



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

**"DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y LAS
RESTRICCIONES MIGRATORIAS"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
HUGO GUTIERREZ TREJO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. ERNESTO REYES CADENA



MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



VIVIENDA NACIONAL
AVIATION DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

INGENIERO LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR
P R E S E N T E

El C. HUGO GUTIERREZ TREJO, inscrito en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada: "DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y LAS RESTRICCIONES MIGRATORIAS", dirigida por el Lic. Ernesto Reyes Cadena, trabajo que después de su revisión por quien suscribe, fue aprobada por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas, en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción II del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20 y 28, del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito de usted, ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de Lic. en Derecho del Sr. Hugo Gutiérrez Trejo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 9 de abril del 2002


DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA
DIRECTORA DEL SEMINARIO

Nota: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caduca la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual enlucará la Secretaría General de la Facultad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y LAS
RESTRICCIONES MIGRATORIAS.

Ciudad Universitaria, marzo de 2002.

Para mis padres.

Para el Mayor.

México, D.F. a 11 de marzo de 2002.

Dra. María Elena Mansilla y Mejía
Directora del Seminario de Derecho Internacional.
P R E S E N T E .

Por este medio le informo que el pasante HUGO GUTIÉRREZ TREJO concluyó la elaboración de la tesis "DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y LAS RESTRICCIONES MIGRATORIAS", trabajo que con esta fecha someto a su consideración para los efectos académicos a que haya lugar.

Atentamente



Ernesto Reyes Cadena
Asesor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y LAS RESTRICCIONES MIGRATORIAS

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO 1: Marco conceptual de derechos humanos	
1.1. Derechos humanos	6
1.1.1 El concepto de derechos humanos	6
1.1.2 Los derechos humanos en la historia	11
1.2. El derecho al trabajo como derecho humano	33
1.3. Principales convenciones e instrumentos que reconocen este derecho	47
1.3.1 Instrumentos de las Naciones Unidas	47
1.3.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	47
1.3.1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	48
1.3.1.3 Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social	50
1.3.2 Instrumentos regionales	51
1.3.2.1 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	51
1.3.2.2 Carta de la Organización de Estados Americanos	51
1.3.2.3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)	52
1.3.2.4 Carta Social Europea	53
1.3.2.5 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	54
1.3.2.6 Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)	55
1.3.3 Instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo	56
1.4. Convenios relacionados con los trabajadores migratorios	59
1.4.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo en Materia de Trabajadores Migratorios: Convenio No. 97 y Convenio No. 143	60
1.4.2 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias	64
1.5. Igualdad de oportunidades	69
CAPÍTULO 2: Conceptos básicos de migración	
2.1 Nacionales y extranjeros	73

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2.2	Migración	83
2.3	¿Qué se entiende por política migratoria?	88
2.4	¿De dónde proviene el derecho de los estados para establecer sus políticas migratorias?	92
2.5	Bases sobre las que se debe fundar este derecho	98
CAPÍTULO 3: La situación migratoria mexicana en la frontera norte		
3.1	Breve panorama histórico	104
	3.1.1 La situación histórica	104
	3.1.2 Breve historia de la legislación estadounidense en materia migratoria	111
3.2	La migración indocumentada	130
3.3	Capital sí, trabajadores no	137
CAPÍTULO 4: El marco legal estadounidense		
4.1	Immigration and Naturalization Service (INS)	140
4.2	Title 8 U.S.C.	148
4.3	Immigration and Nationality Act	149
4.4	NAFTA	161
CAPÍTULO 5: Migración un fenómeno bilateral		
5.1	Políticas mexicanas sobre emigrantes	164
5.2	El <i>Programa Paisano</i> y el <i>Programa de protección a migrantes en territorio nacional</i>	172
5.3	Filosofía y futuro de la migración	176
CONCLUSIONES		179
BIBLIOGRAFÍA		183

INTRODUCCIÓN.

En fechas recientes un clima de xenofobia y racismo parece intensificarse en las sociedades industrializadas del planeta, cuando esto ocurre se podría pensar que los seres humanos hemos olvidado las terribles experiencias de sufrimiento y desgracia por las que atravesó la Humanidad durante el siglo XX, cuyas causas fueron en numerosas ocasiones los odios que ocasionaron las políticas y filosofías amantes de la violencia y la exclusión.

El desprecio de ciertos grupos de las sociedades industrializadas hacia los migrantes, principalmente hacia los refugiados y los trabajadores indocumentados, patentiza lo dicho en el párrafo anterior. Esta situación se agrava cuando la discriminación misma habita en el interior de los ordenamientos jurídicos internos de la mayoría de los países. Aún hoy en día parece "natural" la diferenciación que se hace en los ordenamiento jurídicos entre nacionales y extranjeros. No obstante, la creación de privilegios provenientes de esa diferenciación no es congruente con el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos.

El reconocimiento de derechos humanos fundamentales como el derecho al trabajo en función de la nacionalidad es atentatorio del derecho mismo. Todos los seres humanos tienen la necesidad de trabajar por lo que la política de los gobiernos de los países industrializados de permitirles trabajar en sus territorios únicamente a sus ciudadanos¹ y a cierto tipo de extranjeros no puede ni debe continuar por más tiempo pues esta política no deja de tener rastros de racismo y xenofobia. Esta política se instrumenta y ejecuta a partir de las políticas migratorias de los gobiernos. El propósito de este trabajo es el de sustentar estas afirmaciones

¹ Más aun si el concepto mismo de ciudadano ha cambiado en nuestros días pues ahora se habla de ciudadanos de la Unión Europea más que de alemanes o franceses.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

y para hacerlo se divide en tres vertientes: el derecho humano al trabajo, el fenómeno migratorio en general y la discusión de un fenómeno migratorio concreto. El fenómeno migratorio que se expondrá en este trabajo será el de México y los Estados Unidos.

Para satisfacer su propósito el trabajo se ha dividido en cinco capítulos. El primero de ellos realiza un breve recorrido por la historia de los derechos humanos en general para después enfocarse en el desarrollo del derecho humano al trabajo, tanto en la historia del mismo como en su reconocimiento en instrumentos internacionales de derechos humanos hasta la elaboración de tratados internacionales cuyo objeto específico es la protección de los trabajadores migratorios.

El segundo capítulo se ocupa de otra vertiente de este trabajo: la migración. En este capítulo se cuestionará la tradicional división de los seres humanos en ciudadanos y extranjeros. Del mismo modo, se hablará brevemente del proceso migratorio a lo largo de la historia de la humanidad. Se estudiará el origen de los conceptos que le permiten a los gobiernos de los estados actuales imponer políticas migratorias y se analizará si las facultades que poseen los gobiernos para implementar esas políticas son incontestables.

Con el capítulo tercero se discutirá el caso concreto: el fenómeno migratorio que se presenta entre México y los Estados Unidos. Al respecto, este capítulo se utilizará para hablar brevemente de cómo ha sido históricamente el desplazamiento de trabajadores migratorios a través de la frontera que comparten ambos países y se hará un recuento de la legislación estadounidense en materia migratoria con el cual se intentará evidenciar el carácter racista y

xenófobo con el que se enfoca el fenómeno migratorio. En este capítulo también se hablará de la migración de trabajadores indocumentados mexicanos hacia los Estados Unidos.

Será en el capítulo cuarto en el que se hará una breve revisión de la institución estadounidense encargada de la aplicación de las leyes migratorias: el Immigration and Naturalization Service. Igualmente se estudiará el sistema migratorio estadounidense a través de su ley migratoria: la Immigration and Nationality Act. Al final del capítulo, se comentará, bajo la luz del proceso migratorio, el Tratado de Libre Comercio que negociaron el gobierno estadounidense y el gobierno mexicano.

Para finalizar, el capítulo quinto hablará de las políticas que las autoridades mexicanas han implementado en la historia del país para hacer frente al fenómeno migratorio. Este último capítulo tiene la intención de servir como recordatorio que la migración es un fenómeno que representa una responsabilidad compartida en donde los gobiernos de los países expulsores de trabajadores tienen una labor fundamental que cumplir para con el desarrollo de sus poblaciones.

La necesidad de los seres humanos de obtener un trabajo para satisfacer sus requerimientos vitales y adquirir un nivel de vida digno es un rasgo que comparten todos los seres humanos del planeta. La responsabilidad para lograr este objetivo debe de ser compartida igualmente por todos los gobiernos del orbe. No se puede olvidar un hecho simple pero incontestable: los seres humanos compartimos un futuro común por lo que la convivencia pacífica y tolerante donde exista igualdad de oportunidades para todos no es una opción, es una necesidad.

CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL DE DERECHOS HUMANOS.

1.1 Derechos Humanos.

Este primer punto será estudiado desde dos vertientes, la primera será la concerniente al concepto de derechos humanos y la segunda será un breve repaso del desarrollo histórico que los mismos han tenido al paso del tiempo.

1.1.1 El concepto de derechos humanos

Al abordar este tema nos encontramos con que, de inicio, la expresión *derechos humanos* puede parecer redundante pues, tal como apunta Castán, todos los derechos se refieren al ser humano. Entonces ¿a qué se hace referencia cuando se habla de derechos humanos? Como señala el tratadista, con esta expresión no se pretende aludir a cualquier clase de derechos sino que con ella se hace referencia a los derechos que le pertenecen al hombre y a la mujer por antonomasia¹. Es decir, se hace alusión a los derechos que son propios de las personas por el solo hecho de ser humanos, derechos con los que nacen y de los que no se pueden desprender mientras vivan. Al hablar de derechos humanos se habla de derechos que son consubstanciales a los hombres y a las mujeres, que no fueron otorgados por algún gobierno, pero que exigen el actuar positivo de los gobiernos para garantizarlos y asegurar con ello la existencia digna de las personas. En suma, se puede decir en términos generales que uno discute sobre todo lo anterior cuando aborda el concepto de derechos humanos.

¹ Cfr. Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*.- 4ª edición.- Editorial Reus.- Madrid, España.- 1992.- pg. 24 y 25.

Ahora bien, existen diversas expresiones que han sido utilizadas para referirse a los derechos humanos, tales como derechos del hombre o derechos naturales de las personas, del mismo modo se han utilizado frecuentemente las figuras jurídicas de los derechos individuales, los derechos subjetivos públicos, y las garantías individuales o del gobernado para entenderlos. Esta situación es producto de la amplitud de enfoques desde los que se ha estudiado el tema, el cual es por sus propias características amplio y complejo. Respecto de cada una de las expresiones mencionadas vale la pena hacer un breve comentario.

Sobre la expresión *derechos del hombre* cabe señalar que la misma es incorrecta, pues esta es excluyente. Los derechos humanos le pertenecen tanto al hombre como a la mujer, por lo que no existe razón alguna para referirse a los mismos aludiendo exclusivamente a un género de la raza humana. Esta distinción que podría parecer inocua no lo es. Ya durante la discusión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el tema salió a flote durante los trabajos del artículo 1. El texto del artículo 1 había llegado a la segunda reunión de la Comisión de Derechos Humanos con esta formulación: "Todos los hombres son hermanos". La reacción fue inmediata. Tres mujeres: Mrs. Street de Australia, Mrs. Begun Hamid Ali y Mrs. Bergtrup de Dinamarca, presidenta de la Comisión sobre la Condición de la Mujer pidieron que se cambiara la expresión de evidente significado masculino por la de "Todos los seres humanos". En adelante la Declaración, a diferencia de todos los documentos que históricamente le precedieron, evitó en todo momento la palabra hombre y cualquier redacción que pudiera dar pie a una interpretación restrictiva en función del sexo³. Como se puede ver, la expresión más conveniente que se puede usar es la de derechos humanos.

³ Cfr. González, Nazario. *Los derechos humanos en la historia*. - Universidad Autónoma de Barcelona. - Barcelona, España. - 1998. - pg. 203.

Respecto de la noción de los derechos humanos como los *derechos naturales* de las personas se puede decir antes que nada que esta expresión se adhiere en definitiva a la corriente de pensamiento iusnaturalista, pero no al pensamiento iusnaturalista que ve a los derechos humanos como atributos concedidos a las personas por la Divinidad, sino al iusnaturalismo racionalista, que se apoya en la idea de la razón humana como fundamento de la dignidad de todas las personas, y que confiere por tanto la naturaleza especial que nos convierte en portadores de los derechos inherentes a la calidad de seres humanos³.

Fueron los filósofos del derecho natural racionalista los precursores de la formulación de la idea de derechos humanos, porque fue precisamente el pensamiento iusnaturalista el que planteó por vez primera el concepto de derechos que se deducen de la naturaleza humana, derechos absolutos, de universal y eterna validez, anteriores al estado, los cuales resultan de obligado reconocimiento y protección a favor de las personas. Reconocimiento y protección que sólo requieren de la condición de pertenecer a la raza humana.

A los derechos humanos se les suele identificar con la figura de *derechos individuales*, sin embargo, este último concepto resulta un tanto restringido para contener al primero, pues los derechos humanos no se refieren exclusivamente a derechos de la persona en su aspecto individual. Si bien es cierto que derechos como el derecho a la vida o a la libertad, se refieren al hombre y a la mujer en su ámbito individual, existen otros derechos humanos que también tutelan derechos del ser humano en su ámbito colectivo, tales como el derecho a un medio ambiente sano, del cual no es titular un solo individuo sino que la titularidad del mismo le

³ Respecto del desarrollo de la filosofía iusnaturalista racional véase Peces-Barba, Gregorio y Fernández García, Eusebio.- *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I. Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII*.- Editorial Dykinson.- Madrid, España.- 1998.- pgs. 373-595.

corresponde a todos y cada uno de los hombres y de las mujeres que habitan este planeta. Por lo que en el mejor de los casos, los derechos individuales no son más que un subgénero del género de los derechos humanos, pues tanto la esfera individual como la social de la persona están comprendidas en este último concepto.

Los derechos humanos suelen ser asimilados también con la figura de los *derechos subjetivos públicos*. Sin embargo, ambos conceptos no son lo mismo. El derecho subjetivo público es la facultad o autorización concedida al particular proveniente de una norma de derecho público, principalmente de la constitución⁴. La constitución de un país puede reconocer múltiples derechos subjetivos públicos a favor de sus gobernados, pero no todo derecho subjetivo público coincidirá con la idea de derechos humanos. Una distinción fundamental entre ambas figuras se deriva del hecho de que los derechos subjetivos públicos no son sólo atribuibles a los individuos, sino a todo ente que se halle en la situación de gobernado, es decir, una corporación puede ser titular de derechos subjetivos públicos. En cambio, sólo las personas pueden ser titulares de los derechos humanos⁵. Además se debe señalar que en todos los casos el derecho subjetivo público es la autorización de conducta otorgada a un sujeto por la norma. Los derechos humanos, en cambio, no son autorizaciones otorgadas al sujeto por el poder político, pues los mismos no son otorgados por los estados, en todo caso, la labor del estado consiste en reconocerlos para asegurar su protección. Como ejemplo a lo anterior piénsese en el derecho humano a la vida, este derecho no es una autorización que el estado le ha otorgado al individuo para que pueda existir, el individuo posee el derecho con el sólo hecho de ser persona, el estado reconoce el derecho y lo introduce a su ordenamiento jurídico para garantizar su protección. De este modo se puede

⁴ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio.- *Las garantías individuales*.- 2ª edición.- Editorial Porrúa.- México, D.F.- 1995.- pg. 180.

⁵ *Ibidem*.

afirmar que, pese a que los derechos humanos y los derechos subjetivos son conceptos distintos, ambos se complementan⁶.

Relacionado con el concepto de derecho subjetivo público está el de garantías individuales o garantías del gobernado. El concepto de garantía surge como la regla o reglas de carácter positivo, obligatorias y vinculantes, que se imponen a la autoridad o al legislador. Es una figura jurídica que nace para proteger al derecho o como un instrumento para su efectiva realización en caso de vulneración.

El derecho humano se muestra primero como una idea que adquiere la forma de principio ético, parámetro de justicia, condición de legitimidad política. Posteriormente al positivizarse, adopta la forma de derecho subjetivo público. El medio concreto de defensa -no exclusivamente judicial- para proteger ese derecho es la garantía. Burgoa señala que no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano)⁷.

Las garantías van más allá de las personas físicas o individuales, no es un concepto que pueda asimilarse en calidad de sinónimo al de derechos humanos. El signo distintivo de las garantías está dado por la relación de supra a subordinación que se establece entre el gobernado y el estado. Esta relación jurídica tiene un ámbito muy amplio y no se circunscribe al ámbito de los derechos humanos, sino que ampara en contra de cualquier acción gubernamental que pudiera afectar la esfera jurídica del gobernado, la cual, obviamente, no está solamente constituida por los mencionados derechos.

⁶ Cfr. Álvarez Ledesma, Mario I.- *Armas del concepto de derechos humanos*. McGraw-Hill.- México, D.F.- 1998.- pg.-109.

⁷ Cfr. Burgos Orihuela, Ignacio.- *Las garantías individuales*. Op. Cit. pg. 165.

Dicho todo lo anterior en el presente trabajo se define a los derechos humanos como los derechos consubstanciales al ser humano, cuyo fundamento es la dignidad que poseen la mujer y el hombre como personas, cuyo objetivo es conseguir el pleno desarrollo de la persona en el ente social sobre la base de la igualdad de la especie y la libertad del sujeto, por lo que demandan el actuar positivo de las formas de asociación política para la realización de estos objetivos buscando siempre alcanzar un mayor grado de justicia en la sociedad.

1.1.2 Los derechos humanos en la historia.

Tradicionalmente, se ha visto a Inglaterra como la tierra en donde se presentaron los primeros documentos precursores de las declaraciones de derechos humanos. No obstante, la doctrina suele encontrar en épocas aún más antiguas expresiones e ideas que puedan ser percibidas como un ejemplo del pensamiento humanista que inspira la idea de los derechos humanos. Nikken recuerda que ya Séneca señalaba que: "(...)es un error creer que la esclavitud penetre al hombre entero. La mejor parte de su ser se le escapa y aun cuando el cuerpo sea del amo, el alma es por naturaleza libre y se pertenece a sí misma"⁴.

Ahora bien, de vuelta en Inglaterra, se encuentra el primer documento significativo, dentro de la historia constitucional de occidente, que establece limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder político frente a sus gobernados y que tradicionalmente se ha visto como el primer antecedente de las declaraciones de derechos del siglo XVIII: la Carta Magna de 1215.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴ Cfr. Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*.- Editorial Civitas.- Madrid, España.- 1987.- pg. 29.

La mencionada Carta es un documento que ha sido magnificado⁹. En cuanto a su contenido, se trataba sobre todo de afianzar el sistema feudal (finalmente el documento queda en manos de 25 barones como encargados de recoger y canalizar las quejas). Pero la importancia del documento radica en la limitación que representa al poder real impidiéndole que ejerza una autoridad incontestable, es decir, la Carta no fue un documento más que quedó solamente archivado en la curia real sino que entró a formar parte de lo que hoy es llamado la memoria histórica del pueblo inglés, y éste se valió de ella para exigir a sus gobernantes que respetaran sus derechos¹⁰. Además, en el documento se reconocen por vez primera derechos – pocos, ciertamente– a los súbditos en los procesos penales, lo cual representa también un antecedente para los derechos humanos en materia penal¹¹.

A la Carta Magna de 1215, le sucederían la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, todos estos documentos serían igualmente antecedentes de las declaraciones americanas y francesas del siglo XVIII en las cuales se proclamarían por vez primera derechos del ser humano.

Respecto de estos documentos Nikken señala que: "Hay...particularidades de las leyes inglesas que las distinguen notablemente de las declaraciones que más tarde se adoptarían en las revoluciones norteamericana y francesa. Aquéllas no persiguen el reconocimiento y la salvaguarda de derechos innatos o naturales del ser humano como tal, sino más bien confirmar

⁹ En primer lugar hay que recordar las circunstancias en que se suscribió: fue arrancada al rey no sólo porque estaba en un grave apuro político y militar, sino porque estaba inconsciente por enfermedad y cuando volvió en sí se arrepintió de sus concesiones. Cfr. González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia*. Op. Cit. principalmente capítulo II.

¹⁰ Juan Sin Tierra murió medio año después de firmar la Carta Magna, en diciembre de 1216; el peligro de invasión y guerra ha pasado, la situación política interior se normaliza, pero a los monarcas Plantagenet que le suceden se le recuerda una y otra vez el documento firmado por su predecesor. *Ibidem*. pg. 34.

¹¹ Así la Carta señala que cuando alguien sea detenido la detención no se prolongará sino el tiempo necesario y habrá de ser puesto en un plazo breve a disposición del juez (artículo 39, 40) y del mismo modo se señala que "A nadie se le negará la justicia y la justicia no podrá comprarse". *Ibidem*. pgs. 34-37.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

o interpretar derechos preexistentes: los derechos antiguos e indiscutibles del pueblo inglés. No se trata de limitar al poder legislativo en función de derechos individuales, sino de echar las bases de una futura legislación llamada a desarrollar su protección. Ninguna ley es preeminente y el Parlamento es soberano. De allí que, mientras de las declaraciones americana y francesa puede afirmarse que lo son de 'derechos del hombre', las inglesas lo son más bien de 'derechos del pueblo'. Más que el reconocimiento de derechos intangibles de la persona frente al Estado, lo que establecen son deberes para el gobierno"¹².

Sin embargo, no sería en Inglaterra sino en América en donde aparecerían las primeras declaraciones. La situación histórica del siglo XVIII daría como resultado la independencia de las colonias americanas del imperio británico. Para el tema que se trata, la importancia de este hecho radica en que en el desarrollo de este proceso histórico se generarían la Declaración del estado de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América.

El *Bill of Rights* del estado de Virginia, o Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, fue adoptado el 12 de junio de 1776, en medio de la efervescencia de la Guerra de Independencia de las 13 colonias, y ya declaraba:

"Artículo 1.- Que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que cuando entran en sociedad, no puede privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad"¹³.

¹² Cfr. Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Op. Cit. pg. 30.

¹³ Cfr. González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia*. Op. Cit. pg. 263.

A partir de este momento, se declaran derechos pertenecientes al hombre por el sólo hecho de ser hombre, derechos que le son innatos, que no les pueden ser arrebatados ni siquiera cuando entran a formar parte de la organización social. Pese a que las palabras expresadas en la declaración y la realidad del siglo XVIII distaban aún mucho de corresponderse, la importancia de plasmar en un documento estas verdades tiene un valor innegable.

Se puede afirmar que los hombres que participaron en la asamblea en donde se preparó la Declaración estaban conscientes de la relevancia del texto del artículo 1. Este fue el artículo que más tiempo tomó en las deliberaciones de la asamblea (4 días) y los opositores a este texto alegaban que de aprobarse el mismo sobrevendría una "convulsión civil"¹⁴. El texto del artículo "Todos los hombres son por naturaleza libres e independientes..." se encontraba ante un problema básico desde su formulación: el de la relación entre las tres comunidades que en desigual estatus social y jurídico convivían en el espacio geográfico de las 13 colonias: blancos negros e indios.

La institución de la esclavitud era uno de los pilares de la organización económica de las colonias. Muchas fortunas de Boston, New Port, New York y varios puertos del sur se hicieron con el tráfico de esclavos¹⁵, por lo que proclamar la libertad intrínseca de los seres humanos significaba un abierto conflicto con los intereses económicos de los colonos. Al final los participantes de la asamblea de donde emergió la Declaración de Virginia encontraron una solución puramente formal al problema, en realidad hipócrita: se argumentó que desde el

¹⁴ Cfr. González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia*. Op. Cit. pg. 59.

¹⁵ Cfr. Nervis, Allan; Steele Commanger, Henry y Morris, Jeffrey.- *Breve Historia de los Estados Unidos*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F.- 1994.- pg. 48.

momento en que los negros y los indios no estaban representados en la asamblea, nada de lo que allí se deliberase les concernía¹⁶. Este trato diferenciado entre grupos étnicos conviene tenerlo presente pues el mismo seguiría apareciendo a lo largo de la historia de la legislación de los Estados Unidos con el fin de defender intereses cuestionables, por decir lo menos. Sin embargo, como se señaló anteriormente, el hecho de reconocer en un documento escrito la libertad innata de los seres humanos no puede ser ignorado, y esta Declaración sería, pese a todo, modelo a seguir para las posteriores declaraciones de derechos.

La revolución de independencia estadounidense aún daría otra declaración de derechos: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de fecha 14 de julio de 1776. Como su nombre lo indica, esta nueva Declaración fue producto del triunfo de los colonos americanos en la revolución de independencia.

Este documento vería como fuente de inspiración a la ya mencionada Declaración de Virginia y, junto con esta, recogería las ideas de Locke sobre el pacto social como fundamento ideológico. La Declaración de Independencia señala:

"Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que

¹⁶ Cfr. González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia*. Op. Cit. pg. 62.

se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad¹⁷.

Nuevamente se reconoce la igualdad de los seres humanos, y además se declara que el Creador ha dotado a los hombres de derechos inalienables, tales como el derecho a la vida y el derecho a la libertad. El reconocimiento de la inalienabilidad implica aceptar que estos derechos no pueden ser arrebatados a los hombres por los gobiernos, pues aquellos no les fueron concedidos a los hombres por estos, más bien, son derechos que habiendo sido otorgados por un Ser Superior no pueden ser derogados por los gobiernos de hombres. De lo anterior se deriva que todos las personas somos titulares de los derechos desde el momento de nuestro nacimiento titularidad que mantendremos durante toda nuestra existencia: nacemos con ellos y no los podemos perder.

De hecho, la Declaración establece que los gobiernos sólo existen para garantizar que los hombres puedan gozar de esos derechos y es sólo el consentimiento de los hombres lo que legitima y da autoridad y razón de ser a los gobiernos. Cuando éstos incumplen con su deber de acuerdo con el pacto social, los hombres pueden desconocer al gobierno establecido y fundar uno nuevo.

Al igual que en el caso de la Declaración de Virginia, lo proclamado en la Declaración de Independencia de 1776 estaba muy lejos de convertirse en realidad. La esclavitud seguiría siendo una institución reconocida jurídicamente en los Estados Unidos intacta hasta 1850, y se requeriría de la Guerra de Secesión y del paso de casi un siglo desde la Declaración de

¹⁷ Cfr. Pacheco, Maximino.- *Los derechos humanos. Documentos básicos*.- 2ª edición.- Editorial Jurídica de Chile.- Santiago de Chile, Chile.-1992.- pg. 27.

Independencia, para que en 1862 Lincoln hiciera pública su Proclama de Emancipación, mediante la que erradicaría la esclavitud del territorio estadounidense¹⁸.

Asimismo, tal como pasó con la Declaración de Independencia, el documento de Virginia se convertiría en ejemplo a seguir para otro documento surgido de otro proceso revolucionario del siglo XVIII que en esta ocasión tendría lugar en Francia: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁹.

La Asamblea Nacional francesa adoptó en Versalles la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789, inspirados por los ideales enarbolados en la lucha de revolución francesa²⁰. Así, Lafayette diría ante la asamblea en su intervención del 11 de julio que era preciso que la Constitución estuviese precedida de una Declaración de Derechos que "recuerde los sentimientos que la naturaleza ha grabado en el corazón de cada individuo(...) que exprese las verdades eternas de las que deben nacer todas las instituciones. Ellas serán una guía fiel que conduzca a los legisladores a las fuentes del Derecho natural y social(...) El mérito de esta Declaración consistirá en la verdad y en la precisión, ya que va a decir lo que todo el mundo sabe, lo que todo el mundo siente"²¹.

La versión final del mencionado documento expresaría en su Preámbulo: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer en una declaración

¹⁸ Cfr. Nervis, Allan; Steele Commanger y Henry, Morris, Jeffrey.- *Breve Historia de los Estados Unidos*. Op. Cit. pg. 226.

¹⁹ Cfr. Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*. Op. Cit. pg. 121.

²⁰ A esta declaración siguieron las declaraciones de derechos de 1793 y 1795, sin embargo, estas últimas sólo consiguieron un valor transitorio y contingente. *Ibidem*. pg. 123.

²¹ Cfr. González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia*. Op. Cit. pg. 76.

solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta Declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes...²².

A su vez, el artículo 1 señala que: "Artículo 1.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden basarse en la utilidad común"²³.

Y el artículo 2 menciona: "Artículo 2.- La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"²⁴.

Este nuevo documento hablaría también de los derechos naturales, inalienables y sagrados de los hombres, agregando que es la ignorancia, el olvido o el desprecio de éstos la causa de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos. Se reconocen a la libertad, a la igualdad, a la propiedad, a la seguridad y a la resistencia a la opresión como derechos naturales e imprescriptibles. Es decir, se reconocen de nueva cuenta derechos del individuo oponibles a los gobiernos.

Peces-Barba señala como características más relevantes de la Declaración francesa las siguientes: constituye un caso paradigmático de formulación abstracta y racionalista de los derechos humanos como derechos naturales; supone una ruptura total con la tradición histórica anterior a la legislación de la monarquía; representa el núcleo del constitucionalismo

²² Cfr. Pacheco, Maximino.- *Los derechos humanos. Documentos básicos*. Op. Cit. pg. 50.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

moderno y sus principales postulados (separación de poderes, imperio de la ley, etc); reconoce la vinculación de los derechos a la constitución, es decir, supone la necesidad de su positivación para la plenitud de tales derechos²⁵.

Con todos los documentos mencionados, los revolucionarios pretendieron allegarse de una base filosófica que les permitiese romper con el sistema de privilegios imperante hasta entonces. Ciertamente los cambios que sobrevendrían de los procesos revolucionarios traerían consigo nuevos privilegios y grupos de poder, pero por vez primera en la historia de occidente aparecerían documentos que reconocen derechos individuales, inherentes al ser humano y oponibles al poder político. Derechos que son además inalienables, superiores y anteriores a cualquier gobierno, que no sólo no pueden ser revocados por este sino que incluso existe la obligación de su preservación y garantía por parte de este, pues son estos derechos los que le dan la razón de ser a los gobiernos.

No obstante, existe una falla común en todas las declaraciones antes mencionadas que es importante señalar: las mujeres no fueron tomadas en cuenta al momento de la elaboración de estos documentos, ni fueron dotadas de derechos por las mismas. Es más, la Declaración francesa expresa claramente que se trata de una declaración de derechos del hombre, entendiéndose la palabra hombre por varón. Los prejuicios de la época que inculcaban la idea de que las mujeres no formaban parte de los asuntos públicos impidieron que las sociedades se cuestionaran más profundamente sobre el papel del sexo femenino en la construcción del porvenir²⁶.

²⁵ Cfr. Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*. Op. Cit. pg. 124

²⁶ Sin embargo, el hecho no pasó desapercibido para todas las mujeres de aquel entonces y en respuesta una francesa de nombre Olympe de Gouges lanzó en 1791 su Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana como réplica formal a la Declaración de 1789. Cfr. González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia*. Op. Cit. pg. 83.

De este modo el tema de los derechos humanos, y más específicamente el de los derechos individuales ingresó al derecho constitucional. Esto es fundamental para esta rama del derecho, pues el reconocimiento de la intangibilidad de tales derechos implica limitaciones al alcance de las competencias del poder público. Desde que se reconoce en la constitución que hay derechos del ser humano inherentes a su condición misma y, en consecuencia, anteriores y superiores al poder del estado, se está limitando el ejercicio de éste, al cual le está vedado afectar el goce pleno de aquellos derechos²⁷.

En lo referente al siglo XIX, Castán Tobeñas señala que las constituciones europeas y americanas de esa época se ajustan a los mismos principios liberales de la Declaración francesa. Sin embargo, el autor precisa que estos nuevos documentos no dejan de presentar novedades respecto de su estructura y carácter. Se abandona el tono filosófico de las primitivas declaraciones y se aspira a dar a los derechos y a las libertades una realización jurídica no abstracta, sino concreta y vinculatoria, acompañadas de las garantías indispensables para concederles eficacia²⁸.

Es también durante este siglo cuando se comenzaría a gestar cada vez con más impulso un movimiento de reconocimiento al los derechos sociales, que tomaría forma en el siglo siguiente. Se dibuja ya esta tendencia en la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 que, en una reacción en contra de los criterios dominantes (individualismo, abstracción formalista, ausencia de contenidos económicos), formula afirmaciones que, sin llegar a plasmar en verdaderos derechos, suponen un viraje en la materia. Su preámbulo enuncia postulados de gran valor y alcance ético-social relativos a la protección del ciudadano no sólo en su persona,

²⁷ Cfr. Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Op. Cit. pg. 33.

²⁸ Cfr. Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*. Op. Cit. pg. 126.

sino también en la familia, la religión, la asociación, el trabajo, la previsión, la educación, la asistencia, etc.²⁹.

Ahora bien, Nikken señala que la inserción de los derechos humanos en el derecho positivo interno trajo dos elementos contradictorios. Por un lado, si tal inserción había obedecido en muchos casos a la consagración de que los derechos humanos no son una concesión de la sociedad, sino que se originan en la persona misma, la posibilidad de una garantía supraestatal de los mismos debió presentarse como una consecuencia lógica. No obstante, si se tomaba también en cuenta que al reconocer estos derechos el poder político se estaba autolimitando en el ejercicio de sus competencias y definiendo en sí el ámbito mismo de su poder frente a los gobernados, también era lógico, dentro de cierto contexto histórico, que se rehusase a la interferencia de otros estados, o de la comunidad internacional, en aspectos que eran considerados como propios del ejercicio soberano³⁰.

Por lo anterior, no resulta extraño que el derecho internacional no haya reconocido mayor papel al individuo dentro de las relaciones jurídicas internacionales hasta antes del siglo XX, ya que, en teoría el derecho internacional clásico se encargaba exclusivamente de reglamentar las relaciones entre estados soberanos y no se ocupaba de las posibles relaciones entre los individuos y los estados. Pero, de hecho, detrás de todas las formulaciones doctrinales para oponerse a admitir a la persona como sujeto de derecho en el derecho internacional, la razón verdadera para rechazar esta iniciativa es que los estados no están dispuestos a admitir ser demandados por sus nacionales o por extranjeros ante un tribunal internacional, por el

²⁹ Cfr. Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*. Op. Cit. pg. 129. Sobre los derechos sociales se hablará más detenidamente en el apartado 1.2 de este trabajo.

³⁰ Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Op. Cit. pg. 35.

incumplimiento o la violación de derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, en cuyo caso las posibles controversias no serían dirimidas ante las cortes del estado infractor, sino ante tribunales internacionales³¹.

La primera expresión del establecimiento de un sistema jurídico internacional orientado hacia la protección de las personas con base en consideraciones de humanidad la encontramos en el derecho de los conflictos armados. Frecuentemente se ha dicho que el punto de partida para el movimiento humanitario moderno, a favor de la creación de un nuevo derecho para los conflictos armados, lo constituyó la batalla de Solferino, que tuvo lugar el 29 de junio de 1859. El trágico saldo de la batalla fue de 38,000 hombres muertos y 9,000 heridos en quince horas de combate. Testigo de la lucha, y del espectáculo dantesco que la misma originó, fue Henry Dunant, un ciudadano suizo que se encontraba ahí, no como soldado, sino como civil, por asuntos no relacionados con la guerra entre Austria y Francia, quien organizó, por iniciativa propia, y en la medida en que permitían los limitados recursos, un sistema rudimentario de asistencia médica a los innumerables heridos. Esta experiencia lo induciría a escribir, su obra *Recuerdos de Solferino*, publicada en 1861 y a la fundación de la Cruz Roja. Las experiencias que Dunant vivió y que se describen en su libro tuvieron amplia difusión y contribuyeron a despertar y desarrollar un espíritu más humanitario³².

Las constantes guerras que experimentó la Humanidad durante la segunda mitad del siglo XIX aunadas al desarrollo del poderío bélico de los ejércitos —productor de conflictos a mayor escala cada vez más sangrientos— obligó a desarrollar un derecho humanitario que

³¹ Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Op. Cit. pg. 35.

³² Cfr. Draper, G.I.A.D.- "Orígenes y aparición del derecho humanitario" en UNESCO.- *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*.- UNESCO-Editorial Tecnos.- Madrid, España.- 1990.- pg. 84.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

persiguiera contener los imperativos militares para preservar la vida, la dignidad y la salud de las víctimas de la guerra. Este derecho contendría en sí el germen de la salvaguardia internacional de los derechos fundamentales y producto del mismo serían los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de guerra, aprobados de 1864 a 1949³³, la Convención de la Haya de 1907 –relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre- y su anexo.

Al igual que en el siglo que le precede, en el siglo XX la situación causada por los conflictos bélicos pondría de manifiesto la vulnerabilidad de las personas y las culturas, y daría pie a un reconocimiento internacional de los derechos humanos, junto con la creación de un sistema internacional que procurara la protección efectiva de los mismos.

La aparición de indicios precursores de un régimen internacional de protección de los derechos humanos se advierte ya durante el primer tercio de este siglo. El primer documento que hay que mencionar es el Tratado de Versalles (1919), que pone fin a la Primera Guerra Mundial (1914-1918), y que en opinión de Castán señala la internacionalización en el reconocimiento y protección de los derechos humanos ya que en él se establece por vez primera en el marco de la sociedad internacional un régimen de protección de minorías étnicas, lingüísticas y religiosas³⁴.

