A FONDO

A FONDO La violación de los derechos humanos de migrantes irregulares. Un análisis a través del enfoque del estado de excepción de Giorgio Agamben
Claudia Arianne Martínez Zaragoza

La violación de los derechos humanos de los migrantes irregulares. Un análisis a través del enfoque del estado de excepción de Giorgio Agamben

Claudia Arianne Martínez Zaragoza

esente artículo hace una
lexión sobre el escenario
migración irregular. Con
in se utiliza la teoría del
o de excepción de Giorgio
amben, quien considera a
e como un orden jurídico
calización —donde la ley
spendida— y por ende, le
esponde una localización
n orden jurídico —campo
omo zona permanente de
excepción—. Es así que el
de mérito considera que
ando existe un espacio de
cepción (cuando la ley se
nde de manera integral).

Resumen

El presente artículo hace una reflexión sobre el escenario de la migración irregular. Con este fin se utiliza la teoría del estado de excepción de Giorgio Agamben, quien considera a éste como un orden jurídico sin localización, donde la ley es suspendida, y por ende sin orden jurídico, campo como zona permanente de excepción. El autor de mérito considera que cuando existe un espacio de excepción, es decir, cuando la ley se suspende de manera integral, todo tipo de violaciones a derechos humanos es posible. Actualmente se considera una realidad social que deben enfrentar los migrantes irregulares, pues ha dejado de ser excepcional para convertirse en una nueva modalidad de exclusión social permanente, provocando que los migrantes irregulares salgan del contexto jurídico nacional e internacional que los protege en todo momento, pero que no siempre es cumplido según los instrumentos previamente pactados por los Estados.

Palabras clave: estado de excepción, migración irregular, migrantes irregulares.

Abstract

This article reflects on the stage of irregular migration. To this end, the theory uses a state of emergency by Giorgio Agamben, who considers it as a legal order without location —where the law is suspended, and thus corresponds to alocation withoutlegal— permanent zone field as exceptional—. Thus the author of merit considered that when there is a space of exception (when the law is suspended comprehensively), all kinds of human rights violations are possible. Currently considered a social reality faced by irregular migrants, which is no longer exceptional to become a new form of permanent social exclusion, which allows irregular migrants leave the national and international legal framework that protects them at all times but that

is not always ful filled in the manner provided in the instruments previously agreed by the States.

Key words: state of emergency, irregular migration, irregular migrants.

Consideraciones de Agamben

El 11 de enero de 2004, Giorgio Agamben publicó el artículo denominado "No al tatuaje biopolítico"[1], en el cual expresó la decisión de no volver jamás a los Estados Unidos de América; la razón: las medidas de control implementadas para aquellas personas que desearan ingresar a ese país, por medio del cual manifiesta lo siguiente:

> El problema excede los límites de la sensibilidad personal y concierne al estatuto jurídico-político (sería quizás más simple decir bio-político) de los ciudadanos de los Estados pretendidamente democráticos en los que vivimos. Desde hace algunos años tratan de convencernos de que debemos aceptar como las dimensiones humanas y normales de nuestra existencia prácticas de control que habían sido consideradas siempre como excepcionales e inhumanas.
>
> Nadie ignora que el control ejercido por el Estado sobre los individuos a través del uso de dispositivos electrónicos [...] ha alcanzado límites en otros tiempos insospechables. Sin embargo, no se podrían superar ciertos umbrales en el control y manipulación de los cuerpos sin penetrar en una nueva era biopolítica, sin franquear un paso más en lo que Michel Foucault llamaba una animalización progresiva del

[1] El concepto de biopolítica es desarrollado por el filósofo francés Michel Foucault, definiéndolo como aquello que "hace entrar a la vida y sus mecanismos en el dominio de los cálculos explícitos y convierte al poder-saber en un agente de transformación de la vida humana" (Foucault, 2009: 135); es decir, cuando la política incluye a la vida natural dentro de los cálculos del poder estatal.

> hombre realizada a través de las técnicas más sofisticadas (Agamben, 2004).

Por ello, estas medidas fueron creadas, en un inicio, para controlar posibles peligros inminentes para un Estado, desvirtuando tal propósito y conceptualizando al ser humano como *sospechoso por excelencia*. En este sentido, cualquier persona puede catalogarse como un peligro potencial para la sociedad. Lo anterior, evidencia lo difícil que se torna transitar por el mundo, así como las dificultades que implica desplazarse de un territorio a otro, motivo por el cual existe una reformulación constante de todo lo que conlleva el tema del fenómeno migratorio.

