



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

SITUACION JURIDICA DEL TRABAJADOR  
EXTRANJERO ANTE LA ACTUAL LEY  
FEDERAL DEL TRABAJO MEXICANA

T E S I S

Que para obtener el titulo de :  
LICENCIADA EN DERECHO

P r e s e n t a :  
MARIA DE LOS ANGELES  
RAMIREZ GONZALEZ

México, D. F.

1988.



## **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 está 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.

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

## T E S I S

"SITUACION JURIDICA DEL TRABAJADOR EXTRANJERO ANTE LA ACTUAL LEY - FEDERAL DEL TRABAJO MEXICANA".

## INDICE GENERAL

## PROLOGO

## CAPITULO PRIMERO

## CONCEPTOS, FUNDAMENTOS Y DOCTRINA DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO:

- 1).- Concepto del Derecho Internacional Público.
- 2).- Historia Breve del Derecho.
- 3).- Las Doctrinas Clásicas del Derecho Internacional.

## I).- Las Doctrinas Jusnaturalistas.

- a).- La Escuela Hispana del Derecho de Gentes; Vitoria, - Vázquez de Menchaca, Ayala, Otros Maestros y Francisco Suárez.
- b).- Los Autores Jusnaturalistas; Laicos, Gentili, Grocio, Pufendorf y Wolff.

## II).- Las Doctrinas Positivas.

- A).- Los Predecesores; Zouch, Bynkershoek, Vattel.
  - B).- Los Positivistas Sistemáticos; Mozer, Martens. Autores del Siglo XIX.
  - C).- Comentario sobre el Positivismo Internacionalista de los Siglos XVIII y XIX.
- 4).- La Naturaleza y la Esencia del Derecho Internacional.
- a).- La Negociación Doctrinal del Derecho Internacional.
  - b).- Las Teorías que sostienen que el Derecho Internacional, es un Derecho Rudimentario y de Transición.
  - e).- El Intento de Fundamentación del Derecho Internacional en la Escuela Positiva Moderna.

Las Bases de la Coordinación, Teoría de la Autolimitación.  
La Tesis de la Coordinación y el Imperio de Fuerza.  
La Teoría de la Coordinación y la Voluntad Colectiva.  
La Teoría de la Norma PACTA SUN SERVANDA.

A).- La Reacción Antipositivista.  
Las Teorías Realistas y el Moderno Jusnaturalismo; Duguit,  
Scelle, Ross y Schwarzenberger.  
El Jusnaturalismo Moderno; Le Fur y Verdross.  
Referencias de la Teoría Soviética.  
La Teoría Sociológica del Derecho Internacional.  
El Fundamento del Derecho Internacional Moderno.

5).- Derecho Internacional y Derecho Interno.

a).- Las Doctrinas.  
b).- La Práctica de las Naciones.  
c).- La Práctica Mexicana.  
d).- Sumario.

6).- Soberanía y Derecho Internacional.

7).- Las Fuentes del Derecho Internacional.

a).- Los Tratados.  
b).- La Costumbre.  
c).- Los Principios Generales del Derecho.  
d).- Las Decisiones Judiciales.  
e).- La Doctrina.  
f).- Las Resoluciones de los Organos Internacionales.  
g).- La Codificación del Derecho Internacional.

## CAPITULO SEGUNDO

### LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCION.

1.- DERECHO AL TRABAJO.

a).- El Derecho al Trabajo en Nuestro Sistema Constitu-  
cional.  
b).- Proyecciones de la Garantía Social del Derecho al  
Trabajo.

2.- LIBERTAD DE TRABAJO.

- a).- El Derecho a la Libertad de Trabajo.
- b).- Limitaciones a la Libertad de Trabajo para Extranjeros en la Legislación Mexicana.
- c).- Prohibición para el Ejercicio de las Profesiones -- Técnico-Científicas a los Extranjeros en la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional.
- d).- Limitaciones a los Extranjeros en la Ley Federal del Trabajo.

3.- DERECHO PARA ASOCIARSE.

- a).- Derecho de Sociedad.
- b).- Derecho de Asociación.

4.- LIMITACIONES.

CAPITULO TERCERO

PROBLEMATICA DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN MEXICO.

- 1.- El Trabajo de los Extranjeros en su Embajada en Territorio Nacional.
- 2.- El Trabajo de Mexicanos en Embajadas Extranjeras en Territorio Nacional.
- 3.- El Trabajo de Extranjeros en Instituciones Gubernamentales Residentes en Nuestro País.
- 4.- Otros:
  - a).- El Trabajo de los Técnicos Calificados, Oficiales de una Rama de Actividad, Artistas, -- Profesionistas Mexicanos en el Extranjero.
  - b).- El Trabajo de los Técnicos y Trabajadores Especializados de Origen Extranjero en Territorio Mexicano.

CAPITULO CUARTO

REGULACION DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO:

- 1.- Síntesis de Derecho y Obligaciones de la Ley.

- a).- Derechos.
- b).- Obligaciones.

2.- Síntesis de Derechos y Obligaciones en los Contratos Colectivos.

- a).- Nacimiento del Contrato Colectivo.
- b).- Nacimiento del Contrato Colectivo en México.
- c).- El Contrato Colectivo en la Actual Ley Federal del Trabajo.
- d).- El Trabajador Extranjero Dentro del Contrato Colectivo del Trabajo.

3.- Síntesis de Derechos y Obligaciones en los Contratos Individuales.

- a).- El Contrato y la Relación de Trabajo.

- CONCLUSIONES.

- BIBLIOGRAFIA.

- LEGISLACION CONSULTADA.

Que para recibir el título de Licenciado en Derecho, presente:  
MARIA DE LOS ANGELES RAMIREZ GONZALEZ.

## INDICE GENERAL

	Página
PRESENTACION DE TESIS . . . . .	1
INDICE GENERAL . . . . .	5
PROLOGO . . . . .	10
DEDICATORIAS . . . . .	11

### CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS, FUNDAMENTOS Y DOCTRINA DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO . . . . .	1
1).- Concepto del Derecho Internacional Público . . . . .	1
2).- Historia Breve del Derecho Internacional . . . . .	3
3).- Las Doctrinas Clásicas del Derecho Internacional . . . . .	9
I).- Las Doctrinas Jusnaturalistas . . . . .	9
a).- La Escuela Hispana del Derecho de Gentes . . . . .	9
b).- Los Autores Jusnaturalistas Laticos . . . . .	21
II).- Las Doctrinas Positivistas . . . . .	28
a).- Los Predecesores . . . . .	28
b).- Los Positivistas Sistemáticos . . . . .	32
c).- Comentario sobre el Positivismo Interna- cionalista de los Siglos XVIII y XIX . . . . .	35
4).- La Naturaleza y la Esencia del Derecho Internacional . . . . .	37
a).- La Negación Doctrinal del Derecho Internacional . . . . .	37
b).- Las Teorías que sostienen que el Derecho Inter- nacional es un Derecho Rudimentario y de Transi- ción . . . . .	44

c).- El Intento de Fundamentación del Derecho Internacional en la Escuela Positiva Moderna . . . . .	45
— La Tesis de la Coordinación . . . . .	46
— Teoría de la Autoalimentación . . . . .	47
— La Tesis de la Coordinación y el Imperio de Fuerza . . . . .	49
— La Teoría de la Coordinación y la Voluntad Colectiva . . . . .	50
— La Teoría de la Norma Pacta Sunt Servanda . . . . .	51
d).- La Reacción Antipositivista . . . . .	57
— Las Teorías Realistas y el Moderno Jusnaturalismo . . . . .	57
— El Jusnaturalismo Moderno . . . . .	61
— Referencias de la Teoría Soviética . . . . .	63
— La Teoría Sociológica del Derecho Internacional . . . . .	65
— El Fundamento del Derecho Internacional Moderno . . . . .	68
5).- Derecho Internacional y Derecho Interno . . . . .	69
a).- Las Doctrinas . . . . .	69
b).- La Práctica de las Naciones . . . . .	71
c).- La Práctica Mexicana . . . . .	79
d).- Sumario . . . . .	84
6).- Soberanía y Derecho Internacional . . . . .	85
7).- Las Fuentes del Derecho Internacional . . . . .	94
a).- Los Tratados . . . . .	98
b).- La Costumbre . . . . .	99
c).- Los Principios Generales Del Derecho . . . . .	106
d).- Las Decisiones Judiciales . . . . .	109

	Página
e).- La Doctrina . . . . .	109
f).- Las Resoluciones de los Organos Internacionales.	114
g).- La Codificación del Derecho Internacional . . .	116

CAPITULO SEGUNDO

LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCION . . . . .	123
1).- DERECHO AL TRABAJO . . . . .	124
PLANTEAMIENTO GENERAL . . . . .	124
a).- El Derecho al Trabajo en Nuestro Sistema Consti- tucional . . . . .	125
b).- Proyecciones de la Garantía Social de Derecho al Trabajo . . . . .	130
2).- LIBERTAD DE TRABAJO . . . . .	130
a).- El Derecho a la Libertad de Trabajo . . . . .	130
b).- Limitaciones a la Libertad de Trabajo para Ex- tranjeros en la Legislación Mexicana . . . . .	142
a) Condición del Extranjero en México . . . . .	142
b) La Ley General de Población . . . . .	142
- Los No Inmigrantes . . . . .	149
- Los Inmigrantes . . . . .	149
Categorías Migratorias para Extranjeros . . . . .	149
Requisitos de la Secretaría de Gobernación a Extranjeros . . . . .	150
a) Inmigrante Rentista . . . . .	150
b) Inmigrante Inversionista . . . . .	151
c) Inversionista en Valores . . . . .	151
d) Inmigrante Profesionista . . . . .	152
e) Cargos de Confianza . . . . .	153
f) Técnicos y Trabajadores Especializados	153
g) El Inmigrante Estudiante y Familiar . . . . .	154

-	Condición General del Inmigrante . . . . .	154
-	Los Inmigrados . . . . .	155
-	Condición de los Inmigrados . . . . .	155
c).-	Prohibición para el Extranjero de las Profesiones Técnico-Científicos a los Extranjeros en la Ley - Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional . . .	156
-	Su Anticonstitucionalidad . . . . .	156
d).-	Limitaciones a los Extranjeros en la Ley Federal del Trabajo . . . . .	160
-	Su Licitud . . . . .	160
3).-	DERECHO PARA ASOCIARSE . . . . .	162
a).-	Derecho de Asociarse . . . . .	163
b).-	Derecho de Asociación . . . . .	164
4).-	LIMITACIONES . . . . .	166
-	Limitación al Derecho de petición . . . . .	170
-	Limitación a la Libertad de Asociación . . . . .	171

CAPITULO TERCERO

PROBLEMATICA DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN MEXICO

1).-	En el Trabajo de los Extranjeros en su Embajada en Territorio Nacional . . . . .	172
2).-	El Trabajo de Mexicanos en Embajadas Extranjeras en Territorio Nacional . . . . .	173
3).-	El Trabajo de Extranjeros en Instituciones Gubernamentales Residentes en Nuestro País . . . . .	175
4).-	Otros . . . . .	176
-	La Situación del Trabajador Mexicano Emigrante . . . . .	176
a)	El Trabajo de los Técnicos Calificados, Oficiales de una Rama de Actividad, Artistas o Profesionistas Mexicanos en el Extranjero . . . . .	181
b)	El Trabajo de Técnicos y Trabajadores Especializados Extranjeros en Territorio Mexicano . . . . .	182

## CAPITULO CUARTO

## REGULACION DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO:

1).- Síntesis de Derechos y Obligaciones en la Ley . . . . .	184
a).- Derechos . . . . .	184
- Los Riesgos de Trabajo y la Seguridad Social . . . . .	189
a) Accidente de Trabajo . . . . .	190
b) Enfermedad de Trabajo . . . . .	190
c) Incapacidad . . . . .	191
b).- Obligaciones . . . . .	191
2).- Síntesis de Derechos y Obligaciones en los Contratos Colectivos . . . . .	193
a).- Nacimiento del Contrato Colectivo . . . . .	193
b).- Nacimiento del Contrato Colectivo en México . . . . .	195
c).- El Contrato Colectivo en la Actual Ley Federal del Trabajo . . . . .	203
d).- El Trabajador Extranjero Dentro de la Asociación Profesional . . . . .	204
3).- Síntesis de Derecho y Obligaciones en los Contratos Individuales . . . . .	209
a).- El Contrato y la Relación de Trabajo . . . . .	209
CONCLUSIONES . . . . .	214
BIBLIOGRAFIAS . . . . .	217
LEGISLACION CONSULTADA . . . . .	220

## P R O L O G O

He querido elaborar esta tesis con el tema de: "SITUACION JURIDICA DEL TRABAJADOR EXTRANJERO ANTE LA ACTUAL LEY FEDERAL DEL TRABAJO MEXICANA", referente al Derecho de los Trabajadores, rama de la Ciencia Jurídica que cada día adquiere mayor extensión e importancia y cuyo conocimiento es indispensable a todos los que, por dedicarse a una modalidad cualquiera del trabajo, intervienen en relaciones a que da lugar la producción, relaciones que hacen nacer derechos y deberes que el derecho social regula, esta rama del derecho señala cauces y dicta normas.

En las relaciones recíprocas de nación a nación, con personas morales que son y tienen como los individuos al derecho de asegurar su existencia y su independencia, resultado de los deberes y derechos recíprocos derivadas de la relación entre los diversos Estados y Naciones, estipulando convenios o tratados por medio de los cuales se obligan unos respecto de otros.

Y, refiriéndome al Derecho Social, del cual se deriva la rama de derecho laboral del que se puede decir que es el conjunto de doctrinas, leyes, procedimientos y medios con los que se intenta la solución justa y equitativa de lo que se ha llamado problema social.

Las normas dictadas por los Poderes públicos para la protección de los trabajadores modifican especialmente en lo que afecta a la contratación y reglamentación del trabajo sujetándose a normas preestablecidas, tendientes a evitar "la posible explotación y procurar la protección jurídica de los económicamente débiles".

La Legislación del Trabajo que trata de la libertad de trabajo y sus limitaciones en relación a la edad y sexo de los trabajadores (niños, mujeres) y extranjeros, siendo, ésta última, una característica muy particular del derecho social en su tendencia a la unificación internacional, es decir, a que no sólo sus bases esenciales, sino también en lo posible, sus normas, adquieran amplitud internacional y se adopten en otros países.

Esto se explica no sólo por el deseo de hacer llegar los influjos protectores de esta legislación a los trabajadores de otros países, sino también evitar lo más posible que la competencia industrial o comercial, cada día más posible y necesaria, se produzca en condiciones desventajosas para los países que mayor cuidado prestaran al cumplimiento de las obligaciones nacidas de su legislación social, lo que sería, evidentemente injusto.

## DEDICATORIAS

Esta tesis fue elaborada en el Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo la dirección del Lic. Ignacio J. Navarro Vega, catedrático de la Materia en la U.N.A.M., a quien le estoy profundamente agradecida por su estimable colaboración y útiles observaciones, al revisar y corregir la presente tesis.

Al matrimonio integrado por Dolores de la Peña y Eduardo Iturbe - Roseta, a quienes son mis padrinos. El agradecimiento tiene tres formas, - un sentimiento en el fondo del corazón, una expresión de reconocimiento y un obsequio de compensación. El agradecimiento que siempre les - tendré, el reconocimiento y su expresión es lo que plasmo para siempre en estas letras y la compensación es el obsequio que les hago de mi - tesis, donde se demuestra que quien favorece a gente buena, labra buena tierra.

Al Lic. Joel Ayala Almeida, líder nato quien me despertó con su ejemplo el deseo de superación, y a quien admiro y respeto por su brillante trayectoria en las lides Sindicales, Secretario de la Vivienda de la PSTSE.

Al Sr. Don. Víctor Manuel Sarsabia Luna ;actualmente el máximo dirigente de mi querido Sindicato Nacional de la Secretaría de Salud, como un reconocimiento a su constancia, capacidad y entusiasmo para defender a la base trabajadora.

A mi Secretario de Conflictos Laborales en el D.F. y ex Secretario General de la Sección Seis del Sindicato de la Secretaría de Salubridad y Asistencia ( Hoy Secretaría de Salud), Ing. Miguel Gutiérrez Rodríguez, por sus meritos e empuje de superación, en agradecimiento por el constante apoyo que siempre me ha brindado.

C. Odilón Méndez I. Secretario General de la Sección Seis del S.N.T. S.S., como un reconocimiento a su capacidad y entusiasmo demostrado en la práctica diaria para beneficio de los agremiados de nuestra organización.

A mi compañera de trabajo, Sra Graciela Peñafior de León, por haberme estimulado tanto con su persistencia en que me recibiera y llegara a la meta.

A mis maestros, a todos mis maestros, porque aprendí de todos y cada uno de ellos, cómo, ser mejor.

**CAPITULO PRIMERO**

**CONCEPTOS, FUNDAMENTOS Y DOCTRINA DEL  
DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO**

## 1).- CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

El nombre de esta disciplina "derecho internacional", aunque un tanto imperfecto, se usa desde que Jeremías Bentham lo empleó en 1789, por no encontrarse un vocablo mejor para designarla. En castellano se continúa utilizando junto con el nombre "derecho internacional", - la designación "derecho de gentes", rica en connotaciones emocionales, y aunque menos técnica que aquélla, resulta más generalizadora. En esta obra se empleará como sinónimo del primero. La palabra "gentes" significa, desde el siglo XVI, pueblos organizados políticamente.

En otros idiomas, como en inglés, francés e italiano, la materia tiene igual denominación que el nuestro (international law, droit international, diritto internazionale); pero en alemán (Völkerrecht) la disciplina prosigue llamándose derecho de gentes.

El derecho internacional público puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, o más correctamente, el derecho de gentes rige las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional.

La función del derecho internacional público es triple. En primer lugar tiene la de establecer los derechos y los deberes de los Estados en la comunidad internacional. En seguida, debe determinar las competencias de cada Estado, y en tercero, ha de reglamentar las organizaciones e instituciones de carácter internacional.

Puede hablarse de un derecho internacional universal, o sea el conjunto de normas, bien pequeño por - cierto, que obliga sin excepción a todos los miembros de la comunidad internacional, en contraposición a un derecho internacional general, término que se aplica al grupo de reglas que están vigentes entre un gran número de Estados, comprendiendo entre ellos a las grandes potencias, y a un derecho internacional particular, o sean aquellas - normas de carácter contractual principalmente, que rigen entre dos Estados, o entre un pequeño número de ellos. - Naturalmente, esta distinción tiene más bien valor didáctico que científico.

No debe confundirse el derecho internacional público con la política internacional. Muchas de las relaciones entre los Estados no están reguladas todavía por el derecho de gentes, y se deja aún bastante a la decisión individual de cada Estado. Por consecuencia, existe una gran discrecionalidad y en este campo los miembros de la comunidad tienen legalmente cierta libertad para proseguir sus fines de acuerdo con las concepciones que parezcan más prudentes a su interés nacional. De ahí que en no pocas ocasiones se asocien indebidamente los regatos políticos internacionales de un Estado con las normas del derecho de gentes, y por ello la crítica indebida que se hace a este orden jurídico.

Claro que no deben separarse del todo política y derecho internacional. Entre ambos existen relaciones e interacciones, que están pidiendo tratamiento, pues ellas podrían explicar muchos de los interrogantes del orden legal internacional. La política no deja de jugar algún papel en la formación de las reglas del derecho de gentes, pero el estudio de estos aspectos no corresponde a este Curso.

Muy a menudo se confunde el derecho internacional público con el derecho interno del Estado (constitucional, administrativo, etc.), sobre todo en ocasiones en que no es fácil percibir si el Estado está actuando como miembro de la comunidad o como entidad política cumpliendo sus propósitos de organización interna. El derecho interno regula relaciones de individuos, de personas, en el ámbito de un Estado y no tiene aplicación exterior.

Es necesario prevenir contra la tendencia de comparar a cada paso el derecho internacional con el interno, pretendiendo reducir aquél a éste. Ambas ramas jurídicas son diferentes en su estructura, en su técnica jurídica y en su aplicación. Por ello no resulta correcto señalar al derecho internacional deficiencias o lagunas tratando de identificarlo con el derecho interno en sus características esenciales.

Debe distinguirse el derecho internacional público del derecho internacional privado. Este último, impropriamente llamado así, está constituido por las normas que los tribunales internos de los Estados aplican cuando sur

ge un conflicto entre los diferentes sistemas jurídicos. Debiera llamarse más correctamente "derecho privado internacional". Las normas de este último se aplican a los individuos, las del derecho de gentes, a los Estados.

La estructura del moderno derecho internacional es muy diferente a la del derecho internacional de antes de la guerra de 1939. Ya no se ocupa este cuerpo legal sólo de las relaciones políticas entre las naciones, ahora abarca también el derecho de las organizaciones internacionales y algunas normas novedosas con respecto al bienestar humano. Ha tomado un aspecto socializado. Tel parece como si el vocablo "internacional" no fuera ya apropiado para designarlo y que fuera menester irle buscando otro nombre. El concepto tradicional del derecho de gentes tiene que ensancharse. Se ha propuesto la denominación de "derecho mundial", pero esta nueva designación parece tener connotaciones utópicas, poco científicas.

Se habla ahora del "nuevo orden jurídico internacional", como opuesto o diferente al "derecho internacional clásico". De acuerdo con sus exponentes, este orden jurídico nuevo comprendería desde luego una parte considerable del derecho internacional existente en la actualidad, pero con un incremento de normas nuevas, con un remozamiento de muchas normas antiguas, con una ampliación del contenido de justicia y ética de las mismas, y con nuevos procesos de formación o de creación de las reglas, en las que tuvieran participación todos los Estados jóvenes y nuevos, y con mayor observancia del principio de la igualdad de los Estados. Puede afirmarse que el proceso hacia ese nuevo orden está en marcha, y que pronto habrá desarrollos importantes.

