

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ <i>Presentación</i> .....	15
<b>Migración y derechos fundamentales</b>	
LUIGI FERRAJOLI <i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica</i> .....	29
FELIPE GONZÁLEZ MORALES <i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana</i> .....	53
GABRIEL GUALANO DE GODOY <i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros</i> .....	77
JAVIER DE LUCAS <i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978</i> .....	99
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género</i> .....	113
ISABEL BERGANZA SETIÉN <i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad</i> .....	165
JOSÉ KOEHLIN <i>Migración venezolana al Perú</i> .....	189
CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ <i>Migraciones y Constitución española</i> .....	211

## **Discurso**

- GABRIEL GUALANO DE GODOY  
*Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas*..... 233

## **Entrevista**

- JAVIER ADRIÁN  
*Entrevista al profesor Manuel Atienza*..... 241

## **Miscelánea**

- CLAUDIO NASH ROJAS  
*La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral*..... 269

- MARTHA CECILIA PAZ  
*Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia*..... 305

- CARMEN MONTESINOS PADILLA  
*Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales*..... 335

- JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE  
*Algunos sentidos de derrotabilidad*..... 365

- LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ  
*Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional*..... 393

## **Jurisprudencia comentada**

- OMAR CAIRO ROLDÁN  
*La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC*..... 421

- NADIA IRIARTE PAMO  
*Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC*..... 431

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE  
*La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.*  
*Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....* 443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA  
*El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la*  
*jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*  
*Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....* 453

### **Reseñas**

NATALINA STAMILE  
*La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....* 461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE  
*Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....* 467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA  
*El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....* 473

## Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica

 LUIGI FERRAJOLI\*

### Sumario

**I.** La inmigración hoy: dos novedades respecto al pasado. **II.** Una contradicción de los orígenes de la civilización jurídica europea: *ius migrandi*, como derecho universal y asimétrico. **III.** Racismo institucional. **IV.** Leyes racistas. La criminalización del estatus del inmigrante “ilegal”. **V.** Derecho administrativo anti-humanitario. La *fascistización* del sentido común. **VI.** Los efectos perversos de las políticas de exclusión. **VII.** La pérdida de la identidad democrática y civil de Occidente. Una perspectiva alternativa: los migrantes como pueblo constituyente de un nuevo orden mundial.

29

### Resumen

En este trabajo se discute la fuerte explosión de desigualdades que está caracterizando nuestra época, pues se aborda el delicado tema de la inmigración. En primer lugar, se presentan las dos novedades que el fenómeno migratorio hoy introduce respecto al pasado, relacionadas con la creación de la absurda figura de la «persona ilegal». Se analiza el *ius migrandi*, es decir, el derecho de emigrar y se hace referencia no solo a la tradición liberal clásica sino también a la teorización del teólogo español Francisco de Vitoria, con el propósito de evidenciar como este se caracteriza por ser un derecho universal y asimétrico. En segundo lugar, se considera el racismo institucional de las políticas y las leyes italianas y europeas contra la inmigración. Finalmente, se señala que la construcción de identidades enemigas sirve para movilizar a la opinión pública, especialmente la de los sujetos más débiles, respecto a los sujetos aún más débiles; y que la única solución, aunque pueda aparecer poco realista, es rechazar la ciudadanía como *estatus* privilegiado,

---

\* Profesor de la Universidad Roma III.

La traducción de este texto estuvo a cargo de la doctora Natalina Stamile.

instituyendo, por el contrario, una *ciudadanía universal*, que supere la dicotomía «derechos del hombre»/«derechos del ciudadano», y reconozca a todos los hombres y todas las mujeres del mundo, como personas, los mismos derechos fundamentales.

### **Palabras clave**

Migraciones, Constitución, desigualdad, persona ilegal, *ius migrandi*, racismo, ciudadanía universal, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos fundamentales.

### **Abstract**

This paper discusses the strong explosion of inequalities that is characterizing our time, dealing with the delicate issue of immigration. Firstly, it presents the two novelties that the migratory phenomenon today introduces with respect to past, related to the creation of the absurd figure of the «illegal person». It analyzes the *ius migrandi*, that is, the right to emigrate, referring not only to the classical liberal tradition, but also to the theorization of the Spanish theologian Francisco de Vitoria, with the purpose of showing how this is characterized as a universal right and asymmetrical. Secondly, it considers the institutional racism of the policies and the Italian and European laws against immigration. Finally, it is pointed out that the construction of enemy identities serves to mobilize public opinion, especially that of the weakest subjects, with respect to even weaker subjects; and that the only solution, although it may seem unrealistic, is to reject citizenship as a privileged status, instituting, on the contrary, a universal citizenship, which overcomes the dichotomy «rights of the man» / «rights of the citizen», and recognize all the men and all the women of the world, as people, with the same fundamental rights.

### **Keywords**

Migration, Constitution, inequality, illegal person, *ius migrandi*, racism, universal citizenship, human rights, city rights, fundamental rights.

## **I. La inmigración hoy: dos novedades respecto al pasado**

La cuestión migratoria nos enfrenta a la más estridente, conspicua e insostenible contradicción entre los principios constitucionales que informan a nuestras democracias y las políticas de exclusión y, de hecho, de condena a la no sobrevivencia, puestas en práctica por nuestros

gobiernos hacia los migrantes. Ciertamente, el fenómeno migratorio no es nuevo. Siempre el proletariado ha estado formado por diversos flujos migratorios: desde la emigración de los campos a las ciudades, en la Inglaterra del siglo XVII y principios del XVIII; de la emigración irlandesa e italiana a Estados Unidos y América Latina entre finales del siglo XIX y principios del XX; hasta aquella del sur al norte de Italia en la segunda posguerra. Los recién llegados siempre han sido objeto de discriminación, abuso y explotación y puestos en competición con el antiguo proletariado, que se ha movilizó contra ellos por presiones y sentimientos xenófobos y racistas.

La migración de hoy, sin embargo, presenta dos novedades dramáticas. La primera novedad consiste en poner fuera de la ley y, por tanto, en la clandestinidad y penalización, a la inmigración irregular. Esta fuerte discriminación corre el riesgo de socavar, más que cualquier otro fenómeno migratorio del pasado la identidad democrática de nuestros países. Se ha creado una nueva figura social absurda a partir de la cual se contradice claramente esta identidad: la de *persona ilegal*, fuera de la ley en cuanto persona, sin derechos porque es jurídicamente invisible y, por lo tanto, está expuesta a cualquier tipo de acoso y explotación; destinada a identificar un nuevo proletariado, discriminado jurídicamente y ya no solo, como los viejos inmigrantes, económica y socialmente; en contradicción, por lo tanto, con el artículo 1 de la Constitución italiana, según el cual «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» y, entonces, también en el trabajo, –hoy en día– duro y más explotado, de los inmigrantes.

