

MIGRACIÓN Y POBREZA: SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CRIMINALIDAD

MIGRATION AND POVERTY: ON THE CONSTRUCTION OF CRIME

Javier Espinoza de los Monteros Sánchez*

1 Introducción. 2 Universalidad de los derechos y estado nación. 3 Seguridad y pobreza. 4 La frontera México-Estados Unidos. 5 A manera de conclusión. Referencias.

RESUMEN

La presente contribución analiza la relación de la pobreza y la migración económica, la cual ha sido interpretada generalmente como factor de criminalidad en los países receptores. En específico se estudia la vicisitud de la migración de los mexicanos indocumentados a los Estados Unidos de Norteamérica, su marginación, su exclusión. Principalmente a través de los recursos cognitivos de la teoría de los sistemas sociales, se pretende evidenciar cómo la política y el derecho -norteamericano- construyen al criminal y a su vez producen una vulnerabilidad (institucionalizada) para el migrante. De manera más específica, se analiza cómo, con base en el principio de la "seguridad", el derecho y la política moderna han producido una violencia extrema respecto a la alteridad, esto es, respecto al migrante económico y de color, siendo objeto de persecución y represión por parte de la autoridad norteamericana. En todo caso, se pone de manifiesto la forma en que opera la modernidad, en su dimensión político-jurídica, la cual produce la "inclusión" (universal) de todos los sujetos a través de la libertad y la seguridad y la simultánea exclusión, ya que lo que realmente sea la libertad y la seguridad (sus espacios, sus límites y contenidos) viene determinado en el interior del derecho y la política de los Estados modernos.

Palabras clave: migración; pobreza; seguridad; criminal; Estado nacional soberano.

ABSTRACT

The present contribution analyses the relationship between poverty and economic migration, which has generally been interpreted as a crime factor in the receiving countries. In particular, it studies the vicissitude of the migration of undocumented Mexicans to the

* Coordinador del Centro para el Desarrollo Jurídico de la Facultad de derecho de la Universidad Anáhuac México (campus norte). Doctor en Forme dell'evoluzione del diritto por la Universidad del Salento, Italia. Universidad Anáhuac México. E-mail: <javier.espinozade@anahuac.mx>. <http://orcid.org/0000-0002-7617-4109>



United States of America, their marginalization, their exclusion. Mainly through the cognitive resources of the theory of social systems, it is intended to show how politics and law -American- build the criminal and in turn produce a (institutionalized) vulnerability for the migrant. More specifically, it analyzes how, based on the principle of "security", the law and modern politics have produced extreme violence with respect to otherness, that is, with respect to the economic and colored migrant, The United States has been persecuted and repressed. In any case, it reveals the way in which modernity operates, in its political-legal dimension, which produces the "inclusion" (universal) of all subjects through freedom and security and the simultaneous exclusion, since what is really freedom and security (its spaces, its limits and contents) is determined within the law and the politics of modern States.

Keywords: migration; poverty; security; criminal; Sovereign national state.

1 INTRODUCCIÓN

La dinámica de la globalización ha permitido el libre tránsito de mercancías, de bienes, de servicios, de dinero y de información, es decir, hay un flujo constante en el ámbito financiero, económico y tecnológico. Pero esto no ha acontecido en lo que respecta al libre tránsito de las personas. La movilidad universal de las personas se encuentra con fronteras, con límites: con el derecho y la política de los Estados nacionales que opera selectivamente.

Nosotros vivimos una era de desfronterización y de fronterización que opera de manera simultánea. En efecto, paralelamente las fronteras se han desvanecido para el libre tráfico de las mercancías, del flujo financiero, pero también se han establecido férreos y rígidos controles para el tránsito de la población.

La globalización ha sido económica, mas no jurídica. La universalidad de los derechos no se ha hecho una realidad, no se ha materializado en sus pretensiones de universalidad.

A diferencia de otros ordenes sociales pre-modernos (antiguo y medieval), en esta sociedad, la moderna, tenemos al hombre universal: al hombre *libre e igual*. La *libre movilidad* y, en ese sentido, la migración de personas *se fundamenta en una expectativa de derecho universal que posee intrínsecamente*. Una exigencia que tiene la pretensión de ser válida en cualquier lugar y en cualquier temporalidad.

Entonces ¿por qué la migración de personas, de un Estado-nación a otro, resulta un problema en ciertos sectores sociales, de particulares ámbitos de la población? O, mejor dicho: ¿Por qué unas personas sí pueden acceder y otras no, son restringidas, detenidas, excluidas, rechazadas? En un ámbito más específico: ¿Si los derechos son *justicia*, y esto quiere decir seriamente, si son una *verdad universal invariable y vinculante*, por qué los

migrantes mexicanos, *principalmente con escasos recursos o carentes de empleo*, que pretenden buscar mejores condiciones de vida mediante su trabajo, en los Estados Unidos, son cooptados y tratados como irregulares, como clandestinos, y también como delincuentes? ¿Cuál podría ser la justificación –un argumento de mayor peso para que la libertad que se desprende de la dignidad moderna ceda– para poder practicar legítimamente una exclusión por parte de los gobiernos? Y es que los fundamentos, como es sabido, tienen la función de invalidar el derecho (positivo –esto es, la normatividad, las prácticas jurídicas, el actuar de los gobernantes), en otras palabras, éstos cumplen una función de deslegitimación y nulificación del actuar que contraría a los mismos. Esto significaría que si la libertad que prescriben los derechos, los nuevos fundamentos del derecho moderno, es limitada por una práctica gubernamental tendría primacía el derecho superior, en el sentido de justicia universal.

Ahora bien, tenemos otra realidad. Los migrantes, portadores de sus derechos, son vistos como una especie de amenaza a contener. Para los gobiernos, o bien, para la apenas pasada administración del gobierno estadounidense (aquella de Trump), y esto se ha dicho públicamente, los migrantes son criminales, no aportan nada al país, se han aprovechado de él, generan inseguridad y despojan de las oportunidades de vida y prestaciones a los ciudadanos norteamericanos. Durante esta pandemia, ellos seguían generando inseguridad, ahora no solamente eran criminales sino también los portadores del virus. Aquí, en todo caso, la justificación reivindicada es el derecho a la seguridad, otro de los fundamentos del derecho moderno, por tanto, otro valor, de igual valía, al de la libertad, también descrito éste como intrínseco, no susceptible de despojo.

Me parece que el tratamiento de la llamada migración irregular tiene un trasfondo todavía más complejo, que exige un análisis concienzudo, más aquilatado. Por un lado, el gobierno norteamericano los acusa, los reprime, o simplemente no los acepta, e intervienen férreos controles fronterizos; por otro lado, los tolera, o más bien los tiene que tolerar – como una especie de mal necesario- porque son susceptibles de explotación y constituyen un elemento que favorece y aporta a la economía norteamericana: cuestan poco, dan beneficios, son prescindibles y sustituibles con facilidad, pueden ser explotados sin presentar un riesgo legal en virtud de su estancia ilegal. Ciertamente, se observa un doble discurso, una doble moral. En el discurso público es una constante el repudio, la hostilidad, y la correspondiente organización de guardias fronterizos armados, vigilantes, que garanticen que no sean transgredidos los límites territoriales. Mas, en el interior del país se tolera, se hace finta de no ver, encontramos a amplios sectores de población incorporados en el mercado laboral; hay demanda de estos empleos, por tanto, porque hay oferta laboral.

De este modo, cabe legítimamente cuestionarse: ¿Cómo ha sido posible todo esto? ¿Por qué acontece y sigue aconteciendo? ¿En qué consisten estos fundamentos?

Mi objetivo es demostrar que los derechos fueron, en su primigenia, los que produjeron el Estado nacional soberano, lo justificaron, configuraron aquella entidad que controla la producción normativa y la toma de las decisiones políticas. De ahí los derechos han quedado supeditados a este ámbito, es decir, a la potestad decisional del Estado. Los límites y, por tanto, su contenido -lo que realmente son-, viene producido por el derecho del Estado, primero por el legislador y luego se añaden los jueces.