La Parte XIII del mencionado Tratado estableció la creación de la Organización Internacional del Trabajo, y fue así mismo el texto inicial de la Constitución de la

³³ Los Convenios de Ginebra de 1949 son cuatro, de fecha 12 de agosto de ese año, con sus Protocolos de 1977: 1) Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra. 2) Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. 3) Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas del mar. 4) Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

³⁴ Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*. Op. Cit. pg. 140.

Organización, la cual ha sido un instrumento fundamental en el reconocimiento y protección de los derechos del trabajador. El esquema implementado por la Organización Internacional del Trabajo ha servido para la elaboración e implementación de diversas convenciones, las cuales se relacionan, en el sentido más amplio, con la protección de los derechos humanos³⁵.

Del mismo modo, al final de la Primera Guerra Mundial se celebraron otros tratados entre las potencias Aliadas y algunos países de Europa del Este y los Balcanes, bajo la supervisión de la Liga de las Naciones para la preservación de minorías raciales, tal como la Convención Germano-Polaca de 1922, que garantizaba a dichos grupos el derecho a la vida y a la libertad, así como la igualdad ante la ley y los mismos derechos civiles y políticos, conjuntamente con el derecho de usar su propia lengua y ejercer libremente cualquier credo o creencia religiosa³⁶.

Algunas otras materias que atañen a los derechos humanos fueron objeto de algunas convenciones internacionales, pero de modo particular y asistemático. Tal es el caso de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y de la Convención sobre Asilo de 1928³⁷.

Lo que constituyó la prueba más inequívoca de la necesidad de un derecho internacional de los derechos humanos fueron las atrocidades cometidas en contra de la población civil por parte de los ejércitos nazis durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), por lo que al finalizar la misma las potencias triunfantes buscaron el establecimiento de órganos internacionales que velaran por la paz y por el respeto de la dignidad de las personas

³⁵ Cfr. Hitters, Juan Carlos.- *Derecho internacional de los derechos humanos. Tomo I.*- EDIAR.- Buenos Aires, Argentina.- 1991. pg. 71. Acerca de la relevancia de la OIT en el campo de los derechos humanos se hablará con más detenimiento en el apartado 1.3.3 del presente trabajo.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cfr. Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo.* Op. Cit. pg. 36.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en el ámbito mundial, pues resultó evidente que las instituciones domésticas encargadas de limitar el ejercicio del poder del estado eran insuficientes.

El órgano internacional que se creó para alcanzar tales objetivos fue la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Su Carta fundacional fue firmada el 26 de junio de 1945, y ella contempla tanto en su preámbulo como en varios de sus artículos la cuestión de los derechos humanos (vg. arts. 1.3, 13.1 b, 55.c, 56, 62.2, 68, etc.), alentando a los estados miembros a que promuevan y vigilen el respeto de los mismos. No obstante, la Carta de las Naciones Unidas no define a los derechos humanos en sí ni establece sistema alguno para la protección de los mismos³⁸.

Posteriormente, el 15 de febrero de 1946 se creó al interior de la ONU la Comisión de Derechos Humanos, la cual se encargó de la preparación de un proyecto de declaración internacional de derechos humanos. Después de arduas negociaciones la Comisión presentó a la Asamblea su proyecto final de declaración y este órgano colegiado finalmente aprobó el documento, el 10 de diciembre de 1948, dándole el nombre de Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁹.

La Declaración Universal está formada por el preámbulo y 33 artículos. El preámbulo del documento señala que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad, proclamando como la

³⁸ Cfr. Hitters, Juan Carlos.- *Derecho internacional de los derechos humanos. Tomo I.* Op. Cit. pg. 82.

³⁹ Cfr. González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia.* Op. Cit. pg. 180 y ss.

aspiración más elevada del hombre el advenimiento de un mundo en que los seres humanos sean liberados de la miseria y del temor, pues se considera que la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo la constituye el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana⁴⁰.

Por su parte, el artículo 1 establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Entre los demás artículos encontramos el principio de no discriminación, el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, la prohibición de la esclavitud, la supresión de la tortura, el reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas, la igualdad ante la ley, derechos relativos a las garantías judiciales, la libertad de circulación y de residencia, el derecho al asilo, el derecho a la nacionalidad, el derecho a fundar una familia, el derecho a la propiedad, la libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la libertad religiosa, la libertad de reunión, los derechos de participación política, el derecho a la seguridad social, el derecho al descanso, el derecho a un nivel adecuado de vida, el derecho a la educación, el derecho a la participación en la vida cultural de la comunidad, el derecho al establecimiento de un orden social que haga efectivos los derechos consagrados en la Declaración. Los artículos finales establecen los deberes de las personas respecto a su comunidad y la prohibición de interpretar el documento de manera tal que implique supresión de los derechos contenidos en el mismo⁴¹.

El derecho al trabajo se estableció en el artículo 23 de la Declaración.

⁴⁰ Cfr. Székely, Alberto (compilador).- *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público. Tomo I.*- 2ª edición ampliada.- Universidad Nacional Autónoma de México.- México D.F.- 1989. pp. 215 y ss.

⁴¹ *Ibidem*.

Meses antes de la adopción de la Declaración Universal, la naciente Organización de los Estados Americanos había aprobado, es su Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴²

Este documento regional también se compone de preámbulo y articulado (38 artículos) y su tono es en términos generales muy similar al de la Declaración Universal, con algunas diferencias ya que la Declaración Americana se divide en dos capítulos, el primero corresponde a los derechos y el segundo a los deberes. Es curioso observar que hay derechos que están expresados como deberes para los individuos como, por ejemplo, el deber de la instrucción. Asimismo, su Preámbulo alude nuevamente a la circunstancia de que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Nikken señala que las declaraciones son actos solemnes por medio de los cuales quienes los emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor, juzgados como perdurables; cuyos efectos en general, y especialmente su carácter vinculante, no responden a un enunciado único dependiendo, entre otras cosas, de las circunstancias en que la declaración se haya emitido y del valor que se haya reconocido al instrumento a la hora de invocar los principios proclamados. No obstante, el mismo autor apunta que pese a que la Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada sin atribución de efecto vinculante obligatorio automático,

⁴² Cfr. Hitters, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos. Tomo I*. Op. Cit. pg. 147.

hoy en día , como consecuencia de diversos factores, la tendencia a reconocerle fuerza jurídica obligatoria a este documento es innegable⁴³.

Por lo que respecta a la Declaración Americana, a pesar de haber sido aprobada como una "recomendación" en la Conferencia de Bogotá, se ha sostenido que, tanto por efecto de su aplicación como por haber sido incorporada a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires, tiene efecto vinculante⁴⁴.

El primer documento internacional elaborado con fuerza jurídica obligatoria fue la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmada el 4 de noviembre de 1950 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Como su nombre lo indica en esta ocasión estamos en presencia de una convención, es decir, un documento jurídico internacional con carácter vinculatorio, por lo que desde el momento en que los estados signatarios la ratifican, las disposiciones contenidas en ella se convierten en obligaciones jurídicas que deben de ser observadas por los estados firmantes.

El rasgo más sobresaliente de este instrumento consiste en su procedimiento para la salvaguardia de los derechos humanos. Según este mecanismo, los individuos que se sientan vulnerados en sus derechos humanos pueden recurrir a la Comisión Europea de Derechos Humanos para que la misma se encargue de investigar el asunto. En caso de que la Comisión estime que existe una probable violación a los derechos humanos cometida por el estado, ella remitirá un informe a la Comisión de Ministros y puede someter el caso a la Corte Europea de

⁴³ Cfr. Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Op. Cit. pg. 268.

⁴⁴ *Ibidem*. pg. 38.

Derechos Humanos, la cual decidirá en forma definitiva sobre la denuncia presentada. En caso de que la denuncia no hubiera sido sometido a la Corte dentro de un periodo establecido será la Comisión de Ministros quien decidirá si ha habido o no una infracción.

Mediante este instrumento se crearon por vez primera organismos internacionales cuya labor es la protección de los derechos humanos: la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos. Asimismo, se creó un procedimiento judicial al cual se tuvieron que someter los estados signatarios del tratado. Es decir, por primera ocasión en la historia la actuación de los estados era susceptible de revisión y control a través de un órgano jurisdiccional internacional, cuyos fallos debían de ser acatados por los gobiernos de los estados parte.

América no tuvo su tratado internacional sobre derechos humanos sino hasta 1969, año en el que se celebró la Conferencia Interamericana Especializada de la Organización de Estados Americanos, en San José, Costa Rica, y en la que se adoptó el 22 de noviembre el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención Americana cuenta también con un carácter vinculante para los estados signatarios y mediante ella se estableció la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual se encarga de vigilar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los estados partes en el Pacto de San José. Del mismo modo, el tratado estableció un procedimiento mediante el cual una persona o grupo de personas pueden presentar denuncias o quejas de violación a la Convención por un gobierno de un estado parte ante la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵. A grandes rasgos, la Comisión investiga las denuncias e intenta llegar primero a una solución amistosa con el gobierno demandado, en caso de no llegar a una solución elabora un informe que transmite al estado interesado otorgándole al mismo un plazo para que cumpla con sus obligaciones. Después de la elaboración de este informe y si la Comisión considera que el gobierno demandado no ha hecho nada para solucionar la controversia, ella puede someter el caso al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte estudiará el caso y decidirá sobre el asunto. Los fallos de la Corte son definitivos e inapelables.

La Corte Interamericana utiliza tanto la Convención Americana como la Declaración Americana para la resolución de los conflictos que se le presentan, del mismo modo el órgano colegiado toma en cuenta los demás tratados internacionales relacionados con los derechos humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos fueron los convenios de derechos humanos que las Naciones Unidas adoptaron el 16 de diciembre de 1966. No obstante, previo a la aprobación de los convenios, la Asamblea General de la ONU había declarado formalmente en su V Periodo de Sesiones que "el goce de las libertades civiles y políticas, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales son interdependientes", y en su Sexto Periodo, que "el hombre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa a la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre". Bajo esta

⁴⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada con anterioridad a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (o Pacto de San José) mediante la Resolución VIII de la V Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959.

óptica resulta contradictorio que la protección de los derechos humanos fuera dividida en dos instrumentos. Lo cual deja ver que el peso de los intereses políticos de los gobiernos se interpuso en el camino a la protección de los derechos. En contra de este punto de vista maniqueo que se usó para establecer dos clases de derechos humanos se hablará más detenidamente en el apartado 1.2.

Respecto a lo anterior Nikken señala que: "Las razones invocadas para esto no dejan de ser criticadas: estas se vinculan con la idea de que una y otra categoría de derechos tienen diversas formas de realización y de exigibilidad y por lo tanto de control. La vigencia de los derechos civiles y políticos depende, según esto, estrictamente de un orden jurídico que los reconozca y garantice, el cual puede ser instaurado con la sola voluntad política de los órganos del poder público competente; mientras que los derechos económicos, sociales y culturales dependen de la existencia de un orden social dominado por la justa distribución de los bienes, lo cual no puede alcanzarse sino progresivamente. Los primeros serán inmediatamente exigibles frente a los estados, mientras que los segundos serán exigibles en la medida en que los estados dispongan de los recursos para satisfacerlos. Unos serán verdaderos derechos legales, susceptibles de un control de naturaleza jurisdiccional –o cuasijurisdiccional- mientras que los otros serán derechos-programa, cuyo progreso no puede ser controlado sino por los órganos político-técnicos que verifiquen periódicamente la situación socio-económica de cada país"⁴⁶.

A grandes rasgos se puede decir que este ha sido el tránsito que han tenido los derechos humanos en la historia de la Humanidad. Cabe señalar que existen multitud de

⁴⁶ Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Op. Cit. pg. 45.

tratados que no fueron mencionados en este breve recorrido pero por razones de espacio no es posible el señalarlos todos, sin embargo, se ha considerado que los documentos a los que se ha hecho referencia constituyen los ejemplos más paradigmáticos del desarrollo de los derechos humanos.

1.2 El derecho al trabajo como derecho humano.

Sastre Ibarreche afirma que ya durante el incipiente maquinismo y en los albores de la revolución industrial Locke formularía una de las primeras reivindicaciones modernas del derecho del trabajo al afirmar que: "El derecho a la existencia es el derecho primordial del hombre. Ahora bien, siendo así que, en general, los medios de existencia sólo le pueden ser dados al hombre por medio del trabajo, síguese de ello que el derecho a la existencia se torna en un derecho para todo hombre a ganarse la vida por medio de su trabajo. El Estado debe, pues, garantizar contra todo menoscabo el derecho al trabajo y a los frutos del trabajo"⁴⁷.

El origen histórico del derecho al trabajo se sitúa en el último tercio del siglo XVIII, por lo que coincide con el fundamental cambio que se produjo en la concepción y valoración misma del hecho del trabajo⁴⁸.

Lo anterior debido a que el novedoso sistema fabril que se introdujo durante el siglo XVIII en virtud de la revolución industrial, no sólo acarrió cambios en el sistema de producción sino que a la vez reestructuró a las sociedades haciendo emerger la famosa división societaria entre la burguesía y el proletariado: los poseedores de los medios de producción y los trabajadores. Este reputado fenómeno implicó el aumento de la producción, exigiendo la ampliación y perfeccionamiento de las actividades comerciales, y a la vez generó condiciones de explotación de los trabajadores a niveles sin precedentes.

⁴⁷ Cfr. Sastre Ibarreche, Rafael.- *El derecho al trabajo*.- Editorial Trotta.- Madrid, España.- 1996.- pg. 24.

⁴⁸ *Ibidem*.

El aumento de la necesidad de mano de obra para estimular la producción acarrearía la necesidad de romper con el sistema de corporaciones que imperaba hasta entonces. Así, la explotación laboral como premisa y la ausencia de una normatividad relativa al trabajo conforman las bases iniciales del primer capitalismo.

En 1776 apareció el primer esbozo de reconocimiento del derecho al trabajo en el preámbulo del Edicto de Nantes de ese año, por el cual Turgot suprimía las corporaciones en Francia y en cuyo preámbulo se expresaba: "Dios, al dar al hombre necesidades, al hacerle necesario el recurso al trabajo, ha hecho del derecho a trabajar la propiedad de cada hombre; y esta propiedad es la primera, la más sagrada y la más imprescriptible de todas"⁴⁹.

El Edicto suscitó muchas críticas en su tiempo pues alteró el régimen de corporaciones establecido hasta entonces, las que debe decirse que eran monopolios con los que se beneficiaban unos cuantos en perjuicio de la mayoría. Pese a las críticas, en el fondo lo que el Edicto expresaba era la libertad de trabajar, es decir, la posibilidad de desarrollar libremente una actividad laboral sin sujeción a los condicionamientos y restricciones impuestos por el régimen gremial.

Al mediar el siglo XIX, las condiciones de desigualdad social levantaron críticas en contra del paradigma clásico de los derechos individuales, pues resultaba obvio que la proclama de libertad e igualdad entre las personas era irrealizable si no se reconocía la desigualdad imperante entre las clases sociales y se hacía algo para cambiar las condiciones de vida de millones de trabajadores y campesinos. Por lo que surgió cada vez con más fuerza una

⁴⁹ Cfr. Cabanellas, Guillermo.- *Tratado de derecho laboral. Tomo I.*- 3ª edición.- Editorial Heliostra.- Buenos Aires, Argentina.- 1987.- pg. 340.

tendencia al reconocimiento de los derechos sociales de los individuos, con los que se pretendía garantizar el derecho de las personas a un mejor nivel de vida. Estos derechos sociales eran entendidos, según señala Castán, como derechos del hombre en cuanto configurados socialmente, derechos que habían de ir acompañados, para ser efectivos, de deberes de la sociedad respecto de los individuos⁵⁰.

Sería Charles Fourier (1772-1837) el creador de una teoría sobre el derecho del trabajo, expresión utilizada años atrás por el alemán Fichte. El pensador francés consideraba inoperantes los derechos políticos proclamados por la Revolución Francesa, a los que opuso los derechos económicos fundamentales, como son el derecho al trabajo y el derecho a un *minimun* de subsistencia. Para Fourier el derecho al trabajo es uno de los derechos fundamentales del hombre, al afirmar "Yo he nacido en esta tierra, reclamó la admisión a todos los trabajos que en ella se ejercen; reclamo la entrega adelantada de los instrumentos adecuados para ejercer este trabajo"⁵¹.

Por su parte, Victor Considérant argumentaba que el derecho al trabajo debía de ser considerado como consubstancial de la misión del estado, y como único medio de legitimar el régimen de la propiedad privada⁵². La argumentación del discípulo de Fourier, vio también en el reconocimiento del derecho al trabajo una especie de indemnización para los no propietarios de tierra, la cual desde su óptica constituía el medio originario de producción, propiedad común de la humanidad. Según Considérant, el contenido del derecho al trabajo venía dado por la garantía de un mínimo existencial, al menos en la misma medida en que éste era

⁵⁰ Cfr. Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*. Op. Cit. pg. 129.

⁵¹ Cfr. Cabanellas, Guillermo.- *Tratado de derecho laboral. Tomo I*. Op. Cit. pg. 340.

⁵² *Ibidem*.

garantizado al hombre salvaje por sus derechos de caza, pesca, pastoreo y recolección. Para la puesta en práctica del derecho, Considérant propugnaba la creación de empresas agrarias e industriales que posibilitaran las ocasiones de trabajo⁵³. De igual manera, él estimaba misión del estado la de asegurar la existencia del trabajador, estando obligado a procurárselo a todos los individuos.

Todo este cuerpo teórico que los socialistas utópicos franceses elaboraron alrededor del derecho al trabajo sería puesto en práctica durante el proceso revolucionario que se desarrolló primero en Francia y en el resto de Europa posteriormente, entre los meses de febrero a junio de 1848.

A partir de 1846 la clases desprotegidas de la población europea vieron empeorar su situación debido a las malas cosechas que repercutieron en la actividad industrial con lo que se agravó la situación de extrema pobreza en un amplio sector de la población, produciéndose una recesión y el incremento del paro laboral. Esta situación derivó en protestas, cuya exigencia principal era la de reformas políticas, que originaron la revolución parisina que comenzó el 24 de febrero de 1848. Este movimiento fue secundado en el territorio de Alemania y Austria, con menores repercusiones en otros países europeos. El incremento en el número de desempleados, constituyó una de las causas básicas de la incorporación del derecho al trabajo como una reivindicación fundamental del movimiento popular. La mencionada reivindicación se presentó en 1848 como una exigencia al estado a fin de que éste promoviera la provisión de empleo remunerado a quienes carecieran de él⁵⁴. Así, una de las primeras preocupaciones del gobierno provisional fue la de declarar el derecho al trabajo mediante la

⁵³ Cfr. Sastre Ibarreche, Rafael.- *El derecho al trabajo*. Op. Cit. pg. 28.

⁵⁴ *Ibidem*. pg. 30.

proclama del 25 de febrero del citado año, con la cual el gobierno provisional de la República Francesa se obligaba a garantizar la existencia del obrero por el trabajo: "se compromete a dar trabajo a todos los obreros". La idea de crear los Talleres Nacionales, propuestos por el socialista Louis Blanc, con el objeto de facilitar trabajo a todo aquel que necesitara un empleo a su actividad se llevó a cabo a fin de hacer efectiva esa declaración. Por aquella proclama y por vez primera, se hacía imperativa, como obligación de estado, la de dar trabajo a aquel que se encontrara sin empleo⁵⁵.

Los defensores del "libre mercado" de la época alegaban que el derecho al trabajo implicaba un crédito frente al estado incompatible con la libertad y la reciprocidad contractuales. El argumento utilizado por ellos decía que detrás del derecho al trabajo estaba en realidad una expropiación del capital, lo que implicaba una planificación y estatismo perjudiciales, incluso, para los propios obreros, pues significaba un incremento del autoritarismo en la organización del trabajo. El resultado final, alegaban, era el fin de la libertad del trabajo. Frente a estos argumentos, la crítica socialista en defensa del derecho del trabajo esgrimió una posición absolutamente opuesta. Fundamentalmente, sostuvo la compaginación del derecho al trabajo y la libertad de trabajar. Aún más, ésta sólo podía adquirir un contenido real por medio de aquél, con lo que el derecho constituía la condición de la libertad. La libertad contractual sin derechos era una falsa libertad, pues sólo ofrecía al trabajador la libertad de ser explotado. Frente a los derechos formales (como el de la igualdad) era necesario instaurar derechos efectivos, de lo cual se desprende la necesidad de derechos sociales. Tal como señala Sastre Ibarreche existía "(...)la urgencia de restaurar la primacía del derecho a la vida articulando libertad de trabajo y de derecho a la vida eslabonándolos con el derecho al trabajo.

⁵⁵ Cfr. Cabanellas, Guillermo.- *Tratado de derecho laboral. Tomo I.*- Op. Cit. pg. 341.

En la crítica socialista hay un ataque a la lógica immanente en el mercado, que no es otra que la lógica del egoísmo y del interés propio⁵⁶.

A partir de la segunda parte del siglo XIX el derecho al trabajo se desvirtuó, derivando gradualmente en un derecho a la asistencia pública. El caso de Gran Bretaña representa con claridad el hecho.

En el curso de la gran recesión económica de 1880 y 1890, ciertos socialistas y radicales liberales esgrimieron como lema en todas las agitaciones y revueltas frente al paro, un derecho natural al trabajo. Esta idea se extendería posteriormente y aparecería en la redacción de los proyectos de ley. En 1907, Ramsey MacDonald hizo público el *Unemployment Bill*. El artículo 3 de este proyecto decía: "allí donde un trabajador se haya inscrito en la lista de desempleados constituirá un deber de la autoridad local procurarle un trabajo, de acuerdo con los programas que ella misma está obligada a establecer, o, si ello no es posible, proveer, en caso necesario, a su sustento y al de aquellos que son económicamente dependientes de él"⁵⁷. Finalmente, el proyecto sería rechazado, y el debate político se orientaría ya hacia el problema de la previsión social obligatoria. Sin embargo, aunque el derecho al trabajo, entendido en el sentido del proyecto de 1907, se mantuviera en el Programa del Partido Laborista, el énfasis recayó en el derecho a la asistencia. Este fenómeno se extendió por el territorio de Europa a comienzos del siglo XX y el significado primigenio del derecho al trabajo en cuanto exigencia a los poderes públicos de un empleo adecuado, fue sustituido por un mero derecho de asistencia⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. Sastre Ibarreche, Rafael.- *El derecho al trabajo*. Op. Cit. pg. 31.

⁵⁷ *Ibidem*. pg. 37.

⁵⁸ *Ibidem*.

Un aspecto fundamental del debate sobre el derecho al trabajo que tuvo lugar en el año de 1848 es el hecho de que un sector del pensamiento liberal, empezó a difundir la idea de que los derechos sociales eran una clase especial de derechos. Dicha conversión, conscientemente planeada, generaría respecto del derecho al trabajo un problema fundamental: la privación de su carga revolucionaria⁵⁹.

La manera en que se conceptuó a estos derechos fue más o menos la siguiente: si los derechos subjetivos son por excelencia exigibles y el derecho al trabajo es por "naturaleza" inexigible, el derecho al trabajo no sería un derecho subjetivo, sino un principio orientador en la política reformista, un derecho programático inspirador dentro de una política por etapas. Así el derecho al trabajo se configuraría como una meta de lejano cumplimiento, alcanzable a través de un proceso gradual. La referencia al derecho posee entonces una función de coartada, no siendo más que un pretexto para profesiones de fe políticas. Esta idea que comenzará a extenderse desde entonces no ha dejado de acompañar al derecho al trabajo hasta nuestros días: si todo derecho subjetivo es, por definición exigible, el derecho al trabajo resulta irrealizable⁶⁰.

En el siglo XX, los nuevos ordenamientos jurídicos constitucionales insertan dentro de su cuerpo a los denominados derechos sociales. A México le correspondería ser el primer país del orbe en reglamentar dentro de su constitución de 1917 el derecho al trabajo, mediante el artículo 123 de su ordenamiento supremo. En Europa, la constitución alemana de Weimar de 1919 sería la primera en enunciar derechos de tipo social, su ejemplo sería secundado por las

⁵⁹ Cfr. Sastre Ibarreche, Rafael- *El derecho al trabajo*. Op. Cit. pg. 37.

⁶⁰ *Ibidem*, pg. 33 y 34.

demás constituciones europeas a lo largo del siglo. La norma suprema alemana estableció en su artículo 163-II "a todo alemán se ofrece la posibilidad de ganar su sustento mediante el trabajo"

La expresión más clara de la fuerza que estaba adquiriendo la ideología social lo constituiría la Revolución Rusa de 1917, mediante la cual se instauraría un "gobierno de los trabajadores". El nuevo gobierno estableció en el artículo 3 párrafo f) de su constitución de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia de 1918 el trabajo general obligatorio para todos⁴¹.

Como quedó señalado en el apartado 1.1.2, fue hasta 1948 cuando mediante la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se reconoció por vez primera en un instrumento internacional el derecho humano al trabajo. No obstante, al adoptar la ONU, en 1966, dos convenciones -el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, para reglamentar los derechos contemplados en la Declaración Universal se separaron en dos categorías de derechos a los derechos humanos. El derecho al trabajo, al ser establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue clasificado dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales.

Desafortunadamente, la diferenciación arbitraria y maniquea entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales ha tenido consecuencias jurídicas,

⁴¹ Cfr. De Castro Cid, Benito.- *El reconocimiento de los derechos humanos*.- Editorial Tecnos.- Madrid, España.- 1982.- pg. 51.

pues mientras que a los derechos civiles y políticos se les otorgan una forma de protección a los derechos sociales y culturales se les otorga un pronóstico de realización.

El argumento principal que se ha utilizado para la diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se basa en la supuesta "naturaleza particular" de cada uno de estos grupos. Bajo este argumento, con respecto a los derechos civiles y políticos, dada su "naturaleza particular", el estado sólo tiene obligaciones de carácter negativo (abstenciones), mientras que para con los derechos económicos, sociales y culturales, debido igualmente a su "particular naturaleza"; el poder público sólo tiene obligaciones de carácter positivo (acciones).

Según este razonamiento, las obligaciones del poder público derivadas de un derecho civil o político, como por ejemplo el derecho al voto y la obligación del estado de respetarlo, se satisfacen con el no hacer del poder público: no violar el voto ciudadano en el ejemplo en cuestión. Por el contrario la estructura "natural" de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas, en las cuales el poder político debe erogar recursos para llevar a cabo estas prestaciones. Así, un derecho social, como el derecho de huelga, implicaría el actuar positivo del estado en ese sentido.

No obstante, las anteriores visiones están basadas en un punto de vista sesgado y "naturalista" del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la visión

decimonónica del estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa⁶².

En la realidad se constata que los derechos civiles y políticos que parecen ajustarse más claramente a la "obligación negativa" -como los derechos políticos, dentro de los que se encuentra el derecho al voto- conllevan una intensa actividad estatal destinada a garantizar la efectividad del derecho, de modo tal que la contracara del ejercicio de esos derechos está dada por el cumplimiento de funciones que reclaman el actuar positivo del estado -en el caso muy particular de México, garantizar el ejercicio efectivo del derecho al voto implicó la creación de un Instituto Federal Electoral y de un Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como de Institutos Electorales locales y de Tribunales, o al menos Salas Electorales, estatales para garantizar el derecho- para cuya satisfacción el estado tiene que erogar una cantidad muy considerable de recursos.

En el sentido opuesto, hay derechos clasificados como económicos, sociales o culturales que ponen de manifiesto la inconsistencia de la tradicional clasificación de derechos humanos, ejemplo de esto lo constituyen los derechos sindicales, los cuales pese a ser derechos que, supuestamente, deberían requerir el "actuar positivo" del poder político -para lo cual se supondría que el poder público tendría de erogar fuertes cantidades de dinero- en realidad reclaman más bien la abstención estatal.

⁶² Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian.- "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceros, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*.- 2ª edición.- Editorial Porrúa- UNAM.- México, D.F.- 2001.- pg. 140 y ss.

Tal como afirman Abramovich y Courtis, desde esta una perspectiva más real las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado más que diferencias sustanciales. Tanto los derechos económicos, sociales y culturales como los derechos civiles y políticos pueden ser caracterizados como un conjunto de obligaciones positivas y negativas, por lo que una concepción más rigurosa de los derechos humanos llevaría a admitir un *continuum* de derechos⁶³. Este enfoque armoniza perfectamente con las declaraciones de la Asamblea General de la ONU en las que se señalaba que "el goce de las libertades civiles y políticas, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales son interdependientes" y "el hombre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa a la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre"⁶⁴.

Ahora bien, aun cuando el elemento más identificable de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer por parte del poder político, no resulta difícil encontrar dentro de la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación de no dañar la salud, el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación. El derecho al trabajo implica la obligación de no impedir este derecho⁶⁵.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁶³ Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian.- "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carbonell, Miguel; Cruz Parcerro, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 143.

⁶⁴ Véase el apartado 1.1.2 del presente trabajo.

⁶⁵ Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian.- "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carbonell, Miguel; Cruz Parcerro, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 143.

Al dejar de ser tajante la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales se invalida la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos derechos como exigibles. Esta objeción —que se fundamenta en la falsa identificación de esta clase de derechos exclusivamente con obligaciones de carácter positivo— argumenta que la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia “juridicidad” de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de los mismos depende de la disponibilidad de recursos por parte del estado. De acuerdo a lo señalado por Abramovich y Courtis “...esta subordinación, denominada ‘condicionante económico’ relativizaría la universalidad de los derechos, condenándolos a ser ‘derechos de segunda categoría’ ”⁶⁶.

Aún cuando erróneamente se cree que el único modo por el que el gobierno puede satisfacer una obligación de carácter positivo, derivada de un derecho económico, social o cultural, es mediante la disposición de recursos económicos, en realidad en algunos casos estas obligaciones pueden satisfacerse mediante el establecimiento algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio del derecho no tiene sentido; en otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el gobierno limite o restrinja las facultades de las personas privadas⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” en Carbonell, Miguel; Cruz Partero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit.- pg. 149.

⁶⁷ *Ibidem*. pg. 150.

Dado que los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales, es falso que las posibilidades de judicabilidad de estos derechos sean escasas⁶⁸

Entre las medidas inmediatas que los gobiernos deben adoptar para cumplir con sus obligaciones derivadas de derechos económicos, sociales y culturales, sin poder justificar su omisión en la falta de recursos, está la derogación de aquellas normas jurídicas que resultan manifiestamente contrarias a esas mismas obligaciones. Los Principios de Limburgo⁶⁹ sostienen que un gobierno viola el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales cuando no logra remover a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho⁷⁰. El caso de las restricciones migratorias, en su aspecto referente al trabajo, claramente representa un obstáculo al derecho al trabajo el cual es reconocido por el Pacto antes mencionado. En adición, las restricciones migratorias representan un obstáculo al derecho de libre circulación de los individuos.⁷¹

De igual modo, los gobiernos tienen la obligación de eliminar la discriminación *de iure*, debiendo derogar sin demora cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria, incluyendo acciones positivas y acciones por omisión que afecten el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior de conformidad con el principio 37 de los

⁶⁸ Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit.- pg.152.

⁶⁹ Sobre los Principios de Limburgo se hablará con más detenimiento en el apartado 1.3.1.2 del presente trabajo.

⁷⁰ Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 187.

⁷¹ Cfr. Carbonell, Miguel.- *La constitución en serie. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*.- Editorial Porrúa-UNAM.- México, D.F.- 2001.- pg. 32.

Principios de Limburgo⁷². Nuevamente se puede considerar que las regulaciones migratorias existentes en la actualidad en la mayor parte del orbe bien pueden ser clasificadas como discriminación de *ius*.

⁷² Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian.- "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carboell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 187.

1.3. Principales convenciones e instrumentos que reconocen este derecho.

El derecho humano al trabajo ha sido reconocido tanto por instrumentos de las Naciones Unidas como por instrumentos regionales y, por supuesto, por las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo. A continuación se hará un recuento de los tratados o convenciones que han hecho alusión al derecho al trabajo, clasificándolas de acuerdo al organismo que las emitió.

1.3.1 Instrumentos de las Naciones Unidas.

En lo referente a la Organización de las Naciones Unidas, se deben mencionar los siguientes instrumentos:

1.3.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este documento reconoce expresamente el derecho al trabajo en su artículo 23, el cual señala:

Artículo 23.1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Pese a que este instrumento adoptó la forma de una declaración, y por ello, no tuvo en principio fuerza jurídica vinculante, hoy en día no se puede negar el importante peso que el documento representa en materia de derechos humanos⁷³.

1.3.1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) prevé en los puntos 1 y 2 de su artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6.1.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho a toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

6.2.- Ente las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Respecto a este Pacto es necesario hacer algunos comentarios. Cuando el convenio fue adoptado en 1966 no se le dotó de un cuerpo especializado que vigilara el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo. El PIDESC, sólo estableció en su parte IV, un sistema de informes de los gobiernos sobre las medidas que hubiesen adoptado con el fin de asegurar

⁷³ Al respecto cfr. Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo.* Op. Cit. pg. 262.

el respeto a los derechos contenidos en el convenio. No obstante, pese a las limitaciones originales del sistema, a partir de la creación del Comité de Derechos Económicos y Sociales, en 1985, se empezaron a producir una serie de documentos que contribuyen a establecer el sentido de algunos derechos y sus correspondientes obligaciones para los gobiernos. El Comité asumió desde 1988 la práctica de emitir Observaciones Generales, procurando definir con mayor precisión las obligaciones de los gobiernos y el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales. Las Observaciones Generales equivalen a la jurisprudencia del Comité con respecto al contenido del PIDESC. Además, el sentido de las obligaciones de los gobiernos ha sido esclarecido por los llamados Principios de Limburgo⁷⁴.

Estos Principios fueron establecidos por un grupo de expertos de derecho internacional, en la reunión que se celebró en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986 con el propósito de: a) examinar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los estados que formaban parte del Pacto, b) analizar los informes en materia de derechos económicos, sociales y culturales rendidos por los estados parte al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y c) examinar el aspecto de la cooperación internacional según las pautas establecidas por la parte IV del PIDESC⁷⁵. Los Principios de Limburgo fueron adoptados por las Naciones Unidas⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Christian.- "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carbonell, Miguel; Cruz Parcerro, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 177-179.

⁷⁵ La reunión fue convocada por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, Holanda), el Urban Morgan Institute for Human Rights, la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos) contó con participantes provenientes de Australia, la República Federal de Alemania, Hungría, Irlanda, México, los Países Bajos, Noruega, Senegal, España, Reino Unido, Estados Unidos, Yugoslavia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de Salud (OMS), la Secretaría del Commonwealth y las organizaciones patrocinadoras.

⁷⁶ UN Document E/C 4/1987/17.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para el tema que se trata los mencionados Principios cobran relevancia pues son la pauta para juzgar si un gobierno está cumpliendo o está violando las obligaciones que contrajo en virtud del PIDESC. Así, las políticas que adopte un gobierno respecto al derecho al trabajo deben ser interpretadas bajo la luz de los Principios de Limburgo⁷⁷.

1.3.1.3. Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social.

Esta Declaración fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas⁷⁸ el 11 de diciembre de 1969, y expresa en su artículo 6:

Artículo 6.- El desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir empleo libremente. El progreso y el desarrollo en lo social exigen la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil, y el establecimiento, de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con los principios de justicia y de función social de la propiedad, de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre, garanticen igual derecho a la propiedad para todos, y creen entre los hombres condiciones que lleven a una auténtica igualdad

⁷⁷ Sobre lo que establecen en concreto determinados Principios de Limburgo se hablará con más detenimiento a lo largo de este trabajo.

⁷⁸ Resolución 2542 (XXIV).

1.3.2 Instrumentos Regionales.

A nivel regional se han adoptado diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo. Se mencionarán en primer lugar los instrumentos adoptados en el ámbito americano, seguidos por los instrumentos europeos y los instrumentos africanos.

1.3.2.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El lugar de adopción de esta Declaración fue Bogotá, y fue producto de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en 1948. El instrumento señala en su artículo XIV:

Artículo XIV.- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

1.3.2.2. Carta de la Organización de Estados Americanos.

La Carta proclama en los incisos a) y b) de su artículo 44:

Artículo 44: Los Estados Miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado

de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

a.- Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;

b.- El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.

1.3.2.3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

El texto original de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hacía referencia a derechos económicos, sociales y culturales por lo que se adoptó el Protocolo de San Salvador para completarla. Este Protocolo establece en su artículo sexto:

Artículo 6: Derecho al Trabajo:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

1.3.2.4 Carta Social Europea.

La Carta fue adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 y estuvo precedida por una serie de convenios sobre diversos sectores de las relaciones sociales. Entró en vigor el 26 de febrero de 1965. Este instrumento se constituyó como el primer documento de enlace supranacional que de forma directa sistematizó la protección de los derechos económicos sociales y culturales. Para ello la Carta utilizó un sistema duplicado y superpuesto: proclamación concisa y simple de los derechos (Parte I) y articulación de diversas medidas concretas para garantizar la efectividad de los derechos antes mencionados (Parte II).

