

El derecho a migrar como un Derecho Universal: los derechos del migrante en el Estado democrático de Derecho”.

Erika Moeykens.

Cita:

Erika Moeykens (2013). *El derecho a migrar como un Derecho Universal: los derechos del migrante en el Estado democrático de Derecho”*. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-038/691>

X Jornadas de sociología de la UBA. 20 años de pensar y repensar la sociología. Nuevos desafíos académicos, científicos y políticos para el siglo XXI.

1 a 6 de Julio de 2013

Mesa: 74 Procesos migratorios contemporáneos, desafíos y propuestas para su estudio.

Título de la ponencia: “El derecho a migrar como un Derecho Universal: los derechos del migrante en el Estado democrático de Derecho”.

Autor: **Erika Moeykens**, abogada, docente-investigadora. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán.

Introducción

El escritor Salman Rushdie sostiene que el migrante es la figura que mejor refleja, con todas sus contradicciones, la imagen del siglo XX: «Un verdadero migrante sufre, tradicionalmente un triple trastorno: pierde su lugar, entre en el ámbito de una lengua extranjera y se encuentra rodeado de seres cuyos códigos de conducta social son muy diferentes y, en ocasiones, hasta ofensivos respecto de los propios. Y esto es lo que hace de los migrantes unas figuras tan importantes, porque las raíces, la lengua y las normas sociales son tres de los componentes más importantes para la definición del ser humano. El migrante, a quien le son negados los tres, se ve obligado a encontrar nuevas maneras de describirse a sí mismo, nuevas maneras de ser humano¹».

¿Por qué centrar la atención en los migrantes? Mi formación universitaria de base es el derecho, soy abogada. Quizás por esta razón siempre he considerado que el derecho debe ser la «ley del más débil²». Por lo tanto centrar la atención en los «vencidos» me resulta perfectamente coherente.

Intentar dar una definición de lo que debería entenderse por «migración» podría parecer, como mínimo, innecesario e incluso superfluo ya que todos parecen saber de qué estamos hablando.

Dentro del significado en el que nosotros nos vamos a enfocar, es decir en su acepción sociológica, demográfica y jurídica, tengo la impresión de que la palabra es entendida, en lo que a su uso común se refiere, como un simple nombre de género con dos especies: la emigración y la inmigración, es decir los movimientos de salida y de entrada en un Estado o región geográfica definida. Estos términos opuestos (que a la vez conforman un binomio) sólo se diferencian entre sí por la dirección del desplazamiento, llegando a confundirse en el lenguaje común y en el periodístico y a significar, a *grosso modo*, algo así como «esa pobre gente que no es del lugar».

Lo que si queda claro es que, en el lenguaje común, no se confunde nunca al migrante con un viajero cualquiera (un hombre de negocios o un turista, por

¹ RUSHIE, S., *Imaginary Homeland: Essays and Criticism*, 1981-1991, Granta Books, Londres, 1991.

² La expresión no me pertenece. Le pertenece a un gran jurista italiano, Luigi Ferrajoli quien la utiliza en algunos de sus escritos.

ejemplo). No. La migración siempre implica un viaje arduo, penoso, motivado o impuesto por una situación intolerable o, por lo menos, por un evidente malestar –material, psicológico, existencial- que se quiere o se debe dejar atrás, tanto en las migraciones temporarias como en las definitivas.

En cuanto al origen de las migraciones, sigo en este punto a aquellos autores que sostienen que los migrantes, son puramente modernos, ya que representan caracteres típicos de la modernidad, especialmente de la postmodernidad³. Me explico: en el pasado lejano –la Antigüedad, la Edad Media y los albores de lo que convencionalmente se define como Edad Moderna- Vittale reconoce tres modalidades básicas de migración: el nomadismo, la conquista militar y la fundación de colonias. Estas modalidades poseen en común una dimensión *comunitaria* de la acción (esa era su “forma de vida”). Es, justamente lo que no ocurre en la época contemporánea, ese hecho de migrar como «forma de vida».

Podemos mencionar como otra distinción entre migraciones en tiempos antiguos y modernos el término «nostalgia» y el uso que se hace del mismo. Los héroes griegos no conocían la nostalgia, así como tampoco parecen conocerla todos los migrantes de la antigüedad. Pese a que la raíz etimológica remite al griego antiguo, la palabra «nostalgia» no es un término originariamente griego, sino una palabra moderna: «la nostalgia es un exceso de identidad» nos dice un autor italiano de las dimensiones de Berttini⁴. Y él toma a la identidad como la identidad personal, elemento inherente a la condición del migrante moderno. Entonces, es evidente que si los antiguos no concibieron un término específico, es porque esta «enfermedad del alma⁵» tal es la nostalgia, no les parecía relevante, e incluso el hecho de alejarse, en soledad o en pequeños grupos, del contexto cultural natal les parecía tan poco común como la causa que lo motivaba.