En el interior del sistema del derecho, se producen los fundamentos, lo que se usa como fundamentos. En este sentido puede ser la libertad o bien la seguridad. Los dos son fundamentos.

También pretendo reflexionar sobre la supuesta invalidación que, como derecho natural externo, cumplen de los derechos respecto al sistema del derecho. Ellos no fungen, como un derecho superior colocado por encima o más allá del derecho del Estado, realizan, pues, una función de deslegitimación de lo que sea derecho y no derecho.

El derecho de los Estados recurriendo a los fundamentos de los derechos construyen, en todo caso, los fundamentos, el derecho superior. Y, en este sentido, en algunas ocasiones ha primado la libertad -cuando lo ha requerido la economía- dejando pasar, transitar por las fronteras a un amplio sector social -con la finalidad de que se incorporen al mercado laboral-, y en otras ocasiones se ha dado primacía al fundamento de seguridad, con la consecuencia de condicionar y contener el libre tránsito de las personas que intentan buscar mejorar sus condiciones materiales de vida y de las de sus familias -pero tolerando en la ilegalidad a estas personas porque así conviene a la economía que los necesita sin derechos para poder explotarlos y beneficiarse de ellos. Dependiendo el fundamento que se privilegie, que se quiera hacer primar se configuran modelos de Estado, funciones específicas que realicen los estados. Si se opta por la seguridad, el Estado tiene que reprimir, en el caso de la migración debe contener las amenazas que representan los mexicanos (el mismo criterio vale para los centroamericanos, migrantes irregulares), se convierte en un Estado punitivo, en un Estado de la seguridad que tiene que intervenir en defensa de la sociedad, de sus bienes. En cambio, si se inclina por la libertad, el Estado debe extender su tutela y comprometerse con la satisfacción y necesidades de los grupos o sectores que acoge, y así se configura en un Estado interventor.

De un lado se garantiza, del otro lado también se garantiza. Para decirlo con otras palabras, el garantismo ha resultado flexible e ideológico. Esto hace depender de las preferencias de los tomadores de decisiones. De las decisiones en el derecho y de las decisiones en la política. ¿Es posible tener certeza respecto de este tipo de fundamentos que

un día operan y otro no, y que su primacía depende de las determinaciones del derecho y la política?

La libertad, de tránsito, ha quedado supeditada a la lógica de la economía y a la lógica de la política y del derecho del Estado nacional.

Todo esto ha sido posible bajo el recurso y el lenguaje de los mismos derechos humanos; en nombre de la humanidad.

Interesa observar sociológicamente la función de los fundamentos, la selectividad de los particulares sistemas sociales modernos. La selectividad del derecho y la selectividad de la política. Esta selectividad, naturalmente, nos tiene atados de manos, esperando la determinación de sentido de quien tiene poder de definición, potestas de introducir derecho válido.

2 UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS Y ESTADO NACIÓN

Los derechos naturales del hombre fueron proclamados en su universalidad. *Todos* los hombres eran considerados *libres e iguales* por naturaleza.

Esta concepción de los sujetos era un requerimiento para la configuración de los Estados soberanos nacionales modernos. En otras palabras, la noción del sujeto de derechos hacía posible la materialización de éstos.

En efecto, y como es sabido, la Europa del siglo XVI había experimentado las guerras de religión y como consecuencia de ello se había desquebrajado la *autoridad papal* que producía la unidad de la vieja Europa.

Asimismo, pervivía la multiplicidad de autoridades, la multiplicidad de jurisdicciones, la pluralidad de normaciones diseminadas en los distintos señoríos territoriales que se ordenaban a través de los diversos *pactos medievales*, las llamadas *lex fundamentalis*: expresión de la tradición y la costumbre. Era el orden de las corporaciones, de las jerarquías, que adscribía derechos a los sujetos, no en lo individual, sino en cuanto a su pertenencia a la esfera corporativa.¹

Toda esta fragmentación y distribución tanto de la potestad normativa y de la decisión política *obstaculizaba la concentración de aquellas dimensiones en una sola entidad*. En otras palabras, en aquella:

[...] realidad rigurosamente unitaria, donde unidad significa, a nivel material, la efectividad de poder sobre un territorio garantizada por un aparato centripeto de organización y coacción, y a nivel psicológico, una voluntad totalitaria tendente a absorber y a apropiarse de cualquier manifestación, al menos intersubjetiva, que

¹ Véase, entre otros, Clavero (1997, p. 182).

se verifique en dicho territorio. Un macro-cosmos unitario que se va configurando como una estructura global, provista de voluntad omnicompreensiva. El Estado, es decir, un sujeto político fuerte, la encarnación histórica de un poder político perfectamente acabado (GROSSI, 1997, p. 169).

Los teóricos del *derecho natural racionalista* de los siglos XVII y XVIII, comenzaron a desarrollar teorías que *justificaran un soberano fuerte: el Estado*. En efecto: “Los derechos naturales surgieron en el pensamiento de los filósofos con el fin de dictar las condiciones de existencia y legitimidad de la sociedad política” (VIOLA, 2013, p. 169). Para romper con el orden medieval recurrieron a la estrategia de los derechos naturales. El método de trabajo: *la ficción del estado de naturaleza salvaje*.

Solamente en el estado de naturaleza salvaje los hombres eran titulares de derechos naturales, en su intrínseca individualidad y naturaleza. De este modo, pudieron aislar a los sujetos de las pertenencias corporativas, sustraerlos de la comunidad. Porque, como se sabe, los sujetos ya no serán más titulares de derecho en cuanto a su adscripción comunitaria sino en cuanto a su naturaleza, de forma individual. Como observa un distinguido iushistoriador:

El iusnaturalismo rompe así con la tradición medieval en el momento en que atribuye a los sujetos como tales (a los hombres iguales y libres en el <<Estado de naturaleza>>) derechos fundados sobre su misma naturaleza. Sin embargo, la novedad del iusnaturalismo del siglo XVII no debe hacernos olvidar una característica de su estilo argumentativo: la libertad, la igualdad, los derechos están referidos al ser humano en el <<estado de naturaleza>>, a un individuo del que se describe su general <<esencia>> humana abstrayéndolo de las complicaciones de la concreta fenomenología político-jurídica (COSTA, 2004, p. 48).

Pero como los hombres no podían ejercer sus derechos de formas *absoluta*, de manera *ilimitada*, era necesario pactar para establecer una autoridad política que limitara y velara por la protección de los derechos. Un soberano fuerte: que en realidad dirá lo que los derechos serán. Que monopolizará la producción normativa y la dimensión política. Ya no se podían sostener más los derechos naturales, en su carácter absoluto, como propio y verdadero derecho natural, como justicia propia de la naturaleza, intrínseca y no cambiante.

Todos estos teóricos del derecho natural racionalista eran, precisamente, contractualistas. Justificaban, legitimaban la existencia del Estado. El Estado tendría que velar por la paz, por la seguridad, por la vida, por la libertad, etc.

Así tenemos una *teoría de los derechos sin derechos*. Los derechos perderán su esmalte ius-naturalista (GOZZI, 2010, p. 712 y ss). Y, en todo caso, pasarán a ser exigencias que derivarían de la potestad soberana. Naturalmente se trata de un proceso lento, que a través

del pensamiento filosófico de la modernidad logrará pulverizar los *fundamentos del orden medieval*. La autoridad teológica y la tradición. Como observa nuevamente Costa:

Sabemos todos que el proceso de construcción de un centro efectivamente 'soberano' es lento y farragoso, se tropieza con resistencias locales, fuerzas centrifugas, poderes y derechos de cuerpos, ciudades, clases que (en Francia) sólo el Estado post-revolucionario logrará debelar (y no es aquí el caso de preguntarse si por riesgo los 'particularismos' de los cuerpos y de las ciudades no renazcan como ave fénix de las cenizas del antiguo régimen) (COSTA, 2018, p. 36).