La Carta Social Europea es en realidad un instrumento enfocado a la protección del derecho al trabajo. El documento cual no sólo reconoce este derecho sino que además lo regula mediante disposiciones muy diversas que van desde el derecho a las condiciones equitativas de trabajo hasta los derechos del inválido a la formación profesional y a la

readaptación social y profesional. Del mismo modo es el primer documento que hace referencia expresa a los trabajadores migratorios⁷⁹

Dado que en realidad todo el texto de la Carta Social Europea hace referencia al derecho al trabajo en el presente trabajo sólo se señalarán los apartados del documento que han sido considerados más significativos:

Parte I.

1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.

...Parte II.

Artículo primero. Derecho al trabajo.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen:

...2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.

1.3.2.5. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este documento elaborado a solicitud del Consejo Europeo y aprobado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea fue proclamado solemnemente en el Consejo Europeo de Niza celebrado los días 7 a 9 de diciembre de 2000. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala en su artículo 15:

⁷⁹ Sobre el tema de la Carta Social Europea con referencia a los trabajadores migratorios se hablará con más detenimiento en el apartado 1.4. del presente trabajo.

Artículo 15: Libertad profesional y derecho a trabajar

1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.

2. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro.

3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

La libertad profesional, consagrada en el apartado 1 del artículo 15, se inspira en el apartado 2 del artículo 1 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los estados miembros de la Unión Europea.

1.3.2.6. Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul).

La Carta Africana fue aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de jefes de estado y gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. En ella se puede leer, respectivamente, en sus artículos 15 y 29.6:

Artículo 15.- Toda persona tiene derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a recibir igual salario por igual trabajo.

Artículo 29.- Toda persona tiene también el deber de:

...6. Trabajar hasta el máximo de sus capacidades y competencia y pagar los impuestos establecidos por la ley en interés de la sociedad.

1.3.3 Instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo.

Tal como quedó señalado en el apartado 1.1.2, la Organización Internacional del Trabajo fue creada en 1919 por el Tratado de Versalles para regular internacionalmente cuestiones relativas al trabajo. Sus principios y objetivos fundamentales se encuentran contenidos en la Parte XIII del mencionado Tratado (artículos 387-427), que contenía el texto de la Constitución de la Organización, y en la Declaración de Filadelfia adoptada por la OIT en 1944.

La Declaración de Filadelfia señalaba en su Sección I a) que “el trabajo no es una mercancía”, y en su Sección II a) que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo, o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”, mientras que en su Sección III a) se reconocía como una obligación solemne de la Organización el fomentar programas que permitan el “lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida”⁸⁰.

En 1945, la OIT pasó a formar parte de las Naciones Unidas como un organismo especializado, en virtud del artículo 57 de la Carta de la ONU, con características muy particulares. Desde entonces la Organización Internacional del Trabajo ha desempeñado un papel principal en materia de derechos humanos.

⁸⁰ Cfr. Cholewinski, Ryszard.- *Migrant workers in international human rights law. Their protection in countries of employment*. Clarendon Press Oxford.- Nueva York, E.E.U.U.- 1997.- pp. 92.

Uno de los rasgos de la OIT que le otorgan su estructura particularísima es su carácter tripartita. Aunque la Organización es un organismo intergubernamental, en el sentido de que ha sido creada por un acuerdo entre estados siendo sus únicos miembros estados, los órganos encargados de promulgar las normas creadas por la OIT —la Conferencia y el Consejo— deben estar integrados, de conformidad con la constitución del organismo, no sólo por representantes gubernamentales sino también por representantes de los trabajadores y de los empleadores, elegidos libremente e independientes entre sí¹¹. De acuerdo con el ex-director general de la OIT, Wilfred Jenks, esta composición única "ha influenciado profundamente los métodos de trabajo y aproximación a los problemas, extirpando la arrogancia de la soberanía, haciendo posible iniciativas imaginativas que no hubieran podido ser tomadas por cuerpos puramente gubernamentales que asumen su postura de acuerdo al pensamiento oficial de moda"¹².

En el sistema de la Organización Internacional del Trabajo la fuente normativa esencial para lograr cumplir sus objetivos son los convenios que elabora. Debido a la particular estructura de la OIT en sus convenios no existe la posibilidad de formular reservas. Estos convenios establecen obligaciones que pueden ser vistas como estándares internacionales con los que tiene que cumplir los estados que ratifican el convenio. Los convenios tienen siempre un carácter obligatorio.

Además de los convenios la Organización produce recomendaciones, éstas tienen un carácter informal en el sentido de que no producen obligaciones de carácter vinculante y

¹¹ Cfr. Gross Espiell, Héctor.- *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*- UNAM.- México, D.F.- 1978.- pg. 14.

¹² Cfr. Cholewinski, Ryszard.- *Migrant workers in international human rights law. Their protection in countries of employment*. Op. Cit. pg. 84.

constituyen más propiamente parámetros de interpretación de las obligaciones contenidas en los convenios.

Se puede afirmar que todos los estándares establecidos por la OIT, tanto por sus convenios como por sus recomendaciones, tienen relación con el derecho al trabajo, pues aun los convenios más técnicos pueden ser interpretados como medidas para la implementación de las "condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo" proclamadas en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reconocida por el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1.4 Convenios relacionados con los trabajadores migratorios.

Existen dos convenios elaborados por la Organización Internacional del Trabajo enfocados principalmente a la cuestión de los trabajadores migratorios: el Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes (Convenio No. 97) y el Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Trato de los Trabajadores Migrantes (Convenio No. 143). Asimismo, las Naciones Unidas adoptaron, en 1990, su propio instrumento relacionado con el tema: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

La importancia de estos convenios radica en el hecho de que están enfocados a un grupo de trabajadores especialmente vulnerables: los trabajadores migratorios. Este grupo ve frecuentemente menoscabados sus derechos humanos en general y, particularmente, aquellos relativos al derecho al trabajo. Dentro del grupo existe además una categoría a la que ni siquiera se le reconocía, sino hasta muy recientemente, su derecho humano al trabajo: la categoría de los trabajadores migratorios indocumentados. Todas estas personas han sido sistemáticamente privados de la posibilidad de ejercer su derecho al trabajo mediante las políticas migratorias de los gobiernos del orbe. El argumento principal que utilizan los gobiernos para privar a hombres y mujeres de este derecho radica principalmente en su arbitraria concepción de la "soberanía"⁸³.

⁸³ Respecto a esto se hablará con más detenimiento en el capítulo 2 del presente trabajo.

1.4.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo en Materia de Trabajadores Migratorios: Convenio número 97 y Convenio número 143.

Una de las principales preocupaciones de la Organización Internacional del Trabajo desde su comienzo ha sido la protección de los trabajadores migratorios. La OIT ha sido ciertamente la organización internacional que más se ha ocupado del tema. En junio de 1939, la Conferencia Internacional de Trabajo de la OIT adoptó el Convenio No. 66 denominado Convenio relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, no obstante, este convenio nunca surtió efectos pues ni un solo estado lo ratificó. El Convenio 66 fue revisado y sirvió para la creación, en 1949, del Convenio No. 97 que lleva el nombre de Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes. Posteriormente, en 1975 el Convenio 97 fue complementado con la promulgación del Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Trato de los Trabajadores Migrantes (Convenio No. 143)⁴⁴.

El Convenio 97 consta de veintitrés artículo y tres anexos⁴⁵, los gobiernos que ratifican el convenio puede, mediante una reserva, excluir de la ratificación todos los anexos o alguno de ellos. En virtud del mismo se obliga a los gobiernos firmantes a poner a disposición de la Oficina Internacional del Trabajo información relativa a la política y la legislación nacionales referentes a la emigración y a la inmigración, a las disposiciones especiales relativas al

⁴⁴ El Convenio 97 fue complementado con la Resolución No. 86, mientras que al Convenio 143 le corresponde la Resolución No. 151.

⁴⁵ Anexo I: Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental.

Anexo II.- Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental.

Anexo III.- Importación de efectos personales, herramientas y equipo de los trabajadores migrantes.

movimiento de trabajadores migrantes y a sus condiciones de vida y de trabajo, a los acuerdos generales y arreglos especiales en estas materias celebradas por los miembros en cuestión.

Para los efectos del Convenio, se entiende por *trabajador migrante* a toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante (artículo 11.1). Asimismo, se establece que el Convenio no es aplicable: a los trabajadores fronterizos; a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; a la gente de mar. (artículo 11.2)

Todo estado miembro se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en materia de remuneración, afiliación a organizaciones sindicales, vivienda, seguridad social⁶⁰ e impuestos (artículo 6).

El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia no podrán ser enviados a su territorio de origen cuando, por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada, el trabajador migrante no pueda ejercer su oficio (artículo 8).

En el Convenio se señala la obligación a los gobiernos firmantes de mantener un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda y suministrar información exacta a los trabajadores migrantes (artículo 2).

⁶⁰ Sin embargo, las prestaciones de seguridad social que son financiadas exclusivamente con fondos públicos pueden ser establecidas únicamente para los nacionales (artículo 6(1)(b)(i)).

Los anexos del Convenio 97 reglamentan principalmente la forma de reclutar trabajadores- entendiéndose por reclutar el hecho de contratar a una persona, en un territorio, por cuenta de un empleador en otro territorio-, las entidades que pueden reclutar, las condiciones de reclutamiento e introducción, etc.

Por su parte, el Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Trato de los Trabajadores Migrantes (Convenio No. 143) de la OIT se divide en tres partes. La parte I se refiere a las migraciones en condiciones abusivas, la parte II a la igualdad de oportunidades y de trato, y la parte III corresponde a sus disposiciones generales.

El Convenio establece la obligación a los gobiernos firmantes de respetar los derechos humanos fundamentales⁸⁷ de todos los trabajadores migrantes (artículo 1), entendiendo por trabajador migrante lo mismo que el Convenio 97. Dado que esta disposición se establece en la parte I del Convenio -que se encarga de las migraciones en condiciones abusivas- la misma abarca a aquellos trabajadores que se encuentren en una situación irregular. Sin embargo, el precepto no se extiende a los derechos contenidos en la parte II del Convenio los cuales sólo aplican para los trabajadores documentados⁸⁸.

Asimismo, el documento especifica que todos los gobiernos miembros deberán tomar medidas necesarias para suprimir las migraciones clandestinas en busca de empleo (artículo 3),

⁸⁷ De acuerdo con la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, la obligación en el artículo 1 se limita a los derechos "básicos", es decir aquellos considerados tradicionalmente como los más fundamentales.

⁸⁸ Cfr. Cholewinaki, Ryszard. *Migrant workers in international human rights law. Their protection in countries of employment*. Op. Cit. pg. 103.

aclarando que estas medias deben tener por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción de la justicia (artículo 5).

Según el Convenio 143, a condición de haber residido legalmente en el país, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación irregular por el hecho de la pérdida su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o de trabajo; del mismo modo, se marca que el trabajador tendrá el mismo trato que los nacionales (artículo 8)

El Convenio explícitamente señala: "Nada en el presente Convenio impedirá a los Miembros la concesión, a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país, del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas" (artículo 8.4).

En lo referente a la igualdad de oportunidades y de trato el Convenio 143 determina que todo miembro se compromete a formular y aplicar una política nacional destinada a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas par las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de sus familias, se encuentren legalmente en su territorio (artículo 10). También se ordena a los miembros a adoptar las medidas legislativas y promover los programas educativos necesarios para lograr este objetivo y a derogar toda disposición legislativa y modificar toda norma o práctica administrativa que sea incompatible con esta política (artículo 12 (b) y (d)).

A diferencia del Convenio 97, el Convenio 143 el ordenamiento contiene una disposición relativa a la reunión de los trabajadores migratorios y sus familias (artículo 13).

Pese a las innovaciones contenidas en el convenio, el lado más controversial del mismo lo constituye el hecho de que los gobiernos, al momento de ratificarlo puede excluir alguna de las partes I y II del mismo.

1.4.2. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (CIPDTMF).

Esta convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990. Fueron necesarios diez años para poder terminar el documento⁸⁹, debido a que los desacuerdos políticos sobre el tema entre los países ricos y los países pobres entorpecieron el proceso.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias está compuesta por un preámbulo y nueve partes⁹⁰.

En el preámbulo CIPDTMF reconoce la importancia de los otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, así como la labor de la Organización

⁸⁹ Mediante la Resolución 34/172 de diciembre de 1979, la Asamblea General decidió que creara en su 35ª Sesión en 1980 un grupo de trabajo cuyo encargo sería la elaboración de una convención internacional para la protección de los trabajadores migratorios y de sus familias.

⁹⁰ Parte I: Alcance y definiciones. Parte II: No discriminación en el reconocimiento de derechos. Parte III: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Parte IV: Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular. Parte V: Disposiciones aplicables y categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares. Parte VI: Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familias. Parte VII: Aplicación de la Convención. Parte VIII: Disposiciones Generales. Parte IX: Disposiciones finales.

Internacional del Trabajo en la defensa de los derechos humanos de los trabajadores. En el recital 11 del preámbulo se encuentra la razón de ser de la Convención, el mencionado recital expresa : "Convencidos de que los derechos de los trabajadores migratorios no han sido debidamente reconocidos en todas partes y, por tanto, requieren una protección internacional apropiada".

Con respecto a los trabajadores indocumentados, los recitales 14 y 15 del preámbulo aseveran que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal. Asimismo, se asegura que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los estados interesados.

La Convención es aplicable, salvo cuando ella señala otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna (artículo 1). Los estados partes tienen prohibido por el artículo 88 excluir alguna categoría de migrantes, la misma provisión sostiene que la ratificación de la Convención por parte de algún estado se realiza *in toto*, por lo que no es posible formular reservas.

La CIPDTMF define a los trabajadores migratorios como toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un estado del que no sea nacional (artículo 2.1). El instrumento no es aplicable a las personas empleadas por organismos internacionales o por un estado cuya condición jurídica esté regulada por el derecho internacional general, a los inversionistas, a los estudiantes y a los marinos. Paradójicamente, la Convención no es aplicable a los refugiados y a los apátridas.

Debido a los conflictos de intereses entre países de emigrantes y países de destino, la CIPDTMF fue dividida en dos partes: la parte III (artículos 8-35), relativa a la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias, y la parte IV (artículos 36-56), que aplica únicamente para los trabajadores documentados. Esta distinción es en realidad injustificable para un instrumento cuya misión es la protección de "todos los trabajadores migratorios".

Existen dos rasgos que distinguen a la parte IV de la parte III: 1) los derechos tutelados por la parte IV son básicamente los mismos que en la parte III sólo que más amplios; 2) la parte IV establece derechos exclusivos para los trabajadores documentados.

El Convenio prohíbe la expulsión colectiva de trabajadores migratorios y sus familiares. (artículo 22). Se establece que todos los trabajadores migratorios recibirán igualdad de trato que los nacionales en lo tocante a la remuneración y a las condiciones empleo y de trabajo (artículo 25). Los documentados tendrán además igualdad de trato en lo referente al acceso a instituciones y servicios de enseñanza, servicios de orientación profesional y colocación, acceso a la vivienda, a los servicios sociales, a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión (artículo 43).

Los estados les reconocerán a todos los trabajadores migratorios y sus familiares sus derechos de participación y afiliación sindical (artículo 26), con la distinción de que sólo los documentados podrán establecer sindicatos (artículo 40). Todos los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o evitar daños irreparables (artículo 28) pero únicamente los familiares de los documentados tendrán acceso a servicios sociales y de salud fuera de la hipótesis de urgencia (artículo 45.1 (c)).

Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental del acceso a la educación, el acceso a la enseñanza preescolar o a las escuelas públicas no podrá denegarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o el empleo de cualquiera de los padres (artículo 30). La parte IV del tratado también establece el derecho a la educación en su artículo 45.1 a). Tanto los trabajadores migratorios indocumentados como los documentados tienen derecho a llevarse consigo sus pertenencias cuando regresen a su país de origen (artículos 32 y 47 respectivamente).

En lo referente a los derechos que sólo se les reconocen a los trabajadores migratorios documentados están el derecho a la información de las condiciones de trabajo y de sus derechos antes de su partida (artículo 37); los estados de empleo considerarán la posibilidad de tomar en cuenta sus necesidades (artículo 42); los estados partes deberán tomar las medidas necesarias a efecto de facilitar la reunificación familiar (artículo 44.2); tienen derecho a que los estados les otorguen una autorización de residencia por lo menos por el mismo periodo de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada (artículo 49.1); tendrán la libertad de elegir su actividad remunerada (artículo 52); en caso de que cesen su actividad

remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, tendrán derecho a permanecer en el territorio del estado de empleo y buscar otro trabajo durante el periodo restante de su permiso (artículo 51).

Debido a las presiones de los países que reciben un fuerte flujo de migrantes se incluyeron en el cuerpo de la parte III los artículos 34 y 35 que señalan expresamente que ninguna de las disposiciones de la Convención tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de los estados de empleo, por lo que ninguna de las disposiciones de interpretará en el sentido que implica la regularización de los trabajadores indocumentados.

Del mismo modo, por causa de la presión de los países antes mencionados se incluyó el artículo 79 cuyo texto va en contra de la intención misma del preámbulo de la CIPDTMF: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará el derecho a cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familias...".

Finalmente, la Convención prevé la creación de un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares con el fin de observar la aplicación de sus preceptos (artículo 72). Para ese efecto se establece un sistema de informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que los estados partes hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención, mismos que deben presentar al Secretario General de las Naciones Unidas para su examen por el Comité (artículo 73).

1.5 Igualdad de oportunidades.

Tal como señala Carbonell: "Uno de los obstáculos fundamentales que existen en la actualidad para los derechos es la precarización de las condiciones de vida para una gran parte de los habitantes del planeta(...). La globalización ha puesto de relieve, como nunca antes, las disparidades que existen entre los seres humanos por lo que respecta a los derechos. La construcción de las distintas variables que dan sustento a la globalización se ha asentado bajo la idea muy apreciada por el neoconservadurismo de que la racionalidad económica y la racionalidad política son dos mundos completamente distintos, que guardan escasas –sino nulas- relaciones entre ellos"⁹¹.

El mismo Carbonell nos proporciona datos bastante elocuentes al respecto⁹²:

- 1) A nivel mundial se ha producido una concentración de riqueza tal que las 3 personas más ricas del mundo poseen una fortuna superior a la suma de los productos internos brutos de los 48 países más pobres del planeta (los cuales representan una cuarta parte de los países del orbe)
- 2) Las 358 personas más ricas del mundo tienen ingresos anuales que superan los que tiene el 45% más pobre de la población mundial (2,400 millones de personas)
- 3) Las 15 personas más ricas del mundo tienen una renta superior al PIB de toda África sudsahariana.

⁹¹ Cfr. Carbonell, Miguel- *La constitución en serie. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Op. Cit. pg. 57.

⁹² *Ibidem*. pgs. 59-61.

- 4) Según datos del Banco Mundial, en 1993, más de 3,000 millones de personas percibían ingresos anuales medios de menos de 379 dólares (ubicándose por tanto debajo de la línea de la pobreza)
- 5) La diferencia entre el ingreso de los países más ricos y el de los más pobres era de alrededor de 3 a 1 en 1820, de 35 a 1 en 1950, de 44 a 1 en 1973 y de 72 a 1 en 1992. Todo indica que la diferencia abismal ha seguido creciendo desde ese año y con toda probabilidad lo seguirá haciendo en el futuro inmediato.
- 6) Según la ONU, al inicio de los años noventa el 20% más rico de la población era propietario de más del 82% de la riqueza de todo el planeta, mientras que el 20% más pobre poseían sólo el 1.4% de la riqueza. Para 1997 las cifras eran del 86% de la riqueza para el 20% más rico y del 1% para el 20% más pobre.
- 7) Dos mil millones de personas, un tercio de la humanidad, sufren de anemia.
- 8) Dos mil cuatrocientos millones de personas carecen de acceso a saneamiento básico.
- 9) Cerca de 1,000 millones de personas son analfabetas en todo el mundo.

Debido a las enormes desigualdades económicas, gran parte de la población mundial no es capaz de ejercer los derechos que le son propios por el simple hecho de ser personas. Tal como señala Bobbio "el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. No es un problema filosófico, sino político"⁹³.

⁹³ Cfr. Carbonell, Miguel.- *La constitución en serie. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Op. Cit. pg. 56.

La relevancia de todo lo anterior para el tema de este trabajo lo constituye el hecho de que los derechos sociales, como el derecho al trabajo, se configuran como derechos de igualdad, entendida ésta en el sentido de igualdad material, esto es, como derechos a defenderse frente a discriminaciones de hecho, producidas por las iniquidades propias de una realidad económica. Son derechos a gozar de un régimen jurídico establecido precisamente en atención a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada⁹⁴. Son derechos que buscan otorgarle a las personas la igualdad de oportunidades requerida para gozar efectivamente de todos sus derechos. Es entonces cuando el derecho al trabajo, conjuntamente con el derecho humano a la libre circulación de las personas, cobra importancia pues representa el derecho de los seres humanos a buscar y conseguir mejores condiciones de vida. El orden jurídico internacional ha denominado trabajadores migratorios a las personas que salen de su lugar de origen hacia otro territorio con la finalidad de conseguir trabajo.

Pese a lo anterior, en el mundo actual los hombres y las mujeres no gozan de un derecho universal al trabajo, pues las restricciones migratorias que los países más ricos del mundo imponen a aquellas personas que nacieron en los territorios de los países pobres, obstruyen el ejercicio del derecho humano al trabajo de estas personas.

Ahora bien, aquí es necesario recordar la fórmula que señala "la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justo y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales". Así pues, el principio de igualdad jurídica se traduce en una exigencia de fundamentar razonablemente los juicios de valor que son necesarios al momento de conectar determinada situación —con exclusión de otras

⁹⁴ Cfr. Prieto Sanchís, Luis.- "Los derechos sociales y el principio de igualdad" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 25.

situaciones- a cierta consecuencia jurídica. Por lo tanto, existe discriminación cuando la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por "carecer de una justificación objetiva y razonable". El deber de justificación pesa sobre el tratamiento jurídico desigual de las personas⁹⁵.

En este sentido, el trato desigual que se establece respecto a los seres humanos para que ejerzan su derecho al trabajo en virtud de su lugar de nacimiento —es decir, de la nacionalidad— no parece una base ni objetiva ni razonable para la diferenciación en el trato en lo tocante a las restricciones migratorias relativas al derecho al trabajo. El argumento último que se esgrime por los gobiernos para establecer cualquier tipo de restricciones migratorias consiste en el concepto de la "soberanía del estado", es decir, el derecho que tiene un estado para regular todas aquellas materias que se considera que caen dentro del ámbito de su jurisdicción interna.

Respecto al concepto de soberanía y al tema de las restricciones migratorias como facultades incontestables del gobierno frente a los derechos humanos se dedicará el capítulo 2 del presente trabajo.

⁹⁵ Cfr. Prieto Sanchís, Luis.- "Los derechos sociales y el principio de igualdad" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 31-36

CAPÍTULO 2: CONCEPTOS BÁSICOS DE MIGRACIÓN

El mundo no ha visto nada sagrado en la desnudez abstracta de un ser humano...Parece como si un hombre que no es más que un hombre haya perdido precisamente las cualidades que les permiten a los demás tratarlo como a su semejante.

(H. Arendt, El imperialismo)

2.1 Nacionales y extranjeros

Tal como quedó anotado en el capítulo precedente, en la actualidad existe un trato diferenciado en el derecho humano al trabajo: una persona es libre de ejercer su derecho al trabajo en un estado siempre y cuando sea ciudadano (nacional¹) de ese estado, por lo tanto, los no ciudadanos —o sea, los extranjeros— encuentran limitaciones para ejercer su derecho al trabajo. Por ello, es necesario expresar lo que se entiende por nacional y lo que se entiende por extranjero puesto que en esas dos categorías se divide a los seres humanos, rompiendo con ello el principio de igualdad.

Pese a que puede sonar a perogrullada, es nacional de un estado todo aquel que tenga la nacionalidad del mismo. Jurídicamente, la nacionalidad ha sido definida por Batiffol como “la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado”² y por Niboyet como “el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con el Estado”³.

¹ Como la nacionalidad se define generalmente como el vínculo jurídico-político que se establece entre un estado y un individuo que hace a ese individuo miembro de una comunidad política y por consiguiente parte integrante de la competencia del estado, los textos de derecho internacional público contemporáneo, en materia de derechos humanos, tienden a asimilar la nacionalidad y la ciudadanía. Cfr. Lafer, Celso.- *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*- Fondo de Cultura Económica.- México, D.F.- 1994.- pg. 156. Por ello, en este capítulo se usarán los términos *nacional* y *ciudadano* indistintamente.

² Cfr. Pérezleto Castro, Leonel.- *Derecho Internacional Privado*- 6ª edición.- Editorial Harla.- México, D.F.- 1997.- pg. 32.

³ Cfr. San Martín y Torres, Xavier.- *Nacionalidad y extranjería*- Editorial Mar.- México, D.F.- 1954.- pg. 9.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este vínculo que relaciona a una persona con un estado es a su vez origen y garantía de derechos y obligaciones (como el deber de lealtad) del individuo para con la organización política de que se trate. La ciudadanía, por consiguiente, es un conjunto de derechos y obligaciones para aquellos que estén incluidos en la lista de miembros de la nación⁴. La cuestión de fondo consiste entonces en establecer quién es, o puede ser, miembro de la comunidad y quién no, para en consecuencia, reconocerles derechos —como el derecho al trabajo— o negárselos.

Ahora bien, la doctrina establece que la nacionalidad puede ser de dos tipos: nacionalidad de origen y nacionalidad adquirida⁵. La nacionalidad de origen es en doctrina aquella que se adquiere al momento de nacer. Para determinar la nacionalidad de origen imperan dos sistemas clásicos, el *ius sanguinis* y el *ius soli*. Según el primer sistema un individuo puede tener la nacionalidad de sus padres, en este caso, la nacionalidad se otorga apelando al vínculo de sangre. Mediante el segundo sistema se apela al lugar de nacimiento como base para otorgar la nacionalidad, la nacionalidad se establece conforme al suelo en donde se nace⁶.

Por su parte, la nacionalidad adquirida es la nacionalidad que el individuo obtiene con el concurso expreso de su voluntad. En este caso, el individuo debe de cumplir con una serie de requisitos —entre los que se encuentran generalmente un número determinado de años de residencia, la comprobación de medios propios para subsistir, etc.— establecidos por el poder público del país al que desea pertenecer para obtener la nueva nacionalidad. La palabra que

⁴ Cfr. Dahrendorf, Ralf. "Incorporarse a la ciudadanía" en Gaceta Mexicana de Administración Pública y Municipal.- Número 58.- Diciembre de 1997.- México, D.F.- pg. 30.

⁵ Cfr. Duncker Biggs, Federico.- *Derecho internacional privado. Parte general*. 2ª edición.- Editorial Jurídica de Chile.- Santiago de Chile.- 1956.- pg. 171 y ss.

⁶ Etimológicamente, el vocablo nacionalidad proviene de nación (*natio* en latín), palabra que a su vez proviene del verbo nacer (*nasci* en latín).

generalmente se ha utilizado para referirse a este tipo de adquisición de la nacionalidad es el de *naturalización* a la cual se le puede definir como "el término empleado para designar el acto de adquirir una ciudadanía o nacionalidad de un Estado dentro de cuyos límites no se ha nacido"⁷.

Por lo que se refiere a los extranjeros hay que señalar que, de inicio, el vocablo extranjero⁸ hace referencia a aquello que es extraño, externo, extra, que no pertenece. Incluso jurídicamente los extranjeros son definidos en términos de exclusión, de separación. Niboyet decía en sus Principios de Derecho Internacional Privado que "...los individuos se dividen en dos categorías: los nacionales y los no nacionales o extranjeros..." y que el objeto de dar o establecer un concepto de nacionalidad es precisar tal separación⁹. Es extranjero quien no pertenece al grupo, quien no es ciudadano, quien no es miembro de la comunidad nacional¹⁰.

De este modo, la ciudadanía se muestra como un concepto de clausura o cierre social: el universo social, jurídico y político queda perfectamente escindido en dos categorías, según aparezca o no la condición de ciudadanía. Esta distinción entre hombre y ciudadano ha penetrado hasta tal punto en la cultura jurídico-política que parece "natural" la no igualdad jurídica entre esas dos categorías. La manifestación más importante de lo anterior es la creación de una condición jurídica distinta —en realidad, de segunda clase— para el extranjero¹¹, en la cual el extranjero tiene derechos, pero no todos los derechos: el extranjero tiene derecho a la libertad personal, pero no puede libremente ejercer su derecho al trabajo, el extranjero tiene derecho a la libertad de circulación, siempre y cuando sea admitido en primer lugar por las

⁷ Cfr. San Martín y Torres, Xavier.- *Nacionalidad y extranjería*. Op. Cit. pg. 45.

⁸ La palabra extranjero proviene del francés antiguo *estranger* que deriva a su vez del latín *extranearius*, de *extraneus*, extraño.

⁹ Cfr. Vital Adame, Oscar, *Derecho migratorio mexicano*. - 3ª edición.- Universidad Anáhuac del Sur-Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.- México, D.F.- 1999.- pg. 47.

¹⁰ O de la comunidad supranacional, como sucede en el artículo 1 del Convenio de Schengen: el extranjero hoy, en la Unión Europea, es el no comunitario.

¹¹ Cfr. De Lucas, Javier.- *El diseño de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*.- Ediciones Temas de Hoy.- Madrid, España.- 1994.- pgs. 130, 131 y 153.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

autoridades fronterizas de un estado, el extranjero tiene derecho a la libertad religiosa pero no derecho al voto, y así sucesivamente.

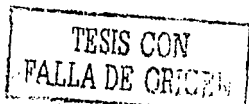
Como se puede apreciar, el problema del concepto de nacionalidad (o de ciudadanía, equiparado para los efectos) que hoy se sigue manejando, es que el mismo se ha estancado en el modelo de finales del siglo XVIII¹² cuyo fundamento opera en base al no reconocimiento del otro¹³, en la negación de la calidad de personas, de plena dignidad y pleno derecho, a todos aquellos que no hayan nacido dentro del *territorio de* o que no hayan sido hijos de aquellos *pertenecientes a* la organización sociopolítica (para comprobar esto basta revisar el trato que se la ha dado al extranjero).

Pero para entender la justificación del concepto de ciudadano en los términos del dieciocho hay que recordar su origen y evolución. En el mundo moderno, en el ámbito de la civilización occidental, hasta las Revoluciones estadounidense y francesa, prevaleció principalmente el principio de la legitimidad monárquica, tanto en el plano interno como en el internacional. Debido a la influencia del fenómeno revolucionario, ese principio fue sustituido por el de la legitimidad popular, que cortó el vínculo dinástico en la relación entre gobernantes y gobernados. Debido a este corte, inspirado principalmente por la Revolución francesa, el "Viva la nación", tomó el lugar de "Viva el rey", colocándose a la nación divinizada en el trono del monarca absoluto¹⁴. A su vez, la idea de la voluntad única de la nación dio origen a la postulación de la coincidencia entre estado y nación, que desplazó del rey a la nación el criterio

¹² Pese a que en ocasiones se quiere ver rasgos "nacionales" en las organizaciones de la antigüedad, el estado nacional moderno no aparece en la historia de la Humanidad sino hasta el siglo XVIII, con el advenimiento al poder de la clase burguesa y bajo el auspicio ideológico de las teorías elaboradas por los filósofos políticos de ese siglo -Rousseau y Montesquieu- y de siglos anteriores -Hobbes y Locke (siglo XVII), Bodino (siglo XVI) y Maquiavelo (siglo XV)-. Cfr. McClelland, J.S.- *A history of western political thought*.- Routledge.- Nueva York, Estados Unidos.- 1996.- principalmente partes IV y V.

¹³ El otro en el sentido de otredad que utiliza Octavio Paz.

¹⁴ Cfr. Lafer, Celso.- *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. Op. Cit. pg. 155.



de lealtad y el vínculo de una nación en relación con el estado. Con base en ese vínculo que se presupone dotado de permanencia y continuidad se distinguió en el ámbito de un estado al nacional del extranjero, fundamentándose también en este nexo la competencia personal del estado en relación con sus nacionales más allá de sus fronteras¹⁵.

Después de las Revoluciones estadounidense y francesa, el término nación se fue aplicando cada vez más a la organización política del *populus*, identificándose con el estado, y ese fue el origen del principio contemporáneo de autodeterminación de los pueblos. A partir de ese punto, el concepto de nación, en cuanto a criterio de estructuración de la comunidad política, se intentó fundamentar en una tesis que se basa en la comunidad del territorio, en la identidad de la lengua, en la identidad de cultura y en la identidad u homogeneidad de la raza, sin tomar en cuenta la adhesión voluntaria de los individuos —de ahí derivan el pangermanismo, el paneslavismo y el racismo como formas de discurso del poder político¹⁶. En el siglo XIX el patrón de "normalidad" en el campo político, era la distribución en escala mundial, de los individuos entre los estados de los que eran nacionales. El concepto de soberanía popular se afianza y se liga al del ciudadano, integrante del pueblo, que lo sustenta.

Ahora bien, dentro del concepto de soberanía¹⁷ (y consecuentemente de los de nación y de estado) se incrustó el mito de la homogeneidad, según el cual, la legitimidad democrática se basa en la presunción de la existencia de la comunidad de ciudadanos. Pese a ello lo cierto es que esa comunidad no ha sido natural nunca, y De Lucas nos recuerda que "...allí donde se ha

¹⁵ Cfr. Lafer, Celso.- *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. Op. Cit. pg. 156.

¹⁶ Esta es la teoría alemana del nacionalismo, en la síntesis de Charles Rousseau, también llamada teoría "objetiva". Por su parte, la teoría franco-italiana de la nación —con autores como Madame Staël, Mancini y Renan— destaca la dimensión de la elección de los individuos al privilegiar la conciencia que los hombres tienen de formar un grupo diferenciado de grupos similares. Ambas teorías se desarrollaron en el siglo XIX. *Ibidem*. pg. 158.

¹⁷ El concepto de soberanía, inculcionado en gran medida, será analizado separadamente y con más detenimiento en el apartado 2.4 del presente trabajo.

presentado como el desarrollo de una comunidad natural [la comunidad de ciudadanos], es decir, como el desarrollo del vínculo que crean las identidades primarias ("naturales"), como las construidas sobre la comunión en torno a la raza, la religión, la lengua, la sangre, el suelo, la tradición, eso ha significado siempre la exclusión de los otros, la eliminación o el sometimiento de quienes no comparten esas identidades y a esa regla respondió el proceso de la creación de los Estados nacionales..."¹⁸.

Lo anterior es así porque, fundamentalmente, el nacionalismo es un principio que sostiene que debe haber coincidencia entre la unidad nacional y la política. El nacionalismo es una teoría de legitimidad política que prescribe que los límites étnicos no deben contraponerse a los políticos, y especialmente que no deben distinguir a los detentadores del poder del resto dentro de un estado dado¹⁹. Por lo que el poder político le otorgará plenitud de derechos sólo a los integrantes de la "unidad" étnica nacional, a quienes reconoce como únicos elementos del conglomerado social. Pero las nacionalidades son en realidad el producto de las fuerzas vitales de la historia y es sólo desde finales del siglo XVIII y principios del XIX en Europa y América, y del XX en Asia y África, cuando los pueblos se identificaron con la nación y la civilización con la civilización nacional. A partir de ese momento el nacionalismo dominó los impulsos y las actitudes de las masas y, al mismo tiempo, sirvió de justificación a la autoridad del estado y a la legitimación del uso de la fuerza contra los individuos que habitaban en su territorio y contra otros estados²⁰.

¹⁸ Cfr. De Lucas, Javier. "Por qué son relevantes las reivindicaciones político-judiciales de las minorías. Los derechos humanos en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" en Carbonell, Miguel; Cruz Parvero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 263.

¹⁹ Cfr. Gelner, Ernest.- *Naciones y nacionalismo*. Editorial Patria- Alianza Editorial.- México, D.F.- 1991.- pg. 14.

²⁰ Cfr. Kohn, Hans.- *El nacionalismo. Su significado e historia*. Editorial Paidós.- Buenos Aires, Argentina.- 1966.- pgs. 11-14.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De este modo, un individuo pertenece a un pueblo, tiene una nacionalidad y es ciudadano de un estado. Lo que a su vez implica que el estado sólo ampara a sus nacionales (ciudadanos), responde por su pueblo y ese pueblo sólo alberga a sus individuos. Lo que hace perder de foco con facilidad el hecho de que *no existen naciones homogéneas, inmutables y eternas*, es decir, no hay comunidades políticas modernas en las que *todos* sus integrantes hayan nacido en el mismo suelo, o hayan provenido de los mismos ancestros comunes (en el sentido de ancestro nacional, claro está). Un estado, en el mundo real, puede estar constituido por varios pueblos, por minorías étnicas, lingüísticas y culturales y por extranjeros. Con lo que el mito de la identidad que permite establecer con facilidad quién forma parte de la comunidad se desbarata, dando pie a la pregunta de por qué se mantiene hoy en día un trato diferenciado en el reconocimiento de derechos entre extranjeros y ciudadanos, es decir, por qué sólo los ciudadanos de un estado pueden trabajar en él.

