abstención de interferir (Nussbaum 2012c: 285-286).

Así, al utilizar el lenguaje de las capacidades, Nussbaum pone el acento en las oportunidades que posee cada persona en ciertas esferas que abarcan desde la vida, la salud y la integridad física hasta la libertad y participación política y la educación y, más allá del reconocimiento de estos derechos, se valora la posibilidad de ejercitarlos al tiempo que, denunciando las situaciones de incumplimiento, se insta a las instituciones a un compromiso eficaz.

Son varios los trabajos de Nussbaum centrados en la lucha contra la injusticia y la exclusión. A *La calidad de vida*, publicado con Amartya Sen en 1996 han seguido obras como *Sex and Social Justice*, *Las mujeres y el desarrollo humano*, *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*¹⁰, *India: democracia y violencia religiosa*, *Libertad de conciencia*, *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*, *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano* o *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*.

El compromiso por mejorar las condiciones de vida de las personas, especialmente de las más vulnerables es, por tanto, una de las

¹⁰ Esta obra está articulada, precisamente, en diálogo crítico con Rawls, proponiendo el enfoque de las capacidades como una teoría alternativa al contractualismo para resolver algunos problemas a los que, a juicio de Nussbaum, él no ha dado una respuesta satisfactoria: las discapacidades físicas y mentales, extender la justicia a todos los ciudadanos del mundo y los derechos de los animales.

preocupaciones constantes de Martha Nussbaum. Ahora bien, lo característico de su planteamiento, tal como exponía en el discurso al recibir el premio Príncipe de Asturias, es que considera que las narraciones y, especialmente, la literatura, son un instrumento valioso para poner de relieve situaciones personales y sociales, y generar respuestas adecuadas a las mismas. Por ello, en sus obras sobre aspectos sociales y políticos, Nussbaum se sirve con frecuencia de textos literarios para descender a detalles concretos de la vida humana. Es el caso de *Sex and Social Justice*, en el que novelas de J. Joyce, V. Woolf y D.H. Lawrence constituyen el punto de partida de la discusión. En otros momentos, especialmente en los estudios sobre la mujer y el desarrollo humano, recurre a narraciones de vida. También ha escrito obras en las cuales los casos prácticos y las anécdotas tienen una función semejante a la de los relatos: presentar concreciones, invitar al juicio y, en algunos casos, promover la identificación. Esta función de particularizar el contexto y focalizar la mirada se puede apreciar en otro tipo de trabajos, como *El cultivo de la humanidad*, que incluye ejemplos y anécdotas, o en el estudio sobre el papel de emociones como la vergüenza y la repugnancia en el derecho penal que Martha Nussbaum realiza en *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, que se ilustra con casos concretos que ponen de relieve las condiciones institucionales y de desarrollo que posibilitan o imposibilitan el respeto por la igualdad humana (Nussbaum 2006: 29). Así, el razonamiento práctico se guía por la percepción de la realidad y no por principios y normas establecidos *a priori*¹¹.

Tal vez el ejemplo paradigmático de cómo emplea esta filósofa las narraciones para facilitar la toma de conciencia y el compromiso por una sociedad más respetuosa con los derechos de todas las personas lo encontramos en *Justicia poética*. En este ensayo, que tiene por subtítulo *La imaginación literaria en la vida pública*, se sirve del análisis de *Tiempos difíciles* de Dickens para mostrar su concepción de la economía¹² y realizar un contraste entre su postura y otras —teorías

¹¹ Nussbaum sigue el procedimiento aristotélico, considerando, como el Estagirita, que «el razonamiento en ética y política es y debe ser diferente del razonamiento deductivo que algunos buscan en las ciencias, pues debe interesarse fundamentalmente en el cambio histórico, en la complejidad de los contextos prácticos reales y en la diversidad de los casos» (1997: 123).

¹² Esta novela ha servido a la filósofa en su trabajo conjunto con Amartya Sen, en la elaboración de críticas de los paradigmas económicos utilizados para evaluar la calidad de vida, reduccionistas y carentes de complejidad humana, y para mostrar los tipos de información que tales evaluaciones deberían incluir a fin de ofrecer buenas guías de tipo predictivo y normativo (Nussbaum 1997: 18). En un capítulo de *Justicia*

éticas y también tendencias de las ciencias sociales actuales—, con el fin de explorar qué consecuencias prácticas conlleva adoptar una u otra postura. La obra, dirigida al estudio de la racionalidad judicial y el papel de las emociones y la imaginación en el derecho, ilustra muy bien la importancia de la imaginación en el cultivo de las emociones y expresa la convicción nussbaumiana de que la deliberación pública y privada requieren agentes capaces de percibir con detalle las situaciones y de empatizar con los demás, aspectos que los textos literarios valiosos contribuyen a desarrollar.

Nussbaum reconoce que «la lectura de novelas no nos dirá todo sobre la justicia social». No obstante, desde su propia experiencia, valora la posibilidad de que constituya «un puente hacia una visión de la justicia y hacia la realización social de esa visión» (1997: 38) y la sustenta en una concepción de la deliberación que otorga un papel fundamental a la imaginación y las emociones.

3. Imaginación narrativa y emociones al servicio de la justicia

Como se ha expuesto, abordar el reto que suponen las grandes desigualdades e injusticias en un orden mundial complejo requiere, para Martha Nussbaum, ciudadanos capaces de amar e imaginar (2012b: 34)¹³. El nexo que establece entre la mejora de la calidad de vida para todas las personas y el cultivo de la imaginación y las emociones¹⁴, no es

poética titulado «La lección de economía de Sissy Jupe», que toma de uno de los personajes de la obra de Dickens, Nussbaum se sirve de la narración para mostrar la tosquedad que supone medir la calidad de vida a través de PIB (producto interior bruto nacional) o la RPC (renta nacional per cápita) equiparando calidad a cantidad y olvidando los indicadores verdaderos: cómo funcionan los seres humanos y cuáles son sus expectativas de vida, de hambre o mortandad infantil, de salud, educación o derechos fundamentales.

¹³ El título de este ensayo, *El cultivo de la humanidad*, se inspira en Séneca, aunque la relación entre «educación liberal» y ciudadanía se remonta a Sócrates que incita a examinar los juicios y liberar la mente para poder participar en las decisiones de la *polis*. Nussbaum se nutre también del ideal cosmopolita de los estoicos, muy apropiado para dibujar el horizonte al que debe tender nuestro mundo globalizado. Ya Marco Aurelio invitaba a entrar en la mente del otro y a recrear imaginativamente las vidas de otros para percibir la plena e igual dignidad de todas las personas.

¹⁴ A nivel práctico, Nussbaum identifica emociones y pasiones (véase 2008: índice analítico), aunque en algún momento las distingue señalando que comparten muchos rasgos (2008: 169). Sí las diferencia, por su carácter intencional, de los estados de ánimo (2008: 160) y de los apetitos, puesto que son flexibles en relación a su objeto, el cual consideran investido de valor (2008: 157-158).

únicamente fruto de su experiencia, sino que tiene un profundo anclaje teórico¹⁵.

Como Aristóteles, Nussbaum sostiene que las emociones afinan la percepción, pueden guiar la elección y son un elemento fundamental de la respuesta apropiada¹⁶. Con esta afirmación se distancia de teorías tanto antiguas como modernas que consideran que las emociones enturbian o dificultan la deliberación¹⁷ y se sitúa en la línea de otros autores que defienden las emociones o los sentimientos como elementos clave de la vida moral¹⁸.

¹⁵ Son varios los trabajos de Nussbaum que exponen de modo teórico los beneficios del cultivo de la imaginación y las emociones y muestran cómo los textos literarios contribuyen a su desarrollo. A este respecto tiene particular relevancia la colección de ensayos publicada bajo el título *El conocimiento del amor* cuyo objetivo, tal como expresa en la introducción, es examinar «cómo determinadas obras literarias han contribuido al análisis de algunas cuestiones importantes sobre los seres humanos y la vida humana» (2005: 29). En otras obras como *Los límites del patriotismo*, *El cultivo de la humanidad* o *Sin fines de lucro*, esta cuestión se unirá a la consideración acerca de cómo deben ser los ciudadanos de las democracias del siglo XXI.

¹⁶ Aristóteles afirma que la excelencia personal requiere responder «en el momento correcto, con referencia a los objetos correctos, ante la gente correcta, con el objetivo correcto, y del modo correcto» (2011: 1106b 21-23) El *modo correcto* implica lo emocional.

¹⁷ Las objeciones que se hacen a las emociones desde diversas corrientes pueden sintetizarse en estos tres problemas que plantean: a) el hecho de que manifiestan la vulnerabilidad humana en cuanto implican un reconocimiento de necesidades que escapan a nuestro control; b) el cariz subjetivo que tienen, al centrarse en objetivos particulares, representar el mundo desde una perspectiva particular y estar vinculadas a la historia personal; c) la ambivalencia hacia su objeto. Un desarrollo amplio del pensamiento de la filósofa de Chicago sobre esta cuestión puede verse en *Paisajes del pensamiento*, especialmente en la primera parte. De modo sintético, se presenta su respuesta a las mismas en *Justicia poética* (93-107).

¹⁸ En la actualidad hay una revisión del papel de los sentimientos en la vida moral, papel que había sido descuidado en la modernidad. Tanto si se entienden como motivadores de la acción moral o como rasgos que permiten descubrir la realidad moral, desde diversas disciplinas se ha profundizado en la relación entre las dimensiones afectiva y cognitiva de la vida humana. En una línea paralela a la defendida por Martha Nussbaum, el neurólogo Antonio Damasio afirma: «El éxito o el fracaso de la humanidad depende, en gran medida, de la manera en que el público y las instituciones encargadas de la gestión de la vida pública incorporen principios y políticas a esta visión revisada de los seres humanos. La comprensión de la neurobiología de la emoción y los sentimientos es clave para la formulación de principios y políticas capaces tanto de reducir las aflicciones como de aumentar la prosperidad de las personas» (2009: 14). En el ámbito de la filosofía política, también Adela Cortina ha sostenido que «es imposible argumentar en serio sobre lo justo y dejarse convencer tan sólo por lo que satisface intereses universalizables sin sentirse atraído por determinados valores, sin incorporar un cierto carácter, sin contar con sentimientos morales. En suma, sin una razón cordial» (Cortina 2007: 183).