## 2).- HISTORIA BREVE DEL DERECHO INTERNACIONAL

Del nombre mismo del derecho internacional se desprende que solamente puede existir en relación a comunidades jurídico-políticas independientes. Por ello no resulta correcto sostener que este orden jurídico pudo existir en la antigüedad. El historicismo de los siglos XVIII y XIX penetró demasiado en los autores de esta materia, sin embargo, de ahí que se observe una marcada pre-

disposición de los publicistas de señalar que hubo derecho internacional desde los orígenes de la civilización.

Las rudimentarias instituciones que surgen de manera aislada y fugaz en la historia de los tiempos antiguos no pueden considerarse, en ningún caso, como integrando un sistema jurídico entre naciones. Porque mal puede hablarse de un derecho que rige a los Estados cuando éstos no existen unos frente a otros. De esta manera el derecho internacional fue posible cuando aparece el Estado moderno, autónomo, autocapaz, en relaciones de igualdad con sus semejantes, fenómeno que tiene lugar sólo después del Renacimiento, y no en época anterior.

En realidad, el derecho internacional empieza a surgir coetáneamente a la formación de los grandes Estados de Europa, en el siglo XVI: España, Francia, Inglaterra, Austria, Países Escandinavos. Las raíces del derecho internacional se encuentran ciertamente en la Alta Edad Media, pero esta rama no se manifiesta con sus rasgos peculiares sino hasta el momento en que sobreviene el desmembramiento del Sacro Romano Imperio y ocurre el descubrimiento de América, con su cauda de efectos. O sea, desde esa centuria principió a socavarse el principio de la supremacía universal del Papa y se fue mermando la autoridad imperial dejando el paso a una nueva organización político-jurídica. Pero a la vez, el Estado moderno tuvo que suprimir, de su seno, poderes que la hacían sombra, como eran los derivados del régimen feudal.

La presencia de los nuevos Estados del siglo XVI, y el descubrimiento del Nuevo Mundo, condujeron a situaciones enteramente diferentes a las que les precedían, que ya no podrían regularse sino por un nuevo derecho diferente a lo conocido, pues las normas jurídicas en uso hasta entonces resultaban incapaces para ordenar y regir las circunstancias que en el campo europeo se estaban produciendo.

Una confirmación adicional se recibe del hecho que antes del siglo XVI no existía ninguna doctrina del derecho internacional. Ella se principia a integrar con Vitoria, como se verá más adelante.

Es posible señalar varias etapas en el desenvolvimiento del derecho internacional a partir de su aparición.

A) La primera de ellas va desde el Renacimiento hasta la Paz de Westfalia (1648). Todavía se advierten resabios medievalistas durante gran parte de este periodo. La comunidad internacional se confunde con la comunidad cristiana revestida de espiritualidad, pero empieza a ser penetrada de un espíritu renacentista, eminentemente laico, que busca para ella un orden legal. Empero, se busca la justificación de la conducta de los soberanos en normas religiosas y poco se recurre a las reglas jurídicas. Aunque las instituciones son incipientes, se observa un crecimiento en el número de ellas y empiezan a -- abrirse paso numerosos principios de convivencia internacional, y la convicción, entre los Estados, de ser miembros de una misma familia.

B) Puede señalarse el siguiente período desde el Tratado de Westfalia hasta la Revolución Francesa.

El tratado de Westfalia (1648) marca un hito muy destacado en el progreso de las instituciones internacionales. Constituyó durante casi un siglo la estructura política internacional del continente europeo y es el primer síntoma importante de la existencia del derecho internacional. Confirmó este Pacto el principio de la soberanía territorial, indispensable en un orden jurídico internacional.

En esta segunda etapa se percibe un incremento de las actividades diplomáticas. Nacen y se multiplican los tratados de comercio. La institución de la neutralidad se desarrolla notablemente, y se principia a regir lo relativo al contrabando de guerra. Con respecto al anterior, este período representa un decidido avance.

Un poco más avanzada esta etapa surge el Tratado de Utrecht (1713) que establece un principio político-internacional de la mayor importancia: "el justo equilibrio del poder", originado prácticamente desde Westfalia y que se mantuvo hasta la época de Napoleón. El principio del equilibrio es el sustituto lógico de un monopolio de - -

poder o de una organización internacional, que no podrían darse por aquellos días.

Se caracteriza el período por un marcado progreso en el número y en la técnica de los tratados, por la realización de pactos para el tratamiento de prisioneros, de heridos y enfermos en campaña y demás, y por el apogeo que alcanzó la neutralidad.

C) Las guerras napoleónicas, que tanto alteraron la faz del Continente y que no trajeron ningún desarrollo notable del derecho de gentes, terminaron con un acontecimiento internacional de gran importancia y que constituye el origen del tercer gran período en el desenvolvimiento de este orden jurídico. Tal suceso fue el Congreso de Viena (1815), que a la vez señala el esplendor de la diplomacia clásica.

El Congreso de Viena deja paso a un derecho internacional bien estructurado, con casi las características que le conocemos. Se establecen por tal Congreso nuevas divisiones políticas, y se inaugura un sistema de gran resonancia: la intervención. La Santa Alianza, que resulta de ahí, fue un pacto de ayuda militar y un prolegómeno de organización internacional, pues establecía el sistema de la consulta, por medio de congresos, para actuar defendiendo el principio de la legitimidad monárquica, en contra de los brotes de liberalismo.

Surge en Viena el llamado "concierto europeo" - que, fundado en el "equilibrio de poder", habría de manejar los destinos del mundo a lo largo del siglo XIX. Un hecho es cierto, mala o buena la organización que surgió del Congreso de Viena desde 1815 hasta 1914 no hubo "guerra mundial", y sólo hasta 1870 (o sea cincuenta y cinco años después) ocurrió una contienda importante en el continente europeo.

El derecho internacional, después de ese Congreso, y hasta la Guerra Mundial I, alcanza un desarrollo portentoso de sus instituciones. Sucintamente pueden mencionarse los siguientes: Surge una opinión pública internacional, que habría de pesar en la formación de las instituciones. Se desarrollan las represalias. El bloqueo

se asienta en sus rasgos fundamentales y se depura. La - intervención se instaura, y se crea toda una teoría en su rededor. La esclavitud desaparece, por acción internacional. Se forma el régimen de la navegación de los ríos in ternacionales. Se suprime el corso. La institución diplomática, aunque pierde brillantez, gana en extensión y estabilidad. El régimen consular llega a su esplendor.

Hacia el final de este tercer periodo, principian los movimientos pacifistas. Se observa una multiplicidad de tratados, sin precedentes, los cuales se hacen más técnicos y sobreviene la proliferación de los tratados multi laterales al grado que ante este incremento tan sorprendente de los pactos internacionales, los autores hubieron de deducir que no había otro derecho internacional que el volitivo o contractual. Hacia el final del siglo XIX se echan las bases de los sistemas de solución pacífica de los conflictos entre los Estados y se empiezan a crear los grandes organismos administrativos internacionales. El positivismo se instaló y reinó durante toda esta singular etapa, girando en torno del concepto de una soberanía absoluta e ilimitada del Estado.

D) La Guerra Mundial (1914-1918) significó un -- gran golpe para el desarrollo del derecho de gentes, y -- produjo un desaliento muy marcado respecto de la efectividad de este orden jurídico. El señorío de la moral internacional que había presidido la comunidad de Estados casi desde Westfalia, fue desplazado, dejando su lugar a un -- sórdido nacionalismo y a la anarquía. Pero la reacción -- no tardó en presentarse, y hubo un tibio renacimiento. -- El derecho internacional se robusteció, las instituciones ya conocidas crecieron y otras nuevas se formaron, como -- por ejemplo, las organizaciones internacionales. Por -- unos años, un nuevo espíritu pareció prevalecer, pero como no habían podido erradicarse del todo los nefastos conceptos de discolería y de predominio, y campeaban el resentimiento y la incomprensión, al final del periodo -- (1938-39) se perdió mucho de lo trabajosamente ganado, y pudo advertirse retroceso súbito. El periodo entre los -- dos guerras fue, pues, contradictorio en sí mismo.

E) Realmente, aunque se estaba gestando desde antes, el gran cambio tuvo lugar a partir de 1945, pues el derecho internacional empezó a ser penetrado por circunstancias que alteraron profundamente este cuerpo legal, -

tal como la presencia de muchos nuevos Estados, los avances tecnológicos contemporáneos y el imperativo de considerar el bienestar de los grupos humanos como meta básica de la ideología y de la acción política. Aunque los principios fundamentales han permanecido los mismos, hemos asistido a un enriquecimiento constante de sus normas y de sus instituciones y a ciertos cambios de concepción y de tratamiento. Se han universalizado sus dimensiones. Al mismo tiempo, han caducado varias normas e instituciones viejas. Este período que estamos viviendo ha constituido una auténtica etapa de transición constructiva y dinámica.

Con todo, esa concentración de progreso ha obacurrido un tanto el panorama general de la disciplina, y ha sido fuente de ilusiones bastante peligrosas. La aplicación de este orden jurídico se ha quedado atrás del desenvolvimiento que se percibe y se notan desajustes. Tampoco la posición del Estado individual ha correspondido al adelanto del derecho de gentes. La voluntas civitatum maximae no se manifiesta enteramente por esa causa, ni acaba de centralizarse, como ya debiera haber ocurrido en consonancia a este desarrollo.

El Estado nacional ha mostrado concomitantemente cierta penuria para resolver sus problemas propios, y ha evidenciado la necesidad de una interdependencia estrecha con sus congéneres. También exhibe cierto anacronismo como organización para resolver los problemas de la sociedad humana.

La doctrina del derecho de gentes se ha visto poderosamente afectada: ha sido necesario un entendimiento más completo de las relaciones entre el cambio social dinámico —interno e internacional— y el derecho como instrumento de orden social, como se verá más adelante.

El pasado cuarto de siglo ha sido pródigo de desenvolvimientos, y nuestra disciplina enseña un semblante diferente del que venía trayendo desde el siglo XIX. Dentro de otros veinticinco años su fisonomía será bien diversa de la que ahora conocemos, y seguramente para entonces habrá terminado de evolucionar hacia un auténtico derecho universal de la comunidad de Estados. Puede garantizarse que en los próximos lustros presenciaremos desarrollos aún más formidables.

(Para una visión de los cambios que se observan en el derecho internacional a lo largo de las recientes - décadas, pueden verse: Friedmann, Wolfgang. La estructura cambiante del Derecho Internacional (Trad. española), México, 1966; Lissitzyn, Oliver J., International Law Today and Tomorrow, New York, 1965; Koelling, B. V. A., International Law in an Expanded World, Amsterdam, 1960; Sepúlveda, C., "Mutaciones recientes del Derecho Internacional", en Homenaje al Instituto de Derecho Comparado de México, 1967).

### 3).- LAS DOCTRINAS CLASICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

#### 1).- Las Doctrinas Jusnaturalistas

##### a).- La escuela hispana del Derecho de Gentes

Se había sostenido por largo tiempo que la doctrina del derecho internacional había nacido con el holandés Hugo Grocio (Hugo Van Groot) (1583-1645), en el siglo XVII. Pero las investigaciones de Barcia Trelles, de Brown Scott, de Le Fur y de otros destacados tratadistas modernos pusieron bien claro desde hace unos años que la gloria de haber sido los fundadores de la ciencia del derecho de gentes corresponde a los llamados juristas-teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, y, particularmente, que el mérito de iniciador indudable toca al fraile dominicano Francisco de Vitoria (1483 (?) - 1546). Es inexplicable que durante tanto tiempo se regateara a estos pensadores su indiscutible virtud de fundadores, y menos cuando que en los mismos textos de Grocio se encuentra referencia constante y nutrida a los autores españoles. Seguramente ello es un resabio de la postura antihispana y anticatólica de siglos anteriores.

El hecho de ser teólogos no les quita valimiento a esos hombres. El concepto de teología, por esas épocas, era el de ciencia que también estudiaba la conducta humana, y por ello fueron también juristas en el mejor sentido del término. El monopolio de la cultura, por otra parte, estaba en manos de los clérigos y fue natural

que ellos se aplicasen al examen de los problemas que creaba la presencia de ese nuevo orden jurídico. Además, la España de esos años irradiaba cultura por todas partes, y era el centro del pensamiento más selecto. Todo ello, junto con el Renacimiento, los descubrimientos geográficos hispanos y la conquista de América, motivó que en ese país viese la luz la teoría jusnaturalista internacional.

Es claro que no debe pretenderse encontrar en las enseñanzas de estos teólogos-juristas la respuesta a todas las cuestiones del nascente derecho de gentes. El pensamiento era rudimentario: no se tenía a la mano ni la experiencia con la cual comparar lo nuevo, ni la rica práctica que el roce de las naciones produce. Pero estos balbuceos están bien fundados, y se advierte en medio de ellos una argumentación muy sólida e inteligente, y una concepción valerosa, realista y auténtica de la esencia del nuevo orden jurídico internacional. Destaca por ejemplo la noción —más apreciable por ser secularizada— de una comunidad internacional regida por el derecho de gentes.

Las doctrinas internacionalistas que, como la de los juristas clérigos, hacen descansar al derecho internacional sobre el derecho natural, son llamadas "naturalistas", y en oposición a ellas existen las denominadas "positivistas", que tratan de fundamentarlo sólo en la voluntad de los Estados. Entre ambas existe una separación irreductible.

Francisco de Vitoria (1492-1546). Haciendo una generalización se puede anticipar aquí que, Vitoria es el creador de la teoría jusnaturalista internacional, Francisco Suárez, otro de los teólogos-juristas, es el filósofo sistematizador de ella, y Grocio, por su espíritu metódico y erudito, tuvo que ser el vulgarizador de esta teoría. Cada uno de éstos tuvo frente a sí un fenómeno peculiar que influiría en el desarrollo del derecho de gentes. Vitoria hubo de considerar los nuevos problemas de la conquista de América; a Suárez correspondió en su tiempo la situación especial de los jesuitas en el siglo XVII, el embate de la Reforma y el fraccionamiento del imperio germánico, y a Grocio le tocó observar la moderna conducta de la guerra y la formación de una pequeña agrupación de los Estados en lucha constante y competidora. Por ello es que los problemas en cada uno de ellos fueron tratados tan especialmente.

Es fray Francisco de Vitoria, pues, el originador de la doctrina natural jusinternacionalista. A la vez, este insigne maestro es el fundador de la escuela hispánica del derecho de gentes, Vitoria, burgalés de origen, catedrático de Prima Teológica de la famosa Universidad de Salamanca, nace en 1480, 1483 o 1492, y muere en 1546. De confirmarse la última fecha, Vitoria nació con América, bajo un signo feliz. Perteneció a la orden de los dominicos, y tal vez esa circunstancia provocara la orientación definida de este teólogo hacia ciertos problemas en que esta selecta orden de monjes tomó activa y decidida participación, e. e., en la cuestión de los indios. La llamada "polémica indiana", iniciada por el vibrante fray Bartolomé de las Casas, obispo de Chiapas, y como Vitoria, dominico, en un bando, y en el otro, Juan Ginés de Sepúlveda, el cronista regio cordobés, se desenvolvió en torno a los derechos de los naturales de América, y a los llamados "justos títulos" de la conquista. Los dominicos sostuvieron con firmeza, desde la Junta de Teólogos de Valladolid, que no era lícito, y si contrario al Derecho Natural, desposeer a los indios.

El maestro salmantino no publicó obra. Se conocen sus enseñanzas porque fueron recogidas por sus discípulos, a la manera de apuntes de cátedra que luego el profesor emienda, aunque tal vez en algunas ocasiones fuesen textos del mismo Vitoria, corregidos como notas de conferencias. Se conservan, principalmente, las llamadas Relecciones (Relecciones), o sean repeticiones de cátedra, dispuestas por temas ordenados, para facilidad de la enseñanza. Las Relecciones Theologicae comprenden usualmente las De Indis recenter inventis, De jure belli y De potestate civile y probablemente corresponden a clases impartidas desde 1539 a 1543, pero sin comprobación.

En las Relecciones de Indis, el maestro de Burgos se pronuncia favorablemente hacia Las Casas. Tal vez no hubo contacto entre ambos frailes, pero Vitoria tenía que formar en el bando dominico. Es en esta cuestión de la conquista del Nuevo Mundo donde aparece la gran ortodoxia del fundador de la filosofía del derecho de gentes. Repugnó a Vitoria, como teólogo, como jurista y como clérigo, el abuso que se hacía con los indios. ¿Cuáles son los títulos del monarca sobre los indígenas?, se preguntaba el maestro. Acaso, decía la doctrina imperante, se derivan de la donación pontificia. La Bula de Alejandro VI

(Borgia) de 4 de mayo de 1493, Inter Caeterae expresaba: "Te doy, concedo y asigno, para ti y tus herederos y sucesores, para siempre, todas las tierras descubiertas y por descubrir..." Pero, decía Vitoria, el Papa no puede dar tierras porque carece de potestad o dominio civil, en sentido propio, y sólo la tiene para cosas espirituales, y a lo más, podría considerarse esa Bula como una encomienda de evangelización (Relecciones, págs. 376-377. Véase Gómez Robledo, Antonio, Política de Vitoria). De ahí hace derivar el dominicano los demás títulos ilegítimos.

En cambio, fundado en el *ius communicationis*, en cuenta Vitoria justificado que los españoles comercien y hagan tráfico con los naturales, radicarse en tales tierras y viajar por ellas. De ahí va a derivar también el fraile salmantino el principio de la libertad de los mares. Precisamente de las enseñanzas de Vitoria surgieron en España leyes más templadas, las de Indias, que, infortunadamente, no habrían de ser aplicadas sino en escala pequeña.

El concepto del derecho de gentes, en Vitoria, es una noción apartada un poco de la concepción agustiniana y tomista, pero en el mismo orden de ideas. Naturalmente, Vitoria quita al *ius gentium* todo lo que no es humano, y procura darle un contenido propio. Además, la concepción vitoriana del *ius gentium* se funda ya en una noción novedosa de comunidad internacional, laica, y con ello valerosamente rompe con una tradición y un orden establecido: la tesis de que la comunidad humana sólo puede existir en la religión católica. Se sale Vitoria de la definición de Gayo, en las *Institutas*: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, vocatur ius gentium*, para explicar su ortodoxa concepción del Derecho de Gentes. En efecto, el dominico, alterando brillantemente el texto, dijo: "*quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium...*" y sobre esa definición constituye su tesis fundamental de que el derecho de gentes brota de la sociedad internacional: *ex communi consensu omnium gentium et nationum*.

El Derecho de Gentes vitoriano surge de la socialidad, de la sociedad natural, de las relaciones entre los pueblos; no entre todos los hombres considerados individualmente, sino entre los hombres agrupados en naciones, y en esto ha de verse una superación de la doctrina

tomista de la comunidad cristiana, y un positivo adelanto. Ahí está el mérito de Vitoria, el primero en haber intuido el nuevo orden jurídico.

Otra notable aportación de Vitoria al incipiente derecho internacional de su época es el concepto de la guerra en el orden jurídico universal. Lo que se venía llamando la "teoría judicial" de la guerra, de las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, se desenvuelve elegantemente en la *Relectio* segunda de Indis, sive *Jure Bello*, para formar un auténtico sistema. Trata ahí con sabia argumentación el maestro de Salamanca de la guerra justa y la guerra injusta, de la ofensiva y defensiva, lo ilícito de la guerra, los prisioneros, etc., al grado que muchos de estos conceptos se antojan completamente modernos.

Tomando en consideración lo primitivo de las relaciones internacionales de entonces, y lo férreo de la tradición teológica, que impedían cualquier desviación, emerge Vitoria con gran señorío, con enorme valor, y con excesivo talento para formar los cimientos de una ciencia jurídica enteramente nueva. Con todos los defectos que pudieran advertirse en sus textos, Vitoria tuvo el destello del genio creador.

Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569). Otro de los genuinos padres de la teoría española del derecho de gentes es Menchaca, oriundo de Valladolid. Se le menciona como fundador del principio de la libertad de los mares, aunque, como vimos, la originalidad en este tema la tiene Vitoria. Representativo de ese formidable espíritu místico y católico del español, Menchaca acudió al Concilio de Trento, en donde destacara y tal vez su participación no fue pequeña en los cánones que resultaron de tal Concilio que vino a modernizar y a salvar para la posteridad la religión católica.

El sistema de raciocinio de Vázquez de Menchaca es el usual de los teólogos: sentada una premisa fundamental, de ahí se sucede la exposición de las consecuencias de ese primer principio. Ello es advertible en su obra más conocida: *Controversiarum illustrium, aliarumque usu frequentum*, libri tres (1563). pues señala:

"Todo poder legitimo de príncipes, reyes, emperadores o de cualquier otro régimen ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido, única y exclusivamente, para bien de los ciudadanos, no para utilidad de los que gobiernan".

Este principio fundamental, que acusa al jurista vallisoletano como talentoso, independiente y agudo, le sirve más adelante para hacer derivar consecuencias que permitan resolver cuestiones jurídicas concretas, o sean las controversias "arduas", "graves" o "exregias" que Menchaca trata de resolver en su obra.

Sosteniendo, como lo hizo tan enérgicamente Vitoria, que ni el Papa ni el Emperador son los únicos señores del universo, agrega el de Valladolid que tal imperio viene a contrariar la solidaridad internacional. Esto es un reforzamiento de la tesis que genéricamente expusieron los maestros hispanos de esta escuela.

