

## ESTADO PUNITIVO Y MIGRACIÓN: LAS PARADOJAS DE LA SEGURIDAD

### *PUNITIVE STATE AND MIGRATION: THE PARADOXES OF SECURITY*

Javier Espinoza de los Monteros<sup>1</sup>

*Universidad Anáhuac México*

#### **Resumen:**

En los últimos años se ha producido un aumento exponencial del fenómeno migratorio. En específico el flujo migratorio irregular de la zona triángulo norte (el Salvador, Guatemala y Honduras) se ha desbordado y México así como Estados Unidos han instaurado una política de contención. El derecho penal se ha venido utilizando como instrumento de represión frente a los migrantes. Se configurado un Estado punitivo cuya violencia tiene como justificación el principio de la seguridad. En esta contribución exploramos la función del principio de la seguridad para fundamentar un Estado Punitivo. Se analizan las paradojas a que da lugar el principio de seguridad.

#### **Palabras clave:**

Estado punitivo, paradojas de la seguridad, migración irregular, soberanía, derechos humanos, pobreza.

#### **Abstract:**

In recent years there has been an exponential increase in the migration phenomenon. Specifically, the irregular migratory flow from the northern triangle zone (El Salvador, Guatemala and Honduras) has overflowed and Mexico as well as the United States have established a containment policy. Criminal law has been used as an instrument of repression against migrants. A punitive State was configured whose violence is justified by the principle of security. In this contribution we explore the function of the principle of security to found a Punitive State. The paradoxes that the security principle gives rise to are analyzed.

#### **Keywords:**

Punitive state, security paradoxes, irregular migration, sovereignty, human rights, poverty

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema que será objeto de reflexión en esta contribución es aquél del Estado punitivo y la migración. La función punitiva del Estado tiene su fundamento en el principio de la seguridad. A través de esta intenta justificar la represión contra los migrantes. Para abordar esta temática queremos partir de las siguientes reflexiones ¿cuál es el tratamiento de la alteridad en los modernos Estado constitucionales? ¿cómo se produce exclusión y violencia entorno al migrante? ¿cuál es la fraternidad que se practica? y ¿qué nos puede enseñar la sociología del derecho al respecto? Una observación sociológica del problema nos puede permitir dar cuenta de la realidad del derecho, de su artificialidad, de su contingencia.

Siendo este el llamado tiempo de los derechos ¿cómo es posible que se practique exclusión? Y todavía más ¿cómo es que utilizando como fundamento a los derechos humanos se produzca violencia? ¿cuál es la fraternidad que se practica y respecto a qué sujetos?

---

<sup>1</sup> Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México. Coordinador del Centro para el Desarrollo Jurídico de la misma institución. Doctor en Formas de la evolución del derecho por la Universidad del Salento (Italia).

Pues bien, para delimitar el problema me concentraré en la migración centroamericana, aquella que transita por México y cuyo destino es Estados Unidos de Norteamérica. Me refiero a la migración del llamado triángulo norte: Guatemala, Honduras y El Salvador. Estos migrantes ha sido objeto de prácticas punitivas de hecho y de derecho. En México si bien no se considera un delito la migración irregular, lo cierto es que ellos son tratados como criminales. En Estado Unidos de Norteamérica, la normatividad los concibe como criminales y sobre ellos recae el brazo de hierro del Estado. También en este país se observa un que la política ha utilizado el discurso de la criminalización de la migración irregular para generar capital político.

## **2. ESTADO MODERNO Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS**

¿Por qué migrantes irregulares o ilegales? Serían un sin sentido si los derechos se pregonan como universales.<sup>2</sup> Los derechos han sido concebidos como derecho para todos y en la misma medida. Estos serían atribuidos a todos los sujetos, trascenderían fronteras; serían derechos de los ciudadanos del mundo.

El Estado moderno se configurará como el espacio en que se imputan y practican los derechos. Los sujetos adscritos a dicha organización política serán los titulares de los derechos. No obstante que los derechos son proclamados como universales, su universalidad tendrá como terreno el Estado nacional y como titular al ciudadano, quedarán restringidos, anclados a éste.