Tal y como lo afirma Agamben, el uso de los mecanismos de control social, hoy en día, es frecuente y legítimo y se escudriña en el paradigma de la seguridad. Ahora bien, el devenir histórico ha permitido que estos dispositivos sean vistos de manera normal.

Partiendo de lo anterior, resulta más fácil comprender por qué el autor denominó *tatuaje biopolítico* a las prácticas migratorias norteamericanas, entendiéndose como la intención de controlar minuciosamente a la población que circula dentro de su territorio. Ahora bien, es importante destacar que Agamben ya había tratado la cuestión migratoria, relacionándola con los aportes de Michel Foucault sobre la biopolítica y subrayando la esencia del poder soberano dentro del biopoder[2].

El estado de excepción de Giorgio Agamben

En Agamben, el concepto de estado de excepción tiene un importante sentido filosófico y no se debe identificar con las nociones de

[2] Biopoder entendido como "el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general de poder" (Foucault, 2007: 15).

"estado de sitio o ley marcial" (Agamben, 2003: 28). Así, es imprescindible apartar la mirada del fenómeno jurídico-legal y enfocarla en la connotación filosófica del concepto. En tal virtud, comenzaremos por analizar la construcción del estado de excepción desarrollada por Agamben, quien parte de la obra *Teología Política* de Carl Schmitt.

En *Estado de excepción. Homo sacer II*, Agamben expone sobre el momento en el que se produce la suspensión del derecho para garantizar su continuidad, ya que para él no existe un límite en la situación excepcional; más bien, lo excepcional muestra una tendencia a convertirse en una constante, llegando a tornarse normal, convirtiéndose en la forma paradigmática de gobierno. En ese sentido, su obra trata de contestar a la interrogante: ¿Qué significa vivir en un estado de excepción permanente? (2003: 14).

En ese sentido, en el estado de excepción el núcleo problemático es el vínculo existente entre anomia y derecho: "analiza[ndo] esta doble naturaleza del derecho, tal ambigüedad constitutiva del orden jurídico por la cual éste parece estar siempre al mismo tiempo fuera y dentro de sí mismo, a la vez vida y norma, hecho y derecho" (Agamben, 2003: 14). El estado de excepción es, precisamente, el dispositivo que se caracteriza por la relación entre ley (normal) y no-ley (excepción). A partir de lo anterior, Agamben sitúa al estado de excepción en un área indeterminada, pues se encuentra dentro y fuera, ya que la suspensión del orden jurídico no lo destruye y la anomia en la que se ubica no está tampoco tan fuera de la norma.

Agamben sostiene que el estado de excepción "se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal" (2003: 24). Así, una de las nociones centrales de su obra se enfoca en la suspensión del derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia, convirtiéndose en el paradigma de gobierno en la política contemporánea, en la que una medida de excepción se vuelve la técnica del gobierno y modifica necesariamente las formas de entender el poder, presentándose como "un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo" (2003: 26).

A partir de esta teoría, Agamben desarrolla un modelo de poder que busca unir tanto al modelo jurídico-institucional —una concep-

ción de soberanía y Estado—, como al modelo biopolítico de poder. El estado de excepción, en cuanto a la dimensión jurídico-abstracta, necesita de un lugar en que concretarse: para el autor, ese lugar es equiparable a un campo de concentración[3], no como un simple hecho histórico o una aberración del pasado, sino como el *nomos* del espacio político en que vivimos todavía. Agamben explica que tales campos no nacen del derecho ordinario, sino del estado de excepción. El fundamento jurídico, en un inicio, era la proclamación de dicho estado, con la correspondiente suspensión de garantías; sin embargo, "el estado de excepción deja así de referirse a una situación exterior y provisional de peligro real y tiende a confundirse con la propia norma" (2003: 214).

Del mismo modo, señala que el nacimiento de este estado de excepción —campo de concentración— se produce en el momento en que el sistema político del Estado-nación moderno entra en una crisis duradera y el Estado decide asumir directamente entre sus funciones propias el cuidado de la nación, constituyéndose en un nuevo regulador oculto de la inscripción de la vida en el orden jurídico.