Sistematizó Vázquez de Menchaca sobre la libertad de los mares, vordando un poco sobre el ius communicationis de que había hablado Vitoria, pero agregando una concepción personal: el mar es libre porque es de las cosas que no pueden prescribirse. En el segundo de los libros que integran las Controversias, y que se ocupa de la prescripción, establece Vázquez el principio fundamental de que los lugares públicos y comunes no pueden usucapirse, porque son de todos y no de nadie en particular, y -- siendo el mar un lugar público, luego es de todos y ninguno puede reclamar para sí una porción, porque vendría a contrariar el derecho general de los pueblos de poseer derechos sobre tales porciones. Influyó esta doctrina directamente en Hugo Grocio, como se habrá de ver más adelante.

No es esa la única contribución de Menchaca al naciente derecho de gentes. Es posible entrever en sus escritos la idea de la primacía de la solidaridad internacional por encima de las conveniencias de un Estado en particular. Mantiene asimismo la idea de comunidad internacional, que establece derechos y deberes también internacionales. Vázquez de Menchaca debe ser considerado como un fino crítico y como un depurado y elegante dialéctico, amén de un doctrinario democrático.

Baltazar de Ayala. Aunque está incluido en la escuela hispánica del derecho de gentes, este autor no -- fue religioso. Figuró como auditor general del ejército español de los Países Bajos, y en 1581 escribió un pequeño tratado, que se llamó De Jure et officiis bellicis et disciplina militari, dedicado especialmente a los ejércitos en campaña, y que repite algunos de los conceptos de los predecesores. Habla, por ejemplo, de un ius humanæ societatis que tiende a preservar la paz entre los pueblos, y en esto es un seguidor de Vitoria y un continuador de la concepción de la comunidad internacional.

Los demás temas que aparecen en el libro de Ayala son: el concepto de guerra justa, sanciones en la guerra, represalias, tratados entre los beligerantes (conteniéndose aquí en embrión el principio de pacta sunt servanda), y el estudio sobre los legados diplomáticos, esto último bastante rudimentario.

Puede ser considerado Ayala como el creador del derecho militar de los ejércitos en campaña y su influencia sobre Grocio fue preponderante.

Otros Maestros de la Escuela Hispánica. Formaron pléyade los juristas-teólogos, pero mencionaremos, entre otros, a Martín de Azpilcueta (1492-1582), llamado el "Doctor Navarro", que sólo tangencialmente trata de ius gentium, pero que es excelente teólogo; Diego de Covarrubias (1512-1577); Bartolomé de Medina (1527-1580), dominico; Domingo Báñez (1528-1604), también dominico; el jesuita Luis de Molina (1535-1600) contra quien se pronunciara Blas Pascal, en las Cartas Provinciales; Gregorio de Valencia (1551-1603); Gabriel Vázquez (1551-1604) y Pedro de Ledesma, jesuitas los tres últimos. No debe desdeñarse que todos ellos fulguraron durante el Siglo de Oro español. Aun cuando la originalidad de estos autores no es muy destacada, todos ellos contribuyeron a dar solidez a los principios fundamentales del nuevo derecho de gentes, fortaleciendo la tesis precedente y propagándola por dondequiera.

Francisco Suárez (1548-1617). "El doctor eximio", como se le llamó, resulta ser el gran filósofo del derecho de gentes de la escuela hispana, y, a la vez, el que clausura esa brillante manifestación intelectual. -

Natural de Granada, jesuita, dotado de gran capacidad de trabajo, intransigente con los heréticos, ha sido considerado como el talento más ilustre de la Compañía de Jesús. Felipe II lo nombró profesor de Teología en la vetusta -- Universidad de Coimbra, en Portugal, en 1596, en los tiempos en que España dominaba en toda la península ibérica. Esta cátedra la desempeñó hasta su muerte.

En realidad, las preocupaciones de Suárez hacia el derecho de gentes son accidentales y subordinadas, por que eran otros puntos de teología general los que dominaban su mente. Así, una de sus obras más famosas, la *Defensio fidei catholicae adversus anglicanae sectae errorae* (1613) está dirigida a probar que el Papa tenía autoridad para deponer a Jacobo I, perseguidor de católicos en Inglaterra, y que los súbditos podrían desobligarse de la obediencia a éste, y no contiene nada referente al derecho de gentes, y otro de sus brillantes ensayos, *De triplici Virtute Theologicae* (1621), se ocupa de manera ocasional del derecho de la guerra, al hablar de la caridad, y aún su ópera magna, *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612) contiene sólo una parte relativamente pequeña sobre nuestra materia.

Suárez trata del *jus gentium* y del derecho natural en la introducción de *De Legibus*, de una manera muy general, y más ampliamente, en el libro II. Sigue en lo fundamental la obra teológica de Santo Tomás. En la introducción trata de explicar los tres conceptos totales: la ley eterna, el derecho natural y el *jus gentium* o derecho de gentes. (*Jus gentium* y derecho internacional en estos teólogos no son la misma cosa, aunque son conceptos próximos, porque la noción de *jus gentium* abarca el derecho civil y el derecho público interno y sólo de una manera secundaria se refiere a las relaciones entre los pueblos; es en otra época más cercana a la nuestra donde se encuentra el concepto de *jus gentium* ya similar al derecho internacional).

De la ley eterna, dice que ocupa el primer lugar por su dignidad y excelencia y porque es la fuente y el origen de todas las leyes; por cuanto al Derecho Natural y las relaciones que guarda con la ley eterna, dice que es el sistema por el cual la ley eterna se ha aplicado y hecho conocida a nosotros. Agrega que el derecho natural lo concebimos de una doble manera, a través de la razón -

humana y a través del Decálogo. En la misma introducción indica que el jus gentium, de todos los sistemas, es el que más próximamente está conectado al derecho natural; y en el Capítulo II de su obra explica con mucha mayor amplitud todos estos términos y define la ley eterna con estas palabras: "Es el libre decreto de la voluntad de Dios que establece el orden a ser observado, bien generalmente por las partes del universo con respecto al bien común, bien específicamente por las criaturas intelectuales en sus libres acciones." La Ley eterna, para Suárez, es toda ordenación natural que atribuye a un ser máximo, a Dios. Suárez dice que la ley eterna, o sea la norma de Dios, puede observarse desde dos puntos de vista; en que siendo eterna es de promulgación independiente, o sea, -- que existe sin que la voluntad humana, ni siquiera la del príncipe, tenga la menor intervención en su creación, y en segundo lugar, es la fuente a la vez que la ley, es la primera causa, es perenne, perpetua e infinita.

Pero existe junto a la ley eterna un conjunto de normas de contenido variable que se llaman derecho natural, el descubrimiento de las cuales se hace por reflexión generalmente, a través del intelecto aunque también pueden aprehenderse por instinto. El derecho natural es inmutable por su naturaleza, pero es mutable en su contenido, porque se aplica a condiciones que cambian, estas, que son mutables, por eso se dice que es un derecho de contenido variable, en tanto que la ley eterna es inmutable en su contenido y en su esencia.

Para Suárez, el derecho natural es un acto de reflexión, es un verdadero acto judicial de la mente, un raciocinio. Empero, hay diferencia entre éste y el derecho de gentes. El jus gentium, para Suárez, se ha ido introduciendo por todo el mundo a través del uso, de la tradición, como lo dice textualmente "por medio de la tradición, propagación y mutua imitación entre las naciones". Este elemento uso, por cierto, constituye uno de los raciertos de Suárez, porque por primera vez se intuye la importancia de la costumbre como creadora de normas jurídicas internacionales. También otro elemento que agrega Suárez al jus gentium, es el consentimiento. El derecho de gentes se produce de manera principal por el consentimiento de los pueblos o gentes, y de este elemento voluntivo no participa el derecho natural, puesto que el derecho natural es inherente, independientemente de la voluntad, en tanto que el derecho de gentes deriva principalmente -

de la voluntad, del consentimiento, y es éste uno de sus principales atributos. El derecho de gentes, en Suárez, es derecho positivo, en tanto que el jus gentium rechaza ba históricamente, a través de determinaciones humanas, los primeros principios del derecho natural.

En Suárez, el jus gentium constituye una forma intermedia entre el derecho natural y la ley humana, pero principalmente en la forma como se integra y por el consentimiento. El derecho natural existe por se, es inherente.

En el sistema suareciano, el derecho natural es un derecho necesario, en tanto que el derecho de gentes es un derecho contingente, porque sus elementos son la libre voluntad y en su caso la moral, que son elementos mutables y contingentes, y precisamente fundado en eso mismo señala otra diferencia el filósofo: el derecho natural es de origen sobrenatural (fuera del hombre) e inmutable, en tanto no cambie la naturaleza humana, esto es, mientras la naturaleza humana siga siendo la misma, el derecho natural seguirá siendo también y correspondientemente el mismo, en cambio el jus gentium se basa en la expresión de la voluntad común y en el deseo de los seres humanos, y es mutable, como lo son la voluntad común y los deseos humanos y nace, no de la necesidad natural inherente a la naturaleza humana, sino sólo de las necesidades que surgen en la sociedad organizada.

Aunque Vitoria había ya notado esto, Suárez proporciona una versión más sólida de esa comunidad internacional, que posee una unidad específica, política y moral, y que precisa de un derecho para ser rectamente ordenada. Así dijo en un párrafo, citado en infinidad de ocasiones:

"El género humano, aunque dividido en un gran número de reinos y pueblos, siempre tiene alguna unidad, no sólo específica, sino también casi política y moral, y que indica el precepto natural del mutuo amor y de la misericordia, que se extiende a todos, aun a los extraños y de cualquier nación. Por lo cual, aunque cada ciudad, república o reino, sean en sí comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstan

te, cualquiera de ellos es también miembro de algún modo de ese universo, en cuanto pertenece al género humano; pues nunca aquellas comunidades son aisladamente de tal modo autosuficientes que no necesiten de alguna mutua ayuda y sociedad y comunicación, a veces para su bienestar y utilidad, otras por moral necesidad e indigencia, como consta del mismo uso. Por esta razón, pues, necesitan de algún derecho por el cual sean dirigidos y ordenados rectamente en este género de comunicación y sociedad. Y aun cuando en gran parte se haga esto por la razón natural, mas no suficiente e inmediatamente en cuanto a todos; y, por tanto, pudieron ser introducidos por el uso de las mismas gentes algunos especiales derechos, pues así como en alguna ciudad o provincia la costumbre introdujo la ley, así en el universo y género humano pudieron los derechos ser introducidos por las costumbres de las gentes." - (De Legibus, Libro II, Cap. XIX, párrafo 5.)

Como lo ha puesto de otro modo Legaz Lacambra, - "ningún pueblo puede eludir el hecho ontológico de su pertenencia a una comunidad superior".

Existe la natural tentación de comparar a Suárez con Vitoria, sobre todo, en tanto pertenecieron a órdenes religiosos diversas. Así, los primeros indican la novedad y frescura del burgalés, y los otros hacer destacar el vigor de la concepción filosófica de Suárez y la mayor solidez al hablar de la comunidad internacional. Pero son términos distintos de una ecuación. Suárez es el término de una evolución empezada con Vitoria, sin cuya presencia es difícil suponer que la doctrina jusinternacionalista hubiese llegado muy lejos. Ambos forman lo mejor de la escuela española del derecho internacional.

Miaja de la Muela, actual profesor de la Universidad de Valencia, es uno de los sostenedores de que ha existido una auténtica escuela hispánica con características bien definidas. En el libro Introducción al Derecho Internacional Público (tercera edición, Madrid, 1960, - - págs. 285 y sigs.), señala las distintivas de este interesante movimiento intelectual. Resumiéndolas, ellas son: a) universalidad del derecho de gentes; b) idea de comunidad internacional y la noción de que ella priva sobre los

miembros que la componen; c) existencia de un derecho de gentes positivo, derivado del derecho natural, y d) valentía para colocar la justicia y la verdad por encima de los intereses meramente nacionales.

Esta escuela tuvo una decidida influencia en autores posteriores, pero pronto pareció palidecer y perderse lastimosamente. Hubo poderosas y explicables razones para ello. Las tesis de los teólogos se archivaron porque las relaciones internacionales, después del siglo - - XVII, se hicieron sobre una base voluntaria. Luego, el centro de influencia se trasladó de España a otros países. Después, la presencia de la Reforma protestante con vertida en religión de Estado, que restaba autoridad a los pensadores católicos. Posteriormente, la decadencia cultural de la nación hispánica a partir del siglo XVII, y finalmente, el hecho mismo que los nuevos problemas de las relaciones entre los Estados ya no podían resolverse con las enseñanzas de los teólogos, motivó que éstas se dejaran perder.

Pero, en realidad, fue la leyenda negra la causante de que se obscureciera y se dejara perder la doctrina sobre el derecho internacional que fuera sólidamente erigida por esa pléyade singular de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. Esa leyenda, al desprestigiar todo lo hispánico, deslustró el selecto pensamiento de tan egregios varones, achacándoles fanatismo y regresión, y sepultó sus valiosas enseñanzas bajo una avalancha de incomprensión.

El repudio a la doctrina política, jurídica y social de estos juristas y teólogos fue inoportuno e injusto, puesto que en ella se encuentra respuesta a muchas cuestiones perennes que aún nos siguen inquietando, y más inexplicable resulta su postergación cuando que imprimieron al derecho internacional y a la política de su tiempo una frescura y un encanto que los hicieron atractivos a los tratadistas posteriores y que, aunque no se quiera, inspiraron con sus atrevidas tesis todos los esfuerzos hacia una convivencia internacional fundada en la justicia y en el respeto mutuo de las naciones, que sólo hasta ahora empezamos a saborear.

Pero tuvieron una magnífica y oportuna resurrección cuando el mundo, después de la Guerra Mundial, cansado del positivismo decadente y del dogma de la soberanía absoluta del Estado, que sólo condujo a conflictos sin término, volvió sus ojos hacia soluciones más justas y nobles, hacia la augusta voz de aquellos que, con gran intuición, adelantaron las bases justas sobre las que debe erigirse una comunidad de Estados.

b) Los autores jusnaturalistas laicos

La preocupación de los publicistas de esta escuela es separar la moral de la teología, y la de tratar de fundamentar su tesis, principalmente, en los historiados antiguos y en esto vienen a diferir de los teólogos-juristas, aunque también reconocen que las normas del derecho de gentes provienen del derecho natural.

Alberico Gentili (1552-1608). Gracias a la tesis del profesor Holland, catedrático de Oxford, al tomar en 1874 la cátedra de Derecho Civil que tuviera en su tiempo Gentili, fue posible saber de este autor en los tiempos modernos. Es Gentili el primero que separa la Teología de la Ética. Perteneció a una acomodada familia del norte de Italia y tomó el grado de médico en la Universidad de Perugia, cerca de Florencia, pero como era protestante fue perseguido por la Rota y tuvo que emigrar, radicándose finalmente en Inglaterra. Ahí ingresó a la Universidad de Oxford, tomó estudios de Derecho Civil y fue nombrado profesor de esta materia. Empezaba apenas en este tiempo a observarse el derecho de gentes o intergentes, como se le llamó, como una parte del Derecho Civil. Gentili fue consultado en su posición de abogado y profesor en algunas materias que desviaron su interés del Derecho Civil hacia la nueva rama del derecho de gentes. Allí en 1584 hubo una conspiración en Inglaterra, la del embajador español Conde de Mendoza, que intentaba asesinar a Isabel para que volviera al trono María Estuardo. Fracasó la conspiración por denuncia y los tribunales del rey, antes de tomar una acción, decidieron consultar y surgió el dictamen del joven jurista Gentili, que constituyó su primera aportación al derecho de gentes, mencionando ahí que los embajadores tienen cierta inmunidad y que por tanto Mendoza no podría ser perseguido por los tribunales ingleses, los que resultaban sin jurisdicción.

ción, pero al final de su dictamen recomendaba que fuese deportado ese embajador.

Parece que Gentili tomó afición a los temas internacionales a partir de esa fecha y dos años más tarde publicó un pequeño ensayo llamado *De legationibus*, libro tres (1585). Ahí se refiere a la naturaleza de los embajadores, a las inmunidades y a la manera de nombrarlos y expulsarlos. Es el primer autor que comenzó a preocuparse por la novísima institución diplomática, que apenas tenía unos años de instituida con sus caracteres modernos.

No podía escapar Gentili, naturalmente, a la influencia de la época y años más tarde, en 1595, escribió sobre el derecho de la guerra *De Jure Belli*, libro tres. Este libro no es muy importante, sus conceptos son flojos y vagos, y tiene sólo el mérito de que se trata el problema desde un punto de vista práctico y no más teológico. En el tercer libro aporta una novedad que hasta entonces no había sido examinada, el concepto de los tratados de paz, y el examen rudimentario de la llamada *clausula rebus sic stantibus*. Este es el mérito principal de ese pequeño ensayo.

Gentili fue nombrado, con el consentimiento de la corona inglesa, asesor jurídico de la embajada de España en Londres, y ahí fue consultado sobre materias importantes de la época, en particular, la navegación de los mares, presas marítimas y materias afines, como el corso y la piratería, y en esa tarea reunió una serie de trabajos que aparecieron publicados después de su muerte, bajo el título *Hispanicæ Advocacionis*, libro dos. En ellos están reunidos todas las opiniones española en Inglaterra. Tampoco tiene mucho mérito esta obra, con excepción de lo que se refiere al corso y a la piratería.

Hugo Grocio (1583-1645). Sin duda una de las más grandes figuras del jusnaturalismo laico, que tuvo una vida patética, el holandés Groot o Grocio, es uno de los que enriquecieron mayormente la ciencia del derecho de gentes.

Destacó desde muy joven, y pronto realizó aportaciones singulares al derecho internacional. A los veinti-

tiún años tuvo oportunidad de intervenir en un sonado asunto, de donde surgió su primera e importante obra, De jure praedae (Del derecho de presas), uno de cuyos capítulos, - De mare libero, fue publicado unos cuantos años más tarde y ha sido desde entonces la simiente de todo lo que se ha escrito sobre la libertad de navegación en alta mar. De jure praedae fue redactado para tranquilizar la conciencia - de un grupo de accionistas de la Compañía Holandesa de Indias, quienes tenían algún escrúpulo con respecto a un barco portugués, el Catherina, hecho presa en el Estrecho de Madagascar, en 1604, por un navío de los Países Bajos, y - adjudicado a esa Compañía en Holanda. Grocio presentó un alegato maestro, determinando la legitimidad de tal presa, fundado en que estando Portugal sujeto a España, y ésta en guerra con Holanda, la captura era lícita y conforme a la moral. Para llegar a este punto, Grocio se apoya en los argumentos de Vitoria y de Vázquez de Menchaca, al cual - llamó "gloria hispánica".

De jure praedae no pudo ser publicado, por razones políticas. Empero uno de sus capítulos, aderezado convenientemente, fue dado a la luz en 1609 por el mismo Grocio bajo el nombre De mare libero, con gran oportunidad, - pues años más tarde surgió con Selden la tesis británica - sobre la dominación de los mares.

Muchas penalidades había de sufrir Grocio antes - de publicar su obra magna De jure belli ac pacis, que apareció en la Feria de Francfort, en 1625. La preocupación mayor de Hugo Grocio, que se percibe en este libro, es la de establecer reglas de justicia obligatorias para el hombre viviendo en un estado de sociedad, independientemente de las leyes humanas positivas. También se nota su reacción contra la política internacional arbitraria que estaba ocurriendo en el mundo. Le embarga un sentimiento de - profunda moralidad.

De ahí que se empeña en demostrar que existen normas que se perciben en la conciencia, y que pueden descubrirse aun sin conocer la norma positiva. En esto puede advertirse cierta similitud con el pensamiento de Suárez. Razón y voluntad son en ambos la base del derecho de gentes. O sea, principios de derecho natural y consentimiento, mas no el consentimiento de las naciones (civitatis) - sino el de la humanidad, del género humano. El mérito de Grocio está en que dispuso muchos conceptos equivocados y -

sentó los fundamentos de la moderna ciencia del Derecho - Internacional. Al haber secularizado la teoría del jus - gentium, poco conocida en su tiempo, hizo un gran servicio a la filosofía del Derecho Internacional, y por ello fue considerado como el padre auténtico de este orden jurídico.

Hugo Grocio escribió en una época de gran transición, en el momento en que se aspiraba al fin de la anarquía internacional y al establecimiento de un orden nuevo, más justo. Por ello su libro, aunque falto de sistema y con los defectos de sus predecesores españoles, autores menos familiares, tuvo un gran éxito.

Según observa Lapradelle, la obra del jurista - holandés se caracteriza en sus trazos esenciales por la - sumisión de la totalidad de las relaciones internacionales a la regla de derecho, aceptación del Derecho Natural como fuente del derecho internacional, abandono de la "razón de Estado", afirmación de la naturaleza social del - hombre como base del Derecho Natural, reconocimiento de la identidad esencial de los Estados y con los individuos - que los integran y distinción entre guerra justa y guerra injusta.

Establece Grocio el primer elemento del derecho de gentes en la comunidad internacional, unida por la supremacía universal de la justicia. Una comunidad del género humano, sostenida por un impulso: el appetitus societatis, o sea el deseo por la sociedad de seres de su propia especie y la necesidad de preservar esa sociedad. En opinión de Grocio, la contrapartida de esta sociedad del género humano es un derecho general de la humanidad, o sea, el derecho de gentes, de la misma manera que la contrapartida de un Estado es su derecho constitucional.

Empero, De jure belli ac pacis no es una obra - sistemática. La parte del derecho de paz está saturada de instituciones que no corresponden al derecho de gentes, - sino al derecho privado, al civil. Ello no es sino una - tendencia común en esos tiempos, pues al no conocer a fondo un derecho internacional embrionario, se intenta completarlo con instituciones del derecho privado. Concede Grocio una importancia muy destacada a la guerra y sus - efectos.