La función de los derechos, en su primigenia, será la de justificar la existencia del Estado. Ellos vienen utilizados para que pueda consolidarse un poder soberano, un sujeto fuerte monopolizador de la producción normativa y de la toma de decisiones política. Soberanía es un principio jurídico-político.

El Estado soberano moderno se consolida a finales del siglo XVIII, principios del siglo XIX, cuando se logran eliminar las corporaciones, las jurisdicciones, los señoríos territoriales. Se configurarán unidades político-jurídicas-territoriales más amplias que absoveran a los diversos señoríos que caracterizaban a toda la Europa medieval.

Aquello que impedía la concentración de la dimensión político-jurídica en una entidad política soberana eran la multiplicidad de corporaciones, de jurisdicciones.

La unidad papal se había roto en virtud de las guerras de religión. En virtud de las luchas por la imposición de la verdad.

---

<sup>2</sup> Gzesh, Susan, "Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos", Migración y desarrollo, núm. 10, 2008, p. 99.

Para poder cancelar el orden medieval eran necesario romper sus fundamentos, las adscripciones comunitarias. Como es sabido el sujeto relevante no eran los individuos en particular. Para el pensamiento medieval este sería un “vulgar axioma”. El sujeto relevante lo constituían las corporaciones; se era titular de derecho en tanto se estaba adscrito a las mismas. Son comunidades estratificadas, jerarquizadas. En todo caso, este estatus constituía la *dignitas medieval*.<sup>3</sup>

La invención de los derechos permite sustraer, aislar a los sujetos de las comunidades. Ahora se será titular de derecho en lo individual, no en cuanto a la pertenencia comunitaria.

Según el contractualismo racionalista de los siglo XVII y XVIII, los sujetos se encuentran en estado de naturaleza y allí son titulares de derechos absolutos. Estos derechos tienen que ser limitados para no permanecer en el caos. El Estado será aquella entidad que los limite. De este modo, se producirá una teoría de los derechos sin derechos<sup>4</sup>, y la pérdida del “esmalte iusnaturalista” de los mismos. Los derechos pasarán a formar parte de la esfera estatista.

La revolución francesa si bien proclamará dos fundamentos del orden social, esto es, la soberanía y los derechos, configurando, para utilizar la expresión de Pietro Costa, un *moderno campo de tensión*,<sup>5</sup> en última instancia hará depender los derechos de la soberanía. Ellos pasarán a ser parte de la producción estatista, legislativa. Serán realizados y tutelados a través de la ley que se organiza en forma de código. Los derechos, pues, serán desarrollados y a su vez limitados a través de la esfera legislativa.

Ahora bien, parafraseando a De Giorgi, los derechos surgirán de un proceso que va de la *naturaleza a la naturaleza*<sup>6</sup>. Las adscripciones comunitarias estaban fundadas también ellas en la naturaleza. Los derechos se liberaran de aquellas representaciones de la naturaleza, de las estratificaciones, de las jerarquías, de aquellas exclusiones, y se asentarían en la idea de la naturaleza, que vendrá considerada como la *verdadera y universal*. Aquella que consideraba a los hombres *libres e iguales*, es decir, como dignos, capaces de autodeterminarse. Y en efecto, en la Declaración Francesa de los derecho del hombre y del ciudadano se proclama: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

---

<sup>3</sup> Cfr. Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Revista de Filosofía DIÁNOIA*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 55 Núm. 64, 2010, p. 12.

<sup>4</sup> Cfr. Viola, Francesco, “¿Los derechos humanos son derechos naturales?”, en *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, 2013, p. 187 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. Costa, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, ESI, 2006.

<sup>6</sup> De Giorgi, Raffaele, “Ecología de los derechos humanos” (J. Espinoza de los Monteros, Trad.). En J. Espinoza de los Monteros Sánchez et al. (Coords.), *Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de Derechos Humanos. Colección de Estudios en torno al Centenario de la Constitución Mexicana*, México, Porrúa, 2018.