Ya institucionalizados los derechos, ya inaugurado el nuevo orden jurídico-político, ellos serán realizados por la fuerza de la nación soberana. Una fuerza que se imponía mediante la *ley*, supuesta como auténtica expresión de la voluntad soberana de la nación. Si bien se producirán tensiones entre la idea de un derecho natural superior y la soberanía, las cuales pueden observarse en la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esta declaración será contundente en cuanto a que el fundamento del orden social la constituirá la soberanía y mediante ésta los derechos tendrán su derivación y su tutela. Naturalmente la fuerza soberana se desplegará a través del legislador.

Más tarde, a finales del siglo XX, serán realizados a través de un nivel de legalidad superior, esto es, mediante las constituciones, pero ellas también son, ciertamente, la ley – fundamental– del Estado soberano. Los derechos serán reivindicados como un límite, como un fundamento, como una certeza, como intocabilidad. El fundamento constituirá un *no más*.²

La validez de los derechos, como derecho exigible, como derecho vinculante, tendrá como terreno aplicativo el ámbito del Estado y tendrán como titular por antonomasia a los nacionales. Incluso su aceptación a la vinculación del derecho externo, siempre se realiza por virtud de los mecanismos normativos del Estado nacional, esto es: a través de los dispositivos constitucionales de incorporación del derecho externo al interno. No es a la inversa: la decisión de los organismos internacionales de someter a los Estados, de imponerles su normatividad. Cuando el Estado no se quiere sujetar lo hace también reivindicando su potestad soberana, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica en relación al sistema interamericano de derechos humanos. Y los Estados, en su interior, regulan la medida de su sometimiento al derecho externo, sus alcances, sus límites.

Ahora bien, a todo estado le correspondía una Nación. Todo estado albergaba una nación y toda nación coincidía con la esfera estatal, con los confines del Estado. Era una especie de ecuación de reciprocidad, como ha observado Kymlicka (2001, p. 40). Los

² Cfr. Ferrajoli (2017).

estados modernos presentaban, originariamente, la imagen de la homogeneidad cultural, en su territorio albergaban una población homogénea: cultural, lingüísticamente, etc.

Estas eran, en todo caso, para utilizar la expresión del historiador Benedict Anderson: *comunidades imaginadas*: eran el resultado de procesos de homologación forzosa.³ La naciones demolían e imponían una identidad y una normatividad. Esto era necesario para cohesionar y unificar.

Alrededor de los derechos fundamentales de los Estados constitucionales, que ya no pertenecen a la vieja tradición del derecho natural, se configuraba en la comunidad internacional otra idea de los derechos con pretensiones de universalidad, la cual no ha alcanzado, en cuanto a su consenso, a todo el mundo, y tampoco ha configurado un derecho, *per se*, exigible y vinculante para los Estados, dotado de una fuerza de validez e imposición. Sin embargo: “El moderno régimen de los derechos humanos se basa en el principio de que los derechos humanos trascienden la ciudadanía nacional.” (GZESH, 2008, p. 99).

Se trata de un gran mosaico de teorías de los derechos, de la consideración del derecho justo. En torno a los derechos se ha producido una multiplicidad de teorías no necesariamente homogéneas. Como se ha indicado un iusfilósofo:

También para los derechos humanos vale lo que Richard Tuck observa para los derechos naturales: se trata de un concepto que depende de una teoría (theorydependent).⁴ Esto significa que forman parte de una constelación de conceptos no solo de carácter ético-jurídico (como los deberes, las obligaciones, las leyes), sino también político y antropológico. Obviamente, las diversas teorías difieren entre sí no solo en el modo de entender estos conceptos fundamentales sino también, en la manera de establecer las relaciones entre ellos. A menudo es necesario mirar a las relaciones entre los conceptos básicos para distinguir una teoría de los derechos de otra (VIOLA, 2013, p. 163).

3 SEGURIDAD Y POBREZA

O bien, seguridad y libertad. La pobreza, la movilidad de la población de sectores sociales económicamente precarios o con escasos recursos, es aquella que viene contenida, limitada. Es aquella que reivindica su inclusión, que exige su libertad en su universalidad. Las clases sociales con un ingreso o nivel económico estable o alto difícilmente encuentran este problema. Se ha configurado entonces, lo que el sociólogo, Zygmunt Bauman, ha llamado *la jerarquía global de la movilidad*. Es decir, una porción de la población que tiene el

³ Es *imaginada* porque aun los miembros de la nación más pequeña no conocerán jamás a la mayoría de sus compatriotas, no los verán ni oirán siquiera hablar de ellos, pero en la mente de cada uno vive la imagen de su comunión (ANDERSON, 1993, p. 23).

privilegio de transitar libremente. Inclusión y exclusión en relación con el estatus económico, pero también, en ocasiones, en relación con la raza y la religión. “Los Estados modernos -indica Castle- no tratan igual a todos los migrantes, sino que, en cambio, seleccionan y diferencian según sus intereses nacionales percibidos.” (CASTLES, 2010, p. 54).

El derecho moderno no puede aceptar ya las viejas diferencias, las viejas estratificaciones fundadas en las jerarquías de naturaleza. Ya no acepta las viejas ideas de naturaleza, pero incorpora otras fundadas en la nueva idea de naturaleza. A través del principio de igualdad e igual libertad habría desterrado aquellas diferencias que se consideraban naturales. Pero acepta otras diferencias, y otras exclusiones fundadas en el mismo derecho, en su racionalidad, en el pensamiento occidental: en los derechos. En el nombre de los derechos, en la tutela de los mismos. En el nombre de los fundamentos. Los derechos ya no serán un fundamento absoluto, en el sentido de que garantice invariabilidad. En este sentido, sea cual sea el derecho que se realice siempre operan los fundamentos: este es el recurso del derecho moderno, utilizar los derechos para producir la exclusión, otras formas de exclusión fundadas en la nueva idea de la naturaleza. Son éstos los mecanismos de legitimación de este derecho, las estrategias de la modernidad. Podemos expresarlo en los siguientes términos nuestros cuestionamientos: todos, en tanto *iguales*, tenemos derecho a la *libertad*, pero también todos en cuanto iguales, tenemos derecho a la *seguridad*.

Así, con los derechos humanos se puede todo, describen un amplísimo espacio del actuar, un amplísimo espacio de posibilidades para los sujetos; sí, pero solamente en abstracto se es titular de todos los derechos y de la libertad de actuar que ello implica.

Todos ellos son fundamentales, tienen la misma jerarquía. Al poner un límite o restricción se desmiente la jerarquía del mismo plano (de la igualdad jerárquica, y así ellos operan como derechos que son fundamentales y a la vez no lo son.

Ésta es, en otras palabras, la historia de la inclusión, del acceso universal de los sujetos a la política, a la economía, al derecho. Una inclusión que no define sus límites objetivos, es decir, de quiénes son los incluidos. Lo cual dará lugar a la lucha del reconocimiento de la pluralidad de expectativas que, en realidad, corresponderá al ordenamiento jurídico reconocer, juridificar. En otras palabras: incluir en el catálogo de derechos, pero en otras ocasiones las negará. Constituirán no-derecho.

Los límites y los incluidos se van configurando en relación a la jurificación, del reconocimiento del derecho del Estado. Los grupos sociales solamente se fundamentan en sus expectativas abstractas. Dice un doctrinario crítico:

Desde las revoluciones burguesas, un grupo tras otro ha definido su lucha por la inclusión en el orden social, económico y político como una demanda racional por el disfrute de los mismos derechos de libertad e igualdad que pertenecen a un ciudadano postuladamente “normal” y “abstracto” en una democracia burguesa. Una parte importante de la lucha entre liberales y conservadores dentro de estas sociedades ha girado en torno a la cuestión acerca de qué tan lejos llegar en la incorporación de aquellos que no fueron incluidos en la formulación liberal inicial de los Derechos del Hombre, dentro del hombre que las revoluciones establecieron para unos poco elegidos (KENNEDY, 2006, p. 80-81).

Ahora bien, esto no es algo nuevo. La pobreza, los grupos de menesterosos, han sido vistos como una especie de amenaza, han sido representados como una clase peligrosa.