El modelo de ciudadanía que hoy sostenemos ha perdido su condición de *exclusión justificada*²¹ -pues su tradicional justificación se revela hueca- en las dos dimensiones de ciudadanía, es decir, tanto en lo relativo a la no atribución de determinados derechos a quienes no son ciudadanos, como en lo relativo a la negativa del reconocimiento al extranjero de miembro de la comunidad política. Actualmente, ese carácter de la ciudadanía aparece de manera más obvia como un privilegio injustificable y no únicamente por razones derivadas de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²¹ El modelo de ciudadanía como requisito para el reconocimiento de derechos en un estado, originado en el XVIII, desarrollado en el XIX, a principios del XX ya presentaba fallas lamentables, basta recordar el caso de los apátridas quienes se vieron privados de protección jurídica de cualquier especie por el hecho de no ser nacionales de ningún estado. Estos seres humanos no tenían derechos por el simple hecho de que ningún estado los reconocía como sus nacionales. Al respecto véase Lafer, Celso.- *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. Op. Cit. principalmente la segunda parte del libro.

una ética universalista sino sobre todo por las transformaciones de la realidad social a la que sirven las categorías jurídicas y políticas²².

Como acertadamente señala De Lucas: "...es un escándalo que la condición de nacimiento pueda esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos (como la salud, la educación, la asistencia letrada), que, sin embargo, son condicionados hoy en no pocos países a un trámite administrativo (los 'papeles'), por importante que éste [derecho] sea"²³. Habrá que mencionar también al derechos al trabajo.

Igualmente resulta muy debatible el segundo elemento de la ciudadanía, la condición de miembro de la comunidad política, por más que esta idea parezca un principio incuestionable, una de las instituciones "naturales" en las que la dogmática, paradójicamente, aún cree. Si la ciudadanía, como escribe Negri, es "la capacidad política colectiva de constituir el espacio público, la condición de miembro de poder constituyente", si la ciudadanía es sobre todo, como explica Balibar, la pertenencia a la "comunidad libre de iguales"²⁴, entonces cómo se puede justificar la exclusión de esa comunidad a quienes llegan a ella en otro momento desde otro lugar. La única forma posible sería mediante el argumento de la existencia de un origen común prepolítico definido por identidades primarias (sean étnicas, religiosas, lingüísticas, etc.). Sin embargo, qué sucede cuando se descubre que no hay tal origen común, que las identidades primarias no han existido como elemento de unidad. El argumento se desvanece, la justificación se pierde. Nuevamente, De Lucas vislumbra que, aún en el supuesto de que

²² Cfr. De Lucas, Javier.- "Por qué son relevantes las reivindicaciones político-jurídicas de las minorías. Los derechos humanos en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" en Carbonell, Miguel; Cruz Parcerro, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 269.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Iguales desde la diferencia. No iguales desde la identidad*.

hubiese existido una única comunidad nacional, etnocultural, se puede llegar a la convicción de que ese es un dato irrelevante desde el punto de vista de los actuales procesos de identificación, y más irrelevante aún como instancia justificatoria de la atribución de la condición de miembro de la comunidad política como para privilegiarla por encima de la voluntad y del consenso²⁵.

Si de por sí la visión tradicional de la ciudadanía, que convierte a la ciudadanía en un privilegio y en requisito previo para el goce de derechos resulta peligrosa, más peligroso resulta aún el hecho de que esta óptica está empezando a provocar que los derechos fundamentales (trabajo, asistencia sanitaria, seguridad social, vivienda, escolaridad) empiecen a ser advertidos como privilegios y no como tales derechos por parte de la clase trabajadora autóctona de los estados –ciudadanos-, de forma que su extensión a los extranjeros es percibida como razón necesaria de su puesta en peligro y así, se fomenten institucionalmente la xenofobia y el racismo²⁶.

Y es que hay que recordar que el problema no es tanto de fronteras, cuanto de diferencias sociales y económicas, que tienen como elemento de fácil identificación (de simplificación o de cobertura) las diferencias étnicas y culturales, como paradigma de la diversidad visible, pues siguiendo el análisis de Sami Nâir, la cuestión que se nos presenta en términos simplistas como conflicto étnico o cultural, es también y sobre todo la cáscara vacía que encierra problemas de orden socioeconómico²⁷. En efecto, si en verdad se analizan las relaciones y las diferencias entre los conflictos predominantemente raciales que se plantearon en la Europa de los 30's y en la actual, es fácil observar un elemento común: se disfraza un

²⁵ Cfr. De Lucas, Javier.- "Por qué son relevantes las reivindicaciones político-jurídicas de las minorías. Los derechos humanos en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 270.

²⁶ Cfr. De Lucas, Javier.- *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Op. Cit. pg. 136.

²⁷ *Ibidem*. pg. 157.

problema de desplazamiento social y de crisis económica y política bajo la fachada de la quiebra o puesta en peligro de la identidad nacional por la presencia de una o varias minorías étnicas. Así en la crisis económica que se presentó en Alemania en los años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, se identificó al grupo judío como chivo expiatorio, causante de todos los males económicos de ese país. Actualmente, los "causantes" de cualquier tipo de malestar económico y social imaginable en la Europa del siglo XXI son los inmigrantes indocumentados (sean turcos, árabes, centroafricanos, latinoamericanos, etc.), el mismo patrón de argumentación se puede encontrar en los Estados Unidos²⁸.

Finalmente, se puede decir que el cambio en la situación del extranjero, el hecho de que no exista un tipo de extranjero, la transformación de los flujos migratorios, determinan cada vez más la presencia estable de no ciudadanos que contribuyen con su trabajo, su identidad, su participación, al sostenimiento de la vida pública de las sociedades, por qué negarles los derechos que corresponden a esa situación²⁹.

²⁸ Recuérdese la ominosa propuesta 187 del infame gobernador de California, Pete Wilson.

²⁹ Cfr. De Lucas, Javier. "Por qué son relevantes las reivindicaciones político-jurídicas de las minorías. Los derechos humanos en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 269.

2.2 Migración

En realidad, la migración es simplemente el fenómeno de desplazamiento de los seres humanos a través de las regiones del planeta. A diferencia de las nacionalidades, las cuales tienen un origen relativamente reciente dentro de la historia de la Humanidad, el fenómeno migratorio acompaña al ser humano desde que la especie apareció en la Tierra³⁰. La raza humana ha mantenido a través de toda su historia una gran movilidad. De hecho, la prehistoria de la población aparece planteada en términos de migraciones, lo mismo que su historia está integrada por una sucesión de migraciones³¹.

Los motivos que explican el por qué los seres humanos se mueven de un lugar a otro son variables: búsqueda de mejores climas, de suelos más fértiles, afanes colonizadores, expansión del comercio, persecuciones, extracción forzosa del lugar de origen, etc., que se pueden agrupar en dos grandes grupos de motivaciones: las económicas y las económico-políticas. Uno de los motivos que han estado siempre presentes en la historia de las migraciones es la búsqueda de mejores condiciones de vida, por lo que la motivación económica ha sido fundamental en el desarrollo del proceso migratorio.

La migración se clasifica a su vez en inmigración y emigración donde, teniendo como referencia un territorio, se llamará inmigración al movimiento de personas hacia el interior de ese territorio y al movimiento de personas hacia fuera de ese territorio emigración.

³⁰ Recuérdese que las teorías científicas más recientes apuntan hacia África como el lugar de origen de la raza humana de donde el ser humano se dispersó hacia todas las regiones de la Tierra. Cfr. Blij, H. J.- *Human geography. Culture, society and space*. 4ª edición.- John Wiley & Sons.- Nueva York, Estados Unidos.- 1993.- pg. 51.

³¹ Cfr. Dollo, Louis.- *Las migraciones humanas*. Oikos-Tau Ediciones.- Barcelona, España.- 1971.- pg. 11.

Las formas más antiguas de migraciones de las que se tienen relato³² aparecieron en forma de invasiones y colonizaciones. Así, antes de Cristo, los hiksos invadieron Egipto (s. XXI a.C.), los filisteos ocuparon Palestina (s. XIII a.C.), los escitas penetraron en el Asia menor (s. VI a.C.). Las invasiones griegas del siglo XI al VII a.C. repercutieron en toda la región mediterránea.³³ Estas corrientes invasoras implicaban igualmente procesos colonizadores en el mundo antiguo, los fenicios se extendieron por todo el Mediterráneo llegando hasta el Atlántico, los cartagineses colonizaron el norte de África y llegaron al Golfo de Guinea, los egipcios se extendieron por África del Norte y la Península Arábiga, una vez asentados en el Mediterráneo los griegos florecieron en la región y con Alejandro el Magno llegaron a conquistar todo el imperio persa, los romanos se expandieron y controlaron prácticamente todo el territorio de Europa llegando hasta Asia y África del Norte³⁴.

Durante la Edad Media³⁵, los hunos invadieron Europa, la India y China en los siglos IV y V d.C. En el siglo IX, Europa fue invadida por los vikingos, los tártaros y los magiares. En el siglo XIII, Gengis Khan extendió el imperio mongol por Rusia y China³⁶. Del Asia interior, partieron para difundirse por el norte de África, los árabes quienes, bajo la forma de una oleada beréber llegaron hasta el sudoeste de Europa. Posteriormente, mediante las Cruzadas, los europeos se desplazaron hacia el Oriente³⁷. Desde Asia parten las migraciones malayas que a lo largo de quince siglos condujeron al poblamiento de las islas de Melanesia, Polinesia y el Océano Índico. Al interior de los continentes asiático, africano y americano las migraciones también fueron intensas: en África se dan las migraciones de los bantúes, en

³² Estos relatos provienen de libros tan antiguos como la Biblia (hebreo), el Vendidad-Sadé (persa), los relatos de los historiadores griegos, como Herodoto y Tucídides, y romanos como Tito Livio y César.

³³ Cfr. Dollot, Louis.- *Las migraciones humanas*. Op. Cit. pg. 16.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Comprendida, de hecho, entre dos grandes series de invasiones, las germánicas y las turcas, las cuales con mil años de intervalo provocaron la caída de los imperios romanos de Occidente y de Oriente respectivamente.

³⁶ Cfr. Borrie, W.D.- *Historia y estructura de la población mundial*. Ediciones Istmo.- Madrid, España.- 1970.- pg. 141.

³⁷ Cfr. Dollot, Louis.- *Las migraciones humanas*. Op. Cit. pg. 21.

América se presentan migraciones de los pieles rojas, de los mayas, de los aztecas, en Asia al interior de la Muralla China hay incesantes desplazamientos³⁸.

El arribo de los europeos al continente americano en el siglo XV provocó la migración colonizadora europea a partir del siglo XVI. La colonización de América dio origen también al infame tráfico de esclavos que los europeos practicaron desde el siglo XVII hasta el XIX. Esta repugnante práctica significó el primer movimiento migratorio forzoso de gran escala en la edad moderna y ocasionó el desplazamiento de más de 15 millones de africanos de su lugar de origen por medio de la violencia³⁹.

La etapa moderna de las migraciones se inicia en el siglo XIX y atraviesa diversas fases hasta la actualidad. Marcándose en el siglo XX la aparición de las primeras restricciones al libre tránsito de personas en la historia de la Humanidad.

El siglo XIX y el comienzo del XX (1915) se caracterizan por un importante flujo migratorio, que desde Europa se dirige hacia América y en mucho menor medida a África y Oceanía. A lo largo de todo el XIX, alrededor de 65 millones de europeos se trasladaron en grandes oleadas y de forma libre a Estados Unidos y Latinoamérica. A América del Norte acudieron preferentemente irlandeses, británicos germanos y escandinavos, y a América Latina, españoles, portugueses e italianos. En su mayoría estos emigrantes eran de origen rural y no contaban con algún tipo de calificación profesional.

³⁸ Cfr. Dollot, Louis.- *Las migraciones humanas*. Op. Cit. pg. 21.

³⁹ Practicaron la trata de esclavos los españoles, los portugueses, los holandeses y los ingleses, éstos últimos obtuvieron en el siglo XVIII, mediante el tratado de Utrech, el monopolio de la práctica. La abolición del comercio de esclavos ocurrió en el año 1865. Cfr. Borrie, W.D.- *Historia y estructura de la población mundial*. Op. Cit. pg. 143.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En 1918, al finalizar la Primera Guerra Mundial, se modificó por vez primera el fenómeno migratorio a nivel mundial, pues los estados empezaron a limitar la libertad de circulación que hasta entonces había disfrutado el individuo. Un hecho que ilustra esta situación es la difusión de los pasaportes y de las visas, que antes de la Primera Guerra Mundial no eran usuales, pues las personas cruzaban las fronteras y permanecían en los países de los que no eran nacionales sin mayores problemas de documentación⁴⁰. Con la expedición de documentos migratorios, aparecen las migraciones documentadas y las indocumentadas. A partir de entonces, las limitaciones políticas y no las barreras naturales se convertirían en el principal obstáculo para el libre movimiento de las personas.

El periodo comprendido entre las dos Guerras Mundiales es de recesión en los movimientos migratorios intercontinentales, ocasionado obviamente por la situación de conflicto (que originó la migración de las poblaciones desplazadas y el fenómeno de los refugiados a gran escala) y porque se extiende la política de restricción a la inmigración⁴¹. Además, desde los inicios de los años treinta se generaliza la crisis económica, que supone un freno mayor a la inmigración.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en 1950 se incrementó la migración de población tanto del interior como del exterior de los estados industrializados, debido principalmente a la recuperación económica que provoca un incremento en la producción, el consumo, los salarios y la necesidad de mano de obra⁴². Desde entonces la principal tendencia

⁴⁰ Cfr. Lafer, Celso.- *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hernán Arévalo*. Op Cit. pg. 161.

⁴¹ Cuyo más clamoroso exponente fueron las leyes de cuotas implantadas en Estados Unidos, Canadá y Australia en los años veinte seguidas más tarde por algunos países latinoamericanos.

⁴² Cfr. Aguilera Arzalla, Ma. José.- *Geografía general II (Geografía humana)*.- Universidad Nacional de Educación a Distancia.- Madrid, España.- 1991. pg. 112.

de migración internacional ha sido el aumento de los movimientos de trabajadores temporales en busca de mejores niveles económicos de existencia⁴¹.

El desarrollo tecnológico e industrial experimentado en Europa y Estados Unidos, a partir de la década de 1950 y hasta nuestros días, y la consiguiente mejora en las condiciones de sus economías; la implementación del sistema de libre mercado a nivel internacional durante los años 70's y 80's; el afianzamiento a nivel mundial del sistema de economía global durante los 90's; el desmembramiento del bloque económico-político socialista a partir de 1989 con la caída del Muro de Berlín; la creciente disparidad económica ocasionada por la globalización económica-comercial aunada al desempleo en las regiones más pobres del planeta, han sido factores de una fuerte presión social que incrementa la migración internacional de trabajadores en busca empleo en las regiones económicamente favorecidas de la Tierra.

La tendencia migratoria más importante en la actualidad es la migración de trabajadores, la cual ocurre como consecuencia de la disparidad económica tan grande que existe entre regiones del planeta tan próximas. Esta migración ha intentado ser detenida por los poderes políticos de los países ricos mediante la implementación de regulaciones migratorias que impiden el paso de los seres humanos que provienen de los países pobres. La libertad de movimiento del ser humano es coartada por políticas migratorias muy cuestionables.

⁴¹ Cfr. Salt, John.- *Migration and population change in Europe*.- Organización de las Naciones Unidas.- Nueva York, Estados Unidos.- 1993, pg 1.

2.3 ¿Qué se entiende por política migratoria?

Las políticas migratorias pueden ser definidas como la serie de criterios que el gobierno de un estado adopta para permitir o impedir el flujo de personas dentro de su territorio a través de sus fronteras. En principio, es generalmente sostenido que cada estado puede decidir quién debe ser admitido en su territorio y quien debe ser rechazado, a quién se le dará permiso de dejar el territorio y a quién no⁴⁴. De cualquier modo, actualmente, aun cuando se reconoce que los estados pueden regular y controlar el movimiento de personas a través de sus fronteras también está establecido que este control no puede ser arbitrario⁴⁵.

Como se dijo en el apartado 2.2, este control ejercido por los gobiernos estatales no estuvo presente desde el surgimiento de los estados nacionales. Todavía en la segunda mitad del siglo XIX no existía una política migratoria en la mayor parte de los estados. En Europa, desde España hasta Rusia, uno podía viajar sin la necesidad de pasaporte o de visa⁴⁶. Después de la Primera Guerra Mundial, muchos estados empezaron con la práctica de imponer restricciones y controles a los movimientos migratorios de personas. Estas restricciones fueron aligeradas por algunos estados después de la Segunda Guerra Mundial. En general, las guerras, las tensiones internacionales, las disparidades en el nivel de desarrollo económico de los estados y los estándares de vida, y las diferencias en los regímenes sociopolíticos contribuyeron

⁴⁴ Cfr. Sohn, Louis B. y Buergenthal, Thomas (editores).- *The movement of persons across borders*.- The American Society of International Law.- Washington D.C., Estados Unidos.- 1992.- pg. 2.

⁴⁵ Al respecto se hablará en el apartado 2.5 del presente trabajo.

⁴⁶ Antes de 1914 ningún país, excepto la Rusia zarista, acostumbraba expedir pasaportes, los cuales eran vistos en aquella época como una marca del gobierno tiránico. Cfr. Lafer, Celso.- *La reconstrucción de las derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hansab Arendt*. Op. Cit. pg. 162. Anteriormente, en 1791 un revolucionario francés, llamado Peuchot, consideraba el pasaporte como una deformación policíaca, una expresión de la tiranía que privaría a los hombres de su derecho a respirar el aire que prefiriesen. Cfr. Turack, Daniel.- *The passport in international law*.- Lexington Books.- Lexington, Massachusetts, Estados Unidos.- 1972.- pg.- 18.

al aumento de las restricciones sobre el desplazamiento de las personas a través de las fronteras de los estados⁴⁷.

Ahora bien, el poder de los gobiernos estatales para establecer sus políticas migratorias, regulando y controlando los movimientos fronterizos de personas, ha sido visto, a partir de fines del siglo XIX, por la doctrina y en la práctica, como un atributo de la soberanía de los estados⁴⁸.

El artículo 1 de la Convención Interamericana Relativa al Estatus de los Extranjeros en los Respectivos Territorios de las Partes Contratantes de 1928 establecía el derecho de los estados a establecer sus políticas migratorias: "[L]os Estados tienen el derecho de establecer mediante leyes las condiciones bajo las cuales los extranjeros pueden entrar y residir en su territorio". Anteriormente, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos había declarado en 1892 al fallar en el caso *Nishimura Ekiu v. United States* [142 U.S. 651, (1892)]: "Es una máxima aceptada en el derecho internacional que cada nación soberana tiene el poder, inherente a su soberanía y esencial para su preservación, de prohibir la entrada de extranjeros dentro de sus dominios o, de admitirlos únicamente en aquellos casos y bajo aquellas circunstancias que se ajusten a lo prescrito"⁴⁹.

Según esto, el poder de negar o regular la entrada a los extranjeros es una prerrogativa de la soberanía territorial, por la cual, en principio, el ejercicio del derecho de acceso se subordina a la concesión de una autorización otorgada por el gobierno de un estado al

⁴⁷ Cfr. Sohn, Louis B. y Buergenthal, Thomas (editores).- *The movements of persons across borders*. Op. Cit. pg. 2.

⁴⁸ Sobre el aspecto de la soberanía se hablará en el siguiente apartado.

⁴⁹ Cfr. Sohn, Louis B. y Buergenthal, Thomas (editores).- *The movements of persons across borders*.- Op. Cit. pg. 4.

individuo, la cual encuentra generalmente su expresión en la inserción de un visado de entrada y de permanencia en el pasaporte del interesado⁵⁰. Asimismo, para otorgar la autorización, el estado puede establecer condiciones y formalidades que deben de ser cubiertas por el extranjero que desee entrar a su territorio. No obstante las condiciones establecidas por los gobiernos no pueden ser arbitrarias y deben de cubrir una serie de requisitos que las justifiquen.

Derivado de los requisitos que pueden ser establecidos por los gobiernos, éstos suelen clasificar a las personas en diversos tipos de migrantes, utilizando para ello varios parámetros. Así, si se utiliza el parámetro de la nacionalidad del migrante se tienen 4 tipos de movimientos migratorios: a) ciudadanos que abandonan el estado del cual son nacionales, b) extranjeros que abandonan un estado del cual no son nacionales, c) ciudadanos que regresan a su estado de origen y d) extranjeros que intentan ingresar a un estado del cual no son originarios⁵¹.

Otros parámetros utilizados son: el propósito del movimiento o la duración de la estancia programada. Hay estadías temporales y estadías con propósitos de inmigración (propósito de residencia). Las estadías que no tienen propósito de residencia se clasifican generalmente en 4 grandes grupos: a) turismo, b) estudio, c) negocios y d) trabajo.

Asimismo, derivado de los conflictos bélicos y las persecuciones políticas y derivado de su particular situación, se les otorga un tratamiento jurídica especial a los refugiados y asilados en la mayoría de las legislaciones estatales⁵².

⁵⁰ Cfr. Rigaux, Francois.- *Derecho internacional privado. Parte general*.- Editorial Civitas.- Madrid, España.- 1985.- pg. 151.

⁵¹ Cfr. Sohn, Louis B. y Buergenthal, Thomas (editores).- *The movements of persons across borders*. Op. Cit. pg. 13.

⁵² Pese a la importancia del fenómeno migratorio de los refugiados y los asilados, no se hablará de ellos en este trabajo, pues de hacerlo se excedería ampliamente los límites del mismo.

La relevancia de las políticas migratorias radica en que bajo el argumento de la soberanía, aún hoy en día, los gobiernos pueden determinar, de un modo más o menos arbitrario⁵³, quién entra y quién no al territorio del estado, y no sólo eso, además derivado de las clasificaciones en las que son separados los inmigrantes, aparece una creencia difundida entre los gobiernos: el gobierno de un estado puede imponer reglas más estrictas de admisión para los extranjeros que ingresan a su territorio con el propósito de trabajar. En la actualidad, con el régimen internacional de derechos humanos que se ha desarrollado en el planeta, el argumento de la soberanía no puede ser más una carta blanca para los gobiernos estatales. Los criterios que estos gobiernos establezcan deben sujetarse a un proceso de justificación razonable, el argumento de que se pueden establecer los criterios en razón de "los mejores intereses del estado" es insostenible. En la práctica de hoy, los gobiernos de los países ricos facilitan el ingreso a través de sus fronteras a ciudadanos de países ricos, como en el caso de la Unión Europea, y ponen una mayor serie de restricciones a los ciudadanos de los países pobres, muchas veces sin siquiera justificarlo. La política migratoria además de discriminatoria, genera los que Habermas ha denominado el "chauvinismo del bienestar"⁵⁴.

⁵³ En el pasado el criterio de admisión era totalmente arbitrario e incontestable y para verificar esto véase el punto 3.1 del presente trabajo.

⁵⁴ Cfr. Carbonell, Miguel. *La constitución en serie. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Op. Cit. pg. 32.

2.4 ¿De dónde proviene el “derecho” de los estados para establecer sus políticas migratorias?

Se ha visto que los gobiernos estatales fundan su capacidad de establecer políticas migratorias en base a su “soberanía”. Bajo este argumento, a lo largo de la historia, han podido implementar cualquier tipo de reglas de admisión: algunas claramente racistas y otras con un aroma a discriminación. Los gobiernos estatales nunca se han preocupado de justificar claramente sus reglas, las que en las más de las veces han obedecido a exigencias de orden político, o más bien para responder a las paranoias xenófobas y racistas de ciertas partes de sus poblaciones.

Muchas de estas paranoias derivaron, y aún lo hacen, del mito de la homogeneidad de las poblaciones de los estados, este mito ya se discutió en el apartado 2.1 de este trabajo por lo que sobre esta vertiente no se abundará más. El apartado actual se enfoca en el otro concepto que se considera fundamental para la idea del estado-nación: la soberanía. Se intentará explicar lo que es este concepto para ver si actualmente aún puede ser usado en el sentido con que se usa para fundamentar las políticas migratorias.

Ferrajoli advierte que el concepto de soberanía (sin comillas) ha perdido mucho de su efectividad y legitimidad como medio para proporcionar paz interna e integración política y para garantizar los derechos fundamentales⁵⁵. Esto es así porque, en la actualidad, bajo el discurso de asuntos internos del estado que caen dentro de la esfera de su “soberanía”, el concepto continúa sirviendo de excusa para que se lleven a cabo las más infames violaciones a

⁵⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” en Carbonell, Miguel (compilador). *Teoría de la constitución*. Editorial Porrúa-UNAM. México D.F. 2000. pg. 397.

los derechos humanos (piénsese en China), y aún es usado como escudo de tiranos y genocidas (el caso de Pinochet). No obstante, desde hace años los gobiernos estatales no han tenido problema alguno en ceder la soberanía económica de sus países a instituciones internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional⁵⁶. Hoy en día, gobiernos estatales "soberanos" no permiten que instituciones internacionales de derechos humanos opinen acerca del desarrollo y la preservación de los mismos dentro de su territorio, pero esos mismos gobiernos no tienen empacho en seguir las políticas económicas impuestas por el FMI o en entregar sus recursos naturales para la explotación de las grandes compañías transnacionales. Los "democráticos gobiernos soberanos" no pueden impedir la salida de capitales especulativos de su territorio pero sí pueden impedir la entrada de personas que intentan escapar de la miseria.

Como señala De Lucas: "Unamos a esas consideraciones [la pérdida de la soberanía económica de los estados] dos factores como la internacionalización de la producción y el carácter cada vez más decisivo del comercio exterior, y la consecución es que apenas quedan restos de soberanía"⁵⁷.

La realidad demuestra que los gobiernos ya no son "soberanos supremos" de las sociedades que gobiernan. Su "soberanía" se ha vuelto porosa a intervenciones externas a ellos. Se quiere seguir creyendo que este concepto opera del modo en el que lo hacía en los tiempos en los que fue creado y no se tiene en cuenta que el nacimiento de este concepto se produjo cuando el capitalismo como modo de producción no era siquiera una forma dominante;

⁵⁶ Cfr. Carbonell, Miguel.- *La constitución en crisis. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Op. Cit. pg. 29.

⁵⁷ Cfr. De Lucas, Javier.- "Por qué son relevantes las reivindicaciones político-jurídicas de las minorías. Los derechos humanos en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceros, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Op. Cit. pg. 267.

cuando coexistía con amplias zonas de relaciones sociales de tipo feudal, que aún tardarían siglos en cederle la hegemonía⁵⁸. Más aún, la idea de poder soberano (sin comillas), surge en la época de los monarcas absolutos y significa la superioridad del poder regio sobre cualquier otro en el territorio en el que se asienta. Los monarcas son soberanos porque en sus reinos ninguna fuerza interior (ni de tipo político ni de tipo económico) se les sobrepone, y porque los conflictos externos entre soberanías se solucionan por la fuerza o por recíproco consenso, esto es, también sin intervención de poder superior alguno⁵⁹.

Tal como explica Capella: "La paulatina identificación del 'monarca' con la 'monarquía' y de ésta con el 'Estado' permitió hablar finalmente de 'Estados soberanos'. Y las revoluciones burguesas atribuyeron jurídico-formalmente a los 'pueblos' regidos por los 'Estados' la 'titularidad' de la soberanía —la 'soberanía popular'—, la fuente última de legitimación del *poder estatal* y (formalmente, no materialmente) de configuración de las políticas estatales"⁶⁰.

El concepto de soberanía implica un poder que no conoce limitaciones de ningún tipo. Un solo individuo ejercía un poder absoluto, arbitrario, que no debía justificarse ante nadie sino ante sí mismo y su mejor interés. En cambio, el desarrollo histórico de los estados modernos ha dejado ver la tendencia de las sociedades a desarrollar y consolidar principios que limitan el ejercicio del poder, la tendencia a crear reglas, normas e instituciones que buscan impedir el ejercicio arbitrario e incontestable del poder por parte de las clases gobernantes.

⁵⁸ Cfr. Capella, Juan Ramón.- *Los tiranidosos tiranos*.- 2ª edición.- Editorial Trotta.- Madrid, España.- 1993.- pg. 120.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*. Del hecho de que los conflictos entre soberanías no se dirimían ante ninguna entidad superior devenía el derecho a la guerra, el *ius ad bellum*, de los estados absolutistas.

Pero el discurso ideológico de los gobiernos de los estados actuales quiere utilizar el argumento de su "soberanía" aislándolo de la realidad, esgrimiéndolo en algunos casos y olvidándolo en otros. Se olvidan de su "soberanía" ante los poderosos capitales y la esgrimen ante los miserables seres humanos que carecen de poder económico.

Ahondando un poco más, Ferrajoli sostiene que la idea de soberanía está reñida con lo que él denomina el paradigma del derecho constitucional, que le da substancia tanto al concepto del estado de derecho como al actual entendimiento del derecho internacional⁶¹. Tal como explica el autor, la historia de la soberanía, en el concepto de Bodino, *potestas legibus solutus*, el poder absoluto y perpetuo de una república⁶², incorpora dos desarrollos paralelos y opuestos. La historia de la soberanía *interna* supone su progresiva disolución con la formación de estados democráticos y constitucionales. La historia de la soberanía *externa* comporta su progresiva concentración, proceso que alcanza su apogeo en la primera mitad del siglo XX con las catástrofes de las dos Guerras Mundiales⁶³.

Respecto de la soberanía interna, en el estado liberal del siglo XIX persistió todavía un elemento de absolutismo en la concepción positivista legalista de la supremacía de la ley y la omnipotencia del parlamento como agente de la "soberanía popular", sin embargo, este elemento se vio atenuado por la invención en el siglo XX de constituciones rígidas y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. En las democracias constitucionales no existen ya los poderes o sujetos absolutos y soberanos⁶⁴.

⁶¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi.- "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" en Carbonell, Miguel (compilador).- *Teoría de la constitución*. Op. Cit. pg. 398.

⁶² Cfr. Hinsley, F.H.- *El concepto de soberanía*. Editorial Labor.- Barcelona, España.- 1972.- pg. 106.

⁶³ Cfr. Ferrajoli, Luigi.- "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" en Carbonell, Miguel (compilador).- *Teoría de la constitución*. Op. Cit. pg. 398.

⁶⁴ *Ibidem*.

En contraste, el concepto de soberanía externa ha seguido un desarrollo en la dirección contraria. Como explica Ferrajoli: "La sociedad internacional, que al comienzo de la era moderna Francisco de Vitoria, Alberto Gentili y Hugo Grotius habían concebido como una sociedad de repúblicas libres e independientes sujetas a la misma ley humana fundamental, pasó a ser vista por la filosofía política contractualista como una sociedad salvaje, aún en estado de naturaleza(...)En palabras de Hobbes: '...en los Estados y repúblicas que no dependen una de otra, cada una de estas instituciones...tiene una absoluta libertad de hacer lo que estime (es decir, lo que el hombre o la asamblea que lo represente estime) más conducente a su beneficio...' La superación hacia adentro del estado natural y su conservación (o establecimiento) hacia fuera se convirtieron de este modo en las dos líneas de desarrollo a lo largo de las cuales se desarrolló la historia de los Estados modernos"⁶⁵.

Estas tendencias opuestas llegaron a su clímax en el siglo XIX y comienzos del XX. Mientras el estado nacional liberal democrático se basaba internamente en la sujeción de todos los poderes públicos al estado de derecho y a la representación popular, en sus relaciones externas no conocía límite legal alguno⁶⁶.

Después de las tragedias de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial fue patente la necesidad de encauzar el actuar de los estados por la ruta del derecho y el respeto a la dignidad de los seres humanos. Con la creación de las Naciones Unidas y la adopción de su Carta (1945), así como con la proclama de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) se transformó el orden jurídico mundial. Se llevó a los estados modernos del "estado de

⁶⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi.- "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" en Carbonell, Miguel (compilador).- *Teoría de la constitución*. Op. Cit. pg. 399.

⁶⁶ *Ibidem*.

naturaleza" al estado de derecho. Los estados signatarios de ambos documentos quedaron jurídicamente obligados a normas fundamentales: el imperativo de la paz y el mantenimiento de los derechos humanos⁶⁷.

A partir del momento en que los estados firmaron la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y posteriormente los Pactos de Derechos Humanos de 1966, el concepto de soberanía se convirtió en un concepto inconsistente desde el punto de vista lógico. Así, la prohibición contra la guerra sustituyó el *ius ad bellum* que siempre había sido el principal atributo de la soberanía de los estados, y la obligación adquirida de promover y proteger los derechos humanos marcó el reconocimiento de estos derechos como derechos supraestatales con los que cuenta el ser humano, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes del estado⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi.- "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" en Carbonell, Miguel (compilador).- *Teoría de la constitución*. Op. Cit. pg. 401.

⁶⁸ *Ibidem*.

2.5 Bases sobre las que se debe fundar este "derecho".

La soberanía no puede ser vista por los gobiernos de los estados como el fundamento para establecer sus políticas migratorias, se ha aclarado que la soberanía es el poder sin límites de los gobiernos y por lo mismo no puede ser la base de sus políticas migratorias. Los gobiernos del orbe adquirieron obligaciones, al momento de firmar tanto la Carta de las Naciones Unidas como los instrumentos internacionales de derechos humanos proclamados por la ONU. Estas obligaciones deben interpretarse como límites a los gobiernos en el planteamiento y ejercicio de todas aquellas políticas que repercutan en el libre ejercicio de los derechos humanos de las personas.

Sin duda alguna, los estados cuentan con la capacidad de regular el flujo de personas hacia su territorio⁶⁹, pero esta capacidad reguladora no puede ser interpretada como una irrestricta capacidad de excluir a los seres humanos como mejor les parezca. Los derechos humanos son límites al poder estatal en este sentido.

De este modo, la práctica de impedir el paso a una persona al territorio de un estado sólo porque pretende encontrar un trabajo es inadmisibles, más aún si se basa en algo tan accidental como la ciudadanía. No se le puede restringir a una persona el ejercicio de un derecho humano dentro de un territorio simplemente porque tiene la nacionalidad indebida. Los poderes públicos tampoco pueden decidir a cual extranjero se le deberá reconocer ese derecho y bajo que condiciones y a cuales no. El requisito de los "papeles" como certificado

⁶⁹ Se entiende que los gobiernos estatales regulen e impidan el tránsito de personas, por ejemplo, por motivos de control sanitario o por la sospecha fundada de que aquellas personas representan un peligro evidente para la población civil, como por ejemplo en el caso de la sospecha fundada de terrorismo.

indispensable para ejercer un derecho humano es trasgresor del derecho mismo⁷⁰. La práctica de la Unión Europea de sólo permitir a los ciudadanos de los países miembros de la Unión el ejercicio de su derecho humano al trabajo es injustificable, revelándose claramente discriminatoria. El hecho en sí de permitir trabajar únicamente a los ciudadanos es discriminatorio. La práctica seguida por los Estados Unidos de América de permitir trabajar únicamente a sus ciudadanos y a los extranjeros que el gobierno estadounidense ha considerado lo suficientemente valiosos como para concederles el enorme privilegio y distinción de disfrutar de un derecho humano es indignante y discriminatorio.

Todos los países industrializados y ricos del planeta son signatarios de la Carta de las Naciones Unidas, la cual los obligó en sus artículos 1.3, 13.1 b, 55.c, 62.2, 68 a la promoción y vigilancia de los derechos humanos y a hacerlos efectivos. Todos los países industrializados y ricos del planeta son signatarios de la Declaración Universal de Derechos Humanos por lo que reconocieron, les guste o no, el derecho al trabajo⁷¹, así como el principio de la no discriminación entre personas⁷² y el derecho a la libre circulación de los individuos⁷³. Todos los países industrializados y ricos del planeta son signatarios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual establece el derecho de todo ser humano a un trabajo⁷⁴ y se comprometieron a garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna⁷⁵.

⁷⁰ No me refiero a las certificaciones que acreditan a una persona como técnicamente calificada para el desarrollo de una determinada actividad sino a los papeles migratorios que limitan la posibilidad de siquiera ejercer un trabajo.

⁷¹ Artículo 23 de la Declaración.

⁷² Artículo 2 de la Declaración.

⁷³ Artículo 13 de la Declaración.

⁷⁴ Artículo 6 del PIDESC.

⁷⁵ Artículo 2 del PIDESC.