Otra interesante observación consiste en afirmar que la más relevante de las características que definen las migraciones modernas consiste en el choque entre éstas y la nueva realidad del estado territorial, entidad propia típica de la modernidad política. Justamente son las fronteras de los Estados modernos, principalmente aquellos Estados no sólo territoriales sino también nacionales, las responsables del nacimiento de la figura del extranjero, en parte correspondiente a la del migrante.

Y, finalmente, podemos encontrar otro elemento diferenciador entre unas y otras migraciones en la individualidad de las migraciones modernas. Vale decir que estas migraciones no forman parte de un proyecto colectivo, como, por ejemplo, el colono antiguo, aun cuando las actuales parezcan masivas o comunitarias. Tan sólo su consistencia numérica y alguna semejanza exterior pueden hacerlas parecer como acciones colectivas. Pero se trata de una pura y simple *agregación* de individuos y pequeños grupos. Quiero decir que a pesar de haber grandes cantidades de individuos que se desplazan de ciertas áreas geográficas o de ciertos Estados claramente identificables hacia otras áreas y/o Estados igualmente identificables y con motivaciones similares, los migrantes modernos actúan como individuos. Y los Estados que hoy en día constituyen la meta más concurrida para los migrantes son los Estados democráticos de

³ VITALE, E., *Ius Migrandi*, editorial Melusina, España, 2006.

⁴ BERTTINI, M., «Nostalgici e indiscreti» en M. Berttini (ed.), *Lo straniero, ovvero l'identità culturale a confronto*, Laterza, Roma-Bari, 1992.

⁵ VITALE, op. citado.

derecho, cuyas constituciones afirman ante todo la inviolabilidad de los derechos individuales de la persona. A pesar de ello, en los ordenamientos jurídicos de todos estos Estados, podemos encontrar normas e interpretaciones de las mismas que discriminan, de una forma más o menos abierta, entre ciudadanos y extranjeros, y entre extranjeros y extranjeros según su nacionalidad. Y estas discriminaciones se encuentran, justamente, en ámbitos que *no* afectan al individuo como ciudadano, sino al individuo en cuanto a persona. Dicho de otra manera, estas legislaciones son contradictorias no sólo desde la perspectiva del universalismo cosmopolita⁶ –al que se le han realizado numerosas críticas y con el que uno podrá estar o no de acuerdo- que aspira a la abolición de las diferencias entre derechos fundamentales de la persona y del ciudadano, sino que también privan a los migrantes, de forma absolutamente incoherente, del ejercicio de los derechos del individuo previstos por las mismas constituciones de los Estados. De este modo, se tiende de nuevo a transformar los derechos universales del individuo en privilegios de la ciudadanía.

Planteo del problema

Comencemos entonces: el derecho a migrar nos lleva al *habeas corpus*, que es el corazón de la doctrina de los derechos fundamentales del individuo, la libertad personal y de movimiento. **Tal vez podemos expresarlo de este modo: el migrante, pese a hallarse en una situación de potencial marginación, mientras esté amparado por sistemas normativos jurídicos – sean éstos locales, nacionales, internacionales o supranacionales- es un migrante *interno*, un migrante que vive bajo códigos que no lo segregan del resto de la humanidad y, en especial, de la comunidad residente donde se inserta. Es, por lo tanto, un individuo que, aun forzado por una situación de necesidad se desplaza –sin importar ahora si atraviesa las fronteras nacionales o no lo hace- voluntariamente en busca de mejores condiciones de vida. Sin embargo, este individuo nunca dejó de estar vinculado, de forma consiente, a un contexto que tiene definidas las relaciones jurídicas y morales que lo rigen, lo que implica, como mínimo, «la necesidad de preservar el núcleo más interno del pacto social de cualquier forma de rebelión», nos dice Vittale⁷.** No considero necesario explicar aquí la teoría del pacto o contrato social desarrollada por diversos autores tales como Rousseau, Montesquieu e incluso Hobbes (la esencia de la teoría determina que para vivir en sociedad, los seres humanos acuerdan un contrato social implícito, que les otorga ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad de la que dispondrían en estado de naturaleza. Siendo

⁶ Una definición de sociedad sobre la base de criterios normativos universalistas tiene como consecuencia la existencia de una sola sociedad: la sociedad mundial. Sea en un sentido neokantiano, bajo el cual la noción de humanidad en el siglo XX se expresa a través de la fórmula de derechos humanos que sólo pueden ser universales, es decir, aplicables a la humanidad como un todo; sea en un sentido sistémico que observa la expansión evolutiva de estructuras funcionales de creciente alcance universal, lo cierto es que en los albores del siglo XXI ya no es posible encontrar islas de socialidad, es decir, no existen ya regiones del planeta en las cuales la integración normativa universalista bajo criterios de cosmopolitas no tenga consecuencias importantes, en muchos casos decisivas, para los ordenamientos regionales y/o nacionales. Véase, para las discusiones acerca del concepto de sociedad mundial, Luhmann, Niklas, *Society as a Social System*, Standford, 1995.