En el medievo, los grupos de mendigos, de menesterosos, de pobres, vivían en la periferia. El soberano medieval, que se legitimaba porque tenía que ofrecer *pax* y *iustitia* a su reino, tenía que controlar las potenciales amenazas.⁴ Se tenía que contener la exterioridad que se introducía en el interior en la búsqueda de su supervivencia, de satisfacer sus necesidades vitales. La autoridad medieval intervenía satisfaciendo los mínimos vitales, pero no era un *derecho subjetivo*, era una de las formas de preservar la seguridad del reino. No se buscaba erradicar la pobreza. Los pobres no contaban con sus derechos naturales y entonces ahora: ¿Por qué la pobreza sigue criminalizándose?

Kant decía que el hombre era *señor de sí*, esto es, dueño de sí mismo. Los sujetos se autoposeían y se autodeterminaban porque eran *libres e iguales*: entiéndase dignos.

¿Qué significa esto? ¿Hay contenidos universales en los derechos, prescriben pautas del actuar? Ciertamente, una filosofía material del derecho⁵ o, más específicamente, una filosofía material de los derechos se preguntaría por lo siguiente: ¿cómo nos conducimos en base a los derechos? En otras palabras: ¿qué nos dicen los principios, los derechos, los valores que pregonan?

Los derechos o los principios son tan generales y abstractos que no dicen nada. Decía el ius-naturalista Michel Villey: son fórmulas vagas, sin un contenido preciso.⁶ Su contenido, la prescripción del actuar debe ser construido, determinado, especificado. Dicho de otra manera, son universales en la forma, pero contingentes en sus contenidos. Sus contenidos son cambiantes: siempre está presente la posibilidad de lo diverso. Lo que no es, pero puede ser de otra manera constituye una *magnitud de sentido* para el derecho, para utilizar la expresión de Luhmann, es decir, lo que se excluye como posibilidad para el derecho siempre queda disponible, en el futuro, como tema de validez para el derecho. La

⁴ Cfr. Costa (2013).

⁵ Cfr. Kaufmann (1986, p. 13 y ss.).

⁶ Villey (2009). Hay traducción española: VILLEY, Michel. *El derecho y los derechos del hombre*. Madrid, Editorial: Marcial Pons, 2019.

validez del derecho carece, ciertamente de legitimidad. Depende de un acto decisional del derecho. Esto quiere decir que lo que es válido pudo no ser válido y lo que no es válido en un futuro puede serlo. Validez es pues un símbolo que utiliza el derecho para fijar derecho, para establecer en la temporalidad del sistema lo que puede ser diverso de como es.

Solamente así se puede entender la restricción de la movilidad, por qué ha sido plausible, por qué se ha institucionalizado, por qué no ha operado el fundamento y por qué otro sí.

Decía: Si los derechos humanos son fácticamente universales, entonces no tendría sentido hablar de *migración irregular*⁷, porque, efectivamente: “El principio central del sistema es que los derechos humanos son universales, indivisibles, inalienables y transportables.” (GZESH, 2008, p. 99).

Pero precisamente hay migración irregular porque hay derechos humanos universales que tutelar: el derecho a la *seguridad*. En efecto: La restricción es posible porque viene fundamentada en derechos humanos. Dice un sector de los *critical legal studies*:

Cuando el orador se mantiene en el ámbito no adulterado del discurso de los derechos, el problema es que la afirmación es una petición de principio. El orador parece no advertir que existe un contra derecho que puede ser reivindicado en el mismo tono de voz y que neutraliza al primer derecho. Es posible que yo esté omitiendo (KENNEDY, 2006, p. 79).

Este derecho de la modernidad utiliza como estrategia los fundamentos, los fundamentos de los derechos humanos para esconder su ausencia de legitimación, su ausencia de estabilidad, su ausencia de certeza. Los viejos órdenes del derecho natural, en cambio, aseguraban estabilidad, certeza, eran fundamentos estables. Eran, pues, derecho natural. Los derechos humanos en su proceso de creación hicieron una ruptura con la guía, con la orientación que ofrecían los fundamentos. Ellos, sin embargo, ciertamente eran fundamentos artificiales, productos de su tiempo. Como hemos dicho, en el apartado anterior, los derechos habían roto la autoridad de la tradición y teológica. Se emancipaban del *deber ser*, de la referencia estable, y de este modo, fundaban un deber ser artificial, contingente, cambiante, en realidad no es propiamente un deber ser.

Los nuevos fundamentos ofrecían *libertad* e *igualdad*, pero no decían en qué sentido. Nuevas referencias del actuar desprovistas de sentido. Con este horizonte cognitivo, el espacio del actuar aparece demasiado amplio, de grandes dimensiones. En todo caso las exigencias están privadas de fundamento en tanto no venga determinado, concretizado el mismo.

⁷ Cfr. Castles (2010, p. 52).

Como diría mi querido maestro: “Los derechos fundamentales [como derecho superior frente al positivo]... tendrían la función de dotar garantías universales, certezas del respeto de la humanidad de los hombres que se expresaría en las formas de la igualdad, de la dignidad, de la libertad de pensamiento y de acción.” (DE GIORGI, 2016, p. 15).

Sin embargo: “Se trata de descripciones simplificadas de la realidad del derecho, de la realidad de la sociedad y del modo en el cual, en el horizonte del derecho, se produce, se orienta, se conecta el actuar social de los individuos.” (DE GIORGI, 2016, p. 15).

En efecto: ¿Un fundamento así, variable, puede fungir como parámetro de modulación del derecho positivo? En realidad, dentro del mismo fundamento genérico derechos, tenemos bloques de fundamentos susceptibles de elección que pueden constituir derecho válido. En otras palabras, el fundamento *libertad* puede invalidar o no las restricciones que haga el derecho o la política estatalista. Depende de una optabilidad de fundamentos.

¿Cómo es posible tomarse, de este modo, en serio los derechos? ¿Cómo pueden cumplir su función de deslegitimación y de invalidación del derecho positivo, de imposición de restricciones, estas *máximas intocabilidades* que llamamos derechos?⁸ Porque, ciertamente, nadie puede despojarnos de lo intrínseco. Solamente que, si los migrantes se toman en serio, como lo han hecho, su libertad y su seguridad, ellos se han vuelto en criminales, irregulares -como más refinadamente se les designa-, en objeto de persecuciones, de detenciones, de mal trato, de abusos tanto por la autoridad pública como de particulares que aprovechan esta condición. Cuando lo único que se ha hecho es exigir y ejercer la libertad, en su universalidad, esto es, *Taking Rights Seriously* como indica el título del libro de un conocido autor.⁹ Ellos se vuelven objeto de explotación, de detenciones, de redadas, de exclusión, de discriminación. Ellos actúan como *héroes trágicos*; haciendo prevalecer su sentido de justicia se enfrentan con la fuerza implacable del Estado. La Justicia y el drama humanitario. La justicia que se ve limitada delante de las fortalezas que constituyen las fronteras, que separan, que expresan el rechazo, el repudio. Que expresan la artificialidad del poder soberano de los límites territoriales. También tomándose en serio los derechos se construyen las leyes anti-migración.

Ciertamente no lo invalidan, no condicionan este poder, porque se puede recurrir siempre al otro fundamento, a la seguridad, también ella intrínseca. Los derechos operan como universales para justificar la preferencia del valor, para sustraerla a la vista. La decisión adoptada se tomará en referencia a la protección universal del derecho. Humanidad, naturaleza, aparecen ancladas a la optabilidad del valor, a la preferibilidad del

⁸ Cfr. Luhmann (2010).

⁹ Cfr. Dworkin (2012).

valor. Esto, me parece, recuerda a aquella expresión de Rudolf Wietholther: “las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica” (WIETHOLTER, 1991) que soportan las determinaciones adoptadas en el derecho. Basta invocarlas. Pero, qué es lo que la protección de los derechos naturales exige dadas las circunstancias, como se ha cuestionado Duncan Kennedy contemporáneamente. Hay aspiraciones de un programa de reforma legal fundado en la libertad, esto es, a la juridificación de las expectativas, a su reconocimiento y, luego una vez coronadas normativamente, sus mecanismos de restitución. Pero ello una vez incorporadas en el derecho. Antes no se pueden reclamar normativamente.