El planteamiento de Martha Nussbaum contiene tres elementos importantes: el reconocimiento de la dimensión cognitiva-evaluadora de la emoción, su carácter eudaimonista y la admisión de la importancia de elementos externos en cuanto objetivos de realización personal¹⁹. Las emociones no encarnan simplemente formas detalladas y densas de percibir un objeto, sino creencias complejas acerca del mismo relativas a aspectos importantes para el propio florecimiento personal (Nussbaum 2008: 50-52.), de modo que constituyen una suerte de termómetro que evalúa el nivel de importancia para la calidad de vida de aquello que provoca la emoción. Como respuestas inteligentes a la percepción del valor forman parte del reconocimiento verdadero y, combinadas con percepciones y creencias relativas a la situación, originan motivaciones para la acción en ese contexto inestable en el que se vive la vida humana (2008: 162-163). Son, por tanto, elementos no sólo integrantes sino, además, importantes de la racionalidad práctica.

Ahora bien, no todas las emociones son igualmente apropiadas ni fiables. Nussbaum señala que «si bien ninguna emoción es *per se* moralmente buena, puede que haya algunas que sean *per se* moralmente sospechosas», del mismo modo que algunas «son al menos aliadas potenciales, e incluso elementos constitutivos de la deliberación racional» (2008: 501-502). Tratando de dar respuesta a la pregunta sobre qué emociones son valiosas para la vida moral, Martha Nussbaum advierte que algunas expanden las fronteras del yo representándolo como compuesto en parte por apegos a cosas y a personas independientes, mientras que otras, en cambio, establecen fronteras en torno a él, aislándolo de objetos externos. Así, mientras que la empatía, el amor, la aflicción, la indignación o la compasión pertenecen al primer tipo de emociones²⁰, el asco y la vergüenza son ejemplos paradigmáticos del segundo al contener el juicio

¹⁹ Nussbaum defiende el papel de las emociones en una concepción integral de la racionalidad humana en casi todas sus obras y artículos, pero trata esta cuestión de modo específico en *Paisajes del pensamiento: La inteligencia de las emociones* y en *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. La postura de Martha Nussbaum comparte con los estoicos el reconocimiento de la dimensión cognitivo-evaluadora de la emoción, pero no la concepción de que esas evaluaciones son falsas y que, por tanto, las emociones deben extirparse. Considera, además, otros elementos como la comunidad entre humanos y otros animales, el papel de las normas sociales y la influencia de la propia historia en el desarrollo emocional (Nussbaum 2008: caps. 1-4).

²⁰ El estudio de unas y otras emociones es desigual en la obra de Nussbaum. Especialmente llamativo es el caso del amor, emoción que no se trata de modo sistemático pese a la importancia que la filósofa le concede, por la ambivalencia que entraña el amor erótico. En la tercera parte de *Paisajes del pensamiento* Nussbaum analiza, a partir de obras de arte, diversos modos de ascenso del amor; pero hasta *Emociones políticas: ¿por qué el amor es importante para la justicia?* no reivindica su necesidad en la esfera pública.

de que la debilidad y necesidad son males que hay que alejar del yo. Por ello, estas emociones frecuentemente se asocian al odio que mueve a la destrucción del objeto que se considera amenazante (2008: 338-339)²¹ y puede socavar la vida pública al establecer dos clases de seres humanos, los superiores y los inferiores (2008: 501)²².

Puesto que no todas las emociones son adecuadas para orientar la vida moral, resulta clave determinar si estas se pueden educar. Nussbaum afirma que sí: las emociones pueden modificarse al cambiar el modo en que se evalúan los objetos (2008: 268)²³. El cultivo de emociones adecuadas será, entonces, un aspecto importante del crecimiento moral.

Estrechamente vinculada con las emociones, la imaginación, «nuestra habilidad para aprehender los particulares en toda su riqueza y concreción» (Nussbaum 2005: 152)²⁴, ha sido objeto del estudio e interés de Nussbaum a lo largo de toda su trayectoria intelectual²⁵.

²¹ Pese a que hay otras emociones que restringen las fronteras del yo, como la envidia, Nussbaum presta especial atención a la vergüenza y el asco por suponer un rechazo de la condición vulnerable del ser humano. En su análisis del desarrollo de las emociones en la edad infantil, apoyándose en estudios psicológicos, la filósofa relaciona lo que llama la «vergüenza originaria» con el narcisismo o la omnipotencia infantil, que no tolera la falta de control o la imperfección, mientras que vincula el asco a la insuficiencia corporal y a la idea de contacto con un contaminante. La culpa, una emoción que también supone la aceptación de la propia imperfección, tiene, sin embargo, un carácter potencialmente creativo puesto que no deshonra la totalidad del propio ser y puede ser reparada (2008: 223-259).

²² En otras obras Nussbaum profundiza en las razones por las que ni los celos, ni la repugnancia son emociones confiables normativamente en la vida pública (2006: 27-28). Recientemente, en *Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice*, ha explorado el alcance de la ira en la esfera personal y en la política.

²³ La filósofa reconoce la contribución de los escritos de Iris Murdoch en subrayar el trabajo moral que se requiere para cambiar nuestras formas de ver a las personas que tememos, odiamos o nos molestan. Ese cambio de consideración supondrá un cambio de comportamiento (2008: 269). No obstante, la postura nussbaumiana reconoce una gran complejidad en las emociones-cogniciones, y rechaza cualquier postura que requiera alinear todas las emociones con los dictados de la razón o con los dictados del ideal de persona por considerarla de una violencia excesiva hacia la complejidad y debilidad humanas (2008: 269-271).

²⁴ La insistencia en la prioridad del particular deriva de la concepción antropológica nussbaumiana. La búsqueda del bien humano implica la aceptación de su condición física y de su mundo contingente (Nussbaum 2005: 28; 132).

²⁵ Comienza su estudio en 1978 en *Aristotle's De Motu Animalium*. Desde entonces, lo ha abordado en obras tan diversas como *La imaginación literaria en la vida pública*, *La fragilidad del bien*, *Justicia poética*, *Paisajes del pensamiento*, *El conocimiento del amor*, *el cultivo de la humanidad*, *Sin fines de lucro* o *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. La orientación en unas u otras obras, varía teniendo en algunas un cariz más teórico, mientras que en otras se incide en aspectos prácticos vinculados a la reivindicación política y social.

Como afirma la filósofa, sin ella no sería posible orientarse en el mundo humano puesto que es la responsable de presentar al agente la imagen de los particulares concretos sobre los que este delibera atendiendo a las propias necesidades (2005: 672). Pero, además, esta habilidad es decisiva porque está ligada tanto al reconocimiento de la inconmensurabilidad de los valores como a la experiencia de emociones, de modo que «es probable que nuestros sentimientos más intensos de amor, de temor y de pena se dirijan a objetos y personas que son vistos como particulares irreductibles en su naturaleza y en su relación con nosotros» (2005: 162).

Nussbaum se apoya en la concepción aristotélica y la desarrolla, tanto en el modo de concebir esta facultad como, especialmente, en las aplicaciones que sugiere. La imaginación es clave para ver con lucidez responsable en un mundo complejo. Se precisa la atención a la incompletud, a la sorpresa y a la particularidad, y la aceptación de la situación de perplejidad e inseguridad (2005: 330-331) para deliberar adecuadamente en los asuntos humanos. Un esfuerzo atento que compara a la labor de la imaginación creativa del artista (2005: 275; 298-302)²⁶ y, particularmente, a la del artista literario. Será la imaginación, con su capacidad de interpretar²⁷ y captar una complejidad no evidente a los sentidos, y con sus posibilidades en la búsqueda de alternativas, la que permita al agente moral responder a la situación particular con coherencia y flexibilidad²⁸. Tanto que

²⁶ La defensa nussbaumiana de la analogía entre la atención moral y la atención artística, es comparable a la postura de Iris Murdoch. Esta filósofa y novelista subraya la importancia de la percepción en la vida moral, de modo que la atención —concepto que toma de Simone Weil como una mirada justa, amorosa y dirigida a la realidad individual— es el rasgo principal del agente moral activo, destacando que el esfuerzo moral para *ver bien* es el paso previo para saber lo que hay que hacer. Compara ese esfuerzo con el trabajo desarrollado por el artista que, para captar y presentar la realidad, necesita superar los intereses egoístas. Por eso «el gran arte nos enseña cómo pueden mirarse y amarse las cosas reales sin apoderarse ni servirse de ellas, sin que se las apropie el codicioso organismo del yo» (Murdoch 2001: 70). Martha Nussbaum destaca la importancia que Murdoch confiere a los pasos previos a la elección, aunque no comparta totalmente la postura murdochiana.

²⁷ En *Justicia poética*, entre los calificativos que otorga a la imaginación, se refiere a ella como metafórica y subraya su «capacidad de ver una cosa como otra, para ver una cosa en otra» (65) captando aspectos no evidentes ni cuantitativos.

²⁸ El agente moral debe responder a la circunstancia particular mediante un diálogo afectuoso entre reglas y respuestas concretas, entre concepciones y compromisos generales, y una gran cantidad de obligaciones y afiliaciones pasadas, en una confrontación entre su historia personal y las exigencias de la ocasión (Nussbaum 2005: 182-183). Su trabajo es similar al del artista en lo que supone de interpretación fiel y, al mismo tiempo, creativa.

Martha Nussbaum sostiene que el discernimiento descansa en la percepción: una percepción afinada que va más allá de lo sensorial e implica representarse también la situación de las otras personas que se ven afectadas. Sólo así la deliberación será adecuada.