De lo anterior, se infiere que lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico: la decisión. Lo excepcional es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba, la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquella (Agamben, 2003: 28-29).

Por el contrario, en la medida en que el estado de excepción se aparta de la legalidad que lo regula, se produce toda una serie de anomalías institucionales que entrañan graves consecuencias en el goce de los derechos humanos (Despouy, 1999: 55).

Es así que la excepción es una especie de exclusión; es un caso individual que es excluido de la norma. Pero lo que caracteriza pro-

[3] Agamben señala que desde la Primera Guerra Mundial (1934-1948), tanto el estado de excepción como su instauración se encuentran contemplados en todos los ordenamientos, independientemente de encontrarse o no formalizado constitucional o legislativamente.

piamente a la excepción es que lo excluido no queda por ello absolutamente privado de conexión con la norma; por el contrario, se mantiene en relación con ella en la forma de suspensión. El estado de excepción no es, pues, el caos que precede al orden, sino la situación que resulta de la suspensión de éste. En tal sentido, la excepción es verdaderamente, según su etimología, "sacada fuera (*ex capere*) y no simplemente excluida" (Agamben, 2003: 30).

La excepción define la estructura de la soberanía, es decir, lo que está fuera de lo aquí incluido, no simplemente mediante una prohibición o un internamiento, sino por la suspensión de la validez del orden jurídico, dejando que éste se retire de la excepción, que la abandone. No es la excepción la que se sustrae a la regla, sino que es la regla la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción y sólo de este modo se constituye como regla, manteniéndose en relación con aquélla (Agamben, 2003: 31).

En conclusión:

> el estado de excepción es, en este sentido, la apertura de un espacio en el cual la aplicación y la norma exhiben su separación y una pura fuerza-de-ley-actúa (esto es, aplica-desaplicando) una norma cuya aplicación ha sido suspendida. De este modo, la soldadura imposible entre norma y realidad, y la consiguiente constitución del ámbito normal, es operada en la forma de la excepción, esto es, a través de la presuposición de su nexo (Agamben, 2003: 83).

La necesidad dentro del estado de excepción

Cuando se reflexiona sobre la justificación jurídica del estado de excepción, la respuesta se encuentra en la comprensión del concepto de necesidad, planteando con ello una tensión entre dicho concepto y la ley; es así que la máxima jurídica *Decretum Gratiani: necessitas legem non habet*, (Decreto de Graciano: la necesidad no tiene ley), según Agamben, comprende "dos sentidos opuestos: 'la necesidad no reconoce ley alguna' y 'la necesidad crea su propia ley' [...] En ambos

casos, la teoría del estado de excepción se disuelve integralmente en la teoría del *status necessitatis*, de modo que el juicio sobre la subsistencia de éste agota el problema de la legitimidad de aquél" (2003: 60).

Así, la primera acepción se toma como básica, sin embargo, la segunda es la que prevalece en la actualidad. De ahí que el estado de excepción, como expresión de la necesidad, se presenta junto con la revolución y la instauración de hecho de un ordenamiento constitucional, como "justificación de una transgresión en un caso singular y específico a través de una excepción" (Agamben, 2003: 61). Bajo estas circunstancias, el estado de excepción, sustentado en el estado de necesidad, se exhibe "como una zona ambigua e incierta en la cual los procedimientos de facto, en sí mismo extra o antijurídicos, pasan a ser derecho, y las normas jurídicas se indeterminan en mero facto; un umbral, por lo tanto, en el cual hecho y derecho se vuelven indecidibles" (2003: 66-67). Por ende, lo anterior robustece la percepción de que frente al estado de excepción, quedamos en presencia de una invención, en la cual la ley (derecho) libra una batalla contra la anomia.

El estado de excepción aplicado a migrantes irregulares[4]

Breve reseña de la migración irregular[5] en México

En el ámbito mundial, el flujo migratorio ha estado presente, ya sea por causas naturales o humanas, en la historia del hombre. Por con-

[4] "Persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras vencimiento de su visado, deja de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor" (OIM, 2006).