Los derechos no son el orden del mundo, no ofrecen certeza. Como dicen los teóricos de los derechos humanos, *todo depende del enfoque*: se puede pregonar por un paradigma del control de la migración o bien optar por un paradigma de la regulación. En teoría de los sistemas sociales nos preguntaríamos *quién es el observador*, quién dice *cuál es el valor que tiene que prevalecer*. En la determinación del valor naturalmente está el juicio de valor, la subjetividad (WELZEL, 1964, p. 229) y con ello la incertidumbre, la falta de estabilidad, la ausencia del fundamento.

Solamente así pudo justificarse la exclusión, el prevalecimiento del derecho a la seguridad, pero así venía desmentida la igualdad de los sujetos, o bien la libertad, en todo caso la igualdad libertad de transitar. Venía desmentida la libertad universal de los sujetos, solo permanecía como universal en abstracto. Otra vez: libres e iguales.

En efecto, si se privilegia la libertad, la seguridad de los migrantes, y se dice que su contenido prescribe que los requisitos para el ingreso sean menos severos entonces se flexibilizan. Cuando a la economía y la política no le conviene entonces el control vuelve a tomar su carácter de rigidez, se endurecen.

Pero todo esto ha sido posible en relación a las exigencias de la economía. La realización de los derechos desde la óptica de la libertad de la movilidad o de la seguridad respondían a la lógica a las necesidades del mercado. Para las clases económicamente alta o media-alta este requisito, generalmente, es simple trámite. Son los turistas, empresarios o trabajadores calificados.

En Europa cuando había un auge y estabilidad de la economía, el capitalismo requería la mano de obra barata que provenía del exterior de los estados-nacionales, para realizar los trabajos más duros y peligrosos. En tal caso, se regulaba la libertad de tránsito con amplitud. Luego, cuando sobrevino la crisis económica en el ámbito industrial, en la segunda mitad del siglo XX, se puso un alto.¹⁰

¹⁰ Cfr. De Giorgi (2012).

Esto muestra que se puede pasar: de un Estado social a un Estado punitivo y oscilar de un Estado punitivo a un Estado social. Paradójicamente siempre se realizarán los derechos: ya sean liberales o sociales, dependiendo la prioridad que se pretenda establecer.

En un Estado de seguridad, en un Estado punitivo, la pobreza amenaza

Como decía: Rusche (1978 apud DE GIORGI, 2012, p. 142-143):

Ahora la experiencia nos enseña que la mayoría de crímenes son cometidos por miembros de aquellos estratos que son cargados con fuertes presiones sociales y que son relativamente desaventajados en la satisfacción de sus necesidades cuando los comparamos con otras clases. Por lo tanto, una sanción penal, para no ser contraproductiva, ha de ser constituida de tal modo que las clases sociales que están más criminalmente inclinadas prefieran abstenerse de los actos prohibidos que ser víctimas del castigo criminal.

Los inmigrantes al buscar mejores oportunidades de vida, en la búsqueda de trabajo y de otras expectativas que ya no puede satisfacer su país de origen, son hipercriminalizados, y ahí opera el Estado de control social, ese ente punitivo monopolizador que despliega la represión, la violencia soberana (GARLAND, 2005, p. 73 y ss.). La pandemia también ha sido aleccionadora en este sentido, siempre en relación a la exclusión del migrante.

4 LA FRONTERA MÉXICO-ESTADOS UNIDOS

La migración de la población mexicana, de los llamados *indocumentados* ha revestido un carácter dramático. Por un lado, ellos se ven forzados a abandonar el país de origen y, por otro lado, son víctimas de distintos factores durante su trayecto hacia el país de destino: de la delincuencia organizada, de un peligroso trayecto que, probablemente, les costará la vida; se encuentran con falta de alimentación o bien de una alimentación poco adecuada, entre otros grandes riesgos que enfrentan. Luego ya en el mismo país de destino, bajo esa condición de irregularidad, son víctimas de la explotación laboral y del acoso tanto de los patrones como de las autoridades migratorias. En efecto, como indica Gzesh (2008, p. 98): “*Los migrantes mexicanos se enfrentan con crecientes costos y peligros para el cruce ilegal de la frontera y los abusos en los derechos humanos dentro de Estados Unidos también se han incrementado.*”

A diferencia de los otros inmigrantes centroamericanos, los mexicanos migrantes no tienen que vérselas con un territorio de tránsito que sea un obstáculo más, pero el cruce de la frontera y dentro del territorio norteamericano son objeto de explotación, de persecución, de inseguridad.

En esta vicisitud subyace un doble discurso por parte del gobierno norteamericano y también del mexicano. Este doble discurso tiende, por un lado, a exaltar los derechos humanos eludiendo la imputación de la responsabilidad de la tutela de los derechos de las

personas migrantes. Ciertamente se dice que la migración es positiva porque ayuda a la economía nacional del país de origen a través de las remesas. El país receptor, por su parte, ensalza la protección de los derechos humanos de aquellos ámbitos de su población y de los sectores de la política que reclaman la seguridad contra los migrantes.

En todo caso se elude la protección, se soslaya la responsabilidad. Y como es sabido:

El principio de universalidad implica que todos los estados de origen, tránsito y residencia son responsables de la protección de los derechos humanos de los migrantes, incluidos los que poseían antes de cruzar la frontera y convertirse en migrantes. La obligación de todos los Estados, de cooperar para la realización de los derechos al desarrollo económico y social de “toda persona” se enuncia claramente en la DUDH.¹¹

Lo cierto es que los migrantes ni encuentran protección en su país, ni les satisface ya los niveles mínimos o calidad de vida de ellos y de sus familiares. Entre los factores se encuentran: “fracaso de la economía en la provisión de empleos para los nuevos ingresos al mercado de trabajo, estancamiento salarial, falta de acceso a la atención a la salud y a la educación –en particular para las familias que sufren del colapso de la economía agrícola” (GZESH, 2008, p. 116-117). También es cierto que el Estado receptor se ha beneficiado económicamente de la explotación de la mano de obra de bajo costo: ellos -los migrantes- pueden ser explotados y no pueden reclamar violaciones a sus condiciones laborales, acoso laboral, etc., porque no tiene jurídicamente derechos. Esto le viene muy bien a las empresas y empleadores norteamericanos. Son fáciles de desechar y de explotar, de prescindir de ellos y luego sustituirlos por otros y, asimismo, volver a prescindir, como una especie de círculo que no tiene fin.

Como comenta Sadako Ogata, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en un discurso ante la Comisión Trilateral, 1992:

Los refugiados son forzados a escapar. Para los inmigrantes se asume un cierto grado de opción, pero cuando su forma de sostenimiento vital es tan miserable, no sé cuál sea el nivel de opción. Puede ser que también ellos deban verse como personas obligadas a escapar por la pobreza, pero entonces ello es muy difícil. ¿Qué tipos de libertad les concedes? ¿Qué tipo de regulaciones pones en práctica? (GZESH, 2008, p. 109).

Ahora bien, por un lado, encontramos, en el país de destino, fuertes restricciones en el acceso por parte de estos sectores vulnerables, leyes y sanciones rigurosas, controles,

¹¹ La referencia es al artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Artículo 22, DUDH. Cfr. Gzesh (2008, p. 100).

vigilancia, militarización. Esto ha permitido institucionalizar la vulnerabilidad. La ha producido el mismo derecho del Estado, se ha legalizado, normalizado, legitimado, puesto en práctica. Como dice una vez más Gzesh (2008, p. 116-117): “*se debe a una serie de reformas llevadas a cabo por el congreso de Estados Unidos en las cuatro décadas pasadas, mismas que han aumentado las restricciones y las cuotas en la migración legal proveniente de México.*” Pero, por otro lado, encontramos que el mercado de trabajo sigue siendo altamente atractivo para los inmigrantes. Hay oferta de trabajo.

