

LAS FRONTERAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Miguel CARBONELL*

SUMARIO: I. *¿Para qué sirven las fronteras?* II. *¿Qué derechos para quienes cruzan las fronteras?* III. *El papel de México.* IV. *La migración como sufrimiento.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. ¿PARA QUÉ SIRVEN LAS FRONTERAS?

Actualmente las fronteras tienen un uso principalmente discriminador: sirven para determinar quién entra en la comunidad política y quién permanece fuera. La decisión se basa siempre en razones que no aceptaría nadie si se tratara de un asunto diferente. Por ejemplo: ¿aceptaríamos que a una persona se le impidiera atenderse en un hospital público por no haber nacido en un cierto país?, ¿nos parecería razonable que un menor de edad no pudiera estudiar por no tener X o Y nacionalidad?¹ La única respuesta posible es: no ¿Por qué entonces vemos como natural que a las personas se les impida ejercer la libertad de tránsito que establecen todas las Constituciones de los países democráticos y un número considerable de tratados internacionales de derechos humanos?, ¿por qué subordina-

* Coordinador del Área de Derecho constitucional en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ El tema de la discriminación en el acceso a financiamiento para las escuelas públicas que atienden mayoritariamente a migrantes llegó hasta la mesa de la Corte Suprema de los Estados Unidos y provocó una interesante polémica desde el punto de vista jurídico. Véase al respecto Sracic, Paul A., *San Antonio vs. Rodríguez and the Pursuit of Equal Education*, Kansas, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.

mos el ejercicio de dicha libertad al cumplimiento de requisitos que son notablemente discriminatorios?²

Tal parece que las fronteras se han instalado también en la mentalidad de algunos teóricos: no se cuestionan, se aceptan como algo ya dado, como un hecho no reversible.³ Pero ¿es ésta una actitud que corresponda con la mentalidad crítica que debe animar cualquier ejercicio de la inteligencia? ¿Cómo es que intelectuales tradicionalmente críticos con muchas áreas del acontecer social enmudecen cuando se les pregunta sobre la justicia o la pertinencia del uso de las fronteras?

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

De pronto, ante todas estas teorías acerca de la justicia o de las filosofías normativas, sobre las que a menudo me he detenido a reflexionar, me ha parecido como si —frente a los dramas y las frecuentes tragedias de seres humanos migrantes— adoptasen la forma de un circuito de reflexiones únicamente producidas por individuos acomodados que no procuran ni tan sólo emplear un lenguaje descriptivo adecuado para la condición de los últimos en llegar, de los desesperados, de los erradicados. Aquellos que sufren son considerados, a lo sumo, como individuos ‘desaventajados’ o, alternativamente, como miembros procedentes de comunidades minoritarias a los que cabrá garantizar la perpetuación de su propia cultura que, en muchos casos, coincide con las razones de su sufrimiento.⁴

² Una reflexión complementaria sobre el tema puede verse en Carbonell, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 189, diciembre de 2006, pp. 4-12.

³ Véase al respecto los importantes planteamientos que hace Will Kymlicka en *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

⁴ Vitale, Ermanno, *Ius migrandi*, Madrid, Mesulina, 2006, p. 24.

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

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

Desde el ámbito del derecho constitucional se han hecho algunos esfuerzos, por desgracia todavía minoritarios, anclados casi todos ellos en el concepto de “constitucionalismo global”, que ha venido construyendo por ejemplo Luigi Ferrajoli en varios de sus trabajos,⁵ y que en México ha sido objeto de un muy relevante ensayo de Rodrigo Brito Melgarejo.⁶ De hecho, la noción misma de “constitucionalismo global” indica la necesidad de prescindir de las fronteras, al menos tal y como se las entiende actualmente, para avanzar hacia una protección universal de los derechos fundamentales, comenzando por la protección de la libertad de tránsito.

El constitucionalismo global (también llamado “cosmopolitismo constitucional”) toma en consideración la necesidad de abrir las fronteras a los derechos en términos semejantes a lo que ya sucede para los bienes que están en el comercio. No deja de resultar paradójico que hoy en día cualquier objeto o sustancia (legal y, en muchas ocasiones, ilegal) pueda atravesar cualquier frontera, pero que las personas sean detenidas y criminalizadas si intentan hacerlo.