Cobran así sentido e importancia los calificativos de «compasiva» o «empática» que, referidos por Nussbaum a la imaginación, expresan la conexión de esta facultad con emociones importantes —indispensables en su discurso— para la vida pública, que requiere el interés por personas a veces distantes a nosotros²⁹. Si la imaginación compasiva permite captar «el sentido humano de los sufrimientos y privaciones que diferentes grupos de personas deben afrontar» (Nussbaum 2008: 486), concebir los diferentes recursos que personas diversas a nosotros necesitan para desarrollar una capacidad constituirá un ejercicio de imaginación empática y la carencia de ésta entorpecerá una correcta decisión y actuación.

La relevancia de emociones e imaginación en la deliberación práctica suscita una importante pregunta: ¿Cómo lograr un desarrollo imaginativo y emocional en el conjunto de la ciudadanía que facilite deliberaciones adecuadas no sólo en los aspectos personales, sino en asuntos que toquen a la vida pública?

Veremos cómo la propuesta de Nussbaum dirige nuestra atención a las narraciones porque estas posibilitan la comprensión de la propia historia —incluida la historia emocional—, permiten modificar la visión de determinadas realidades al presentarlas con detalle y generar una experiencia en el lector, y suscitan emociones mediante la identificación con los personajes. Sintiendo con ellos, percibiendo sus necesidades, es posible formarse una idea de las limitaciones que muchas personas experimentan para alcanzar lo que desean en la vida.

²⁹ Hay mucha literatura controvertida respecto a la importancia de la empatía para la vida pública. Entre los partidarios que, como Martha Nussbaum, sostienen que es un mecanismo psicológico que nos ayuda a ponernos en la piel del otro se cuentan autores como el psicólogo Frans de Waal, Daniel Batson, John Deisgh, Richard S. Lazarus o Heinz Kohut. Otros autores, entre los que se cuentan Peter Goldie o Jesse Prinz, son menos optimistas respecto a la posibilidad de otorgar un papel protagonista a la empatía en la agencia moral. Nussbaum, en *Paisajes del pensamiento*, contrasta sus argumentos con el objetivo de ofrecer un marco de comprensión acerca de la naturaleza y funcionamiento de esta emoción y de su intervención en el juicio moral. Precede a esta cuestión el análisis del contenido cognitivo de las emociones desde un punto de vista filosófico en el que Nussbaum también se hace eco de posturas contrapuestas.

Se traza así un camino hacia la justicia. ¿Sólo «justicia poética»³⁰, como lleva por título el ensayo de Nussbaum sobre la imaginación literaria en la vida pública?

La intención de la filósofa, como se ha visto, va más allá y apunta a una justicia que requiere la imaginación, supone un uso benéfico de la razón, y trasciende lo que los sentidos y la realidad nos presentan de modo inmediato, pero que no queda en vislumbrar lo mejor sino que mueve a procurar unas condiciones más igualitarias y respetuosas con la dignidad de todos.

4. **Cultivo de la humanidad y desarrollo humano. Una propuesta para el futuro**

Como subrayaba Martha Nussbaum al recibir el Premio Príncipe de Asturias, en la base de sus preocupaciones socio-políticas late una concepción de lo humano que tiene en cuenta la vulnerabilidad e interdependencia y concede a la imaginación y las emociones una importancia decisiva para captar con detalle las situaciones complejas a las que nos enfrentamos y orientar decisiones que tengan en cuenta la globalidad.

En los últimos años la filósofa ha multiplicado su llamada a procurar una educación fundada en las humanidades como requisito para promover un orden mundial justo e igualitario que garantice las libertades y los derechos de todas las personas³¹. Considera que la imaginación narrativa, que define como la «capacidad de pensar cómo sería estar en el lugar de otra persona, ser un lector inteligente de la historia de esa persona, y comprender las emociones, deseos y anhelos que alguien así pudiera experimentar» (Nussbaum 2012b: 30) es una

³⁰ El término, acuñado en 1678 por Thomas Rymer en su *The tragedies of the last age considered* se refiere a cómo una obra debería inspirar el comportamiento moral por medio del triunfo del bien sobre el mal, de manera que, aunque en la vida real no siempre se hace efectiva la verdadera justicia, en la literatura es posible conseguirla.

³¹ Esta inquietud de Nussbaum se ha visto incrementada en los últimos años al asistir al modo en que las humanidades han sido desplazadas en el sistema educativo de EEUU y también en otros lugares del mundo. Su preocupación se evidencia en *Sin fines de lucro*, obra en la que no sólo insiste en las capacidades necesarias para el modelo de ciudadanía que propone, sino que se lamenta de que la idea de rentabilidad está impregnando las políticas educativas, desplazando el aprendizaje de estas capacidades que no son «rentables» en términos económicos a corto plazo (Nussbaum 2010: 25-26).

de las habilidades que todo ciudadano debería tener en una sociedad democrática que aspire a conseguir la justicia social. Y esta habilidad tan ligada al reconocimiento de la vulnerabilidad de los otros, requiere de la literatura y las artes para su cultivo (Nussbaum 2010: cap. 6)³².

Siguiendo a Aristóteles, que ilustraba sus tratados éticos con episodios de las tragedias griegas, Nussbaum sostiene que la forma narrativa mantiene al lector en la incertidumbre propia de la condición humana y le permite realizar un aprendizaje acerca de las decisiones de los personajes, implicándole emocionalmente en una situación que pudiera ser la suya propia³³. Se trata de un aprendizaje moral que, por ser experiencial, «requiere el cultivo de la percepción y la sensibilidad: la habilidad de leer una situación, indicando qué es relevante para el pensamiento y la acción» (Nussbaum 2005: 95-96). Y la literatura sirve a ese propósito, no sólo ejemplificando el aprendizaje en el esfuerzo de los personajes y del propio autor, sino provocando en el lector una actividad de discernimiento y guiándole *amigablemente* a ver el mundo a través de otros ojos³⁴. Esta actitud activa del lector, que se acerca a las obras literarias con una disposición determinada, es un elemento clave.

³² Muchos autores sostienen la importancia de la literatura en orden a ampliar la imaginación moral, que nos hace más sensibles en la medida en que profundiza en las diferencias entre las personas y la diversidad de sus necesidades. Así Richard Rorty, por ejemplo, defiende la literatura como fuente de una ética colectiva al sostener que es la literatura y no la filosofía la que puede cultivar las emociones que promueven un sentido genuino de la solidaridad y, al igual que Nussbaum, se sirve de narraciones de Henry James o Charles Dickens, entre otros, para ilustrar cómo favorecen la empatía y el reconocimiento del otro. Sin embargo, para Rorty no hay una diferencia radical entre los géneros discursivos que no son más que *diversos juegos de lenguaje* (Vásquez Rocca 2006: 173-180). Nussbaum, por el contrario, reconoce el papel que puede jugar la filosofía en el ámbito de la ética, aunque manifiesta, también, las limitaciones de su lenguaje.

³³ Este tema, ya tratado en obras anteriores, es retomado nuevamente en *Emociones políticas*. Aquí, Nussbaum muestra cómo los dilemas trágicos juegan dos papeles en la vida política: dirigir la atención emocional e imaginativa hacia los derechos fundamentales y hacia el daño que ocasiona la vulneración de esos derechos, y el aprendizaje de los terribles costes que entrañan dichos dilemas (cap. 9).

³⁴ Apoyándose en palabras de James, Martha Nussbaum relaciona el vínculo que el lector establece con los personajes de los libros y el sentido de la vida reflejado en el texto como un todo, con el papel que desempeñan los amigos y familiares en el aprendizaje práctico tal como lo presenta Aristóteles. Los *philoí* no sólo son los mayores bienes exteriores (Aristóteles 2011: 1969 b10), sino que ayudan al crecimiento moral porque afinan la percepción de uno mismo (Nussbaum 2013: 10-26). En el capítulo 12 de *La fragilidad del bien* examina la necesidad de los bienes relacionales para una vida buena y cómo «el sentimiento dirige la atención y muestra lo que de otro modo permanecería oculto» (Nussbaum 1995: 454). Esta relación *amigable* entre la novela y el lector es explorada también en «Leer para vivir» (Nussbaum 2005: 417-441) en base al libro de Wayne Booth, *The Company We Keep*.

Pese a que Nussbaum reconoce que este aprendizaje puede realizarse a través de otras obras narrativas, muestra predilección por las novelas³⁵. En general, es propio de la novela expresar con su forma y estilo, y en su modo de interacción con el lector, un sentido normativo de la vida invitando a observar unas cosas y no otras y a adoptar determinadas actitudes intelectuales y también emocionales (Nussbaum 1997: 36). Se dirige a los seres humanos como seres humanos (2005: 185), centrándose en la «humanidad común» (2005: 98), y les muestra posibilidades de vida y elección que pueden ser las del lector. De este modo, favorece la indagación sobre cómo vivir haciendo que el interés por el texto adquiera un matiz cognitivo: «un interés por descubrir (viendo y sintiendo los modos de percibir de otros) qué posibilidades (y trágicas imposibilidades) nos ofrece la vida, qué esperanzas y miedos nos confirma o nos socava» (2005: 315)³⁶. Por otra parte, el continuo contraste entre la concepción general de la vida humana encarnada en la estructura de la novela, y la percepción de lo concreto, enseña al lector a orientarse entre estos dos niveles:

La novela constituye un paradigma de un estilo de razonamiento ético que es específico del contexto sin ser relativista, en el que obtenemos recetas concretas y potencialmente universales al presenciar una idea general de la realización humana en una situación concreta (Nussbaum 1997: 33).

Esta actividad moral no es independiente de la capacidad estética de la novela³⁷, que atrapa al lector y lo enfrenta a situaciones que, de

³⁵ Aunque Nussbaum escoge fundamentalmente novelas realistas y novelas de amor, también recurre a obras musicales y poéticas para apoyar su investigación en *Paisajes del pensamiento* y reconoce una rica variedad de vínculos eudaimonistas con su público en el melodrama y algunos tipos de comedia, así como la posibilidad de que el cine, como un medio narrativo moralmente serio y de gran popularidad en nuestra cultura, pueda hacer aportaciones similares a la novela (2005: 284).