A pesar de las deficiencias que pudieran advertirse, debe reconocerse al autor holandés como uno de los que aportan muchos conceptos al derecho de gentes, que apenas se iba integrando. Por ejemplo, en su tratamiento de la libertad de los mares resulta Grocio un gran sistematizador, de gran arrojío. Pese a los embates de los publicistas ingleses Welwood (An Abridgement of the Laws of the Sea, 1613) y Selden (De mare clausum, 1615) pudo perpetuarse hasta nuestros días el importante principio de la libertad de los mares que él aportara con visión y talento singulares.

También debe estimarse como valiosa su contribución sobre el problema de las legaciones. Por cierto, Grocio es el primero que establece la llamada ficción de la extraterritorialidad, la cual desgraciadamente ha conducido después a repetidos dislates. En lo que se refiere a la neutralidad, sobresale Grocio de sus predecesores, pues hace delimitación de los derechos y deberes de los neutrales en una contienda y en lo que toca a los tratados completó muchas de las incipientes nociones de Gentili, elaborando casi una teoría general de tales instrumentos. Podría decirse que a partir de Hugo Grocio, el derecho internacional cobra su propia fisonomía, toma los perfiles con que le conocemos actualmente.

En general, la importancia de Grocio está en que fue un vulgarizador de las instituciones del derecho de gentes, y puso al alcance de las personas interesadas los conceptos esenciales de una ciencia todavía en su cuna. De ahí que su éxito fuera sobresaliente, al grado que en unas cuantas décadas surgieron cincuenta ediciones de De jure belli ac pacis. Se convirtió naturalmente en el libro de consulta de los embajadores, de los estadistas internacionales y de los cónsules. Su fama y su utilidad se extendieron a través de los siglos. Todavía a fines del XIX se invocaba su autoridad en materias relativas a la guerra, pues en la Conferencia para la Paz, de 1899, el Zar Nicolás se apoyó en las doctrinas del internacionalista bávaro al discutirse el tema de los prisioneros y de la propiedad de los civiles de la nación vencida.

No puede regateársele su gran papel de constructor de la ciencia del derecho internacional, y de símbolo depurado de la moral y de la justicia entre los Estados.

Samuel de Pufendorf (1632-1694). A Pufendorf, - alemán de origen, puede considerársele en cierta forma como un continuador de Grocio en cuanto al racionalismo se refiere, pero le separan notables diferencias y carece de la envergadura de éste. Por lo que se refiere a la fundamentación del derecho de gentes, mantiene este autor que no existe un jus gentium independiente del Derecho Natural. El derecho de gentes es una pura emanación de - - - aquél. Por eso Pufendorf aparece como un naturalista - - "puro".

Duda Pufendorf del carácter obligatorio del derecho internacional, y en ello va a resultar un antecesor - de los negadores de un derecho convencional o consuetudinario, expresando un gran pesimismo hacia el valor de los tratados como fuente del Derecho Internacional, y afirmando que las costumbres entre las naciones no pueden considerarse como jurídicas y además, que son sólo de carácter particular. Aunque aquí emerge este autor con exceso de sobriedad, eso tuvo un efecto benéfico posterior, para - contrarrestar el naturalismo exagerado.

Indica que el Derecho Natural es aquél que conviene necesariamente a la naturaleza racional y social - del hombre. Sin la observación de ese derecho -dice- - no podría haber sociedad humana, honesta y pacífica. El derecho positivo -continúa- fundado sobre la voluntad - de un superior, corresponde a la conveniencia particular de cada comunidad y puede variar de acuerdo con el tiempo y las circunstancias.

Aporta Pufendorf la noción de la igualdad natural de los Estados como una cualidad biológica, tomando - este pensamiento de Hobbes. El autor alemán es contractualista, pero a diferencia de Hobbes, que reconocía sólo un contrato social, Pufendorf admite varios en sucesión.

Siguió a Grocio en muchas materias. Afirma como éste el principio de la libertad de los mares, pero admitiendo limitaciones en el comercio. También en la cuestión de los embajadores abunda en los mismos conceptos - que el autor holandés, difiriendo sólo en que para Grocio los privilegios de los diplomáticos provienen del derecho de gentes voluntario, en tanto que para Pufendorf surgen del Derecho Natural. A pesar de sus inconsistencias, Pufendorf tuvo una influencia notable en el pensamiento fi-

losófico, jurídico y político posterior.

Christian Wolff (1679-1754). Podría ser considerado este autor como el último naturalista, con características propias muy especiales. Su obra principal es *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1749). Parte del principio de que por asociación en un Estado, todos sus ciudadanos están obligados en conciencia a promover el bien común y la suficiente tranquilidad y seguridad de la vida de cada uno. Este derecho los obliga a mantener su asociación en el Estado, sin el cual no puede ella lograrse. El Estado, a su vez, tiene el deber correlativo de preservarse a sí mismo como asociación buscando su propia perfección y evitando todo aquello que pudiera destruirlo o volverlo imperfecto.

El Estado así concebido tiene para los demás - - ciertas obligaciones, aquéllas que tienden a ayudarlos en su conservación y en su perfección. Estas segundas obligaciones son "imperfectas", a diferencia de las primeras, que son derivadas del Derecho Natural, pero pueden convertirse en "perfectas", por ejemplo, a través de un tratado. De ahí habría de surgir más tarde la teoría de los llamados "derechos fundamentales de los Estados".

Trata a las naciones como miembros de una civilización máxima, pero esta fórmula, que para muchos escritores del siglo XX pareció el antecedente de la Sociedad de Naciones, sirve sólo a Wolff para completar una explicación de su sistema, que de otra manera no resultaría aceptable. Cupo a Wolff el mérito de haber establecido una separación entre el derecho de gentes y el derecho de los individuos.

Quiere hacer este autor una clasificación y así habla de derecho de gentes voluntario, convencional y consuetudinario, según aparezca el consentimiento de las naciones expreso, presunto o tácito. El consentimiento presunto resulta de su concepción de una gran república de naciones establecidas por la naturaleza. De esta distinción, empero, no obtiene Wolff conclusiones felices. No dejó de influir en otros autores, sobre todo en Vattel, - pero el balance de su obra es más bien pobre.

## II.- Las Doctrinas Positivistas

### a).- Los predecesores

Richard Zouch (1590-1660). El eslabón entre la escuela naturalista y la positivista resulta ser Zouch, -ingés que fue, como Gentili, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Oxford y de la misma manera que Gentili, hubo de dictaminar sobre los derechos de un diplomático - criminal. En el caso de Zouch, don Pantaleón Sá, hermano del embajador de Portugal en Inglaterra, en 1653, dio - - muerte a un súbdito británico, y enjuiciado que fue, el - tribunal, con apoyo de una opinión de este autor que resolvía no cabía la excepción de la inmunidad diplomática, lo condenó a muerte.

Ya para entonces había publicado *Juris et judicii feciales, sive jus intergentes* (1650). En esta obra pretende Zouch abandonar el concepto de *jus gentium*, ambiguo e impreciso, y que no definía la naturaleza de los derechos entre los Estados, y mejorarlo con el de jus fecia le asemejándolo a esta institución romana.

Pero el nombre no satisfizo, pues no podría establecerse una comparación útil entre uno y otro. Quizá el nombre de inter gentes que ya había usado Vitoria para designar este orden jurídico, resultara mucho más adecuado, pero no logró adentrarse en el futuro. Ha de reconocerse le a Zouch, sin embargo, su espíritu de independencia.

No abandona Zouch por entero el Derecho Natural como base del derecho internacional e inclusive se advierte cierto propósito naturalista al hablar de la comunidad de pueblos y afirma que la costumbre debe ser congruente con la razón, pero prefiere deducir el derecho de la costumbre y de los tratados, y en este aspecto resulta el precursor de la escuela positiva. Sus ideas, empero, no son muy destacadas y su contribución a la ciencia del Derecho Internacional es más de detalle que de principios.

Cornelius Van Bynkershoek (1673-1743). Fue sin duda el autor más distinguido de su época, y uno de los que más influyeron en la doctrina del derecho marítimo internacional. Desde muy joven ejerció la judicatura como

magistrado del Tribunal Supremo de la Provincia de Zelanda, actividad que había de proporcionarle claridad de estilo y precisión en la fórmula.

El gran ideal del derecho de gentes había sido - la reunión de la razón y de la costumbre en un cuerpo armónico de normas, en donde hubiese el deseado equilibrio entrambas. Grocio es, sin duda, el representante más genuino de esa corriente. Pero Bynkershoek, holandés como aquél, prefirió a la costumbre como la integradora de este orden jurídico. Ello fue así porque Bynkershoek tenía sobra de jurista, pero ausencia de filósofo. Tenía que - derivar por fuerza hacia el positivismo.

Hacia 1702 publicó De dominio maris disertatio, un tratado más bien estrecho, que continúa los argumentos de Grocio sobre los problemas legales del mar. Su razónamiento para mantener la libertad de los mares es bastante débil, pues arguye que no habiendo el océano caído en la posesión de ningún monarca, no es ya susceptible de apropiación. Carece, pues, de la fuerza y del talento de un Vitoria o de un Vázquez de Menchaca. Sus aportaciones - más estimables son el concepto de mar territorial, que -- asimila al territorio del Estado, y la regla de que la potestad sobre la tierra se extiende hasta donde alcance la fuerza de las armas. Años más tarde, en 1782, Ferdinand Galiani habría de calcular el alcance del cañón en tres - millas, y de ahí data la famosa "regla de las tres millas" tan favorecida por Inglaterra y los Estados Unidos.

En 1721 da a la luz Bynkershoek un segundo ensayo, De foro legatorum, destinado al estudio de la institución diplomática, que ha sido juzgado como excelente tratado. En 1737 publica su obra más importante, Questiones juris publici, libri duo, que contiene la esencia de su pensamiento sobre el derecho de gentes. Ya puede advertirse en este autor una correcta identificación entre el jus gentium y el derecho internacional. Realiza aquí la importancia de los tratados como evidencia de una costumbre. Para Bynkershoek la costumbre crea la norma jurídica internacional, más no una costumbre cualquiera, sino - la que se explica y controla por la razón.

Las aportaciones de este autor al derecho internacional son muy de tomarse en cuenta. El es el creador,

por ejemplo, de la noción de mar territorial. Desarrolla hábilmente el concepto de neutralidad, que había de convertirse en clásico. También su manejo de la institución del bloqueo es muy aceptable. El tema de las presas marítimas también es tratado con eficacia por el maestro holandés. - Sobre los pactos internacionales escribió con lucidez y penetración, refiriéndose con alguna extensión al difícil punto de la cláusula rebus sic stantibus.

Bynkershoek fue un autor de mucho éxito, por la forma sencilla y clara con que están redactadas sus obras. Muchas resoluciones internacionales y de la Suprema Corte de los Estados Unidos se han fundado sobre las enseñanzas de este brillante y práctico jurista.

Emerich de Vattel. El suizo Vattel (1714-1767) - es sin duda una de las más destacadas figuras entre los autores clásicos, y ofrece la particularidad de enlazar la época antigua con la contemporánea. Sigue muy de cerca a Wolff en el punto en que el derecho de gentes voluntario toma su fuerza obligatoria del consentimiento implícito o presunto de las naciones, el derecho convencional de su consentimiento expreso, y el derecho consuetudinario de su consentimiento tácito. Pero se advierten diferencias en cuanto hace al establecimiento del derecho de gentes voluntario.

El derecho de gentes es sólo el derecho natural aplicado a las naciones, o sea que los Estados están absolutamente obligados a observarlo. El derecho de gente es necesario porque las naciones lo tienen que obedecer. Las normas del derecho natural son obligatorias para los Estados, de la manera que lo son para los individuos, y ello es así porque los Estados están compuestos de hombres y el Derecho natural obliga a todos los individuos, cualesquiera que sean sus relaciones entre ellos.

Vattel es un liberal contractualista. De ahí que su idea de igualdad de los Estados esté fundada precisamente en la noción del estado de naturaleza, en la que todos los miembros viven juntos y no reconocen otras leyes que las de la naturaleza misma o las del autor de ella. Empero, al dejar de lado el concepto wolfiano de civitas máxima, y al suplantarle por la idea naturalista de "sociedad de naciones", no llena de ninguna manera el hueco que queda con el abandono de la idea de comunidad. En el sistema

de Vattel, cada Estado conserva su individualidad independiente, y este principio habría de conducir a un retroceso en la ciencia del Derecho Internacional.

Destaca el autor suizo en algunas instituciones del derecho internacional. Así, por ejemplo, merecen señalarse sus teorías sobre la ocupación de territorios, bastante prolijas y fundamentales. También en la materia de los tratados Vattel contribuye poderosamente, sobre todo en lo que se refiere al tema de la interpretación de los pactos internacionales, donde resulta un hábil y detallado analista.

Sin embargo, no puede decirse que este publicista sea un autor original y profundo. Más bien resulta, como lo expresa Lapradelle, un agradable intermediario entre la ciencia de Wolff —más fresca y más penetrante, aunque complicada— y la política de fines del siglo XVIII. No está destinado a influir sobre los juristas bien preparados, por la ligereza y la ambigüedad de su pensamiento, pero preponderó, en cambio, sobre las mentes menos jurídicas de los diplomáticos y de los cónsules. Es paradójico, por tanto, que muchos tribunales, internos e internacionales, hubiesen recurrido a su opinión para apoyar una sentencia. Dickinson, por ejemplo, informa que la Suprema Corte de los Estados Unidos utilizó sus juicios en más de sesenta ocasiones, y las partes lo citaron en noventa y dos de ciento cuarenta y dos pleitos. Todavía en 1911, en la sentencia del caso del Chamizal, se invoca su autoridad, y es frecuente observar referencias de él en varias de las decisiones de las Comisiones Mexicanas de Reclamaciones, que funcionaron de 1927 a 1934.

Su preponderancia se explica quizá por el tremendo desarrollo que se observa en los problemas jurídicos internacionales después de las guerras napoleónicas, y la ausencia de algún otro autor moderno de formación más completa. También por el hecho de haber escrito en idioma francés, muy utilizado en la época subsecuente, y sin duda porque su libro *Droit des Gens* publicado en 1758 es de fácil acceso. No debe despreciarse tampoco, por otra parte, que sus ideas estaban revestidas de liberalismo. Con Vattel se cierra el llamado "período heroico" del derecho internacional, y esta disciplina entra en seguida en una etapa peculiar, que marca un cierto retroceso en el desarrollo que traía la ciencia de este orden jurídico.

b).- Los positivistas sistemáticos

Puede darse el nombre de "sistemáticos" a los autores posteriores a Vattel, todos ellos positivistas, que postularon desde fines del siglo XVIII y durante todo el XIX, presentando el orden jurídico internacional de una manera metódica y hasta cierto punto científica, en grandes síntesis.

En realidad, el imperio de los escritores de este grupo se extiende hasta la Primera Guerra Mundial, - pues esta contienda parece constituir el límite entre dos épocas de pensamiento, cada una de características bien diferentes.

Este conjunto de autores influyeron posteriormente en el pensamiento internacional. Sus obras se caracterizan por el despliegue de minucia y el recargo de antecedentes históricos: constituyen colecciones muy importantes de tratados, de documentos, de sentencias y de precedentes.

El primero de ellos es Moser (1701-1785) quien seguramente es el auténtico prodecesor del positivismo del siglo XIX. Moser es partidario de un derecho internacional positivo, separado por completo del derecho natural. Proyectoó una teoría de la experiencia pura en derecho internacional.

Tras de Moser figura el profesor alemán Georg Frederic de Martens (1756-1822), profesor de la Universidad de Göttingen. Escribió en francés un libro Précis de droit de gens moderne de l'Europe, en 1789. Aquí aparece ya el derecho de gentes como disciplina autónoma. Martens es quien introduce en el léxico internacional la frase "los derechos fundamentales de los Estados" (absolutos, inalienables), que ha provocado tantas discusiones. Fue Martens el primero que buscaba una nueva estructuración, distinguiendo al objeto del sujeto del derecho internacional. Pero no puede decirse que en estos autores se encuentre una auténtica sistematización.

Después de ambos, el positivismo se recrudece, y a lo largo del siglo XIX, y sobre todo en la segunda mitad de esa centuria, aparecen los grandes tratados, de enorme aparato, formados con enormes recopilaciones de pactos, de documentos y de sentencias judiciales, a veces arbitrariamente utilizados. El derecho natural, que poseía un fresco encanto, fue relegado. Se enfatizó el derecho del consentimiento del Estado como un derecho inalienable y absoluto.

Es preciso mencionar a los principales de estos autores positivistas, porque su influencia ha sido destacada, indicando los países en donde aparecen.

Inglaterra. Surgen en este país, James Lorimer (1818-1890), cuya obra *Institutes of the Law of Nations*, que fue publicada en 1883, significa un apartamiento de los empiristas e intenta combinar la teoría con el derecho natural. John Westlake (1828-1913), tiene la cualidad de haber sido el primero que trató de configurar una historia de las doctrinas del derecho internacional en su libro, *International Law*. William Edward Hall (1835-1904) que presenta en 1880 su *Treatise on International Law* y Sir Thomas E. Holland, aquel descubridor de Alberico Gentili, quien también produjo otro *Treatise*. El último británico de fines del siglo XIX y principios del XX es L.F. Oppenheim, autor alemán naturalizado inglés, profesor de la Universidad de Cambridge. Su obra *International Law* es uno de los tratados más luminosos y claros (1a. edición, 1905; 2a. ed., 1912, etcétera, destacando la 5a. ed. por McNair, y la 6a., 7a. y 8a. por H. Lauterpacht).

Alemania. Pueden mencionarse las obras de Heffter y de Holtzendorf. El primero, que fue escritor, profesor y juez, publicó, en alemán, *El Derecho de Gentes Europeo Actual* (1844). Holtzendorf se aplica más bien a la historia. Escribió *Desarrollo Histórico de las Relaciones Jurídicas y Políticas Internacionales hasta la Paz de Westfalia*. Pero son más singulares J. C. Bluntschli, de origen suizo, con su intento de Código de Derecho Internacional (1868), que pretende constituir un sistema de derecho internacional y del que existe una traducción hecha por uno de nuestros compatriotas y el destacado Triepel, con su *Derecho Internacional y Derecho Interno* (1899), que marca el clímax del positivismo filosófico jurídico internacional. También debe mencionarse al juris-

ta Franz von Liszt, que abarca también el siglo XX, y la última edición de su Derecho Internacional apareció en -- 1917. Una traducción al español de esta obra ha sido texto de nuestra Facultad por muchos años.

Italia. Representativo de Italia fue Pascual - Fiore, autor de un Tratado de Derecho Internacional Público (1879-1884) en tres volúmenes. De este libro se hizo una traducción española, y varias en otros idiomas. Aunque de esta centuria, Dionisio Anziolotti, primero de los tiempos contemporáneos que escribe la responsabilidad internacional del Estado (1902), es sin duda uno de los cofiteos más notables del positivismo.

Francia. En este país hubo un desarrollo interesante a fines del siglo XIX. Funk-Bretano y Sorel presenta, en su Précis de Droit International, una exposición corta y sistemática. Paul Pradier-Fodere, con su - Tratado de Derecho Internacional Público Europeo y Americano, en 8 volúmenes, Despagnet, con su Curso de Derecho Internacional Público, y H. Bonfils, preciso y claro en - su manual de Derecho Internacional Público (1894) que fue revisado y reeditado varias veces por Fauchille, son los autores más notables.

Estados Unidos. Es preciso indicar a Henry Wheaton, Elements of International Law (1836), e History of - the Law of Nations in Europe and America since the Peace of Westphalia (1841), ambos bastante útiles. Iniciando - una nueva moda, la de los digestos, se presenta Wharton, con Digest of International Law of the United States - - (1886), 3 volúmenes. Es el longevo John Basset Moore el continuador de este estilo, publicando un voluminoso Digest en 1906, así como recopilaciones de sentencias de - tribunales arbitrales, obras muy útiles para el estudio - so.

América. Tal vez la jefatura le corresponde a - don Andrés Bello (1781-1865), venezolano y profesor de la Universidad de Chile. Sus Principios de Derecho Internacional (Ult. ed. 1883) pueden considerarse como un puente entre el derecho de gentes natural y el positivo. Carlos Calvo (1824-1903) ejerció una poderosa influencia en ciertas instituciones americanas (por ejemplo la no intervención, la cláusula Calvo). La primera edición se llamó El

Derecho Internacional Teórico y Práctico (París, 1868), y la última, y muy aumentada, en 6 volúmenes, apareció en francés: Le Droit International Théorique et Pratique - (5a. ed., 1896, París). En realidad, esta obra aunque fragosa, contiene buen acopio de material útil, y muchos documentos. Por lo demás, es el primero que recoge la opinión americana y la proyecta en Europa.

c).- Comentario sobre el positivismo internacionalista de los siglos XVIII y XIX

Varios factores se reunieron para que el pensamiento positivo internacional se fincara firmemente desde fines del siglo XVIII y a lo largo de todo el XIX, y padeciera por consecuencia el jusnaturalismo. El poder del Estado se desarrolló poderosa y sorprendentemente. La doctrina hubo de convertir al Estado en el único sujeto de todas las normas, y a su voluntad en la exclusiva fuente de todo el orden jurídico internacional. Se obtenía con ello un alto grado de certeza, pues así toda la actividad exterior del Estado quedaba referida a un punto preciso de imputación jurídica. En otros términos, una situación favorable en extremo a la definición exacta de obligaciones y a la organización de responsabilidades. Según el decir de los propios positivistas, se buscaba de esa manera una teoría más rigurosa y más exacta.

Como los Estados, bajo la presión nacionalista de esos años, hubieron de perseguir más abiertamente políticas de fuerza, tuvo que batirse en retirada la idea de un derecho fundado en las necesidades morales de la naturaleza humana, esto es, un derecho necesario, y suplantarse por el criterio de la efectividad, más inteligente, y que satisfacía más al papel preponderante del Estado en sus relaciones con los demás.