⁵ Algunos de ellos han sido reunidos en Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2005.

⁶ Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa, 2005.

La globalización permite que una señal de satélite pueda atravesar todo el planeta en cuestión de segundos y llegar hasta un aparato receptor, se encuentre donde se encuentre. Las inversiones de capital, la compraventa de divisas, la transmisión electrónica de datos y las ondas de radio no se detienen ante ninguna patrulla fronteriza, ni deben cargar con pasaporte. No sucede lo mismo, sin embargo, con las personas, que no han visto en la globalización una oportunidad para poder mudar su lugar de residencia. O mejor dicho, sí que han tenido esa oportunidad en virtud de los avances en los transportes, pero frente a las posibilidades de movilidad que ofrecen las nuevas tecnologías, los Estados han contestado fortaleciendo sus controles fronterizos, endureciendo sus leyes migratorias y permitiendo retrógradas manifestaciones de xenofobia y racismo dentro de sus territorios. Roberto Toscano describe con mucho acierto el nuevo papel de los Estados en su tarea de reprimir la libre circulación de las personas, antes que la de las mercancías: “Incapaces ya de controlar los flujos del capital, la localización de las empresas, los tipos de cambio de la moneda, los Estados demuestran una patética crueldad compensatoria en el control de las fronteras, en la vigilancia de la entrada de los *diversos*, en la tentativa de excluirlos”.⁷ Danilo Zolo ha afirmado, con razón, que la contestación de los Estados frente al fenómeno migratorio, que se concreta en expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.⁸

II. ¿QUÉ DERECHOS PARA QUIENES CRUZAN LAS FRONTERAS?

Para quienes se dedican al estudio del derecho, las fronteras plantean cuestiones adicionales a las ya señaladas: ¿qué pasa cuando una persona logra superar una frontera, a veces de forma “ilegal”, y se interna en el territorio de un país que no es el suyo? ¿Una persona que no cuente con un cierto estatus migratorio pierde por esa razón el resto de sus derechos? ¿Puede ser asesinada, discriminada, rechazada en una asociación,

⁷ Toscano, Roberto, “Interrogantes éticos sobre la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 59.

⁸ Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en Zolo, Danilo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42.

impedida para afiliarse a un sindicato, restringida en su libertad de expresión? Si la respuesta a las anteriores cuestiones es negativa (es decir, si contestamos que no se le pueden condicionar a un migrante irregular sus derechos fundamentales en virtud de no contar con un estatuto migratorio determinado), entonces saltan nuevas preguntas: una persona que se encuentre irregularmente en el territorio de un país que no es el suyo ¿qué derechos tiene? Si se le pueden restringir algunos de sus derechos, pero no otros, ¿cómo saber en qué casos procede la limitación y en qué otros casos no procede?

Algunos de estos cuestionamientos le fueron planteados hace unos años a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La solicitud para que la Corte emitiera una opinión consultiva al respecto provino del gobierno de México, como parte de una estrategia de litigio en el conocido como “Caso Avena”, que se ventiló ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya.⁹ El “Caso Avena” estaba referido a la condena a pena de muerte que diversos jueces norteamericanos habían impuesto a ciudadanos mexicanos acusados de haber cometido delitos que conllevan dicha sanción. El gobierno mexicano había demandado al estadounidense ante los tribunales internacionales debido a que a muchos de esos ciudadanos no se les había respetado el derecho a la asistencia consular. Este derecho consiste en la obligación que tienen las autoridades de un país, cuando detienen a una persona extranjera, de avisar a su representación consular a fin de que pueda asistir legal, psicológica e incluso económicamente a su conacional. Si no se cumple con este requisito, que se debe verificar tan pronto como ocurre la detención, se violan una serie de normas del derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en respuesta a la solicitud del Estado mexicano, emitió la opinión consultiva 16/99.¹⁰

En su opinión, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “reco-

⁹ Véase Gómez Robledo, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 5, 2005.