La segunda novedad viene dada por la dimensión masiva del fenómeno, debido a sus razones, más que nunca, terriblemente vitales. La emigración ya no es, como en el pasado, dentro de Occidente, sino en los países del hemisferio sur, primero colonizados y saqueados y luego empobrecidos y devastados por la globalización sin reglas. Sobre todo, es un efecto de la explosión de las desigualdades globales, de la miseria creciente y desesperada, de las guerras, del hambre y, a veces, de las persecuciones, como fuga masiva dictada por la necesidad de la sobrevivencia.

Por lo tanto, cualquier reflexión y cualquier política racional en

materia de inmigración deberían partir del reconocimiento de un hecho irreversible, resultado de la estructura económica del planeta: el fenómeno migratorio no es una emergencia, sino un hecho estructural e imparable, que ya implica cientos de millones de personas, está creciendo constantemente y está destinado a desarrollarse indefinidamente. Actualmente, según los datos de finales de 2015, los migrantes en el mundo son 244 millones (el 41% más que en 2000). En Italia son 5.8 millones casi el 10% de la población (tres veces más que en 2000); en Alemania son 12 millones y 9 millones en el Reino Unido. En Europa son 76 millones (eran 56 millones en 2000) y en los Estados Unidos son 47 millones. Unos 65 millones de personas –una persona cada 113, en su mayoría niños– se vieron obligadas a huir solo en 2015<sup>1</sup>.

## **II. Una contradicción a los orígenes de la civilización jurídica europea: *ius migrandi*, como derecho universal y asimétrico**

Obviamente estas cifras están destinadas a aumentar. Se comprende, por lo tanto, que si prevalecen las actuales políticas de exclusión y, ciertamente, estas no sean capaces de limitar el fenómeno, sino solo de reforzar su clandestinidad y dramatizarla, Occidente corre el riesgo del colapso de su identidad. Las derechas xenófobas temen que aquella que llaman las «invasiones» de los migrantes pueda contaminar la identidad cultural de nuestros países. En realidad, relacionan esta identidad con *su* identidad reaccionaria: con *su* falso cristianismo, con *su* intolerancia hacia los diferentes, en resumen, con *su* más o menos consciente racismo.

En efecto, son precisamente las políticas de cierre y exclusión las que están distorsionando y desfigurando la imagen de Italia y Europa, trazada por nuestras constituciones y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Europa no será más –no es más– la Europa civilizada de la solidaridad, del estado social inclusivo, de las garantías de la igualdad y de la dignidad de las personas, sino la Europa de los muros, de los alambres de púas, de las desigualdades por nacimiento y de los conflictos raciales. Las prácticas de exclusión de los migrantes como no-personas están poniendo

---

<sup>1</sup> El escenario global de la inmigración en el mundo. Disponible en: <<https://goo.gl/YbreKy>>.

a Europa en contradicción no solo con todos los valores de igualdad y libertad inscritos en todas sus cartas constitucionales y en la misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino también con el principio de la libre emigración de todos los seres humanos teorizado por toda su tradición filosófica desde los orígenes de la era moderna.

Para comprender en toda su gravedad estas contradicciones, es útil retroceder en el tiempo, a la concepción original, al comienzo de la era moderna, del fenómeno migratorio. Generalmente, la idea de las fronteras cerradas se considera, en sentido común, como la expresión, obvia y clara de un derecho legítimo, una especie de corolario de la soberanía, concebida como algo análogo a la propiedad: «esta es nuestra casa», es la idea actual, «y no queremos, para proteger nuestra propiedad y de la nuestra identidad, que ningún extraño ingrese en ella». Entonces, es útil recordar que este sentido común xenófobo –que es el principal responsable de las políticas actuales, dirigidas demagógicamente a interpretarlo, a apoyarlo y, de hecho, a nutrirlo– está en clara contradicción no solo con todos los principios proclamados de nuestra tradición liberal, de la igualdad a los derechos humanos y a la dignidad de la persona, pero también con el más antiguo derecho natural, hoy olvidado y removido de nuestra conciencia civil, pero proclamado en los orígenes de la civilización jurídica occidental: *ius migrandi*, es decir el derecho, precisamente, de migrar.

Mucho antes de la teorización hobbesiana del derecho a la vida y de la lockiana de los derechos a la libertad como la razón de ser del contrato social y del artificio estatal, este derecho –*ius migrandi*– fue configurado por el teólogo español Francisco de Vitoria, en su obra *Relecciones de Indis*, pronunciada en 1539 en la Universidad de Salamanca, como un derecho natural universal, fundamento del naciente derecho internacional moderno<sup>2</sup>. A nivel teórico, su afirmación se insertaba en una grandiosa

---

<sup>2</sup> Francisco De VITORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Espasa Calpe, Madrid, 1975, p. 88. Disponible en : <<https://goo.gl/hsGh4R>>. *De indis recenter inventis relectio prior* (1539), in *De indis et de iure belli relecciones. Relecciones theologicae XII*, «The Classics of International Law», Oceana, New York 1964, sect. III, 1, p. 257: «Disertaré ahora acerca de los títulos legítimos e idóneos, por los que pudieron los bárbaros venir a poder de los españoles. 1. Primer título. El primer título puede llamarse el de la sociedad natural y comunicación. 2. Y acerca de esto, sea la primera conclusión: *Los españoles tienen derecho a viajar y permanecer en aquellas provincias, mientras no causen daño, y esto no se lo pueden prohibir los bárbaros*».

concepción cosmopolita de las relaciones entre los pueblos formando una especie de hermandad universal<sup>3</sup>. A nivel práctico, estaba claramente orientado a legitimar la conquista española del Nuevo Mundo: incluso con la guerra, sobre la base del principio *vim vi repellere licet*, donde al ejercicio de esos derechos edificantes se habría opuesto ilegítima resistencia<sup>4</sup>. Y la misma función se llevó a cabo por este derecho en los siguientes cuatro siglos, cuando se trató de legitimar la colonización del planeta por parte de las potencias europeas y sus políticas de robo y explotación.

Además, toda la tradición liberal clásica siempre ha considerado el *ius migrandi* un derecho fundamental. John Locke lo enunció como una especie de corolario del nexo entre autonomía individual, trabajo, propiedad generada por el trabajo y sobrevivencia, llegando a configurarlo como un elemento esencial de la misma legitimidad del capitalismo: «Dios ha dado el mundo a los hombres en común (...) ha dado el mundo para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad»<sup>5</sup>; sigue que «esa misma regla de la propiedad, a saber, que cada hombre solo debe posesionarse de aquello que le es posible usar, puede seguir aplicándose en el mundo sin perjuicio para nadie; pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes»<sup>6</sup> y el trabajo siempre es accesible al menos «en alguna parte interior y desierta de América»<sup>7</sup>. Kant, a su vez, enunció aún más explícitamente no solo el

<sup>3</sup> Del principio de «socialidad natural y comunicación entre hombres», sigue que «por derecho natural, son comunes a todos, el agua corriente, el mar, los ríos y los puertos y por derecho de gentes es lícito atracar en ellos. (*Inst., De rerum divisione*). De ello resulta que estas cosas son públicas y comunes, y que, por lo tanto, su uso no puede vedarse a nadie, y, por lo tanto, los bárbaros ofenderían a los españoles si se lo prohibieran en sus regiones». *Op. Cit., prob.* Décimo, p. 90.