⁷ VITALE, op. citado.

así, los derechos y deberes de los individuos constituyen las cláusulas del contrato social, en tanto que el Estado es la entidad creada para hacer cumplir con el contrato. Del mismo modo, los hombres pueden cambiar los términos del contrato si así lo desean; los derechos y deberes no son inmutables o naturales).

Tomando como punto de partida esta idea del contrato social, en la actualidad, el hecho de migrar dentro de unas formas sociales básicamente determinadas por el sedentarismo que constituye el estado «normal», «natural», se considera como extraordinario, sospechoso y hasta estigmatizado por el fracaso, por la frustración personal y hasta por la huida emprendida con el fin de ocultar alguna acción inmoral o delictiva. Esta especie de reprobación lanzada por el residente, por el sedentario «victorioso» sobre el migrante parece expresar el oscuro temor de que la condición originaria del hombre, el nomadismo, vuelva a ser reivindicada. El nómada, el que migra, se convierte en un refugiado, en un fugitivo, en un sujeto cuya identidad jurídica, social y política es, como mínimo, incierta.

¿Pero qué sucede entonces cuando, de un modo repentino o no tan repentino, una persona se ve convertida en migrante a causa de alguna coyuntura económica que le ha afectado de la forma más directa? Posiblemente esa persona habría sido tal vez aquel sedentario que, con toda probabilidad, ahora comprende la dimensión de las situaciones, de la condición del migrante. En el caso inverso, es decir, en el caso de que su ciudad o su región (allí donde él vive) no hubieran sido afectadas por la crisis y hubieran tenido que acoger a migrantes, sin duda su reacción sería otra. Dispararía (en el sentido figurado del término), contra potenciales «sí mismos en el futuro» sin saberlo, sin imaginar que, algún día, podría hallarse en el lugar de esos nómadas que hoy desprecia. En el fondo entonces, esa misma identidad social anterior de individuo sedentario que tenía, que les proporcionaba un relativo grado de bienestar, lo rechaza ahora, precisamente, porque posee una **(no) identidad social de migrante**.

En realidad todos, incluso los propios sujetos que migran, parecen creer que para convertirse en migrantes es necesaria la existencia de alguna razón oscura, individual o colectiva. Acá desaparecen la culpa o alguna razón evidente y comprensible. Y precisamente porque la razón no se manifiesta con claridad y el «delito» no resulta evidente, se da lugar, con cierta facilidad, a lo irracional dando paso al surgimiento de la categoría de paria, del intocable al que la sociedad obliga a vivir –incluso en los casos más afortunados y más allá de las apariencias– en un mundo paralelo, que coloca a este sujeto en una disyuntiva en su actuar, debatiéndose entre torpes y dudosos intentos de asimilación y actitudes de automarginación moral.

Si se pudiera atribuir las causas de las migraciones a una voluntad política de discriminación concreta, de un movimiento, de un partido, de un Estado, nos resultaría más fácil explicar la construcción de la figura del migrante en aquellas sociedades que son supuestamente liberales y democráticas. Sin embargo, estas voluntades no nos resultan suficientes. **En las raíces de lo que parece ser ineludible origen del migrante, se halla una maliciosa, ancestral y casi universalmente extendida voluntad de desconocimiento del ser humano como tal; voluntad que no cuenta con argumentos racionales y, por lo tanto, imposible de refutar. Y es precisamente aquí donde se manifiesta la contradicción entre teoría y práctica del**

universalismo de los derechos (ante todo, de los derechos de la persona). Incluso entre los sujetos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (sujetos tanto individuales y colectivos), a menudo prevalece una especie de perverso, multiforme y establecido universalismo de los prejuicios en el que está implícita la construcción de la identidad del migrante (migrante tomado como «paria», como aquel excluido, segregado). Lamentablemente los prejuicios son recíprocos y se cruzan sin que pueda definirse *a priori* quiénes son los buenos y quiénes son los malos. En este juicio todo depende de la jerarquía de poder establecida entre los grupos humanos, y entre las diversas relaciones de estos grupos que determinarán la posición concreta de cada sujeto. Cuando un individuo es puesto al margen o, incluso, fuera del colectivo de seres humanos, como resultado de interacciones sociales, nace la figura del paria, quien experimenta en su propia persona la gigantesca capacidad de aniquilación moral que tiene el sentido común «políticamente correcto», del prejuicio o falsas obviedades en las sociedades democráticas, tal como lo llamamos en la actualidad. Hannah Arendt, en “We refugees” nos dice que parece como si «los seres humanos en cuanto seres humanos han dejado de existir hace tiempo⁸». Si es que empezaron algún día a hacerlo, podemos agregar.