³⁶ A diferencia de la historia, que nos muestra lo que ha ocurrido en una ocasión, las obras de ficción presentan las cosas que pueden pasar en la vida humana de modo que, cuando aprehendemos los patrones de relevancia que nos brinda una obra, también obtenemos cierto saber sobre nuestras propias posibilidades. Por este motivo, la novela es más filosófica que la historia, que sólo registra acontecimientos que ya no pueden ser de otra manera y no sume al lector en la incertidumbre y en la búsqueda de posibilidades (Aristóteles 1992: 280).

³⁷ La consideración de que la capacidad de la novela de suscitar reflexión ética y sentimientos morales está directamente relacionada con su capacidad estética, ofrece a Martha Nussbaum un camino para no instrumentalizar el arte. Como señala en *Paisajes del pensamiento*, la condición artística de la obra produce admiración y placer independientemente de que toque también las emociones eudaimonistas y, por ello,

otro modo, le hubieran resultado más difíciles de abordar. La belleza formal y el poder comunicativo de las obras generan un placer que derriba los mecanismos de autoprotección del lector y permite así experimentar muchas cosas que pueden ser dolorosas de un modo próximo y, a la vez, distanciado. Las emociones que producen tienen distinta intensidad y duración que las que el lector experimenta en la vida real, pero son genuinas por la implicación imaginativa del lector y por su conciencia de que lo que acontece a los personajes forma parte de las posibilidades de los seres humanos, y por tanto, de sus propias posibilidades. Por ello afirma Nussbaum que «una novela, como un sufrimiento agudo, nos muestra la verdad de nuestra situación, si bien lo hace sólo por breves momentos y de una manera que se eclipsa rápidamente en el «olvido» y el «regocijo» de la rutina cotidiana» (2008: 281). Esta condición de cercano-distanciamiento, junto con la visión ajustada de lo que acontece, constituye una condición necesaria para que la emoción ayude a la deliberación y no la entorpezca³⁸.

De este modo la novela es, para Nussbaum, una «escuela de humanidad» al posibilitar una percepción de las situaciones y de las personas más detallada y compleja y facilitar el desarrollo emocional³⁹. Ambos aspectos contribuyen a que el agente interprete humanamente el mundo humano. Y esto en su doble vertiente: en relación con la propia vida y en relación con las vidas de otros. Así puede ser más «consciente», más lúcido en sus análisis de la situación, y también más «responsable» porque el proyecto de la propia vida y los valores éticos

tenga que ver con los intereses del lector relativos a la configuración de la posibilidad humana (284).

³⁸ En ocasiones Nussbaum se refiere a la posición del lector comparándola con la del *espectador juicioso* de Adam Smith. Indica que, para ser buena guía en la elección, la emoción debe ser la de un espectador, no la de un participante, la de una persona rica en emociones, apasionada por el bienestar de los demás, pero que no se inserta desmedidamente en el cuadro que contempla y no experimenta las emociones relativas a su seguridad personal (Nussbaum 1997: 107-110). Esta consideración completa la postura que la filósofa analiza en el capítulo 10 de *Paisajes*, considerando cómo dentro de la tradición filosófica occidental la contemplación comprensiva es un modo de superar la ambivalencia de las pasiones y, en el caso concreto que le ocupa, del amor. Alude en este análisis a la virtualidad que tiene el arte para el artista de escapar de las miserias cotidianas, y señala cómo también ofrece al lector la oportunidad de conocer su propio amor a través de su parecido y su diferencia con el de otras personas (Nussbaum 2008: 565-568).

³⁹ Las novelas contribuyen al desarrollo emocional en varios sentidos: permiten poner nombre a las emociones y comprenderlas, y alimentan emociones que presuponen la forma de vida de un ser a la vez necesitado y lleno de posibilidades.

interiorizados, que requieren un alto grado de compromiso, ofrecen el marco desde el que se percibe la situación particular.

Queda abierta, así, una posibilidad importante para la formación de ciudadanos conscientes y responsables, sensibles y comprometidos (Nussbaum 2010: 48-49): una vía concreta para cultivar las cualidades que nos hacen más humanos y orientan el propósito de que todas las personas tengan las capacidades efectivas de desarrollarse de un modo acorde a su dignidad.

5. Conclusiones finales

El recorrido realizado por la producción de Nussbaum y su exposición del papel de las emociones y la imaginación y de las narraciones ayudan a cultivarla, pone de relieve que la llamada de atención sobre la importancia de las humanidades en la educación que realiza en *El cultivo de la humanidad* y *Sin fines de lucro* no es un aspecto accesorio de su actividad filosófica, sino un paso necesario para lograr una sociedad de agentes perceptivos que han desarrollado su capacidad crítica y la imaginación narrativa, y han educado sus emociones. Como afirma en estas obras, llegar a ser un ciudadano educado significa aprender una serie de hechos y manejar técnicas de razonamiento. Pero significa algo más. Significa aprender a ser un ser humano capaz de mirar y tratar a las otras personas como seres humanos y no como objetos. Sólo siendo capaces de imaginar lo que es estar en el lugar del otro, se pueden garantizar el respeto y el interés por los otros seres humanos que está en la base de la democracia. La complejidad del orden mundial caracterizado por la interdependencia en un mundo en el que existe una gran variedad de culturas, grupos e intereses legítimos, hacen aún más urgente el cultivo de las aptitudes que permitan vivir juntos y afrontar los problemas con responsabilidad y sensibilidad. Y la lectura de obras literarias, se ha revelado un modo excelente de hacerlo.

Se pone así de relieve la profunda conexión entre el enfoque de las capacidades, que demanda un tipo de benevolencia generalizada, y una formación de los ciudadanos que ha de capacitar para estar atentos a las necesidades de los demás, comprender la vulnerabilidad y dependencia mutua, ser compasivos y hacer lo posible para que la dignidad humana sea respetada en todas partes.

Desde esta perspectiva, la llamada de atención de la filósofa norteamericana en relación con el cultivo de las humanidades y, en concreto, el desarrollo de la imaginación literaria, resulta apremiante

para los Gobiernos. Pero, además, se abren alternativas a las diversas instituciones comprometidas en reconocimiento de la dignidad de las personas a través de la defensa y promoción de los derechos humanos y de un orden social más justo, a la par que a todas las personas que desean vivir su ciudadanía con sensibilidad, con responsabilidad, con una mirada global y, al mismo tiempo, concreta, capaz de reconocerse en el rostro de todo ser humano.

Bibliografía

- Arjona Pachón, Gabriel Enrique. 2013. "Democracia y liberalismo político. La perspectiva de Martha Nussbaum". *Colombia Internacional*, n.º 78, 145-180, doi:10.7440/colombiant78.2013.06.
- Aristóteles 1992. *Poética*. Madrid: Gredos.
- Aristóteles. 2011. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Gredos.
- Birulés, Fina y Anabella Di Tullio. 2011. "Entrevista con Martha C. Nussbaum: Sin una ciudadanía independiente no podemos hablar de democracia, sino de alguna forma de fascismo". *Barcelona Metròpolis*, n.º 81, 18. Acceso el 28 de noviembre de 2016. <http://lameva.barcelona.cat/bcnmetropolis/arxiu/es/pagee7c0.html?id=21&ui=473&prevNode=33&tagId=20>.
- Cortina, Adela. 2007. *Ética de la razón cordial. Educar en la ciudadanía en el siglo XXI*. Oviedo: Ediciones Nobel.
- Damasio, Antonio. 2009. *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*. Barcelona: Crítica.
- Kuiz, Jaroslaw. 2014. "Conversaciones con Martha Nussbaum", *Letras Libres*, n.º 157. Acceso el 28 de noviembre de 2016. http://www.letraslibres.com/sites/default/files/kuiz_esp.pdf.
- López de la Vieja, M^a Teresa. 1999. "Argumentos densos". *Enrahonar*, n.º 30, 45-55.
- Murdoch, Iris. 2001. *La soberanía del bien*, Madrid: Caparrós.
- Nussbaum, Martha C. 1995. *La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*. Madrid: Visor.
- Nussbaum, Martha C. 1997. *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Nussbaum, Martha C. 2005. *El conocimiento del amor*. Madrid: Machado Libros.
- Nussbaum, Martha C. 2006. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Nussbaum, Martha C. 2008. *Paisajes del pensamiento*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, Martha C. 2010. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Nussbaum, Martha C. 2012a. *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.

- Nussbaum, Martha C. 2012b. *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, Martha C. 2012c. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, Martha C. 2013. "La ética de la virtud: Una categoría equívoca". *Areté* 11, n.º 1-2: 573-613.
- Nussbaum, Martha C. 2014. *Emociones políticas: ¿por qué el amor es importante para la justicia?*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, Martha C. 2015. Discurso en la recepción del Premio Príncipe de Asturias. Acceso el 28 de noviembre de 2016. <http://www.fpa.es/es/premios-principe-de-asturias/premiados/2012-martha-c-nussbaum.html?texto=discurso&especifica=0>
- Nussbaum, Martha C. y Amartya Sen (comp.) 1996, *La calidad de vida*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Quesada, Fernando. 1985. "Ética narrativa". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 43: 186-196
- Ricoeur, Paul. 1999. *La identidad narrativa. Historia y narratividad*. Barcelona: Paidós.
- Ricoeur, Paul. 2006. "La vida: un relato en busca de narrador". *Ágora* 25, n.º 2: 9-22.
- Vásquez Rocca, Adolfo. 2006. "Rorty: El giro narrativo de la ética o la filosofía como lenguaje literario". *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 3 173-180. Acceso el 28 de noviembre de 2016. http://universitas.idhbc.es/n03/03-07_vasquez.pdf

II

Book reviews

Críticas bibliográficas

TRINIDAD REQUENA, Antonio y Mariano SÁNCHEZ MARTÍNEZ (eds). 2016. *Marcos de análisis de los problemas sociales. Una mirada desde la Sociología*. Madrid: Catarata, 318 pp.