Lo paradójico es que luego de rebasar la frontera, fuertemente militarizadas, e incorporarse a un trabajo, generalmente posibilitado por las llamadas *redes de migrantes* y por la oferta laboral, los controles no han sido tan estrictos. Las sanciones a los empleadores de indocumentados, no son severas. Esto, por tanto, no desalienta. Algunos autores han demostrado incluso el contubernio, la complicidad entre la política y el sector empresarial.

El discurso contra la migración tiene diversos niveles de análisis. En todo caso, se ha hipercriminalizado.

Primero tenemos el pánico moral, y de este modo la forma en que se ha legitimado la política. En el sentido en que, impulsando la protección de los derechos de seguridad de los ciudadanos, los candidatos políticos, en sus diferentes niveles y ámbitos, encuentran un tema a través del cual promoverse, al cual sujetarse, del cual extraer capital político, a través del cual impactar en el espacio político y atraer reflectores. Esto ha acontecido con Trump. Las vicisitudes de su ascenso a la presidencia, su campaña electoral y lo que ofrecía al pueblo norteamericano. Naturalmente, su llegada, ya materializada, fue un suceso que no se podía creer, que no tenía realidad, que nos dejaba estupefactos a una gran cantidad de personas, pasmados, sin aliento. En pleno siglo XXI el discurso de odio resonaba y detrás de ellos todo el grueso de la población, de personas que lo legitimaban, que se adherían a sus propuestas. Un importante número de electores respaldaban su proyecto político. Ello no reflejaba otra cosa más que el racismo, el odio frente al otro, frente al extranjero. Incluso, tras el triunfo electoral de este nuevo régimen presidencial, en los medios de comunicación, en la televisión se difundían y veían imágenes que nos dejaban consternados, no solamente porque la policía fronteriza estaba al acecho de los migrantes sino también porque los mismos latinos, aquellos que llegaron para incorporarse y buscar mejores oportunidades de vida en ese país y que, al parecer, habían logrado tener permanencia estable, rechazaban a los migrantes irregulares, los exhortaban para que desistieran de sus intentos de cruzar la frontera. Empero, existe fuerte evidencia de que, en el periodo gubernativo del mismo Obama, más silenciado respecto a sus políticas, éste operó con una política más restrictiva que la de la administración de Trump. Pero tenían

que legitimarse, tratar de ser congruente con su discurso, los medios de comunicación servían para difundir y amplificar la imagen de la intolerancia y de la represión.

Por su parte, Trump ofrecía proteger al país y a sus ciudadanos, frente a las amenazas de las masas de criminales que venían del exterior, proteger los empleos de los norteamericanos, el sistema de salud, etc., que eran aprovechados por los ajenos, por los extraños, por las bandas de criminales que venían, como en avalancha, a quitar las oportunidades a los habitantes, sus recursos, que habían explotado y se habían aprovechado del país. Toda una gran retórica que soslayaba la misma historia de los Estados Unidos de Norteamérica.

Esta retórica anti-inmigración en EU, como sugieren los críticos de esta política se ha basado en los argumentos falaces de: “[...] el ‘abuso de los servicios de bienestar’, competencia desleal en el mercado de trabajo, sobrepoblación, y la preservación de una supuesta homogeneidad cultural.” (DE GIORGI, 2012, p. 149).

La corriente de los *critical legal studies* ha reflexionado sobre esta instrumentalización de los derechos para asegurar adeptos políticos. Me refiero al papel que han jugado los derechos en el discurso político norteamericano que ha denunciado esta corriente de pensamiento. Los juicios de valor no aparecen como juicios de valor porque se apoyan en expectativas universales. Las exigencias aparecen fundamentadas en valores, no en preferencias. “El razonamiento –dice Duncan Kennedy- basado en los derechos, en suma, te permite tener razón respecto a tus juicios de valor, en vez de simplemente tener <<preferencias>> [...]” (KENNEDY, 2006, p. 53). Y, todavía más: “[...] una vez que hemos derivado un *derecho* de necesidades o valores universales, se entiende que es posible tener una discusión relativamente objetiva, racional y precisa sobre cómo este derecho debe ser instrumentado en reglas locales y sociales.” (KENNEDY, 2006, p. 53).

Luego tenemos como la migración asociada con la pobreza construye la imagen del criminal, es equivalente al delincuente. Un hecho delictivo no aparece como un hecho aislado, sino que repercute, en el imaginario, en una representación simbólica, esto es, en la forma en que se percibe dicho sector. Se construye en el imaginario como delincuente potencial que trae intrínsecos no sus derechos, sino la perversidad, la maldad, ínsito un alto grado de peligrosidad. Son los desviados, el actuar desviado. Son como anormales. Y la anormalidad históricamente se tiene que combatir, que eliminar, que desterrar, se tiende a deshacerse de ella, a reprimirla con severidad, contaminar. No puede operar el orden normal de la sociedad. Son descripciones de la sociedad normal y de cómo se debe mantener el orden social. En tal sentido: “Cualquier juicio que involucra un delincuente inmigrante exponencializa la imagen de la migración como criminalidad.” (DE GIORGI, 2012, p. 155).

Todo parece indicar que las conductas por las que sancionan a los migrantes no son, en su generalidad, propiamente delitos, sino faltas de carácter administrativo. Es la estructura normativa que los ha vuelto vulnerables, a saber:

infracciones administrativas en virtud del ingreso irregular; violaciones adicionales de la legislación inmigratoria, el reingreso a un país del cual ha sido expulsado, la falsificación de visas, carnés de conducir y otros documentos, dar asistencia o refugio a parientes o amigos indocumentados, etc. – pero también tenemos aquellos delitos cuyos castigos son aumentados significativamente cuando son llevados a cabo por extranjeros: por ejemplo, el rechazo a dar los propios documentos a un agente de la ley en aquellos países donde no llevar el carné de identidad es ilegal (DE GIORGI, 2012, p. 154).

La política de control ha sido fallida, no han contenido efectivamente la migración y esto le ha costado mucho dinero al gobierno norteamericano, o más bien a los gobernantes que tiene que pagar con sus impuestos y fomentar una política poco exitosa. Los flujos migratorios seguirán, no se detendrán. Y esto es válido no solamente en Estados Unidos, se trata de una realidad a la que se enfrentan la diversidad de países receptores en gran parte del mundo. Saskia Sassen ha sugerido pasar del modelo del *control* a la *regulación*.¹²

No obstante, se sigue insistiendo en este modelo de represión y de punición. De hecho, durante administración presidencial de Estado Unidos, encabezada por Trump, tras las amenazas económicas arancelarias, constreñía al Estado mexicano a construir el muro que él no ha podido subsidiar. Con esta política se trata de contener no solamente a los mismos mexicanos sino a toda la caravana de migrantes de países centroamericanos y demás migrantes irregulares, que aspiran encontrar en ese país el sueño americano. Se han erigido muros humanos, la concentración de las fuerzas militares. Y los muros siempre han cumplido históricamente una función de contención, de exclusión: hacia dentro pero también hacia fuera. Siempre han fungido como un límite en el espacio de la movilidad de las personas, lo condicionan. Algunas veces han operado como límite del espacio de la libertad, para no dejar salir del ámbito de la dominación. Nos referimos, por ejemplo, a las dictaduras comunistas que, bajo el principio de una igualdad forzada y simétrica, se excluían del exterior, se encerraban, era la expresión de poder, manifestación de la soberanía, el querer del pueblo, el modelo de la sociedad justa (TODOROV, 2011). Nadie podía salir. Se trata de resguardar, de proteger el interior. En otros casos, operan como condicionamiento de la exterioridad, de la periferia, del peligro, de la inseguridad, resguardando la estabilidad. Los muros -la soberanía- representan clausura, soledad, encierro, rechazo de la exterioridad. Es el caso de los imperios y de los Estados soberanos –

¹² Cfr. Sassen (2007).

en la modernidad. Pero siempre contención, límite, exclusión, rechazo, separación de lo que se percibe como ajeno.