Creo que no resulta difícil advertir que se ha generalizado un modelo de gestión de la inmigración basado en una política instrumental y defensiva, de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo (incluida la economía en negro). Una política de inmigración que se sustenta paradójicamente en la negación de su objeto, pues consiste en negar al inmigrante como tal, es decir, alguien cuyo proyecto puede ser perfectamente tratar de quedarse en el país de recepción, al menos durante un período estable, que tampoco significa necesariamente (menos aún en los tiempos de la globalización) quedarse para toda la vida. Se niega la posibilidad de ser inmigrante de verdad, esto es, libre en su proyecto migratorio —el que sea— basado simplemente en la libertad de circulación. En lugar de aceptar esa posibilidad o, al menos, abrirla, se *extranjeriza* al inmigrante, se le estigmatiza, manteniéndolo en su diferencia, como distinto (extranjero) y sólo como trabajador útil en nuestro mercado formal e informal de trabajo aquí y ahora. Por eso, se le imponen condiciones forzadas de inmigración, supeditadas al interés exclusivo e instrumental de la sociedad de destino, que sólo lo necesita como mano de obra sujeta a plazo.

Ése es un modelo de política migratoria que, pese a su pretendida objetividad, no responde ni se adecua a la realidad, y, peor aún, la ignora ya que se empeña en negarla, en desconocerla. Así, distingue entre buenos y malos inmigrantes, es decir, entre los que se ajustan a lo que nosotros entendemos como inmigrantes necesarios (adecuados a la coyuntura oficial del mercado formal de trabajo, asimilables culturalmente, dóciles) y los demás, que son rechazables, bien por delincuentes (el primer acto delictivo que cometen es el ingreso clandestino en nuestro país, lo que evoca connivencia con las mafias, por ejemplo), bien por imposibles de aceptar (porque desbordan nuestros puestos laborales o son inasimilables): por una u otra razón generan racismo y

⁸ ARENDT, Hannah, «We refugees». Este artículo fue publicado por primera vez en *The Menorah Journal* en 1943. Sin embargo esta cita se toma de la traducción castellana «Nosotros, los refugiados», publicada en *Archipiélago*, nº 30, otoño 1977.

xenofobia contra los «inmigrantes buenos». Y este posicionamiento no resulta eficaz al momento de gestionar cualquier tipo de política. Por eso, una condición tan necesaria del proceso de integración, como es el ejercicio del derecho de reagrupamiento familiar, no es reconocida como tal, sino como un problema, como una vía no deseada de entrada de seudoinmigrantes (pues sólo son familiares del verdadero inmigrante, que es el trabajador). Por eso no se plantea la prioridad de las condiciones de residencia estable o de verdadera libertad de circulación en los dos sentidos. Por eso la insistencia en que los derechos que corresponde reconocer son sólo los derechos humanos universales y, aun estos, fuertemente restringidos. Por eso, lo inconcebible de pensar al inmigrante como posible ciudadano.

Análisis de las posibles respuestas

1) El problema de la teoría universalista y su posible respuesta: los partidarios del realismo político y jurídico cuestionan a la teoría universalista el gran distanciamiento respecto de la práctica –que parece aumentar cada vez más a raíz de los recientes procesos de globalización- lo que significaría algo totalmente desfavorable a su teoría. Podría responderse a este cuestionamiento sosteniendo que son los migrantes los que denuncian, mediante su propia existencia, el falso idealismo, de la doctrina de los derechos humanos. Efectivamente, por un lado, se ha extendido notablemente en la conciencia común la certeza de que los derechos humanos son una utopía. Incluso hay juristas y, principalmente constitucionalistas que, con muy buenos argumentos, consideran tales derechos *en parte* como «derechos sobre papel», especialmente cuando la distancia entre titularidad y efectivo ejercicio de los mismos parece ser cada vez más amplia dada la ausencia de un derecho estatal positivo capaz de imponer sanciones eficaces a las violaciones. Por otro lado, el número creciente de «personas ilegales» (como si no fuera un sinsentido decir que alguien, una persona, es ilegal) que hoy en día intentan ingresar por cualquier medio a los países ricos democráticos, parece ser una clara muestra de la indiferencia ante la violación de los derechos humanos, justamente, al crear estas “figuras” en sus legislaciones, cada vez más restrictivas en materia de migraciones.

Desde una perspectiva teórica podemos esbozar una explicación a todo este «doble juego» de los derechos fundamentales, a esta idea de ingenuidad o hipocresía, basándonos en la distinción entre derechos y garantías, o entre validez y efectividad de los mismos. Tanto en el caso de los derechos del individuo como en el caso de los del ciudadano, se trata de distinguir entre los derechos y sus «garantías». Está claro que no es suficiente, por ejemplo, ser titular del derecho a una vivienda digna o a una alimentación sana si el Estado no ofrece una normativa o no organiza un sistema de planeamiento de viviendas públicas o de pautas de alimentación poblacionales. Sin embargo, sin el reconocimiento (es decir, sin la titularidad), no cabe tampoco la posibilidad de exigir que sean determinadas las limitaciones jurídicas que regulan el derecho efectivo a la vivienda digna o a la alimentación saludable⁹. Con esto estoy queriendo decir, siguiendo la posición de Ferrajoli en este punto, que los límites en el plano de la efectividad no deben impedir la validez sino lo

⁹ Véase la Constitución Argentina, artículos 14 y 14bis, por citar algunos ejemplos al respecto.