Ya se vio que las obligaciones establecidas en el Pacto son jurídicamente obligatorias y por lo mismo exigibles⁷⁶. Asimismo, se vio que los Principios de Limburgo, asumidos por las Naciones Unidas como criterios de interpretación de los derechos, establecen cuándo un gobierno está violando los derechos reconocidos en el Pacto.

Los Principios de Limburgo establecen que los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de los derechos humanos⁷⁷. Los firmantes deberán en todo momento actuar de buena fe en el cumplimiento de todas las obligaciones que han aceptado mediante el Pacto⁷⁸. Los estados partes deben rendir cuentas ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC⁷⁹. Todos los estados partes tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Convenio⁸⁰. Conforme al principio de no discriminación y para cumplir con las obligaciones que han contraído a menudo será necesario que los gobiernos adopten medidas legislativas en los casos en los que la legislación existente viole las obligaciones adquiridas bajo el Pacto⁸¹, esto sería el caso de las restricciones migratorias que violan la obligación de los gobiernos de garantizar efectivamente el derecho al trabajo de los seres humanos. La obligación de "lograr progresivamente(...)la plena efectividad de los derechos" bajo ninguna circunstancia será interpretada de manera que implique que los estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente los esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad de los derechos

⁷⁶ Véanse los apartados 1.3.1.2 y 1.2 de este trabajo.

⁷⁷ Principio No. 1.

⁷⁸ Principio No. 7.

⁷⁹ Principio No. 10.

⁸⁰ Principio No. 16.

⁸¹ Principio No. 18.

contenidos en el PIDESC. Al contrario, todos los signatarios tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones⁴².

La prohibición contra la discriminación establecida en el artículo 2 (2) del PIDESC demanda su pleno e inmediato cumplimiento por parte de los signatarios⁴³. Asimismo, los estados partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico (por lo que los países desarrollados están aún más obligados), de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas⁴⁴, y el derecho de subsistencia por excelencia es el derecho al trabajo pues trabajar es el modo que los seres humanos tienen para subsistir.

Al momento en que un estado se vuelve parte en el Convenio su gobierno deberá eliminar la discriminación *de jure*, mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵. Y siendo que la regulación migratoria afecta el ejercicio del derecho al trabajo esta debe ser eliminada en sus actuales términos.

El artículo 5.1 del PIDESC literalmente dice: "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o su limitación en mayor medida a la prevista en él".

⁴² Principio No. 21.

⁴³ Principio No. 22.

⁴⁴ Principio No. 25.

⁴⁵ Principio No. 37.

Al respecto, los Principios de Limburgo establecen que este artículo subraya el hecho de que ninguna disposición legal puede interpretarse en el sentido de "destruir cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto"⁶⁶. Por lo que no se puede alegar que un ser humano no puede ejercer su derecho humano al trabajo porque la legislación migratoria de un país no lo permite.

Del mismo modo, los Principios señalan que el incumplimiento por parte de un signatario de una obligación prevista en el Pacto constituye, bajo el derecho internacional, una violación del Pacto⁶⁷. Se establece mediante los Principios que un estado parte incurre en una violación del Pacto, *inter alia*, si: no elimina rápidamente los obstáculos que debe remover para permitir la efectiva realización de un derecho; no reconoce inmediatamente un derecho que está obligado a garantizar conforme al Pacto; impone una limitación a un derecho reconocido en el PIDESC distinta a las permitidas por el Pacto⁶⁸. Así, si el gobierno de un estado no elimina los obstáculos migratorios que impiden el desarrollo efectivo del derecho al trabajo, si no reconocen el mismo derecho para todos los seres humanos, si además lo limitan mediante medidas que el Pacto no establece, entonces se puede concluir que ese gobierno está incumpliendo con las obligaciones adquiridas mediante el PIDESC.

Como se puede apreciar, los gobiernos de los estados asumieron obligaciones internacionales al momento de firmar los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se ha hecho mención, por lo que no pueden argumentar que en "ejercicio de su

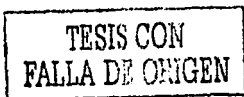
⁶⁶ Principio No. 57.

⁶⁷ Principio No. 70.

⁶⁸ Principio No. 72.

soberanía" (más bien de su soberbia) pueden aplicar las políticas migratorias que más les agraden y en los arbitrarios términos que consideren convenientes. Los gobiernos de los estados están vinculados por el derecho internacional de los derechos humanos, es hora de que empiecen a cumplir con sus obligaciones.

CAPÍTULO 3: LA SITUACIÓN MIGRATORIA EN LA FRONTERA NORTE.



*No son las cosas mismas;
sino la opinión sobre las
cosas lo que perturba a los
hombres.*

(Epicteto)

*Once I thought to write a
history of the immigrants in
America. Then I discovered
that the immigrants were the
american history.*

(Oscar Handlin)

3.1 Breve panorama histórico.

Este apartado tendrá dos vertientes principales: el panorama histórico en la frontera norte y una breve revisión de las políticas migratorias de los Estados Unidos a lo largo de su historia

3.1.1. La situación histórica.

El desplazamiento de personas en la frontera entre México y Estados Unidos ha sido siempre constante. De hecho, lo que ahora se ve como una invasión de mexicanos a territorio estadounidense no deja de tener su lado irónico. Hasta 1835, Texas era territorio mexicano. No fue sino debido a la ineptitud y corrupción de las autoridades mexicanas primero, y al apoyo militar y económico de los Estados Unidos después, cuando Texas se declaró como república independiente¹. Su posterior anexión a los Estados Unidos el 21 de julio 1845 sería la causa de una guerra con México que los estadounidenses deseaban y con la cual lo despojarían de más

¹ Cfr. Colegio de México; *Historia de México. Tomo II.*- 3ª edición.- Harla-El Colegio de México.- México, D.F.- 1988.- pgs. 803-818.

de la mitad de su territorio (cerca de dos y medio millones de kilómetros cuadrados) al anexarse el territorio de Nuevo México y la Alta California – actualmente, California, Texas, Nuevo México, Arizona, y parte de los actuales territorios de Colorado, Uta y Nevada- para satisfacer sus anhelos expansionistas².

Después de una desastrosa guerra, las autoridades mexicanas firmaron el 2 de febrero de 1848 el Tratado de Guadalupe Hidalgo mediante el cual se “legalizó” el despojo de la mitad de territorio mexicano a manos de Estados Unidos³. Al cambiar la frontera “natural”, todos los mexicanos que se desplazaran al recién adquirido territorio estadounidense se consideraban inmigrantes, con lo cual se puede decir que se inició el flujo de mexicanos a territorio estadounidense. Poco después se descubrió oro en California y las personas llegaron en cantidades sin precedentes a la región suroeste de los Estados Unidos. Arrebataron tierras y zonas a los habitantes originales –mediante la Ley de Tierras de 1851⁴- y a los mexicanos que adquirieron la ciudadanía los convirtieron así en trabajadores necesarios para el desarrollo de la zona. Al crecimiento natural de esta población se sumaron posteriormente los trabajadores migratorios, por primera vez en cantidades masivas, hacia fines del siglo XIX.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

² Cfr. Nervis, Allan; Steele Commanger, Henry, Morris, Jeffrey.- *Breve Historia de los Estados Unidos*. Op. Cit. pg.195.

³ Cfr. Colegio de México; *Historia de México. Tomo II*. Op. Cit. pgs. 803-818.

⁴ El texto original del Tratado le otorgaba la opción a los mexicanos que habitaban en los territorios adquiridos de permanecer en él y conservar sus propiedades y ciudadanía mexicana u optar por la estadounidense. No obstante, el texto del tratado fue modificado por el senado estadounidense de modo tal que el congreso de ese país decidiría sobre la conversión de mexicanos a estadounidenses. Cfr. Gómez Anzu, Remedios.- *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*.- UNAM.- México, D.F.- 1990.- pg. 130.

⁵ La ley fue promovida por diputados de California con la excusa de “aclarar” los títulos de propiedad. Se creó una comisión para dirimir las disputas entre los mexicanos propietarios originales de las tierras y los recién llegados: en caso de controversia si ésta no era llevada ante la comisión, el título de propiedad se invalidaba y la tierra quedaba disponible para cualquier estadounidense de origen anglosajón. Además, la comisión tardaba años en resolver una disputa de tal modo que cuando lo hacía ya era muy tarde para el propietario original. Cuando la tenencia de la tierra había sufrido cambios radicales a favor de los estadounidenses fue claro que las medidas jurídicas habían sido solamente la carátula para el despojo. Cfr. Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*.- 2ª edición.- Editorial Grijalbo.- México, D.F.- 1989.- pg. 61.

La región suroeste de los Estados Unidos, se incorporó plenamente a la economía de ese país en las primeras décadas del siglo XX. Este proceso requirió de mano de obra abundante y barata para las labores agrícolas y para la construcción de las vías férreas que la comunicarían con el resto de la Unión Americana.

La expulsión de los inmigrantes asiáticos y el estallido de la Primera Guerra Mundial aumentaron significativamente la demanda de trabajadores agrícolas. De este modo, tal como señala Patricia Morales: "El sistema económico de los Estados Unidos descubrió(...) que la fuerza de trabajo que necesitaba se hallaba justo al sur de su frontera: en México(...) comenzaron a reclutar trabajadores en la Meseta Central, que estaba densamente poblada. Esto explica por qué hasta la fecha, de los estados del centro de nuestro país (y no de los fronterizos en primera instancia, o de los más pobres) es de donde sale el mayor número de migrantes: desde entonces se arraigó en ellos la tradición de ir a trabajar por temporadas a Estados Unidos"⁶.

Conforme el suroeste estadounidense requería de más mano de obra, los campesinos mexicanos de la época porfirista eran expulsados de sus tierras por el deterioro en las condiciones de vida. Se debe recordar que la economía de México durante la época porfirista privilegió a los grandes capitales y al capital extranjero por lo que se presentó el fenómeno de la concentración de grandes extensiones de tierras en manos de unos pocos privilegiados a costa del grueso de la población. Esto originó que muchos campesinos emigraran del país para

⁶ Cfr. Morales, Patricia. - *Indocumentados mexicanos. Causas y rasgos de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 19.

allegarse de medios de subsistencia. El fenómeno migratorio hacia el Norte continuó al explotar la Revolución Mexicana en 1910⁷.

Durante el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial, la necesidad de mano de obra aumentó y los mexicanos, con o sin documentos, llegaban continuamente a los Estados Unidos. El número de migrantes indocumentados de la época es difícil de calcular, sin embargo, basándose en los datos del gobierno mexicano sobre el número de deportados que ayudó, los números oscilaban alrededor de los 50 mil⁸.

Debido al incremento de extranjeros de todas las nacionalidades, los grupos "nativistas" ⁹ estadounidenses empezaron a presionar para limitar el acceso de extranjeros a territorio estadounidense. En 1924 los Estados Unidos adoptaron la Ley de Inmigración de ese año —misma que operaba bajo el sistema de cuotas— asimismo, se creó la patrulla fronteriza para controlar la migración indocumentada proveniente del sur. Ante la depresión económica de 1929, el gobierno estadounidense respondió con la deportación masiva de mexicanos¹⁰.

En los años posteriores a la Revolución, México se sumergió en un clima de inestabilidad política y económica, debiendo de hacer frente a innumerables conflictos internos. El conflicto más importante en el exterior lo significó el rompimiento de relaciones

⁷ Cfr. Morales, Patricia. *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 19.

⁸ *Ibidem*. pg. 20.

⁹ El sentimiento de nativismo, es decir, el de ser original de un lugar, resulta paradójico en el caso de Estados Unidos pues se debe recordar que la gente originaria de esa tierra eran los indios que fueron privados de su territorios por los nuevos colonizadores.

¹⁰ Cfr. Morales, Patricia. *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 20.

con los Estados Unidos en 1920. Para reanudarlas y reconocer al gobierno de Obregón, los estadounidenses exigieron la firma de los Tratados de Bucareli, en 1923¹¹.

En todo este periodo, que se puede denominar como el primer periodo, la necesidad estadounidense de mano de obra barata y el los continuos conflictos políticos, sociales y económicos que padeció México fueron la causa inmediata y directa del flujo migratorio de esa época.

La Segunda Guerra Mundial marcó el segundo periodo importante de flujo migratorio de México a los Estados Unidos, ocasionado, principalmente, por el resurgimiento en ese país de la necesidad de mano de obra.

Ya para 1941, el sector agrario estadounidense —caracterizado por sus bajos salarios en comparación con los demás sectores— había perdido a un millón de trabajadores, los cuales se habían desplazado a la zonas industriales del norte de los Estados Unidos. Cuando los estadounidenses entraron directamente al conflicto armado, la necesidad de mano de obra mexicana (la cual se empezó a sentir desde la reactivación económica estadounidense) se agudizó con el envío de los trabajadores agrícolas estadounidenses al frente de batalla. Nuevamente, los estadounidenses decidieron atraer mano de obra mexicana. No obstante, las relaciones diplomáticas entre los dos países no se encontraba en su mejor momento y los mexicanos aún no olvidaban las deportaciones masivas de los años treinta. Debido a esto, el

¹¹ De los tratados surgieron 3 documentos: dos convenios y un pacto extraoficial. El primero se refería a la creación de una convención especial de reclamaciones para ajustar las quejas de estadounidenses a causa de sus pérdidas durante la Revolución; el segundo, al establecimiento de otra convención general de quejas estadounidenses de 1868 a esa fecha, salvo las quejas originadas por la Revolución; el pacto extraoficial concernía a la indemnización a estadounidenses por tierras expropiadas para la restitución y dotación ejidal. Cfr. Morales, Patricia. *Indocumentados mexicanos. Causas y rasgos de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 87.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gobierno estadounidense le propuso al gobierno mexicano la celebración de un convenio sobre importación de mano de obra. De este modo iniciaron los convenios de braceros entre México y Estados Unidos. El primero de estos convenios entró en vigor el 4 de agosto de 1942¹².

Durante la Segunda Guerra Mundial y en los años posteriores a la misma, la relación entre México y los Estados Unidos se estrechó: al empezar la industrialización de México en los años cuarenta y cincuenta (el "milagro mexicano") el país requirió de ayuda técnica y de recursos para continuar la industrialización, por su parte, los Estados Unidos necesitaban de la mano de obra mexicana y de los productos estratégicos que su vecino del sur producía (principal, pero no exclusivamente: petróleo). Así, el interés mutuo marcó la nueva etapa de las relaciones entre ambos países.

Este primer intento conjunto de reglamentar la inmigración de trabajadores mexicanos a los Estados Unidos fue justificado por el gobierno mexicano como "una contribución de nuestro país al esfuerzo bélico mundial para derrotar al eje nazifascista" pero en realidad, las autoridades mexicanas vieron los convenios como una "válvula de escape" a los problemas socioeconómicos que se agudizaron con la incipiente industrialización del país. Esta fue la razón por la cual los convenios de braceros continuaron después de concluida la guerra. Estos convenios se prolongaron hasta 1964 y durante esos 22 años las medidas acordadas por los dos gobiernos fueron más violadas que respetadas por los empleadores estadounidenses. La inmigración de indocumentados se incrementó y lo mismo sucedió con las expulsiones, de hecho, en 1954, con los convenios aún vigentes, ocurrió la más alta tasa de aprehensiones y

¹² Cfr. Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 145.

deportaciones registrada hasta entonces¹³. Los rasgos característicos del fenómeno migratorio durante esta segunda época fueron: reclutamiento (ahora oficial) de trabajadores mexicanos, deportaciones para regular la cantidad necesaria de mano de obra, clandestinidad de la mayoría de los trabajadores, trabajadores extraídos de las mismas regiones de México, la zona favorecida con la introducción de trabajadores fue la suroeste de los Estados Unidos. Los sectores económicos beneficiados fueron la agricultura, los servicios y, por algunos años, los ferrocarriles. La migración tenía el carácter de temporal y los derechos humanos de los trabajadores no se respetaban¹⁴.

Después del último convenio bracero (1964) empezó el tercer periodo del fenómeno migratorio en la frontera norte. Este se caracteriza por la falta de una regulación mexicana oficial para el movimiento migratorio de trabajadores y por una intensificación en las medidas restrictivas asumidas por el congreso estadounidense, aunado al reforzamiento de los esfuerzos policiaco-represivos por parte de las autoridades migratorias para contener a los migrantes indocumentados. El flujo migratorio que llega a los Estados Unidos se va desplazando cada vez a regiones más diversas de su territorio¹⁵. La mayoría de los inmigrantes son indocumentados y van en busca de empleo a los Estados Unidos. El reclutamiento de trabajadores lo llevan a cabo los "polleros" o "coyotes" quienes cobran a los mexicanos que introducen una importante suma de dinero (misma que muchos han de pagar con su trabajo en los Estados Unidos). Las condiciones de cruce son indignantes y en la mayoría de los casos peligrosas. Las deportaciones ocurren a diario. La razón última de este tercer periodo también es la necesidad de mano de obra que tiene el sistema económico estadounidense de mano de

¹³ Cfr. Morales, Patricia. *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 22.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

obra barata y la escasez de empleo y bajas condiciones de vida en el territorio mexicano. El trabajado indocumentado le ofrece a la economía estadounidense una fuente prácticamente inagotable de trabajadores dispuestos a laborar en condiciones muy por abajo del estándar establecido por las leyes de aquel país. Del mismo modo, los trabajadores que viajan hacia los Estados Unidos lo hacen por que si bien el salario que reciben allá es inferior al que gana un ciudadano estadounidense en condiciones similares, es superior al que obtiene en territorio mexicano.

Aunado a este panorama, un clima de renovada xenofobia y racismo ha privado entre un sector de la población civil estadounidense, que considera a los inmigrantes la causa principal del malestar económico de su país. En esta óptica, se olvida una de las razones básicas que tiene los migrantes mexicanos para cruzar la frontera: van a buscar trabajo y lo encuentran porque de hecho con su trabajo contribuyen a la economía estadounidense en mucho mayor medida que los beneficios que reciben de ese país.

3.1.2. Breve historia de la legislación estadounidense en materia migratoria.

La historia de la legislación estadounidense está llena de toques racistas y de políticas oportunistas que han devaluado y menospreciado en todo momento la calidad de los seres humanos que no sea ciudadanos de Estados Unidos e incluso han llegado a cambiar el criterio respecto de quienes son ciudadanos.

A pesar de que las leyes migratorias no se establecieron en Estado Unidos sino hasta mediados de 1800, el debate sobre los inmigrantes era parte del discurso político y social aún antes de la Declaración de Independencia de ese país.

Ya en 1751, Benjamín Franklin se oponía a la influencia de los inmigrantes alemanes, alegando que "Pensilvania se convertirá en algunos años en una colonia alemana; en vez de que ellos aprendan nuestra lengua, nosotros tendremos que aprender la suya, o si no tendremos que vivir como lo haríamos en un país extranjero". Posteriormente ampliaría sus comentarios diciendo que "aquellos que vienen aquí son generalmente los más estúpidos de su propias naciones"¹⁶.

Estas críticas de uno de los creadores de la constitución estadounidense deben de ser contrastadas con los sentimientos de George Washington, quien en 1783 proclamó: "El regazo de América está abierto para recibir no sólo a los extranjeros opulentos y respetables, sino también a los oprimidos y a los perseguidos de todas las naciones y credos"¹⁷.

Pese a la influencia de Franklin, los primeros cien años de los Estados Unidos se caracterizaron por la apertura de sus fronteras. Un primer intento de regular a los extranjeros, la Ley de Extranjeros de 1798, le dio al presidente la facultad de expulsar a los extranjeros que se consideraran peligrosos. De cualquier manera, la ley no contó con un fuerte respaldo y expiró sin pena ni gloria dos años más tarde¹⁸.

¹⁶ Cfr. Ong Hing, Bill.- *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*- ABC-CLIO.- Santa Barbara, California, Estados Unidos.- 2000. pg. 1.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

No obstante, se suele señalar como el origen de las políticas migratorias restrictivas de los Estados Unidos a las leyes de origen racial dirigidas contra varios grupos de inmigrantes asiáticos, a las cuotas de origen nacional que desfavorecían a los inmigrantes del este y del sur de Europa y a las políticas que alternativamente atraían y deportaban mexicanos migrantes (según las necesidades económicas de Estados Unidos). Del mismo modo, la migración africana voluntaria tampoco fue favorecida. Los estadounidenses de origen africano fueron esclavos durante los primeros cien años de vida de esa nación. Para cuando los esclavos fueron liberados, la esclavitud había prácticamente destruido la estructura cultural y familiar ancestral africana, por lo que la reunificación con los parientes africanos se volvió imposible. Más aún, qué africano o africana en su sano juicio hubiera deseado ir a los Estados Unidos durante o inmediatamente después del periodo de la esclavitud. Así, una ley formal que excluyera la migración de africanos hacia aquel país no fue necesaria.

Hasta 1870, la subordinación de los descendientes de africanos fue puesta de relieve por el hecho de que la gente proveniente de África no podía convertirse en ciudadano de los Estados Unidos mediante naturalización. La Ley de Naturalización de 1790 estableció que sólo las "personas blancas libres" podían volverse ciudadanos de los Estados Unidos mediante la naturalización y excluyó específicamente a los descendientes de africanos y a los indios nativos de América. No fue sino en el año susodicho, cuando el congreso estadounidense extendió el derecho de naturalización a los extranjeros de ascendencia africana. De cualquier modo ni los negros que ya residían en el país ni los inmigrantes africanos que llegarían posteriormente fueron ampliamente aceptados en la nueva nación¹⁹.

¹⁹ Cfr. Ong Hing, Bill. *Immigration and the Law (Contemporary Legal Issues)*. Op. Cit. pg. 2.

Anteriormente, los inmigrantes asiáticos se habían convertido ya en el blanco de la legislación migratoria. Las limitaciones federales en inmigración comenzaron en 1862 y 1875, mediante la prohibición de traer trabajadores provenientes de Asia²⁰ (enumerados en una lista) a los que se les colocaba al lado de prostitutas y convictos extranjeros. Pese a que ya se dijo que en 1870, el congreso de los Estados Unidos extendió el derecho a naturalizarse a los extranjeros provenientes de África, deliberadamente excluyó de este derecho a los chinos debido a sus "indeseables cualidades". El clamor en contra de los chinos alcanzó un tono de fanatismo cuando en 1882 el congreso promulgó la primera Ley de Exclusión de Chinos, la cual se hizo permanente en 1904²¹.

Un sentimiento similar de "nativismo" llevó eventualmente a limitaciones a la inmigración japonesa. Pero como Japón se había alzado como una potencia mundial a la vuelta del siglo, al haber derrotado tanto a China como a Rusia en una guerra, los Estados Unidos no pudieron restringir la migración japonesa del mismo modo grotesco como lo hicieron con la china. En vez de eso, un acuerdo informal fue negociado con Japón. En los términos del así llamado "acuerdo de caballeros", que se alcanzó en 1907 y 1908, el gobierno japonés se abstenta de expedir documentos migratorios a sus nacionales que se dirijan a Estados Unidos a laborar²².

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁰ Pero anteriormente, debido a la grave escasez de mano de obra en los Estados Unidos provocada por la Guerra de Secesión el congreso había firmado con China (1868) un tratado sobre importación de mano de obra. Los chinos emigraban debido a la hambruna que padecía la región de Cantón y atraídos por la demanda de trabajadores en California debido al descubrimiento de oro. No obstante la necesidad manifiesta de esa mano de obra, la reacción antichina fue enorme. Un gobernador de California expresó "la presencia de tantas personas diferentes e inferiores [a los primeros inmigrantes] podría tener un efecto dañino sobre la raza superior". Cfr. Morales, Patricia - *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 38.

²¹ Cfr. Ong Hing, Bill - *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 3.

²² *Ibidem*.

La reducción de la inmigración japonesa contrasta drásticamente con las políticas migratorias de aquellos días. De hecho la primera década del siglo presenció un incremento en la migración en general, principalmente debido a la recuperación de la economía nacional. Esto se reflejó en la más grande afluencia de todos los tiempos de inmigrantes europeos provenientes principalmente del sur y del este de Europa. Sin embargo, el récord de afluencia establecido durante esa década provocó ímpetus suficientes en contra de los inmigrantes para 1907 como para convocar a la comisión Dillingham²³ para que investigara el sistema de inmigración²⁴.

Políticas migratorias más restrictivas y con mayores implicaciones fueron promulgadas en 1917 y en 1924. En la Ley de Inmigración de 1917, el congreso estadounidense respondió al constante clamor antiasiático, mucho del cual era dirigido en contra de inmigrantes de la India, y a la renovada xenofobia que se alzó debido a la afluencia de europeos provenientes del sur y este de Europa. Una sección de esta legislación fue el examen de alfabetismo. El constante flujo de italianos, húngaros y rusos que alcanzó su máximo en la primera década del siglo, alimentó el "nativismo" racial y el anticatolicismo, que culminó en el requisito de alfabetismo que excluía a todos aquellos extranjeros "que no pudieran leer y entender algún idioma o dialecto". Pero la ley también creó el "listado de la zona asiática" al extender la prohibición de chinos a todos los demás asiáticos. La zona cubría la región de Asia del Sur, desde Arabia hasta Indochina, así como las islas adyacentes. Así, se incluían India, Birmania, Tailandia, Malasia, las Islas Orientales Indias, la Rusia asiática, las Islas Polinesias y partes de Arabia y Afganistán. A

²³ Las conclusiones del informe de la comisión incluían medidas que posteriormente fueron adoptadas, como el requisito de alfabetismo, la fijación de cuotas anuales por raza y la exclusión de trabajadores no calificados. Su preocupación principal, decía, era la falta de disposición de los extranjeros para asimilarse a la cultura estadounidense, además, los extranjeros iban a deprimir los salarios y las condiciones de vida de los trabajadores. Ambas "preocupaciones" aún siguen vigentes en el debate sobre migración. Cfr. Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 42.

²⁴ Cfr. Ong Hing, Bill.- *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 3.

todas las personas provenientes de esos lugares se les declaró como "inaceptables" en los Estados Unidos. China y Japón no tenían que ser incluidas en la lista debido a las leyes de exclusión de chinos y al "acuerdo de caballeros" que se tenía con Japón²⁵.

El clima político reaccionario de aislamiento que prosiguió a la Primera Guerra Mundial, se manifestó en el "miedo rojo" de 1919-1920 que conllevó a una mayor demanda de políticas migratorias excluyentes. Los estadounidenses estaban preocupados por el volumen de extranjeros que llegaban a Estados Unidos y ante el temor de que la guerra provocara una mayor inmigración de europeos en 1921 proclamaron la primera ley para controlarla cuantitativamente. Establecieron el sistema de cuotas, según el cual cada año el número de inmigrantes que aceptarían, no excedería a 3% del total de los residentes en Estados Unidos que hubieran nacido en ese país, con base en el censo de 1910. No obstante, México quedó exento de las cuotas para proteger los intereses económicos del suroeste estadounidense que necesitaban la mano de obra mexicana²⁶.

Posteriormente, se creó la Ley por Orígenes Nacionales de 1924, la cual fue nuevamente dirigida en contra de los inmigrantes provenientes del sur y este de Europa, principalmente católicos y ortodoxos, a quienes la mayoría protestante en los Estados Unidos veía con desaprobación dogmática. Esta ley reestructuró los criterios para la admisión de extranjeros y creó un sistema de selección que continuaría vigente hasta 1952. El número de inmigrantes que aceptarían sería sólo el 2% del total de residentes en el país con ese origen nacional hasta antes de 1890. La ley tuvo sus mayores efectos sobre los judíos, los eslavos, los griegos y los italianos que habían inmigrado en grandes cantidades después de 1890, y quienes

²⁵ Cfr. Ong Hing, Bill- *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 3.

²⁶ Cfr. Morales, Patricia- *Indocumentados mexicanos. Causas y efectos de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 44.

serían los principales afectados mediante el sistema de cuotas basado en la nacionalidad de los inmigrantes. La severidad de la ley fue ejemplificada con un incidente anterior a la Segunda Guerra Mundial, el del SS *St. Louis*, un barco que transportaba a 900 judíos proveniente de la Alemania nazi, arribó primero a Cuba y luego a los Estados Unidos, sólo para ser rechazado por los estadounidenses debido principalmente al sistema de cuotas²⁷.

A pesar de que los partidarios de esta ley intentaban, principalmente, impedir el flujo de inmigrantes del sur y este de Europa, mediante la regulación también eliminaron las pocas categorías de asiáticos que aún podían inmigrar. La ley estableció, la exclusión permanente²⁸ de todo "extranjero inelegible para adquirir la ciudadanía". Como los asiáticos estaban desprovistos de la posibilidad de naturalización de acuerdo con el estatuto de 1870, la posibilidad de su entrada a Estados Unidos fue cortada de tajo indefinidamente. La nueva prohibición incluía a los comerciantes, maestros y estudiantes, que anteriormente habían podido entrar a los Estados Unidos. El blanco principal de esta regulación eran los japoneses, quienes, mientras fueron sujetos del famoso "acuerdo de caballeros", no habían sido totalmente listados en las leyes federales migratorias de exclusión²⁹.

Para entonces, un sentimiento antifilipino surgió también. Los filipinos no fueron afectados por las cuotas de origen nacional establecidas en la ley de 1924 porque Filipinas se convirtió en colonia estadounidense en 1898, al finalizar la guerra entre España y Estados Unidos. Los filipinos eran nacionales estadounidenses pero no ciudadanos que podían ir y venir a su antojo. Ellos se convirtieron en una conveniente fuente de mano de obra barata

²⁷ Cfr. Ong Hing, Bill. *Immigration and the Law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 5.

²⁸ Por exclusión permanente se entiende, la imposibilidad de acceder a territorio estadounidense bajo ningún concepto.

²⁹ Cfr. Ong Hing, Bill. *Immigration and the Law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 4.

después de que la inmigración japonesa fue restringida en 1908 con el "acuerdo de caballeros". Inicialmente los filipinos se dirigían a Hawai pero para 1920 llegaron a California, a trabajar principalmente en granjas de cítricos y vegetales. Cuando no era temporada de cosecha trabajaban en restaurantes, hoteles y casas particulares como mensajeros, cocineros, choferes, lavaplatos, ayudantes domésticos y jardineros. Los exclusivistas³⁰ veían a los filipinos como una amenaza económica que quitaba las oportunidades de trabajo a los blancos y reducía los estándares de los salarios y de las condiciones de trabajo. Eventualmente, una extraña coalición de exclusivistas, anticolonialistas y nacionalistas filipinos se unió para promover la aprobación de la Ley Tydings-McDuffie en 1934. Bajo esta ley las Filipinas adquirirían su libertad en un plazo de 12 años (1946) y todos los filipinos residentes en Estados Unidos perderían su calidad de nacionales estadounidenses. Aquellos que estuvieran en el país serían deportados a menos que se volvieran inmigrantes, pero la cuota anual de inmigración permitida para los filipinos era de tan solo 50 visas³¹.

La Segunda Guerra Mundial tuvo un gran impacto sobre muchas políticas de inmigración y de refugiados³². El miedo a los extranjeros subversivos originó la promulgación de la Ley de Registro de Extranjeros de 1940. La toma de huellas digitales a los extranjeros y su registro se convirtió en la regla, así como la deportación de todos aquellos que representaran una "amenaza" bajo el difuso y acomodaticio concepto de "seguridad nacional".

La guerra cambió de nuevo el criterio estadounidense de admisión. Así, después de que los Estados Unidos y China se convirtieron en aliados en contra de Japón, el congreso

³⁰ El término "exclusivista" corresponde en inglés a "exclusionist" el cual indica a aquel que quiere excluir a otros de sus derechos o privilegios.

³¹ Cfr. Ong Hing, Bill. *Immigration and the Law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 5.

³² Como se dijo anteriormente el tema de los refugiados, pese a su importancia, no será tratado en este trabajo pues de hacerlo se excedería ampliamente el objeto de la presente tesis.

estadounidense acordó derogar algunos aspectos de las leyes de exclusión. El decreto derogatorio de 1943 permitió a los chinos naturalizarse y convertirse en ciudadanos estadounidenses; también quitó de los códigos la mayoría de las leyes que excluían a los chinos. A China se le asignó una cuota anual de 105 inmigrantes. En 1946, el congreso estadounidense excluyó de la cuota a las esposas chinas de ciudadanos estadounidenses. Ese mismo año, dos días antes de que Filipinas adquiriera su independencia de acuerdo a la ley Tydings-McDuffee, el congreso estadounidense extendió el derecho a la naturalización a los filipinos y a los hindúes. Las Leyes Humanitarias para las Personas Desplazadas de 1948 y 1950 permitieron la entrada de más de 400,000 refugiados a los Estados Unidos en un periodo de cuatro años, pese a que su entrada afectaría las cuotas de su país de origen en los años subsecuentes. Las esposas y los hijos de los soldados estadounidenses se beneficiaron con la Ley para las Desposadas durante la Guerra³³, mediante la cual se admitió a 118,000 personas. Además, conforme a la Ley para las Prometidas³⁴ resultaron beneficiadas otras 5,000³⁵.

Los prejuicios del sistema de cuotas por el origen nacional establecido en la ley de 1924 quedaron de manifiesto y fueron sujetos de severos ataques después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente cuando Estados Unidos asumió el control de hecho de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales. Por estas razones comenzó una discusión sobre el tema migratorio que llevaría a una nueva legislación.

En 1952, el congreso estadounidense inició el proceso legislativo que daría origen a la ley migratoria conocida como la Ley McCarran-Walter de 1952. Las bases para la exclusión en

³³ War Brides Act

³⁴ Fiancées Act

³⁵ Cfr. Ong Hing, Bill - *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 6.

la nueva ley eran extensas, con preceptos relativos a la salud, a la criminalidad, a la moralidad, a la pobreza, y a la subversión. Las bases para la deportación eran similares y proveían para la expulsión de aquellos que entraban sin inspección previa, de los que permanecían más tiempo del permitido por sus visas, de criminales, de subversivos, de narcotraficantes, de prostitutas y de todo aquel que violara los requisitos de registro e información. El proceso de deportación mediante un proceso judicial fue también establecido, sin embargo no se estableció el derecho a tener un defensor de oficio³⁶. Además, a partir de entonces, el primer 50% de la cuota procedente de cualquier país se otorgó a personas altamente calificadas o educadas, cuya migración beneficiara los intereses económicos de los Estados Unidos. El restante 50% se dispuso para los parientes cercanos identificados de ciudadanos estadounidenses o inmigrantes admitidos legalmente. Sólo en caso de que estos grupos no agotaran la cuota (cosa que nunca sucedió ni sucede), podía admitirse la inmigración tramitada por individuos en forma autónoma³⁷.

La ley de 1952 removió las barreras raciales para la inmigración aplicadas previamente a los chinos, y también eliminó la barrera de la "inelegibilidad para ser ciudadano" para poder naturalizarse estadounidense. Pero, a pesar de que abolió la zona asiática de exclusión establecida en 1917, creó una nueva zona restringida —el triángulo de Asia-Pacífico— constituido por los países comprendidos de India a Japón y todas las islas en el Pacífico que se encuentran al norte de Australia y Nueva Zelanda. Sólo se permitió la inmigración de un máximo de 2000 asiáticos provenientes de esta zona. Nuevamente las acciones del congreso estadounidense demostraron ser esquizofrénicas: la política exterior establecía un alto a la exclusión absoluta,

³⁶ Cfr. Ong Hing, Bill - *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 7.

³⁷ Cfr. Morales, Patricia - *Indocumentados mexicanos. Causas y rasgos de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 48.

pero la ideología exclusivista local no permitiría una inmigración que fuera más allá de la cuota simbólica de 2000 inmigrantes al año provenientes de toda la región de Asia-Pacífico³⁸.

La Ley McCarran-Walter ha sido enmendada en numerosas ocasiones pero sigue siendo la legislación encargada del tema migratorio en los Estados Unidos.

La ley fue reformada por el congreso estadounidense en 1965, sin embargo, estas enmiendas eran insuficientes. La nueva ley permitía la inmigración, mediante el sistema de visado, de 20,000 personas por cada uno de los países que no se encontrara en el Hemisferio Occidental. No obstante, la asignación de cuotas no tomaba en cuenta el tamaño del país de origen, de modo que China contaba con el mismo número de visas que Túnez. De las 170,000 visas que se asignaron al Hemisferio Oriental, 75% eran para reservadas para parientes de ciudadanos y residentes permanentes, y se disponía de un número ilimitado para familiares cercanos de ciudadanos estadounidenses³⁹.

Del mismo modo se establecieron dos categorías ocupacionales preferentes y una categoría no-preferente. Las categorías preferentes atendían a profesionales y a otros extranjeros que ocuparan trabajos par los cuales no hubieran suficientes trabajadores estadounidenses. Dentro de la categoría no-preferente, cualquier extranjero que invirtiera \$40,000 dólares en algún negocio podía calificar para inmigrar a los Estados Unidos⁴⁰.

³⁸ Cfr. Ong Hing, *Bill- Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 7.

³⁹ *Ibidem*. pg. 9.

⁴⁰ *Ibidem*.