En ejercicio de este poder soberano se pronunciaba el mandatario estadounidense: “Agradezco al gobierno mexicano por detener a estos delincuentes, Donald Trump.”¹³

Se lamentaba de la misma política norteamericana interna que no podía ver la amenaza, el despojo y la injusticia para el pueblo: “*Los demócratas están a favor de dejar que el crimen entre a nuestro país con fronteras abiertas, porque muchas de esas personas... un gran porcentaje de esas personas son criminales y quieren venir a nuestro país. Son criminales y no van a pasar durante mi mandato*” (TRUMP, 2018, on-line).

Encima de la retórica, se encuentra la otra realidad del migrante:

Todos los días, dramas y tragedias como ésta les suceden a los migrantes hondureños, salvadoreños y guatemaltecos que viajan por México. La retórica del gobierno de Donald Trump en repetidas ocasiones ha vinculado a los migrantes con pandillas, violencia y delitos, y ha descrito a los inmigrantes como una amenaza a la seguridad pública. Sin embargo, de hecho, la mayoría de los centroamericanos que llegan a la frontera entre México y Estados Unidos no son perpetradores, sino víctimas de esa violencia, tanto en sus países de origen como durante su difícil trayecto a través del territorio mexicano (LEUTERT, 2018, on-line).

Frente a la política de represión, la ineficacia:

No obstante, sin importar cuán abrumadores sean los riesgos ni cuán desafiantes sean las políticas, no han logrado reducir de manera significativa el número de centroamericanos que viajan hacia el norte. Lo único que ha cambiado es que cientos de miles de migrantes hacen el recorrido a través de rutas más peligrosas y clandestinas (LEUTERT, 2018, on-line).

Los migrantes siempre son construidos como alteridad. Como el *otro*, como aquel que está por fuera del derecho. Construidos como *otro*, entonces ellos son objeto de exclusión. En esta pandemia fueron de criminales al ser la fuente portadora del virus. Bajo el pretexto de la covid 19, se legitimaba la política de exclusión, de poner a distancia al otro. Por humanidad, por la seguridad de los ciudadanos norteamericanos. Solo que, otra vez más, opera el criterio selectivo, la jerarquía de la movilidad, porque los extranjeros turistas o con capacidad económica, no eran problema, solo debían pasar por los procedimientos de revisión y control. Ellos si han tenido acceso.

Empero, no hay desistimiento, no obstante, los altos costos y la inutilidad de la política:

¹³“Agradezco a México por detener a Migrantes criminales”, en *Excelsior*. Consultable en: <https://www.excelsior.com.mx/global/agradezco-a-mexico-por-detener-a-migrantes-criminales-trump/1272809>

Se ha dedicado mucho tiempo y esfuerzo a desarrollar una asombrosa variedad de tecnologías de vigilancia y a realizar un inmenso despliegue de material militar en la frontera. Pero después de quince años de reforzar y militarizar los controles fronterizos con el objeto de combatir la inmigración ilegal procedente de México - o la que atraviesa este país para llegar a EE UU-, lo único que se ha conseguido es un aumento de la población inmigrante ilegal, un pronunciado incremento del coste de cada detención y una disminución en el número de arrestos (SASSEN, 2007, p. 37).

Los muros son también normativos, es el concreto de la soberanía, el límite que impone el Estado, su derecho. Así los legisladores han concentrado sus energías en normas en el ámbito de los límites territoriales, de las fronteras, pero, naturalmente, no se observa la misma contundencia, la misma preocupación y respuesta legislativa en los centros de trabajo. Con este tipo de medidas no es muy difícil percibir cuán perjudicial sea para las comunidades de migrantes, los altos costos en materia de derechos humanos. Ante la situación hay grandes favorecidos, sectores del propio gobierno, comerciantes, empresarios y la delincuencia organizada:

Entre los beneficiados se encuentran los fabricantes de armas; las grandes empresas de determinados sectores económicos que suelen contratar a un importante número de trabajadores indocumentados; diversos grupos de presión; empleadores de inmigrantes indocumentados en general (en la medida en que no les imponen sanciones rigurosas), y el colectivo cada vez más numeroso de personas dedicadas al tráfico de otras personas, cuyos beneficios y volumen de negocio han aumentado a medida que las políticas gubernamentales han ido haciendo cada vez más arriesgado y difícil atravesar la frontera. Entre los beneficiados se podría incluir también a las patrullas fronterizas estadounidenses, en vista del continuo aumento de sus efectivos y la constante mejora de su armamento, si bien hay muchos agentes de estas patrullas a quienes disgusta lo que está sucediendo (SASSEN, 2007, p. 40-41).

Y mientras tanto las personas, como dueños de sí mismos, seguirán reivindicando su libertad y su igualdad en su universalidad. ¿Es posible, en estas circunstancias, que los sujetos puedan autodeterminarse, que sean autónomos, es decir, que sean fines en sí mismo y no instrumento para cumplir los fines de otros, como es el caso, en específico, de la economía y la política? ¿Es estas condiciones qué queda del sujeto autónomo, de su libre determinación? ¿Qué queda de esta humanidad que reivindican los derechos? O bien, mejor dicho ¿en qué consiste aquello que los derechos llaman humanidad? ¿cuál es el puerto seguro al que debemos llegar? Y lo que observamos, lo que tenemos delante a nuestros ojos, son oscilaciones, son movimientos pendulares, son elecciones entorno a esto que llamamos fundamentos, a esto que llamamos humanidad. La universalidad de esta humanidad ha consistido en la selectividad que la política, la economía y el derecho de los Estados han ido determinado según intereses, según vaya resultado conveniente. Algunas veces ha resultado conveniente apelar a la seguridad para legitimar a la política, y de ello se

han beneficiado la economía, de los sin derechos; en otras ocasiones ha resultado conveniente apelar a la libertad para satisfacer las necesidades del mercado que ha necesitado de mano de obra no calificada. De este modo, no es perceptible ese “suelo común del mundo manifiesto que pisamos”; ese “fondo seguro de pensamientos difundidos que nos nutre.” (KAUFMANN, 1996, p. 14-15).

El problema, me parece, es la instrumentalización de los derechos, cuando ellos son manipulados, en virtud del aprovechamiento de los ámbitos de apertura y de indeterminación que caracterizan a los derechos, en perjuicio de las personas.

En ese tenor, los derechos seguirán cumpliendo su función de resignación del presente y esperanza del futuro. Atados al derecho, a la incertidumbre de los fundamentos de la modernidad, de sus oscilaciones, de sus imprevisiones. *Hasta que el derecho no los siga tratando como cuerpos extraños.*

Ahora, con el cambio de administración, con el cambio de política migratoria, sabemos que ingresarán unos cuantos más, que en el discurso político no se les llamará criminales, mas siempre dependerá del acceso burocrático-estatal, que es siempre selectivo, de la política y del derecho. Naturalmente no ingresarán todos, la garantía tal vez de estos será la de ser deportados a través de procedimientos humanitarios.

Si esto ha sido humanidad, entonces, como decía Novallis, humanidad es algo humorístico. La humanidad, que en este caso tiene el rostro de la seguridad, del derecho humano a ser preservado de la vida y bienes, no es otra cosa que la manifestación de aquella “cáscara protectora” –que ciertamente es vacía- que opera para legitimar la decisión adoptada por el gobierno, que esconde el rostro de la tragedia –de la otra humanidad, la de los migrantes- humanitaria del siglo XXI, esta es la soberanía, la “hipocresía organizada” como la ha llamado Krasner (2001). Es el rostro del poder que nos tiene sujetos de manos, y que se cree con el derecho soberano de decir lo que es humanidad. Y todavía más: ¿en dónde queda la responsabilidad del Estado de origen, que se comprometió a velar por la seguridad, la igualdad y el bienestar de sus ciudadanos. De hecho, esa fue la justificación de la instauración de los Estados modernos. Esto se soslaya generalmente.