<sup>4</sup> «Si los bárbaros quisieran privar a los españoles de las cosas manifestadas más arriba, que les corresponden por derecho de gentes, como el comercio o las otras que hemos declarado, los españoles deben ante todo, con razones y consejos, evitar el escándalo, y mostrar por todos los medios que no vienen a hacerles daño, sino que quieren amigablemente residir allí y recorrer sus provincias... Pero si, a pesar de ello, los bárbaros no quieren consentir, sino que apelan a la violencia, los españoles pueden defenderse y hacer lo que sea conveniente para su seguridad, ya que es lícito rechazar la fuerza con la fuerza. Y no solo esto, sino también, si de otro modo no están seguros, pueden amunicionarse y construir fortificaciones» *Op cit.*, pp. 93-94. Sobre esta reconstrucción jurídica remito a Luigi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma - Bari 1997, cap. I.

<sup>5</sup> JONH LOCKE, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, Utet, Torino 1968, cap. V, cap. V, § 35, pp. 264-265. *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Salus populi suprema lex esto, Alianza Editorial, Madrid, 2014, cap. V, § 34, p. 57.

<sup>6</sup> *Op. Cit.*, § 36, p. 58.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

«derecho de emigrar»<sup>8</sup>, sino también el «derecho de inmigrar», que formuló como «el tercer artículo definitivo para la paz perpetua» y al que identifica con el principio de «una universal hospitalidad»<sup>9</sup>.

Está claro que este derecho fue, desde el principio, viciado por su carácter asimétrico. Aunque formalmente universal, era, de hecho, para el uso exclusivo de los occidentales, no siendo ciertamente posible su ejercicio por las poblaciones de los «nuevos» mundos, en detrimento de los cuales sirvió, por el contrario, para legitimar las conquistas y las colonizaciones. Sin embargo, el *ius migrandi* —el derecho a emigrar del propio país y, consecuentemente, el correlativo derecho de inmigrar a un país diferente— continuó siendo un principio elemental del derecho internacional consuetudinario, hasta que fue consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: «Toda persona —establece el artículo 13, párrafo 2, de la Declaración— tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Y el mismo principio ha sido retomado por casi todas las constituciones, incluida la italiana, que en el artículo 35, párrafo cuarto, establece que «la República reconoce la libertad de emigración».

Entonces, creo que siempre deberíamos recordar —en las escuelas, en el debate público, en la confrontación política— esta formulación clásica, cínicamente instrumental, del derecho de emigrar, porque su memoria puede, al menos, generar una mala conciencia en relación con la ilegitimidad moral y política, incluso antes que jurídica, de nuestras leyes y de nuestras políticas contra los inmigrantes. Esa asimetría, que de hecho hacía del derecho universal de emigrar un derecho solo de los occidentales en detrimento de las poblaciones de los nuevos mundos, hoy se ha derribado. Después de cinco siglos de colonización y robos, ya no son

---

<sup>8</sup> «El sujeto (considerado como ciudadano) tiene el derecho de emigrar, porque el Estado no podría retenerlo como su propiedad». Immanuel KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino 1965, § 50, p.528.

<sup>9</sup> Se trata, escribe Kant, «de derecho y no de filantropía, y hospitalidad (*Wirthbarkeit*) significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro», es decir «un derecho de visita, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra, sobre la que los hombres no pueden extenderse hasta el infinito, por ser una superficie esférica, teniendo que soportarse unos junto a otros y no teniendo nadie originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra». Immanuel KANT, *Sobre la paz perpetua*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 27.

los occidentales los que emigran a los países pobres del mundo, sino que, al contrario, son las masas de personas hambrientas de esos mismos países que presionan nuestras fronteras. Y con el derribo de la asimetría se ha producido también un giro del derecho. Hoy que el ejercicio del derecho de emigrar se ha hecho posible para todos y además es la única alternativa de vida para millones de seres humanos, no solo se ha olvidado el origen histórico y el fundamento jurídico en la tradición occidental, sino que se reprime con la misma dureza feroz con que fue blandida en los orígenes de la civilización moderna con el propósito de conquista y colonización.

### III. Racismo institucional

Desafortunadamente, las políticas y las leyes italianas y europeas contra la inmigración ignoran totalmente tanto el carácter estructural e imparable del fenómeno migratorio, como su contradicción con los valores en los que se fundan nuestras democracias, desde el derecho a la vida, la dignidad de la persona, hasta el principio de igual valor del trabajo. Estas leyes se basan en una discriminación por razones de identidad: en la exclusión de los inmigrantes como personas en sí ontológicamente ilegales, fuera de la ley a causa, precisamente, de sus diferencias por nacimiento. Por lo tanto, sirven para fortalecer, apoyar y fomentar la interacción que existe entre el derecho y el sentido común, entre las inclinaciones xenófobas y el racismo endémico presentes en el electorado de nuestros países.

36

De hecho, existe un nexo ambivalente entre integración e igualdad jurídica e, inversamente, entre desigualdad en los derechos y percepción de los que no tienen derechos, como desiguales e inferiores. Siempre ha sido así: en las relaciones de clase entre propietarios y obreros; en las relaciones de género entre hombres y mujeres; en las relaciones entre ciudadanos e inmigrantes extranjeros, obviamente si son pobres. También ayer, la inferioridad de la mujer<sup>10</sup> y el proletario –hoy la inferioridad del inmigrante– fue legitimada en *sentido común* por su falta de derechos y, en

---

<sup>10</sup> Sobre las diferentes formas de discriminación y subordinación de las mujeres, vinculadas a la teorización de su inferioridad, véase: Marina GRAZIOSI, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, en «Democrazia e diritto», 1993, 2, pp.99-143; Id., *Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne*, en S. SCARPONI (ed.), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova 2014, pp. 7-50.

conjunto, se suponía que justificaban y daban fundamento a la misma falta de derechos. Se trata de una legitimación cruzada: de la idea de los sujetos más débiles como inferiores por la desigualdad jurídica, y de la desigualdad jurídica por la percepción racista o clasista o machista de los sujetos más débiles como inferiores. Si la igualdad y la común participación en los derechos son un factor de educación cívica, instando la percepción de lo diferente como igual, inversamente la desigualdad jurídica es un factor de des-educación, generando la imagen del otro como inferior, naturalmente, porque es inferior jurídicamente.