A pesar de que el sistema de cuotas por origen nacional y que los vestigios en los códigos de las leyes de exclusión antiasiáticas fueron abolidos en 1965, el cambio representó un revés para la migración de mexicanos. Entre 1965 y 1976, mientras el número de visas aumentaron para el resto del mundo y se creó un sistema de preferencias definido, México y el Hemisferio Occidental enfrentaban restricciones numéricas. Adicionalmente, los aspirantes tenían que lidiar con requisitos de certificación laboral más estrictos. Como era de esperarse, debido las nueva limitaciones numéricas, para 1976 el proceso dio como resultado una alarmante acumulación de procesos de aproximadamente 3 años y una lista de espera con alrededor de 300,000 nombres. Para entonces los mexicanos usaban alrededor de 40,000 visas de las 120,000 asignadas al Hemisferio Occidental⁴¹.

En 1976, la ley revisó el sistema de inmigración del Hemisferio Occidental en el sentido de colocar a todos aquellos países junto a los del Hemisferio Oriental. Así el sistema que venía operando para entonces para los países occidentales, fue sustituido con el sistema de categoría preferentes junto con la limitación de 20,000 visas por país. De este modo, el número de visas que utilizaba México anualmente fue cortado a la mitad de la noche a la mañana y la mayoría de solicitantes se quedó atorado en el viejo sistema de las listas⁴².

Desde finales de los 70's y hasta la década de los 90's, las demanda mexicana para obtener visas continuó siendo alta y además apareció la demanda de ciertos países asiáticos. Para 1990, México, Filipinas, India, Corea, y chinos de China, Taiwán y Hong Kong, dominaban las categorías de reunificación familiar. Debido a las limitaciones numéricas por país, México y los países asiáticos compartían (y aún lo hacen) las más grandes acumulaciones

⁴¹ Cfr. Ong Hing, Bill. *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 9.

⁴² *Ibidem*.

en esta categoría. Esto era especialmente patente en el caso los hermanos de ciudadanos estadounidenses y parientes de residentes permanentes⁴³.

Los niveles de inmigración asiática no fueron previstos por los políticos que promulgaron las enmiendas de 1965. Cuando se aprobó la legislación se supuso que quienes serían más favorecidos por la misma serían los descendientes de aquellos que residían para entonces en Estados Unidos, es decir, los descendientes de europeos. Sin embargo, la inmigración europea decayó de hecho después de 1965 porque las reunificaciones familiares de aquellos provenientes de Europa ya se habían completado en su mayoría⁴⁴.

En su lugar, el número de inmigrantes asiáticos comenzó a aumentar a principios de los 70's, alcanzando su clímax hacia finales de esa década y durante los 80's, este hecho no pasó inadvertido para los actuales "nativistas". En 1982, como parte de un paquete legislativo, el senador republicado por Wyoming, Alan Simpson, inició una "cruzada" para eliminar la categoría migratoria que permitía que los ciudadanos estadounidenses se reencontraran con sus hermanos. Este individuo persistió en sus esfuerzos por abolir la mencionada categoría hasta que se retiró en 1996, sus esfuerzos estaban encaminados directamente en contra de los mexicanos y los asiáticos, quienes combinados constituían la mayoría que ocupaba la mencionada categoría de visas⁴⁵.

Un enfoque diferente se utilizó para responder al creciente dominio que los asiáticos y los latinos representaban en la inmigración de los 80's. A pesar de que una abrumadora

⁴³ Cfr. Ong Hing, Bill- *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 9.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

mayoría de la población en Estados Unidos era blanca, el congreso estadounidense introdujo un reforma a la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración para favorecer a 36 países que habían sido "perjudicados" por las reformas introducidas en 1965. Para considerar que un país fue "perjudicado" por las reformas de 1965, al país en cuestión se le debían de haber expedido menos visas después de 1965 que las que había recibido con anterioridad a esa fecha. De este modo, la lista incluía países tales como Gran Bretaña, Alemania y Francia, pero no a los países africanos que de hecho enviaron pocos inmigrantes antes de 1965. La reforma proveía 5,000 visas anuales adicionales de este tipo durante 1987 y 1988, pero este número se incrementó a 15,000 por año durante 1989 y 1990 a través de reformas posteriores⁴⁶.

En 1988, el congreso estadounidense reservó 20,000 visas adicionales para incrementar la "diversidad" migratoria por un periodo de 2 años. Esta ocasión las visas adicionales estaban disponibles para nacionales de aquellos países que estuvieran "sub-representados", a saber, cualquier estado extranjero que utilizase menos del 25% del total de 20,000 visas a las que tenía derecho en 1988. El resultado de esto fue que todos los países del mundo, menos trece, eran elegibles (dentro de los 13 países que no podían acceder a estas visas se encontraban México, Filipinas, China, Corea e India). Se recibieron más de 3.2 millones de solicitudes para las 20,000 visas. La ley extendió en 1990 el concepto de diversidad para las visas. Hasta el primero de octubre de 1994, un programa de transición de visas para la diversidad proveía de 40,000 visas al año para los países "perjudicados" por las reformas de 1965⁴⁷.

En 1986 se creó la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración (IRCA por sus siglas en inglés), para reformar ciertos aspectos de la legislación migratoria y para reducir el

⁴⁶ Cfr. Ong Hing Bill - *Immigration and the Law (Contemporary Legal Issues)*. Op. Cit. pg. 10.

⁴⁷ *Ibidem*.

número de trabajadores indocumentados que llegaban a Estados Unidos. La estrategia para reducir el número de estos trabajadores tenía dos vertientes: 1) garantizar la amnistía o la legalización de muchos de estos trabajadores, y 2) hacer ilegal la contratación de trabajadores indocumentados —mediante la aplicación de sanciones a los empleadores de este tipo de trabajadores— para desmotivar su contratación. Con la última medida se buscó disminuir la demanda de trabajadores indocumentados. Ambos métodos de control representaban un compromiso político. Debido a que a algunos congresistas estadounidenses les preocupó el hecho de que algunos empleadores pudieran escudarse en las sanciones para justificar la discriminación de aquellos trabajadores “que parecieran extranjeros”, la IRCA agregó prohibiciones en contra de ciertas prácticas de trato desigual relacionadas con la contratación de trabajadores indocumentados. Específicamente, la ley establece que es ilegal el que un empleador discrimine a alguien sobre la base del origen nacional, ciudadanía o calidad migratoria de esa persona (discriminación en base a la ciudadanía)⁴.

Muchos vieron como un concepto incomprensible el otorgamiento de amnistía y de la posibilidad de naturalizarse a los trabajadores indocumentados para controlar la inmigración indocumentada. Cuando la ley fue promulgada y aún ahora no se sabe a ciencia cierta el número de trabajadores indocumentados que se encontraban en territorio estadounidense. El rango de las estimaciones es amplio. Aquellos a favor de la legalización estimaban un total que iba de 1.5 a 9 millones de aspirantes potenciales, mientras que los opositores estimaban que alrededor de 20 millones de personas buscarían la legalización. Algunos críticos llegaron a opinar cosas como que un tercio de la población mexicana haría uso de la nueva ley para “legalizarse” en los Estados Unidos, para empeorar las cosas, otros fatalistas sugerían que cada

⁴ Cfr. Ong Hing, *Bill - Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 18.

aspirante eventualmente pediría que se legalizara a los miembros de su familia, con lo que una cadena de inmigración incontenible se desataría, algunos otros estimaban que en el plazo de 10 años habría en aquel país de 70 a 100 millones de nuevos ciudadanos⁴⁹.

En realidad, el congreso estadounidense sólo tenía tres alternativas: 1) legalizar a todos o algunos de los trabajadores indocumentados, 2) encontrar y deportar a algunos o a todos los trabajadores indocumentados, 3) no hacer nada. La segunda opción hubiera requerido de un enorme esfuerzo, así como de un enorme dispendio, para "acorralar" a los trabajadores indocumentados y en el proceso era seguro que se violarían una increíble cantidad de derechos, independientemente de que nunca hubiera funcionado. La tercera opción era políticamente imposible dado que el congreso estadounidense era presionado para "hacer algo" respecto a la inmigración indocumentada. Por ello, la legalización fue la única alternativa posible⁵⁰.

Había dos programas de "legalización": uno dirigido a aquellas personas que hubiesen residido en los Estados Unidos desde el primero de enero de 1982 y otro para los trabajadores agrícolas especiales⁵¹ que hubieran desempeñado labores agrícolas durante al menos 90 días entre el primero de mayo de 1985 y el primero de mayo de 1986.

Finalmente, 1.7 millones de candidatos aplicaron en el programa de residentes anteriores a 1982 y 1.2 millones lo hicieron como trabajadores agrícolas especiales. Alrededor del 70% de los aspirantes que solicitaron ser regularizados conforme al primer programa eran mexicanos; el siguiente grupo más numeroso fue el de salvadoreños (8.1%) seguidos por los

⁴⁹ Cfr. Ong Hing, Bill- *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 18.

⁵⁰ *Ibidem*, pg. 19.

⁵¹ SAW's por sus siglas en inglés (Special Agricultural Workers)

guatemaltecos (3%). Casi todos los aspirantes del programa de trabajadores agrícolas eran mexicanos (81.6% de las solicitudes)⁵².

La aprobación de la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración de 1986 fue visto como la culminación del debate político, social y legislativo acerca de la "falta de control" que los Estados Unidos tenían en su frontera sur. La creencia de que "algo" debía hacerse respecto a la gran cantidad de trabajadores indocumentados que entraron a los Estados Unidos provenientes de México durante la década de los 70's, tomó fuerza cuando durante la década siguiente comenzaron a llegar también trabajadores centroamericanos. Aquellos centroamericanos que inmigraban a territorio estadounidense, generalmente expulsados de sus hogares debido a la agitación de las guerras civiles que ocurrían en El Salvador, Guatemala y Nicaragua, fueron etiquetados, generalmente, como migrantes por razones económicas por la administración Reagan, el Servicio de Inmigración y Naturalización y los tribunales estadounidenses y no como refugiados políticos⁵³. A partir de 1971, las propuestas legislativas que contenían sanciones a los empleadores de trabajadores indocumentados fueron cabildeadas como respuesta al problema de los trabajadores extranjeros indocumentados. Para el final de la administración Carter, en 1980, una comisión especializada en políticas migratorias y de refugiados esbozó que era necesaria una legislar respecto al tema de las sanciones.

A pesar de la creencia del congreso estadounidense de que "algo" debía de hacerse acerca de los trabajadores extranjeros indocumentados fue lo que llevó a los congresistas a

⁵² Seguidos por los haitianos (3.4%), salvadoreños (2%) y guatemaltecos e hindúes (1.4% respectivamente). Cfr. Ong Hing, Bill - *Immigration and the Law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 19.

⁵³ Para tener un panorama de los diferentes criterios con que eran tratados los refugiados centroamericanos y los refugiados de otras partes del mundo Cfr. Ong Hing, Bill - *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 11-17.

probar la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración de 1986, el hecho de que el congreso balanceara las sanciones a los empleadores con la legalización de los trabajadores indocumentados, no significó que los congresistas apoyaran la idea de legalización en sí misma. El congreso estadounidense concluyó esencialmente que con un flujo de extranjeros sin documentos que cruzaban la frontera sin revisión alguna, la frontera sur estaba fuera de control. Era ampliamente supuesto que la población de los Estados Unidos compartía este temor. La oposición a la legalización fue intensa y el paquete de reformas apenas sobrevivió el proceso en la Cámara de Representantes⁵⁴.

En principio, podría creerse la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración fue un giro a favor de la inmigración debido a las disposiciones de la legalización. Sin embargo, las disposiciones que concedían la amnistía apenas sobrevivieron en la Cámara de Representantes, mientras que las sanciones a los empleadores de indocumentados recibieron un abrumador apoyo legislativo.

La legislación de la década de los 90's marcó cambios significativos a las categorías de selección de inmigrantes, con mayor impacto en las visas de inmigrantes relacionadas con empleo. El sistema preferencial que había mezclado previamente las categorías de familiares y empleo fue dividida en el sistema de selección para familiares y un sistema de selección relacionado con empleo. Se introdujo un ligero aumento al número de visas disponibles para los familiares de ciudadanos estadounidenses y para los de los residentes permanentes (alrededor de 465.000), pero el número de visas relacionadas con el empleo casi se triplicó a

⁵⁴ De último minuto, el 10 de octubre de 1986, un diputado presentó una enmienda al proyecto por la que se suprimía la legalización de indocumentados del texto de la ley. La enmienda presentada fue rechazada por la cámara con una votación de 199 a favor de la iniciativa original y 192 en contra de la misma, con 41 abstenciones. Cft. Ong Hing, *Bill - Immigration and the Law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 19.

140,000 visas al año. La reunificación familiar se mantuvo como el principio más importante para las categorías de inmigrantes⁵⁵.

Los cambios que se introdujeron en lo referente al cumplimiento de la ley se resumen mejor a través de los cambios hechos a la ley en 1996 mediante la Ley de la Reforma a la Inmigración Ilegal y de Responsabilidades de los Inmigrantes (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act o IIRIRA). Con esta ley el congreso estadounidense amplió la categoría de "delito calificado"⁵⁶ (que imposibilita muchas de las formas de aligeramiento de la pena), instituye políticas obligatorias de detención de los extranjeros criminales, elimina la revisión judicial para muchos tipos de casos, establece tiempos perentorios para la interposición de las solicitudes de asilo, acelera el proceso de expulsión de los extranjeros capturados en la frontera, impone sanciones más estrictas en contra de los extranjeros indocumentados e incrementa el número de agentes de la patrulla fronteriza para la vigilancia de su frontera⁵⁷. Es decir, la IIRIRA representó el ejemplo claro de una política migratoria represiva que sigue planteándose el tema migratorio en términos de exclusión irreflexiva.

⁵⁵ Cfr. Ong Hing, Bill - *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*, Op. Cit. pg. 19.

⁵⁶ El término que corresponde en inglés es "aggravated felony"

⁵⁷ Cfr. Ong Hing, Bill - *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*, Op. Cit. pg. 19.

3.2 La migración indocumentada.

Los convenios de braceros celebrados entre México y los Estados Unidos finalizaron en 1964, con la renovación de poderes en México⁵⁸. Mediante estos convenios, en el espacio de 22 años, fueron contratados poco más de cuatro millones y medio de braceros y se deportaron en ese mismo periodo a poco menos de cinco millones de trabajadores mexicanos. Se ha señalado que con la finalización de los convenios, se dio paso a la era del flujo migratorio indocumentado⁵⁹.

Obviamente, la migración indocumentada no es característica exclusiva de este periodo. Desde que se inició el proceso migratorio, hubo emigrantes que evadieron controles o no cumplieron con los requisitos formales. Lo que caracteriza a esta etapa es la magnitud del flujo migratorio con carácter de indocumentado y la política de control policiaco-migratorio cada vez más estricto por parte de las autoridades estadounidenses. Los gobiernos de ambos países sabían que la clausura de los convenios no iba a suponer el fin de la migración. De esto estaban consientes tanto emigrantes como empleadores. Así, el proceso migratorio continuó su curso⁶⁰.

La migración de los primeros 22 años posteriores a la cancelación de los programas braceros (1964-1986) cambió de características. En esta primera etapa los braceros cambiaron de nombre y de estatus, ahora eran ilegales (en realidad, indocumentados) y entre ellos había dos modalidades: los "mojados" –que cruzaban a nado el río Bravo- y los "alambristas" –

⁵⁸ Con el cambio de sexenio de Ruiz Cortines a López Mateos.

⁵⁹ Cfr. Durand, Jorge.- *Más allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*. - Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.- México, D.F.- 1994.- pg. 92.

⁶⁰ *Ibidem*. pg. 135.

quienes se escabullía por la alambrada que recorría algunos lados de la frontera. También aparecieron los "micaelos", es decir, quienes habían obtenido una mica, un permiso de trabajo que les permitía pasar libremente por los puestos fronterizos⁶¹. Para llegar "al otro lado" utilizaban diversos métodos, no obstante, se pueden distinguir cuatro soluciones bastante socorridas: mediante un "coyote", por cuenta propia, con documentos falsos o mediante una combinación de métodos legales y otros no permitidos —entrar con visa de turista y después buscar un trabajo⁶².

Durante todo este tiempo, las autoridades mexicanas vieron al fenómeno como una "válvula de escape" a las presiones socioeconómicas al interior del país, de hecho, las autoridades pretendían ignorar el fenómeno en la medida en que éste les "aligeraba" sus obligaciones sociales, a la vez, no existió un proyecto del gobierno mexicano encaminado a la protección de los trabajadores migratorios mexicanos⁶³.

El fenómeno migratorio se fue modificando en otros aspectos, así, apareció el fenómeno de la maquila⁶⁴ y el del desarrollo regional y comercial en torno a los centros urbanos fronterizos. Del mismo modo, la composición del flujo migratorio cambió. A las corrientes migratorias de campesinos se le sumaron flujos provenientes de medios urbanos, con mayor grado de escolaridad y de experiencia laboral⁶⁵. El deterioro del poder adquisitivo en México y la oferta de trabajo en los Estados Unidos continuaron siendo fuertes motivos de migración.

⁶¹ Cfr. Durand, Jorge.- *Más allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*. Op. Cit. pg. 135.

⁶² *Ibidem*. pg. 136.

⁶³ *Ibidem* pg. 72.

⁶⁴ Cuando terminaron los convenios de braceros y debido a la magnitud del movimiento migratorio interno, México desarrolló un plan para desarrollar la zona de la frontera norte y dar trabajo a los antiguos braceros. Este Programa de Industrialización Fronteriza constituía también una respuesta a la tendencia que mostraban las industrias estadounidenses a migrar en busca de mano de obra barata. Cfr. Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 300.

⁶⁵ Cfr. Durand, Jorge.- *Más allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*. Op. Cit. pg. 74.

A lo largo de todo este periodo se mantuvo una constante: a los trabajadores migratorios no se les reconocieron sus derechos, por lo que eran fácilmente explotados por sus empleadores estadounidenses; aunado a esto, la xenofobia y el racismo fueron consolidándose en cierto grupo de la población civil estadounidense y en el discurso demagogo de los patéticos políticos estadounidenses que esgrimían el argumento de la "invasión indocumentada" como mecanismo para obtener votos en las contiendas electorales. Esta tendencia se vería reflejada en propuestas de ley durante la década de los noventa.

Una segunda etapa de este periodo se presentó en 1986, con la expedición de la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración y la legalizaron de cerca de 2 millones de trabajadores mexicanos que antes eran indocumentados⁶⁶. Como se dijo anteriormente, la ley fue una respuesta del gobierno estadounidense ante la creciente presión de su ciudadanía para "hacer algo" sobre el "problema" de los inmigrantes. Como también se dijo, esta era la única opción viable con que contaban los políticos estadounidenses. El trámite de legalización no sólo benefició a mexicanos, también benefició a personas procedentes de Centroamérica y de otras regiones del planeta. Con esto se reveló una tendencia en la inmigración de finales de los ochenta y de la década de los noventa: además de trabajadores indocumentados mexicanos, la pobreza en los países centroamericanos impulsó a un mayor número de sus nacionales ha desplazarse hasta los Estados Unidos en busca de empleo. De este modo, tanto mexicanos como centroamericanos llegan hasta la frontera sur de los Estados Unidos para encontrar un modo de cruzar y poder establecerse "del otro lado"⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. Durand, Jorge.- *Más allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*. Op. Cit. pg. 61.

⁶⁷ *Ibidem*.

Durante la década de los noventa se presentaron dos hechos que ejemplificaron con claridad la óptica xenófoba, racista e irreflexiva de una gran parte de la sociedad estadounidense respecto al fenómeno de los trabajadores migrantes indocumentados. La década mencionada puede ser vista como el inicio de una tercera etapa en esta era del flujo migratorio indocumentado, en la cual los migrantes se enfrentan a políticas migratorias más severas.

Por varias décadas prevaleció en Estados Unidos la visión de que el fenómeno migratorio mencionado era de naturaleza criminal a la que correspondía medidas de carácter policiaco para su solución, a su vez, se consideraba que estas medidas debían de ser de carácter unilateral. De este modo, poco a poco se fue consolidando la imagen de los indocumentados como criminales a los que había que castigar y expulsar a cualquier costa del territorio estadounidense, así se creó el clima necesario para la adopción de la "propuesta 187" y el establecimiento de el Operativo Guardián⁶⁸.

La "propuesta 187" fue originada en el estado de California en 1994 y fue aprobada por dos tercios del electorado de ese estado. Mediante la misma, se establecía la obligación para todos los empleados del gobierno estatal de denunciar a la policía a "cualquier persona que les pareciera sospechosa de ser un extranjero ilegal". La cuestión radicaba en que en un estado donde los arrestos de mexicanos ha representado el 90% del total de arrestos de indocumentados provenientes de todo el mundo, la imagen de un "extranjero ilegal" es igual a la de un mexicano. Afortunadamente, la ley no fue puesta en práctica porque una juez federal, Mariana R. Pfaelzer, expidió una orden de suspensión por inconstitucionalidad y bloqueó sus

⁶⁸ Cfr. Bustamante, Jorge A. "Comentario a 'La migración en América'" en De Olloqui, José Juan.- *Estudios en torno a la migración*.- UNAM.- México, D.F.- 2001.- pg. 25.

efectos. No obstante, la infame propuesta estableció una criminalización *a priori* de todo aquel que pareciera mexicano, lo que hizo del color de la piel el criterio más directo para que cualquiera pudiera hacer arrestar a quien, bajo cierto perfil racial le pareciera sospechoso⁶⁹.

A fines de 1994, la patrulla fronteriza estadounidense puso en marcha al denominado Operativo Guardián (Operation Gatekeeper). De ese año al 2000, la frontera entre California y Baja California fue reforzada con más patrulleros, mallas, alumbrado, sensores, telescopios de visión nocturna, etc. —un gasto que excede fácilmente los mil millones de dólares— con el objeto de impedir el cruce de indocumentados a territorio estadounidense. La estrategia de la patrulla fronteriza consiste en "desbaratar" los patrones tradicionales del cruce de indocumentado y desviar los cruces a lugares cada vez más remotos y peligrosos, sobre todo a los desiertos de California y Arizona. De este modo, se empuja a los migrantes hacia las montañas y el desierto al este de San Diego, donde los picos ascienden a 1,800 metros y las temperaturas rebasan los 50 grados centígrados. El argumento de la patrulla es el de "desalentar a los indocumentados a cruzar" sin embargo, una lectura más fundamentada en los hechos revela que las autoridades estadounidenses colocan deliberadamente a los trabajadores indocumentados en rutas que constituyen un peligro claro y evidente para su vida⁷⁰. De este modo, se mantiene y privilegia el enfoque con el cual se le despoja al trabajador indocumentado cualquier calidad humana para observarlos como seres indeseables que pueden ser forzados mediante la fuerza pública a alejarse del intocable territorio estadounidense.

⁶⁹ Cfr. Bustamante, Jorge A.- "Comentario a 'La migración en América' " en De Olloqui, José Juan.- *Estudios en torno a la migración*. Op. Cit. pg. 25.

⁷⁰ La información y los datos estadísticos fueron obtenidos a través de la página electrónica de la American Civil Liberties of San Diego and Imperial Counties: <http://www.aclusandiego.org/> así como del sitio <http://www.stopgatekeeper.org/>

La patrulla fronteriza considera que Guardián es un “modelo” para el resto de la frontera suroeste e intenta “duplicarlo” en otras partes. De hecho, Yuma, Arizona, ya es una extensión de Guardián. Desde el inicio del operativo hasta octubre de 2001 murieron 743 migrantes debido a la estrategia de “redireccionamiento” que Guardián promueve. Por su parte, el total de muertes de migrantes en toda la frontera de 1995 al 2000 alcanzó la cantidad de 1,870 trabajadores, es decir, un promedio de una muerte al día. Mientras, el total de detenidos tan sólo en la suroeste de los Estados Unidos fue de 424,730 durante 2001⁷¹.

Adicionalmente, no sólo las autoridades ejercitan medidas que ponen en peligro la vida de los inmigrantes, también los “verdaderos estadounidenses” empezaron a actuar como unidades paramilitares para detener la invasión de indocumentados. En 1999, en Arizona, grupos de rancheros decidieron convertirse en “cazadores de inmigrantes”, a los que se dedicaron a perseguir por el simple hecho de traspasar el sagrado suelo estadounidense e invadir su sacrosanta propiedad privada, para luego entregarlos a las autoridades migratorias. Lo alarmante del asunto es que estos individuos declararon que la patrulla fronteriza no dejaba de “felicitarlos” por capturar (o bien cazar) migrantes. Más aún, tocante a los arrestos que los rancheros realizaban dentro de sus propiedades, la entonces Comisionada de Inmigración, Doris Meissner, sostuvo que eran válidos, pues constituían una respuesta a la ofensa de atravesar los ranchos sin permiso y que el problema de la inmigración era responsabilidad de las autoridades mexicanas pues de este lado de la frontera se debía de combatir con más ímpetu a los “polleros”⁷².

⁷¹ La información y los datos estadísticos fueron obtenidos a través de la página electrónica de la American Civil Liberties of San Diego and Imperial Counties: <http://www.achsandiego.org/> así como del sitio <http://www.stopgatekeeper.org/>

⁷² *Ibidem*.

Del otro lado de la moneda, dos ONG's estadounidenses con sede en California (American Civil Liberties of San Diego and Imperial Counties y California Rural Legal Assistance Foundation) denunciaron a los Estados Unidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 9 de mayo de 2001, bajo el argumento de que Guardián —operación diseñada, puesta en práctica y mantenida por el gobierno estadounidense- viola el derecho a la vida establecido en el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁷³. Desafortunadamente, actitudes como ésta son las menos y las actitudes de paranoia, racismo y xenofobia son ampliamente aceptadas y bien recibidas por parte de una población estadounidense frustrada, irreflexiva, desinformada y fácilmente manipulable.

Ante esta serie de políticas implementadas por las autoridades estadounidenses y ante las actitudes de cierta parte de su población cabría preguntarse cómo puede justificarse actualmente el uso de la fuerza pública contra personas que buscan entrar de forma pacífica en un determinado territorio simplemente para encontrar un trabajo y mejores oportunidades para ellos y sus hijos, cómo se puede justificar una óptica que ve a seres humanos sólo cuando estos cuentan con "papeles", cómo se puede ser tan necio como para no entender que levantar muros no soluciona ningún problema y es una respuesta que simplemente pretende ocultarlos, cómo se puede esperar el pleno reconocimiento y vigencia de los derechos humanos si en el centro mismo de la política y la legislación migratoria habitan el racismo y la xenofobia.

⁷³ Cfr. Bustamante, Jorge A.- "Comentario a 'La migración en América'" en De Ollóqui, José Juan.- *Estudios en torno a la migración*. Op. Cit. pg. 42.

3.3 Capital sí, trabajadores no.

Resulta curioso el que ni siquiera nos parezca extraño que el discurso de la libertad del comercio no acarree la libertad de circulación de los trabajadores. Estados Unidos ejemplifica con suma claridad la situación. Mientras que los estadounidenses exigen y propugnan a nivel mundial por el libre mercado, al interior de su país mantienen una política de acceso restringido de trabajadores.

Los capitales de las grandes transnacionales sí pueden migrar, se pueden desplazar a las regiones de la tierra que mejor les acomoden sin mayor oposición. Pero los trabajadores no pueden dejar libremente el suelo en el que nacieron, necesitan de "papeles". De hecho, las transnacionales generalmente migran de su país de origen a otros países con el objetivo de reducir sus costos, es decir, se van a los lugares en los que producir les cueste menos, lo que significa simplemente que emigran a los lugares en los cuales consiguen mano de obra barata y abundante, lugares en donde le pagan menos a los trabajadores. La libertad de comercio y el libre mercado así lo permiten. En contraste, el libre mercado ni supone ni autoriza el libre desplazamiento de trabajadores.

Se argumenta que el asentamiento de empresas transnacionales es benéfica para el país en el que se asienta: creará empleos, elevará las condiciones de vida y traerá progreso. En cambio, se suele decir que el libre desplazamiento de trabajadores es perjudicial para las economías locales de los territorios a los que arriban. Así, en Estados Unidos el discurso general sostiene que los trabajadores indocumentados sólo acarrearán delincuencia, reducciones en los salarios establecidos (porque hay personas dispuestas a trabajar por menos dinero), le

quitan el empleo a los ciudadanos y finalmente desestabilizan a la sociedad. El arribo de capitales es una bendición, pero el arribo de trabajadores es una maldición.

La realidad es distinta al discurso. Los trabajadores indocumentados no sólo no son elementos perjudiciales y destructores de la economía estadounidense sino que constituyen una parte indispensable para su mantenimiento. Históricamente, los estadounidenses se han valido de la mano de obra indocumentada para sostener su crecimiento económico y a cambio de ello han menospreciado y humillado a los trabajadores indocumentados. Estos trabajadores aportan más a la sociedad estadounidense que lo que de ella reciben por concepto de educación, vivienda o seguridad social (todos los cuales son derechos no privilegios, por cierto). La libre explotación de estos seres humanos es lo que ha permitido mantener el nivel de competitividad de muchas empresas estadounidenses en el libre mercado a nivel internacional.

Un ejemplo de lo dicho. Mientras en California la ciudadanía y las buenas conciencias aprobaban por mayoría de dos tercios la propuesta 187, el Ministerio del Trabajo del gobierno estadounidense publicaba los resultados de una poco difundida investigación sobre los trabajadores agrícolas indocumentados que concluyó de la siguiente manera:

“En efecto, los trabajadores migratorios, tan necesarios para el sistema de producción agrícola de uso intensivo de mano de obra de Estados Unidos, subsidian a este sistema a costa de la indigencia de ellos y de sus familias. Este sistema funciona mediante la transferencia de costos de producción a los trabajadores a quienes deja un ingreso tan marginal que, en su

mayoría, sólo los recién llegados y los que carecen de otras opciones, son los que aceptan trabajar en nuestros campos agrícolas"⁷⁴.

La contradicción entre esta conclusión y la percepción general de los californianos respecto de los indocumentados pone en evidencia la oquedad del discurso xenófobo que excluye a los trabajadores indocumentados, y lo muestra como una pantalla oportunista para continuar con la explotación de estos seres humanos.

Si el capital puede movilizarse a través de las fronteras, con resultados cada vez más cuestionables⁷⁵, por qué se debe restringir el desplazamiento de trabajadores que han contribuido palpablemente a las economías locales basándose en argumentos que ni siquiera reconocen la realidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁷⁴ Cfr. Bustamante, Jorge A.- "Comentario a 'La migración en América' " en De Olloqui, José Juan- *Estudios en torno a la migración*. Op. Cit. pg. 26.

⁷⁵ En la actualidad buena parte de las inversiones externas a nivel mundial parece tener mayor devoción por la especulación bursátil que por el financiamiento de infraestructura (escuelas o fábricas). Del total de transacciones internacionales de títulos y divisas, el 82% cumplen un viaje de ida y retorno desde el país en que se generan no superior a los 7 días, y el 43% tiene una duración de sólo 2 días. Obviamente, estas transacciones sólo buscan la ganancia inmediata, no la inversión a mediano y largo plazo, que es la que crea empleos y arroja beneficios para la economía real y no simplemente para la economía financiera. Cfr. Carbonell, Miguel- *La constitución en crisis. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Op. Cit. pg. 47.

CAPÍTULO 4: EL MARCO LEGAL ESTADOUNIDENSE.

Debido a la amplitud del tema y a la complejidad de la legislación estadounidense en materia migratoria, en este capítulo se mencionaran únicamente los artículos de la legislación que se han considerado como los más importantes para el tema del presente trabajo¹.

4.1 Immigration and Naturalization Service.

El Servicio de Inmigración y Naturalización de los Estados Unidos (Immigration and Naturalization Service o INS) tiene antecedentes que se remontan al año de 1880. En esa época, existían juntas y comisiones en cada estado eran las encargadas de la aplicación de la legislación migratoria, quienes seguían las directrices de los oficiales del Ministerio del Tesoro estadounidense. A nivel federal, los oficiales recaudadores aduaneros estacionados en cada puerto de entrada se encargaban de la recolección del dinero que por concepto de impuestos pagaban los inmigrantes. Mientras, los "inspectores de chinos" se encargaban de aplicar la Ley de Exclusión de Chinos. Cuando el congreso estadounidense aumentó la lista de exclusión hizo más compleja la regulación en materia migratoria. Mediante la ley migratoria de 1891 se creó la Oficina del Superintendente de Inmigración², la cual se ubicó al interior del Ministerio del Tesoro y supervisó la formación de un nuevo cuerpo de inspectores migratorios, éstos fueron emplazados en los principales puertos de entrada a los Estados Unidos.

¹ Dada la dificultad de encontrar legislación migratoria estadounidense en librerías o bibliotecas del país, la mayoría de la información se obtuvo a través de la página electrónica oficial del Servicio de Inmigración y Naturalización de los Estados Unidos. (Immigration and Naturalization Service. <http://www.ins.usdoj.gov/>). La traducción de la información es responsabilidad del autor del presente trabajo.

² Office of the Superintendent of Immigration.

Conforme a la ley de 1891, el gobierno federal asumió la tarea de inspeccionar, admitir o rechazar y procesar a todos los inmigrantes que desearan ingresar a los Estados Unidos. La primera tarea de la Oficina del Superintendente de Inmigración fue la de verificar los registros de llegada (listas de pasajeros) de cada barco tan pronto como arribaban al país, responsabilidad que le había correspondido al Servicio de Aduanas desde 1820. Hacer cumplir la legislación migratoria fue una nueva función federal y en 1890 se dieron los primeros intentos para implementar una política nacional en materia migratoria.

Las operaciones iniciaron en el puerto de Nueva York en el entonces recién inaugurado puesto migratorio de la isla Ellis³, el cual se abrió el 2 de enero de 1892. La Oficina del Superintendente de Inmigración continuó con la construcción de puestos de control migratorio en los demás puertos de entrada principales en los primeros años del siglo XX. En los puertos de Nueva York, Boston y Filadelfia, la Oficina contrató a varios inspectores migratorios que habían trabajado previamente para los servicios migratorios de las entidades federativas. En otros puertos, la Oficina creó un cuerpo de inspectores mediante la contratación de antiguos inspectores aduanales e “inspectores de chinos” o mediante el entrenamiento de reclutas. La Oficina se financió en esos primeros años mediante un “fondo de migración” –creado con el dinero de los impuestos que pagaban los inmigrantes en los puestos de control- hasta el año de 1909, cuando el congreso estadounidense reemplazó el fondo por una asignación anual.

Durante sus primera décadas en la isla Ellis, la Oficina del Superintendente de Inmigración formalizó los procedimientos básicos migratorios. Los inspectores cuestionaban a

³ Este puesto de control empleaba a 119 de las 180 personas que constituían el personal del Servicio de Inmigración en 1893.

los inmigrantes para determinar su admisibilidad y llevaban registros de las personas admitidas y rechazadas.

Con la ley de 2 de marzo de 1895, el congreso estadounidense aumentó el control federal en materia migratoria, elevó a la Oficina de Inmigración a la categoría de Agencia de Inmigración⁴ y cambió el nombre del titular de la misma de Superintendente a Comisionado General de Inmigración⁵. Posteriormente, en 1900 se le asignó al Comisionado la responsabilidad de vigilar el cumplimiento de la ley de exclusión de chinos y de la ley de contratación de extranjeros. Debido a que la mayoría de las leyes de entonces buscaban "proteger" a los trabajadores nacionales de los extranjeros, la Agencia de Inmigración fue transferida del Ministerio del Tesoro estadounidense al recién creado Ministerio del Trabajo y del Comercio, mediante la ley de 6 de junio de 1903.

A través de la Ley de Naturalización de 1906 se establecieron formas estándares de naturalización, se alentó a las cortes locales y estatales a ceder su jurisdicción en materia de naturalización a favor de las cortes federales y se convirtió a la Agencia de Inmigración en la Agencia de Inmigración y Naturalización.

Para estandarizar los procedimientos de naturalización en todo el país, la Agencia de Inmigración y Naturalización recolectó registros de naturalización de cada una de las cortes relativas a la materia y, para evitar fraudes, la Agencia revisaba los registros para verificar que cada solicitante hubiera ingresado legalmente en los Estados Unidos. Cuando el Ministerio del Trabajo y del Comercio fue dividido en dos ministerios independientes en 1913, la Agencia de

⁴ Bureau of Immigration.

⁵ Commissioner-General of Immigration.

Inmigración y Naturalización fue dividida a su vez en la Agencia de Inmigración y la Agencia de Naturalización. Ambas Agencias existieron separadas y en el interior del Ministerio del Trabajo hasta 1933.

Cuando el congreso estadounidense expidió la Ley Migratoria de 1917, se dejó bajo la responsabilidad de la Agencia de Naturalización la administración de los exámenes de alfabetismo.