contrario: la validez debe ser el punto de partida para lograr la efectividad¹⁰. Al decir de Michelangelo Bovero, todo derecho fundamental comienza incluyéndose como norma fundamental en las constituciones rígidas (primer nivel de protección), de allí surge la obligación de establecer en el ordenamiento jurídico los respectivos deberes de los poderes públicos, a fin de dotar de efectividad a los derechos fundamentales (segundo nivel de protección, el de las *garantías*) y, en el fin, *extrema ratio*, se accede al nivel de la (auto) tutela, es decir, al uso del «derecho» de resistencia, contenido que no va a ser desarrollado en este trabajo por ser ajeno a la temática que nos toca¹¹. Sucede que lo que a menudo falta en los Estados en los que ya existen derechos positivamente reconocidos es precisamente la predisposición a ofrecer las garantías pertinentes, definiendo estas garantías como el conjunto de obligaciones implícitas en los derechos mismos. Paradójicamente, la mayor parte de los derechos jurídicos contemporáneos, son tratados como derechos sin garantías (adecuadas), incluso, algunos de los derechos pertenecientes a la clase más importante: la de los derechos fundamentales. Y entre los derechos fundamentales, los reconocidos en parte y con muchas reservas, y privados a fortiori de garantías (adecuadas), se encuentra sin duda el derecho de migración.

Y es así como las sociedades contemporáneas participan en la creación de individuos migrantes que sólo conocen como alternativa la exclusión por un lado, y la asimilación subordinada (y en no pocas ocasiones proclive a la coacción), por el otro, lo que genera sólo integraciones aparentes, caracterizadas por actitudes deshonestas, tendencia al falseamiento y a la ocultación parcial de datos personales, personas destinadas a convertirse en víctimas de chantajes y privadas del goce de sus derechos. Y este resultado es asumido por estas sociedades de manera impune, insinuando que así es la incorregible naturaleza del migrante, del extranjero que viene a nuestras ciudades, negando a los migrantes como tales la plena dignidad de seres humanos.

Ahora bien, algunos críticos de estas teorías universalistas se interrogan acerca de cómo explicar que los migrantes, prefieran renunciar total o parcialmente a reivindicar su propia dignidad de ser humano, su propia autonomía moral y el ejercicio de los derechos fundamentales del individuo. ¿Qué argumentos se utilizan para explicar la renuncia de un individuo al derecho a la libertad? Adelantándome ya e intentando esbozar una introducción a una posible explicación, creo necesario seguir enfocando la cuestión desde una perspectiva subjetiva a fin de proponer una hipótesis basada en el malestar existencial, las esperanzas irracionales, las pasiones, los cálculos imprudentes y las ilusiones del individuo que pueden inducirle a renunciar, *de facto*, a su propio derecho fundamental a la libertad.

De este modo, y partiendo de la idea de que el hombre es moralmente autónomo y no un siervo por naturaleza, ¿qué induce a una persona a aceptar algún tipo de servidumbre voluntaria? Y con servidumbre me refiero a descubrir que esta condición está al servicio de los equilibrios de las sociedades democráticas actuales ricas (las sociedades de destino), para las cuales la existencia de no-personas (vale decir de individuos privados de sus derechos

¹⁰ FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, Editori Laterza, Roma, 2008.

¹¹ BOVERO, M., «Tutela sovranazionale dei diritti fondamentali e cittadinanza», en T. Mazzarese (ed.) *Neoconstituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2000.

fundamentales) se justifica conforme a la utilidad de crear una especie de zona franca, en la que las normas del Estado de derecho no se aplican o sí lo hacen pero bajo un doble código de conducta moral. Así, estas sociedades caen en la trampa de considerar que una acción grave, inaceptable, que realizamos contra un individuo se transforma en una acción menos grave y, finalmente, hasta tolerable en cierta medida si afecta a un individuo considerado como no-persona.

La respuesta de La Boétie se desarrolla en dos direcciones principales¹². La primera se basa en el hábito de la servidumbre interpretada como una segunda naturaleza que ha suplantado y ofuscado el sentido innato de la libertad. La segunda, complementaria respecto de la primera, reconoce también la predisposición a la servidumbre en una gran mayoría de los individuos, en la abierta corrupción moral y civil –un migrante dispuesto a corromper y a ser corrompido en el ejercicio normal de las relaciones personales, sociales y políticas- la cual resulta más rentable y satisfactoria que el ejercicio, aun moderado, de la autonomía del juicio. Por más de que estos cálculos acaben probablemente por revelarse como erróneos a mediano y a largo plazo, es decir, estériles. Cabe añadir que casi la mitad, o tal vez más, de los siervos «voluntarios» consideran poder obtener –no importa ahora si tienen o no razón- ciertos beneficios (no sólo materiales) de su condición.