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp199-200>

Marcos de análisis de los problemas sociales es el resultado del trabajo de una treintena de sociólogos contemporáneos que forman parte de diferentes universidades españolas e internacionales, aunque liderado por el grupo de investigación: Los problemas sociales en Andalucía. Todos ellos unieron sus esfuerzos bajo un título que sugiere al lector que se va a encontrar ante un trabajo que trata los problemas sociales desde una perspectiva sociológica. Formado por 17 capítulos, cinco de los cuales son metodológicos y teóricos, mientras los capítulos analíticos se dividen en tres bloques temáticos: «espacio y vida social», «instituciones y procesos de la sociedad civil» y «dimensiones sociales de la vida económica».

En su conjunto el libro se dirige a toda la comunidad académica poniendo la luz sobre diferentes problemas sociales y aporta la información necesaria para los investigadores e interesados en la teoría, metodología y análisis de los problemas sociales, pero debido a su claridad también resulta relevante para los investigadores que no están familiarizados con el tema en cuestión.

El problema social es un concepto tan amplio y complejo como difícil de delimitar, es un concepto que se escapa de las manos a pesar su uso habitual. Su recurrente uso puede inducir a una definición maximalista o minimalista del término. Sin embargo, la frecuencia y la familiaridad con la que se usa no implican necesariamente que se comprenda su significado. Por este motivo, este libro es oportuno dado que responde a la interrogación *¿Qué es un problema social?* Y desde el primer capítulo teórico contrasta las reflexiones de Herbert Blumer y Rémi Lenoir, el primero de la escuela de Chicago y el segundo de la escuela de sociología bourdieuana. También diferencia entre *la perspectiva objetivista* que defiende la existencia de condiciones sociales objetivas, y *la perspectiva de corte subjetivista*, el construccionismo social, que a su vez se divide en estricto, contextual y desmentidor.

Los capítulos analíticos presentan una variedad de problemas sociales vinculados a diferentes temáticas: la ciudad, la política agraria europea, el envejecimiento, la inmigración, el medio ambiente, el miedo, la familia, Internet, la desafección social y política en las democracias europeas, el desempleo juvenil, las fronteras y la percepción de la economía. Cada

uno de los capítulos presentados refleja el estilo de su autor o autores, dejando ver diferentes estilos y métodos analíticos, lo cual inspira la posibilidad de ampliar sus temáticas de modo que cada uno podría cubrir una obra independiente.

Finalmente, si el objetivo del libro es llegar a todos los lectores, tanto al lector especializado como al lector no especializado y ofrecer una variedad de ejemplos analíticos de problemas sociales, se podría afirmar que se ha cumplido el objetivo. Pero dicha variedad nos invita a profundizar más en los problemas analizados que merecen ser explicados con más detalle. En suma, se ha conseguido reunir bajo un único título el trabajo de un número importante de académicos y con ello aclarar más el concepto de los problemas sociales, por tanto, creo que es justo felicitar a todos y cada uno de los autores por su excelente aportación.

Inam Benali
Universidad de Granada
inam@ugr.es

URRUTIA ASUA, Gorka. 2016. *Minorías religiosas y derechos humanos. Reconocimiento social y gestión pública del pluralismo religioso en el País Vasco*, Madrid: Akal, 332 pp.

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp201-202>

La presencia de confesiones no católicas en la sociedad vasca es un fenómeno relativamente reciente, cuya emergencia y desarrollo ha contribuido a una nueva pluralidad religiosa que no ha sido plenamente constatable hasta fechas recientes y cuyo encaje social ha planteado ciertas dificultades. Si bien existe un reconocimiento jurídico de la libertad religiosa, el hecho es que, desde una perspectiva social e institucional, la aceptación de las entidades que la hacen efectiva en la vida pública no es muy alta. El trabajo que aquí presentamos se enmarca en toda una reciente serie de publicaciones derivadas de diversos estudios e investigaciones sobre las religiones minoritarias en España así como las problemáticas que se vienen derivando de su gestión pública.

El punto de partida con el que comienza este trabajo parte de la siguiente formulación: ¿Cómo es posible que, con las garantías constitucionales emanadas de la democracia constituida a partir de 1978 y con la extensión del «nuevo pluralismo religioso» no se hayan hecho efectivos los derechos fundamentales sobre libertad religiosa y todavía hoy, las entidades minoritarias planteen demandas sobre el efectivo cumplimiento de la misma? Tal y como se aventura por la propia estructura del estudio, la respuesta encierra varias causas, de carácter jurídico, político y sociológico y por lo tanto el análisis tiene una triple vertiente, a partir del ámbito de las instituciones locales, del de las propias entidades religiosas y desde la ciudadanía.

La estructura final de la publicación está compuesta de tres grandes apartados y ocho capítulos. En la primera parte, el autor aborda la cuestión de la libertad de conciencia y de religión en las sociedades contemporáneas bajo cuatro perspectivas, que se estructuran en sendos capítulos. En primer lugar, enmarcando esta libertad en cuanto derecho fundamental tanto desde una perspectiva histórica, internacional, nacional y del propio contexto autonómico (vasco). En el segundo capítulo, desde una perspectiva más teórica, se vincula la libertad religiosa con las teorías de la multiculturalidad, destacando la relevancia que la identidad religiosa tiene para numerosas personas en el marco de las democracias liberales. En el siguiente capítulo, el tercero, aborda el paradigma de las teorías de la secularización, que tanto ha marcado

el estudio sobre la religiosidad en el mundo moderno, así como las aportaciones más relevantes en lo que se refiere al carácter público de las religiones. Por último, el capítulo cuarto recoge los principales modelos de relación entre las confesiones y el Estado. Este primer apartado se cierra con una recapitulación en la que el autor elabora una propuesta, a modo de matriz de análisis, que permite llevar a cabo el contraste empírico derivado de la investigación llevada a cabo.

En la segunda parte de la obra se adentra en los cambios socio-religiosos producidos en el contexto de análisis, describiendo de forma detallada, en el capítulo quinto, las características más relevantes de las religiones minoritarias en el País Vasco y haciendo hincapié en aquellas que, por su volumen, tienen una mayor presencia (cristianismo evangélico, islam, testigos cristianos de Jehová y cristianismo ortodoxo). En el capítulo sexto, a partir de los datos secundarios extraídos de los estudios y monografías en las que se ha investigado la opinión pública ante la diversidad religiosa, se analizan las percepciones que de estas religiones tiene la ciudadanía vasca, ofreciendo una panorámica mucho más completa de esta realidad social.

En su última parte, el trabajo hace una referencia expresa a la gestión de la diversidad religiosa desde dos ámbitos locales fundamentales para abordar la cuestión, el de las instituciones públicas y el de las propias minorías religiosas. En estos capítulos, a partir del marco de análisis establecido en la primera parte analiza los resultados obtenidos del trabajo de campo llevado a cabo con los representantes de ambos sujetos, así en el capítulo séptimo se recogen los derivados de las instituciones públicas locales y en el capítulo octavo los de las confesiones minoritarias.

El trabajo concluye con las principales conclusiones de este recorrido por la nueva realidad (plural) religiosa del País Vasco, destacando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las principales entidades religiosas no católicas.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que, desde una óptica de los derechos humanos, aborda una realidad cada vez más visible en nuestras sociedades, el de la plasmación de la pluralidad religiosa, con un foco especial en las religiones minoritarias. Esta obra, además, ha sido galardonada con el premio pluralismo y convivencia a la investigación 2016 del Observatorio del Pluralismo Religioso en España.

Asier Martínez de Bringas
Universidad de Deusto
asier.martinezb@deusto.es

SOLANES CORELLA, Ángeles (ed). 2016. *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones juridico-políticas*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2015, 1.^a Edición), (2016, 2.^a Edición).

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-1-2016pp203-205>

Los múltiples desafíos que plantean las sociedades culturalmente diversas, hacen que sea imprescindible afrontar diferentes conflictos complejos y multidimensionales. Surgen así debates en el ámbito social, político y jurídico acerca de cómo articular la diferencia minimizando las tensiones y enfocándola desde una perspectiva positiva. Con la pretensión de identificar y buscar alternativas a dichas controversias, surgió el proyecto «Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos» (DER2012-31771), denominado Multihuri, dirigido desde la Universitat de València por Ángeles Solanes y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. En el marco del mismo, el 2 y 3 de octubre de 2014, los profesores que integraban el equipo de trabajo organizaron en Valencia el I Congreso Internacional sobre diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea, reuniendo expertos nacionales e internacionales en la materia. Los trabajos revisados de dicho congreso, con las valiosas aportaciones que se hicieron en el desarrollo del mismo, son las que recoge este volumen.

El libro se articula en cuatro grandes partes que abordan las políticas públicas en el contexto europeo de las ciudades multiculturales, las formas de violencia vinculadas a la diversidad, los conflictos en el ámbito familiar y la diversidad cultural en el cine. Un magnífico estudio introductorio de Javier de Lucas sirve como contextualización.

En la primera parte de este libro se recogen aportaciones que proponen un estudio comparado entre Reino Unido, Italia y Francia, con un capítulo de cierre transversal que aborda uno de los conflictos que más debate ha generado en el panorama europeo, incidiendo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estudio de Ben Gidley, desde el enfoque británico, mantiene que el debate europeo dominante sobre la integración de los migrantes y las minorías debería repensar el concepto de integración en un sentido más multidimensional y multidireccional. En esa búsqueda de gestionar la presencia de extranjeros, Letizia Mancini en su artículo se ocupa de una cuestión crucial y siempre presente: la seguridad urbana en relación con el contexto italiano. En tercer lugar, el análisis de Géraldine Galeote ahonda en la política francesa de la ciudad surgida, en buena medida, como respuesta a acontecimientos de violencia urbana y en

los resultados de la misma. Finalmente el capítulo de Ángeles Solanes, dedicado a los conflictos en el uso del velo integral en varios Estados de la Unión Europea (Francia, Bélgica, Holanda, Reino Unido, Italia, España y Alemania), analiza el tratamiento jurídico de la diferencia a propósito del uso de esta vestimenta con connotaciones religiosas.