La escuela positiva, que dominara tanto tiempo, constituye una visión escéptica y moderadora de algo que el jusnaturalismo había venido exagerando, al exaltar la intervención de fuerzas creadoras de las normas del derecho de gentes. Empero, el positivismo voluntarista, en orden de sistematizar el derecho internacional en torno a la voluntad del Estado, hubo de sacrificar la idea de un orden jurídico objetivo para subordinarla a una concepción puramente formal del mismo. Excluyó de este dere-

cho, como dice De Visscher (Theory and Reality in Public International Law, Trad. inglesa de P. E. Corbett, Princeton Univ. Press, 1968, p. 21) las elevadas consideraciones de la razón, la justicia y la utilidad común que constituyen los fundamentos necesarios de todo orden jurídico.

El positivismo, al abandonar todo idealismo naturalista y centrar el derecho de gentes alrededor del criterio voluntarista, perdió mucho en la concepción y detuvo su progreso filosófico. La ciencia del derecho internacional adoleció mucho de falta de construcción y crítica. Prevalció la tendencia de sostener la defensa de los intereses nacionales, esto es, los miembros de esta escuela intentaban ser abogados antes de ser juristas. con ello se diluyó el interés por el trabajo constructivo para propiciar una reorganización internacional, que se había empezado con Grocio.

Los autores positivistas son culpables de excesos en el tratamiento de las instituciones internacionales, pues las rodean de numerosos antecedentes históricos, algunos de ellos arbitrariamente invocados. Se inaugura con ellos un nuevo acceso al derecho internacional. Se forman lo que algún autor llamó clubes mutuos de citas, y lo que con gran acierto Bentham denominó ipse dixitism. Por otro lado, las teorías positivistas condujeron a una postura de la justificación de la fuerza.

Como bien señala Brierly (Le Fondement du caractère obligatoire du droit international, R. de C., 23, - 1928), el positivismo hizo sin embargo un servicio útil al derecho internacional por su insistencia clara en dos puntos: 1) que lo que el derecho es y lo que debiera ser no son siempre y necesariamente la misma cosa, y 2) que se puede indagar y descubrir lo que es el derecho, examinando la práctica internacional y procurando percibir los principios sobre los que se funda la práctica. Pero por otra parte, dice este eminente autor, el positivismo es falso en tanto que implica que el derecho puede reducirse a una tabla de proposiciones formuladas, porque fracasa en observar que la práctica internacional admite habitualmente recurrir al derecho natural o a la razón, y que el positivismo excede su función cuando se considera a sí mismo como un sistema de filosofía jurídica enseñando que pueden encontrarse las fuentes últimas de la obligación en las voluntades consensuales de los sujetos del derecho.

Además, puede notarse una contradicción, pues en los escritos de muchos de los positivistas se percibe un oculto anhelo de encontrar apoyo del derecho en general, y del internacional en particular, en un derecho de naturaleza más elevada que el derecho del Estado. Ello es perceptible también en muchas sentencias judiciales en las que, pagando homenaje al voluntarismo, se fundaron a pesar de ello en principios de moralidad, o derivados del concepto de derecho natural, demostrando así las comprensibles limitaciones del poder legislativo, y en general, del derecho que emerge de una voluntad. Según señaló Woodrow Wilson, cuando a un juez o tribunal imparcial y capaz se le deja facultad para decidir cuál es el derecho de una comunidad, indefectiblemente busca referencia "a una ley puesta por encima del gobierno y a la cual debe éste conformarse". De manera que si los positivistas del siglo XIX admiten —aunque sea en ocasiones— que el Estado puede quedar obligado también por normas legales en cuya creación él no ha participado, de hecho aceptan la supremacía del derecho internacional, y, aunque estén empeñados en lo contrario, reconocen el valor del derecho natural.

#### 4.- LA NATURALEZA Y LA ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

##### a).- La negación doctrinal del derecho internacional

En ninguna rama del Derecho se ha observado tanta discusión en cuanto al carácter jurídico de la misma como en nuestra disciplina. El derecho internacional se ha visto obligado a cada momento a legitimar su calidad jurídica. Y es que la especial naturaleza de este orden jurídico provoca la necesidad de intentar fundamentar objetivamente su validez para asegurar su existencia. A la vez, el estudio de la esencia del derecho de gentes como que sirve para volver a plantear los problemas del Derecho general.

El derecho internacional es ya problemático en sí mismo, a diferencia de las otras disciplinas jurídicas, que tienen sólo sus problemas particulares. Y es que el jurista internacional moderno no puede escapar a la tentación de crear en un sistema jurídico inacabado ni puede -

resistir la atracción, por otra parte, de referir el derecho internacional, inconscientemente, al modelo ya conocido, más familiar y más fácil, del derecho interno estatal. De ahí ha resultado un grueso número de teorías - - que, o bien niegan de plano la existencia de este orden jurídico, o bien tratan de equipararlo con normas que no son de derecho, o simplemente tratan de fundamentarlo de una manera inaceptable.

Para proceder de una manera sistemática y lógica, se examinará primeramente el concepto de negadores radicales del derecho internacional; en seguida se verán - las teorías de aquellos que, sin negar la existencia del derecho internacional, sostienen que sus normas no poseen naturaleza jurídica; se explicarán después las tesis de - los que admiten la esencia jurídica del orden internacional, pero fundándola inaceptablemente, como son las de la escuela positiva moderna, para hacer finalmente un intento de fundamentación teórico-jurídica.

Los Negadores Radicales. El concepto de "negadores" es bastante amplio y ambiguo, y tiene naturalmente - que ser despojado de ideas erróneas. Sólo nos ocuparemos de un concepto científico y político. Por "negadores radicales" entenderemos a aquellos que definitivamente no aceptan siquiera la existencia del derecho internacional, porque están convencidos que las relaciones internacionales se conducen sólo por la fuerza, no por el Derecho.

Realmente el número de negadores que pudiéramos llamar radicales, o sean los que sin calificativa de ninguna clase niegan la existencia del derecho internacional, es comparativamente pequeño. Son sólo unos cuantos los que, a lo largo de los siglos y desde el punto de vista filosófico, han tenido a bien negar que exista un derecho que regule las relaciones entre los pueblos.

No pueden existir, afirman estos autores, reglas de conducta obligatoria, de cualquier naturaleza que - - sean. Sólo prevalece la fuerza, dicen, en las relaciones internacionales, y así, el derecho internacional sería un instrumento de una política de fuerza, sin valor normativo.

Sin duda el primero de esta escuela, es el filósofo inglés Thomas Hobbes. Escribió a mediados del siglo XVII y fue uno de los que inspiraron el movimiento de las ideas liberales inglesas y francesas en el siglo siguiente. Su obra está contenida en *Elementae Philosophicae de Cive*, donde sostiene la teoría del contrato social, pero principalmente en *El Leviathan*. Ahí dice (Libro II, Caps. XVII y XXVI) que el derecho de gentes no es sino un conjunto de leyes que regulan las relaciones mutuas de fuerzas físicas entre los Estados. Para Hobbes, los Estados viventodavía en un "estado de naturaleza", no encontrándose sometidos a una civitas maxima superior. Una nación está frente a la otra "en posición de gladiadores" (*Leviathan*, Libro I, Cap. XIII).

En lo fundamental le sigue Baruch de Espinosa, - quien postula la ordenación física universal. "El derecho llega hasta donde alcanza el poder", es la afirmación favorita de este filósofo al considerar el derecho. Empero Espinosa admite que los Estados pueden reunirse en una confederación, lo cual está implicando la posibilidad de fundamentar el derecho de gentes.

Lo curioso es que esa tendencia se haya preservado y aparezca rejuvenecida en el siglo XIX con el profesor de Berlín, Adolfo Lasson (1832-1917), quien enseñó Filosofía del Derecho. Lasson es un seguidor de las doctrinas de Hegel sobre dominio germánico y mando absoluto del Estado, con postergación del individuo. Lasson es eminentemente metafísico. Para él, como para los hegelianos, predomina la idea central cultural. El Estado es la "encarnación suprema del espíritu objetivo", la "realidad de la idea moral", en una palabra, el poder absoluto sobre la Tierra. No puede, por tanto, estar sometido a un orden normativo superior a él mismo. Por encima del Estado ya no existe nada, es él la voluntad suprema sobre la Tierra. El derecho internacional, dice Lasson, carece de la calidad de verdadero derecho, no sólo transitoriamente - porque no era, para Lasson, algo en progresión - sino también por el término de un estadio de civilización permanente. Para este autor no existe la vida del derecho internacional en el orden estatal, porque no puede aceptar límites a la soberanía del Estado.

Los tratados, para este publicista, no son sino reglas de prudencia política, sujetas al propio interés del Estado, pero no son normas. Son la expresión pura de

relaciones de fuerzas. No se pueden juzgar desde el punto de vista de la justicia, o del de la legalidad formal, que las haría respetables, sino desde el punto de vista de su "adecuación" a la relación real de fuerzas. Serían justas sólo en la medida en que son "adecuadas", y sólo el Estado interesado puede decidir si esa "adecuación" existe. Por lo mismo, la guerra, que es la expresión de la soberanía —dice Lasson— es el único medio posible de resolver los conflictos cuando se rompe el equilibrio.

Incluido en este grupo de negadores quedaría también Glumpowicz, profesor polaco-austríaco de Teoría General del Estado, que se inspira en un naturalismo positivista. Parte de una concepción naturalista de la cultura según la cual ella es el producto de la lucha entre diversos elementos humanos. De la lucha de los grupos primitivos se trasciende a la lucha entre los Estados. El derecho no es sino un conjunto de reglas dictadas para poder establecer un orden en la sociedad. Es la expresión de la relación de fuerzas entre los elementos que constituyen el grupo.

El jurista Lundstedt, sueco, participa igualmente del escepticismo de los negadores radicales. Mantiene Lundstedt que un ordenamiento jurídico no puede darse sin la existencia de un aparato penal que funcione realmente. La ausencia de este poder penal vuelve al derecho internacional como un producto de la imaginación, o como una frascología vacua, destinada a ocultar designios de denominación. Lundstedt ve en el Estado sólo la suma de individuos que lo componen.

Olivecrona, su discípulo, le es afín, puesto que sustenta, por su parte, que no puede hablarse de un Estado de derecho en la vida internacional, pues lo que caracteriza a todo orden jurídico es la reglamentación y el monopolio del empleo de la fuerza. Sólo sería posible un derecho público más o menos universal sobre una base federativa.

Critica a los Negadores Radicales. Aun cuando en el fondo difieren estas teorías negativas y escépticas, la crítica puede hacerse en bloque a todas ellas. En general, esas doctrinas pueden verse como descripción de ciertos abusos, como denuncia de prácticas irregulares

en los Estados. Pero equiparan en todo momento el derecho a la fuerza. La esencia del derecho no puede explicarse según las categorías de la naturaleza física a la que pertenece la fuerza, sino conforme a las de su reino propio. Por otra parte, la vida internacional no está en ningún modo regida por el imperio arbitrario de la voluntad del más fuerte. No hay, como se dice generalmente, equivalencia entre el derecho y la fuerza; ni toda norma que logra imponerse es derecho, ni el derecho logra imponerse siempre de un modo absoluto.

En particular, cada doctrina presenta defectos fundamentales en su estructuración. Unas veces se considera a todo el derecho como un hecho, o como un principio de acción sometido a la causalidad física, lo que es inadmisibles en estos tiempos. En otras ocasiones, como con Lasson, se incurre ciegamente en la estatolatría, en la deificación del Estado, con todos los defectos de la escuela hegeliana. En otros casos, las tesis se presentan como una cadena de argumentos destinados a reforzar ciertas teorías filosóficas escritas en relación con la teoría política del Estado. Otras veces se percibe el eco de un extremo nacionalismo y cierta supremacía radical encubierta, por lo tanto, la negación resultante de una comunidad de Estados con intereses diversificados. Por último, es posible advertir en unas de ellas una cierta admiración de la fuerza y una postura negativa de impotencia frente a la guerra.

Frente a todas estas tesis negativas de una convivencia jurídica de Estados puede expresarse el argumento de que siempre es factible que exista cooperación entre las naciones, sobre la base de convicciones jurídicas comunes, y por lo tanto, regulación de derecho sin que exista necesariamente una civitas maxima superior. O sea, puede existir, como señala Verdross, un derecho "corporativo" sin un aparato de coacción.

Los que le niegan naturaleza jurídica. Es común a todas estas teorías excluir el derecho internacional del dominio de los valores propiamente jurídicos. Los autores de este grupo están caracterizados porque de una manera u otra ponen en entredicho el carácter jurídico del derecho de gentes.

Tenemos, en primer lugar, a John Austin, creador de aquella interesante escuela que se llamó de la "Jurisprudencia Analítica", en Inglaterra, y que mucho seguía - las enseñanzas de Blackstone. Austin dice que el derecho internacional es sólo un conjunto de normas morales "positivas" que son impropriadamente llamadas leyes. El derecho internacional no es derecho positivo, sino una rama de la moral positiva. El derecho positivo, a diferencia de la moral, emana de un legislador y es susceptible de aplicación coactiva, en tanto que aquélla emerge de la opinión pública. Son normas "positivas" porque de hecho se aplican.

Austin sostiene, empero, que ellas se pueden - transformar en derecho, si el Estado las adopta y las sanciona, por ejemplo, a través de sus tribunales, pero entonces ya no es derecho internacional, sino derecho estatal.

Algo similar a Austin, pero con pequeñas diferencias, tenemos en Julius Binder, quien de igual modo afirma que las normas del derecho internacional son reglas - éticas: "El derecho es la ordenación ética de una comunidad", afirmaba Binder. Niega este autor que exista comunidad internacional, y por lo mismo afirma la ausencia - del derecho internacional que la rija.

Partiendo poco más o menos del mismo origen, aparece el jurista húngaro Félix Somlo, que afirma que se trata de reglas sui generis. Hay varios factores que desalientan a Somlo: lo escaso de las reglas del derecho - internacional, lo precario de su obligatoriedad y el grado insuficiente de obediencia que se les muestra, y ello lo mueve a sostener que se está en presencia de reglas - equiparables a las de la cortesía (commitas), agrupándolas en su sistema con las "reglas heterónomas". Y como - no encuentra el autor húngaro una característica precisa para ellas, dice que son normas sui generis. Somlo no - niega la existencia del derecho internacional, o implica que no se le debe desobedecer por esa causa.

Es posible observar cierto progreso de esta teoría en la tesis de Burckhardt, quien llega hasta a admitir que son normas jurídicas las que integran al derecho internacional, pero no obligatorias. Que, en realidad, -

se trata de un derecho "imperfecto". En otras palabras, el derecho internacional no es un derecho objetivo y positivo, sino un derecho subjetivo y convencional, dice este jurista. Establece que son dos cosas diversas el problema jurídico del derecho internacional y su validez. En cuanto a la primera cuestión, dice, si existe el derecho internacional; por lo que se refiere a la segunda, ese orden normativo no vale, porque no se apoya en una organización y no es, por lo tanto, positivo.

Consideraciones críticas. Todas las tesis precedentes, aunque disímolas en su follaje, se fundan, para restarle calidad jurídica al derecho internacional, en -- una comparación rigurosa con los atributos del derecho estatal. Sufren porque no se advierte en aquél, como se percibe en el derecho interno, un poder capaz de crear la norma jurídica y aplicarlo en forma compulsiva. Quisieran que el derecho estatal y el derecho internacional -- coincidieran punto por punto en sus características, y al no encontrar esa correspondencia, prefieren deducir que no se trata de un cuerpo normativo, sino quizá de algo distinto. Genéricamente insisten estos autores en la ausencia de un legislador supremo, en la falta de sanciones, -- en que no existe a simple vista un poder punitivo.

Pretenden que es esencial al derecho la existencia de una legislación y de una jurisdicción, olvidando -- que en la evolución del derecho los tribunales y la ley -- escrita promulgada significan el coronamiento, la perfección y el fin de esa evolución. Toman, por otra parte, un concepto demasiado estrecho del derecho estatal al cual -- debe adecuarse el derecho internacional y, a la vez, defiguran el verdadero sentido de éste. Confunden los defectos intrínsecos del derecho internacional --en un mundo lleno de egoísmos nacionalistas y de residuos de aventuras imperiales-- con su falta de caracterización jurídica.

Si el derecho internacional y el derecho interno fueran similares --o idénticos, como lo pretenden los rigoristas--, si ambos llegaran a coincidir en sus elementos, no estaríamos en presencia del derecho internacional tal como se le conoce, sino de un derecho supraestatal, -- de tipo federativo, de naturaleza muy diversa al actual. Esa identificación de ambos --según se ve-- no puede tener valor científico. Pero reservamos todavía otros argumentos para líneas posteriores.

Quizá el argumento más delicado y preocupante sería la afirmación de Binder, de que no es posible la comu-nidad internacional porque el espíritu objetivo se manifiesta únicamente en los diferentes Estados, mas no en el conjunto. Pero la existencia de una comunidad internacional de intereses y de funciones es un hecho que nadie refuta y esto se verá confirmado algo más adelante.

- b).- Las teorías que sostienen que el derecho internacional es un derecho rudimentario y de transición

Existe un grupo de autores que pudiéramos llamar "intermedios", los cuales, sin negar la fuerza obligatoria del derecho internacional, sostienen que es un derecho débil de cierta manera análogo a aquel que liga a las comunidades primitivas. Implican que se está en presencia de un derecho notoriamente deficiente. En buenas palabras, ocupan un lugar de equilibrio entre las teorías negadoras y las que tratan de fundamentar al derecho internacional.

Entre estos publicistas que estiman que el derecho internacional es un derecho transicional en un estado de constante mejoramiento, que tendrá que desembocar por fuerza en un sistema acabado, en un derecho federal de las naciones, está Oppenheim, el autor germanobritánico. Preocupa a éste que no exista un poder superior que decida el derecho, por lo cual lo valúa como un sistema imperfecto, que sólo purgará las deficiencias cuando, avanzado su mejoramiento, sea respetado y admitido por todas las naciones.

Al parejo de Oppenheim están Holland, inglés, y Zitelmann y De Louter, alemanes. También participan del desaliente de Oppenheim y consideran que el derecho internacional es un derecho débil, de normas imperfectas al que falta mucho para constituir un sistema jurídico acabado, pero cuyas normas, empero, son jurídicas y obligan. Ellos —especialmente Zitelmann— implican que si los Estados llegan a integrar una comunidad superior, una civitas maxima completa, desaparecerían esos defectos y surgirá un sistema perfecto.

Pero de nueva cuenta es factible notar que se está tratando de equiparar el derecho internacional a las notas del derecho estatal. El derecho internacional —salta a la vista— es de carácter diverso, es de más elevada naturaleza, se aplica "intergentes", entre los Estados, y cuando se aplica, no se apela a la autoridad, como en el caso del derecho interno, sino que se apela a la razón misma, al sentido de equidad, a una conciencia más elevada, o sea una especie de convicción moral, en tanto que el derecho interno obedece a otros fines y principios. Los valores de ambos se objetivizan de distinta manera. Si el derecho internacional es deficiente como derecho, no menos cierto es que se trata de un fenómeno cultural superior.

Y por cuanto a que el derecho internacional constituye sólo una etapa transitoria, de estimarse así llegáramos inecluíblemente al "suicidio" del derecho internacional, al convertirse de un sistema jurídico interestatal a un sistema jurídico federal. En realidad si se criaban estas ideas se podría observar que, lejos de fundamentar al derecho internacional, se envuelve la negación del mismo al sostener su carácter "específico".

c).- El intento de fundamentación del derecho internacional en la Escuela Positiva Moderna

Se había dicho, páginas atrás, que el positivismo había predominado consistentemente a lo largo del siglo XIX. Según se ha visto, la Escuela Positiva se pronunció en contra del derecho natural, por la separación radical entre la moral y el derecho, y por la reducción del derecho positivo a la voluntad del Estado. Casi sin cambiar esta postura se ha mantenido hasta nuestros días.

El positivismo, empero, comprendiendo al fin que si el derecho de gentes es diferente, habría entonces que determinar cuáles son las características que lo hacen distinto, ha tratado de tender un puente salvador entre el punto central de su doctrina, de que no puede haber más derecho que el derecho del Estado, con el hecho de que el derecho internacional obliga al Estado aun cuando éste no haya intervenido en la creación de sus normas. Como las tesis voluntarias por sí solas no dejan lugar a una -

estructuración satisfactoria del derecho internacional, - los autores positivistas han pasado apuros para encontrar una fórmula que sin obligarlos a ceder, los capacitara al mismo tiempo para fundar el carácter obligatorio del orden jurídico internacional. Con todo, esas fórmulas compromisorias no han resultado eficaces.

La copiosa cantidad de teorías expresadas en el seno del positivismo para este fin, es ya índice de que algo anda mal. Tienen ellas los matices más variados. - Empero, por razones de concisión veremos aquí las dos variantes principales, o sea, la tesis de que el derecho internacional es un derecho de entidades coordinadas (de donde, en realidad, se inspiran las subsecuentes) y la tesis de la voluntad común de los Estados (Vereinbarung).

La Tesis de la Coordinación. La mayoría de las veces, la doctrina de la coordinación se da como un presupuesto básico en los escritos de los autores afiliados. Sólo en Hatschek (*Das Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamen Staatsakte*, Leipzig, 1923), y en Walz (*Esencia del Derecho Internacional*, Trad. Española), existe un tratamiento más o menos preciso de esta concepción. Tal vez Kaufmann también dé una versión más o menos completa de esta postura.