Retomando entonces el tema de la tutela de los derechos fundamentales, podemos agregar además que, en la práctica, estas sociedades occidentales que se consideran fundadas sobre la base de los derechos fundamentales del hombre se contradicen a sí mismas día a día. Sin embargo este hecho no puede constituir un argumento de peso contra el universalismo de los derechos¹³. Pero los obstáculos que se dan en la realidad están más directamente relacionados con el terreno de las decisiones políticas (intrínsecamente vinculadas a la normativa misma), particularmente con la decisión política de incorporar esta garantía de derechos a la normativa, creando márgenes institucionales que sólo dependen de la buena voluntad de los líderes occidentales.

El planteo final que se observa en esta teoría es el siguiente: ¿Por qué no volver, en cambio, a discutir claramente las migraciones en términos de movimientos sociales objetivos, inducidos cuando no determinados por situaciones externas, económicas, geopolíticas, etc.? El constitucionalismo mundial de los derechos fundamentales responde a un intento de proponer uno de estos caminos alternativos, cuya finalidad común no puede consistir en otra cosa sino en hallar formas de composición política e institucional para regular los conflictos autodestructivos a escala global, tanto económicos como militares, de los que se derivan, como consecuencias más trágicamente evidentes, las migraciones contemporáneas.

«En definitiva, lo que está en juego al intentar alcanzar una efectiva universalización de los derechos es la credibilidad de los «valores de

¹² LA BOÉTIE, Étienne de, *El Discurso de la servidumbre voluntaria*. 1era. Edición, La Plata, Terramar, Buenos Aires, 2008.

¹³ Para el tema del universalismo de los derechos, véase FERRAJOLI, L., *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Texto de la conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 30 de octubre de 2007, con motivo de la recepción del Premio Internacional de Investigación Jurídica "Héctor Fix-Zamudio".

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/122/inf/inf25.htm>

occidente», es decir, los valores de la igualdad, de los derechos de la persona y de la nacionalidad misma¹⁴».

2) Teoría de la legitimidad internacional de las migraciones.

Si de lo que se trata es de avanzar hacia otro modelo de política de inmigración, resulta necesario profundizar en el estudio de los dilemas que se presentan en ambos planos de la política, el internacional y el interno. Ante todo, se trata de establecer cuáles son las reglas, las instituciones, es decir, los instrumentos que pueden garantizar la sujeción de las relaciones internacionales a las exigencias de la democracia. En este punto, esta teoría no se refiere a la democracia global, en los términos cosmopolitas propuestos por Held, o de la Constitución mundial sobre la que argumenta Ferrajoli. Hace referencia a propuestas que permitan someter el modelo de división internacional del trabajo a una lógica distinta de la del fundamentalismo de mercado. Se refiere a instrumentos adecuados para mantener las garantías mínimas de control y de *accountability*¹⁵.

Los argumentos de esta teoría parten del error en que se incurre por querer dominar la inmigración para el propio beneficio. Como ha señalado Castles¹⁶, lo que se necesita es pensar en instrumentos que respondan a una estrategia global en los órdenes político y económico, tanto a medio como a largo plazo¹⁷, estrategias que deben ser adoptadas por instituciones con capacidad de actuación en el ámbito transnacional y global, alternativas a las dos instituciones de Washington que monopolizan esa tarea (FMI y Banco Mundial). Esta teoría plantea como punto de partida la necesidad de cambiar la prioridad de estrategias en cuanto a los flujos migratorios y su posible reducción – mediante el estrechamiento de las vías de entrada hasta permitir el ingreso a aquellos migrantes que se *necesitan* por razones más o menos coyunturales de mercado de trabajo o por exigencias demográficas. Ese modelo, que es el de la política de inmigración entendida como estadística (bastante imprecisa por cierto) ha mostrado su ilegitimidad como así también su incapacidad. Se trata, más bien, de encontrar estrategias que permitan gestionar los flujos conforme a criterios de legitimidad y eficacia, lo que supone, en primer lugar, que esos criterios sean acordes con los principios básicos de derechos humanos.

Por eso –y como segundo punto de análisis, encontrándose aquí más cerca de la teoría universalista de los derechos- la necesidad de revisar el significado de un concepto básico, el derecho a la **libre circulación**. Concretamente, esta hipótesis se pregunta si lo que hoy reconocemos y garantizamos como tal

¹⁴ FERRAJOLI, L., «Dei diritti del cittadino ai diritti della persona», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

¹⁵ En español, responsabilidad.

¹⁶ CASTLES, S., «Globalization and Immigration», Paper en el International Symposium on Immigration Policies in Europe and the Mediterranean, Barcelona, 2002.