La segunda parte del volumen se centra en las formas de violencia relacionadas con la diversidad cultural. El trabajo de Jaime Bonet evidencia, desde la perspectiva del factor religioso en Europa, una aparente imposibilidad de convivencia, abordando críticamente los actuales controversias entre las comunidades católica y protestante de Irlanda del Norte; los ortodoxos grecochipriotas y musulmanes turcochipriotas en Chipre; los conflictos de los Balcanes, como los de Bosnia-Herzegovina y de Kosovo, en los que existen comunidades cristianas y musulmanas implicadas; y los conflictos del Cáucaso (Nagorno-Karabaj, Osetia del Sur, Abjasia y Chechenia). El capítulo de Albert Mora, por su parte, analiza la institucionalización de la violencia como obstáculo para la convivencia intercultural. Se estudia el engranaje de esa potente máquina social que, por un lado, genera violencia tanto directa, como estructural y simbólica contra las personas inmigrantes y, por otro, modifica la realidad impidiendo la percepción compartida de esa violencia.

Los conflictos en el ámbito familiar se abordan en la tercera parte. Encarnación La Spina analiza cómo las leyes de extranjería, bajo la pretensión de imponer modelos de inmigración abstractos, promueven un ideal tipo dominante de familia, catalogando en términos de conflicto ciertas prácticas culturales como la poligamia, el repudio, la kafala y el matrimonio forzado). A continuación, Pier-Luc Dupont, estudia la discriminación sexual como el argumento que se ha esgrimido con mayor éxito para justificar la prohibición de prácticas asociadas con la tradición islámica. Para ello se ocupa de los casos del divorcio por repudio, los consejos islámicos y la custodia de los hijos.

El libro concluye con una parte destinada a la diversidad cultural en el cine, como instrumento idóneo para ampliar el estudio de una realidad plural. El capítulo de Mario Ruiz comienza planteando si realmente existe un cine multicultural o si el cine lo es por definición, puesto que, cada película descubre un mundo diferente al espectador. Además del pretendido «cine multicultural», se abordan y ejemplifican otros términos similares que responden a ese prejuicio general: «cines periféricos», «cines étnicos» y «cines fronterizos». El trabajo de Pilar Martínez, por último, se ocupa del creciente interés de los directores españoles por la interculturalidad, encarnada en personajes con distintos orígenes raciales, lingüísticos, culturales, en convivencia,

contacto o conflicto. A partir de ahí, se propone detectar en la cinematografía de los años 1990 la presencia del «otro».

El conjunto de las propuestas contenidas en esta obra son una alternativa a muchos de los erróneos planteamientos actuales que consideran que frente a la diferencia es imprescindible o bien optar por una integración en clave de asimilación, o bien reducir los derechos de las personas consideradas como minorías. Este libro, como en el prólogo mismo se sugiere, invita a reflexionar, desde el análisis científico y crítico que aporta el enfoque de diferentes disciplinas, sobre la riqueza que comporta la diversidad cultural. Ciertamente se consigue lo que se pretende: realizar un estudio riguroso de la realidad y una reflexión tanto crítica como constructiva que permita reforzar los derechos humanos, creando espacios de convivencia en los que éstos sean auténticos motores de igualdad en el marco del Estado democrático de Derecho.

Se trata, por tanto, de una obra de necesaria lectura, especialmente para aquellas personas ocupadas y preocupadas por la construcción de sociedades justas, donde la inclusión de todas las diversidades humanas en un marco de convivencia verdaderamente democrática y plural sea un hecho, y no una mera declaración.

M.^a José Aguilar Idáñez
Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)
MariaJose.Aguilar@uclm.es

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

Ethical Guidelines

These guidelines are based on existing Elsevier policies and COPE's Best Practices Guidelines for Journal Editors.

1. General duties of the Editor of the Journal

The Editor of the Journal should:

1. Constantly improve the Journal;
2. Ensure the quality of the articles published;
3. Maintain the integrity of the academic record;
4. Champion freedom of expression;
5. Always be willing to publish corrections, and to do so if mistakes are detected. To publish clarifications, retractions, and apologies when needed. In this regard, the Editor will observe the Guidelines for retracting articles published by COPE;
6. Preserve anonymity of the reviewers in each case;
7. Preclude business needs from compromising intellectual and ethical standards;
8. Review and ensure the compliance of the publication ethics and malpractice statement together with the Editorial Board.

2. Relation with authors

2.1. *Promotion of ethical conduct*

It is the responsibility of the Editor to take appropriate measures to ensure the quality of articles published. Furthermore, the Editor should avoid the publication of plagiarisms or unoriginal works.

2.2. *Duties of authors*

2.2.1. ORIGINALITY AND PLAGIARISM

The submitted manuscripts for publication must contain the data necessary to allow to be quoted by other authors. The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted. Plagiarism takes many forms, from passing off another's paper as the author's own paper, to copying or paraphrasing substantial parts of another's paper (without attribution). Plagiarism in all its forms constitutes unethical conduct and is unacceptable. The Editor of the Journal should take reasonable measures when ethical complaints have been presented concerning a submitted manuscript or published article. Such measures will include contacting the author and giving due consideration of the respective complaint made, but may also

include further communications to the relevant institutions or research bodies. And if the complaint is upheld, the publication of a correction, retraction or other type of note, even if it is discovered years after publication, will be required.

2.2.2. MULTIPLE, REDUNDANT OR CONCURRENT PUBLICATION

An author should not in general publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal or publication. Submitting the same manuscript to more than one journal concurrently constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable. In general, an author should not submit for consideration in another journal a previously published paper. Publication of one article in more than one journal is justified only in exceptional cases. In any case, the primary reference must be cited in the secondary publication.

2.2.3. ACKNOWLEDGEMENT OF SOURCES

Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in their own work. Information obtained privately must not be used or reported without explicit and written permission from the author.

2.2.4. MISTAKES IN PUBLISHED WORKS

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's duty to promptly notify the Editor of the Journal and cooperate with the Editor to retract or correct the article. If the Editor learns from a third party that a published work contains a significant error, it is the obligation of the author to promptly retract or correct the paper or provide evidence to the Editor of the correctness of the original article.

2.2.5. AUTHORSHIP OF THE PAPER

Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, or execution of the submitted manuscript. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed properly. The corresponding author should ensure that all appropriate co-authors and no inappropriate co-authors are included on the manuscript, and that all co-authors have seen and approved the final version of the article and have agreed to its submission for publication in the Journal.

2.2.6. DISCLOSURE AND CONFLICTS OF INTEREST

All authors should disclose in their manuscript any financial or other substantive conflict of interest that might be construed to influence the results or interpretation of their manuscript. All sources of financial support for the project should be disclosed.

2.3. *Guidelines for authors*

The publication process of the Journal will be published and kept up to date so that authors can have all the information they need. Only for duly justified reasons can that information be altered. In particular, a description of the peer review process shall be included.

2.4. *Decisions regarding the publication*

Decisions regarding acceptance or rejection of an article for publication should be based solely on the quality of the article, more concretely, on its clarity, originality, significance and its relevance to the objectives and scope of the Journal. The Editor is responsible for deciding which of the articles submitted to the Journal should be published.

Articles are never rejected because of their critical viewpoints of majority and/or expressed views by members of the Journal, provided that such articles meet the quality standards and justify their positions without disparaging other authors or researchers.

Moreover, the decision either of acceptance or of rejection is always communicated to the author in the time indicated on publication standards, and it must be justified, especially in case of rejection. This decision should not be changed later, unless there have been serious problems in the publication process that must be justified properly.

In any case, any change in the structure of the Journal does not affect any decisions regarding the acceptance or rejection of articles submitted for publication.

2.5. *Confidentiality and conflicts of interest*

The Editor, Assistant Editor and Editorial Board of the Journal must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, and other editorial advisers, as appropriate.

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in the Editor's, Assistant Editor's, members of the Editorial Board's and reviewer's own research without the express written consent of the author. Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. The Editor and Assistant Editor should recuse themselves from considering manuscripts in which they have conflicts of interest resulting from close relationships or connections with any of the authors, companies or institutions connected to the manuscripts. The Editor should require all authors to disclose relevant competing interests and publish corrections if competing interests are revealed after publication.

3. **Peer review process**

3.1. *Contribution to editorial decisions*

The peer review is an essential component of the Journal. Peer reviewers assist the Editor in making editorial decisions and, through the editorial communications with the author, may also assist the author in improving the manuscript.

The articles will be reviewed by two reviewers. The opinion of a third reviewer may be required in case of discrepancies between the two assessments about the publication of the article in the Journal.

3.2. *Standard of conduct*

Reviewers or referees should be consistently objective, and should make judgments and assessments clear and precise, well-supported and objective enough. Similarly, they should avoid conflicts of interest of whatever type (personal, academic, commercial, etc.). In particular, reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. Reviewers should also call to the Editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published article of which they have personal knowledge.

Any selected reviewer who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify immediately the Editor of the Journal.

3.3. *Confidentiality*

In any case, the evaluation process is subject to strict conditions of confidentiality. Neither the reviewers nor the authors will know their identities, thus avoiding conflicts of interest that might occur. In this connection, the Editor of the Journal will have a strict duty of confidentiality. Similarly, any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others except as expressly authorized by the Editor of the Journal.

3.4. *Disclosure and conflicts of interest*

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in a reviewer's own research without the express written consent of the author. Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts in which they have conflicts of interest resulting from close relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the manuscripts.