[5] "Movimiento de personas del Estado de origen a otro con un fin laboral. La migración laboral está por lo general regulada en la legislación sobre migraciones de los Estados. Algunos países asumen un papel activo al regular la migración laboral externa y buscar oportunidades de trabajo para sus nacionales en el exterior" (OIM, 2006).

siguiente, se puede afirmar que el fenómeno de la migración internacional no es nuevo; sin embargo, la movilidad contemporánea se ve afectada por diversas facetas y dinámicas, motivadas fundamentalmente por efectos expelentes (globalización, inseguridad, delincuencia, pobreza, falta de oportunidades de empleo o mejoramiento laboral, conflictos armados, entre otros); lo cual, implícitamente conlleva a las personas a buscar, en el Estado receptor, una nueva y mejor calidad de vida, tanto a nivel personal como familiar, orillándoles a abandonar el país de origen.

Es preciso enfatizar que los migrantes sufren trastornos en tres componentes trascendentales que sirven para definir al ser humano: raíces, lengua y normas sociales; en virtud de que el migrante al emprender su viaje pierde su lugar de pertenencia, mezclándose en un entorno donde impera una lengua extranjera y, por último, se encuentra rodeado por personas con códigos de conducta social diferentes al suyo.

La dinámica migratoria en cada área geográfica presenta particularidades, y América Latina no es la excepción, debido a las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales que guardan los distintos países que la conforman. Ahora bien, la región norte de Latinoamérica —México y Centroamérica— se caracteriza por el movimiento de migrantes hacia los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual denota una circulación de personas que comprende algunos territorios centroamericanos y mexicanos. Es así que México no sólo es un Estado receptor de inmigración, sino también es un Estado de tránsito.

Al respecto, Amnistía Internacional, en su publicación *Víctimas invisibles. Migrantes en movimiento en México*, puntualiza:

> Cada año, decenas de miles de hombres, mujeres, niños y niñas atraviesan México sin permiso legal, como migrantes irregulares. Más de nueve de cada diez proceden de Centroamérica, sobre todo del El Salvador, Guatemala, Honduras o Nicaragua. La gran mayoría se dirigen a la frontera estadounidense con la esperanza de una nueva vida lejos de la pobreza que han dejado atrás. Su viaje es uno de los más peligrosos del mundo.

> México es uno de los pocos países del mundo que es a su vez destino y tránsito para los migrantes, y un punto de partida para la emigración, ya que miles de mexicanos tratan de cruzar la frontera con Estados Unidos en busca de trabajo. Esto da lugar a complejas consecuencias sociales, económicas, políticas y culturales tanto para México como para sus vecinos regionales (2010: 5).

Lo anterior demuestra que la migración irregular está asociada con riesgos para las personas que recorren las diversas rutas clandestinas, generando situaciones de riesgo que ponen en peligro su vida e integridad física durante su trayecto, atentando contra su dignidad y sus derechos humanos. Con ello, se expone que los migrantes irregulares se encuentran ante una evidente condición de vulnerabilidad. Dicho de otra forma, la condición migratoria irregular es el escenario idóneo para que sean sujetos de abusos y violaciones a sus derechos humanos y, paralelamente, su situación irregular en el país propicia que no denuncien los maltratos y abusos sufridos en su viaje. Las razones por las cuales los migrantes irregulares no denuncian tales actos de los que son víctimas son: la falta de conocimiento en los procesos, autoridades, competencia y organismos encargados de investigar y sancionar dichas arbitrariedades; la desinformación de los mecanismos e instituciones encargadas de salvaguardar los derechos humanos; el temor a represalias; así como la falta de tiempo para iniciar ante las instancias correspondientes queja o denuncia respectiva.

Estado de excepción y migración irregular

La excepción se aplica al caso concreto de los migrantes irregulares en virtud de las situaciones inherentes a su condición (idioma, sexo, color, situación migratoria), donde se ven suspendidos y transgredidos sus derechos humanos debido a esta excepcionalidad. Con ello, se enfatiza que a dicho grupo vulnerable le es negada cualquier protección prevista por los mecanismos jurídicos correspondientes; es así que al entrar en esta excepcionalidad, se encuentran en un total y pleno limbo legal, siendo excluidos de la esfera de protección, pre-

viamente reconocida por los instrumentos internacionales pactados por los Estados, incluyendo al mexicano.

