

Javier de Lucas

El Derecho, contra los derechos (de los otros, claro)

Levante, 20 de febrero de 2020.

Suena raro decir algo así en estos tiempos, pero soy de los convencidos de que el Derecho es una de las grandes invenciones de la humanidad. Pero como tantas otras -la moral, la ciencia, la tecnología o las artes- tiene, déjenme simplificar, dos caras.

De un lado, puede alzarse, se alza como una barrera para defender a quienes no tienen voz, a los más débiles, contra la ley de la selva, contra la imposición de la fuerza. Puede ser así un formidable escudo frente a la crueldad, la violencia, la discriminación, la humillación, la dominación. Aún más, puede convertirse en una poderosa palanca para poner en pie la autonomía, la emancipación: la mayor libertad e igualdad de todos los seres humanos.

Pero la historia nos enseña que tantas veces, y hoy día aún para una considerable mayoría de la población mundial, el Derecho ha sido y es utilizado sobre todo como espada que impone la dominación y la desigualdad: no sólo por parte del Estado, que dice ostentar su monopolio, sino por parte de los poderes que disputan eficazmente al Estado la dominación. Por eso, Michael Corleone avisa a sus capitanes en *El Padrino III* que no necesita más pistoleros, sino *más abogados*. Para muchos seres humanos, el Derecho aparece como puño de hierro, de cuando en cuando envuelto en guante de seda, que actúa para perpetuar privilegios y marginar, si no excluir, a los que *han nacido mal*. Se trata de mantenerlos a raya, al otro lado de la raya que no deben cruzar, porque para buena parte de los seres humanos sigue rigiendo el lema contrarrevolucionario del cerdo Napoleón, protagonista de la sátira de Orwell: *todos los seres humanos son iguales*, dice la Declaración universal, *pero algunos son más iguales que otros*. Cuestión de pasaporte, de renta per cápita.

Todo esto viene a cuento de la conmoción que nos ha producido a muchos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anunciada el pasado jueves 13 de febrero y que da un giro de 180 grados respecto a la Sentencia de 2017 del mismo Tribunal, en la que dió la razón a dos ciudadanos de Mali y Costa de Marfil que saltaron la valla en Melilla en 2014 y fueron objeto de lo que conocemos como “devoluciones en caliente” (pretendidamente legalizadas por el Gobierno Rajoy, por la puerta de atrás, mediante una disposición final primera de la L.O. 4/2015 de seguridad ciudadana, conocida como “ley Mordaza”, que añadió una disposición adicional décima a la LO 4/2000, como “régimen especial de Ceuta y Melilla”).

Ya se han producido reacciones. Algo debe querer decir el hecho de que la inmensa mayoría de las que provienen del mundo del Derecho (Jueces para la Democracia, Consejo General de la Abogacía, Relator de la ONU sobre derechos de los inmigrantes, los abogados extranjeristas, grupos de investigación universitarios sobre inmigración asilo y refugio como AIDAM, exmagistrados del propio TEDH y no pocos constitucionalistas) son extraordinariamente críticas: así, señalan la endeblez y parcialidad de los elementos de hecho tomados en cuenta por el Tribunal (por no decir su brutal desconocimiento de cuanto sucede en la frontera sur de Europa) y la incoherencia de los fundamentos jurídicos de la sentencia con normas básicas de Derecho internacional de los derechos humanos. Por no hablar de los clarísimos pronunciamientos contrarios de la inmensa mayoría de las ONGs que trabajan con inmigrantes y refugiados y conocen los problemas reales y la falta de soluciones, que hacen que sea impensable hablar de una verdadera política migratoria y de asilo, en Europa y, hasta hoy, también en España.

Tiempo habrá de analizar con detalle todos los aspectos técnicos de la decisión y sus consecuencias jurídicas, aunque me parece difícil argumentar convincentemente en defensa del fallo. Pero lo que me interesa ahora es señalar tres aspectos

Primero, contra lo que han titulado algunos medios de comunicación y algunos tertulianos, este fallo no obliga a nuestro Tribunal Constitucional (ni a nuestro Gobierno), a adoptar necesariamente esa rebaja del rasero garantista adoptada por el TEDH. Lo han explicado muy bien Presno Linera y Sami Naïr: no todo lo que el TEDH considera compatible con el Convenio Europeo de derechos humanos es necesariamente compatible con nuestra Constitución, que mantiene un standard más garantista (hasta hoy), por ejemplo, en materia de asilo y garantía judicial efectiva en cuestiones que pueden afectar a los derechos humanos de no nacionales. Eso, en virtud del art.53 del propio Convenio, permite a nuestro TC y a nuestro Gobierno no vincularse al standard menos garantista que acaba de fijar este STEDH.