Es un círculo vicioso. Precisamente porque, sin derechos, el inmigrante es percibido como antropológicamente desigual. Y esta percepción racista, a su vez, legitima la discriminación en los derechos. Cuanto mayor es la exclusión social producida por la discriminación jurídica, tanto mayor es la demanda de leyes racistas y el consenso hacia ellas. Fomentar a nivel social el motín contra los migrantes es además una estrategia probada que une tanto las políticas populistas como las políticas liberales; las unas y las otras revierten directamente en el conflicto social: no la dirigen hacia los más fuertes sino hacia los más débiles, ya no como una lucha de clases de quien está abajo contra los que están arriba, sino como un conflicto de identidad de quién está abajo contra quien está aún más abajo.

Esta agresión venenosa hacia los sujetos más débiles, alimentada por el racismo institucional expresado por las leyes contra la inmigración, es el reflejo de una nueva, radical asimetría entre «nosotros» y «los otros» que sirve para reemplazar, en los procesos de formación de identidades colectivas, las viejas identidades y subjetividad de clase. Es la asimetría, jurídicamente formalizada, que se manifiesta en la defensa de nuestros niveles de vida, de nuestra seguridad y de nuestras identidades culturales no contaminadas, incluso a costa de la muerte de infinitas masas de seres humanos, percibidos como «diferentes» y, por lo tanto, enemigos, criminales, o peligrosos y, a su vez, inferiores. Se confirma, de este modo, la clara diagnosis del racismo formulada por Michel Foucault: más que la causa, el racismo es el efecto de las opresiones y violaciones institucionales de los Derechos Humanos; es la «condición», escribió Foucault, que hace

«aceptable la muerte» de una parte de la humanidad<sup>11</sup>.

De hecho, podemos aceptar que decenas de miles de personas desesperadas sean rechazadas cada año en nuestras fronteras; que estén internadas sin más culpa que su hambre y su desesperación; que quizás se ahoguen en el intento de llegar a nuestros «paraísos democráticos», en tanto aceptemos apoyar el racismo. Además, este rol del racismo tiene un alcance general. Con el tiempo podemos tolerar que en los países pobres millones de personas mueran cada año por falta de agua o de comida, o por enfermedades no tratadas, ya que consideramos que todos ellos son *inferiores*. No es una casualidad que el racismo sea un fenómeno moderno, que se ha desarrollado después de la conquista del «nuevo mundo», cuando las relaciones con los «otros» se establecieron como relaciones de dominación y, por lo tanto, fue necesario justificarlas deshumanizando a las víctimas porque son «diferentes». Esa es la misma reflexión circular que en el pasado generó la imagen sexista de la mujer y aquella clasista del proletario como *inferiores*, porque solo de esta manera podía justificarse la opresión, la explotación y la falta de derechos. Riqueza, dominio y privilegio no se satisfacen con la imposición. Pretenden también una cierta legitimidad sustancial.

#### **IV. Leyes racistas. La criminalización del estatus de inmigrante «ilegal»**

Este racismo se ha desarrollado, en Italia como en otros países europeos, en dos niveles institucionales: en el nivel de la legislación, en contraste con la Constitución republicana, y en el nivel de la administración y de la praxis, que se encuentra en un nivel aún más abajo de ilegitimidad, siendo contraria con la misma legislación ordinaria.

Las leyes y las praxis expresadas por estas políticas –desde la criminalización de la misma condición de inmigrante irregular; los cientos de ordenanzas y circulares persecutorias, hasta los centros de internamiento para las repatriaciones– constituyen un conjunto de ilegalidades institucionales que amenaza las raíces de los fundamentos

---

<sup>11</sup> Michael FOUCAULT, *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, traducción de Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 231. Disponible en: <<https://bit.ly/2HRhjSF>>.

de nuestra democracia. Su objetivo es poner, de hecho, fuera de la ley a la inmigración, condenarla a la clandestinidad y, por tanto, privar a los «inmigrantes ilegales» de todos los derechos exponiéndolos a toda forma de opresión y explotación. Sus efectos trágicos son los miles de personas que perdieron la vida intentando llegar a nuestras costas –más de treinta y cuatro mil personas en los últimos quince años, casi la mitad de ellos en los últimos cinco<sup>12</sup>–, víctimas de la inhumanidad de nuestros gobiernos, que olvidan la larga y dolorosa tradición de emigración de nuestro país.

A nivel legislativo se ha producido la ruptura más llamativa: el derecho de emigrar, teorizado por la cultura occidental y que sirvió para legitimar conquistas y colonizaciones, se ha invertido, aunque todavía vigente, en su opuesto. Su ejercicio, en Italia, se ha convertido en delito por la Ley N.º 94 de 15 de julio de 2009. Este ha sido el punto más bajo en la historia institucional de nuestra República. La criminalización de los inmigrantes clandestinos y la creación de la figura de la «persona ilegal» han marcado un salto cualitativo en la política de exclusión y provocado un cambio muy grave en el paradigma del derecho penal. Con esta ley –ciertamente la más indigna de la historia de la república Italiana– por primera vez, después de las leyes raciales de 1938, ha sido penalizado con la introducción del delito de inmigración, no un hecho sino un *estatus*, el de inmigrante clandestino. Esto viola todos los principios básicos del Estado de Derecho en materia penal: en primer lugar del principio de legalidad, en virtud del cual uno puede ser castigado solo *por lo que ha hecho* y no *por lo que es*, por actos ilegales y no por la propia *identidad*; en segundo lugar, el principio de igualdad, que excluye cualquier discriminación de las condiciones personales y sociales y la igual dignidad de las personas; finalmente, los principios de ofensa y culpabilidad, dado que la falta o incluso la pérdida del permiso de residencia a causa, por ejemplo, de un despido, no es en absoluto un comportamiento dañino y menos aún atribuible a la responsabilidad del inmigrante, cuya única culpa es ser extranjero irregularmente residente en Italia.

---

<sup>12</sup> Según los datos reportados en el sitio *Open migration*, solo en 2016 el número de muertos en mar fue de 4733, nunca tan alto desde que el Acnur, en 2008, comenzó a contarlos (<http://data2.unhcr.org/es/situaciones/Mediterráneo>); en los últimos quince años, 34 361 personas han muerto en el intento de penetrar en la fortaleza de Europa, de las cuales 4273 en 2015 y 3507 en 2014.

No solo eso. En Italia, la jurisdicción y competencia para el tratamiento de este tipo de delitos ha sido confiada a los jueces de paz (*giudici di pace*): por desconfianza hacia los *giudici togati*<sup>13</sup>, o peor aún porque esta materia –que trata sobre la vida y la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales– se considera de importancia secundaria. A su vez, ha establecido una pena de reclusión de seis meses a tres años y la confiscación del inmueble, para quien a título oneroso dé alojamiento a un extranjero sin permiso de residencia, al momento de la estipulación del contrato de locación, condenando así a los inmigrantes a no tener un techo.