De esta manera, Giorgio Agamben, menciona que una ley tiene vigencia, pero sin significado alguno, en donde el gesto más inocente o el más pequeño de los olvidos pueden tener las consecuencias más extremas; si equiparamos esto a los migrantes como grupos vulnerables, encontramos que viven en un estado de excepción, en donde los Estados, a pesar de tener la obligación de brindarles certeza, los aíslan de toda protección jurídica, causando en algunas ocasiones la muerte. Por ende, no puede negarse que la condición migratoria irregular favorece la presencia de prácticas de exclusión social o excepción, específicamente asociadas al fenómeno migratorio. En cierto modo, la situación irregular actúa como fuente de legitimación del maltrato, la segregación o el abuso laboral. No obstante, la regularización no es, por sí sola, un mecanismo de freno a la exclusión social.

Resulta necesario prestar atención a las nuevas batallas que protagonizan los migrantes irregulares, en primera línea por su legalización; luchas que ponen de manifiesto su resistencia y oposición a los esfuerzos de control de los Estados desarrollados, a ese estado de excepción en que los han sumergido, ya que a pesar de la implementación de mecanismos de control para evitar la migración irregular a través de visas o pasaportes, los migrantes irregulares siguen desplazándose hacia esos países. De esa forma se puede inferir que luchan por salir de ese *campo de concentración*, en el que se encuentran suprimidos todos sus derechos primigenios, y que a pesar de que el Estado pone trabas —ya no como una medida provisional, sino como una medida permanente, al manifestar que no contribuyen con el desarrollo de su país, razones de soberanía y porque señalan que son una amenaza que debe erradicarse—, el migrante irregular no ha cesado en su intento por mejorar su calidad de vida, a pesar de las consecuencias y problemas que deberán enfrentar al internarse de manera irregular.

En ese sentido, la migración irregular no es un efecto funcional de los desequilibrios del mercado laboral en los países receptores, sino un movimiento de sujetos sociales que el poder intenta contro-

lar e integrar, pero que se resisten y luchan contra ese control. La reconfiguración permanente, el desarrollo continuado de prácticas estatales de sometimiento, el compromiso que se restablece continuamente de manera cambiante con los subordinados, la formación de nuevas coaliciones, etcétera, no han logrado frenar ese movimiento, ya que se mantiene en su dinámica a partir de resistencia y lucha. En ese contexto, dichos movimientos no existen sin las políticas de control, cuyo caso extremo es el campo de concentración convertido por Agamben en paradigma de la política moderna, pero las luchas de los *sin papeles* muestran la necesidad de ver las migraciones como un fenómeno en el que se actualizan las resistencias frente a la dominación.

Cuando el estado de excepción tiende a confundirse con la regla, "no sólo se presenta cada vez más como una técnica de gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja también salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico" (Agamben, 2003: 32). Las instituciones y los precarios equilibrios de los sistemas políticos democráticos, como en el caso de México, ven amenazado su funcionamiento hasta el punto de que la propia frontera entre democracia y absolutismo parece borrarse.

Es así que los migrantes irregulares son *entes jurídicos invisibles*, puesto que se mueven en *tierra de nadie*, entre la política y el derecho, entre el orden jurídico y la vida; Agamben desmonta de modo implacable los más relevantes intentos de legitimación jurídica del estado de excepción y arroja una luz nueva sobre la relación oculta que anuda violencia y derecho. Mostrar el derecho en su no relación con la vida y la vida en su no relación con el derecho significa abrir entre uno y otra un espacio para esa acción humana, que un tiempo reclamaba para sí el nombre de política. Frente a esta situación, el Estado mexicano tiene que responder de una forma multidimensional. Se recuerda que el derecho a la vida, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna (CIDH, 1999). En

este sentido, el Estado tiene la obligación de adoptar preceptos positivos, concretos y orientados a buscar los satisfactores necesarios para garantizar el derecho a una vida digna, especialmente cuando se trata de individuos en circunstancias de vulnerabilidad y riesgo, tales como mujeres, niños y niñas, jóvenes, indígenas, migrantes, etcétera, cuyo cuidado será prioritario.

El estado de excepción, como se puede apreciar, ha ido transformándose a través de la historia y, además, considero que ha cobrado una fuerza de ley.