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

Código ético

Estos compromisos están basados en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Obligaciones generales de la Dirección de la Revista

La Dirección de la Revista deberá:

1. Velar por la continua mejora de la Revista;
2. Asegurar la calidad de los artículos que se publican;
3. Mantener la integridad académica del contenido de la Revista;
4. Respetar la libertad de expresión;
5. Estar dispuesta a publicar las correcciones, y a hacerlo si se detectan errores, así como a publicar las retractaciones, y las disculpas que en su caso sean necesarias. Al respecto, se seguirán las recomendaciones publicadas al respecto por COPE
6. Preservar el anonimato de las personas evaluadoras designados en cada caso para la evaluación de los artículos.
7. No anteponer en ningún caso intereses comerciales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.

2. Relación con las personas autoras

2.1. Promoción de conductas éticas

La Dirección de la Revista deberá asegurarse de adoptar las medidas oportunas para asegurar la calidad del material publicado, y evitar la publicación de plagios y de trabajos no originales.

2.2. Obligaciones específicas de las personas autoras

2.2.1. ORIGINALIDAD Y PLAGIOS

Los manuscritos enviados para su publicación en la Revista deberán contener los datos necesarios para permitir su cita ulterior por otras publicaciones.

Las personas autoras deberán enviar artículos completamente originales, y si han utilizado el trabajo y/o las palabras de otras, éstos deberán estar convenientemente citados en el trabajo. Los plagios en las distintas formas en que se pueden manifestar,

como puede ser la reproducción del trabajo ajeno como si fuese un trabajo propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de otro/s trabajo/s sin citarlos, se consideran conductas no éticas e inaceptables. La Dirección de la Revista adoptará en semejantes casos las medidas oportunas, que incluirá generalmente la comunicación a la persona autora de las quejas o reclamaciones planteadas, así como inclusive ulteriores comunicaciones a las instituciones u organismos de investigación correspondientes. Si la conducta no ética se confirma y se descubre tras la publicación del artículo, aunque hayan pasado años, se procederá a publicar una corrección, retractación u otro tipo de nota que deje constancia del acto producido.

2.2.2. PUBLICACIÓN MÚLTIPLE, REDUNDANTE O SIMULTÁNEA

Las personas autoras deberán procurar en general no publicar la misma investigación en más de una publicación. El envío del mismo original a más de una revista simultáneamente se considera una conducta inaceptable. La publicación de un artículo en más de una Revista podrá encontrarse excepcionalmente justificada, y en cualquier caso se deberá mencionar adecuadamente la primera referencia publicada en la segunda publicación.

2.2.3. RECONOCIMIENTO DE FUENTES

Se deberá reconocer el trabajo de otras personas autoras, por lo que quien escribe deberá citar en sus manuscritos los trabajos que hayan sido relevantes para su propio trabajo. Informaciones obtenidas por vías distintas a trabajos publicados previamente de forma pública solo podrán usarse con el permiso expreso de la persona autora correspondiente.

2.2.4. ERRORES EN LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS

Si quien escribe descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente a la Dirección de la Revista y colaborar con este último en la corrección o retractación del error cometido. Si la Dirección de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, la persona autora deberá lo antes posible enviar la correspondiente retractación o corrección, o acreditar ante la Dirección de la Revista la veracidad y corrección del artículo original.

2.2.5. AUTORÍA

La autoría de los artículos deberá estar limitada a las personas que han contribuido de forma significativa a la determinación, diseño y elaboración del trabajo. Quienes hayan contribuido de forma significativa deberán ser citados como personas coautoras.

Si otras personas hubiesen participado en algunos aspectos sustantivos del trabajo, deberán ser reconocidos adecuadamente en el artículo.

Las personas autoras deberán asegurarse en su caso de que todas las personas coautoras estén debidamente incluidas, y que no haya ninguna persona mencionada como autora indebidamente.

Igualmente, todas las personas autoras deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación.

2.2.6. CONFLICTOS DE INTERÉS

Las personas autoras deberán manifestar en el manuscrito cualquier conflicto de interés financiero o sustantivo que puedan tener y que pueda incidir en su publicación y en su valoración. Todas las fuentes de financiación del proyecto deberán ser indicadas en el manuscrito.

2.3. Normas de publicación para las personas autoras

Se publicará y se mantendrá debidamente actualizado el proceso de publicación en la Revista con el fin de que las personas autoras puedan tener toda la información que necesiten al respecto, y que solamente por causas debidamente justificadas se podrá alterar. En particular, se publicará el funcionamiento del proceso de revisión por pares de los artículos recibidos al que deberán someterse todas las personas autoras.

2.4. Decisiones respecto a la publicación

Las decisiones relativas a la aceptación o al rechazo de un artículo para su publicación deberán basarse única y exclusivamente en la calidad del artículo, esto es, en su claridad, originalidad, e importancia, así como en su adecuación a los objetivos y al ámbito de la Revista. La Dirección de la Revista será la responsable de decidir en última instancia qué artículos enviados a la misma se publicarán finalmente en ella.

En ningún caso, se rechazarán artículos debido a las críticas u opiniones divergentes de posturas mayoritarias y/o manifestadas por miembros de la Revista, siempre que se trate de artículos de calidad que justifiquen sus posturas sin caer en la descalificación.

Igualmente, la decisión, bien de aceptación, bien de rechazo, se comunicará siempre a la persona autora en el tiempo indicado en las normas de publicación, y deberá ser motivada, especialmente en caso de rechazo. Esta decisión no deberá modificarse posteriormente, salvo que se hayan producido serios problemas en el proceso de publicación que deberán justificarse debidamente.

En cualquier caso, los cambios en la estructura de la Revista no afectarán a las decisiones adoptadas previamente en cuanto a la aceptación o al rechazo de los artículos enviados para su publicación.

2.5. Confidencialidad y conflictos de interés

La Dirección de la Revista y el Consejo de Redacción, no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea la autora correspondiente, las potenciales o actuales personas evaluadoras del artículo y los miembros del Consejo Asesor de la Revista, si fuese conveniente.

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de la Dirección de la revista, del Consejo de Redacción o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo en virtud del párrafo anterior, salvo que se cuente con el expreso consentimiento de la persona autora. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de las personas encargadas de llevarla a cabo deberán mantenerse en secreto y no deberán ser usadas bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. La Dirección de la Revista deberá abstenerse de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones

con las personas autoras o con sus instituciones de adscripción. Las personas autoras deberán manifestar sus intereses relevantes, y la Dirección de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes en caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación.

3. Proceso de revisión por pares

3.1. Contribución a las decisiones editoriales

La adecuada revisión por pares de los artículos se considera un elemento esencial de la Revista. Las personas evaluadoras asisten a la Dirección de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos y, a través de la comunicación con la persona autora, también contribuyen a la mejora del artículo.

Los artículos serán revisados por dos personas evaluadoras, recurriéndose a la opinión de una tercera en caso de que haya discrepancias respecto a la publicación o no del artículo entre las dos evaluaciones realizadas.

3.2. Conducta debida

Las personas evaluadoras deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales. Igualmente, se evitarán los conflictos de intereses del tipo que fuere (personales, académicos, comerciales, etc.). En particular, las personas evaluadoras deberán señalar las publicaciones relevantes no citadas por la persona autora en el manuscrito, así como posibles similitudes o identidades parciales o totales del manuscrito con otros artículos ya publicados de los que tenga conocimiento personal quien evalúa.

Si una persona evaluadora no se considera suficientemente capacitada para valorar un determinado manuscrito, o sabe que no lo podrá hacer en un tiempo razonable, deberá comunicárselo inmediatamente a la Dirección de la Revista.

3.3. Confidencialidad

En cualquier caso, el proceso de evaluación quedará sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Ni las personas evaluadoras ni las autoras conocerán sus respectivas identidades, evitando de esta forma los conflictos de intereses que se pudiesen producir. Al respecto, la Dirección de la Revista ostentará un estricto deber de confidencialidad. Igualmente, las personas evaluadoras deberán tratar los manuscritos recibidos como información confidencial, y no deberán mostrarlos o discutirlos con terceras personas, salvo autorización expresa de la Dirección de la Revista.

3.4. Conflictos de interés

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de las personas evaluadoras, sin el expreso consentimiento de la persona autora. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de las personas encargadas de llevarla a cabo deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. Las personas evaluadoras se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con las personas autoras o con sus instituciones de adscripción.

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

Peer review

The content for the «Articles» section is assessed anonymously in a blind review procedure by two experts. They determine whether the work complies with the journal's publication requirements.

The content in the section titled «Reviews» is not peer reviewed.

Publication frequency

The journal is published annually. The call for works to be published will be held from 1 January to 30 June, which means the journal content will be renewed between October and December.

Open access

This journal provides immediate open access to its content in keeping with the principle that making research freely available to the public fosters greater exchange of global knowledge.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

The original works must be submitted in Spanish or English.

The works submitted for the «Articles» section must be original, unpublished and related to the theme of the journal. They cannot have been submitted for publication in any other media. Articles must be between 6,000 and 10,000 words, on DIN A4 paper, 12 point Times New Roman font, 1.5 line spacing, including graphs, tables, notes and references. The title page must include: the title of the article, full name and email address of the author(s), their affiliation and the way in which they wish it to appear. All articles must include the title, an abstract (maximum 150 words), the keywords (5 to 7), in Spanish and English. All graphs must be numbered correlatively, and are to have a title and indicate a source. The same requirements are applicable to tables. A specific reference must be indicated in the text to show where the graphs and/or tables are to be inserted. Acronyms must be shown with the complete name in brackets the first time they are cited in the text.

Reception period of articles: Persons interested in publishing works in the Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos may send

by email or upload their manuscripts onto the platform of the Journal at any time. However, for organisational purposes, only manuscripts received until 30 June will be considered for publication in the Issue of the same year.

Citation system: *Author-date system:* bibliographical references plus the reference list at the end of the article. When this system is used, the citations are indicated in the text by showing the author's name, date of the work and page number between brackets. This system complies with the Chicago Manual of Style (CMOS), 16th edition, which should be strictly followed for manuscript preparation (www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html). For instance, they would be cited in the references in the following manner:

— **Monographs:**

The surname(s) and forename(s) of the author(s). The date of publication (year). *The book title in italics.* The place of publication: The name of the publisher.