¹⁷ Castles propone medidas a corto y medio plazo. Entre las primeras se trataría de eliminar las relaciones económicas que exacerbaban los conflictos locales, a saber, comercio de armas, diamantes, petróleo, etc. Entre las segundas, cambiar las reglas de juego acerca del régimen de inversiones, los acuerdos de comercio y propiedad intelectual que mantienen a los países del Sur en situaciones de dualización, subdesarrollo, pobreza. Junto a ellas, promocionar la cultura de los derechos, los instrumentos de división y control del poder de publicidad y rendición de cuentas en el Sur. Véase CASTLES, S., op. citado.

derecho no sea ni un privilegio (opción libre reservada a unos pocos) ni una necesidad, ni un imperativo ineludible. Que tampoco sea un destino fatal, una empresa degradante y peligrosa que aparece como la única opción para aquellos que quieren escapar de la miseria, de la ausencia de libertad, de oportunidades de vida. Que sea una decisión libre, autónoma. Entonces, si se quiere seguir manteniendo la concepción occidental de que ese derecho es un derecho humano fundamental universal, hay que plantearse su relación no ya con el derecho de salir libremente (el de emigración, el único contemplado en realidad en la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948), sino con el derecho de inmigración, como derecho no sólo de acceso sino de opción de pertenencia en otra comunidad, en otra sociedad política.

Se trata entonces de tomar en serio la autonomía individual. Esta teoría marca la profunda contradicción que hay en el reconocimiento del derecho de libre circulación sin el correspondiente derecho de libre acceso. Sería un sinsentido pensar en que, para la mayoría, el derecho a la libre circulación se convierte en un mero derecho o expectativa de «situarse en órbita», para ser captado cuando así convenga por el mercado global, por sus agentes, quienes terminan siendo los verdaderos titulares de la libertad de circulación¹⁸.

Nuevamente aparecen acá las críticas que hacen los partidarios de las teorías del realismo, cuando sostienen que este tipo de proposiciones desembocan inevitablemente en la «irresponsable» propuesta de abrir las fronteras. Nuevamente nos encontramos ante una falta de comprensión del argumento esgrimido. Porque, para garantizar el derecho de libre circulación no se trata tanto de abolir las fronteras, sino de cambiar la división internacional del trabajo, cambiar la función social atribuida a los países de origen de los flujos y a los propios inmigrantes, a los que se admite que ejerzan el derecho de libre circulación sólo como herramientas de trabajo y, en el mejor de los casos, como trabajadores. Y para lograrlo resulta necesario imponer otras reglas que cambien el monopolio de la lógica del beneficio en las relaciones Norte-Sur, actuando sobre las causas del subdesarrollo humano en los países que lo padecen.

Me parece poco discutible que cambiar las reglas de las relaciones no igualitarias entre el Norte y el Sur supone, ante todo, impulsar la participación de los países del Norte en el salto hacia el objetivo de desarrollo humano y que a esos efectos, que son ante todo políticos, es cuando puede servir la estrategia de codesarrollo¹⁹ como condición de beneficio mutuo de todos los agentes implicados en los flujos migratorios.

En relación a esta teoría quisiera poner el acento en la necesidad de evitar lo que entiendo como dos errores frecuentes: primero, un planteamiento que asocie o condicione la estrategia de codesarrollo a los intereses geoestratégicos de los países de destino de la inmigración, empezando por la tarea de policía de fronteras y siguiendo por la penetración de objetivos empresariales de los países en cuestión. Segundo, la identificación de la estrategia de desarrollo con la imposición estrictas limitaciones a los flujos

¹⁸ DE LUCAS, J., "Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado", *Anuario de la Facultad de Derecho Nº 7*, Universidad Autónoma de Madrid 2007.

¹⁹ Este concepto fue acuñado primeramente por Sami Naïr y el informe que redactó como encargado de la "Misión Interministerial Migraciones y Codesarrollo" en Francia, en 1997 (Informe de balance y orientación sobre la política de codesarrollo ligada a los flujos migratorios). En términos generales, la idea básica ligada al concepto de codesarrollo es la vinculación entre cooperación internacional e inmigración. Esta vinculación se hace en el sentido de aprovechar la cooperación para mitigar la inmigración.

migratorios. Vale decir que, si el precio de lo que denominan codesarrollo es que los inmigrantes no puedan pretender, en ningún caso, quedarse en el país de destino (salvo como *guest workers* y ello durante el período y en las condiciones que marque el mercado) esa estrategia fracasará. Y fracasará, sobre todo, porque, de nuevo, la perspectiva -pensar en esa estrategia de codesarrollo como el freno frente a la inmigración- no es la correcta. Si esa estrategia supone ignorar los dos ítems que he enunciado así como los principios de legitimidad en las relaciones internacionales, el respeto por los derechos humanos y, en primer lugar, el respeto por el derecho de libre circulación, y si no tiene en cuenta las necesidades de los países de origen de los flujos, sus condiciones, sus propios proyectos, la respuesta siempre será la equivocada.