> El concepto fuerza-de-ley, como término técnico del derecho, define por lo tanto, una separación del *ius obligandio* de aplicabilidad de la norma de su esencia formal, por la cual decretos, disposiciones y medidas que no son formalmente leyes adquieren no obstante la 'fuerza' [...]
>
> El estado de excepción es un espacio anómico en el que se pone en juego una fuerza de ley sin ley [...]
>
> El Estado de Excepción es, en este sentido, la apertura de un espacio en el cual la aplicación y la norma exhiben su separación y una pura fuerza de ley actúa (esto es, aplica des-aplicando) una norma cuya aplicación ha sido suspendida. De este modo, la soldadura imposible entre norma y realidad, y la consiguiente constitución del ámbito normal, es operada en la forma de la excepción, esto es, a través de la presuposición de su nexo (Agamben, 2003: 80-83).

Derivado de lo anterior, en los casos en que la condición migratoria es irregular, muchas veces se beneficia la presencia de prácticas de exclusión, específicamente las asociadas al fenómeno migratorio; la situación irregular actúa como fuente de justificación del maltrato, la segregación, el abuso laboral. El miedo a la deportación se constituye en una transgresión automática de derechos humanos, ya que el migrante no hace uso de las garantías judiciales por temor, además, se presentan muchos casos de abuso por parte de los agentes del Es-

tado, ya que al no poder denunciar los actos arbitrarios en su contra, se vuelven blanco de discriminación.

Por lo tanto, se advierte que sin importar las causas que motiven un estado de excepción, entendido éste como una exclusión de la esfera jurídica de protección de los derechos fundamentales o como el campo de concentración antes referido, la condición migratoria irregular de quien encuentra en el Estado mexicano, o bien, de quien se encuentra en tránsito por el mismo, no debe ser fuente de legitimidad para vulnerar los derechos fundamentales, es decir, el Estado debe reconocer la personalidad jurídica de los migrantes irregulares, pues el hecho de que no tengan papeles o que no hayan cumplido con los documentos requeridos por las oficinas diplomáticas no debe suponer su inexistencia ante las leyes y ordenamientos internos; luego entonces, la exclusión no puede, en ningún momento, justificar la violación de los derechos humanos.

Los derechos humanos y los migrantes: de la teoría a la práctica

Actualmente, los migrantes se enfrentan con legislaciones y prácticas laborales discriminatorias por parte de los Estados y, lo que es peor, sufren la constante negación de instancias gubernamentales y de garantías del debido proceso. La situación es grave para los migrantes que se encuentran documentados, pero es aún más para aquellos que no han podido legalizar su situación jurídica en el país en el que viven. Es así que, al relacionar los derechos humanos con el contexto de la migración, es inevitable asociar también conceptos como: protección, violación, uso de la violencia, la discriminación, el rechazo y la condena a lo diferente.

Los derechos humanos, como lo asienta la Declaración Americana, "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana", es decir, "el Estado no es el creador de esos derechos, sino que es la naturaleza misma la que le ha dado al hombre, desde que éste existe, derechos consustanciales a su propia naturaleza racional" (Camargo, 1960: 3).

En otras palabras, los derechos humanos son facultades propias que todo ente humano tiene por el hecho de ser. Tales facultades son, al mismo tiempo, las que tiene como ente individual y como ente social, esto es, como miembro de la sociedad, del conjunto de seres humanos que habitan en la tierra y, por ello, nace con derechos. Tales derechos connaturales o humanos, o simplemente naturales, regulan el ejercicio de las facultades que la persona tiene como ente individual y social, y constituyen el fundamento, conjunto de principios abstractos e inmutables de validez universal, también llamado código moral, sobre el que descansan las instituciones jurídicas, políticas, económicas y sociales.

Dentro de ese código que rige a las instituciones, sea moral o jurídico, sobresalen dos conceptos básicos: *la libertad* y *la igualdad*; importantes para nuestro tema de estudio, al examinar cómo han evolucionado en el tiempo y su significado. De forma más general, la libertad, en lo relativo a la facultad de hacer o no hacer determinadas cosas no impedidas por la norma, era entendida como no impedimento o la libertad negativa. Hay una primera prolongación del concepto de libertad como no impedimento, a la teoría de la libertad como autonomía, cuando empieza a entenderse no solamente como el no ser impedido por las nomas externas, sino a darse normas a sí mismo y, por lo tanto, el no tener leyes. Desde luego, no se refiere a la ausencia de leyes, sino a la presencia de leyes íntimamente queridas e internamente asumidas. Sobre la base del concepto de libertad como autonomía nace la teoría de la libertad política como desarrollo de la libertad civil (Carvajal, 2004: 25). En un segundo momento, el concepto de libertad pasa de una concepción negativa a una positiva, es decir, cuando se entiende a la libertad negativa como auténtica y digna de ser garantizada no sólo como una facultad negativa, sino también como un poder positivo.