Los derechos serán proclamados como universales pero solamente dentro de los confines del Estado nacional. De hecho los derechos consolidan la idea del Estado nacional.<sup>7</sup> Se proclama la igualdad de los sujetos, una igualdad simétrica, que pretende la homogeneidad, la eliminación de las diferencias. Ahora todos serán concebidos iguales ante la ley, un mismo derecho, una norma general. En el interior del Estado, en sus fundamentos, primará la concepción de que a todo Estado le corresponde una nación: una homogeneidad, una unidad, una comunidad. La nación trazará diferencias, producirá límites, genera una separación, una distinción: interno / externo. Lo que está incluido y lo que está excluido, el ciudadano y la exterioridad, el extranjero. La idea nación, la identidad tendrá como función: poner a distancia a la alteridad, en el caso particular al extranjero.

De este modo, la política y el derecho practicarán selectividad, exclusión. La fraternidad se ejercerá dentro de los límites del Estado nacional. Los derechos son derecho del ciudadano.

La seguridad, la propiedad, la libertad, serán el fundamento del pacto de convivencia. El Estado se legitimará en cuanto pueda realizar este orden.

¿Pero libertad hasta dónde, la seguridad de quién, igualdad en qué sentido? ¿Quién dice naturaleza? ¿Quién establece el límite? ¿cuál es su contenido material? ¿Quién es el observador? Como se dice en la sociología sistémica

## 2.1 Las paradojas de la seguridad

La vieja y la nueva Europa para la creación del derecho parte de la fundamentación en principios. Se respalda en principios, se justifica en principios que se presentan como objetivos. De hecho el constitucionalismo de la segunda posguerra hace énfasis en que la producción normativa debe tener como límite y orientación los principios. Estos darían legitimidad al orden jurídico, lo validarían. El contenido del derecho positivo estaría guiado, orientado a través de los principios.

Pero ¿Qué se conocen cuando se conocen los principios o los valores? Ciertamente no se conoce el orden del mundo, no se conoce el orden universal de las acciones. En efecto, los principios no dicen como conducirnos, no contienen orientaciones del actuar. Ellos son semánticamente vacíos. Los principios no dicen nada, son formas desprovistas de un contenido

---

<sup>7</sup> Cfr. Costa, Pietro, "Derechos", en Fioravanti, Maurizio (Ed.). *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, (M. Martínez Neira, Trad.), Madrid, Trotta, 2004.

objetivo. Ellos, para adquirir realidad, deben ser concretados, deben ser especificados.<sup>8</sup> Debe operar algo de bagaje conceptual.<sup>9</sup> Solamente mediante su aplicación adquieren un sentido, una orientación. Solamente en la abstracción, los principios pueden mantenerse universales, solo en su generalización pueden ser aceptados, pueden ser objeto de consenso, de aceptación.

Los principios entonces se vuelven contingentes al momento de ser concretados. Se determinado un contenido, un límite, el cual pudo haber sido diverso de como es y en el futuro podrá ser diverso de como es. Todo dependen del observador, del constructor de la realidad. En el caso, el observador es el sistema del derecho. Quien introduce sentido es el legislador y ahora los jueces constitucionales. Ellos tienen poder de definición, para utilizar otra expresión de De Giorgi.

En todo caso, los principios, decía Luhmann, contienen su contrario.<sup>10</sup> En efecto, los principios son ambivalentes. A través del mismo principio se pueden llegar a conclusiones, a decisiones diferentes. El principio esconde al observador, los sustrae a la vista. Se esconde el hecho de que la decisión pudo haber sido diferente de como es. Los principios, presentados como objetivo, esconden los juicios de valor. A través de los principios se esconde al constructor de la realidad.

Los principios hacen que el sistema del derecho pueda operar constantemente, producir variabilidad. Hacen posible que el sistema pueda decidir constantemente. La conclusión, decía Luhmann, se mantiene abierta.

Los principios aparentan estabilidad, certeza. Carlos Cárcova decía que ellos producían un efecto tranquilizador y legitimante.<sup>11</sup> En efecto, no sabemos que nos podamos esperar de ellos. Ellos configuran un no saber, un no saber del futuro, un no saber de la decisión. El sistema del derecho, de este modo, opera a través de su código binario lícito / ilícito. Traza diferencias, produce distinciones. Y así puede practicar exclusión. Siempre mediante su código elige una posibilidad y excluye otra posibilidad, la cual pudo haber sido fijada como derecho.