• **One author**

Sassen, Saskia. 1999. *Guest and Aliens*. New York: New Press.

(Sassen 1999, 99–100)

• **Two or more authors**

Dunbar, Robert & Eduardo Ruiz. 2005. *Human rights and Diversity: New Challenges for Plural Societies*. Bilbao: University of Deusto.

(Dunbar and Ruiz 2005, 52)

• **Three or more authors**

For three or more authors, list all of the authors in the reference list; in the text, list only the first author, followed by *et al.* («and others»):

Boucher, Gerry; Grindsted, Annette & Vicente, Trinidad L. (eds.). 2012. *Transnationalism in the global city*, Bilbao: Deusto Digital.

(Boucher et al. 2012, 9-11)

— **Chapters, papers at congresses, prologues, etc.:**

The surname(s), forename(s) of the author(s) of the part of the work concerned, etc. The year of publication. «The title of the part of the work concerned between quotation marks». The *title of the work should be italicised*, name of the editor(s). Page/s. The place of publication. The name of the publisher.

Kelly, John D. 2010. «Seeing Red: Mao Fetishism, Pax Americana, and the Moral Economy of War.» In *Anthropology and Global Counterinsurgency*, edited by John D. Kelly, Beatrice Jauregui, Sean T. Mitchell, and Jeremy Walton, 67–83. Chicago: University of Chicago Press.

(Kelly 2010, 77)

— **Journal articles:**

The surname(s), forename(s) of the author(s). The year of publication. «The title of the article in double quotation marks». *The title of the journal is italicised*, followed by the journal issue: the first and last page numbers of the article.

Weinstein, Joshua I. 2009. «The Market in Plato's *Republic*.» *Classical Philology* 104:439–58.

(Weinstein 2009, 440)

— **Various types of Internet resources may be cited: e-journals, digital monographs, multimedia portals, databases, digital images...**

It is therefore difficult to give a general rule applicable to all types of resources. However, they must indicate a description of the document, the URL address and date, between brackets, and when the resource was accessed. Please check the different possible examples below or in the following webpage: http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html

Kossinets, Gueorgi, and Duncan J. Watts. 2009. «Origins of Homophily in an Evolving Social Network.» *American Journal of Sociology* 115:405–50. Accessed February 28, 2010. doi:10.1086/599247.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts.» Accessed July 19. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

Posner, Richard. 2010. «Double Exports in Five Years?» *The Becker-Posner Blog*, February 21. <http://uchicagolaw.typepad.com/beckerposner/2010/02/double-exports-in-five-years-posner.html>.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty.» PhD diss., University of Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

Evaluation procedure: The texts submitted will be examined under the double blind review process. The authors must therefore delete their metadata appearing in the text before submitting it. The Editorial Board and Advisory Committee will name the external reviewers to evaluate the works submitted. The evaluation results will be delivered between September and October of the current year and, in the case of conditional acceptance, the final publication of the text will depend on a positive evaluation in the confidential reports and whether the author(s) have included the changes and suggestions indicated by the reviewers. The author(s) will be notified of the referees' decision, in which the reasons for accepting or rejecting the text submitted will be clearly stated, in addition to the comments or changes required concerning the following: relevance and originality of the topic, reference to the state of the issue, structure and whether the text is clearly written, the methodology and references.

The Editorial Board may reject articles due to the following aspects, for instance: spelling, lexical inaccuracy, poor punctuation, disjointed syntax, lack of clarity or

inconsistencies or because it does not fit into the journal's aim and scope. Authors are therefore advised to revise the linguistic aspects and ensure that the topic is a good fit with the publication's criteria before submitting their texts.

2. The content of the «**Book reviews**» section should refer to relevant recently published books in the field of human rights. The reviews must be between 6,000 and 10,000 words, on DIN A4 paper, 12 point Times New Roman font, and use 1.5 line spacing.

Revista Deusto de Derechos Humanos

Deusto Journal of Human Rights

Normas de presentación de artículos

Proceso de evaluación por pares

Los artículos de la sección «Artículos» serán revisados de forma anónima por dos personas expertas, que evaluarán si el trabajo cumple con los criterios establecidos en las normas de publicación de la revista.

Las aportaciones de la sección de «Recensiones» no están sometidas a la evaluación por pares.

Frecuencia de publicación

La revista es una publicación anual. La convocatoria de contribuciones se hará del 1 de enero al 30 de junio ambos inclusive, por lo que los contenidos de la revista se renovarán entre octubre y diciembre.

Acceso abierto

Esta revista provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

INSTRUCCIONES PARA LAS PERSONAS AUTORAS

Los idiomas para la presentación de originales serán el castellano o el inglés.

Para la sección de **Artículos**, los trabajos deben ser originales e inéditos, su publicación no debe estar comprometida en otro medio y la temática debe estar relacionada con la de la Revista. La extensión de los trabajos será de entre 6.000 y 10.000 palabras para los artículos, en papel DIN A4, Times New Roman 12 a un espacio y medio, incluyendo gráficos, tablas, notas y bibliografía. En la primera página se indicará: título del artículo, nombre y apellidos y correo electrónico, así como su

filiación institucional y la forma en la que desea que aparezca. Todos los artículos deberán incluir el título, un resumen del texto (máximo 150 palabras), además de las palabras clave del mismo (entre 5 y 7), en castellano e inglés. Todos los gráficos deben estar numerados correlativamente, llevar título y la fuente correspondiente. Los mismos requisitos son aplicables a las tablas. En el texto se deberá indicar la referencia concreta del lugar en el que debe incluirse el gráfico y/o la tabla. Las siglas irán acompañadas del nombre completo la primera vez que se citen en el texto, y entre paréntesis.

Periodo de recepción de artículos: Las personas interesadas en publicar en la revista Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos podrán enviar por correo electrónico sus manuscritos o subirlos a la plataforma de la Revista en cualquier momento. Sin embargo, a efectos organizativos, solo los manuscritos recibidos hasta el 30 de junio serán evaluados para su eventual publicación en el número del mismo año.

Sistema de citas: *Sistema abreviado o autor-fecha:* referencia bibliográfica más elenco bibliográfico al final del artículo. Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Siguiendo las indicaciones del Manual de estilo de Chicago (CMOS), 16.ª edición, que debe ser utilizado como referencia para la preparación de manuscritos (http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/content/openbooks/manual_breve/manual_breve_chicago_deusto.html). A modo de ejemplo, se citarían en la bibliografía del siguiente modo:

— **Las monografías:**

Apellido(s), Nombre o nombres de las personas autoras. Año. *Título del libro en cursiva*. Lugar de publicación: Editorial.

• **Una persona autora**

La Spina, Encarnación. 2011. *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal, perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson.

(La Spina 2011, 99-100)

• **Dos personas autoras**

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.

(León y Montero 1993, 25)

• **Tres o más personas autoras**

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todas ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos personas autoras. En el texto se da solo el apellido de quien aparece en primer lugar, seguido de *et al.*

Vicente, Trinidad L., Amaia Unzueta y Andrea Ruiz. 2011. *Remesas, género y desarrollo. Las migraciones colombianas en el País Vasco*. Bilbao: Bakeaz.

(Vicente et al. 2011, 128-129)

— **Capítulos, ponencias de un congreso, prólogos etc.:**

Apellido/s, Nombre/s de la persona/s autora/s de la parte. Año. «Título de la parte entre comillas». En *Título de la obra en cursiva*, editores. Página/s. Lugar de publicación: Editorial.

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.

(Gómez Mendoza 2009)

— **Artículos de revista:**

Apellidos(s), Nombre/s de la persona autora. Año. «Título del artículo entre comillas». *Título de la revista en cursiva* volumen de la revista: primera página- última página del artículo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa Española». *Meta* 56, n. 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

— **Los recursos disponibles en Internet pueden presentar una tipología muy variada: revistas electrónicas, monografías digitalizadas, portales multimedia, bases de datos, imágenes digitalizadas...**

Por ello, es muy difícil dar una pauta general que sirva para cualquier tipo de recurso sin embargo en todos ellos debe indicarse a continuación de la descripción del documento, la dirección URL y la fecha, entre paréntesis, en que se consultó el mismo. Por favor, revise los diferentes ejemplos posibles en http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

Procedimiento de evaluación: Los textos enviados serán sometidos al sistema de evaluación y revisión doble referee manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. A tal efecto es necesario que las personas autoras eliminen sus metadatos

en el texto antes de proceder a su envío. El Consejo de Redacción y el Consejo asesor designarán a las personas evaluadoras externas que llevarán a cabo las revisiones de los trabajos presentados. El resultado de la evaluación se comunicará entre los meses de septiembre y octubre del año en curso y la publicación definitiva del texto dependerá de la evaluación positiva de los informes confidenciales elaborados, así como de la incorporación por parte de las personas autoras de las modificaciones y sugerencias planteadas en tales revisiones, en caso de aceptación condicionada. El dictamen de la evaluación, que se remitirá a las personas autoras, recogerá de forma clara y precisa los motivos de aceptación o rechazo del texto enviado así como los comentarios o modificaciones requeridas en cada caso respecto a los siguientes extremos: relevancia y originalidad del tema, referencia al estado de la cuestión, estructura y claridad expositiva, metodología y bibliografía.

Los artículos podrán ser rechazados por parte del Consejo de Redacción por cuestiones formales, como por ejemplo: la ortografía, la imprecisión léxica, la mala puntuación, la sintaxis inconexa, la falta de claridad o las incoherencias; o por no adaptarse a los criterios temáticos que trata la revista. Por este motivo, se recomienda a las personas autoras que, antes del envío, revisen tanto los aspectos lingüísticos como la adecuación temática de los textos a los criterios establecidos por esta publicación.

2. Para la sección **Críticas bibliográficas**, éstas deberán referirse a libros relevantes de reciente publicación en el ámbito de los derechos humanos. La extensión de los trabajos será de entre 2000 y 2500 palabras en papel DIN A4, Times New Roman 12 a un espacio y medio.

Copyright

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos