

X. LIBERTAD, FRONTERAS Y MIGRANTES

La libertad puede ser más difícil de ejercer cuando una persona pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad. La discriminación hacia los más débiles (en sentido político, jurídico, sexual, económico o incluso físico) es una realidad en nuestro tiempo, y se proyecta no solamente violando las relaciones de simetría entre las personas que son propias de todo sistema democrático, sino también coartando las posibilidades de ejercer la autonomía personal. El trato igual y las perspectivas de la libertad son dos condiciones que dependen recíprocamente una de la otra: la ausencia de una de ellas impide la realización de la otra, ya que no puede haber libertad cuando las personas están sometidas a discriminación o cuando no existen condiciones que permitan la igualdad de oportunidades, pero en ausencia de un mínimo de igualdad (política, económica, social, cultural) tampoco puede hablarse de realización plena de la autonomía personal.

Una lista exhaustiva de los grupos y de las personas en situación de vulnerabilidad seguramente sumaría varias páginas. Hemos elegido algunos grupos sobre los cuales se ceba con especial intensidad la discriminación, y la ausencia de posibilidades reales de ser libres. Sus problemas se enmarcan en uno de los mayores dilemas de la modernidad: el derecho a migrar y el uso de las fronteras como muros de separación entre los pueblos.

1. *Fronteras*

Los problemas de los migrantes comienzan antes de que adquieran esa categoría: cuando, estando aún dentro de su propio

país, se encuentran frente a una frontera que no los deja entrar en otra nación. Actualmente las fronteras tienen un uso principalmente discriminador: sirven para determinar quién entra en la comunidad política y quién permanece fuera. La decisión se basa siempre en razones que no aceptaría nadie si se tratara de un asunto diferente.

Por ejemplo: ¿aceptaríamos que a una persona se le impidiera atenderse en un hospital público por no haber nacido en un cierto país?, ¿nos parecería razonable que un menor de edad no pudiera estudiar por no tener X o Y nacionalidad?²³⁶ La única respuesta posible es no. ¿Por qué entonces vemos como natural que a las personas se les impida ejercer la libertad de tránsito que establecen todas las constituciones de los países democráticos, y un número considerable de tratados internacionales de derechos humanos?, ¿por qué subordinamos el ejercicio de dicha libertad al cumplimiento de requisitos que son notablemente discriminatorios?

Tal parece que las fronteras se han instalado también en la mentalidad de algunos teóricos: no se cuestionan, se aceptan como algo ya dado, como un hecho no reversible.²³⁷ ¿Pero es ésta una actitud que se corresponda con la mentalidad crítica que debe animar cualquier ejercicio de la inteligencia?, ¿cómo es que intelectuales tradicionalmente críticos con muchas áreas del acontecer social, enmudecen cuando se les pregunta sobre la justicia o la pertinencia del uso de las fronteras?

Quizá es por esta especie de “conspiración silenciosa” que agudos analistas, como Ermanno Vitale, señalan la insatisfacción

²³⁶ El tema de la discriminación en el acceso a financiamiento para las escuelas públicas que atienden mayoritariamente a migrantes llegó hasta la mesa de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y provocó una interesante polémica desde el punto de vista jurídico; véase al respecto Sracic, Paul A., *San Antonio vs. Rodríguez and the Pursuit of Equal Education*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.

²³⁷ Véase, al respecto, los importantes planteamientos de Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

que produce mirar a los filósofos de la política más destacados de nuestro tiempo, que hacen caso omiso en sus construcciones teóricas de los migrantes, de los rostros de esa humanidad que camina de un lado a otro, asediada desde tantos flancos, privada de las más elementales libertades. Vitale escribe sobre “el cansancio” que le produce el “estéril academicismo” de la actual filosofía política, originado en parte por “la escasa atención tributada a la persona, a su condición existencial, y más cuando la esencia del individuo se ve obligada a expresarse en su extrema potencialidad, con el fin de lograr la supervivencia física y moral”. Dice Vitale:

De pronto, ante todas estas teorías acerca de la justicia o de las filosofías normativas, sobre las que a menudo me he detenido a reflexionar, me ha parecido como si —frente a los dramas y las frecuentes tragedias de seres humanos migrantes— adoptasen la forma de un circuito de reflexiones únicamente producidas por individuos acomodados que no procuran ni tan sólo emplear un lenguaje descriptivo adecuado para la condición de los últimos en llegar, de los desesperados, de los erradicados. Aquellos que sufren son considerados, a lo sumo, como individuos “desaventajados” o, alternativamente, como miembros procedentes de comunidades minoritarias a los que cabrá garantizar la perpetuación de su propia cultura que, en muchos casos, coincide con las razones de su sufrimiento.²³⁸

La crítica de Vitale, dirigida a los filósofos, podría muy bien dirigirse también a los juristas, incluyendo a los juristas que realizan su trabajo en México. No se observa, en la doctrina jurídica, una labor sistemática de crítica y cuestionamiento de las fronteras, ni por parte de los especialistas en derecho constitucional ni por lo que hace a los estudiosos del derecho internacional.

²³⁸ Vitale, Ermanno, *Ius migrandi*, Madrid, Mesulina, 2006, p. 24.

Quizá se piense que cuestionar las fronteras es un ejercicio utópico, más propio del diletantismo académico que del rigor que debe acompañar a la ciencia jurídica en todas sus manifestaciones. En realidad, más bien parece que la falta de crítica respecto de las fronteras y de su utilización refleja una actitud claudicante de la ciencia jurídica, una especie de renuncia tácita para entrar a combatir con una noción (la de “frontera”) que parece estar ya instalada para siempre como un presupuesto necesario y no removible de todos nuestros enfoques. La pregunta importante es si la ciencia jurídica debería seguir así o si por el contrario se podrían adelantar algunas hipótesis para remontar la actual situación de renuncia por parte de los especialistas y estudiosos.

Desde el ámbito del derecho constitucional se han hecho algunos esfuerzos, por desgracia todavía minoritarios, anclados casi todos ellos en el concepto de “constitucionalismo global” que ha venido construyendo, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, en varios de sus trabajos,²³⁹ y que en México ha sido objeto de un muy relevante ensayo de Rodrigo Brito Melgarejo.²⁴⁰ De hecho, la noción misma de “constitucionalismo global” indica la necesidad de prescindir de las fronteras, al menos tal y como se las entiende actualmente, para avanzar hacia una protección universal de los derechos fundamentales, comenzando por la protección de la libertad de tránsito.

El constitucionalismo global (también llamado cosmopolitismo constitucional) toma en consideración la necesidad de abrir las fronteras a los derechos, en términos semejantes a lo que ya sucede para los bienes que están en el comercio. No deja de resultar paradójico que ahora cualquier objeto o sustancia (legal y, en muchas ocasiones, ilegal) pueda atravesar cualquier frontera,

²³⁹ Algunos de ellos han sido reunidos en Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas...*, *cit.*, nota 167.

²⁴⁰ Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa, 2005.

pero que las personas sean detenidas y criminalizadas si intentan hacerlo.

La globalización permite que una señal de satélite pueda atravesar todo el planeta, en cuestión de segundos, para llegar hasta un aparato receptor, se encuentre donde se encuentre. Las inversiones de capital, la compraventa de divisas, la transmisión electrónica de datos y las ondas de radio no se detienen ante ninguna patrulla fronteriza, ni deben cargar con pasaporte.

No sucede lo mismo, sin embargo, con las personas, que no han visto en la globalización una oportunidad para poder mudar su lugar de residencia. O mejor dicho, sí que han tenido esa oportunidad en virtud de los avances en los transportes, pero frente a las posibilidades de movilidad que ofrecen las nuevas tecnologías los Estados han contestado fortaleciendo sus controles fronterizos, endureciendo sus leyes migratorias, y permitiendo retrogradadas manifestaciones de xenofobia y racismo dentro de sus territorios.