El ilegal, el migrante ilegal, el indocumentado es una construcción del poder soberano. De aquel poder que no tiene derecho a ser poder y que en nombre del pueblo – del soberano- se auto-legitima. Como contundentemente lo ha expresado Castle (2010, p. 53):

La irregularidad puede ser vista, por ende, como una consecuencia de leyes y regulaciones, que etiqueten a ciertas formas de movilidad como legal y deseable, y a otras como ilegal e indeseada. El derecho de un Estado para controlar el ingreso

a su territorio con frecuencia es visto como un aspecto duradero de la soberanía nacional.

Es, pues una violencia producida por el derecho, legitimada por el derecho, apelando a éste. En el fondo, la pregunta; ¿qué es el derecho justo? Este *qué* del derecho justo, en este derecho moderno, lo constituye el *¿quién dice justicia?* Con ellos el problema del que se sustituye por el problema de quién -El Estado- y el cómo -su poder soberano fundado en los derechos. La cultura de los derechos a preconizado en que los derechos tienen como límite los derechos de los otros, cuando empiezan los derechos de otros sucumbía el derecho. Solamente que las fronteras, los límites nos estaban predeterminados, y esto los ha dejado a la situación, a las circunstancias de hecho, pero, sobre todo, en manos de aquel que está autorizado a imponer los límites. Los sujetos estamos a la espera de lo que se diga lo que sean los límites de los derechos por parte de la autoridad estatal, del poder en turno, a la contingencia. Por este presunto derecho justo, por la soberanía y el derecho superior de la seguridad, se han podido configurar y pervivir, en pleno siglo XXI, nuevas formas de esclavitud, con nuevas formas de exclusión, con una violencia justificadas en la práctica de los derechos, en un uso perverso de los mismos. El llamado *tiempo de los derechos* es también el tiempo de la esclavitud, de la exclusión, de la pobreza, que conviven simultáneamente en nuestro presente. No como contrapuestos sino como expresión de los mismos derechos.

5 A MANERA DE CONCLUSIÓN

A través de este recorrido que hemos realizado podemos sacar las siguientes conjeturas sobre las causas y los problemas de la migración irregular, en específico de los mexicanos que pretender traspasar la frontera del país vecino: Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, el marco de reflexión desarrollado es válido para las otras migraciones irregulares, provenientes de otros países, que intentan afanosamente lograr lo que se llama “el sueño americano”. La configuración del Estado soberano nacional moderno fue posible, tuvo su justificación en los derechos humanos. El Estado se erigió para proteger y limitar los derechos pero con ello quedan en realidad en manos del mismo. Sujetos a los límites y contenidos en torno a los derechos que este estableciera. La realidad de los derechos está, ciertamente, en el derecho del Estado. Asimismo, los derechos quedaron reservados a este ámbito y, por tanto, retringidos a los nacionales. Es decir, no se realizaron como una normatividad con “validez” universal. Esta es la realidad que acompaña a los derechos en su relación con el Estado.

Los migrantes irregulares, es decir, aquellos que buscan mejores oportunidades de vida, ya que su Estado no se los ha podido proporcionar, enarbolan su derecho a la libertad y su seguridad como una exigencia universal. No obstante ellos se han encontrado que los derechos se hacen efectivos en virtud de la manifestación de la voluntad estatalista, y con ello ha visto desvanecidas y frustradas sus expectativas. Se encuentran, pues, con las barreras infranqueables de los Estados soberanos. Para poder justificar y practicar la exclusión de los migrantes mexicanos irregulares el Estado norteamericano, los ha tratado como criminales, como una presencia que amenaza la seguridad de los ciudadanos norteamericanos. Durante la pandemia que estamos atravesando ellos siguen siendo el problema a contener ya que han sido considerados los portadores y difusores del virus. En todo caso, se ha tratado de medidas clasistas. Y construidos como delincuentes y como portadores del virus, es decir, como amenaza, ésta tiene que ser reprimida. De ahí que haya podido instaurarse y operar un Estado punitivo. En todo caso, este tipo de migración es objeto de selección por parte del Estado. Este ha sido el panorama del drama humanitario. Ello pone de manifiesto la precariedad de las descripciones de nuestro derecho de la modernidad. Aquí la utilidad de la teoría sistémica para comprender el operar del derecho y la política de la modernidad.

REFERENCIAS

- ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo.** Traducción Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- CASTLES, Stephen. Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales. **Migración y Desarrollo**, México, v. 7, n. 15, 2010.
- CLAVERO, Bartolomé. **Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales.** Madrid: Ed. Trotta, 1997.
- COSTA, Pietro. **Estado de derecho: una introducción histórica.** Traducción Javier Espinoza de los Monteros. México: Ed. Derecho Global, 2018.
- COSTA, Pietro. Derechos sociales y democracia constitucional: un itinerario histórico. *En*: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; ORDÓÑEZ, Jorge (coord.). **Los derechos sociales en el Estado constitucional.** Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.
- COSTA, Pietro. Derechos. *En*: FIORAVANTI, Maurizio (ed.). **El Estado moderno en Europa.** Instituciones y derechos. Madrid: Ed. Trotta, 2004.

DE GIORGI, Alessandro. Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa. **Revista Crítica Penal y Poder**, n. 2, 2012.

DE GIORGI, Raffaele. **Los derechos fundamentales en la sociedad moderna**. Tradução Javier Espinoza de los Monteros. México: Ed. Fontamara, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ed. Ariel, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia constitucional**. Tradução Javier Espinoza de los Monteros. México: Ed. Porrúa, 2017.

GARLAND, David. **La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Tradução Máximo Sorzo. Barcelona (España): Editorial Gedisa, 2005.

GOZZI, Gustavo. Derechos naturales. En: **DICCIONARIO Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

GROSSI, Paolo. Un derecho sin Estado: la noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval. **Anuario mexicano de historia del derecho**, México, v. 9, p. 167-178, 1997.

GZESH, Susan. Una redefinición de la migración forzada con base en los derechos humanos. **Migración y desarrollo**, Zacatecas, n. 10, 2008.

GZESH, Susan. Una redefinición de la migración forzada con base en los derechos humanos. **Migración y desarrollo**, Zacatecas (México), v. 27, p. 99, 2019.

KAUFMANN, Arthur. Qué es y cómo "hacer justicia": un ensayo histórico problemático. **Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, Navarra (España), n. 15, 1986.

KAUFMANN, Arthur. Concepción hermenéutica del método jurídico. **Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, Navarra, España, n. 35, p. 14-15, 1996.

KENNEDY, Duncan. La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, v. 7, n. 1, p. 80-81, 2006.

KRASNER, Stephen D. **Soberanía, hipocresía organizada**. Tradução Ignacio Hierro, Barcelona: Ed. Paidós, 2001.

KYMLICKA, Will. **Cosmopolitismo, Estado-Nación y nacionalismo de las minorías**. Un análisis crítico de la literatura reciente. México: IJ-UNAM, 2001.

LEUTERT, Stephanie. Trump está equivocado: los migrantes son víctimas y no delincuentes. **The New York Times**, 20 Sept. 2018. Consultable en:

- <https://www.nytimes.com/es/2018/09/20/espanol/opinion/migrantes-centroamericanos-victimas-violencia.html>.
- LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: una aportación a la sociología política. México: Ed. Universidad Iberiamericana, 2010.
- SASSEN, Saskian. La política migratoria: del control a la regulación. **Minerva: Revista del Círculo de Bellas Artes**, n. 5, 2007.
- TODOROV, Tzvetan. **Muros caídos, muros erigidos**. Buenos Aires: Editorial Katz, 2011.
- VILLEY, Michel. *Il diritto e i diritti dell'uomo*. Siena: Edizioni Cantagalli, 2009.
- VIOLA, Francesco. ¿Los derechos humanos son derechos naturales?. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, 2013.
- WELZEL, Hans. Verdad y límites del derecho natural. **Dianoia: anuario de Filosofía**, n. 10, 1964.
- WIETHOLTER, Rudolf. **Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1991.

Como citar este documento:

SÁNCHEZ, Javier Espinoza de los Monteros. Migración y pobreza: sobre la construcción de la criminalidad. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 35, p. 189-213, set./dez. 2022.