Por otro lado, el Reglamento de la UE N.º 603, del 26 de junio de 2013, introduce la obligación del recojo de las huellas dactilares de todos los inmigrantes. Además, el artículo 6 del Decreto Minniti N.º 13 de 2017, claramente inconstitucional por la violación del principio de igualdad, canceló la audiencia de la parte interesada, el contradictorio y también la apelación contra el decreto del tribunal que rechaza el recurso de los solicitantes de asilo: la vida de estas personas es obviamente poco importante para nuestro legislador. Por último, se aprobó un conglomerado de normas inhumanas, irresponsables e inconstitucionales, se trata del llamado «decreto-seguridad», impulsado por el ministro del Interior Salvini, que además de las medidas punitivas habituales ha reducido todas las formas de integración y, de hecho, ha suprimido el permiso de residencia por motivos humanitarios, lo que ha provocado la expulsión del sistema de protección para los solicitantes de asilo y refugiados (SPRAR) y de los centros de acogida extraordinarias (CAS) de 40 mil migrantes, arrojados a la calle como irregulares y destinados a alimentar la exclusión social y la delincuencia a ulterior beneficio de la política del miedo.

---

<sup>13</sup> Nota de la traductora: en Italia, en la jurisdicción ordinaria, con el término juez «togato» se indica el magistrado de carrera que ejerce la función judicial (de juez o fiscal) por un período indeterminado, nombrado mediante concurso público. El juez «honorario», por otro lado, es el magistrado nombrado mediante procedimientos especiales y no vinculado al Estado por una relación de empleo público sino por un servicio honorario. Las funciones del juez honorario son temporales y la asignación se remunera de diferentes maneras según las funciones ejercidas (juez de paz, juez agregado, juez honorario de la corte, fiscal honorario adjunto, experto en la corte para el menor).

## **V. Derecho administrativo anti-humanitario. La *fascistización* del sentido común**

Lo más desalentador es que estas leyes no fueron suficientes para satisfacer los impulsos racistas presentes en la sociedad y en la administración pública. Se ha desarrollado, en contraste con la misma legislación, una espesa maleza administrativa de reglas y de praxis persecutorias hecha, por un lado, de las circulares internas del ministro del Interior y, por el otro, de los llamados «pactos territoriales para la seguridad» y de las centenares de ordenanzas emitidas por los alcaldes, especialmente en los municipios gobernados por la *Lega Nord*. Así, sucede que muchos alcaldes exigen en sus ordenanzas, para la prestación de servicios públicos tales como el acceso a las escuelas, guarderías o viviendas sociales, requisitos y condiciones no previstos por la ley pero que, de hecho, son absolutamente obligatorios; o que simplemente discriminan a los extranjeros, impidiendo u obstaculizando su inscripción en la oficina de registro o los matrimonios con ciudadanos italianos o, como sucedió en el municipio de Lodi, el acceso a los niños al comedor y a otros servicios escolares por no certificar la ausencia de bienes poseídos en el extranjero; o que las circulares ministeriales requieren, por ejemplo, para la renovación del permiso de residencia, obligaciones, restricciones o certificaciones comunicadas a la parte interesada solo en el momento de su rechazo y quizás el día anterior a la fecha de caducidad<sup>14</sup>. La vida de un ser humano queda así abrumada por la ausencia de un sello u otra trivialidad, generalmente inútiles formalidades, y confían en la incertidumbre y arbitrariedad. Obviamente, todas estas medidas son teóricamente susceptibles de apelación, por violación de la ley, ante la jurisdicción administrativa. Pero está claro que el inmigrante –por desconocimiento, por el costo del juicio o simplemente por los tiempos ajustados impuestos por los plazos– no puede hacer valer sus derechos violados.

Este «sistema de gobierno por circulares», este «infra-derecho administrativo» como lo ha llamado Iside Gjergji, aunque en línea de principio subordinado a la ley y, por lo tanto, jurídicamente ilegítimo, es

---

<sup>14</sup> Véase, la extensa casuística contenida en Iside Gjergji, *La socializzazione dell'arbitrio: alcune note sulla gestione autoritaria dei movimenti migratori in Italia*, en P. Basso (ed.), *Razzismo di stato. Stati Uniti, Europa, Italia*, Franco Angeli, Milano 2010, pp. 439-466.

mucho más efectivo y vinculante que las mismas leyes. Por dos razones: porque las oficinas administrativas locales, debido a la organización jerárquica de la Administración Pública, se sienten sujetas, más que a la ley, a estas circulares y estas ordenanzas, promulgadas, aunque sea ilegítimamente, por los órganos a los que están directamente subordinados; y porque estas mismas oficinas, a causa de la visión obtusamente burocrática que tienen en común todas las oficinas públicas, perciben siempre, inconscientemente, como legítimo mucho más el rechazo que la aceptación de cualquier instancia, mucho más la negación que el reconocimiento y la tutela de los derechos.

Finalmente, en 2018, con el gobierno actual formado por la alianza de los populistas, la política contra los inmigrantes ha adquirido un carácter ostentadamente inhumano y abiertamente ilegal, cambiando la imagen de Italia, en el pasado distinguida por el socorro de cientos de miles de naufragos con la operación *Mare Nostrum*, y hoy convertida en el líder de los países del grupo Visegrad. La primera acción de este gobierno ha sido uno de los actos más vergonzosos en la historia de la República: el cierre de los puertos inaugurado con el rechazo del *Aquarius* en el que se habían salvado 629 migrantes, de los cuales 123 eran menores no acompañados, 11 eran niños y 7 eran mujeres embarazadas. Ha seguido el bloqueo a otros barcos, que han sido dejados en el mar, con su carga de cientos de personas sufriendo, y luego la historia, en agosto, del barco *Diciotti*, donde fueron tomados de rehenes, durante diez días, 177 migrantes. Lo que ha sido una clara violación del principio de libertad personal establecido por el artículo 13 de la Constitución italiana y, por lo tanto, como sostuvo la *Procura de Agrigento*, un secuestro y un abuso de autoridad. El aspecto más grave y claramente subversivo de este crimen ha sido, además, el abierto reclamo hecho por el ministro, quien declaró que quería persistir en su cometido, con la evidente intención de alterar los fundamentos de nuestro Estado de derecho: ya no es la legalidad constitucional, sino el consentimiento electoral como fuente de legitimación de cualquier arbitrio, incluso si es delictuoso.

Este ostentoso desprecio por la legalidad y por los principios

elementales del derecho interno y del derecho internacional<sup>15</sup> marcaron un ulterior salto de calidad de las políticas de este gobierno con respecto a las antiguas políticas anti-inmigrantes: la práctica de la exclusión, que en el pasado fue por lo menos negada y ocultada, es agitada por el actual populismo, por nuestro gobierno como por el presidente estadounidense Donald Trump y por los gobiernos europeos del llamado grupo de Visegrad, porque se ha demostrado que es una fuente de consenso fácil, especialmente de las clases más pobres y marginadas. Es un veneno destructivo introducido en la sociedad. Nuestro ministro del Interior, Salvini, no se limita a interpretar la xenofobia, sino que la alimenta y la amplifica, provocando dos efectos destructivos a los presupuestos de la democracia.