Roberto Toscano describe con mucho acierto el nuevo papel de los Estados en su tarea de reprimir la libre circulación de las personas, antes que la de las mercancías: “Incapaces ya de controlar los flujos del capital, la localización de las empresas, los tipos de cambio de la moneda, los Estados demuestran una patética crueldad compensatoria en el control de las fronteras, en la vigilancia de la entrada de los *diversos*, en la tentativa de excluirlos”.²⁴¹

Danilo Zolo ha afirmado, con razón, que la contestación de los Estados frente al fenómeno migratorio, que se concreta en expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, “está escribiendo y parece des-

²⁴¹ Toscano, Roberto, “Interrogantes éticos sobre la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 59.

tinada a escribir en los próximos decenios las páginas más lucrativas de la historia civil y política de los países occidentales”.²⁴²

Para quienes se dedican al estudio del derecho, las fronteras plantean cuestiones adicionales a las ya señaladas: ¿qué pasa cuando una persona logra superar una frontera, a veces de forma “ilegal”, y se interna en el territorio de un país que no es el suyo?, ¿una persona que no cuente con un cierto estatus migratorio, pierde por esa razón el resto de sus derechos y libertades?, ¿puede ser asesinada, discriminada, rechazada en una asociación, impedida para afiliarse a un sindicato, restringida en su libertad de expresión? Si la respuesta a las anteriores cuestiones es negativa (es decir, si contestamos que no se le pueden condicionar a un migrante irregular sus derechos fundamentales en virtud de no contar con un estatuto migratorio determinado), entonces saltan nuevas preguntas: ¿una persona que se encuentre irregularmente en el territorio de un país que no es el suyo qué derechos tiene? Si se le pueden restringir algunos de sus derechos, pero no otros, ¿cómo saber en qué casos procede la limitación, y en qué otros casos no procede?

Algunos de estos cuestionamientos le fueron planteados hace unos años a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La solicitud para que la Corte emitiera una opinión consultiva al respecto provino del gobierno de México, como parte de una estrategia de litigio en el conocido “caso Avena”, que se ventiló ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya.²⁴³ El “caso Avena” estaba referido a la condena a pena de muerte que diversos jueces estadounidenses habían impuesto a ciudadanos mexi-

²⁴² Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en *id.* (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42.

²⁴³ Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 5, 2005.

canos acusados de haber cometido delitos que conllevan dicha sanción.

El gobierno mexicano había demandado al estadounidense ante los tribunales internacionales, debido a que a muchos de esos ciudadanos no se les había respetado el derecho a la asistencia consular. Este derecho consiste en la obligación que tienen las autoridades de un país, cuando detienen a una persona extranjera, de avisar a su representación consular a fin de que pueda asistir legal, psicológica e incluso económicamente a su connacional.²⁴⁴ Si no se cumple con este requisito, que se debe verificar tan pronto como ocurre la detención, se violan una serie de normas del derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en respuesta a la solicitud del Estado mexicano, emitió la Opinión Consultiva 16/99.²⁴⁵

En su Opinión, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “Reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones, entre las que la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal, y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

²⁴⁴ Para una aproximación más detallada, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, cit., nota 4, pp. 660-665.

²⁴⁵ Su texto puede ser consultado en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional...*, cit., nota 228, pp. 1003-1097.

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

El derecho a la información consular forma parte, según la Corte, de las garantías mínimas que son necesarias para brindar a todo extranjero la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (párrafo 122).

Para la Corte, si se viola el derecho a la información consular del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se afectan las garantías del debido proceso legal, y con ello la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 4o. y 6o., respectivamente).

La OC 16 se cierra con los votos concurrentes de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez, y con un voto parcialmente disidente del juez Jackman. Me interesa recuperar algunos pasajes del voto de García Ramírez.²⁴⁶

Para el juez García Ramírez, la OC 16 es importante en la medida en que afecta a una “zona crítica” de los derechos fundamentales, pues se trata de un ámbito en el que “se halla en más grave riesgo la dignidad humana”. Sobre las consecuencias de violar el derecho a la información consular, García Ramírez afirma que:

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin

²⁴⁶ El texto se encuentra en *ibidem*, pp. 1094-1097.

de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.

Para García Ramírez el criterio adoptado en la OC 16 refleja una evolución importante del proceso penal y contribuye a racionalizar la administración de justicia:

La admisión de este criterio —apunta nuestro juez— contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.

¿Por qué es importante esta Opinión Consultiva? Porque reconoce, en primer término y sin dejar lugar a dudas, que los inmigrantes ilegales tienen derechos. Se podrá discutir qué derechos tienen y con qué alcance debe respetárselos un Estado que no es el suyo, pero lo que queda claro, a partir del pronunciamiento de la Corte, es que un inmigrante no es una especie de *res nullius*, sino que sigue siendo un sujeto de derechos.

En este contexto, México tiene, en el terreno de las fronteras, un doble interés (o, si se quiere, una doble responsabilidad): por un lado, comparte su línea fronteriza con uno de los principales focos de atracción de las migraciones contemporáneas, que son los Estados Unidos, país conformado mayoritariamente —aunque a veces se olvide— por inmigrantes desde el siglo XVIII y aún antes; por otra parte, México es un país por cuyo territorio circulan un buen número de migrantes, los cuales buscan atravesar las fronteras mexicanas, a veces en ruta hacia Estados Unidos, pero otras veces para quedarse en suelo nacional. ¿Cómo se comporta México en este doble escenario? Me parece que, respecto de los migrantes mexicanos que intentan cruzar hacia Estados Unidos, las autoridades han demostrado una actitud mesurada, pero inte-

ligente: han abogado por la defensa de los derechos de los migrantes, en el terreno jurídico, y han intentado empujar (sin mucho éxito) una reforma migratoria profunda en Estados Unidos, desde una perspectiva política.

En el frente interno, sin embargo, la política migratoria mexicana es una verdadera vergüenza. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha constatado en varios informes y recomendaciones el permanente abuso que las autoridades mexicanas realizan sobre los migrantes que se internan en el país, sobre todo si entran por la frontera sur de México.²⁴⁷

Con frecuencia son asaltados con la complacencia o la participación directa de la policía, se les discrimina, no se les respeta su derecho de audiencia (son deportados sin que puedan interponer un recurso judicial para que se verifique la legalidad de su expulsión) y se les mantiene privados de su libertad en condiciones inhumanas (las estaciones migratorias han sido objeto de un sinnúmero de observaciones y recomendaciones de la CNDH, sin que hasta el momento se haya hecho nada por mejorar el trato que se les da a los migrantes detenidos).²⁴⁸

Los dramas de los migrantes, cuya narración podría ocupar centenares o incluso miles de páginas, comienzan en las fronteras. Esas vallas de separación, de segregación, de discriminación y, sobre todo, de vergüenza. ¿No es momento de comenzar a cuestionarlas?, ¿no ha llegado la hora de que los científicos sociales comiencen a preguntar sobre el uso que se les da o todavía más: sobre el trazado que tienen actualmente las fronteras?, ¿por qué debemos aceptar que las fronteras sirvan para mantener co-

²⁴⁷ El problema es de tal gravedad que la CNDH tuvo que dedicarle una recomendación general solamente a una de las expresiones del mismo; se trata de la RG, núm. 13, expedida el 15 de noviembre de 2006, sobre el tema de la práctica de verificaciones migratorias ilegales.

²⁴⁸ Sobre la situación de las estaciones migratorias, hay incluso un informe especial de la CNDH, dado a conocer en 2005, y consultable en www.cndh.org.mx.

mo condenados al subdesarrollo a millones de personas o que sean la excusa para que a otras se les otorgue un trato indigno?

El análisis sobre el papel de las fronteras en el mundo contemporáneo debe hacerse cargo de otro tema de la mayor relevancia y que suele despertar enormes sensibilidades. Me refiero al asunto del derecho de secesión ejercido a través de una revisión del trazado de las fronteras.

Partamos de una certeza difícil de rebatir si tenemos en cuenta la historia. Las fronteras han sido trazadas por medios que hoy en día consideramos ilegítimos: invasiones, anexiones, colonización, compra ilegal de territorio, etcétera.²⁴⁹ Los límites fronterizos terminaron incluyendo en muchos casos dentro del territorio que conforma al Estado nacional a distintos grupos étnicos y culturales que, muchas veces sin quererlo, se vieron sometidos a un régimen jurídico (con todo lo que ello implica en términos de uso obligatorio de la lengua oficial, historia oficial, instituciones de gobierno, creación de leyes, reglas de participación e inclusión ciudadanas, etcétera), determinado por el gobierno nacional. Hoy es obvio, como señala Kymlicka, que “las fronteras de los Estados rara vez coinciden con las identidades nacionales de los pueblos”.

La pregunta importante en este punto es: ¿por qué debemos aceptar como legítimas unas fronteras que de origen no tienen una justificación razonable? Habiendo contestado esta pregunta, habría que hacer otra de igual o mayor importancia: ¿puede el método de la decisión democrática por mayoría servir para determinar un replanteamiento de las fronteras y, en ese sentido, para determinar el derecho de secesión?

Esto nos lleva a preguntarnos sobre el sentido y la justificación del dominio que un Estado hace sobre su territorio. ¿Puede decirse que el Estado pertenece a la mayoría del grupo nacio-

²⁴⁹ Véase, al respecto, el completo estudio de Anderson, Malcolm, *Frontiers. Territory and State Formation in the Modern World*, Cambridge, Polity Press, 1996.

nal?,²⁵⁰ ¿el territorio sería “propiedad” del grupo nacional mayoritario?, ¿podría una minoría nacional o étnica pedir “su parte” del territorio para poder organizarse de forma independiente y de la manera que mejor les parezca?, ¿es legítimo o incluso razonable representar al territorio de los actuales Estados-nación como un “acuerdo inestable” entre diversos grupos nacionales?

Pensemos en el caso de España, que lleva algunos años debatiendo con intensidad sobre su configuración territorial. ¿Tienen derecho la mayoría de los habitantes del País Vasco de considerar su separación del Estado español?, ¿pueden las autoridades de Cataluña plantear como ejercicio de su “autogobierno” la competencia exclusiva en materia tributaria, en cuestiones de seguridad pública o en la atención de los hospitales? Si todo lo anterior se acepta, ¿quién puede tomar las decisiones, y cuáles son los límites que habría dentro de ese proceso de redefinición nacional?

Lo que parece obvio, aunque en el debate español no se ha notado mucho, es que la pertenencia o no de un grupo nacional a un Estado debe siempre ser discutible. Es decir, un régimen democrático no puede excluir de su esfera pública discursiva un tema determinado, por incómodo que sea. La discusión acerca del derecho de secesión o de un nuevo trazado de fronteras para España (insisto: la discusión) tiene absoluta legitimidad democrática, y en consecuencia no puede ser criminalizada o sancionada en forma alguna.

Otra obviedad es que esa discusión se ve inevitablemente alterada (para mal) cuando uno de los sujetos de la misma recurre a la violencia o cuando de forma violenta se intenta generar algún tipo de resultado. Esto es, para cualquier teórico liberal y para cualquier sistema democrático, simplemente inaceptable. Pero desde luego, la discusión pacífica sobre este tipo de temas debe

²⁵⁰ Kymlicka, Will, *Fronteras...*, *cit.*, nota 237, pp. 49 y ss.

estar permanentemente abierta, si es que así lo deciden quienes participan en ella.

Algunos teóricos como Will Kymlicka justifican y defienden la idea de la construcción nacional, siempre que se haga sobre las bases de una política liberal. Dicha construcción permite crear identidades nacionales que pueden tener fines legítimos y por tanto aceptables para una teoría liberal de la justicia.

Por ejemplo, la construcción de una identidad nacional permite mejorar la igualdad de oportunidades en el mercado laboral (lo que le da sentido al requisito que exigen algunos países para que los inmigrantes que quieran adquirir la ciudadanía conozcan el idioma del país, así sea de manera elemental). La identidad nacional refuerza el sentido de solidaridad de los miembros de una sociedad respecto a los grupos más desaventajados de la misma, dice también Kymlicka. Además, la construcción nacional y su identificación por parte de los habitantes del Estado pueden contribuir a promover la libertad individual y la democratización.

Lo anterior supone que existen elementos razonables para aceptar una construcción estatal plurinacional de forma limitada, es decir, siempre y cuando cumpla con los requisitos del respeto a la dignidad, la autonomía (también colectiva) y los derechos fundamentales de las personas que conviven en el interior del Estado nacional.

Ese respeto se podría dar, por ejemplo, a través de la organización federal de los Estados, donde las partes integrantes del territorio tuvieran grandes ámbitos de autonomía. De esta manera se podría proteger la libertad para circular, pero también las identidades nacionales como creadoras de bienestar colectivo. Con todo, soluciones de este tipo tendrían la limitación de no resolver el problema, sino de llevarlo a un ámbito más amplio, representado a final de cuentas por las nuevas fronteras que se establecerían hacia fuera del conjunto multinacional, organizado a través de los principios federales.

Antes de terminar el presente apartado, quizá sea pertinente recordar que en el fondo de cualquier reflexión sobre las fronteras

se encuentra un tema de mucha mayor importancia, que es la consideración que les damos a las personas migrantes, no solamente en el momento en que deciden cruzar un paso fronterizo, sino también cuando ya se encuentran dentro de un país que no es el suyo. Ese es, en verdad, el fondo de la cuestión.

En este punto, cualquier análisis no puede dejar de tomar en cuenta la enorme crueldad que cada día se ceba en contra de los migrantes, las dificultades de toda índole con que se topan ya ubicados en el país de destino, el desprecio que les merecen a muchos de los residentes, el trato inhumano que les dan las leyes (trato de no-persona, en muchos casos).

Tiene razón Ermanno Vitale cuando afirma que nuestro punto de partida debe consistir en:

Tratar de imaginar la experiencia de sufrimiento interior y de aniquilación de la propia dignidad que pueden padecer aquellos que migran en condiciones y por razones totalmente diferentes: es decir, para huir de la miseria y la hambruna, las catástrofes naturales, las persecuciones de regímenes violentos y despóticos, o cultivando la ilusión de una vida mejor, y se ven rechazados, cuando no abiertamente hostigados, por una gran mayoría de la población que les acoge.²⁵¹

En suma, lo que tenemos frente a nosotros es un panorama sumamente complejo, sobre cuyos problemas deben estar advertidos los científicos sociales. Pero de esa complejidad y de esa problemática tan ardua, no puede derivarse un llamamiento a la simple contemplación. Por el contrario, hoy las ciencias sociales y concretamente la ciencia jurídica, tienen sobre sus espaldas la enorme responsabilidad de imaginar rutas alternativas y de ofrecer debates que cuestionen los efectos más negativos que las fronteras tienen sobre millones de vidas humanas.

²⁵¹ Vitale, Ermanno, *Ius...*, *cit.*, nota 238, pp. 6 y 7.

De la misma forma, la ciudadanía no puede ni debe permanecer pasiva, esperando que las soluciones lleguen de los gobiernos o de las instituciones internacionales. La respuesta a muchos problemas sigue estando, hoy como ayer, en nuestras manos. Pero esa solución requiere de una sociedad alerta, permanentemente crítica y movilizadora, capaz de hacer valer sus derechos dentro, fuera e incluso contra los órganos estatales e internacionales, cuestionando la pertinencia y la legitimidad de las fronteras, al menos tal como están concebidas en la actualidad.

Ni los ciudadanos ni mucho menos los científicos sociales pueden desatender las responsabilidades señaladas, argumentando que frente a la complejidad de los problemas es muy poco lo que puede hacerse, y que muchas de las alternativas que se señalan al actual trazado de las fronteras son simplemente utópicas, lo cual haría inviable cualquier intento de respuesta teórica alternativa. Como señala Ferrajoli, hay que distinguir entre los problemas políticos y los problemas teóricos. No se puede presentar como utópico o irrealista lo que simplemente no se quiere hacer, porque no conviene a ciertos intereses políticos dominantes, lo cual, en esa virtud y solamente por ella, presumiblemente no se hará. No hay que confundir realismo con conformismo, pues éste segundo sirve solamente para legitimar y apoyar como algo inevitable lo que obviamente es obra de las personas, sobre lo cual tienen una buena parte de responsabilidad los poderes políticos y económicos hegemónicos.

Pese a ese llamamiento tan claro de los teóricos más comprometidos con el garantismo, debemos reconocer que, en general, la opinión pública de muchos países no siente la menor empatía por la situación de los migrantes, sino que por el contrario lo que existen son muchas y muy visibles manifestaciones de rechazo a los extranjeros. Sucede con claridad en México y en Estados Unidos, pero también en países como Australia.

Bauman recoge una anécdota, narrada por Gary Younge, que resulta ilustrativa de lo que se acaba de decir. Unos días antes del 11 de septiembre de 2001, una embarcación de refugiados afga-

nos se acercaba a las costas australianas. Las autoridades prohibieron a la embarcación tocar tierra, y la empujaron mar adentro para que flotara a la deriva, una vez que se le hubiera acabado el combustible. La medida tuvo el apoyo del 90% de los australianos.²⁵² Las fronteras del país habían servido para negar la asistencia humanitaria a personas cuyo único error había sido escapar de un país donde a todas luces su vida corría peligro, y donde sus posibilidades de desarrollar un plan de vida digno eran cercanas a cero. Unos meses después, Australia participó en la “coalición” liderada por Estados Unidos para “liberar” a Afganistán por medio de bombas y soldados.

Es obvio que si la opinión pública alienta las conductas racistas y xenófobas de las autoridades, o las premia políticamente al votar por partidos que se oponen a la inmigración, es muy poco lo que se podrá avanzar en el reconocimiento de la dignidad humana universalmente tutelada.

Conviene quedarse, en todo caso, con el realismo de largo plazo que defiende Ferrajoli. Es precisamente esa apelación garantista la que nos indica la conveniencia de hablar ahora de las personas de carne y hueso que están detrás del debate acerca de las fronteras: los migrantes.

2. Migrantes y ciudadanos

El derecho a migrar remite al corazón de la doctrina de los derechos fundamentales del individuo, esto es al *habeas corpus*, la libertad personal y de movimiento...

Recordemos que tras las doctrinas jurídicas y las decisiones políticas hay

²⁵² Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, p. 54.

seres humanos que sufren en cuerpo y alma.

Ermanno VITALE, *Ius migrandi*

Como ya se dijo en el apartado anterior, la vecindad entre México y Estados Unidos nos obliga a reflexionar constantemente sobre el sentido que tienen las fronteras en el mundo actual, y sobre los derechos de las personas que logran atravesarlas, ya sea legalmente o de forma clandestina. Se trata de un tema crucial no solamente para quienes habitan en uno y otro lado de la línea fronteriza, sino también para el enorme número de personas que ha dejado o piensa dejar su país de origen para ir a residir a otro. La construcción de un muro entre ambos países nos suministra un elemento más para pensar en la justificación que tienen las divisiones entre los Estados.

Es un tema que el derecho constitucional no puede dejar de atender, en vista de que los textos constitucionales ya disponen actualmente como elemento jurídico a tutelar la dignidad de la persona humana; dignidad que va tomando forma a través de los distintos derechos fundamentales recogidos en constituciones, tratados internacionales y convenciones. Uno de esos derechos es el de la libertad de tránsito. Tal libertad, sin embargo, se enfrenta en la práctica con las fronteras establecidas entre los Estados. ¿Con qué argumentos podemos justificar una limitación (o incluso más: una prohibición total y completa) tan severa de la libertad de tránsito como la que ahora suponen las fronteras?

Lo que hayan de significar los textos constitucionales en el futuro no podrá desentenderse de los actuales procesos de globalización, desde luego complejos y de desiguales alcances. La globalización, en una de sus vertientes, nos permite una gran capacidad —hasta hace poco desconocida— para trasladarnos de un punto a otro del planeta, atravesando de esa manera las líneas físicas o imaginarias que dividen a los Estados. Pero ante esta capacidad se alcanzan nuevos muros, se refuerzan los controles, se utiliza a las fronteras no para resguardar el territorio, sino para

discriminar entre las personas, muchas veces aplicando como único parámetro el de la riqueza material: una persona que tenga un patrimonio personal cuantioso será bienvenida en casi todos los países, incluso bajo formas migratorias privilegiadas (podrá entrar como “inversionista”, por ejemplo, que es una categoría migratoria un poco extraña, pero que se aplica en varios países).

El anecdotario de la crueldad en las fronteras o debido a ellas es interminable y, para nuestra vergüenza, se alimenta cada día con una nueva tragedia. Lo que por años sucedió en el Muro de Berlín que dividía a la Alemania democrática de la Alemania comunista, hoy se reproduce en una escala mucho mayor en el estrecho de Gibraltar, en las entradas hacia Italia desde Albania, y en el Río Bravo que separa a México de Estados Unidos.

La imagen de un hombre que muere por asfixia y calor en el interior de un trailer en una carretera de Arizona, en mayo de 2003, abrazando a su pequeño hijo de cinco años, también muerto por las mismas causas, concentra en un único momento el máximo nivel de impotencia y de desgracias que estamos permitiendo y que muchas personas sufren alrededor del mundo. El único motivo que tenía ese hombre para viajar a Estados Unidos era el de darle un mejor horizonte de vida a su único hijo. ¿Era mucho pedir?, ¿se puede sancionar a una persona por aspirar a que su hijo no crezca en la más absoluta de las miserias y tenga que soportar durante toda su vida a un gobierno corrupto e incapaz?

Hay una imagen quizá todavía más cercana al horror; fue dada a conocer por muchos medios de comunicación, y ha sido recordada posteriormente por Antonio Remiro Brotóns,²⁵³ quien sin dudarla la ha calificado como “la historia más triste entre las miles de historias tristes” que arroja nuestra era de las migraciones y de las fronteras. Se trata del caso de dos niños guineanos de nueve y 11 años (aunque las edades no pudieron ser confirmadas). Se lla-

²⁵³ Remiro Brotóns, Antonio, “Presentación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 7, 2003 (monográfico sobre “Movimientos migratorios y derecho”), p. 18.

maban Yaguine Koita y Fodé Tounkara, y fueron encontrados muertos por congelamiento, en el tren de aterrizaje de un avión Airbus que había aterrizado en el aeropuerto de Bruselas. Se habían introducido “ilegalmente” en el tren de aterrizaje, animados por el sueño de escapar al horror que los rodeaba. Entre sus ropas la policía encontró una carta que decía lo siguiente:

Excelencias, señores miembros y responsables de Europa... son ustedes para nosotros, en África, las personas a las cuáles pedimos socorro. Les suplicamos... sobre todo por la afinidad y el amor que tienen ustedes por sus hijos... Además, por el amor... de su creador, Dios todopoderoso, que les ha dado todas las buenas experiencias, riquezas y poderes para construir y organizar bien su continente... Ayúdenos, sufrimos enormemente en África... tenemos la guerra, la enfermedad, la falta de alimentos... una gran carencia de educación y de enseñanza... nuestros padres son pobres... Si ustedes ven que nos sacrificamos y exponemos nuestra vida es porque se sufre demasiado en África. Sin embargo, queremos estudiar y les pedimos que nos ayuden a estudiar para ser como ustedes en África. En fin, les suplicamos muy, muy fuertemente, que nos excusen por atrevernos a escribirles esta carta a ustedes, los grandes personajes a los que debemos mucho respeto.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pues sin duda la lista de sufrimientos e infortunios que arrojan las migraciones es sumamente larga.

Uno de los conceptos más curiosos que se han creado por el uso represivo de las fronteras y por el control de la migración es el de “personas ilegales”, también llamadas “sin papeles”. Acostumbrados como estamos a oírlo todos los días, no reparamos en el hecho de que se trata de un profundo sinsentido. ¿Cómo puede ser alguien una persona ilegal? Normalmente, se consideran ilegales las conductas, los bienes (por ejemplo si son bienes ilícitos, obtenidos por medio de la comisión de delitos), pero no las personas. Situar a las personas como ilegales por el único hecho de

entrar en un determinado territorio es algo que se debe contar entre las aberraciones más grandes que se hayan cometido en nombre del derecho, y eso a pesar de que la lista de los horrores perpetrados aduciendo los mandatos de la ley no es precisamente corta.

Ante estos problemas, el pensamiento teórico sobre las fronteras y los migrantes no solamente resulta pertinente sino también profundamente necesario, pues permite proveer a la acción cívica que despliegan miles de personas a través de innumerables organizaciones civiles, una fundamentación teórica que otorgue un sentido crítico a sus actos. De hecho, parece un tanto extraño que sean tan escasas las reflexiones teóricas sobre el tema. ¿Cómo es que las ciencias sociales han pasado de largo sobre el importante asunto de la configuración de las fronteras y de su papel en la actualidad?

Will Kymlicka explica que algunos autores de la mayor relevancia (John Rawls entre ellos), simplemente han tomado a las fronteras como un dato ya dado al momento de construir sus teorías sobre la justicia.²⁵⁴ Al pasar por alto este dato (que ciertamente no es menor para nuestra comprensión de lo que es justo en las sociedades de nuestro tiempo), los teóricos liberales tampoco han reparado en el “sutil” cambio de lenguaje que se operaba en la práctica acerca de los sujetos a los que debería considerarse dentro de cualquier construcción teórica sobre la justicia. Es decir, los teóricos no han reparado por décadas en que sus teorías hablaban de justicia para todas las personas, pero en la práctica de los Estados esa justicia estaba (y está) limitada a quienes son ciudadanos de los propios Estados.