Para explicar el curioso fenómeno de que un Estado es absoluto pero que puede de alguna manera quedar obligado por alguna norma que él no crea, Hatschek señala que el derecho internacional y el interno son de naturaleza diferente. Las normas de este último se basan en una relación de subordinación de los individuos a la norma jurídica, es un comando superior hacia los gobernados, hay una relación de señorío — como señala Walz—. En el derecho internacional no hay una voluntad superior que imponga el derecho, sino que son los mismos Estados, actuando coordinadamente, en relaciones de coordinación sin ningún comando, los que crean las normas del derecho internacional. "El derecho internacional debe regular, simplemente, las relaciones de lucha de los individuos egoístas y autárquicos, manteniéndolos dentro de los límites de la razón" (Walz, p. 387).

Las normas del derecho internacional, según Hatschek, se crean o por legislación paralela entre varios o todos los Estados, o por reglas internas consuetudinarias

que después se vuelven reglas internacionales de conducta. Estas reglas son obligatorias para el Estado no como preceptos de derecho, sino como reglas sociales o convencionales cuya sanción consiste en mera compulsión social. Crean, por el efecto inescapable de la reciprocidad, una obligación legal. De tales reglas, que se convierten en convicción legal, surgen reglas consuetudinarias.

Aun cuando los primeros fundamentos son bastante endeables, porque por ejemplo, no llegan a explicar correctamente de dónde surge la fuerza obligatoria de las normas del derecho internacional, ha servido de base para varias escuelas, dos de las cuales son, por modo principal, la doctrina de la autolimitación en función de la coordinación, y la teoría de la voluntad colectiva o *Vereinbarung*. La crítica a las tesis de la coordinación aparecerá más abajo, en bloque.

La Teoría de la Autolimitación. Aunque se dice que fue el gran Von Ihering quien profesó primeramente esta postura, es sin duda Jellinek quien la lleva a sus extremos más conocidos. George Jellinek representa un esfuerzo (*L'Etat Moderne et son Droit*. Trad. Francesa de Fardis, 1913) para conciliar la entonces nueva postura de la coordinación con su tesis peculiar, llamada la "doctrina de la autolimitación del Estado", que es, a su vez, una expresión de la teoría de la voluntad unilateral del Estado.

Jellinek se toma muchos trabajos en su obra para tratar de demostrar la parcial sujeción del Estado al derecho. El mérito de este autor — junto con Mehrignac y Carré de Malberg — es el de haber propiciado la idea del "Estado de Derecho": un Estado se obliga por sus propias normas jurídicas, las cuales no puede legítimamente desairar.

Al ocuparse de la soberanía, de la majestad del Estado, Jellinek la describe como "la determinación exclusiva de su propia competencia". Implica que esa soberanía es ilimitada y absoluta, pero ella es así en tanto ningún otro poder extraño pueda jurídicamente obligar al Estado a cambiar su derecho. Ello no significa, como se ha afirmado indebidamente por otros, que el Estado esté por encima del derecho y lo pueda menospreciar a voluntad;

significa que el Estado puede cambiar y modificar su derecho, pero en tanto exista el derecho, éste obliga al Estado, él no puede pasar por encima de sus propias normas jurídicas. Dicho de otro modo, la voluntad, todopoderosa - en principio, se impone a sí misma el deber de respetar - el orden jurídico que ha establecido.

Explica Jellinek el proceso de la autolimitación como un fenómeno jurídico afirmando que el Estado comanda personas, que son sus órganos, para que actúen de conformidad con la ley y que en tanto quienes actos de los órganos al mismo tiempo se obliga a sí mismo.

Al hablar del derecho internacional sostiene este autor, en un intento de fundamentación, que en realidad no existe diferencia entre el derecho internacional y el derecho interno. Lo que ocurre es que en el derecho interno existe una relación de subordinación de los miembros de la comunidad estatal al derecho, en tanto que el internacional es un orden jurídico de entidades coordinadas jurídicamente iguales. La naturaleza precaria de la obligación internacional —dice posteriormente— no la depriva de su naturaleza legal, porque en adición al aspecto normativo, hay un fundamento psicológico que surge del hecho que se le reconoce obligatoriedad por los miembros de la sociedad. (Nótese, de paso, cierta similitud entre este autor y Austin.)

Los problemas comienzan cuando Jellinek mantiene con énfasis que legalmente el Estado está autorizado a deobligarse en cualquier tiempo de una obligación internacional que resulta incompatible con los fines del propio Estado. En tanto que la obligación internacional —que la voluntad del Estado, con el concurso de las voluntades de otros Estados ha contribuido a establecer— deriva —de la voluntad, no pasa de ser ilusoria, porque queda derogada en cualquier tiempo por esa misma voluntad.

Aparece entonces que, en sí misma, la doctrina —de Jellinek resulta negatoria del derecho internacional, si se le estima como doctrina jurídica, pero si se le considera doctrina sociológica, entonces niega al Estado jurídicamente soberano y se convierte en uno de los mantenedores de la fuerza obligatoria del derecho de gentes. Em pero a pesar de que este autor se bifurca, presentando el

problema desde dos puntos de vista, el jurídico y el socio lógico, prevalece el punto de vista de que el Estado puede desentenderse de obligaciones inconsecuentes con sus propios fines. La tesis de Jellinek, que sigue rindiendo homenaje al voluntarismo en el derecho, y que pretende encontrar en un principio psicológico todo el fundamento del derecho internacional, no es adecuada para explicar la real esencia de este orden jurídico.

La Tesis de la Coordinación y el imperio de la fuerza. Una variante de la doctrina de la autolimitación la constituye la interesante tesis del profesor alemán - Erich Kaufmann (Regles générales du droit de la Paix, Recueil des Cours IV, 1935), quien es tal vez uno de los expositores más brillantes de la teoría de la coordinación. Señala Kaufmann que el Derecho a la subordinación es posible sólo dentro del Estado, pero no fuera de él, y ello es así porque sólo el Estado es el instrumento de un ideal que puede justamente reclamar la sujeción de sus miembros a un mandamiento impuesto, y ese ideal de que habla Kaufmann es la autopreservación y el desarrollo histórico en un mundo de fuerzas competidoras representadas por otros Estados. Este ideal, dice este talentoso jurista, sólo puede realizarse por la fuerza, y ésta es la causa por la cual la subordinación sólo es posible dentro de una comunidad estatal.

Entre Estado y Estado existen sólo relaciones de fuerza. Como Hegel, afirma que las relaciones entre los Estados es una de entidades independientes que se hacen promesas, pero que al mismo tiempo están por encima de esas promesas.

Dice Kaufmann que el principio básico en el derecho de entidades coordinadas puede encontrarse en la máxima: "El que puede, quiere." Siendo el Estado responsable de la preservación de los valores más altos, no se puede subordinar a ninguna comunidad más alta, y tiene que justificar su existencia por la fuerza física y moral. La guerra victoriosa —prosigue—, es el vehículo del derecho. Ella decide cuál Estado tiene la razón legal. Es cierto que existen accidentes, y hay veces que pierden quienes tienen la razón, pero ello es porque no existe una garantía absoluta de la infalibilidad de cualquier norma jurídica. La guerra, entonces, viene a ser una relación social y moral entre los Estados.

En el sistema de Kaufmann, los intereses subjetivos de los miembros individuales coordinados constituyen a su vez reglas objetivas de derecho. Sostiene que no hay un interés colectivo, que cuando mucho existe cierta solidaridad, pero de una manera relativa, en tanto se incluye el interés del Estado afectado. No puede haber nada superior al interés de cada una de las partes. Y si hay conflicto, la guerra habrá de decidir, porque es la única prueba posible en un sistema de coordinación.

Como se ve, en este sistema, la voluntad del Estado es esencial no sólo para la creación, sino también para la continuidad de la obligación. Y no puede aceptar se esta tesis porque no pueden existir términos medios entre la sujeción al derecho y la negación de su fuerza obligatoria (véase Lauterpacht, op. cit., pp. 412-415). Este tipo de posturas conducen a la anarquía, en lugar de superar los defectos precedentes.

La teoría de la Coordinación y la voluntad colectiva. Aunque representa un indudable progreso con respecto a las teorías que le precedieron, y repleta de sugestividad, la teoría de Triepel (*Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. Recueil des Cours*, - 1923, I), pretende fundar todo el derecho internacional sobre la voluntad colectiva de los Estados.

Parte Triepel de una distinción en materia de -- acuerdo de voluntades. Así, dice, existe el Vertrag, o sea el contrato común, y la Vereinbarung, o sea, un número de voluntades concurrentes hacia el mismo fin. En el contrato, el contenido de las obligaciones está opuesto directamente, hay un acuerdo entre dos partes y los intereses son correlativos, aunque diferentes. En la Vereinbarung, voluntad colectiva o pacto normativo, hay una cooperación de voluntades determinada por una comunidad de fines. El contrato común supone un orden jurídico preexistente en tanto que en la Vereinbarung viene a ser una fusión, un crisol de las voluntades particulares que pueden producir reglas obligatorias a todas las partes. (Com párese la Vereinbarung con las formas de la teoría francesa "acto colectivo", "acto unión".)

En este esfuerzo por asegurarle calidad obligatoria al derecho internacional, negando que exista una civi

tas maxima, sino sólo derecho de coordinación, Triepel de sembroca en una contradicción, porque una vez creada esa voluntad colectiva, ningún Estado tiene derecho a desobedecerse por sí solo, y no deja de ser por ello una voluntad superior que se le impone al Estado, ergo civitas maxima.

La Teoría de la Norma Pacta Sunt Servanda. Cuando se percataron los autores positivistas modernos de los graves defectos de la tesis de la voluntad colectiva y la de la autolimitación, porque no se podía explicar correctamente con ellas el fundamento del derecho internacional, y cuando recalcaron que cualquier postura que pretenda descansar en la voluntad de los Estados es precaria, porque esta voluntad es perennemente cambiante, se dedicaron a buscar un fundamento mejor sobre el cual descansar todo el sistema jurídico internacional. Tratan de encontrar una norma primaria que le diera validez a todo el Derecho, y que considere insospechable de voluntarismo, al que intentan superar.

Así tenemos a A. Cavaglieri, que pretende pasar de una base contractualista a una norma objetivista de validez universal (Cours de Droit International. Trad. francesa de G. Gidel). Bien examinada, la tesis del Prof. Cavaglieri no dista mucho de las teorías voluntaristas. Señala que el derecho internacional no es un comando superior, no es sino un sistema de promesas entre entidades coordinadas y jurídicamente iguales, y cuando observa que falta algo que le dé fortaleza a este sistema, descubre que la base fundamental del mismo radica en la norma pacta sunt servanda. Mas para Cavaglieri, a diferencia de Anzilotti y la Escuela de Viena, la norma pacta sunt servanda es un axioma a posteriori, o sea fundado en la práctica de los Estados, lo cual equivale a un retorno al voluntarismo. Cita en apoyo de este principio, que en la tesis de Cavaglieri no es hipotético, la declaración de Londres de 1871, relativa a la fuerza obligatoria de los tratados, y la opinión de numerosos estadistas sobre la santidad de los pactos. Sobre esta endoble base pretende Cavaglieri apoyarse para apartarse del fundamento voluntarista, para formar una doctrina que descanse en un principio objetivo general.

Dionisio Anzilotti (Curso de Derecho Internacional, Traducción española a la 3a. edición italiana, Madrid, 1935) va todavía más lejos, pues en su doctrina, la norma pacta sunt servanda es un principio a priori, de va

lor absoluto, universal y abstracto. Así, dice: "La fuerza obligatoria de esas normas deriva del principio de que los Estados deben respetar los acuerdos concluidos entre ellos: pacta sunt servanda. La circunstancia de constituir precisamente ese principio la base de las normas de que hablamos impide una demostración ulterior desde el punto de vista de la norma misma. Hay que admitirlo como un valor objetivo absoluto en otros términos, como la hipótesis primera e indemostrable en que descansa éste como otros órdenes de los conocimientos humanos" (p. 41 de la Trad. Esp.) y "Lo que distingue al orden jurídico internacional, es que en él, el principio pacta sunt servanda no descansa como en el derecho interno, sobre una norma superior: el principio mismo constituye la norma suprema" - - (p. 42).

Es de verse que Anzilotti reafirma la necesidad de fundar el derecho positivo sobre un principio metafísico y desde luego, fuera de la voluntad de los Estados. Significa indiscutiblemente un progreso notable, porque la fundamentación descansa en una base objetiva. Pero luego Anzilotti se recata, y expresa que pacta sunt servanda, sólo podría ser aplicable al derecho convencional. En otras palabras, llega a salirse momentáneamente del positivismo jurídico y a caer dentro de un jusnaturalismo rudimentario, pero recanta y vuelve a su concepción positiva.

Quienes llevan la tesis de la norma pacta sunt servanda a sus últimos extremos son los juristas de la Escuela de Viena, que floreció entre las dos guerras mundiales, y cuyos exponentes máximos han sido Hans Kelsen, en primer lugar, Josef Kunz, Alfred Verdross, que habría de cambiar de ideario ulteriormente, Lauterpacht, Mirkine-Guertzevitz y algunos otros. Mucho podría escribirse sobre este pléyade, que contribuyera tanto a la construcción de una filosofía de la ciencia jurídica.

La llamada Escuela de Viena está representada fundamentalmente por la postura del jefe de ella, el extraordinario Hans Kelsen, jurista austriaco, después profesor en la Universidad de Colonia, Alemania, y que falleciera en Estados Unidos en 1973. Sin duda es Kelsen uno de los juristas y teóricos del Estado más brillantes de los últimos tiempos. El examen del derecho lo realiza Kelsen par- tiendo, según él, de un punto de vista impecablemente - -

científico y por ello su doctrina ha sido llamada, por él mismo, la teoría "pura" del Derecho. La teoría "pura" - consiste en eliminar del estudio del Derecho toda consideración psicológica, sociológica, política, ética y aun religiosa. Quiere estudiar al derecho puro y simplemente - como un fenómeno abstracto, como un producto de la lógica del pensamiento.

La ciencia —dice Kelsen— tiene que descubrir su objetivo tal cual es, y no prescribir cómo debiera ser desde el punto de vista especulativo. Todo lo que no es derecho viene a afectar el estudio de la disciplina o a tratar de identificar el derecho con la justicia, que son cosas diferentes. La Teoría del Estado —prosigue— se ha visto oscurecida por impurezas. Por ejemplo, si el Estado, como se afirma, es esencialmente potencia, no es - porque sea un orden que imponga a los individuos una cierta conducta. Y si es voluntad, no es más que en un sentido metafórico que se busca la validez objetiva de ese orden normativo.

El único criterio —indica en otra parte— que - permite diferenciar los actos de los individuos de los actos del Estado es su conformidad a un orden determinado. De ahí deriva hacia la imputación del Estado. El Estado, señala el jurista austriaco, es el centro de convergencia de todos los actos que de ahí se derivan. El Estado, afirma Kelsen, como sujeto de esos actos estatales, es una expresión por la cual se personifica la unidad del orden. - La relación que existe con el orden total, que se funda sobre la norma que regula el acto, es lo que se llama la imputación al Estado. El Estado se distingue de los otros órdenes normativos por su poder de constreñir, y precisamente a través de ese aparato de construcción es por lo que se identifican el Derecho y el Estado (cf. García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho. México, 1980). Las normas que constituyen el orden del Estado son normas de Derecho.

Esta equiparación del Estado y del derecho se - completa, en un interesante plan, por su teoría de la norma fundamental. Kelsen toma de un jurista austriaco, - Adolfo Merkl, tratadista de Derecho Administrativo, la teoría de la pirámide de las normas jurídicas. Kelsen enseña que todo orden jurídico se puede representar gráficamente por una pirámide. Dicho de otro modo, desde el pun

to de vista dinámico de la creación del derecho, el orden jurídico aparece como una jerarquización. Se relacionan unas categorías con las otras por el "principio de delegación". En la base de tal pirámide estarían los ordenamientos más concretos y particulares: la sentencia, la de claración unilateral, el acto administrativo, etc., y - así, de menor a mayor, hasta llegar a la norma constitucional del Estado, a la constitución positiva, que es la que establece la validez de la legislación interna del país y que está muy cerca ya del vértice. De ahí se asciende a la cima misma, que está constituida por la "norma fundamental hipotética", o "hipótesis fundamental", que es de donde deriva, en realidad, la validez de toda la construcción, de todo el sistema. Esta "norma fundamental" es la hipótesis que la ciencia del derecho necesita para comprender cómo el material jurídico forma parte de un sistema único: el Derecho.

La "norma fundamental" no forma parte del sistema de Derecho Positivo, sino que le sirve de primer fundamento. No está promulgada, pero ella es la que condiciona la unidad del sistema. En la teoría kelseniana, una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden, si su validez puede ser referida a una norma única, como fundamento único de esta validez. La norma fundamental viene a ser una hipótesis destinada a garantizar la unidad del ordenamiento jurídico. Esta hipótesis fundamental es, en la tesis de Kelsen, *pacta sunt servanda*, que viene a ser, en los escritos posteriores de este jurista, un precepto jurídico positivo.

El principio *pacta sunt servanda* presupone el derecho consuetudinario, por lo que la norma fundamental -continúa- habría de formularse diciendo que los Estados, deben comportarse conforme al uso establecido. En el sistema kelseniano, la norma jurídica no es sino una orden de actuar conforme al derecho.

Uno de sus seguidores, el Prof. Kunz, ha querido señalar los límites de *pacta sunt servanda*; así, dice:

"La regla *pacta sunt servanda* es una norma consuetudinaria del derecho internacional general; es precepto constitucional de rango superior que establece un procedimiento especial pa-

ra la creación de normas del derecho internacional, a saber, el procedimiento de los tratados." (El Sentido y el Alcance de la Norma Pacta Sunt Servanda, "Revista de la Facultad de Derecho", - marzo, 1947.)

Después habremos de volver sobre esto.

De su postura de la "hipótesis inicial" tiene - forzosamente Kelsen que concluir en un monismo, y precisamente en un "monismo internacionalista", porque sólo una estructura monista resulta compatible con su complicado sistema. Y por lógica, deviene en su sistema la primacía del derecho internacional: "El derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes estatales, a los que reúne en una comunidad universal." (Reine Rechtslehre, 1934, p. 16.) De este modo, se aprecia en Kelsen una construcción formalista hermética: identificación entre Estado y derecho, norma fundamental hipotética (pacta sunt servanda), pirámide de normas, monismo del derecho y primado del derecho de gentes, en el cual cada una de las piezas encaja precisamente en la otra.

Kelsen descubre defectos al derecho internacional: la escasez de las sanciones. "Los Estados soberanos, sujetos al derecho internacional, son, a la vez, creadores del derecho internacional. Tales sujetos realizan la decisión de los conflictos y la ejecución de las decisiones" (Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, Trad. - española, México). El derecho internacional es un derecho "descentralizado" porque "delega" en cada uno de los miembros la posibilidad de actuar el derecho, pero el jurista vienés propugna por su posibilidad a centralizarse.

La crítica a Kelsen a la Escuela de Viena se ha hecho desde puntos muy diversos, y aquí haremos sólo una consideración crítica mínima. Es impresionante el sistema kelseniano, por la tremenda fuerza intelectual desplegada en su creación, y por la penetrante crítica de las escuelas rivales, pero presenta inconsistencias.

En efecto, la tesis de la Escuela de Viena reposa en el carácter hipotético de la norma fundamental. En las ciencias naturales las hipótesis son provisionales y

anticipadas y están sujetas a una confirmación posterior de los hechos mismos, para que puedan considerarse válidas. Las hipótesis valen hasta ser probadas: si no tiene lugar la confirmación, la hipótesis se deshace. En la teoría de Kelsen, la hipótesis fundamental tiene un carácter definitiva, y si más adelante Kelsen y sus seguidores establecen, como se vio, que la norma fundamental es una regla de derecho positivo consuetudinaria, en tonces cesa de constituir el fundamento del orden jurídico, y se convierte en un círculo vicioso, porque la costumbre es fruto de una voluntad cuya fuerza obligatoria busca ser fundamentada.

Más todavía resalta la insuficiencia de esta -- brillante teoría cuando se desenvuelve y quiere admitir, como *pacta sunt servanda*, a los tratados, a la costumbre y a las sentencias de los tribunales, sobre la base que éstas no son un derecho nuevo que se imponga al Estado, sino sólo declaración o interpretación de los pactos precedentes de los Estados, porque no deja al voluntarismo, sino que se mueve dentro del mismo campo. Es evidente -- que *pacta sunt servanda* es algo más que el contenido de los pactos (aun de los tácitos) porque la costumbre jurídica internacional obliga aun a quienes no hayan participado en su creación. Es decir, un Estado no podría substraerse a una obligación internacional probando que no intervino en la creación de la norma de donde se deriva tal obligación. Por ejemplo, un Estado que surge por -- vez primera a la comunidad de los Estados no podría alegar que nace sin ninguna obligación porque no ha sido -- parte de la formación de las reglas consuetudinarias precedentes. Por ejemplo, si tiene costas, debe obediencia al derecho marítimo tradicional, y esta situación no queda cubierta por la tesis kelseniana, resultaría inexplicable.

Otra de las críticas sólidas al kelsenismo es -- su desdén de la experiencia, su afán de purificar la -- esencia del derecho a costa de los elementos que producen al derecho. Con ello quita a las normas jurídicas -- todo su contenido y las neutraliza de hecho: son puras -- creaciones lógicas abstractas. Negar que el derecho se ve influido por los actos sociales podrá ser útil tal -- vez desde un punto de vista formal, pero carece de sentido real.

Apoyar, por otra parte, como lo pretende Kelsen, la pirámide de normas —todo el derecho del Estado— sobre un supuesto, sobre una hipótesis, no resulta adecuado, y conduce sólo al relativismo, y en el fondo, a la postura de la fuerza.