En primer lugar, una reducción del espíritu público y del sentido moral en la cultura de masas. Cuando la indiferencia por los sufrimientos y los muertos, la inhumanidad y la inmoralidad de fórmulas como «*prima gli italiani*» o «*la pacchia è fnita*», en apoyo a la omisión de socorro, son practicadas y exhibidas por las instituciones, no son solo legitimadas, sino también son seguidas y alimentadas, se vuelven contagiosas y se normalizan. Estas políticas crueles están envenenando e impregnando de maldad la sociedad en Italia y en Europa. Están esparciendo miedo y odio por lo «diferente». Están deslegitimando, mediante la difamación a los que salvan vidas humanas, la práctica básica de socorro hacia los que están en peligro de vida. Están *fascistizando* el sentido común. Están devaluando, junto con el sentido de la igualdad y la dignidad de las personas por el hecho de ser personas, también los normales sentimientos de humanidad y solidaridad que forman el presupuesto básico de la democracia. Están, en suma, reconstruyendo los fundamentos ideológicos del racismo.

---

<sup>15</sup> Antes de todo ha sido violado el artículo 593, 2º párrafo del código penal italiano, sobre la omisión de socorro. Ha sido violado el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo (SAR), hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979, en vigor en Italia desde el 22 de junio de 1985, que en el punto 2.1.9 impone la obligación de prestar los servicios de búsqueda y auxilio «más eficaces posibles», trayendo a los náufragos a un «puerto seguro», es decir, al puerto más cercano. Disponible en: <<https://bit.ly/2GR5uKn>>. Ha sido violado el «Texto Único sobre la inmigración» del 25 de julio de 1998, actualizado por ley número 3 del 11 de enero de 2018, cuyo artículo 19, párrafo 1. *bis* prohíbe el rechazo de menores extranjeros no acompañados (lett. a) y de las mujeres que están embarazadas o en los seis meses posteriores al embarazo (lett. d), y cuyo artículo 10, párrafo 4º, prohíbe los rechazos de todos los que pretenden solicitar asilo. Finalmente, ha sido violada la Convención de Ginebra sobre el estatus de los refugiados, cuyo ejercicio ha sido impedido a sus titulares por el cierre de nuestros puertos, equivalente a la práctica ilegal de los rechazos colectivos.

El segundo efecto no es menos grave y destructivo. Consiste en un cambio en las subjetividades políticas y sociales: ya no son las viejas subjetividades de clase, basadas en la igualdad y las luchas comunes por los comunes derechos, sino los nuevos sujetos políticos de tipo *identitario*, los italianos contra los migrantes, primero los italianos, como en los Estados Unidos primero los americanos, nosotros contra los extranjeros, las identidades nacionales unas contra otras, basadas en la identificación de las diferentes identidades como enemigas y en el cambio, repito, de las luchas sociales: ya no los pobres contra los ricos, sino los pobres contra los muy pobres y, sobre todo, los ciudadanos contra los migrantes, transformados en enemigos contra los cuales descargar la ira y la desesperación generadas por el crecimiento de la desigualdad y la pobreza. Las políticas contra los migrantes se combinan así con las políticas antisociales que, en los últimos años, han aumentado el desempleo y la precarización laboral causando la desintegración de las viejas formas de subjetividad política colectiva basadas en la igualdad de los derechos y la solidaridad entre iguales. Expresiones como «movimiento obrero», «conciencia obrera» y «solidaridad de clase», que por más de un siglo han sido fundamentales para el léxico de la izquierda, no están por casualidad fuera de uso. De hecho, han desaparecido, con la multiplicación de los tipos de relación laboral, la igualdad en los derechos y la subjetividad política y social de los trabajadores, los cuales, más que solidaridad en las luchas comunes, se ven obligados a competir entre sí.

Así, se han producido dos procesos convergentes: la desintegración, por las políticas libertarias de precarización laboral y de multiplicación de las desigualdades, de la tradicional subjetividad de clase basada en la igualdad y la solidaridad, a la incorporación, por las campañas xenófobas y más abiertamente reaccionarias, de nuevas subjetividades, basadas en la intolerancia hacia los diferentes, alimentada por las campañas de «seguridad pública» y por los sentimientos de miedo y rencor contra los migrantes como chivos expiatorios útiles de la creciente inseguridad social. Es sobre este cambio en la estructura de la sociedad, producido en estos años en Italia y en la mayoría de las democracias occidentales, que deberíamos sobre todo reflexionar. Es un cambio que está minando las bases sociales de la democracia. Las políticas, que en los últimos años han demolido el derecho laboral generalizando la precariedad y reemplazando la solidaridad por la competencia entre los trabajadores, han alterado y destruido

los fundamentos sociales del pluralismo político y, en particular, de la izquierda. Y son la base de todos los populismos, unidos por la referencia al pueblo como una entidad indiferenciada y cimentada, más allá de las desigualdades económicas y sociales, por la aversión por lo «diferente»: entonces por la negación del principio de igualdad en sus dos dimensiones, aquella formal o liberal del igual valor y respeto de todas las diferencias de identidad personal, consagrada en el primer párrafo del artículo 3 de la Constitución italiana, y aquella sustancial o social de la reducción de las desigualdades materiales promovida por el segundo párrafo del mismo artículo.

## **VI. Los efectos perversos de las políticas de exclusión**

Todas estas normas –como las que se ocupan de impedir la reunificación familiar, o que aumentan los años necesarios para la obtención de un permiso de residencia, o que agravan los trámites burocráticos para la renovación del permiso, o que regulan las expulsiones sin prever el contradictorio y, por lo tanto, sin tener en cuenta las razones del inmigrante– no son sólo expresión de la crueldad legislativa. Expresan la imagen del inmigrante como una «cosa», «no-persona», cuyo único valor es la mano de obra de bajo costo para los trabajos demasiado duros, peligrosos o humillantes: un recurso, por lo tanto, para la economía nacional, un excelente negocio para los empresarios, un ahorro en los costos de toda la formación de la fuerza laboral, excepto un ser humano, titular de derechos igual que los ciudadanos.

Esta imagen del inmigrante como «una cosa» y el veneno racista que inyectó en el sentido común no es de ninguna manera un efecto no deseado por parte del legislador. Por el contrario, es exactamente la imagen y el veneno que estas leyes, por sus intenciones demagógicas, quieren transmitir e inculcar en la sociedad. Valen, aún más que por sus efectos en el mercado laboral, por su carga simbólica. Estas normas y estas prácticas no se limitan a reflejar el racismo generalizado en la sociedad, sino que son ellas mismas, normas y prácticas racistas –las de hoy, bien pueden llamarse «leyes raciales» como las de Mussolini, 80 años después, en la medida en que buscan fomentar y apoyar el racismo–. Ciertamente, también son funcionales a los intereses de los empleadores, ya que hacen posible la

máxima explotación y, en consecuencia, una devaluación general de todo el trabajo asalariado. Pero, sobre todo, reflejan y alimentan el estereotipo del inmigrante, delincuente construido por la demagogia de la «seguridad»: la tendencia a estigmatizar como peligrosos y potenciales criminales que ya no son individuos sobre la base de los crímenes cometidos, sino enteras categorías de personas sobre la base de su identidad y diferencia étnica.