Las dos cuestiones principales alrededor de las fronteras, de acuerdo con el propio Kymlicka, tienen que ver con su función como ámbito de delimitación de los sujetos incluidos en una comunidad nacional (y por tanto, como factor de diferenciación en-

²⁵⁴ Kymlicka, Will, *Fronteras...*, *cit.*, nota 237.

tre las personas por razón de su “nacionalidad” o de su lugar de nacimiento), y su trazado actual y futuro.

La discusión acerca de si los Estados tienen derecho a determinar qué personas deben entrar, salir, trabajar y tener plenos derechos en cualquier Estado nación del mundo, parece hoy tan irrealista que casi ningún autor está dispuesto a discutirla. Lo mismo sucede con el trazado de las fronteras. Se observa como algo tan “natural” que los Estados-nación tengan la extensión que tienen actualmente, que los teóricos prefieren darla por un hecho consumado sin discutirla. Pero lo cierto es que se trata de dos asuntos con profundas implicaciones prácticas en el mundo real, de modo que su no tratamiento por parte de los teóricos no ha terminado por hacerlos irrelevantes, sino al contrario: lo que ha sucedido es que se ha vuelto irrelevante la teoría que les ha negado su atención.

Como ya se dijo en el apartado anterior, cualquier observación superficial de la realidad nos permite constatar el papel de las fronteras como muros de separación y discriminación entre unas personas y otras. Recuerda Kymlicka que, por lo que hace a esta función, las fronteras reproducen un criterio propio del mundo medieval, donde los derechos de las personas (o dicho de forma más tajante, lo bien o mal que les irá en la vida) se determinaba por nacer unos kilómetros más o menos cerca del castillo del soberano.

El criterio para determinar quién entra y sale de un Estado viene dado por la ciudadanía (para los mayores de edad) o por el lugar de nacimiento. El tema de la ciudadanía, aunque sin explorar todas las consecuencias que tiene en relación con el uso de las fronteras, sí que se ha discutido intensamente por las más recientes teorías de la justicia. De hecho, quizá no sea exagerado afirmar que el tratamiento teórico en torno a la ciudadanía ha experimentado una verdadera explosión en los últimos años. Las razones para ello son variadas. Entre ellas se encuentran el creciente componente multicultural que se presenta en los países de la Unión Europea, el fenómeno de las migraciones masivas, el

resurgimiento de los movimientos nacionalistas, la crisis del Estado benefactor y su parcial dismantelamiento a partir de los años ochenta, los conflictos étnicos, etcétera.

La ciudadanía es un concepto que tradicionalmente ha denotado la adscripción de un sujeto a un Estado nacional; tal adscripción se lleva a cabo en virtud de conexiones territoriales o por lazos de parentela. A partir de ella se ha construido la distinción entre “ciudadanos” (o “nacionales” en un sentido más amplio) y extranjeros.

Actualmente, con base en la ciudadanía, se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento. Danilo Zolo ha subrayado, con acierto, que “los derechos de ciudadanía implican una presión hacia la desigualdad”,²⁵⁵ lo cual había sido ya percibido, desde sus propias coordenadas sociológicas, en el célebre y conocido ensayo de T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*, publicado en 1950, en el que se apuntaba cómo la ciudadanía “se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legitimada”.²⁵⁶

La distinción entre ciudadanos y no ciudadanos ha producido lo que Jürgen Habermas llama “el chauvinismo del bienestar”, en la medida en que suele mantenerse en buena parte como un intento por frenar los crecientes flujos migratorios que se están produciendo desde los países del Tercer Mundo hacia los países desarrollados; esto ha llevado a algunos autores a denunciar el escándalo que supone el hecho de que “la condición de nacimiento pueda esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos... que, sin embargo, son condicionados hoy en no pocos

²⁵⁵ Zolo, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, Paidós, núm. 3, 1997, p. 127.

²⁵⁶ Marshall, T. H., “Ciudadanía y clase social”, en Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 21 y 22.

países a un trámite administrativo (los ‘papeles’), por importante que éste sea”.²⁵⁷

Desde luego, los Estados que utilizan como escudo o pretexto el tema de la ciudadanía para negar derechos básicos a los inmigrantes, o en general a los no nacionales, seguramente no comprenden la intuición histórica que parece señalar que los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros, ya no existen en la actualidad. Javier de Lucas señala que la dicotomía ciudadano-extranjero se asienta sobre dos supuestos: la construcción del Estado nacional y la homogeneidad social derivada de la coyuntural (esporádica y aún limitada en el tiempo) presencia del extranjero en la composición social.²⁵⁸ Hoy ninguno de esos dos supuestos se mantiene incólume.

El Estado nacional, como modelo cuando menos, ya no se encuentra en fase de construcción. Por el contrario, habría algunos datos que nos podrían hacer pensar que se encuentra más bien en fase de desaparición o de profunda transformación. Dentro del propio ámbito de las instituciones públicas asistimos a un desfondamiento del Estado en una doble dirección: hacia arriba, con la transferencia de poder hacia instituciones supranacionales (Unión Europea, tratados de libre comercio, uniones regionales como el Mercosur, tribunales internacionales, mecanismos de arbitraje comercial transnacional, etcétera), a menudo sustraídas de los pertinentes controles democráticos y parlamentarios, lo cual ha hecho asomar lo que Habermas llama “agujeros de legitimidad”.²⁵⁹ Hacia abajo, a través de las diversas tensiones centrífuga-

²⁵⁷ Lucas, Javier de, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en *id.* (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPI, 1999, p. 265.

²⁵⁸ Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, p. 135.

²⁵⁹ Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 96.

gas, nacionalistas, secesionistas o independentistas, que lo ponen en cuestión.²⁶⁰

Por lo que hace a la idea de la homogeneidad social, étnica y cultural, basta para ponerla en cuestión el dato de la ONU, recogido por el propio Kymlicka en uno de sus textos más importantes, de que en los más de 190 Estados del mundo, coexisten unos 600 grupos de lenguas vivas y cinco mil grupos étnicos.²⁶¹ Se calcula que en los Estados Unidos, por mencionar un ejemplo importante, hay casi 30 millones de hispanos; para 2050, uno de cada cuatro estadounidenses será de origen hispano.

Los flujos migratorios, legales e ilegales, son una constante en los inicios del siglo XXI, y no hay dato alguno que permita suponer que se van a detener en los próximos años, sino al contrario, dado que existen las condiciones objetivas para que se incrementen en el futuro inmediato.²⁶²

Lo más seguro es que la imagen de homogeneidad social en la que se basó en el pasado la construcción de los Estados nacionales no fuera más que una excesiva idealización que no parecía tener demasiado respaldo sociológico. Si bien es cierto que a nivel retórico el otorgamiento de la ciudadanía se basa en la existencia de una serie de vínculos prepolíticos como una cultura común, relaciones “de sangre”, un pasado compartido, etcétera, a nivel político no parece observarse nada de eso en los procesos históricos que desembocan en la creación de los actuales Estados nacionales.²⁶³ De hecho, es posible que esa serie de vínculos prepo-

²⁶⁰ Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 150.

²⁶¹ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13.

²⁶² Un documentado estudio sobre los flujos migratorios internacionales puede encontrarse en Castles, Stephen y Miller, Mark J., *La era de la migración. Movimientos internacionales en el mundo moderno*, México, Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados, 2005.

²⁶³ Ferrajoli escribe: “No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo XIX (o incluso de hoy) existieran vínculos pre-políticos e iden-

líticos no exista —afortunadamente— ni siquiera ahora. Basta mirar, para comprobarlo, la realidad tan diversa que existe dentro de Estados como España, Canadá, Italia, entre otros.

Para atemperar la distancia, por lo menos desde el punto de vista jurídico, que existe entre los ciudadanos y los extranjeros, quizá podría recuperarse el sentido del artículo 4o. de la Constitución francesa de 1793, recordado por Habermas, que disponía que el estado de ciudadanía (no solamente la nacionalidad sino también los derechos de ciudadanía activa) se otorgaba a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia.²⁶⁴

Lo anterior tiene plena justificación si se entiende, como lo hace el mismo Habermas, que “el estatus de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para *cambiar* su situación, posición o condición jurídica material”.²⁶⁵ Esto quiere decir, simplemente, que todos los habitantes adultos de un Estado, sean o no ciudadanos, deben tener la capacidad jurídica de concurrir a la vida polí-

tidades colectivas —de lengua, de cultura, de común lealtad política— idóneos para conjuntar campos y ciudades, campesinos y burgueses... en suma, que existiera, a nivel social, una homogeneidad social mayor de la que hoy existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo”, Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti fondamentali?”, en Vitale, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turin, Rosenberg & Sellier, 2000, p. 114 (trad. al castellano en Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006).