Con el estallido de la Primera Guerra Mundial, la Agencia de Inmigración tuvo a su cargo el internamiento de los extranjeros enemigos en campos de detención. El requisito del pasaporte -impuesto mediante un decreto presidencial de 1918- incrementó el papeleo realizado por la Agencia durante la inspección de inmigrantes y en los procesos de deportación. Este requisito interrumpió además el tráfico rutinario en las fronteras con Canadá y México, por lo que la Agencia de Inmigración comenzó a expedir credenciales de cruce fronterizo⁶.

Posteriormente, al adoptarse la legislación migratoria de cuotas, en 1921 y 1924, la Agencia de Inmigración admitió únicamente a los inmigrantes que contaran con una visa válida y le prohibió la entrada a todo aquel que no cumpliera con este requisito administrativo. El corolario a esta estricta política migratoria fue el incremento en la migración indocumentada. En respuesta a este tipo de migración, el congreso estadounidense creó, en 1924, la patrulla fronteriza⁷, al interior de la Agencia de Inmigración.

⁶ Border crossing cards.

⁷ Respecto de la patrulla fronteriza se hablará con un poco más de detenimiento al final de este punto.

Mediante la Orden Ejecutiva 6166⁸ de 10 de junio de 1933, las dos agencias se reunificaron en una sola agencia, denominada desde entonces Servicio de Inmigración y Naturalización (Immigration and Naturalization Service). Durante esa década las deportaciones constituyeron una gran parte del trabajo del Servicio.

En 1940, el Plan de Reorganización Presidencial Número V⁹ transfirió al INS del Ministerio de Trabajo al Ministerio de Justicia de los Estados Unidos. Durante esta época el INS se encargó, conforme al Programa de Registro de Extranjeros, de tomar las huellas digitales -y llevar un registro de todas ellas- de cada extranjero que ingresaba a territorio estadounidense; del mismo modo, tuvo a su cargo la organización y el manejo de los campos de detención de extranjeros enemigos; la administración del programa de contratación de trabajadores agrícolas extranjeros para cosechar los campos que los estadounidenses no cosecharon debido a la guerra. La única tarea que el INS dejó de realizar fue la de vigilar el cumplimiento de las leyes de exclusión de chinos pues las mismas fueron derogadas por el congreso estadounidense en 1943. En esta época, la fuerza de trabajo del Servicio se duplicó: de 4,000 personas que trabajaban para el INS el número se elevó a 8,000.

A mediados de la década de los 50's, el Servicio de Inmigración y Naturalización se enfocó principalmente en dos actividades, ambas derivadas de la paranoia de cierta parte de la población estadounidense respecto a los migrantes. La primera actividad consistió en un reforzamiento del control fronterizo aunado a una intensa política de deportaciones, en este contexto figuró la Operación Espalda Mojada (Operation Wetback, 1954) mediante la cual se

⁸ Executive Order 6166.

⁹ President's Reorganization Plan Number V.

deportó a más de un millón de trabajadores mexicanos¹⁰. La segunda preocupación de los estadounidenses consistió en el peligro que constituían los "peligrosos criminales indocumentados", lo que condujo al INS a la deportación de "comunistas", subversivos, y "figuras criminales reconocidas".

Las responsabilidades del INS aumentaron con la expedición de la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración de 1986 (IRCA), mediante esta ley era responsabilidad del INS la aplicación de sanciones en contra de todos aquellos empleadores estadounidenses que contrataran mano de obra indocumentada. Para llevar a cabo su encomienda, al INS se le dotó de la capacidad para investigar, perseguir e imponer multas a aquellas corporaciones o individuos que empleasen trabajadores indocumentados, asimismo, al INS se le dio la capacidad para deportar a todo aquel trabajador que encontrara trabajando sin "papeles". Del mismo modo, el programa para la legalización de trabajadores indocumentados contemplado por la IRCA fue administrado por el INS.

Los cambios en los patrones migratorios mundiales, la facilidad para desplazarse internacionalmente por negocios o placer, y un mayor énfasis en el control de la inmigración indocumentada provocaron el crecimiento del INS desde las últimas décadas del siglo XX hasta nuestros días. La fuerza de trabajo del Servicio de Inmigración y Naturalización pasó de 8,000 personas durante la Segunda Guerra Mundial y hasta la década de los 70's a más de 30,000 empleados en los 36 distritos del INS. La fuerza original de inspectores migratorios se convirtió en un poderoso cuerpo encargado de la materia migratoria estadounidense, bajo cuya

¹⁰ El general Swing, a cargo de la operación, se presentó ante una junta de rancheros texanos y les dijo: "cuando el presidente me eligió para este cargo me ordenó 'limpiar' la frontera, y eso es precisamente lo que voy a hacer". Cfr. Morales Patricia. *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 194.

responsabilidad se encuentran las actividades de inspección, examen, legalización e investigación de extranjeros, el trámite de refugio y asilo y el patrullaje de las fronteras estadounidenses. De igual manera, es su responsabilidad directa la aprehensión y deportación de migrantes indocumentados. Para llevar a cabo su tarea el INS cuenta con un presupuesto exorbitante¹¹ y se vale de tecnología de punta y de prácticas policiaco-militares para impedir el ingreso de migrantes indocumentados a territorio estadounidense. El último caso de control policiaco-militar tan estricto en la historia reciente equiparable a este fue el del muro de Berlín.

Antes de pasar el siguiente tema, es conveniente hablar un poco más del brazo policiaco del INS: la patrulla fronteriza. Esta fue establecida oficialmente el 28 de mayo de 1924 mediante una ley del congreso estadounidense que respondía al aumento de la migración indocumentada. Conforme a esta ley, el pequeño cuerpo de guardias fronterizos adscritos en ese entonces a la Agencia de Inmigración fue reorganizado en la patrulla fronteriza. A este cuerpo, de tan sólo 450 agentes en sus inicios, se le encomendó la tarea de combatir la migración indocumentada y el aumento en el tráfico de personas indocumentadas en las fronteras. Pese a los cambios que ha experimentado la patrulla fronteriza desde su comienzo, su objetivo principal continúa siendo el mismo: detectar y evitar la entrada de extranjeros indocumentados a los Estados Unidos. Este cuerpo es directamente responsable de patrullar los 9,600 kilómetros de frontera con México y Canadá y de los 3200 kilómetros de aguas costeras que rodean la Península de Florida y la isla de Puerto Rico. Actualmente, la patrulla fronteriza cuenta con una fuerza de más de 10,000 agentes quienes utilizan equipo tecnológico altamente sofisticado, vehículos, aeronaves, etc.

¹¹ El INS cuenta con un presupuesto para los años 2001, 2002 y 2003 de 3,500 millones de dólares, 3,596 millones de dólares y 4,132 millones de dólares, respectivamente. De este modo se convierte en la tercera dependencia con mayor presupuesto al interior del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos, sólo por debajo del Sistema Federal Penitenciario y del FBI. (Datos obtenidos a través de la búsqueda de estadísticas contenidas en la página electrónica oficial de la Casa Blanca <http://www.whitehouse.gov/omb/budget/fy2003/index.html>)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La principal misión de la patrulla fronteriza es la detección y aprehensión de extranjeros indocumentados en la frontera o en sus alrededores. El cuerpo mantiene vigilancia continua de la frontera mediante monitores, alarmas, sensores y observación aérea. Otras de sus tareas son: la instalación de retenes para la revisión de personas que instalan a lo largo de las principales carreteras situadas en la zona fronteriza, el patrullaje en las ciudades fronterizas y las investigaciones para combatir el contrabando. Las actividades de la patrulla se pueden clasificar en:

1.- Observación y rastreo.- La observación se lleva a cabo en las cercanías de las fronteras terrestres y marítimas, y el rastreo es la detección e interpretación de cualquier alteración en las condiciones naturales del terreno que puedan indicar la presencia o ingreso de personas, animales o vehículos a territorio estadounidense.

2.- Retenes.- Estos retenes son situados en las principales carreteras que comunican la región fronteriza con el interior de los Estados Unidos, a través de ellos la patrulla fronteriza intenta detectar y detener a todos aquellos migrantes indocumentados que hayan logrado evadir el control en la frontera. Además, mediante los retenes se pretende detectar el tráfico de narcóticos.

3.- Revisión de transportes.- Los agentes de la patrulla fronteriza revisan los transportes de pasajeros que operan en la zona fronteriza para detectar indocumentados. Las revisiones se efectúan en autobuses, aeronaves, trenes y embarcaciones.

4.- Operaciones aéreas.- El trabajo de la patrulla fronteriza depende en buena medida del apoyo que le proporciona la revisión y detección de personas por medio de aeronaves. Los

pilotos de las mismas trabajan en coordinación con agentes en tierra para impedir el ingreso de migrantes indocumentados y para lograr su captura. La patrulla fronteriza utiliza para estas operaciones tanto aviones como helicópteros. Actualmente 14 de los 21 sectores¹² en los que está dividida la patrulla utiliza aeronaves en sus operaciones.

5.- Operaciones marítimas.- A lo largo de los canales navegables de los Estados Unidos y Puerto Rico y de las aguas interiores comunes entre Canadá y Estados Unidos, la patrulla fronteriza lleva a cabo sus actividades de control fronterizo en las cubiertas de las embarcaciones que arriban a los Estados Unidos. La patrulla utiliza 55 embarcaciones en 16 sectores.

La patrulla fronteriza sostiene que tan sólo en el año de 1999, aprehendió a 1.6 millones de personas por cruzar la frontera sin documentos. Del mismo modo, en los últimos años, ha iniciado operaciones cuyo objetivo es el de "desincentivar" el cruce indocumentado. Estas operaciones son: Operación Guardián (Operation Gatekeeper) en San Diego, California; Operación Mantener la Línea (Hold the Line) en El Paso, Texas; Operación Río Grande en McAllen, Texas y Operación Defensa (Operation Safeguard) en Tucson, Arizona. La patrulla sostiene que todas estas operaciones han sido un éxito en el control de la inmigración indocumentada, no obstante, se debe recordar lo señalado en el capítulo anterior de este trabajo¹³ donde se hace evidente la intención que guardan todas estas "operaciones".

¹² Los 21 sectores son: Blaine, Búfalo, Del Río, Detroit, El Centro, El Paso, Grand Fork, Havre, Houlton, Laredo, Livestmore, Marfa, McAllen, Miami, Nueva Orleans, Ramsey, San Diego, Spokane, Swanton, Tucson y Yuma.

¹³ Ver punto 3.2 de este trabajo.

4.2 Title 8 U.S.C.

La Ley de Inmigración y Naturalización (INA) fue creada en 1952. Antes de esta ley, diversas leyes se encargaban de la materia migratoria en los Estados Unidos y formaban un cuerpo disperso de regulaciones sobre la materia. La Ley McCarran-Walter de 1952¹⁴ recopiló y codificó todas estas regulaciones y reorganizó la estructura de la legislación migratoria. Esta ley se ha modificado en diversas ocasiones a lo largo de los años pero aún permanece como el principal cuerpo jurídico que rigen la materia migratoria estadounidense.

La INA se divide en títulos, capítulos y secciones. Pese a que forma en si una sola ley, la INA está contenida en el Código de los Estados Unidos (United States Code o U.S.C.)¹⁵. Este código, es una recopilación de todas las leyes de los Estados Unidos. Está organizado en 50 títulos de materias ordenados por orden alfabético. El Título 8 del U.S.C. es sólo uno de los cincuenta títulos, se encarga de la materia migratoria y se denomina "Extranjeros y Nacionalidad"¹⁶. Cuando se busca algún precepto en la INA, se pueden encontrar referencias al Título 8 del U.S.C. Así, por ejemplo, la sección 208 de la INA se refiere al asilo y está contenida en la sección 1158 del Título 8 del U.S.C. Pese a que es correcto referirse a una sección en particular usando tanto el número de sección con el que aparece en la INA como el número con el que aparece en el U.S.C, generalmente es más adecuado usar el número de sección con el que aparece en la INA.

¹⁴ Ley pública número 82-414.

¹⁵ El Código de los Estados Unidos (U.S.C) no debe de ser confundido con el Código de Regulaciones Federales (Code of Federal Regulations o C.F.R.). Las provisiones generales de las leyes promulgadas por el congreso estadounidense son interpretadas y puestas en práctica mediante reglamentos expedidos por las diversas agencias gubernamentales encargadas de su cumplimiento. Después de que estos reglamentos son publicados en el Registro Federal (Federal Register), son compiladas y publicadas en el Código de Regulaciones Federales. El CFR está dispuesto por materia y por títulos y generalmente tiene una estructura paralela al Código de los Estados Unidos. De este modo, tanto el Título 8 del Código de los Estados Unidos (Title 8 U.S.C) como el Título 8 del Código de Regulaciones Federales (Title 8 C.F.R.) se refieren a "Extranjeros y Nacionalidad".

¹⁶ United States Code Title 8.- Aliens and Nationality.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.3 Immigration and Nationality Act.

Como se dijo en el apartado anterior, la Ley de Inmigración y Naturalización (Immigration and Nationality Act o INA) es la ley migratoria de los Estados Unidos. Esta ley se divide en 5 títulos organizados de la siguiente manera:

Título 1: De las secciones 101 a 106.

Título 2: Inmigración:

Capítulo 1. Sistema de selección: De las secciones 201 a 210A

Capítulo 2. Condiciones para la admisión de extranjeros; Control de viaje de ciudadanos y extranjeros: De las secciones 211 a 219.

Capítulo 3. Expedición de documentos de entrada: De las secciones 221 a 224.

Capítulo 4. Inspección, aprehensión, examen, exclusión y expulsión: De las secciones 231 a 244.

Capítulo 5. Ajuste de estatus: De las secciones 245 a 250.

Capítulo 6. Disposiciones especiales relativas a tripulaciones: De las secciones 251 a 258.

Capítulo 7. Registro de extranjeros: De las secciones 261 a 266.

Capítulo 8. Sanciones: De las secciones 271 a 280.

Capítulo 9. Miscelánea: De las secciones 281 a 295.

Título 3:

Capítulo 1. Adquisición de la nacionalidad por nacimiento y por naturalización colectiva: De las secciones 301 a 309.

Capítulo 2. Adquisición de la nacionalidad por naturalización: De las secciones 310 a 348.

Capítulo 3. Pérdida de la nacionalidad: De las secciones 349 a 357.

Capítulo 4. Miscelánea: De las secciones 358 a 361.

Título 4:

Capítulo 1. Miscelánea: De las secciones 401 a 407.

Capítulo 2. Asistencia a refugiados: De las secciones 411 a 414.

Título 5: Procedimiento de expulsión de terroristas extranjeros:

De las secciones 501 a 507.

Ahora bien, esta ley ha sido reformada en diversas ocasiones por el congreso estadounidense mediante la expedición de leyes relativas a tópicos en particular, de este modo, la INA es el cuerpo principal de la materia migratoria estadounidense y se complementa con las leyes especiales que el congreso estadounidense ha promulgado a través de los años¹⁷.

En la legislación estadounidense se considera como migrante a cualquier extranjero que ingrese a los Estados Unidos, salvo aquellos extranjeros que caigan dentro de alguna de las categorías señaladas en la sección 101 (a) (15). A grandes rasgos esta sección hace referencia a diplomáticos, transmigrantes, tripulaciones de navíos y aeronaves, estudiantes, periodistas, atletas y científicos que ingresan a los Estados Unidos sin la intención de quedarse a residir en ese país.

La sección 101 (a) (15) (H) (i) (b) especifica como una clase de no inmigrantes a los trabajadores temporales, por esta clasificación se engloba a los trabajadores extranjeros que

¹⁷ Desde 1986 hasta la fecha el congreso estadounidense ha promulgado 69 leyes que modifican a la Ley de Inmigración y Naturalización (Immigration and Nationality Act o INA), dentro de estas destacan: la Ley para el Control y la Reforma de la Inmigración (Immigration Reform and Control Act o IRCA) de 1986 y la Ley de la Reforma a la Inmigración Ilegal y de Responsabilidades de los Inmigrantes (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act o IIRIRA) de 1996.

ingresan en territorio estadounidense para desempeñar una labor en una actividad especializada¹⁸, y con respecto a quienes el Ministro del Trabajo¹⁹ determina y certifica ante el Procurador General²⁰ que un empleador ha llenado una solicitud ante el referido Ministro conforme a los requisitos de ley. Los requisitos conforme a los cuales debe de ser llenada la solicitud aparecen en la sección 212 (n) (1), 3b/ de la INA, la cual señala, entre otras cosas, que el empleador especificará en su solicitud que le ofrece y le ofrecerá al trabajador extranjero, durante el periodo por el cual el extranjero esté autorizado para trabajar, por lo menos el mismo salario que se les paga a los demás individuos con experiencia y calificaciones similares, además, el empleador proveerá al trabajador extranjero de condiciones de trabajo que no afecten adversamente las condiciones de trabajo de otros trabajadores que desempeñen actividades similares. Al momento de presentar su solicitud ante el Ministerio del Trabajo, el empleador especificará en la misma que no hay huelga o paro alguno en curso por una disputa laboral en el campo de trabajo para el cual se solicitan los extranjeros. Del mismo modo, el empleador deberá notificar la presentación de la solicitud al representante de negociaciones²¹ de sus trabajadores para el área ocupacional en la cual se solicitan trabajadores extranjeros, en caso de que tal representante no existiera, el empleador deberá de notificar a sus empleados de la presentación de la solicitud mediante la colocación de carteles en los lugares más visibles del área de trabajo o mediante la notificación electrónica a los empleados que laboran en el área laboral para la cual se están solicitando trabajadores extranjeros. La solicitud deberá contener el

¹⁸ Una actividad especializada es descrita por la sección 214 (j)(1)(A) y (B) de la INA como una actividad que requiere de la aplicación teórica y práctica de conocimientos especializados y la obtención de un grado académico de bachillerato (o su equivalente) como mínimo, para desarrollar esa actividad en los Estados Unidos. Del mismo modo la sección 214 señala que, para los propósitos de la sección 101 (a)(15)(H)(i)(b), el extranjero deberá de contar con licencia para la práctica de la actividad que pretende desarrollar en los Estados Unidos, cuando dicha licencia para la práctica sea requerida, y la culminación del grado académico, descrito en la sección 214 (j)(1)(B), necesario para desarrollar la actividad o, contar con experiencia equivalente a la que presumiblemente otorga el grado académico en esa actividad, además de gozar con un reconocimiento a su pericia expresado mediante el otorgamiento de posiciones de responsabilidad relativas a la especialidad.

¹⁹ Secretary of Labor.

²⁰ Attorney General.

²¹ Bargaining representative.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

número de trabajadores que se requieren, las ocupaciones en las cuales los trabajadores se emplearán y el salario y condiciones de trabajo bajo las cuales se emplearán. Igualmente, la sección específica que el extranjero no desplazará a ningún trabajador estadounidense empleado y, del mismo modo, el empleador deberá demostrar que antes de recurrir a la solicitud de trabajadores extranjeros intentó localizar trabajadores estadounidenses a los cuales les ofreció las mismas condiciones laborales y salarios que les ofrece a los trabajadores extranjeros.

Por su parte, la sección 101 (a) (15) (F) (ii) (a) señala a los trabajadores agrícolas estacionales como otro tipo de no inmigrantes. Por este tipo especial de trabajadores la legislación estadounidense entiende: al extranjero que tiene residencia que no planea abandonar en un país extranjero, quien ingresa temporalmente a los Estados Unidos para desarrollar un trabajo agrícola²² de naturaleza estacional²³.

Salvo los casos antes señalados, todos los demás extranjeros que ingresan a los Estados Unidos son considerados como inmigrantes por lo cual es necesario hacer un breve comentario respecto al sistema de inmigración estadounidense.

El sistema migratorio legal estadounidense permite el ingreso de extranjeros a su territorio en base a tres categorías básicas: una categoría relativa a familiares (family reunification), otra categoría relativa al trabajo (employment-based) y una última categoría

²² La definición de trabajo agrícola es proporcionada por el Ministerio del Trabajo en sus regulaciones e incluye la definición de "trabajo agrícola" contenida en la sección 3121(g) del Código Fiscal de 1954 y la definición de "agricultura" que aparece en la sección 3(f) de la Ley de Estándares Justos de Trabajo.

²³ En este trabajo la palabra "estacional" hace referencia al trabajo agrícola también llamado "de temporada", es decir, de temporada de siembra, de temporada de cosecha, etc.

relativa a la "diversidad"²⁴. Bajo cada una de estas categorías se permite el ingreso anual de cierto número de personas, para la determinación de ese número el gobierno estadounidense utiliza un par de fórmulas complejas²⁵ que aparecen en la sección 201 de la INA.

Dado que el presente trabajo está enfocado a los trabajadores, sólo será descrito el modo en el cual opera la categoría migratoria relativa al trabajo.

La modalidad migratoria estadounidense relativa al trabajo opera en base a un sistema de preferencias, el cual está contenido en la sección 203 de la INA, conforme a la cual se clasifica a los trabajadores en cinco preferencias que son las siguientes:

1ª preferencia: Trabajadores privilegiados²⁶.- Hasta el 28.6% del total de visas disponibles para migrantes en la categoría relativa al trabajo, se reservan para este tipo de trabajadores.

La legislación estadounidense señala como trabajadores privilegiados a los extranjeros con habilidades extraordinarias, a los profesores e investigadores sobresalientes y a ciertos ejecutivos y gerentes.

Las habilidades extraordinarias del extranjero pueden ser demostradas en el campo de las ciencias, el arte, la educación, los negocios o el deporte. Se considera que un extranjero

²⁴ Sección 201 de la INA.

²⁵ Salvo para las visas de diversidad que tienen una cantidad fija de 55,000 visas al año.

²⁶ Priority workers.

tiene habilidades extraordinarias cuando así ha sido demostrado mediante el reconocimiento nacional o internacional y cuyos logros en su ramo han sido ampliamente documentados²⁷.

Se han establecido 10 criterios para que las habilidades del extranjero sean consideradas como extraordinarias, un solicitante que cumpla con 3 de los 10 criterios califica como este tipo de migrante: 1) recepción de premios nacionales o internacionales de excelencia en su campo de actividad; 2) ser miembro de asociaciones, en el campo de su actividad, que exijan que sus miembros hayan logrado obtener logros sobresalientes en opinión de los expertos nacionales o internacionales; 3) artículos acerca del individuo que hayan aparecido en publicaciones especializadas o de distribución masiva –o en algún otro medio de comunicación masivo- y que se refieran a su trabajo en la actividad bajo la cual pretende clasificar; 4) participación, ya sea individual o como panelista, como jurado del trabajo de otras personas en la misma actividad, o en una afín, bajo la cual el individuo pretende clasificar; 5) contribuciones importantes y originales ya sean científicas, artísticas, atléticas, de investigación o comerciales en la actividad que desempeña el individuo; 6) autoría de artículos en publicaciones especializadas o de circulación masiva o en cualquier otro medio de comunicación; 7) exposición de su trabajo en exhibiciones artísticas; 8) haber desempeñado un papel crítico o de liderazgo para organizaciones o establecimientos de renombre; 9) percepción de un elevado salario por su papel de dirección, o de cualquier otra remuneración elevada por sus servicios; 10) éxito comercial en sus presentaciones artísticas con ventas de taquilla o ventas de discos, casetes, CD's, o videos que lo avalen²⁸.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

²⁷ Section 203(b)(1)(A)(i) de la INA.

²⁸ Cfr. Ong Hing, Bill- *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 22.

En lo referente a investigadores y profesores sobresalientes, la sección 203 de la INA señala que el extranjero debe de ser reconocido internacionalmente como sobresaliente en un área académica específica, del mismo modo, el extranjero debe de tener al menos 3 años de experiencia en investigación o docencia, además, deberá acreditar que se interna a los Estados Unidos para obtener una plaza permanente como profesor universitario o de una institución de educación superior, o como investigador en una de las instituciones antes mencionadas. Por lo que respecta a ejecutivos y gerentes, éstos deberán de haber sido empleados por la firma o la compañía que pretende contratarlos en los Estados Unidos –o por alguna de sus subsidiarias– al menos durante un año, de los tres años anteriores a su ingreso a ese país.

Todos los individuos que entran en esta categoría no requieren la obtención de un certificado de trabajo del Ministerio del Trabajo en el cual se indique que hay escasez de trabajadores calificados en el campo de trabajo específico²⁹.

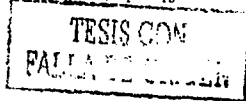
2ª preferencia: Extranjeros profesionistas poseedores de grados académicos superiores y extranjeros con habilidades excepcionales³⁰.- Hasta el 28.6% del total de visas disponibles para migrantes en la categoría relativa al trabajo, se reservan para este tipo de trabajadores.

Como su nombre lo indica, en este apartado se incluyen a los extranjeros con habilidades excepcionales en las ciencias, las artes o los negocios y a los profesionistas, respecto de éstos últimos la legislación estadounidense entiende por “profesión” cualquier ocupación para la cual se necesite un grado de licenciatura para su ejercicio³¹, mientras que para

²⁹ Cfr. Ong Hing, *Bill- Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 22.

³⁰ Aliens who are members of the professions holding advanced degrees or aliens of exceptional ability.

³¹ Cfr. Ong Hing, *Bill- Immigration and the law (Contemporary legal issues)*. Op. Cit. pg. 24.



los extranjeros con habilidades excepcionales³² se impone además el requisito de demostrar que su ingreso producirá un beneficio para los intereses económicos, culturales o educacionales estadounidenses³³.

Los extranjeros que deseen ingresar a territorio estadounidense conforme a alguna de estas clasificaciones deberán obtener un certificado de trabajo del Ministerio del Trabajo estadounidense en el cual se certifique la inexistencia de trabajadores calificados estadounidenses para realizar las labores que desarrollaran los extranjeros, aunque en algunas ocasiones este requisito puede ser omitido siempre y cuando el INS considere que el hacer eso pudiera ser benéfico para su país.

3ª preferencia: Trabajadores calificados, profesionistas y otro tipo de trabajadores ³⁴.- Hasta el 28.6% del total de visas disponibles para migrantes en la categoría relativa al trabajo, se reservan para este tipo de trabajadores.

La sección 203 de la INA aclara que es trabajador calificado aquel trabajador que, al momento de la presentación de la solicitud, sea capaz de realizar una labor especializada³⁵ que no sea de naturaleza estacional. Con la última parte de la definición se deja fuera a los trabajadores agrícolas.

³² Por habilidad excepcional se entiende un grado de pericia significativamente superior al comúnmente encontrado en las ciencias, las artes o los negocios.

³³ Sección 203(b)(2)(A) de la INA.

³⁴ Skilled workers, professional, and other workers.

³⁵ Una labor especializada, según la sección 203(b)(3)(A)(i) de la INA, es aquella que requiere de 2 años o más de entrenamiento o experiencia.

Todo aquel extranjero que posea un grado de licenciatura y que sea miembro de la profesión que ampara ese grado, es considerado como profesionalista por la INA.

Bajo el rubro de "otro tipo de trabajadores" la legislación migratoria estadounidense engloba a los trabajadores extranjeros capaces de realizar una labor no especializada de naturaleza no estacional, para la cual no se disponga de trabajadores calificados en los Estados Unidos³⁶. La sección 203 de la INA señala específicamente que no se podrán expedir más de 10,000 visas de este tipo³⁷.

Al igual que la segunda preferencia, todo extranjero que pretenda ingresar a territorio estadounidense bajo esta tercera preferencia deberá obtener un certificado de trabajo expedido por el Ministerio del Trabajo de los Estados Unidos por el cual se acredite que no hay trabajadores calificados disponibles en ese país.

4ª preferencia: Inmigrantes especiales.- Hasta el 7.1% del total de visas disponibles para migrantes en la categoría relativa al trabajo, se reservan para este tipo de inmigrantes.

La Ley de Inmigración y Naturalización define a los inmigrantes especiales en su sección 101(a)(27).

5ª preferencia: Creación de empleos.- El último 7.1% de visas disponibles para migrantes en la categoría de trabajo se utilizan para este tipo de personas.

³⁶ Sección 203(b)(3)(A)(ii) de la INA.

³⁷ Sección 203(b)(3)(B) de la INA

Estas visas se reservan para las personas que ingresan a los Estados Unidos con el propósito de involucrarse en una empresa comercial nueva, que ha sido establecida por el extranjero y en la cual el extranjero haya invertido, o esté por invertir, capital equivalente a no menos de \$1,000,000 de dólares. Esta empresa deberá beneficiar la economía estadounidense y deberá crear al menos 10 empleos de tiempo completo para ciudadanos estadounidenses o para extranjeros legalmente admitidos en ese país.

El monto de la inversión puede variar de acuerdo con la zona en donde se establecerá la nueva empresa, así, si se establece en una zona en la cual el nivel de desempleo sea alto³⁸, la inversión puede ser de menor monto pero nunca deberá de ser inferior a los \$500,000 dólares, mientras que si se establece en una zona que se encuentre por abajo de la tasa nacional de desempleo en los Estados Unidos, la inversión deberá de ser mayor sin que llegue a ser mayor a los \$3,000,000³⁹.

Salvo estas preferencias, ningún otro extranjero puede ingresar a territorio estadounidense para obtener un empleo. El extranjero que lo haga es considerado por el gobierno de los Estados Unidos como "ilegal".

Como se puede apreciar, los criterios que establece la legislación migratoria estadounidense son tan elevados que sólo pueden ser satisfecho por pocas personas. Ya sea en base al talento, a la profesión o al capital, el gobierno estadounidense permite únicamente el ingreso a su territorio con fines laborales a personas que pueden ser llamadas de elite. Personas que por supuesto no fueron preparadas en los Estados Unidos, cuyos gastos de entrenamiento

³⁸ Targeted employment area.

³⁹ Sección 203(b)(5)(C).

y preparación fueron absorbidos por ellos mismos o por el gobierno de otro país y no por el gobierno de los Estados Unidos. Sólo a los más preparados el gobierno estadounidense les reconoce el derecho al trabajo y el derecho a la libre circulación lo cual es evidentemente discriminatorio y comodino.

En contraste, a las personas que pretenden internarse en su territorio para realizar labores más sencillas no les reconoce ese derecho, por el contrario, para todas esas personas opera un tipo de legislación muy diferente, para ellas operan partes de la legislación migratoria estadounidense como la sección 274A según la cual es ilegal emplear a un extranjero a sabiendas que a ese extranjero no le está permitido trabajar en los Estados Unidos, pero como se dijo anteriormente, para estar autorizado para trabajar, un individuo debe de cumplir con una serie de requisitos de excelencia tan elevados que, de tenerlos, la persona que busca empleo muy probablemente no iría a los Estados Unidos para buscar un trabajo como el que intenta realizar en ese país.

Es absurdo pensar y ofensivo el pretender imponer la idea de que sólo las personas con una preparación especializada tienen el derecho a trabajar en un país extranjero, pues bajo esta argumentación subyace la intención de mantener una situación de hecho que, dada la necesidad de las personas y la iniquidad del sistema económico, da pie a la explotación de individuos a los que ni se les reconocen derechos ni se les ve como personas y posibilita el mantenimiento de sociedades injustas y mezquinas con dirigentes igualmente injustos y mezquinos.

4.4 NAFTA.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA⁴⁰), se firmó el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. Mediante este acuerdo regional, Canadá, los Estados Unidos y México se volvieron socios comerciales y establecieron una zona de libre comercio en América del Norte. En términos generales se puede decir que el tratado buscaba una mayor apertura de estos países para la inversión extranjera y para la explotación de un mayor mercado. Los negociadores establecieron dentro de los objetivos del tratado la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios⁴¹, sin embargo, no establecieron la libre circulación y contratación de los trabajadores.

De hecho, la única parte del tratado que se refiere al desplazamiento de personas es el capítulo XVI de la Quinta Parte del TLCAN, el cual está dedicado a la "Entrada temporal de personas de negocios". Lo que hay que señalar es el hecho de que el capítulo sólo permite la "entrada temporal" a las "personas de negocios" o a los profesionistas. El TLCAN define como "entrada temporal" a la entrada de una persona de negocios de una parte al territorio de otra parte, sin la intención de establecer su residencia permanente⁴², y a la "persona de negocios" se le define como el ciudadano de una parte, que participa en el comercio de bienes o prestación de servicios, o en actividades de inversión⁴³. Los trabajadores no calificados quedan claramente fuera de los "beneficios" de ingreso que otorga el tratado.

⁴⁰ NAFTA por sus siglas que en inglés significan North American Free Trade Agreement.

⁴¹ Artículo 102. 1.(a) del TLCAN.

⁴² Artículo 1607 del TLCAN.

⁴³ Artículo 1608 del TLCAN.

Más aún, el visitante de negocios, además de cumplir con las medidas migratorias existentes, deberá exhibir prueba del carácter internacional de la actividad de negocios que se propone realizar y de que *no pretende ingresar en el mercado local de trabajo*⁴⁴. Por otra parte, se considera como comerciantes o inversionistas a las personas de negocios que pretendan llevar a cabo un *intercambio comercial cuantioso* de bienes o servicios, o establecer, desarrollar, administrar o prestar asesorías o servicios técnicos clave para administrar una inversión en la cual la persona o su empresa hayan comprometido, o estén en vías de comprometer, *un monto importante de capital*⁴⁵. Del mismo modo, el acuerdo prevé la entrada temporal de una persona de negocios empleada por una empresa, sólo que esta persona deberá desarrollar funciones gerenciales, ejecutivas o especializadas⁴⁶. En lo tocante a los profesionistas se establece, en la sección D del Anexo 1603, que una parte autorizará la entrada temporal y expedirá la documentación comprobatoria a la persona de negocios que pretenda llevar a cabo actividades a nivel profesional⁴⁷, sólo que en este caso en particular la sección es contradictoria porque en su punto número 2 (b) señala que ninguna de las partes podrá imponer ni mantener restricciones numéricas en relación con la entrada temporal, mientras que su punto 4 sostiene que una parte podrá establecer un límite numérico anual. Así los Estados Unidos sólo permitieron la cantidad de 5,500 solicitudes de ingreso de mexicanos⁴⁸.

Todas las secciones del Anexo 1603 dicen que ninguna de las partes podrá exigir como condición para autorizar la entrada temporal de personas, procedimientos previos de aprobación, peticiones, pruebas de certificación laboral u otros procedimientos de efecto similar, ni tampoco podrán imponer restricciones numéricas a la entrada de las personas de

⁴⁴ Anexo 1603 Sección A.1 (b) del TLCAN.

⁴⁵ Anexo 1603 Sección B.1 (a) y (b) del TLCAN.

⁴⁶ Anexo 1603 Sección C.1 del TLCAN.

⁴⁷ La lista de las actividades profesionales que se pueden desarrollar están contenidas en el Apéndice 1603.D.1 del TLCAN.

⁴⁸ Apéndice 1603.D.4 del TLCAN.

negocios. No obstante, además de la contradicción referente a los profesionistas respecto a la limitación numérica que ya fue señalada, es necesario mencionar que las secciones del mencionado anexo especifican que cualquier parte podrá requerir de las personas de negocios que soliciten la entrada temporal que obtengan previamente a la entrada una visa o documento equivalente.

El acuerdo mismo establece que ninguna disposición del mismo impondrá obligación alguna a las partes respecto a sus medidas migratorias⁴⁹, por lo que se dejó prácticamente intacto el poder de los gobiernos de los estados contratantes para imponer las medidas migratorias que mejor les parezcan.

El argumento que se usó para promocionar el tratado entre la población mexicana decía que éste mejoraría las condiciones de vida de los mexicanos, lo que no se dijo fue que con el mismo no cambiaría en nada las condiciones de vida de los mexicanos indocumentados que posibilitan mucha de la capacidad productiva de nuestro "socio comercial".

⁴⁹ Artículo 1607 del TLCAN.

CAPÍTULO 5: MIGRACIÓN, UN FENÓMENO BILATERAL.

5.1 Políticas mexicanas sobre emigrantes.

Pese al fuerte flujo migratorio de trabajadores mexicanos hacia los Estados Unidos, el gobierno mexicano no ha tenido políticas completas para afrontar el fenómeno desde que se establecieron las actuales fronteras entre los dos países.

Como se señaló con anterioridad¹, durante los primeros años del establecimiento de la frontera ni siquiera existió una política oficial mexicana respecto al fenómeno migratorio, de hecho, la "política" que adoptó el gobierno mexicano en esos años se restringió al auxilio de trabajadores mexicanos en los procesos de repatriación, el cual se llevó a cabo en numerosas ocasiones mediante los esfuerzos y las erogaciones personales de los cónsules mexicanos más que mediante una política oficial de apoyo a los trabajadores².

Fue con el establecimiento del primer convenio sobre "braceros", firmado el 4 de agosto de 1942, como el gobierno de México apareció en el panorama del proceso migratorio de trabajadores nacionales hacia territorio estadounidense³. Es conveniente recordar que este convenio no surgió de la iniciativa del gobierno mexicano sino de la propuesta del gobierno estadounidense quien en vista del proceso de recuperación económica de su país notó la necesidad de la mano de obra mexicana, por lo que, después de su política de deportaciones de

¹ Véase el capítulo 3 del presente trabajo.