Por lo demás, es un principio básico del Estado constitucional de Derecho el que la circunstancia de que una persona haya cometido un acto criminal no le priva del derecho a la protección judicial efectiva. Contra lo que sostiene el TEDH, entrar irregularmente en España no priva del derecho a defensa y a una decisión judicial que justifique la expulsión. Esa interpretación del TEDH supone *utilizar de forma bastarda el Derecho contra los derechos*, esto es, para rebajar el contenido, la garantía y las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales.

Necesitamos seguridad jurídica en las fronteras (también para las fuerzas de seguridad que trabajan con ese objetivo, desde luego), pero eso no puede significar en modo alguno la suspensión de normas elementales del Estado de Derecho, como la garantía de la tutela judicial efectiva, cuando están en juego derechos humanos y fundamentales-. Lo contrario es una aberración jurídica.

Segundo, frente a algunas interpretaciones interesadas, conviene precisar el uso de los términos jurídicos. Conocemos la lección de *Alicia a través del espejo*: el secreto del Derecho consiste en que quien tiene el poder de dictar las normas, tiene el poder de imponer el sentido de las palabras o incluso de inventar otras. En este caso, como en la mayoría de las mal llamadas devoluciones en caliente, se nos dice que se trata de *rechazo* en frontera, no de *expulsión*. Muchos pensamos que es una contorsión verbal, como cuando se habla de *retorno* y lo que hay es *deportación*.

No: los hechos demuestran palpablemente que esas personas *traspasaron la frontera* y no fueron rechazadas, sino que, *tras entrar, fueron expulsadas*. Y se hizo, como señalan el profesor Fabián Salvioli y el Relator de la ONU Felipe González, en abierta contradicción con lo que exige el Pacto de derechos civiles y políticos de la ONU, que obliga a España como Estado parte. Ambos han recordado que esas devoluciones en caliente fueron condenadas por el Comité de derechos humanos de la ONU en julio de 2015, como contrarias a exigencias básicas del Estado de Derecho y al Derecho internacional de derechos humanos, a comenzar por la violación del principio de *non refoulement*.

Tercero. Es cierto que el Gobierno (y el propio TC) ha esperado prudentemente a que se conociera el criterio del pleno del TEDH sobre las devoluciones en caliente (aunque en 2017 y se había pronunciado en contra). Pero, a mi juicio, esta sentencia no sirve para resolver el problema real, sino que lo agrava.

El problema, en el fondo, lo sabemos todos, es la ausencia de vías legales, accesibles y seguras de acceso al procedimiento de asilo, y también de vías legales,

accesibles y seguras para los varios millones de inmigrantes que *necesitamos imperiosamente acoger y acomodar entre nosotros*.

Lo explicó apenas tomó posesión el ministro Escrivá: de 2020 a 2050, necesitaremos recibir entre 8 y 10 millones de trabajadores si queremos mantener el nivel del mercado laboral, asegurar elementos básicos del Estado de bienestar y evitar la “japonización” de nuestra economía, esto es, la aceptación pasiva del envejecimiento demográfico. Hoy por hoy, no tenemos hoy más alternativa que esa *apertura reglada* a la inmigración. Pero no se trata de recibir esclavos, sino sujetos de derechos, para lo que es clave diseñar políticas de acogida e inclusión equitativas. Por lo que sé, es el objetivo en el que está empeñada la nueva Secretaria de Estado de migración, Hana Jalloul.

Para explicar todo eso, frente al eficaz simplismo de las recetas del populismo xenófobo de extrema derecha que parece contagiar a la derecha de nuestro país y domina en no pocos medios de comunicación, que prefieren lo simple a lo complejo, la noticia escandalosa al reportaje que exige tiempo y dinero y explore las causas, hace falta un enorme esfuerzo de pedagogía social, como la que se trata de hacer desde muchos sectores de la sociedad civil.

Precisamente esa es la tarea que cabe esperar y aun exigir de un gobierno progresista como el nuestro, al que considero sinceramente comprometido en hacer real la igualdad en los derechos.