Asimismo, se puede rechazar abiertamente la tesis de que los diferentes derechos nacionales reciben su fuerza obligatoria de una "delegación" del derecho internacional, como se expresa en la tesis de Kelsen.

La verdad es que la tesis de la norma *pacta sunt servanda* es insuficiente para explicar el fundamento del carácter obligatorio del derecho internacional, pero en mérito de ella digamos que probó ser una transición benéfica en el largo camino que va de la doctrina que se funda en la voluntad de los Estados como única fuente del derecho internacional a la tesis más moderna que se funda en la soberanía impersonal del Derecho; es decir, han superado el punto de vista anticuado de que el Derecho es la voluntad psicológica de una entidad, pero no llegan todavía a aceptar que hay un comando superior sin que al propio tiempo exista una autoridad visible que expida ese comando.

#### d).- La reacción antipositivista

Las Teorías Realistas y el Moderno Jusnaturalismo. Evidentemente, el Positivismo se mostró insuficiente para explicar la real naturaleza del derecho internacional y su fundamentación jurídico-filosófica. Provocó, empero, con sus excesos, una sana reacción que trata de superar los dogmas de la Escuela Positiva para intentar alcanzar —al fundamentar el derecho de gentes— principios superiores de integración. Esa reacción, que adopta formas muy variadas, tiene el substratum común de buscar principios inmanentes sobre los cuales reposa el orden jurídico internacional. Todas ellas se erigen como una protesta contra el Estado omnipotentemente soberano que mengua la dignidad del individuo.

En esas posturas se observa que la voluntad del Estado como factor de represión queda desacreditada, para dejar el paso a la soberanía del derecho, que se mueve en

ámbito más noble. En algunas de ellas se encuentra referencia a una axiología material y moral, fundada en un -- nuevo jusnaturalismo.

Agrada observar que en la gran mayoría de estas doctrinas que trascienden del empirismo existe una gran dosis de entusiasmo y de espíritu progresista. En gran parte, se ha superado la mente cautelosa y conservadora, y en algunos casos es posible advertir un exagerado optimismo.

En dos grandes ramas se pueden separar las doctrinas que superan al Positivismo: en el "realismo", que a su vez se presenta con una fase psicológica y otra sociológica, y en el "jusnaturalismo axiológico". Este, a su turno, tiene atisbos naturalistas clásicos y aspectos de jusnaturalismo racionalista. Naturalmente, sólo se dará aquí una información limitada, para no caer en la problemática general de la Filosofía del Derecho, que nos alejaría extraordinariamente de nuestra meta.

La Escuela Realista. El holandés Hugo Krabbe, a quien sin duda algo debe la Escuela de Viena, es quizá el primero que indaga el fundamento del derecho internacional en un orden superior al positivo. Dice Krabbe (*L'idée moderne de l'Etat*. R. de C., XIII, 1926) que el Derecho es un dominio de normas que se imponen y obligan espiritualmente, porque el individuo tiene noción y conciencia de que valen y deben valer. Los actos del Estado son legítimos y válidos en la medida que se conforman y adecúan a las normas del derecho. La fuente del derecho internacional, en este autor, no es la soberanía del Estado; no es la voluntad del Estado la creadora de la norma jurídica internacional, sino la conciencia del derecho sentido por los individuos cuyos intereses están afectados por esa norma, o quienes, como miembros del Gobierno --funcionarios y jueces-- están llamados a velar por esos intereses. El derecho internacional viene a surgir cuando los pueblos de los diversos Estados ensamban su sentido de lo justo para incluir también las relaciones internacionales. Así, frente a la personalidad del Estado se dirige la soberanía impersonal del derecho, más noble y menos inhumana. Tiene la teoría de Krabbe un marcado sentido ético.

León Duguit. Aunque pudiera percibirse, en los escritos de este profesor francés, cierta coincidencia -- con Kelsen en cuanto a su oposición a la teoría de la personalidad del Estado y su adhesión al monismo del derecho con la correspondiente primacía del de gentes, la verdad es que existe un contraste muy marcado en la substancia -- de las tesis de cada uno.

Para Duguit, la base del derecho es el hecho de la solidaridad y de la interdependencia de los hombres. -- De ese hecho nacen reglas sociales observadas a virtud de su necesidad misma, porque sin ellas la vida en común no sería posible. Tales reglas sociales se convierten en Derecho cuando los individuos que forman parte de un grupo se dan cuenta de que su respeto es necesario para el buen funcionamiento de la sociedad y que deben recibir, por -- ello, una sanción positiva. De esta manera, el derecho -- internacional viene a ser un derecho creado por los individuos mismos, no por el Estado, cuando el sentido de la solidaridad trasciende al ámbito internacional. Por tanto, deviene el monismo. El Estado se caracteriza sólo para la realización del fin común. El mismo grupo de hombres, dice por otra parte, que participa en la construcción de la norma interna de derecho, participa al mismo -- tiempo en la creación de la norma internacional, de manera que no existe diferencia en el proceso de formación de ambas normas. Duguit prefiere llamar intersocial al derecho de gentes, porque así se capta mejor, según él, el carácter de hecho social que tiene el derecho internacional. A León Duguit se le ha llamado "psicologista", aunque él prefiere calificarse a sí mismo de "objetivista".

Scelle. Ha sido George Scelle quien ha continuado sobre las interesantes bases puestas por Duguit. Su teoría, llamada el "monismo intersocial" está fundada, como la de éste, sobre el hecho de la solidaridad humana. -- Este hecho primordial implica una coacción natural de orden biológico según la cual los individuos se ven obligados a acatar el vínculo social bajo la pena de perder -- entredicho la eficacia o la existencia misma de ese vínculo social. La conciencia de esta necesidad se convierte en una regla normativa, en un imperativo, en una palabra, en una norma jurídica.

La sociedad internacional, para este publicista, es una colectividad de individuos, sujetos de derecho, --

pertenecientes a diversas sociedades nacionales, que por el solo hecho de su existencia produce sus propias normas jurídicas para asegurar el mantenimiento y el desenvolvimiento de la solidaridad que les sirve de fundamento. Cuando los diversos grupos sociales se ponen entre sí en contacto, la solidaridad que de ahí fluye hace nacer el derecho internacional. Así, el carácter obligatorio de este orden jurídico surge de la necesidad de las relaciones que rige.

En cierto modo, en su intento de superación del positivismo, Scelle emerge como un jusnaturalista, por lo cual su postura ha sido calificada de "jusnaturalismo biológico", o bien como de derecho natural mutable - - - (Kunz), pero en realidad no llega a trasponer el socialismo positivista.

Ross. Un matiz especial se encuentra representado en la teoría "realista" por el profesor danés Alf Rose (A textbook of International Law, Longmans, Green and Co., London, 1947). El autor, que expone su doctrina "psico-sociológica", habla con finalidad doctrinal, de "comunidades autogobernadas", en lugar de Estados, sobre la base que un Estado no puede definirse excepto en relación con el derecho internacional y también para situar debidamente el problema que surge con la presencia de estados federales. Merece ser considerado como un continuador —a su manera— de Duguit y de Scelle, por más que las conclusiones resulten un tanto apartadas. Señala Ross que el derecho internacional es "un orden convencional 'no compulsivo'", con un carácter derivado de derecho. Pero es derecho porque se siente que es derecho. Tiene algunos atisbos naturalistas, por ejemplo, cuando expresa, al referir a las fuentes del derecho, que "una doctrina de las fuentes del derecho se basa en la experiencia, pero reconoce que no todas las fuentes son positivas en el sentido que se establecen formalmente" (p. 95). Existe un tanto de contradicción en su tesis, porque aparece como dualista, cuando que la conclusión de su sistema entero debería ser el monismo de todo Derecho.

Schwarzenberger. Este moderno publicista (A Manual of International Law, Stevens, London, 1967) ha oscilado desde un realismo sociológico más o menos moderado hacia una tendencia de sobreestimación de la "política internacional". Sostiene que puede construirse un sistema de derecho internacional por el método inductivo.

Cualesquiera que sean los defectos de la Escuela Realista, ella ha tenido el mérito de aproximarse al derecho internacional sobria y objetivamente, y el de hacer perder impulso al Positivismo estéril. En la indagación de las bases fundamentales del derecho internacional el "realismo" a veces toma perfiles escolásticos y naturalistas, y sólo le faltan algunas notas para coincidir con el reciente naturalismo. Debe entenderse esta postura como de transición y moderación.

El Jusnaturalismo Moderno. El renacimiento jusnaturalista, que aparece como una protesta frente a la concepción nacionalista del Estado totalitario, se presenta en diversidad de formas y como toda reacción, se exhibe en ocasiones en planos exagerados, con sobra de racionalismo, pretendiendo formular apriorísticamente todo un sistema de derecho internacional. Pero en sus formas más felices tiende a combinar armoniosamente el derecho positivo con principios inmanentes, o con juicios de valor. Las notas capitales de este movimiento son: conexión estrecha entre Derecho y Moral; empleo del método experimental, para evitar el racionalismo abstracto, y la afirmación de que el derecho positivo viene a determinar y a precisar al derecho natural, en otras palabras, sostener que existe una síntesis forzosa entre el Derecho Natural y el Positivo.

Así, tenemos a Le Fur. Louis Le Fur es un jusnaturalista con marcado sabor clásico. Le Fur incluye en la noción del derecho el criterio material de la racionalidad. El Derecho —dice— no es en última instancia sino la razón aplicada a la reglamentación de las relaciones sociales. La etimología del derecho evoca la idea de rectitud; hay relación entre el derecho y la idea de justicia. El hombre no hace sino descubrir el sentido del bien y de lo justo en el orden moral, porque él no lo crea, de la misma manera que no crea la verdad del orden científico. Los percibe a través de los "sentidos espirituales".

Le Fur, para proporcionar un contenido al derecho natural, explica que está constituido por unas cuantas reglas capitales. Las tres más destacadas serían: a) la obligación de respetar los pactos realizados libremente; b) la obligación de reparar todo perjuicio causado injustamente, y c) el respeto a las autoridades. En este sistema, el derecho positivo viene a ser el medio a

disposición del Estado para la realización del bien común, pero el Estado está obligado por los imperativos del derecho natural y de la justicia objetiva.

La teoría de Alfred Verdross es una que se ha denominado iusnaturalismo axiológico. Verdross fue uno de los corifeos de la Escuela de Viena. En un primer momento fue positivista; se orienta después hacia una posición "objetivista", para acabar, en nuestro tiempo, en un iusnaturalismo axiológico.

La postura de la Escuela Vienesa le sirve para afirmar más tarde que la norma *pacta sunt servanda* sí es jurídica, pero que también es una norma ética, y, además, se da en la comunidad y con los valores que enraízan en ésta. Participa con la escuela naturalista clásica en que el derecho no puede explicarse sino considerándolo desde el punto de vista universal presidido por la idea de finalidad. "Sólo podrá penetrar el sentido del derecho aquel que haya comprendido que el universo constituye un orden pleno de sentido, en cuyo seno el derecho tiene que llenar un contenido determinado" (Völkerrecht, 1937). Se encuentra más adelante que este singular publicista de termina que la sociabilidad natural del hombre interviene para imprimir contenido al derecho internacional. El *vivere in societate*, norma primera del derecho natural, ya implica la obediencia a una autoridad, la cual debe inspirarse en el bien común.

La Ética —postula Verdross— viene a participar también en el carácter natural del derecho de gentes. — "El derecho internacional se halla determinado materialmente en su contenido por normas de moral social que suelen recibir el nombre de "derecho natural". (Derecho Internacional Público, edición española, Madrid, 1955. p. 32.)

Para dar contenido a la "norma fundamental", tenemos que partir de aquellos principios jurídicos que los pueblos civilizados reconocen comúnmente, toda vez que -- las normas del derecho internacional positivo se han ido construyendo sobre la base de la conciencia jurídica común de los pueblos" (Derecho Internacional Público p. 36).

Para Verdross, la sociología debe estar conjurada con el jusnaturalismo axiológico, en relación a una comunidad donde se dan los valores, y la cual está formada por la sociabilidad del hombre. Coexisten el derecho positivo y el derecho natural. Aquél se apoya en éste, ya que toda normatividad presupone un valor que debe realizarse a través de ella. Los principios generales de derecho son el puente entre el derecho natural y el positivo. Ellos, a su vez, se deducen inmediatamente de la idea de derecho. (La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, Trad. española de Mario de la Cueva, México, 1962).

Interesante y substanciosa como pocas es la postura del profesor inglés J. L. Brierly (The Law of Nations, Oxford, 1963, sexta edición por Waldock). Siendo como es, sociólogo en el tratamiento del derecho internacional, y moderado en su concepción, deduce el derecho internacional de un principio inmanente no jurídico. "La respuesta — dice — debe buscarse fuera del derecho, y corresponde a la filosofía jurídica proporcionarlo" (p. 55). "La última razón de la fuerza obligatoria de todo el derecho es que el hombre, sea un individuo aislado o esté asociado con otros hombres en un Estado, está obligado, en tanto que es dotado de razón, a crear que el orden y no el caos es el principio que gobierna al mundo en que tiene que vivir."

Autores tales como Lauterpacht y Wehberg han sido estimados como "jusnaturalistas racionalistas", porque tratan de interpretar el derecho internacional positivo a la luz de una lex ferenda racional.

Como se advierte, hay en la doctrina jusnaturalista contemporánea una clara tradición grecoromana. Pero también se percibe a distancia la influencia de los teólogos juristas españoles que intuyeron, con gran anticipación, que sólo en la idea de comunidad internacional, orientada teleológicamente, pueden encontrarse los fundamentos auténticos del derecho internacional.

Referencia a la Teoría Soviética. Mención aparte y especial merece la doctrina internacional rusa, por los peculiares matices con que se presenta, y por la particular concepción que busca conciliar — tarea difícil — el derecho de gentes con los principios políticos del marxismo, lo cual monta a la negación dogmática del derecho internacional.

Korovin (Das Völkerrecht der Übergangszeit, - - 1929. El Derecho Internacional en la Epoca de Transición) pone en duda la universalidad del derecho internacional. Sostiene que no puede existir el derecho internacional común a la Unión Soviética y al mundo capitalista. que las relaciones entre estos dos ámbitos solamente pueden basarse en los tratados particulares, y eso, además, en tanto llega el triunfo final anunciado por Marx. Korovin, que es partidario de un gobierno mundial, de una civitas maxima especial, sueña con un Estado mundial soviético. Naturalmente, pasa grandes apuros para señalar qué bases económicas deben asignarse al derecho internacional que obliga a los Estados capitalistas y a los socialistas, dado que los marxistas sostienen que el sistema económico de cada entidad estatal determina la naturaleza de su propia superestructura, en la que se cuenta el derecho, y había, en realidad, dos derechos: el burgués y el de los soviets.

Pashukanis toma un punto de vista todavía más radical. Para él, el derecho internacional es sólo un medio en la lucha de clases. Pero este profesor, por desgracia, desaparece calladamente de la escena y no alcanza a desarrollar todo su impulso.

Evgenyev es un autor reciente que se ocupa de la soberanía. Explica que la soberanía representa la base fundamental del derecho internacional, y a pesar que se inclina por la autodeterminación voluntarista, admite que ello no da derecho a hacer todo. Pretende presentar esta teoría de la autolimitación con ropas nuevas.

La postura rusa queda explicada debidamente si se atiende a la tendencia totalitaria-socialista del régimen soviético.

La colisión constante de conceptos legales y políticos entre el mundo occidental y el soviético no ha producido por desgracia ninguna síntesis productiva. Ello se debe a que las ideas comunistas no han traído realmente aportación nueva alguna a la doctrina internacionalis

ta. La postura soviética no ha podido llevar a una reconsideración o reformulación del derecho internacional tradicional, y más bien ha frenado el desarrollo continuo del derecho de gentes y ha detenido la tarea de la organización internacional, sin haber impreso ninguna nueva dirección o sentido.

(Para un estudio certero de las corrientes soviéticas actuales, véase Teoría Comunista del Derecho y del Estado, por Hans Kelsen, Emecé, Buenos Aires, 1957; The Soviet Interpretation of International Law, por W. W. Kulski, A. J. I. L. October, 1955, pp. 518-534. Conceptions Soviétiques de Droit International Public, por Ivo Lapanna, Pedone, Paris, 1954; Krylov, Sergei, La Doctrine Soviétique du Droit International, en R. de C., Núm. 70, - 1947, pp. 411-475; Dallin, Alexander, The Soviet Union at the United Nations, Praeger, New York, 1962; Lissitzyn, O. J., International Law in a Divided World, International Conciliation, March, 1963; Grzybowski, Kasimierz, Soviet Public International Law. Leyden, 1970; Tunkin, Gregory I., Droit International Public, Problemes Théoriques, Paris, 1965).

La teoría sociológica del derecho internacional. La teoría sociológica, que es la que parece resultar más consecuente con la real naturaleza del derecho internacional, podría dar la respuesta más apropiada al problema de la esencia y los fundamentos del derecho internacional, sobre todo si se le despoja de algunos de sus excosos, y si se aplica a la vez que a considerar los factores sociológicos a apreciar la normatividad de los sistemas legales. En tanto que posición tercera, podría reducir la inacabable controversia entre naturalistas y positivistas y abrir nuevos senderos. Si no se buscan nuevos horizontes a través del método sociológico suplementado por la lógica, esto es, examinando las normas jurídicas internacionales en el contexto entero de la vida social, como lo pedía Schildler, desde hace un cuarto de siglo, la doctrina del derecho de gentes seguirá descansando en una pretérita filosofía jurídica y en una teoría política ya caduca, y corre el peligro de estancarse para siempre, impidiendo la supervivencia de esta noble disciplina.

Posee la tesis sociológica del derecho internacional la enorme ventaja de ser la única teoría capaz de averiguar el papel de los Estados como entidades mediadoras y modificadoras de las relaciones humanas que se dan a través de las fronteras de las naciones. Puede ella dedicarse a indagar las diferencias capitales entre el "consentimiento común de la humanidad" y el "consentimiento de los Estados", que son dos cosas bien diferentes, pero que se han confundido lamentablemente en la doctrina. La interposición de las entidades estatales entre los seres humanos, ciudadanos de los diversos Estados, tras diferencias básicas que deben irse reduciendo a través del estudio sociológico del derecho internacional, conforme a las postulaciones de Max Huber. El Estado aísla unos grupos humanos nacionales de otros, o bien, sirve de estrecho cauce para canalizar las relaciones entre seres humanos. En ocasiones, el Estado puede equipararse a un comportamiento estanco, cuya comunicación con otros compartimientos de la misma naturaleza se realiza sólo a base de conductos muy angostos, impidiendo la relación directa de pueblo a pueblo, de sociedad a sociedad. De ahí que sea tan importante la teoría que se ocupe de la interacción entre las relaciones interestatales y las interhumanas.

La teoría sociológica, bien entendida, resulta una teoría funcional y útil, pues sin abandonar el normativismo busca formular relaciones funcionales uniformes entre las fuerzas económicas, políticas, sociales, psicológicas y otras, que determinan el contenido actual y la operación de las normas legales —y que a su vez, no dejan de estar determinadas por estas últimas— y las propias normas jurídicas. Estas relaciones sirven para iluminar sobre el sentido y el alcance de cada norma particular de derecho, así como para cualquier fundada reforma a los sistemas legales.

(Sobre la escuela sociológica del derecho internacional: Alvarez, Alejandro, *Le Droit International Nouveau*, París. 1960; Brierly, J. L., *The Law of Nations*, 6th. Edition By Waldock, Oxford, 1963; Corbett, Percy E.,

The Study of International Law, 1955; De Visscher, Ch., - Theories and Realities of International Law, Trad. por -- Corbett, Princeton, 1968; Huber, Max, Gesellschaft und - Humanität, 1948; Jenks, C. F., The Common Law of Mankind, London, 1958; Morgenthau, H., Politics Among Nations, - - 3ed. Edition, Chicago, 1960, pp. 275-325; Schindler, D., Recht, Staat, Völkergemeinschaft, Berlin, 1948; Stone, -- J., "Problems Confronting Sociological Inquires Concerning International Law", Recueil des Cours, Núm. 89, 1956, pp. 63-180, y Legal Controls of International Conflicts, New York, 1959, pp. 36-66; Schwarzenberger, G., y Keeton, G. W., Making International Law Work, 1946, pp. 172 y - ss.)

Las reflexiones que surgen después de esta excursión por la doctrina internacionalista y contemporánea - llevan a la conclusión de que en el fondo de todas las tesis existe un grado de verdad, y que mucho auxiliará el progreso de la ciencia del derecho internacional si la doctrina cooperase y unos bandos y otros no se guardasen tan ostensible hostilidad. Nada hay que impida la conjugación armoniosa de los métodos analítico, jusnaturalista y sociológico, en servicio de un desarrollo sano de nuestra disciplina. Es necesaria una urgente reconciliación de la doctrina para garantizar la supervivencia del derecho de gentes.

Es cierto que la doctrina no puede alterar decisivamente el curso de los acontecimientos, pero puede asumir una función muy estimable y plena de responsabilidad en la guía y promoción de un orden legal enraizado en la libertad, fundado en la justicia y dedicado al mantenimiento de la paz. Por ello parece menester quizá una nueva mentalidad, que no intente sólo inyectar a un sistema inerte con levaduras de elementos dinámicos, pues ello no es bastante. Lo que se requiere es un sistema enteramente nuevo, que no huya de la omnipresente realidad, y que no pierda de vista, en ningún momento, la universalidad de los problemas humanos. Sólo así la doctrina puede volver a ser fecunda, como fue la de los teólogos juristas - del Siglo de Oro.

El fundamento del derecho internacional moderno. A esta altura resulta necesario proporcionar las bases so  
bre las que pensamos que descansa el derecho de gentes.