Las campañas contra los inmigrantes están imbricadas con las campañas en favor de la seguridad, apoyándose mutuamente. Ambas se entrelazan por los prejuicios y los lugares comunes que fortalecen el miedo que los migrantes generan. El resultado es un imaginario racista, que ve a los inmigrantes como potenciales criminales, nuevos bárbaros y, al mismo tiempo, una amenaza a nuestra llamada identidad cultural y nacional. Además, la construcción de este imaginario no corresponde solo a un prejuicio racista. También sirve para construir identidades enemigas; movilizar a la opinión pública, especialmente la de los sujetos más débiles, respecto a los sujetos aún más débiles; para cambiar el sentido común en torno a la desviación y al derecho penal, instando a la alarma social no contra los delitos de los poderosos –la corrupción, los peculados, las grandes bancarrotas, las devastaciones del medio ambiente– sino contra la microcomercialización de la droga, los robos y, en general, los delitos callejeros cometidos por inmigrantes irregulares, que no es una casualidad que colmen las noticias televisivas, no menos que las cárceles.

Por lo tanto, debemos ser conscientes que las políticas y leyes producidas por este racismo institucional solo pueden agravar todos los problemas que pretenden resolver. Si bien nunca podrán detener la inmigración, tienen como único efecto el aumento exponencial del número de inmigrantes clandestinos y en exclusión social, inevitablemente criminógena. Empujando a los inmigrantes a la ilegalidad, los entregan al control de las mafias, acentuando desigualdades y exclusiones y, con ellos, el odio y la crítica del resto del mundo hacia Occidente, con la inevitable persistencia de la violencia y el terrorismo. Está claro que la condición de debilidad e inferioridad de los inmigrantes, especialmente si no cumplen con los requisitos administrativos que les exigen los Estados a los cuales arriban, termina inevitablemente –como lo demuestra la experiencia de todos los fenómenos migratorios, en primer lugar la emigración italiana

a los Estados Unidos a inicios del siglo pasado— por empujarlos a la ilegalidad y, en consecuencia, a la necesaria búsqueda de la solidaridad y de la protección de otros inmigrantes, especialmente compatriotas suyos con el peligro inminente de que puedan caer bajo el control de la mafia.

De hecho, las políticas de exclusión y represión en lugar de inclusión e integración equivalen a poderosos factores criminógenos: desde siempre, en sociedades marcadas como las nuestras por desigualdades crecientes, los que están excluidos de la sociedad civil y jurídica están expuestos a ser incluidos, como trabajadores delincuentes, en las comunidades «no civilizadas» y criminales, a su vez, dispuestas a reclutar e incluir a los que están excluidos y criminalizados por la sociedad civil. Por encima de todo, tratar a los inmigrantes islámicos como enemigos equivale hoy a convertirlos efectivamente en enemigos y, por lo tanto, entrar en el juego del terrorismo yihadista, que sobre la base de su autorrepresentación como enemigo, en guerra con Occidente, legitima su odio y sus asesinatos. Por ese motivo, debemos ser conscientes de la complementariedad y la convergencia entre la seguridad y la integración social. Una política de garantía de la seguridad requiere exactamente lo contrario de la exclusión social y de la invisibilidad producida inevitablemente por la clandestinidad: requiere políticas de inclusión, más que de exclusión, y la implementación del principio de igualdad en sus dos dimensiones, sobre la base de la garantía a los inmigrantes de todos los derechos fundamentales.

**VII. La pérdida de la identidad democrática y civil de Occidente. Una perspectiva alternativa: los migrantes como pueblo constituyente de un nuevo orden mundial**

Esta dureza de las políticas italianas y europeas sobre la inmigración está produciendo, como dije al comienzo, la deformación de la identidad de Europa: ya no es *la Europa de los derechos* que hasta hace unos años era un modelo para los progresistas de todo el mundo, sino una Europa dividida y deprimida, nuevamente en manos de los egoísmos nacionales, de los populismos xenófobos, de las rivalidades, de las recriminaciones, de los resentimientos, de los rencores, de los miedos y de las desconfianzas mutuas.

La Unión Europea, nació para poner fin al racismo, a las discriminaciones y al genocidio: no para dividir y excluir, sino para unificar e incluir, sobre la base de los valores comunes de igualdad, solidaridad, dignidad de la persona y de los derechos fundamentales de todos. Hoy está contradiciendo ese papel. Con las políticas de austeridad impuestas a los países miembros y la restricción de la libre circulación de las personas, y más que nunca de los migrantes, la Unión Europea está enfrentando a los Estados miembros entre sí, y dentro de los Estados a los pobres contra los inmigrantes, los penúltimos contra los últimos. Está multiplicando, con las leyes contra la inmigración, las desigualdades de *estatus*, por nacimiento, entre ciudadanos *optimo iure*, semiciudadanos más o menos establemente regularizados y clandestinos reducidos al *estatus* de personas ilegales o no-personas. Sobre todo, está permitiendo una masacre diaria de personas que huyen de la pobreza, de las guerras, del terror y de sus ciudades reducidas a escombros; que cada año miles de personas se ahoguen en el mar intentando llegar a Europa y que cientos de miles atesten nuestras fronteras contra las barreras y los alambres de púas, expuestos al frío y al hambre, dispersados y golpeados por nuestra policía.

Hoy la perspectiva de superar las fronteras y de una efectiva universalización de los derechos fundamentales parece una utopía. Sin embargo, debemos reconocer que la historia de la civilización es también una historia de utopías (buenas o malas) realizadas, mientras que, por el contrario, las fronteras, los muros y los alambres de púas son sólo los frágiles e inútiles signos de nuestra inseguridad; con esto nos engañamos para frenar un fenómeno imparable, pues pretendiendo proteger nuestras privilegiadas condiciones de vida separándonos del resto del mundo, evitamos enfrentar las causas de la emigración en masa provocada, en gran parte, por nuestras propias políticas.