²⁶⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 637. En sentido parecido, Michelangelo Bovero afirma —recuperando un argumento de Kelsen— que “los derechos de ‘ciudadanía política’, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (deberían corresponder) a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento”. Bovero, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 24.

²⁶⁵ Habermas, *Facticidad...*, *cit.*, nota anterior, p. 626.

tica de ese Estado; concretamente, participando en las formas democráticas que permiten la toma de decisiones: pudiendo por tanto votar y ser votados, y disfrutando del resto de derechos fundamentales reconocidos por el derecho nacional y por el derecho internacional.

Además, si es cierto que la homogeneidad social ha dejado de ser —suponiendo que alguna vez lo haya sido— la nota edificante de la distinción entre ciudadanos y extranjeros, y si en consecuencia se acepta que la convivencia futura de un número importante de grupos sociales va a estar marcada por el pluralismo social y étnico, se hace más necesario derrumbar el mito de la ciudadanía y acoger ese pluralismo bajo la protección de un ordenamiento constitucional que reconozca, en condiciones de igualdad, derechos fundamentales para todos; como indica Ferrajoli, “las constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a garantizar”.²⁶⁶

En suma:

La exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales: (es) alcanzar —sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías— un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como estatus privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal.²⁶⁷

²⁶⁶ Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti...?”, *cit.*, nota 263, p. 115.

²⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos...*, *cit.*, nota 260, p. 119. En el mismo sentido de Ferrajoli y Habermas, Javier de Lucas apunta que “vetar el acceso a la condición de miembro de la comunidad constituyente, sujeto de voz y voto en el espacio público, a quienes llegan después y se caracterizan por diferencias vinculadas a determinados grupos sociales (a identidades de origen), privarles del

La ciudadanía como estatus discriminatorio entre las personas se revela en toda su crudeza cuando se opone a los inmigrantes (legales o ilegales), a los refugiados y a los apátridas. Sobre los refugiados, Bauman ha escrito que “conforman un nuevo tipo de parias y proscritos, son los productos de la globalización, el epítome y la encarnación más plena de su espíritu de zona fronteriza”.²⁶⁸

Parece difícil de sostener la idea de la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La figura del refugiado, como apunta Javier de Lucas, “constituye, hoy, probablemente, la cara más miserable de la exclusión”.

La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, viene a poner en crisis la universalidad de los derechos, y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía.

Es, por el contrario, a los refugiados a los que más tendrían que proteger los derechos humanos “universales”, puesto que, en palabras de Javier de Lucas:

Quien no tiene ningún derecho, porque no es ciudadano de ninguna parte y renuncia a la trampa de la asimilación, es el auténtico sujeto universal, y si el fenómeno adquiere dimensiones de masa, con mayor razón... deberá ser el sujeto primario de los derechos humanos, pues, si éstos son los derechos universales, los del

poder de decisión sobre el acuerdo previo, sobre el establecimiento de valores comunes y reglas de juego, sobre el establecimiento de la regla de la ley, del derecho, es incompatible con las exigencias de una democracia plural”. Lucas, Javier de, “Por qué son relevantes...”, *cit.*, nota 257, p. 268.

²⁶⁸ *Tiempos líquidos...*, *cit.*, nota 2, p. 57.

hombre sin más, el modelo por excelencia sería precisamente quien no tiene nada más que su condición de hombre, de refugiado.²⁶⁹

En este contexto, los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del estatus de los extranjeros, en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

Los refugiados no solamente tienen problemas para que les sea reconocido un estatuto jurídico adecuado a su situación, sino también para integrarse en las sociedades de acogida, puesto que con frecuencia son rechazados socialmente, consiguen a duras penas algún trabajo mal pagado y su familia carga el lastre de ser extraños. Bauman describe su situación con crudeza, pero también con realismo: “los refugiados son la encarnación del ‘desperdicio humano’, privados de desempeñar cualquier función útil en la tierra a la que han llegado, y en la que permanecen de manera temporal, y sin intención alguna ni perspectiva realista de verse asimilados e integrados en el nuevo cuerpo social”.²⁷⁰

Ferrajoli recuerda que, de conformidad con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el cual dispone el derecho de todo individuo de abandonar cualquier país, incluyendo el suyo, habría una base normativa suficiente para derivar la prohibición para los Estados (para todos) de impedir la emigración, así como la correlativa obligación de la comunidad internacional de acoger a los inmigrantes al menos

²⁶⁹ Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras...*, cit., nota 258, p. 209.

²⁷⁰ *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, p. 62.

en uno de sus Estados.²⁷¹ Sobre este punto conviene hacer una reflexión más detenida, puesto que de ella dependen las libertades de millones de personas migrantes.

Las consideraciones anteriores nos podrían llevar a la conclusión de que, desde el punto de vista de cualquier teoría de la justicia de corte liberal, las fronteras tendrían que ser suprimidas en cuanto obstáculo para la determinación de los sujetos a los que se les reconocen plenos derechos por parte de un Estado nacional. Pero además de lo anterior, es importante hacer notar que las fronteras —tal como se las está utilizando actualmente— son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, la distinción operada en las fronteras para decidir quién puede o no puede entrar en un territorio, funciona al margen del derecho que los propios Estados nación han creado a través de diversos pactos y tratados internacionales.

Así, por ejemplo, se puede recordar que la libertad de tránsito se reconoce en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto es el siguiente:

Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.

Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

271 Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *id. et al., Los fundamentos...*, nota 123, p. 175. Véase también, *id.*, “Libertad de circulación y constitucionalismo global”, *Razones jurídicas...*, *cit.*, nota 167, pp. 125 y ss.

Este precepto ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.²⁷² Vale la pena detenernos en su estudio.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así, por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del Pacto)” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros, para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12, debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

La estructura federal de un Estado no impide que los derechos del artículo 12 del Pacto se apliquen a todo su territorio, señala

²⁷² Se trata de la Observación General núm. 27, aprobada en el 67o. periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Carbonell, Miguel *et al.*, *Derecho internacional...*, *cit.*, nota 228, t. I, pp. 462-468.

el Comité, de forma que las personas podrán desplazarse por todas las partes de los Estados federales o regionales.

Para ejercer su derecho a la libre circulación, una persona no debe aportar ningún motivo o razón específicos, pues basta su voluntad de trasladarse o de quedarse en un lugar para caer en el supuesto de protección del artículo 12. Esto significa que las autoridades no pueden condicionar un desplazamiento o un no desplazamiento a que se justifiquen determinadas razones, fines u objetivos (párrafo 5).

Los derechos del artículo 12 deben prevalecer no solamente frente a las autoridades u órganos del Estado, sino también frente a particulares. Así, por ejemplo, los Estados parte deben vigilar que no se les impida a las mujeres ejercer la libertad de tránsito o residencia, y que dicho ejercicio no esté condicionado al consentimiento o permiso de algún familiar, como puede ser el marido o el padre (párrafo 6).

En relación a la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio, que preserva el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que dicha libertad tampoco puede condicionarse a algún fin u objetivo concreto, ni tampoco a algún plazo durante el que un individuo decida permanecer fuera del país. En dicho párrafo se encuentra contenida la libertad del individuo para determinar el país de destino, lo cual se aplica también a todo extranjero que sea expulsado legalmente, el cual puede elegir con libertad el país de destino, siempre que cuente con el acuerdo de éste último Estado (párrafo 8).

Para poder hacer efectivo el derecho a salir de un país, se debe entender que sus autoridades están obligadas a expedir los documentos necesarios para viajar y entrar en otro país, como puede ser el pasaporte. Los derechos del artículo 12 del Pacto se violan si un Estado se niega a expedirle a uno de sus nacionales un pasaporte o si se niega a prorrogar la validez de ese documento (párrafo 9).

Por lo que hace a las restricciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, el Comité, en la Observación General

que se está comentando, hace importantes consideraciones, muchas de las cuales se podrían aplicar a los demás derechos fundamentales, pues forman parte de una especie de teoría general de las restricciones de los derechos.

Así, por ejemplo, el Comité sostiene, con base en el texto expreso del artículo 12, que las restricciones deben estar contenidas en una ley, constituyendo de esa forma una “reserva de ley” que prohíbe la creación de restricciones en otro tipo de normas (párrafo 11).