El principio de igualdad se refiere a que deben ser tratados de igual modo todos aquellos que sean iguales, es decir, que pertenecen a una misma categoría, y como la categoría a la que nos referimos es la de los seres humanos, entonces todas las personas deben ser tratadas de igual forma. La conexión entre los dos conceptos pasa por

diferentes niveles y correspondencias. La libertad personal corresponde a la igualdad jurídica, una capacidad abstracta de actuar en los límites de la ley por interés propio.

Principio de igualdad y no discriminación

Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, se referieren los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos fundamentales. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación.

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en diversos instrumentos internacionales. El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La CIDH se ha pronunciado al respecto estableciendo que:

> la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (CIDH, 2003: 87).

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

Como ya se ha puesto en relieve, la igualdad ante la ley y la no discriminación en el disfrute de los derechos humanos son principios estructurales del derecho internacional de los derechos humanos, ya que son una consecuencia obligada de la afirmación de la dignidad de la persona humana.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (CIDH, 2003: 92).

El principio de no discriminación se consagra en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y, sobre todo, en los artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 incorpora la cláusula genérica de no discriminación en su artículo 2.2.

De esa forma, al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, se considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se

encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse, efectivamente, como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

En este sentido, la CIDH considera al principio de igualdad ante la ley como:

> igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (CIDH, 2003: 101).

Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes

Si bien en el mundo existen diversas acciones estatales y privadas que pugnan y promueven la integración social de los migrantes, también es cierto que el contexto en el que se mueven las corrientes migratorias en el mundo es sumamente adverso para prever una integración social y cultural exitosa en los Estados receptores. Una de las características que distingue la problemática de los migrantes es precisamente la discriminación social de la que son objeto, la que se desarrolla de manera independiente a su calidad legal de documentados o indocumentados. Los flujos migratorios están inmersos en un ambiente de rechazo, menosprecio y estigmatización que se sustenta en un prejuicio social y la intolerancia racial o cultural, en función de su origen extranjero, raza, nivel económico, estatus legal, pertenencia étnica, edad, género y eventualmente por una condición de discapacidad. De ahí que la discriminación constituya un elemento cultural central que no sólo impide la integración social y cultural de los migrantes, sino que en casos extremos llega incluso a limitar el derecho fundamental más básico: la vida. En tal sentido, la discriminación tiene un peso mayor en el menosprecio de los migrantes que los factores económicos.

En términos específicos, la noción de discriminación, de acuerdo con el doctor Jesús Rodríguez Zepeda, hace alusión a

> una conducta culturalmente fundada y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un perjuicio negativo o estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales (2007: 9).

Sobre esta base, la definición señalada puede ser aplicada a los migrantes, puesto que este derecho fundamental precisa que cuando se excluye a una persona o grupo social, se le impide el acceso al ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, al trabajo, a la educación o a la salud, entre otros.

Una vez establecido el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, y los efectos que se derivan de la obligación de los Estados de respetar y garantizar este principio, se refiere la migración en general y la aplicación de dicho principio a las personas migrantes indocumentadas.

Generalmente, los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

Existen prejuicios culturales sobre los migrantes que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

> La situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes es debida, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular (AGNU, 2000).

> Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no

> se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa (CIDH, 2003: 118).
>
> Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos (CIDH, 2003:119).

Por lo tanto, las prácticas discriminatorias fragmentan a las sociedades, las dividen y vulneran toda construcción democrática que por naturaleza debe ser incluyente; una sociedad que discrimina es una sociedad que lacera los derechos fundamentales de las personas, que cancela oportunidades y derechos de aquellos que excluye y margina. Una sociedad discriminatoria no fomenta la integración social o cultural. Desde esta perspectiva, la discriminación que sufren los migrantes, y que se traduce en detenciones arbitrarias, impedimento de la reunificación familiar, aplicación discrecional de la ley o condiciones infrahumanas durante el lapso de su aseguramiento, es la base de la marginación social.