Por encima de todo, debemos reconocer el desafío que hoy se abre para las fuerzas democráticas y para toda la cultura jurídica y política: llegar –sobre la base de un constitucionalismo mundial ya normativamente establecido con las muchas convenciones internacionales, pero todavía sin garantías– a un ordenamiento que rechaza finalmente la ciudadanía como *estatus* privilegiado –del que se derivan derechos no reconocidos a los no ciudadanos– instituyendo, por el contrario, una *ciudadanía universal*,

que supere la dicotomía «derechos del hombre-derechos del ciudadano», y reconozca a todos los hombres y todas las mujeres del mundo, como personas, los mismos derechos fundamentales. Aunque pueda parecer poco realista, esta perspectiva es, ciertamente, mucho menos utópica que la que enfrentó, hace poco más de dos siglos, el desafío a las desigualdades del *ancien regime* lanzado por las primeras declaraciones de los derechos y la utopía que animó el iluminismo jurídico y, sucesivamente, toda la historia del constitucionalismo y la democracia. Entonces queda claro que las políticas actuales no permiten ningún optimismo. Pero quizás sean precisamente estas políticas las que cultivan una utopía jurídica: la idea de que la presión de los excluidos en nuestras fronteras pueda ser enfrentada con las leyes y que las fronteras cerradas pueden coexistir con un futuro de paz. La verdadera oposición, por lo tanto, no es entre realismo y utopía, sino entre realismo de plazos cortos y realismo de plazos largos. Quiero decir que la hipótesis más irrealista de hoy es que la realidad pueda permanecer indefinidamente así como es: que podemos continuar, indefinidamente, fundando nuestras democracias y nuestros confortables y elevados niveles de vida, sobre el hambre y la miseria del resto del mundo y que la desigualdad pueda seguir creciendo indefinidamente. Todo esto es inverosímil.

Aunque es poco realista a corto plazo, el proyecto de un constitucionalismo internacional fundado en la igualdad de todos los seres humanos, ya dibujado por muchas cartas supranacionales de derechos, representa, a largo plazo, la única alternativa realista al futuro de las guerras, destrucciones ecológicas, fundamentalismos, racismos, conflictos interétnicos, ataques terroristas, aumento del hambre y de la miseria que surgirían de su fracaso.

En esta perspectiva, debemos reconocer que la migración y el creciente nomadismo de la población mundial –por la migración empujada por la necesidad, pero también por la migración no forzada– solo podrán rediseñar los espacios de la política y del derecho, desvinculándolos de los espacios nacionales y extendiéndolos a los espacios transnacionales. Y pondrán en agenda la cuestión política de la constitucionalización de la globalización: que no puede continuar consistiendo solo en la globalización de los mercados y capitales, en suma, en la sustitución actual de la soberanía de los estados por la soberanía anónima, impersonal e irresponsable de los

mercados financieros, –pero debe tomarse a largo plazo y prefigurarse a partir de ahora como el fundamento para una necesaria refundación de la política, del derecho y de la democracia sobre la base de la igualdad de todos en los derechos humanos, comenzando con el derecho al libre movimiento en el planeta. Por eso, ante los crecientes fenómenos de racismo y xenofobia que socavan las raíces de nuestras democracias, una política de inmigración antirracista debería tener el coraje de tomar en serio los principios de igualdad y dignidad de las personas y los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución y en muchas Cartas internacionales de derechos, a partir del derecho de emigrar, en ellas proclamadas y, por lo tanto, al menos en perspectiva, aseguran la libertad de movimiento de las personas como la libertad de movimiento de las mercancías.

Una política racional, así como informada de la garantía de los derechos, debería asumirse realistamente, desde la conciencia que los flujos migratorios son fenómenos estructurales e irreversibles, fruto de la globalización salvaje promovida por el capitalismo actual, que ni las leyes ni los muros ni las policías fronterizas podrán detener, sino solo dramatizarla y situarla en la clandestinidad, entregando a los inmigrantes a la represión, a la explotación y control criminal. Por el contrario, debería tener el coraje de asumir el fenómeno migratorio como el auténtico *hecho constitutivo* del orden futuro, destinado, como instancia y vehículo de la igualdad, a revolucionar las relaciones entre los hombres y a refundar, a largo plazo, el orden internacional. Desde esta perspectiva, el derecho de emigrar equivaldría al *poder constituyente* de este nuevo orden global: ya que Occidente nunca abordará seriamente los problemas que están en el origen de la migración –las desigualdades, la pobreza, el hambre, las guerras, las devastaciones ambientales causadas en gran medida por sus mismas políticas– si no los siente como propios. Y nunca los sentirá como propios si no se siente amenazado directamente por el derecho de emigrar, es decir, por la presión demográfica que proviene de esos países y que no tendrá que enfrentar, después de haber ocupado primero con sus conquistas y sus robos y luego con sus promesas al mundo entero, el escape de sus mundos devastados, de las poblaciones desesperadas que hoy están presionando en sus fronteras. Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, nunca caen desde arriba, sino que se afirman solo cuando la presión de aquellos que están excluidos a las puertas de quienes están

incluidos se vuelve irresistible.

Finalmente, una política informada sobre la igualdad y la garantía de la dignidad y los derechos fundamentales de todos debería tener el coraje de ver en el pueblo mestizo y oprimido de los migrantes, con sus infinitas diferencias culturales, religiosas y lingüísticas, la prefiguración de la humanidad futura como el único pueblo global, inevitablemente mestizo porque se formó por el encuentro y la contaminación de más nacionalidades y de más culturas, sin más diferencias privilegiadas o diferencias discriminadas, sin más ciudadanos o extranjeros porque todos comparten un único estatus, el de persona humana, y por el reconocimiento pacífico de la igual dignidad de todas las diferencias.

Por eso, creo que debemos pensar en los pueblos migrantes como el *pueblo constituyente* de un nuevo orden mundial. Ya que los terribles efectos del cierre de las fronteras de los países ricos –las dolorosas odiseas de quienes huyen de la pobreza, de las guerras o de las persecuciones; los miles de muertos cada año intentando llegar a nuestras costas; las decenas de miles personas expulsadas de Argelia a las que dejaron vagar y morir en el desierto del Sahara; aquellas encerradas en condiciones inhumanas en el infierno de las prisiones libias; los miles de migrantes que acuden a nuestras fronteras contra las barreras y los alambres de púas, expuestos al frío y al hambre; los sufrimientos infligidos a ellos por parte de nuestros gobiernos, como las segregaciones y las separaciones de los niños de sus padres ordenadas en los Estados Unidos o el diseño de muros fronterizos o la repatriación forzada de los *dreamers*, o las expulsiones de inmigrantes irregulares que viven desde hace años en nuestros países– son los horrores de nuestros tiempos que impondrán a los constituyentes del futuro un nuevo *nunca más*: la afirmación y la garantía de la libertad de movimiento en el planeta de todos los seres humanos, el *ius migrandi* precisamente como un «derecho» auténtico a tener derechos, condición elemental de la indivisibilidad y de la efectividad, incluso antes de todos los demás derechos de la persona hoy proclamados en muchas Cartas de los derechos que forman parte de nuestro derecho internacional pero sistemáticamente violados. Se establecería así el presupuesto básico de un constitucionalismo global. Se cerraría el medio milenio del falso universalismo de los derechos humanos inaugurado con la proclamación del derecho a emigrar para el

uso exclusivo de las políticas de conquista de Occidente.

Debemos saber que la alternativa a nuestra propuesta formulada líneas arriba, sería un futuro de regresión global, marcado por la explosión de las desigualdades, de los racismos y de los miedos y, al mismo tiempo, de la violencia, de las guerras, de los terrorismos y de la inseguridad general.