² Cfr. Gómez Amaro, Remedios.- *México y la protección de sus nacionales en los Estados Unidos*. Op. Cit. pgs. 132-148.

³ Cfr. Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 144.

la década de los 30's, consideró de nuevo conveniente atraer trabajadores mexicanos para laborar en sus campos. Necesidad que aumentó aún más cuando los Estados Unidos se involucraron directamente en el conflicto bélico mundial.

Para el gobierno mexicano la justificación del convenio radicó en el argumento de que el envío de trabajadores a los Estados Unidos era una "contribución de México en el esfuerzo aliado para vencer a las potencias del eje nazifascista". En realidad, en la óptica de las autoridades mexicanas el convenio representaba una oportunidad para que el gobierno del país tomara un papel más activo en el proceso migratorio, así como la posibilidad de allegarse de recursos que ingresarían al país mediante los salarios de los braceros⁴.

A través del convenio, se negociaron las condiciones bajo las cuales los trabajadores irían a territorio estadounidense a prestar sus servicios⁵. Pese a que por primera vez existía un acuerdo escrito entre ambos gobiernos las condiciones pactadas en el mismo no se respetaron y debido a la discriminación que padecían los migrantes el gobierno mexicano canceló el acuerdo el 8 de febrero de 1943⁶. No obstante la cancelación, las autoridades mexicanas dieron marcha atrás a su decisión y reanudaron el programa de braceros el 29 de abril del mismo año —en esa fecha también se celebró un convenio sobre trabajadores que laborarían en el mantenimiento del sistema ferroviario estadounidense-, pero tres meses después un indeciso gobierno mexicano suspendió nuevamente el programa de modo parcial al no enviar

⁴ Cfr. Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pgs. 145-148.

⁵ Así se estableció que los trabajadores mexicanos no debían de desplazar a trabajadores locales, los mexicanos no podían ser reclutados por el ejército estadounidense, no habría trato discriminatorio para los mexicanos, se garantizaba a los mexicanos los gastos de transportación de ida y vuelta y los viáticos durante el viaje, el trabajo de los braceros se restringía exclusivamente a la agricultura, la contratación se hacía sobre las bases de un documento escrito en ambos idiomas entre el trabajador y su patrón, las habitaciones y las instalaciones sanitarias debían de estar en buenas condiciones, los salarios debían de ser iguales a los de los locales del área, la renovación del contrato sólo podía realizarse si el gobierno mexicano consentía en ello, los trabajadores mexicanos podían elegir a sus representantes para arreglar asuntos comunes con los empresarios. *Ibidem*. pgs. 150-151.

⁶ *Ibidem*. pg. 152.

trabajadores agrícolas al estado de Texas debido a la fuerte discriminación que sufrían los mexicanos en ese lugar. Un mes después, en agosto, México daría por terminado el acuerdo sobre trabajadores para los ferrocarriles por los bajos salarios que éstos percibían, sólo para renovarlo en diciembre de ese mismo año⁷. Sin importar que los motivos por los cuales México cancelaba los acuerdos fueran justos, los dirigentes mexicanos reanudaban una y otra vez el programa después de "llegar a acuerdos" con los estadounidenses, acuerdos que eran nuevamente incumplidos por éstos⁸.

Entre el rompimiento, la reanudación y la prórroga del programa bracero, continuó la política mexicana respecto de los migrantes hasta el año de 1947 cuando el gobierno estadounidense dio por terminado el primer programa bracero⁹.

Antes de la terminación del primer programa en diciembre de 1947, el Ministerio del Trabajo estadounidense anunció en noviembre de ese mismo año nuevamente la escasez de mano de obra para trabajar en los campos agrícolas de ese país para la temporada siguiente por lo que la embajada estadounidense solicitó al gobierno mexicano la reanudación del programa bracero, objetivo que se consiguió en febrero de 1948. Como la guerra ya había concluido el Ministerio del Trabajo argumentó que se necesitaba de los trabajadores extranjeros pues sus nacionales se perdieron en la guerra. Por su parte, el gobierno mexicano se dedicó a negociar las condiciones bajo las cuales se establecería este nuevo programa sin plantear una estrategia de fondo respecto al fenómeno migratorio ni preocuparse por explicar a su población por qué

⁷ Cfr. Morales, Patricia - *Indocumentados mexicanos. Causas y rasgos de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 205.

⁸ Así, para evitar el boicót impuesto en Texas debido a la discriminación, las autoridades texanas hicieron una invitación abierta a los trabajadores mexicanos para que llegaran a su territorio en mayo de 1943 bajo los términos de su ley pública número 45, de este modo los trabajadores que ingresaban a su territorio tenían la posibilidad de trabajar pero no tenían derechos laborales de ninguna especie y como no se habían contratado a través del programa bracero no existía la obligación de los empleadores de otorgarles a estos trabajadores las condiciones laborales impuestas mediante el programa bracero. *Ibidem*. pg. 158.

⁹ *Ibidem*. pg. 154-160.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

enviaban trabajadores a los Estados Unidos en lugar de procurar la creación de fuentes de trabajo dentro de su territorio¹⁰.

En el nuevo programa se negociaron principalmente dos cosas por parte de las autoridades mexicanas: la no contratación de trabajadores indocumentados por parte de los empleadores y la localización de centros de reclutamiento en México¹¹.

Lo que el gobierno mexicano creía era que mediante la prohibición de contratación de trabajadores indocumentados cortaría con la migración indocumentada. Gran error, pues evidentemente su postura no podía estar más equivocada. Respecto de la ubicación de los puestos de contratación las autoridades mexicanas decidieron colocarlos en Tampico y Aguascalientes para evitar el flujo de trabajadores fronterizos y posibilitar la contratación del trabajadores provenientes del interior de la república con lo que se aliviaría en alguna medida la presión social en las zonas donde existía un elevado nivel de desempleo. Sin embargo, la presión de los empleadores estadounidenses fue en aumento y las autoridades mexicanas cedieron de modo que se establecieron nuevos puestos de contratación en Mexicali, Chihuahua, Monterrey y Culiacán¹².

En el nuevo acuerdo se negociaron básicamente las mismas condiciones que en el anterior con la diferencia de que en el más reciente el gobierno de los Estados Unidos ya no participó, de modo que eran el agricultor y sus representantes quienes se encargaban de todo, incluso de la contratación, aunque ayudados por funcionarios de ambos gobiernos¹³.

¹⁰ Cfr. Morales, Patricia- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 169.

¹¹ *Ibidem*. pp. 169-170.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

Nuevamente, los empresarios estadounidenses buscaron modos para incumplir con sus compromisos, para obtener una mano de obra barata "enganchaban" trabajadores en la zona fronteriza al margen del programa con la anuencia de las autoridades estadounidenses. Del mismo modo, la situación de los trabajadores indocumentados ya se convertía en uno de los temas comunes en las relaciones entre ambos gobiernos.

Sin reparar en las constantes violaciones a los acuerdos, el gobierno mexicano continuó con la reanudación de los mismos sin importarle las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios. Este segundo periodo de los convenios de braceros que inició en 1948 se prolongó hasta 1954 cuando en virtud de las diferencias que se presentaron entre los gobiernos mexicano y estadounidense —ocasionadas principalmente por la contratación unilateral de trabajadores por parte de los estadounidenses al abrir sus fronteras para evadir de esta manera las condiciones impuestas en los acuerdos— se suspendió el programa. Hasta antes de que se presentara esta situación, las medidas que había tomado el gobierno mexicano sólo resultaron en la creación en 1952 de una Dirección de Asuntos de Trabajadores Agrícolas Migratorios, dependiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual se encargaba de todas las operaciones administrativas, de información y operación relacionadas con el papel de México en estos acuerdos¹⁴.

En 1954, la respuesta de las autoridades mexicanas a la apertura de la frontera por parte de los estadounidenses evidencia la sandez e incapacidad de los funcionarios para entender el fenómeno migratorio, en lugar de presentar una postura firme ante el gobierno estadounidense exigiéndole el cumplimiento de las condiciones de los acuerdos, el gobierno mexicano envió

¹⁴ Cfr. Morales, Patricia - *Indocumentados mexicanos. Causas y rasgos de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 187.

patrullas especiales, a través de su Secretaría de la Defensa, a Laredo, Ensenada, Nogales y otros puestos fronterizos para impedir el paso de los campesinos mexicanos a los Estados Unidos. De este modo, del 23 de enero al 5 de febrero ocurrieron innumerables enfrentamientos entre campesinos mexicanos y tropas de su propio país cuando los primeros intentaban internarse en territorio estadounidense¹⁵.

Las palabras de Ruiz Cortines respecto a estos incidentes demuestran la miopía y el desentendimiento de las autoridades mexicanas respecto al asunto. Según él, el problema de los braceros no debía perder "su justa proporción" ya que desde su punto de vista no constituía un conflicto internacional¹⁶.

Para marzo de 1954, el gobierno mexicano ya había reanudado los convenios braceros con los estadounidenses. En ese año se inició el último periodo de los convenios de braceros que se celebraron entre México y los Estados Unidos, mismo que transcurrió de 1954 a 1964. Durante todo ese tiempo, las violaciones a los convenios continuaron, el comportamiento medroso de las autoridades mexicanas persistió y la falta de estudio y propuestas para enfrentar el fenómeno prosiguieron.

Con Ruiz Cortines, el discurso oficial hablaba de la migración de trabajadores a los Estados Unidos como un "ingente fenómeno demográfico de gran complejidad" derivado de diversos factores cuya causa principal se debía al "extraordinario crecimiento de la población"¹⁷, no obstante, aunque ya desde entonces se hablaba de la necesidad urgente de

¹⁵ Cfr. Morales, Patricia. *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 190.

¹⁶ *Ibidem*. pg. 191.

¹⁷ *Ibidem*.

proporcionar trabajo a los mexicanos en territorio mexicano para evitar que salieran del país, los dirigentes mexicanos continuaban en su postura de exhortar e invocar a los mexicanos para que se solucionara el problema¹⁸ (casi por arte de magia) en lugar de buscar y ofrecer soluciones reales al fenómeno del desempleo.

Cerca de la conclusión definitiva de los programas de braceros, la postura oficial no mejoró en nada, de hecho, López Mateos se preocupó de tal manera del fenómeno migratorio que apenas habla de él mismo en su informe de gobierno de septiembre de 1961 en los siguientes términos: "Las remesas de los trabajadores mexicanos importaron \$275 000,000" y aun cuando estos ingresos representaban una valiosa contribución a la economía del país las autoridades mexicanas adoptaban la cómoda posición de aceptar el dinero sin exigir el respeto de los derechos de los trabajadores¹⁹.

Tal fue el desinterés del gobierno mexicano ante la situación de los trabajadores migrantes que en 1963 cuando los estadounidenses comenzaron las audiencias para estudiar la prolongación del programa la posición del gobierno de México fue ambivalente: de un lado dijo que el programa jamás se había considerado como dato permanente en la relación, por lo que estaría de acuerdo con la decisión que tomara el gobierno estadounidense, pero, por otro lado, afirmó que no era conveniente una terminación súbita del programa, pues de ese modo se aumentaría la migración indocumentada, cuyas causas profundas en México aún no habían encontrado solución, por lo que los Estados Unidos debían darle tiempo a México para reabsorber a toda esa gente que regresaba al país²⁰.

¹⁸ Cfr. Morales, Patricia. *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit. pg. 196.

¹⁹ *Ibidem*. pgs. 198-205.

²⁰ *Ibidem*. pg. 198.

Los programas de braceros concluyeron de forma definitiva el 31 de diciembre de 1964. Fueron los Estados Unidos quienes decidieron la cancelación del programa.

A partir de ese punto los gobiernos priistas de Díaz Ordaz, Echeverría, López Portillo, y De la Madrid no hicieron gran cosa para combatir la pobreza causante de la migración de trabajadores mexicanos hacia los Estados Unidos ni para proteger los derechos y las condiciones de vida de esos trabajadores una vez que emigraban. Todos estos gobiernos adoptaron la postura comodina de ver el fenómeno migratorio como una "válvula de escape"²¹ a las presiones sociales ocasionadas por políticas económicas ineficaces y excluyentes y por administraciones públicas incompetentes, corruptas y ladronas que causaron el desempleo y la marginación de millones de mexicanos. Políticas orientadas a la migración y posturas concretas de los diversos gobiernos mexicanos no existieron. Sólo con Salinas de Gortari se instituiría el *Programa Paisano* y el programa piloto denominado *Operativo Beta*, de los cuales se hablará en el siguiente punto del presente trabajo. Estos programas continúan funcionando en la actualidad.

El gobierno de Vicente Fox ha cambiado el enfoque, al menos en el discurso, respecto de los migrantes. Ahora, Fox se refiere a ellos como "héroes anónimos" que trabajan en el exterior y que contribuyen al desarrollo de la economía nacional. Aunque la retórica presidencial aún no llega a niveles concretos, no es lo mismo ver a los trabajadores desde la perspectiva de "héroes" que verlos desde la perspectiva de una "válvula de escape" como se hizo en el pasado, como sea, los resultados concretos están pendientes.

²¹ Respecto a la óptica de la "válvula de escape" véase Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*. Op. Cit; Durand, Jorge.- *Más allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*. Op. Cit; García y Griego, Manuel y Verrea Campos, Mónica.- *México y los Estados Unidos frente a la migración de los indocumentados*.- Miguel Ángel Porrúa-UNAM.- México, D.F.- 1988.

5.2 El Programa Paisano y el Programa de ayuda y protección a migrantes en territorio nacional.

Por absurdo que parezca, los trabajadores mexicanos que migraban a los Estados Unidos en búsqueda de trabajo no sólo tenían problemas y se enfrentaban a abusos de parte de las autoridades estadounidenses, frecuentemente las autoridades de su propio país también los extorsionaban y los privaban de sus pertenencias cuando regresaban a su lugar de origen. Desafortunadamente, aún hoy en día no se puede decir que estas prácticas viciosas se han erradicado definitivamente del país.

Para evitar este tipo de abusos y prácticas por parte de los "servidores públicos" durante la administración de Salinas de Gortari se creó el 6 de abril de 1989 el *Programa Paisano* mediante el "Acuerdo en el que se instrumentan acciones de mejoramiento de los servicios públicos federales en las fronteras, puertos marítimos y aeropuertos internacionales del país", con el propósito de proteger a los trabajadores migratorios mexicanos que regresaban al país.

El programa tiene por objeto asegurar un trato digno y conforme a derecho a los mexicanos que regresan a territorio nacional. *Paisano* es un modelo de relación y coordinación que opera a través de una Comisión Intersecretarial al seno de la cual se toman las decisiones y medidas que serán ejecutadas en el programa. Actualmente, la Secretaría de Gobernación mediante el Instituto Nacional de Migración coordina los esfuerzos intersecretariales²².

²² Esta información se obtuvo de la página oficial del Programa Paisano <http://www.paisano.gob.mx>

La comisión se compone por 14 secretarías de estado y 6 dependencias del poder ejecutivo federal. Actualmente las secretarías de estado que participan en el *Programa Paisano* son: Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; Secretaría de Comunicaciones y Transportes; Secretaría de Desarrollo Social; Secretaría de Economía; Secretaría de Educación Pública; Secretaría de Gobernación; Secretaría de Hacienda y Crédito Público; Secretaría de la Contraloría y Administración; Secretaría de la Defensa Nacional; Secretaría de Relaciones Exteriores; Secretaría de Salud; Secretaría de Seguridad Pública y Servicios a la Justicia; Secretaría de Turismo y la Secretaría de Trabajo y Previsión Social.

Las dependencias del poder ejecutivo que participan en la comisión son: Presidencia de la República; BANJERCITO; Desarrollo Integral de la Familia (DIF); Instituto Nacional de Migración (INAMI); Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) y la Procuraduría General de la República (PGR).

Las principales acciones que desarrolla el *Programa Paisano* son: 1) Evitar que los conacionales sufran abusos por parte de los servidores públicos; 2) Promover que los trámites migratorios, aduaneros, fitosanitarios, consulares, sanitarios y de seguridad, entre otros, sean simples para facilitar el ingreso, tránsito y salida del país de los usuarios de estos servicios; 3) Hacer del conocimiento de los migrantes, tanto en los consulados como en los puntos de entrada y salida del territorio nacional, la información sobre sus derechos y obligaciones; 4) Otorgamiento de información, orientación y recepción de quejas mediante módulos y líneas telefónicas de auxilio; 5) Garantizar la seguridad de las personas que utilizan las vías de comunicación del país²³.

²³ Cfr. Victal Adame, Oscar. *Derecho migratorio mexicano*. Op. Cit. pg. 147.

Respecto de el *Programa de ayuda y protección a migrantes en territorio nacional*²⁴ es conveniente señalar que este opera a través de los denominados *Grupos Beta*, en lo referente a la creación de los mismos es conveniente hacer los siguientes comentarios.

Se mencionó ya que desde finales de la década de los ochenta el gobierno estadounidense incrementó el control policiaco de su frontera con México, esto acarreo mayores dificultades y riesgos para todos aquellos trabajadores indocumentados que intentaban cruzar hacia territorio estadounidense. El número de muertes de estos trabajadores aumentó así como el número de abusos cometidos en su contra tanto por las autoridades como por los "polleros". Frente a esta situación, la Secretaría de Gobernación implementó en agosto de 1990 un programa piloto denominado "Operativo Beta" en la ciudad de Tijuana, Baja California. Este operativo se formó con 12 elementos —4 por cada orden de gobierno— con el objetivo de brindar auxilio y apoyo a los migrantes en peligro y de realizar funciones de vigilancia y protección para evitar que los migrantes intentaran cruzar a los Estados Unidos a través de zonas que implicaran graves riesgos para sus vidas o su integridad.

Con apoyo en el artículo 7 de la Ley General de Población —que faculta a la Secretaría de Gobernación para velar por el respeto de los derechos humanos y la integridad familiar de las personas— el programa piloto comenzó a implementarse en otras áreas conflictivas de la frontera norte. A partir de entonces, cada nuevo grupo que se creaba recibía la denominación de *Grupo Beta*. La misión de los *Grupos Beta* consiste en la defensa y la salvaguarda de los derechos humanos de los migrantes sin tomar en cuenta la nacionalidad de los mismos. Mediante estos grupos se otorga auxilio y protección a los migrantes en caso de riesgos

²⁴ La información respecto a este tema se obtuvo gracias a la valiosa colaboración del Encargado del Centro de Estudios Migratorios del Instituto Nacional de Migración.

ocasionados por los fenómenos naturales o por los intentos de abuso y atropellos de las autoridades y los particulares

Un rasgo importante de los *Grupos Beta* consiste en que estos carecen de funciones policíacas y están enfocados exclusivamente a las tareas de orientación, rescate y salvamento, lo cual quiere decir que estos grupos no pueden detener a los migrantes que auxilian bajo el pretexto de su situación migratoria irregular o de su nacionalidad.

Actualmente, los *Grupos Beta* se componen por un equipo de 350 elementos operativos que se distribuyen en 15 sedes: Tijuana, Tecate y Mexicali en Baja California; Nogales y Agua Prieta en Sonora; Matamoros y Nuevo Laredo en Tamaulipas; Piedras Negras en Coahuila; Tapachula y Comitán en Chiapas; Chetumal en Quintana Roo; Tenosique en Tabasco; Acayucan en Veracruz; Tapanatepec en Oaxaca y Ciudad Juárez en Chihuahua.

Como se puede observar, actualmente el *Programa de ayuda y protección a migrantes* opera tanto en la frontera norte como en la frontera sur del país con el objeto de proteger tanto a migrantes nacionales como extranjeros, provenientes de Centroamérica principalmente, por lo cual la intención del programa es la formación de servidores públicos profesionales, altamente capacitados y especialmente instruidos en la protección de los derechos humanos de los migrantes. El desempeño en la vida real de esos servidores públicos será el que dirá si el programa se convierte en un ejemplo de política a seguir o si cae en el montón de programas que no funcionaron por falta de voluntad política y compromiso real.

5.3 Filosofía y futuro de la migración.

Quizá más que hablar de la filosofía de la migración sea más correcto referirse a la "filosofía" del migrante y este término se clarifica un poco si por él se entienden las expectativas y las experiencias de los migrantes. Sin pretender que respecto a este punto las últimas líneas de este trabajo sean exhaustivas, pues ni es el objetivo del mismo ni se tiene el espacio para realizar semejante labor, no se puede dejar de hacer algunas alusiones respecto al tema.

Aquellos que decidieron y deciden dejar sus lugares de origen, realizar un viaje azaroso y no siempre seguro, enfrentarse a una sociedad y cultura desconocidas para empezar con nada o muy poco una nueva vida lo han hecho generalmente porque en las tierras en las que nacieron carecen siquiera de la esperanza de que su vida mejore. Los migrantes son personas que no sólo deciden cambiar de lugar de residencia sino también de situación. Desafortunadamente, muchas de estas personas cuando logran llegar a los territorios de los países ricos se dan cuenta de que tienen que enfrentar nuevas situaciones de explotación y discriminación porque la sociedad mundial actual cree que los derechos se reparten en función de las nacionalidades, que las responsabilidades de los gobernantes se limita a procurar la mejoría del nivel de vida de las personas que nacieron dentro del limitado ámbito territorial de unas fronteras arbitrarias, en fin, que la pobreza y la riqueza, la miseria y el bienestar son concomitantes de regiones geográficas del globo terráqueo y no de un sistema económico mundial.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Bajo estas condiciones han sido los migrantes quienes han buscado su rostro e identidad en las nuevas sociedades. La sociedad civil, las personas que migran y migraron son quienes le dan rostro a la migración. Son ellos quienes en un proceso lento pero constante han logrado abrirse espacios públicos en los cuales expresarse, espacios políticos en las nuevas sociedades que les permiten humanizarse ante la mirada de los otros.

En el futuro inmediato nada parece indicar que la tendencia migratoria de los países pobres a los países ricos cambiará, porque nada indica que el nivel de vida en los países pobres mejorará. La migración es un fenómeno que representa una responsabilidad compartida. Como señala Carbonell: "(...) el problema de la pobreza y de la violencia que es el que impulsa a millones de personas a salir de sus países, no se va a resolver si no se adoptan otras medidas, mucho más de fondo, que permitan el desarrollo de condiciones dignas de vida para los países subdesarrollados; en otras palabras, ni la aceptación de inmigrantes ni el asilo serán suficientes si no se llevan a cabo junto con cambios en la cooperación internacional para fomentar el desarrollo, con un comercio más justo entre el norte y el sur, mediante la progresiva implantación de la paz y la democracia, a través de una mayor inversión externa, etcétera"²⁵.

A lo que señala Carbonell, se le debe agregar que esta responsabilidad compartida no excusa de manera alguna a los gobiernos de los países subdesarrollados para que cumplan cabalmente con sus responsabilidades frente a sus poblaciones. La obligación de los gobiernos de los países ricos de ayudar al desarrollo de las regiones pobres del planeta no puede ser usada como pretexto por los dirigentes en esas regiones para permanecer cruzados de brazos ante la miseria de la población civil. Porque si bien es cierto que en muchas ocasiones una enorme

²⁵ Cfr. Carbonell, Miguel.- *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Op. Cit. pg. 32.

cantidad de los problemas de miseria y violencia de los países pobres se originaron y se originan por los intereses económicos de los países ricos, también es cierto que los gobernantes de los países subdesarrollados en mucho han colaborado para que estos problemas se perpetúen.

Y es que uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de los países subdesarrollados ha sido la deplorable calidad humana de muchos de sus grupos políticos y de sus dirigentes, quienes en innumerables ocasiones han preferido dividir y manipular a la población a fin de que ellos accedieran a posiciones de poder, mismas que han usado no para mejorar las condiciones de vida del grueso de la población sino para asegurarse privilegios para ellos y sus círculos íntimos, para hacerse de fortunas ofensivas mediante el despojo y el robo, para crear leyes que los excusen de asumir las responsabilidades de sus acciones frente a la sociedad. Dirigentes que en lugar de crear y ejecutar planes coherentes, serios, analíticos, realizables y con continuidad para combatir el desempleo, la pobreza, el hambre, la ignorancia, las enfermedades y la explotación han preferido usar la demagogia, la corrupción, la ineptitud, el favoritismo, la impunidad y la política rastrera como la forma de "hacer las cosas".

El genero humano tiene una historia común además de las innumerables historias particularísimas de cada grupo, de cada persona. En la historia común que comparten los seres humanos se encuentra la búsqueda de mejores condiciones de vida y el reconocimiento a nuestra dignidad intrínseca como personas. El fenómeno migratorio nos enfrenta con el reto de reconocer al otro en nosotros mismos, los derechos humanos nos proporcionan un lenguaje para facilitar ese reconocimiento.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo se intentó dar elementos lo suficientemente convincentes como para lograr evidenciar que la necesidad de plantearse preguntas relativas al estado que guardan las cosas dentro de las sociedades actuales con respecto a los trabajadores migrantes indocumentados es un imperativo ineludible para los miembros tradicionalmente reconocidos en esas sociedades, es decir, los ciudadanos. Las preguntas que es necesario plantearse no son siquiera preguntas complejas, son más bien simples y, paradójicamente, obvias, preguntas como ¿Por qué yo sí puedo trabajar y por qué tú no? ¿Por qué yo puedo aspirar a la titularidad del derecho humano al trabajo y tú no? ¿Es la nacionalidad una base razonable por virtud de la cual sea justificable el privarte a ti de un derecho humano? ¿Puedo utilizar un argumento tan arbitrario como el de mi nacimiento como fundamento de mi condición privilegiada? En la búsqueda de las respuestas a estas preguntas se procuró demostrar el carácter injusto y arbitrario del tradicional pensamiento político-jurídico migratorio.

La tendencia a abolir del ordenamiento jurídico leyes y normas que originaron privilegios injustificables y situaciones de explotación, exclusión e injusticia ha sido constante en el desarrollo histórico del derecho. De este modo, el discurso ideológico-jurídico que permitió la esclavitud demostró su falsedad e injusticia y se abolió, lo mismo sucedió con la discriminación jurídica de las que fueron objeto las mujeres y con el repugnante régimen jurídico del apartheid. ¿Por qué no hacerlo con el régimen jurídico migratorio que rige en la actualidad respecto a los trabajadores indocumentados?

Los derechos humanos operan a nivel mundial, no son concesiones o muestras de buena voluntad de los gobiernos de los estados, son derechos que le pertenecen a los hombres y a las mujeres por el importantísimo hecho de ser personas. Los derechos humanos representan límites a las acciones de los gobiernos quienes no pueden trasponerlos o infringirlos bajo el pretexto de motivaciones económicas o de inercias políticas.

El derecho humano al trabajo engloba a todos los seres humanos y no sólo a los nacionales de los estados. Por ello, los gobiernos de los estados deben respetar el derecho al trabajo de todas las personas y no sólo el de sus ciudadanos. El argumento de la soberanía como fundamento para decidir a quién se le reconocerá el derecho humano al trabajo y a quién no es insostenible, porque el derecho al trabajo no es un derecho que emana de los gobiernos de los estados sino de las necesidades inherentes del ser humano. A lo único que están facultados los gobiernos es a procurar las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de ese derecho por parte de *todos* los individuos.

Porque es primordial el nunca perder de vista que el derecho al trabajo es un derecho no un privilegio. No es válido que un gobierno argumente que mi derecho al trabajo está en peligro porque otro ser humano intenta ejercer su derecho al trabajo. La única razón de ser de los gobiernos es la de crear las condiciones necesarias para que todos podamos aspirar al ejercicio pleno de nuestros derechos y si en la vida real esta meta no se logra aún ha sido en gran medida culpa de la irresponsabilidad, la corrupción, la ineptitud y el bandidaje que se han presentado al interior de los gobiernos quienes en lugar de velar por las pobres de sus países son secuaces de los poderosos y los oportunistas. La miseria es culpa del gobierno y de los poderosos, no de los trabajadores indocumentados.

El trato que se les da a los trabajadores migrantes indocumentados en la actualidad no puede ser más indignante. A estos seres humanos se les persigue como delincuentes por el grave delito de querer trabajar. Los "papeles" —que representan el certificado de aprobación de los gobiernos para que una persona ejerza su derecho al trabajo— se convierten en la coartada para impedir el ejercicio de un derecho humano. Los "papeles" han propiciado que los agentes de la autoridad y ciertos miembros de las sociedades civiles de países receptores de indocumentados dejen de percibir a los trabajadores como seres humanos con necesidades de alimento, cobijo y seguridad iguales a las de ellos, y se ha dado pie al resurgimiento de tendencias xenófobas y racistas.

La aparición de la propuesta 187, la promulgación de la Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act en 1996, el reforzamiento policiaco de la frontera entre México y los Estados Unidos representan ejemplos claros de las políticas excluyentes y paranoicas que se implementan para hacer frente al fenómeno migratorio. Políticas que atacan los resultados y no las causas. Políticas que despiertan y reviven los sentimientos "nativistas" llenos de odio, racismo y xenofobia.

El fenómeno migratorio es un fenómeno complejo que involucra tanto a las sociedades receptoras como a las sociedades expulsoras de migrantes. Las políticas migratorias que sirven para establecer dos tipos de regulaciones jurídicas respecto del trabajo —una para los ciudadanos y otra para los extranjeros— no producen respuestas satisfactorias al fenómeno antes bien lo complican al mandar el mensaje a las sociedades de que los trabajadores migratorios indocumentados deben de ser seres humanos de segunda categoría pues para ellos sólo existe un régimen jurídico de segunda categoría. La política de construir muros y barreras

para impedir el arribo de trabajadores indocumentados no soluciona ningún problema ya que es el hambre y la miseria la que impulsa a los migrantes a buscar mejores condiciones de vida en los territorios de los países tan próximos y tan indiferentes a la situación de miseria.

Como se sostiene en el presente trabajo, la migración es un responsabilidad compartida que debe de ser estudiada y enfocada desde una perspectiva de cooperación entre gobiernos para eliminar y erradicar sus causas. Es además un signo inequívoco de una situación que exige de los gobiernos de los países expulsores de migrantes a cumplir cabalmente con sus compromisos sociales para con sus poblaciones.

Los derechos humanos adquirirán mayor eficacia cuando los seres humanos seamos capaces de reconocernos como iguales, como seres con un futuro común que habitan en un planeta único en el cual la miseria de una región compromete a las demás regiones. Como recuerda John Donne: "Ningún hombre es en sí equiparable a una Isla; todo hombre es un pedazo del Continente...". Las regulaciones y las políticas que proclaman la separación de la raza humana deben de abolirse para que logremos ser una Humanidad más humana.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros.

- Abramovich, Victor y Courts, Christian.- "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*.- 2ª edición.- Editorial Porrúa-UNAM.- México, D.F.- 2001.
- Aguilera Arrilla, Ma. José.- *Geografía general II (Geografía humana)*.- Universidad Nacional de Educación a Distancia.- Madrid, España.- 1991.
- Álvarez Ledesma, Mario I.- *Acercas del concepto de derechos humanos*.- McGraw-Hill.- México, D.F.- 1998.
- Blij, H. J.- *Human geography. Culture, society and space*.- 4ª edición.- John Wiley & Sons.- New York, USA.- 1993.
- Borrie, W.D.- *Historia y estructura de la población mundial*.- Ediciones Istmo.- Madrid, España.- 1970.
- Burgoa Orihuela, Ignacio.- *Las garantías individuales*.- 2ª edición.- Editorial Porrúa.- México, D.F.- 1995.
- Bustamante, Jorge A.- "Comentario a 'La migración en América'" en De Olloqui, José Juan.- *Estudios en torno a la migración*.- UNAM.- México, D.F.- 2001.
- Capella, Juan Ramón.- *Los ciudadanos siervos*.- 2ª edición.- Editorial Trotta.- Madrid, España.- 1993.
- Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*.- 2ª edición.- Editorial Porrúa- UNAM.- México, D.F.- 2001.- pg. 140 y ss.
- Carbonell, Miguel.- *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*.- Editorial Porrúa-UNAM.- México, D.F.- 2001.
- Castán Tobeñas, José.- *Los derechos del hombre*.- 4ª edición.- Editorial Reus.- Madrid, España.- 1992.
- Colegio de México; *Historia de México. Tomo II*.- 3ª edición.- Harla-El Colegio de México.- México, D.F.- 1988.
- De Castro Cid, Benito.- *El reconocimiento de los derechos humanos*.- Editorial Tecnos.- Madrid, España.- 1982.- pg. 51.
- De Lucas, Javier.- "Por qué son relevantes las reivindicaciones político-jurídicas de las minorías. Los derechos humanos en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores).- *Derechos sociales y derechos de las minorías*.- 2ª edición.- Editorial Porrúa-UNAM.- México, D.F.- 2001.
- _____.- *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*.- Ediciones 'Temas de Hoy'- Madrid, España.- 1994.
- Dollot, Louis.- *Las migraciones humanas*.- Oikos-Tau Ediciones.- Barcelona, España.- 1971.
- Drapear, G.I.A.D.- "Orígenes y aparición del derecho humanitario" en UNESCO.- *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. UNESCO-Editorial Tecnos.- Madrid, España.- 1990.
- Duncker Biggs, Federico.- *Derecho internacional privado. Parte general*.- 2ª edición.- Editorial Jurídica de Chile.- Santiago de Chile.- 1956.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Durand, Jorge.- *Más allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*.- Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.- México, D.F.- 1994.
- Ferrajoli, Luigi.- "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" en Carbonell, Miguel (compilador).- *Teoría de la constitución*.- Editorial Porrúa-UNAM.- México D.F.- 2000.
- Gellner, Ernest.- *Naciones y nacionalismo*.- Editorial Patria-Alianza Editorial.- México, D.F.- 1991.
- Gómez Arnau, Remedios.- *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*.- UNAM.- México, D.F.- 1990.
- González, Nazario.- *Los derechos humanos en la historia*. Universidad Autónoma de Barcelona.- Barcelona, España. 1998.
- Hinsley, F.H.- *El concepto de soberanía*.- Editorial Labor.- Barcelona, España.- 1972.
- Hitters, Juan Carlos.- *Derecho internacional de los derechos humanos. Tomo I*.- EDIAR.- Buenos Aires, Argentina.- 1991.
- Kohn, Hans.- *El nacionalismo. Su significado e historia*.- 1ª edición en español.- Editorial Paidós.- Buenos Aires, Argentina.- 1966.
- Lafer, Celso.- *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*.- Fondo de Cultura Económica.- México, D.F.- 1994.
- McClelland, J.S.- *A history of western political thought*.- Routledge.- New York, U.S.A.- 1996.
- Morales, Patricia.- *Indocumentados mexicanos. Causas y razones de la migración laboral*.- 2ª edición.- Editorial Grijalbo.- México, D.F.- 1989.
- Nervis, Allan; Steele Commanger y Henry, Morris, Jeffrey.- *Breve Historia de los Estados Unidos*.- Fondo de Cultura Económica.- México, D.F.- 1994.
- Nikken, Pedro.- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Editorial Civitas. Madrid, España. 1987.
- Ong Hing, Bill.- *Immigration and the law (Contemporary legal issues)*.- ABC-CLIO.- Santa Barbara, California, Estados Unidos.- 2000.
- Pacheco, Maximino.- *Los derechos humanos. Documentos básicos*.- 2ª edición.- Editorial Jurídica de Chile.- Santiago de Chile, Chile.- 1992.
- Peces-Barba, Gregorio y Fernández García, Eusebio.- *Historia de los derechos fundamentales Tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII*. Editorial Dykinson.- Madrid, España.- 1998.
- Pereznieta Castro, Leonel.- *Derecho Internacional Privado*.- 6ª edición.- Editorial Harla.- México, D.F.- 1997.
- Rigaux, Francois.- *Derecho internacional privado. Parte general*.- 1ª edición en español.- Editorial Civitas.- Madrid, España.- 1985.
- Salt, John.- *Migration and population change in Europe*.- Organización de las Naciones Unidas.- Nueva York, Estados Unidos.- 1993.
- San Martín y Torres, Xavier.- *Nacionalidad y extranjería*.- Editorial Mar.- México, D.F.- 1954.
- Sohn, Louis B. y Buergenthal, Thomas (editores).- *The movements of persons across borders*.- The American Society of International Law.- Washington D.C., Estados Unidos.- 1992.
- Székely, Alberto (compilador).- *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público. Tomo I*.- 2ª edición ampliada.- Universidad Nacional Autónoma de México.- México D.F.- 1989.
- Vital Adame, Oscar.- *Derecho migratorio mexicano*.- 3ª edición.- Universidad Anáhuac del Sur-Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.- México, D.F.- 1999.

Revistas.

Dahrendorf, Ralf.- "Incorporarse a la ciudadanía" en Gaceta Mexicana de Administración Pública y Municipal.- Número 58.- Diciembre de 1997.-México, D.F.- pg. 30.

Instrumentos internacionales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
Carta de la Organización de Estados Americanos.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).
Carta Social Europea.
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul).
Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo.
Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo .
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.
Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Legislación local.

Title 8 United States Code.
Immigration and Nationality Act.
Immigration Reform and Control Act of 1986.
Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996.