3) Cuestiones de legislación interna

Este punto de vista tienen una íntima relación o, podría decirse, una continuidad, con la teoría de los derechos universales. Porque, los valores de los que habla el cosmopolitismo universalista –los valores de la igualdad, de los derechos de las personas y de la nacionalidad misma- son, justamente los que se traducen en una normativa adecuada. Considero oportuno, en este punto, hacer una comparación entre el mecanismo de autoregulación del mercado – bien sea de mercancías, de capitales o de trabajo- el evidentemente se ha mostrado incapaz de regularse o limitarse por sí mismo y, por lo tanto, exige ser regulado y limitado mediante normas y, la regulación de las políticas migratorias. Así, en cuanto al mercado, lo que se debate es qué tipo de normas podrían ser las más adecuadas para limitarlo de un modo efectivo, sin dejar de lado su finalidad última –que sigue siendo la de favorecer la tan deseada «libertad de mercado» sin por ello renunciar a hacer de ella una libertad viable y compatible con las otras libertades. A pesar de que, desde mi perspectiva, el derecho a la migración constituye una concreción específica del derecho fundamental a la libertad personal, me daría por satisfecha si las cuestiones relacionadas con la regulación y la limitación de las migraciones suscitaran la misma cordura y el mismo prejuicio favorable que utilizan los legisladores de las democracias avanzadas cuando se trata de imponer límites (?) a la libertad de mercado.

El legislador que actúa en el ámbito nacional o internacional debería, en la medida de lo posible, referirse a los fenómenos migratorios teniendo en cuenta también la ética de las consecuencias. Sin embargo, esto depende, en primer lugar, del norte que guía al legislador (llámese política, identificación, ideología, necesidades, etc.) y, en segundo lugar, de la inteligencia en prever las consecuencias de las decisiones tomadas a medio y a largo plazo. No soy socióloga, ni demógrafa ni experta en estadísticas, por lo que prefiero no hablar de algunos aspectos técnicos. Sin embargo tengo la impresión de que quienes intentan detener las migraciones insisten en un error de previsión, sólo concebible como tal desde la perspectiva de la ética de las consecuencias. Por ejemplo, el demógrafo Massimo Livi Bacci escribe en un artículo significativamente titulado *Por qué no hay nadie en el mundo capaz de detener la migración*: « [...] muchos consideran que las políticas de ayuda al desarrollo constituyen una vía alternativa a la emigración: los ricos ayudan a los pobres a

salir de su pobreza desde sus casas. Una noble idea –con la cual, por otra parte, muchos países justifican políticas migratorias muy restrictivas- pero de difícil concreción. Bastaría con comparar los recursos financieros recibidos de los países de la emigración como transferencias directas con los recursos recibidos como ayudas al desarrollo distribuidas por los países ricos: los primeros superan a los segundos²⁰».

Entonces, al momento de la sanción de una ley de migraciones, por ejemplo, no hay que caer en lo que Hegel llama un típico fruto de la inmensa inconsecuencia propia de los hombres prácticos que desembocará, con toda probabilidad en la situación que « [...] una cantidad considerable de la población [estará] formada por extranjeros extremadamente móviles, pero poco integrados y desinteresados respecto de la vida del país, constantemente reemplazados, dotados tal vez de una fuerte sensación de ser ajenos a la sociedad en que habitan²¹» (no utiliza aquí los adjetivos «marginados» y «discriminados» que, de todas formas, encajarían bastante bien).

A modo de conclusión. Debate abierto.

Y esto también nos lleva a preguntarnos ¿por qué el simple buen sentido, o al menos lo que parece serlo, no es atendido y considerado por un gran número de los electores de los Estados democráticos ricos? Para decirlo de otra manera y siguiendo a Livi Bacci, ¿por qué un sentido común tan visiblemente falso y repleto de mitemas etnoculturales inconcientes, llega a darse por sentado y a imponerse con tanta facilidad? Así, algunos autores, al momento de escribir sus teorías acerca de la justicia, por ejemplo, parten de la necesidad de que todos los individuos, y, por lo tanto, también los electores de nuestras democracias, posean la capacidad de relativizar la propia posición personal. Algunos incluso sostienen que pese a no ser capaces de «salir de nuestra piel, de negar que nos hallamos –en cuanto que individuos limitados- efectivamente en el centro de nuestro propio horizonte, que a su vez está jalonado por el tipo de civilización que cada uno de nosotros ha heredado²²», somos teóricamente capaces de realizar un giro en nuestra perspectiva limitada y ver más allá de nuestra dependencia de un contexto global, logrando, en la medida de lo posible, «abrir los ojos frente a la trágica laceración que la humanidad entera (y no sólo desde hoy) padece en un mundo partido en dos²³».

Nuestro cuestionamiento final sería justamente repensar cuáles son las causas que determinan que la regla de oro, es decir, la capacidad de ponerse en el lugar del otro, esté hoy más desatendida que nunca, cegada por un particularismo mezquino, sin perspectivas ¿Por qué esa regla de oro ni siquiera necesita entrometerse en esta necesidad que impera en la actualidad, de llevar a cabo una «guerra infinita» con el fin de mantener alejadas las masas que incomodan a las sociedades democráticas ricas y conseguir, en cambio, apoderarse de los recursos que, a pesar de siglos de conquistas y civilizaciones, siguen obrando en su poder?.

²⁰LIVI BACCI, M., en diario La Repubblica, 14 de noviembre de 2002.

²¹DE LUCAS, op. citado.

²²BODEI, R., Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze, Feltrinelli Frilli, Génova, 2002.

²³Idem