A través del principio de seguridad se ha practicado la exclusión de la alteridad. Se ha puesto distancia al migrante.<sup>12</sup> La ambivalencia del principio ha permitido inventar al migrante

---

<sup>8</sup> Cfr. Kaufmann, Arthur, “La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 38, 1998, p. 28 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. La Torre, Massimo, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, 2020.

<sup>10</sup> Luhmann, Niklas, *La paradoja de los Derechos Humanos. Tres escritos sobre política, derecho y Derechos Humanos*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014.

<sup>11</sup> Cárcova, Carlos, “Acerca de las funciones del derecho”, en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 9, 1988, p. 58.

<sup>12</sup> Cfr. De Giorgi, Alessando, “Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa”, *Crítica Penal y Poder*, núm. 2, 2012, p. 144.

como un problema, como algo que hay que contener, como algo que hay que mantener fuera, en la exterioridad. La política lo representa como una amenaza, aquello que vendría a perturbar la paz, la tranquilidad de los nacionales. La política lo construye como delincuente, y de este modo justifica *formas del gobierno del miedo*. Frente a éste se ejerce la represión. De este modo, la política busca contruir consenso, capital político, busca legitimarse. Se exagera el nacionalismo y la distinción nosotros y aquellos. El Estado adquiere la función punitiva, de tolerancia cero. Persigue, acosa, ejerce su puño de hierro.

Ciertamente podía haberse priorizado la seguridad del migrante. Se habría podido tutelar y atender sus necesidades básicas. Como es sabido, el migrante irregular, se encuentra constantemente en condiciones de inseguridad, en condiciones de vulnerabilidad. En su trayecto, los caminos por los que transita son riesgosos, asimismo, está latente el asedio del crimen organizado que busca beneficiarse, explotar al migrante, está latente la discriminación de los nacionales, el asedio de la policía fronteriza. Se practica lo que Baumann llamaba mixofobia, el rechazo al otro. Los migrante padecen carencias, tienen dificultades para satisfacer sus necesidades vitales, entre muchas otras circunstancias.

En torno al principio seguridad se puede oscilar de un Estado punitivo a un Estado social, todo depende de como se interprete el principio, el significado que se le atribuya.

En todo caso, se ha tendido a la represión, a la punición, y a generar lo que Pierre Bourdieu llamaba *ritos de institución*, esto es, la práctica gubernamental de hacer visible la exclusión, el rechazo, para que la política se legitime como defensora de la seguridad.

El iluminismo se ha vuelto contra sí mismo. A través de los principios del humanismo se ha generado lo opuesto: agresión, violencia.

En los últimos años un ius filósofo ha indicado que en torno al contractualismo contemporáneo se debe anteponer la axiología de los derechos sociales. Que las condiciones de legitimidad del contrato social han cambiado, que la seguridad y la vida que se debe priorizar es la de los sujetos más débiles, que se deben tutelar las necesidades vitales de aquellos que no pueden proveerselas por si mismos.<sup>13</sup> Sin embargo, se puede decir que en la constitución no hay un *deber ser*, que el derecho construye lo que usa como fundamento. Y se olvida que los principios no dicen nada sobre la resolución del conflicto entre los mismos: la libertad, la seguridad de quién.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, "Derechos sociales y esfera pública mundial", en Espinoza de los Monteros, Javier (Coord.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

<sup>14</sup> Cfr. Luhmann, Niklas, *La paradoja de los derechos humanos*, *Op. cit.*, p.

## 2.2 Estado punitivo y migración centroamericana

El libre tránsito y acceso a los países no es un problema para todos los migrantes. Las restricciones de la movilidad solamente son para una determinada clase de sujetos. En efecto, la mano de obra calificada, el turista que tiene la posibilidad de costearse ellos son, por decirlo así, ciudadanos del mundo. De este modo, se produce lo que el sociólogo Zygmunt Baumann llama: las jerarquías globales de la movilidad.<sup>15</sup>

Los Estados seleccionan el acceso. En efecto, “Los Estados modernos -indica Castle- no tratan igual a todos los migrantes, sino que, en cambio, seleccionan y diferencian según sus intereses nacionales percibidos.”<sup>16</sup>

Los migrantes del triangulo norte son aquellos que emprenden su marcha ya que en su país de origen ellos paden violencia, problemas de inseguridad, falta de oportunidades laborales, pobreza extrema. Ellos buscan mejores condiciones de vida para ellos y su familia.