Comentarios finales

Los migrantes irregulares se han convertido en tema de discursos emergentes, así como de la normatividad y medidas políticas de excepción, que tienen que ver, como se ha analizado en las páginas que anteceden, con la manera en que su existencia cuestiona los fundamentos del Estado-nación; puesto que la ficción de la soberanía mo-

derna, en la que convergen términos como ser humano y ciudadano, nacimiento y nación, queda alterada con la aparición de los migrantes irregulares.

Las analogías con la figura del *homo sacer*, analizada por Agamben, resultan notorias, pues el universo analizado —migrantes irregulares— no existe en el territorio del Estado receptor desde el punto de vista jurídico. Por ende, la situación de excepción que se crea en este grupo vulnerable carece de algún estatuto jurídico, como si su existencia física hubiese sido aislada de su personalidad jurídica.

El estado de excepción, en cuanto a dimensión jurídico-abstracta, necesita de un sitio para concretarse; para Giorgio Agamben, esto se da en el campo de concentración. Precisamente, la aplicación de los conceptos de *homo sacer* y *estado de excepción* al fenómeno de la migración irregular exige, sin embargo, reconocer que tanto la normatividad, como las políticas de excepcionalidad y la criminalización de la inmigración sin papeles, son el otro lado de la nueva flexibilidad del capitalismo, es decir, como figuras del control despótico sobre la movilidad de la fuerza de trabajo.

En conclusión, la migración está inseparablemente ligada con los derechos humanos, y de esta manera debe ser entendida por los Estados; sus políticas migratorias deben buscar, en todo momento, la integración de esos grupos especialmente vulnerables, ya que como se ha analizado con anterioridad, el marco jurídico internacional habla de la protección del derecho a la igualdad jurídica y no discriminación y, aunque si bien no se refiere explícitamente a los migrantes, al expresar en sus ordinales lo relativo a *cualquier otra condición*, nos permite equiparar dicha protección a estos grupos vulnerables e integrarlos en todo momento a la protección especial que deben tener y al respeto estricto de sus derechos humanos.

Fuentes consultadas

Agamben, G. (2010), *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, España, Pre-Textos.

Agamben, G. (2004), "No al tatuaje biopolítico", *Mirarnos* (bitácora electrónica), mirarnos.blogia.com, Rosario, Argentina, en http://mirarnos.blogia.com/2007/050302-no-al-tatuaje-biopolitico-giorgio-agamben.php, consulta: 24 de octubre de 2011.

Agamben, G. (2003), *Homo sacer II. Estado de excepción*, Argentina, Adriana Hidalgo Editora.

Amnistía Internacional (2010), *Víctimas invisibles. Migrantes en movimiento en México*, España, Amnistía Internacional.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2000), "Resolución A/RES/54/166. Protección de los Migrantes", www.iom.int, Ginebra, en http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/54/A_RES_54_166_es.pdf, consulta: 30 de marzo de 2012.

Bell, C. y J. Gómez (2001), "La migración, ¿problema o reto?", en *Papeles de Geografía*, julio-diciembre, pp. 51-67.

Bustamante, J. A. (2002), *Migración Internacional y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Camargo, P. P. (1960), *La Protección jurídica de los derechos humanos y la democracia*, México, Excélsior.

Carvajal, M. R. (2004), *Migración Internacional y Derechos Humanos*, México, Universidad de Guadalajara.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003), "Opinión Consultiva Oc-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", http://www.corteidh.or.cr, San José, enhttp://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, consulta: 24 de octubre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999), "Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", www.corteidh.or.cr, San José, enhttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf, consulta: 17 de diciembre de 2012.

Despouy, L. (1999), *Derechos Humanos y los estados de excepción*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Foucault, M. (2009), *Historia de la sexualidad. La voluntad del saber*, t. 1, Buenos Aires, Siglo xxi.

Foucault, M. (2007), *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France* (*1977-1978*), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Organización Internacional para las Migraciones (2006), "Glosario sobre Migración", www.iom.int, Ginebra, en http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html, consulta: 18 de septiembre de 2011.

Organización de las Naciones Unidas (2013), "Derecho Internacional", www.un.org, en http://www.un.org/es/globalissues/law, consulta: 10 de septiembre de 2013.

Rodríguez, J. (2007), ¿Qué es la discriminación y como combatirla?, México, Cuadernos de Igualdad.

Ruiz, O. s/f, "La inmigración indocumentada como metáfora de riesgo en la globalización", en *Estudios Sociológicos*, vol. xxiii, mayo-agosto, pp. 611-636.