¹⁰ Su texto puede ser consultado en Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH-Porrúa, 2003, t. II, pp. 1003-1097.

nocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

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

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

III. EL PAPEL DE MÉXICO

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

En el frente interno, sin embargo, la política migratoria mexicana es una verdadera vergüenza. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha constatado en varios informes y recomendaciones el permanente abuso que las autoridades mexicanas realizan sobre los migrantes que se internan en el país, sobre todo si entran por la frontera sur de México.¹¹

Con frecuencia son asaltados con la complacencia o la participación directa de la policía, se les discrimina, no se les respeta su derecho de audiencia (son deportados sin que puedan interponer un recurso judicial para que se verifique la legalidad de su expulsión) y se les mantiene privados de su libertad en condiciones inhumanas (las estaciones migratorias han sido objeto de un sinnúmero de observaciones y recomendaciones de la CNDH, sin que hasta el momento se haya hecho nada por mejorar el trato que se les da a los migrantes detenidos).¹²

IV. LA MIGRACIÓN COMO SUFRIMIENTO

Los dramas de los migrantes, cuya narración podría ocupar centenares o incluso miles de páginas, comienzan en las fronteras. Esas vallas de separación, de segregación, de discriminación y, sobre todo, de vergüenza. ¿No es momento de comenzar a cuestionarlas?, ¿no ha llegado la hora de que los científicos sociales comiencen a preguntar sobre el uso que se les da o todavía más: sobre el trazado que tienen actualmente las fronteras? ¿Por qué debemos aceptar que las fronteras sirvan para mantener como condenados al subdesarrollo a millones de personas o que sean la excusa para que a otras se les otorgue un trato indigno?

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

¹¹ El problema es de tal gravedad, que la CNDH tuvo que dedicarle una recomendación general solamente a una de las expresiones del mismo; se trata de la RG número 13, expedida el 15 de noviembre de 2006, sobre el tema de la práctica de verificaciones migratorias ilegales.

¹² Sobre la situación de las estaciones migratorias hay incluso un informe especial de la CNDH, dado a conocer en el año 2005 y consultable en www.cndh.org.mx.

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

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

tratar de imaginar la experiencia de sufrimiento interior y de aniquilación de la propia dignidad que pueden padecer aquellos que migran en condiciones y por razones totalmente diferentes: es decir, para huir de la miseria y la hambruna, las catástrofes naturales, las persecuciones de regímenes violentos y despóticos, o cultivando la ilusión de una vida mejor, y se ven rechazados, cuando no abiertamente hostigados, por una gran mayoría de la población que les acoge.¹³

V. CONCLUSIÓN

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

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

Ni los ciudadanos ni mucho menos los científicos sociales pueden desatender las responsabilidades señaladas argumentando que frente a la complejidad de los problemas es muy poco lo que puede hacerse, y que

¹³ Vitale, Ermanno, *Ius migrandi*, cit., nota 4, pp. 6 y 7.

muchas de las alternativas que se señalan al actual trazado de las fronteras son simplemente utópicas, lo cual haría inviable cualquier intento de respuesta teórica alternativa. Como señala Ferrajoli, hay que distinguir entre los problemas políticos y los problemas teóricos. No se puede presentar como utópico o irrealista lo que simplemente no se quiere hacer porque no conviene a ciertos intereses políticos dominantes, lo cual, en esa virtud y solamente por ella, presumiblemente no se hará. No hay que confundir realismo con conformismo, pues este segundo sirve solamente para legitimar y apoyar como algo inevitable lo que obviamente es obra de las personas, sobre el cual tienen una buena parte de responsabilidad los poderes políticos y económicos que son, hoy en día, hegemónicos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa, 2005.
- CARBONELL, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, *Este País. Tendencias y opiniones*, México, núm. 189, diciembre de 2006.
- *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH-Porrúa, 2003, t. II.
- y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2005.
- GÓMEZ ROBLEDO, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 5, 2005.
- KYMLICKA, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.
- SRACIC, Paul A., *San Antonio vs. Rodríguez and the Pursuit of Equal Education*, Kansas, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.
- TOSCANO, Roberto, “Interrogantes éticos sobre la globalización”, en VITALE, Ermanno, *Ius migrandi*, Madrid, Mesulina, 2006.
- ZOLO, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en ZOLO, Danilo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.
- Informe especial de la CNDH, 2005, consultable en www.cndh.org.mx.