Por otra parte, el Comité señala que “las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho”, haciéndose eco de la conocida teoría del “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Para el Comité, “no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (párrafo 13).

Las medidas restrictivas deben ser proporcionales, señala el Comité, utilizando uno de los criterios más conocidos para considerar la adecuación de los límites a los derechos fundamentales con respecto a los textos que establecen esos derechos. En palabras del Comité, “las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (párrafo 14). Por ejemplo, entraría dentro de las restricciones razonables una orden que impidiera el acceso y tránsito por instalaciones militares por motivos de seguridad nacional (párrafo 16).

El Comité identifica varias conductas de las autoridades estatales como claramente violatorias del artículo 12 del Pacto (párrafo 17); se trata de un elenco de la mayor importancia, pues contiene indicaciones prácticas para ayudarnos a precisar en qué momento nos encontramos ante situaciones que vulneran los derechos de libre circulación y libre residencia.

Para el Comité, entre tales conductas se encuentran las siguientes:

- Cuando se niega el acceso de los solicitantes a las autoridades competentes.
- Cuando se impide el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer algunos de los derechos del artículo 12.
- Cuando se crea la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud del pasaporte.
- Cuando se hacen necesarios certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.
- Cuando se requiere la descripción exacta del itinerario.
- Cuando la expedición de pasaportes se condiciona al previo pago de tasas elevadas, que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- Las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia.
- El requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta.
- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, a través de la intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de los hijos de la escuela o la universidad.
- La negativa a expedir el pasaporte, con el argumento de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.

Por lo que hace al derecho a entrar en el propio país, contemplado en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que ese derecho también le es aplicable a quien por primera vez quiere entrar en su país, si ha nacido fuera de él. De particular importancia es el derecho a volver al propio país, sobre todo para

quienes han salido de él con el carácter de refugiados (párrafo 19).

Aparte de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos hacen referencia a la libertad de tránsito y de residencia. Uno especialmente importante, por razón de su objeto y de la actualidad que ha cobrado en los últimos años a raíz de las migraciones masivas, es la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 10 hace referencia a la obligación que tienen los Estados parte de facilitar la entrada o salida del país a los padres de los menores o a los propios menores para conseguir la “reagrupación familiar”; este concepto es de la mayor importancia, pues uno de los derechos fundamentales de todos los menores de edad es a mantenerse en contacto con sus progenitores.²⁷³

Sobre el mismo tema de la “reagrupación familiar”, hay que tener en cuenta que el artículo 5o., apartado 4 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 1985, dispone que “con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

La reagrupación familiar debe facilitarse por parte de los Estados, especialmente en el caso de los refugiados; al respecto, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR) ha señalado que:

En aplicación del principio de unidad de la familia, y por razones humanitarias obvias, es preciso hacer todo lo posible para reunifi-

²⁷³ El artículo 9o. de la Convención de los Derechos del Niño es muy claro al establecer el principio general de que: “1. Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”.

car a las familias separadas de refugiados... [dicha reunificación se deberá producir] con la menor demora posible... Al decidir sobre la reunificación de la familias, la ausencia de prueba documental de la validez formal del matrimonio o de la filiación de los hijos no debe considerarse impedimento *per se*.²⁷⁴

Como puede observarse, el debate de filosofía política en torno al alcance de la libertad de tránsito puede ser alimentado tomando en consideración los documentos jurídicos que tienen por objeto la protección internacional de los derechos fundamentales. Un ejercicio parecido podría hacerse con el derecho interno de cada Estado nacional, lo que probablemente nos llevaría a identificar fuertes incongruencias entre las declaraciones constitucionales y las regulaciones que se contienen en la legislación migratoria.

La determinación de cuándo una sociedad es justa no puede hacerse, hoy en día, prescindiendo de los criterios con base en los cuales determinamos qué personas pertenecen a ella, con qué bases abrimos o cerramos nuestras fronteras, y cuál es la extensión y ubicación que deben tener las mismas.

Se trata de temas, además, que tienen profundas consecuencias individuales y colectivas. Individuales, ya que a partir de las definiciones que se hagan de estos temas se podrá tener garantizada la libertad de tránsito, que todos los ordenamientos constitucionales democráticos, y el derecho internacional de los derechos humanos, reconocen como un derecho fundamental. Colectivas, en tanto que la determinación de si se pertenece o no a un Estado nacional, y en caso afirmativo bajo qué condiciones,

²⁷⁴ Los entrecomillados provienen de las conclusiones generales del Comité Ejecutivo de la ACNUR sobre la Protección Internacional de los Refugiados, núm. 24, adoptada en el 32o. periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, en 1981; el texto puede consultarse en *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, t. IV: *Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975-2000*, México, CNDH-UIA-UNHCR-ACNUR, 2002, pp. 82 y 83.

es relevante para determinar cuestiones tan básicas como la lengua con la que se estudia y trabaja, el tipo de impuestos que se pagan o los hospitales en que puede una persona atenderse de cáncer o hepatitis.

Para el caso de México, por si fuera poco, la reflexión sobre las fronteras constituye un tema de vida o muerte.

Es de nuevo Vitale quien nos advierte que reflexionar sobre los migrantes significa reflexionar sobre nosotros mismos,²⁷⁵ sobre aquellos de nosotros que son los más débiles, los recién llegados, los que no tienen todos los derechos y deben enfrentar un entorno social, político, económico, laboral, personal y hasta jurídico sumamente adverso. Aunque solamente fuera por este cúmulo de adversidades, los migrantes deberían ser un tema esencial de cualquier teoría de los derechos fundamentales, si entendemos —como lo ha explicado en tantas ocasiones Luigi Ferrajoli— que tales derechos son precisamente las “leyes del más débil”.

3. *Extranjeros*

En los apartados anteriores nos hemos referido a las fronteras y a los migrantes, a quienes se les impide realizar en la práctica su libertad de circulación y la de establecer su domicilio donde lo prefieran. Hay sin embargo una cuestión que, para el caso de México, cobra un interés añadido. Me refiero al trato que se le da a los extranjeros, tanto a los que entran ilegalmente en el país (sobre los cuales ya se han hecho algunas reflexiones) como a aquellos que estando legalmente en territorio mexicano, son sujetos a un régimen legal de carácter marcadamente antigarantista. Aunque ya se han apuntado algunos problemas en los dos apartados anteriores, conviene precisar ciertos aspectos especialmente llamativos sobre el trato que en México se les da a los extranje-

²⁷⁵ Vitale, Ermanno, *Ius...*, *cit.*, nota 238, p. 9.

ros, o mejor dicho, a ciertos extranjeros, porque no se trata igual a los inversionistas ricos, que a las personas que sin recursos de ningún tipo entran ilegalmente por la frontera sur del país. Eso es lo más vergonzoso: el trato hacia los extranjeros no solamente es injusto, sino que además es discriminatorio.

La base para ese trato, por desgracia, tiene rango constitucional. Como se sabe, el artículo 33 de la Constitución mexicana tiene el siguiente texto:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

La parte del artículo 33 que ha dado lugar a intensos debates (y que ha hecho de ese artículo uno de los más conocidos del texto constitucional) es la que establece que el presidente de la República puede hacer abandonar el territorio nacional a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Pero además esta facultad podrá ejercerse de forma “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”.

Aunque el sesgo discriminatorio de este precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá convenga ofrecer algunos elementos de orden histórico para comprender (aunque no justificar) por qué sigue presente en nuestro texto constitucional, y de qué manera viola varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Para empezar, hay que decir que la razón por la que este precepto está en el texto constitucional es de orden claramente his-

tórico.²⁷⁶ Desde los primeros años posteriores a la Independencia, hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía prevaleciente que tenían los nacionales españoles en cuestiones gubernativas y económicas, por lo que se intentó legitimar una vía jurídica con el objeto de expulsarlos del país.

Así, por ejemplo, en los *Elementos constitucionales* de Ignacio López Rayón se disponía que solamente los extranjeros que favorecieran la libertad de independencia serían recibidos “bajo la protección de las leyes”. En otro contexto histórico, marcado también por la aguda crisis nacional que desemboca en la anexión por los Estados Unidos de una parte importante del territorio nacional, se recrudece la idea de facultar al gobierno para que pueda expulsar a los extranjeros. Por esa razón, las Bases Orgánicas de la República mexicana ya facultaban al presidente de la República para “espeler de la República á los estrangeros no naturalizados, perniciosos á ella” (*sic*), de acuerdo con su artículo 87, fracción XXIV; esta regulación, afirma Manuel Becerra, derivaba en lo fundamental de la complicada relación entonces existente entre México y los Estados Unidos, sobre todo a la luz de los “ánimos expansionistas” del vecino del norte.