En su tránsito son objeto de políticas punitivas. Ellos son construidos y tratados como criminales. En México la prácticas punitivas son de hecho. Ellos son retenidos por largo tiempo en las estaciones migratorias, en condiciones insalubres y se mantienen incomunicados. A ello se le ha considerado, equiparado a una práctica de tortura.

México ha fungido como la extensión del brazo de hierro de Estado Unidos. Ha contenido a los migrantes. La militarización de la frontera sur se ha justificado por el Estado mexicano aduciendo que es por humanidad. Para que los protejan del crimen organizado. En realidad ha sido para expulsarlos, para evitar que lleguen al territorio norteamericano.

La política trumpista ha utilizado este discurso de odio para legitimarse, para contar con capital político. Se apela al discurso de la seguridad. Y mediante el se justifica la represión. Los migrantes son el mal que hay que extirpar, aquellos que hay que poner a distancia. Se reafirma así un pseudo nacionalismo. La política difunde el miedo, la inseguridad. Se aduce que los migrantes son los que cometen los crímenes, que ellos vienen a apoderarse de los trabajos de la población, que viene a aprovecharse de los servicios de salud. La política promete y declara acabar con la migración.

Se trata en realidad de una falacia. La migración no se puede contener. Al contrario se espera el aumento de los flujos migratorios. Se trata de una política fallida. Como ha demostrado

---

<sup>15</sup> Cfr. Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.

<sup>16</sup> Castles, Stephen, “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales”, en *Migración y Desarrollo*, México, v. 7, n. 15, 2010, p. 54.

la socióloga Saskia Sassen: sale más cara la política de la contención ya que se invierten muchos recursos en tecnología, en guardias fronterizos, en la construcción de muros, y todo ello ha sido poco eficaz.

Se ha discutido quién debe ser el que se encargue de satisfacer las necesidades del otro, del migrante. Sobre quién debe caer la responsabilidad. ¿A caso deben ser los Estados de origen que no han podido atender, que han incumplido con sus obligaciones, de ofrecer seguridades y que han propiciado el exodo de sus nacionales? ¿O bien debe ser el Estado receptor el que tenga que hacer frente?

Como ha dicho Raffaele De Giorgi, citando a Novallis: humanidad -nostros diríamos, la fraternidad- es un rol humorista.

## BIBLIOGRAFIA

BAUMAN, Zygmunt, **La globalización. Consecuencias humanas**, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.

CÁRCOVA, Carlos. **Acerca de las funciones del derecho**, en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 9, 1988.

CASTLES, Stephen. **Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales**”, en *Migración y Desarrollo*, México, v. 7, n. 15, 2010.

COSTA, Pietro. **Democrazia politica e Stato costituzionale**, Napoli, ESI, 2006.

COSTA, Pietro. Derechos, en Fioravanti, Maurizio (Ed.). **El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho**, (M. Martínez Neira, Trad.), Madrid, Trotta, 2004.

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

DE GIORGI, Raffaele. **Ecología de los derechos humanos** (J. Espinoza de los Monteros, Trad.). En J. Espinoza de los Monteros Sánchez et al. (Coords.), *Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de Derechos Humanos. Colección de Estudios en torno al Centenario de la Constitución Mexicana*, México, Porrúa, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos sociales y esfera pública mundial**, en Espinoza de los Monteros, Javier (Coord.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

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

HABERMAS, Jürgen. **El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos**, en *Revista de Filosofía DIÁNOIA*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 55 Núm. 64, 2010.

KAUFMANN, Arthur. **La universalidad de los derechos humanos**. Un ensayo de fundamentación, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 38, 1998.

LA TORRE, Massimo. **Il diritto contro se stesso**. *Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, 2020.

LUHMANN, Niklas. **La paradoja de los Derechos Humanos**. *Tres escritos sobre política, derecho y Derechos Humanos*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014.

VIOLA, Francesco. **¿Los derechos humanos son derechos naturales?**, en *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, 2013.

**Submissão: 21/11/2024. Aprovação: 26/11/2024**