A fin de cuentas, regulaciones como la de las Bases Orgánicas desembocarían en preceptos como el artículo 33 de la Constitución Federal de 1857, cuyo contenido ya se parece mucho al del texto del artículo 33 de la Constitución vigente. La diferencia principal quizá sea que el artículo 33 de la Constitución de 1857 se refiere a la facultad no del presidente sino del “gobierno”, y que tal facultad consiste en “expeler al extranjero pernicioso”.²⁷⁷

²⁷⁶ Un completo análisis sobre el tema, puede verse en Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en Cienfuegos, David y López Olvera, Miguel A. (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 60 y ss.

²⁷⁷ Actualmente, la única referencia a “extranjeros perniciosos” que subsiste en el texto constitucional, es la que figura en la parte final del artículo 11. So-

Con esos antecedentes, llegamos hasta el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 que presenta Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916-1917.²⁷⁸ En ese proyecto el jefe del Ejército Constitucionalista recoge la esencia del artículo 33 de la Constitución de 1857, pero agrega algunas modificaciones importantes.

Para empezar, la facultad de expulsar a los extranjeros ya no reside en “el gobierno”, sino en el presidente. Además, tal facultad permite al presidente no solamente hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros, sino que tal expulsión será “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”. Finalmente, el proyecto establecía que “las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán recurso alguno”. Esta última y arbitraria prevención estaba destinada a evitar la interposición de juicios de amparo en contra del ejercicio de la facultad presidencial.

En el transcurso de los debates en el Congreso Constituyente de Querétaro, se intentó adicionar el proyecto de Carranza para que la facultad de expulsión del territorio nacional que tenía el presidente no se limitara los extranjeros, sino que pudiera abarcar a clases tan disímolas de personas como:

Los que se dediquen a oficios inmorales (tesoreros, jugadores, negociantes en trata de blancas, enganchadores, etcétera)... los vagos, ebrios consuetudinarios e incapacitados físicamente para el trabajo... los que representen capitales clandestinos del cle-

bra decir que este tipo de expresiones son completamente inadecuadas para un texto constitucional que se quiere moderno. No solamente por su marcada xenofobia, sino sobre todo por el potencial de arbitrariedad que encierran, toda vez que al contener términos vagos y ambiguos se posibilita cualquier tipo de aplicación a supuestos completamente indeterminados. Se trata de cuestiones que deberían desaparecer sin más del texto constitucional.

²⁷⁸ Cuyo texto se puede consultar en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss.

ro... los ministros de cultos religiosos... [y] los estafadores, timadores o caballeros de industria.²⁷⁹

Por fortuna un texto de esta especie no fue aprobado. Quedó aprobado el texto del actual artículo 33, al que no se han hecho reformas desde entonces.

Este brevísimo recorrido histórico nos demuestra que la facultad del Poder Ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá haya tenido una justificación histórica, pero nos debe llevar también a preguntarnos si esas condiciones históricas subsisten o no en la actualidad.

En todo caso, la reflexión del párrafo anterior no puede dejar de tomar en cuenta las obligaciones que tiene el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

En el derecho constitucional comparado existen atribuciones parecidas a las que contiene el artículo 33, con la salvedad de que se suelen precisar con mayor fortuna las causas por las que se puede expulsar a un extranjero. Entre dichas causas pueden mencionarse la de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado en cuestión, la de ofender al Estado, la de amenazarlo, la de cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera.²⁸⁰

Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad (“ofensas”, “amenazas”), constituye sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles aplicaciones arbitrarias de la medida de expulsión por parte del Poder Ejecutivo. El objetivo en este punto debería ser, como lo señala Manuel Becerra, alcanzar la mayor claridad en la determinación de las causas de expulsión, teniendo presente que no es lo mismo la expulsión que la deportación y la extradición. Cada una de esas facultades del Estado deben aplicarse en distintos supuestos. Por

279 Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 276, p. 65.

280 *Ibidem*, p. 69.

ejemplo, mientras que jamás se podría “expulsar” o “deportar” a un mexicano, sí se le podría extraditar.²⁸¹

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional, y a veces en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

A la luz de lo señalado es que se impone una reflexión acerca de la necesidad de reformar el artículo 33, con el fin de hacerlo acorde con el derecho internacional de los derechos humanos, en concreto con los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.²⁸²

Respecto de la última parte del artículo 33 constitucional, conviene tener presente que se debe hacer una interpretación estricta y limitativa de lo que se entiende por “asuntos políticos del país”. Dichos asuntos deben ser entendidos, en sentido estricto, como los directamente relacionados con la materia electoral, porque de otra manera el mandato constitucional supondría una limitación indeterminada y sumamente amplia para los no nacionales. La autoridad administrativa tendría un margen amplísimo de acción, si por asuntos políticos entendemos todos aquellos que tengan que ver con actividades públicas (así, por ejemplo, sería inadecuado interpretar la disposición constitucional como la imposibilidad de los extranjeros para actuar en materia de política económica, de política social, de política de desarrollo, de

²⁸¹ Manuel Becerra nos indica que “la expulsión debe proceder en el caso de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado, pero no en el caso de la residencia en el país sin autorización, en donde generalmente procede la deportación”. *Ibidem*, p. 69.

²⁸² Una propuesta concreta de reforma se puede ver en Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad...*, *cit.*, nota 4, cap. II.

política municipal, de política demográfica, de política ambiental, etcétera). Toda vez que se trata de una norma restrictiva de derechos fundamentales, debe ser interpretada en forma estricta, como toda norma de excepción (ya que la regla general es la igualdad en la titularidad y disfrute de los derechos fundamentales).

Ahora bien, los problemas del maltrato a los extranjeros comienzan con la Constitución, pero desgraciadamente no terminan en ella. Son mucho peores las prácticas administrativas, completamente ilegales, que día tras día violan los más elementales derechos y libertades de los extranjeros que están en territorio nacional. Ya se han citado, en los apartados anteriores, algunos documentos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que se refieren a algunas de estas prácticas. Quisiera ahora simplemente recordar uno de los miles de casos que se podrían citar de violaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros, mismo que fue objeto de una recomendación de la CNDH a finales de 2007.²⁸³

En la estación migratoria de Saltillo, miembros de la Secretaría de Salud del estado de Coahuila obligaron a varios migrantes guatemaltecos a introducirse un hisopo rectal de más de 20 centímetros, a fin de verificar que no fueran portadores del virus del cólera.

Lo hicieron violando completamente su derecho a la intimidad, su dignidad humana y su integridad corporal. La aplicación de la medida se hizo en público, puesto que cada migrante estaba tapado apenas con la “privacidad” de una cortinilla, mientras una enfermera y un doctor supervisaban el hecho, y en la misma habitación aguardaban otros cuatro o cinco migrantes. ¿Qué pasaría si esa misma prueba se les aplicara a los mexicanos que llegan a los aeropuertos de los Estados Unidos o a quienes cruzan la garita fronteriza de Tijuana?, ¿qué sentiríamos cada uno de nosotros

²⁸³ Se trata de la recomendación 63/2007 emitida el 11 de diciembre de 2007, consultable en www.cndh.org.mx.

al vernos enfrentados a una práctica tan obscena (no encuentro otra palabra mejor) como desproporcionada?

El tema ya sería trágico, si fuera simplemente anecdótico. Sucede sin embargo que es mucho peor, dado que de acuerdo a lo que caso tras caso ha podido documentar la CNDH no se trata de una desgracia aislada. Tal parece, más bien, que existe una política del Estado mexicano destinada, de forma expresa, a mantener un trato hacia los migrantes que propicia, fomenta y ampara las violaciones de derechos humanos de quienes llegan a México sin documentos legales. Se ha acreditado hasta el cansancio el pésimo estado de las estaciones migratorias, la impunidad de los vigilantes de trenes que asaltan y lesionan un día sí y otro también, el funcionamiento ilegal de elementos de seguridad privada en recintos oficiales a cargo del Estado mexicano, la extorsión de las policías municipales, estatales y federales a los migrantes, el abuso sexual de servidores públicos a las mujeres migrantes y un largo etcétera que nos debería llenar de vergüenza como país y como ciudadanos.