Sólo en la idea de comunidad jurídica de Estados puede encontrarse la esencia y la propia naturaleza del derecho internacional. Mas no una comunidad que formen los Estados por medio de su voluntad, sino una comunidad establecida por la razón misma de las cosas; por el principio de solidaridad humana, por nexos sociológicos, en fin, por la necesidad histórica. El hecho es que tal comu  
nidad de interés y de funciones existe, y la idea de dere  
cho internacional debe referirse forzosamente a ella y no a la voluntad de los Estados individuales. La comunidad internacional, por sí misma, ya presupone valores hacia donde debe orientarse el derecho, tanto el interno cuanto el internacional. O, como lo ha expresado lúcidamente Lau  
terpacht:

"La opinión de que tal comunidad existe no está confinada a los modernos críticos de la soberanía del Estado. Hacia fines del siglo XIX fue claramente expresada por Westlake, que vio en el hecho de la existencia de la comunidad internacional las bases verdaderas del derecho internacional. Fue declarado en el mero umbral del derecho por Grocio: *hæc vero... societatis custodia, humano intellectui conveniens, fons ejus juris, quod proprietati nomine appellatur* (De jure belli ac pacis, Prolegomena, 8). Fue expresado por Christian Wolff, en el primer intento científico para poner la fundación legal de la civitas maxima, cuando se refería al jus gentium voluntarium que se deduce, no ex factis gentium, sino "ex fine civitatis maximæ quam perinde ac societatem inter omnes homines instituit ipsa natura ut in jus istud consentire debeant gentes" (Jus gentium, Prefacio). Lauterpacht, op. cit., pp. 422-423.

Pero aún así, es necesario aclarar que el derecho internacional, pese a la gran función que desempeña, no es una panacea, como lo ha dicho con atingencia Brierly, y como tal, debe ser tratado con moderación y naturalidad. Deberá evitarse tanto el excesivo optimismo como el pesimismo destructivo.

## 5).- DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

### a).- Las doctrinas

En esta cuestión de las llamadas "relaciones" entre el derecho interno y el internacional surge de nuevo el drama de las doctrinas conflictivas, y ello resulta natural porque en el campo de la aplicación o de la efectividad del derecho de gentes en el ámbito interno del Estado vuelven a plantearse todos los problemas de la validez y de la naturaleza y esencia del orden jurídico internacional. Parece que el problema ha sido trasladado de un campo a otro solamente. En realidad, el debate se reduce a una cuestión práctica, la relativa al valor que debe darse, en el interior del Estado, a las normas del derecho internacional, sean tratados, sean reglas consuetudinarias, sean sentencias internacionales.

Teoría Monista Interna. Sostiene esta posición que no hay más Derecho que el Derecho del Estado. Jellinek (supra) en el exponente de mayor valía en este grupo. También Wenzel (Juristische Grundprobleme) es de los corifeos.

Para ellos, el derecho internacional es sólo un aspecto del derecho estatal. Es el conjunto de normas que el Estado emplea para conducir sus relaciones con los demás pueblos, y para diferenciarlo, podría ser llamado "Derecho Estatal Externo". Aun éste debe subordinarse, en caso de conflicto, al derecho interno. Debe privar siempre el último.

Teoría Dualista. Mejor fortuna tuvo la tesis dualista. Triepel es el iniciador de ella, al ocuparse de la Vereinbarung (supra). Mantiene esta teoría que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados, entre los cuales falta toda relación sistemática. Las fuentes de ambos derechos son enteramente diferentes: una es la voluntad común de los Estados (Vereinbarung); la otra es la legislación interna.

Anzilotti lleva más adelante la posición dualista. Indica que el derecho internacional no puede aplicarse a la conducta de los individuos dentro del Estado. A los individuos no les afecta el tratado. Por lo demás, el derecho internacional vale dentro del Estado sólo cuando se "transforma", esto es, cuando el Estado lo "admite" o "incorpora" dentro de su propio sistema legal (Curso, - pp. 47-59).

La teoría dualista puede sintetizarse expresando que existen diferencias entre un orden jurídico y otro: - a) en cuanto a las fuentes, porque uno se genera por el proceso legislativo interno y el otro surge de la costumbre y de los tratados; b) por lo que se refiere a las relaciones que regulan, pues el Derecho de Gentes rige relaciones entre Estados, miembros de la comunidad internacional, y el interno regula las de los individuos, y c) también en lo que toca a la substancia, pues el derecho interno es la ley de un soberano sobre los individuos y el derecho internacional es un derecho entre los Estados, -- mas no encima de ellos.

Teoría Monista Internacional. También llamada - de la "supremacía del derecho internacional", propugna esta tesis por la superioridad del derecho internacional sobre todo derecho estatal. Kelsen, Kunz, Verdross, Scelle, Lauterpacht, etc. En sus aspectos más radicales (Scelle, el primitivo Kelsen) niega la posibilidad jurídica de un derecho interno que se oponga al internacional. Resultaría nulo ab initio.

En los tiempos modernos se ha dulcificado esta - postura, para caer en un "monismo moderado", que tiene algunos puntos de contacto con el dualismo. Por ejemplo, - en la afirmación de que el derecho estatal que se oponga al derecho internacional no es nulo, y obliga a las autoridades, pero difiere de aquélla en que tal hecho carece de importancia jurídica, porque en cualquier momento, y - conforme al derecho internacional, se puede exigir responsabilidad al Estado en donde se observa este hecho.

b).- La práctica de las naciones

Consistentemente se afirma que la práctica de -- los Estados, por lo menos hasta el fin del siglo pasado, se orientaba hacia un monismo nacionalista, esto es, a -- considerar que el derecho internacional es sólo derecho -- del Estado y que vale en tanto éste lo reconoce. Pero un examen detenido revela: a) que al actuar los países no se guiaban por la consideración de comparar al derecho inter nacional con el derecho interno; b) que la jurisprudencia no se propuso, en lo general, establecer la diferencia en tre un orden y otro, sino sólo resolver una cuestión espe cífica planteada, y que, por lo mismo la materia resulta sólo incidentalmente tratada, y c) en última instancia, - se advierte el reconocimiento implícito de que el orden - jurídico internacional es de envergadura superior, o de - que existe monismo, esto es, un sistema que comprende dos órdenes jurídicos interconectados de manera íntima.

Por su orden examinaremos la jurisprudencia in-- terna de los países, que es creadora de la costumbre inter nacional: luego veremos cómo este problema ha sido resuel to en los tribunales internacionales, y más tarde, los or denamientos de las diferentes naciones donde se trata la materia. Por separado se hará referencia particular a -- nuestro país.

La Jurisprudencia Interna. Son los países sajo nes, Inglaterra y los Estados Unidos, desde hace mucho -- tiempo, los que han aportado mayores luces jurisprudencia les a esta cuestión. Desde un principio priva la regla - internacional law is a part of the law of the land. (El Derecho Internacional es parte del derecho del país.)

La primera inferencia aparece en el caso Triquet vs. Bath (1764, resuelto por Lord Mansfield), en la Gran Bretaña, en donde se debatía un problema de inmunidades - diplomáticas, y en cuya sentencia se afirmó este princi pio, fundándose --sin saberlo-- en una vieja tesis de - - Zouch. Por cierto, se le concede la paternidad a Lord - Talbot, un famoso juez de esa época. El asunto Emperor - of Austria vs. Day y Kossuth (1861), decidido también en Inglaterra, que contiene el mismo principio informando la resolución, es muestra de que existía la misma concepción en el siglo XIX.

En los Estados Unidos se debe al famoso juez de la Suprema Corte, J. C. Marshall, la presencia del mismo principio internacional law is a part of the law of the land en varios importantes asuntos que vinieron a la jurisdicción de ese tribunal. En 1804, en el caso de un na vío capturado, el Charming Betsy, dijo:

"Una ley del Congreso no debe nunca interpretarse en el sentido que viole el Derecho Internacional si queda alguna otra posible interpretación."

y más tarde, en 1815, en el asunto del Nereida, el mismo juez Marshall, resolvió:

"Si fuera la voluntad del gobierno aplicar a España una regla con respecto a capturas igual a la que se supone que España nos aplicaría, el gobierno manifestaría esa voluntad expediendo una ley para tal propósito. Mientras esa ley no se expida, la Corte está obligada por el Derecho Internacional, que es parte del derecho del país."

A todo lo largo del siglo XIX, los Estados Unidos continuaron resolviendo judicialmente que el derecho internacional formaba parte del derecho nacional. Ejemplo, el caso Hilton vs. Guyot, y el célebre caso Scotia (1871).

A la vuelta de la presente centuria se sostuvo el mismo principio. En el Paquete Habana (1907) la Corte Suprema norteamericana confirmó: "El derecho internacional es parte de nuestro derecho." Pero la jurisprudencia se fue inclinando hacia la supremacía del derecho de gentes. En el asunto Mc. Leod (1913) la Corte Suprema reiteró: "El estatuto debe interpretarse a la luz del propósito del gobierno de actuar dentro de la limitación de los principios del derecho internacional." Todavía más lejos se va en el caso del Lusitania (1918), en el cual un tribunal federal de los Estados Unidos sostuvo: "Los tribunales de los Estados Unidos reconocen la fuerza obligatoria del derecho internacional."

En Inglaterra hubo un desvío momentáneo de la tesis clásica, pues se resolvieron dos pleitos tratando de colocar el ordenamiento interno por encima del derecho internacional. En el del Franconia (Regina vs. Keyn, 1876), en el que se buscó aplicar una ley interna a un barco extranjero cruzando por el mar territorial, habiéndose deseñado el asunto sólo por falta de la ley interna, y en el de Mortensen vs. Peters (1906) en donde se determinó que las leyes inglesas se aplicaban más allá de los límites del mar territorial, aun si existía una norma contraria de derecho internacional consuetudinario, pero fue tan en debe el fallo que el Ejecutivo británico canceló la multa impuesta al danés Mortensen por la resolución expresada. Empero, en la interesante sentencia de West Rand Central Gold Mining vs. The King (1905) se volvió a reafirmar brillantemente la doctrina clásica. Y en otra ocasión, el Comité Judicial del Privy Council de la Gran Bretaña determinó que el derecho internacional por lo menos superaba a una Orden-in-Council del Rey. Al conceder la apelación en el caso del Zamora (1916), un barco sueco hecho presa marítima, dijo: "Si el tribunal ha de decidir judicialmente de acuerdo con lo que cree ser el derecho internacional, no puede, ni aun en casos dudosos, recibir directrices de la Corona, que es parte en los procedimientos. El tribunal debe determinar cuál es el Derecho de acuerdo con su mejor criterio, y su opinión, aun obtenida con vacilación, debe prevalecer sobre una orden del Ejecutivo. Sólo de esta manera puede llenar su función como Tribunal de Presas y justificar la confianza que otras naciones han tenido hasta ahora en sus decisiones."

La Jurisprudencia Internacional. Para los tribunales internacionales existe sólo la supremacía del derecho de gentes, y el derecho interno no puede abrogarlo ni limitarlo.

En un famoso asunto decidido por la Comisión Especial de Reclamaciones Mexicano-Francesa, el año de 1928, el de Georges Pinson, que por cierto, constituye un profundo estudio de instituciones de derecho internacional tales como interpretación de tratados, gobiernos de facto, fuerzas revolucionarias, la equidad en tribunales internacionales, la prueba y su valuación por los mismos, concepto de daños y perjuicios ante los mismos cuerpos, se dijo ca tegóricamente:

"Se debe a una confusión entre dos hipótesis diferentes, a saber: la preexistencia de una disposición constitucional que prohíbe al gobierno - aprobar o ratificar tratados que van en contra de alguna disposición, y el de la promulgación de una norma constitucional que va en contradicción con un tratado existente o con una regla consuetudinaria del Derecho Internacional. En el primer caso es dudoso que el tratado pueda considerarse como válido, porque los órganos constitucionales se exceden de los límites que la Constitución les señaló, y en el segundo, bajo la hipótesis de la preexistencia de tratados o de reglas de derecho consuetudinario, este mismo hecho impediría absolutamente al Estado promulgar disposiciones constitucionales contrarias a dichos Tratados o reglas... El mero hecho de la existencia de un tratado previo o de normas de Derecho Internacional constituye un absoluto impedimento para que el Estado promulgara disposiciones constitucionales en conflicto con las normas del Derecho Internacional. La simple existencia de las últimas implica una restricción correspondiente en la soberanía del Estado."

*La Réparation des dommages.* - Paris, 1933, - pp. 72-73.

La posición no puede ser más excelentemente formulada. Clara y precisamente se establece la regla.

Al resolverse el asunto de la reclamación de Schufeldt por un tribunal arbitral, para terminar una controversia entre Guatemala y los Estados Unidos, se repitió - un principio internacional conocido:

"Es un principio establecido de Derecho Internacional que un soberano no puede esgrimir su propio derecho interno como un obstáculo para impedir una reclamación internacional."

July 24, 1930. Schufeldt Claim. Sir Herbert Sisnett, Arbitrator.

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, invariablemente relegó el derecho interno a costa del internacional. En el Caso Referente a Ciertos Intereses en la Alta Silesia (1926) sentenció:

"Desde el punto de vista del Derecho Internacional y del Tribunal que es su órgano, las leyes internas son meros hechos que expresan la voluntad y constituyen la actividad del Estado, de la misma manera que lo hacen las sentencias judiciales o las medidas administrativas" (Serie A, núm. 7, Mayo 25 de 1926).

El mismo cuerpo judicial, al rendir, conforme al Estatuto, un dictamen jurídico sobre el asunto de las Comunidades Greco-Búlgaras, en 1930 (Serie B, núm. 17), reafirmó las normas al decir: "Es un principio generalmente aceptado en derecho internacional que en las relaciones entre las potencias que son partes en un tratado, las normas del derecho interno no pueden prevalecer sobre las establecidas en el tratado."

Nuevamente el Tribunal Permanente, en otro dictamen de 1932, el relativo al tratamiento de los nacionales polacos, mencionó que un Estado no puede alegar contra otro Estado lo establecido en su Constitución con el fin de incumplir obligaciones internacionales que se deriven del Derecho de Gentes o de los tratados que lo obligan (Serie A/B, núm. 44, Feb. 7 de 1932).

Tratados. También en esta materia ha habido oportunidad de contrastar al derecho interno con el derecho internacional, con la prevalencia de este último. En algunos pactos internacionales se dispone un mecanismo para prevenir la imposibilidad de incumplimiento de ellos por haber una norma interna que conflicte. Suiza ha sido parte en varios de ellos, con Alemania en 1921, con Hungría en 1924, con Francia en 1924 y con Italia en 1925. Todos ellos contienen una cláusula así:

"Si el Tribunal Permanente de Justicia Internacional encuentra que la decisión de un tribunal u otra autoridad de alguno de los Estados contratantes está del todo o en parte en discre-

pancia con el Derecho Internacional, y si el derecho constitucional de ese Estado no permite o permite inadecuadamente la nulificación de esa decisión por procedimientos internos, la parte perjudicada deberá ser recompensada satisfactoria y equitativamente en otra forma."

Los Ordenamientos Nacionales. El número de ordenamientos nacionales que contienen disposiciones por las cuales se reconoce el monismo de los derechos y se busca adecuar el sistema jurídico interno con el orden internacional, ha ido en gran aumento desde la Paz de Versalles, pero acentuándose mucho más después de la post-guerra II, y ello indica ciertamente una tendencia bien firme. Mencionaremos las más importantes.

Francia. La Constitución Francesa de 28 de septiembre de 1946 es altamente reveladora de esa tendencia. En el Preámbulo se proclama que Francia, fiel a su tradición, observa las reglas del Derecho Internacional. El artículo 26, por otra parte, textualmente dice: "Los tratados diplomáticos regularmente ratificados y publicados tienen fuerza de ley, aun en el caso de que fueran contrarios a las leyes internas francesas y sin que haya necesidad para asegurar su aplicación, de otras disposiciones legislativas, de aquéllas que fueren necesarias para asegurar su ratificación." La Constitución de 1958 (art. 55) va más lejos, ya que ella confiere al tratado "publicado" una autoridad superior a la de las leyes.

República Occidental Alemana. Había ya en este país un claro antecedente, el artículo 40 de la Constitución de Weimar ("Las normas reconocidas del Derecho Internacional deben ser consideradas como partes integrantes del Derecho Federal Alemán") y por ello no es de extrañar que se reiterara el principio aun con mayor fuerza. El artículo 25 de la Constitución de 8 de mayo de 1949, indica: "Las normas generales del Derecho Internacional constituyen parte integrante del derecho federal. Tienen preeminencia sobre las leyes y crean derechos y deberes inmediatos para los habitantes del territorio federal."

República Democrática Alemana (Oriental). Aun cuando parezca extraño, también este pueblo tiene consignado en su ordenamiento constitucional una disposición si

milar a las que hemos señalado. "El poder estatal y todos los ciudadanos deben sujetarse a las normas universalmente reconocidas del Derecho Internacional. El poder estatal tiene la obligación de mantener y garantizar relaciones amigables con todos los pueblos. Ningún ciudadano puede participar en acciones de guerra que tengan como objeto la agresión de un pueblo." Artículo 52 de la Constitución de 19 de marzo de 1949.

Bélgica. El artículo 68 de la Constitución de 1831 reformada, determina que los tratados aprobados, promulgados y publicados tienen fuerza de ley, y las normas del Derecho Internacional general se consideran aceptadas en Bélgica, excepto prueba en contrario.

Suiza. La educación del ordenamiento suizo al orden jurídico internacional, en particular a los tratados, es automática. Las normas generalmente reconocidas del Derecho Internacional son consideradas parte integrante del Derecho Federal y los tratados dan origen a normas internas que no son derogables por una ley.

España. La técnica observada en la redacción del artículo 7 de la Constitución Española de 1931, pone de manifiesto que quienes incluyeron esta norma conocían bien su tarea. Ella disponía: "El Estado Español acatará las normas universales del Derecho Internacional, incorporándolas a su derecho positivo."

Italia. Con una técnica diferente, pero apuntando a los mismos objetivos, la Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947 provee en su artículo 10: "El ordenamiento jurídico italiano se conformará a las normas generalmente reconocidas del Derecho Internacional."

Irlanda. "Irlanda acepta los principios generalmente reconocidos del Derecho Internacional como sus reglas de conducta en las relaciones con los otros Estados." Constitución del 29 de diciembre de 1937, Artículo 29, - Núm. 3



Un tercer aspecto de esta cuestión tiene que ver con los casos en que el tratado internacional precisa de actos legislativos formales y materiales (p. ej. las leyes del Congreso o del Parlamento) para que puedan incorporarse a la legislación doméstica. Es en esta área donde surgen los problemas de antítesis entre el derecho internacional contenido en el tratado y el derecho local. Por cierto, es aquí donde las pugnas que pudieran surgir se han exagerado injustamente por la doctrina, sin examen analítico alguno. En primer término, los casos de colisión que registra la literatura internacional son bien escasos frente a los miles y miles de tratados que cotidianamente se aplican. En segundo lugar, si el tratado por virtud del acto legislativo se convierte en ley doméstica, ya el conflicto no será entre el pacto y una ley, sino entre una ley interna y otra ley también local. (Véase el estudio de este autor, "La Autoridad de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno", en Boletín del Instituto del Derecho Comparado, México, número 45, III, - - 1962, pp. 511-519, donde se examina la práctica de 16 naciones.)

c).- La práctica mexicana.

La primera Constitución Política de México en 1824, hubo de copiar, en razón del gran prestigio que alcanzó pronto ese país y en no poca parte por la propaganda e inducción del mismo, a la Constitución de los Estados Unidos de 1787, en algunas materias, incluyendo el sistema de organización gubernamental. De ahí que el artículo VI, párrafo 2 de esa Carta aparezca más o menos reproducido en el 161 de la Constitución Mexicana de 4 de octubre de 1824:

"Art. 161.- Cada uno de los Estados tiene obligación... 1) De cuidar y hacer cuidar la Constitución y leyes generales de la Unión y los Tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la Federación con alguna potencia extranjera."

Aun cuando resulta rara la inserción de esa disposición, porque no existía imperativo ninguno para aceptar la supremacía de los tratados, y ni siquiera se contempla la posibilidad próxima de realizarlos, fue bien recibida, ya que en ninguna parte se percibe crítica hacia ella.

Y la mejor confirmación de esto está en que el constituyente de 1857, al redactar la Constitución Mexicana de mayor prestigio incluyó en el artículo 126 de esta Carta, un texto más similar todavía a la disposición constitucional norteamericana:

"Art. 126.- Esta Constitución, las Leyes que emanen de ella, y todos los tratados hechos y -- que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley su prema de toda la Unión."

No podríamos menos que criticar la ligereza y -- falta de precaución del Congreso Constituyente de 1917, que en materia internacional copió descuidadamente algunas disposiciones de la de 1857 que ya habían sido objeto de reformas orgánicas y estructurales en el intervalo o -- que resultaban anacrónicas simplemente. En el capítulo -- de facultades del Presidente (Art. 89, fracciones IX y X) por ejemplo, se dejó la "ratificación" (sic) de los trata dos del Congreso, cuando por otra parte se le dio esa -- atribución al Senado; se atribuía al Presidente la facultad de conceder patentes de corso, cuando que México es -- parte de la Declaración de París de 1856 ("Queda abolida para siempre el corso") desde el 1º de abril de 1909: en el artículo 133 se volvió a hablar de "aprobación" del -- Congreso, etc.

Entre las numerosas reformas que precisó la Constitución Mexicana de 1917 estuvo la del artículo 133 del año de 1934 y quedó definitivamente:

"Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente -- de la República, con aprobación del Senado, se-- rán la Ley suprema de toda la Unión."

(La parte en cursivo es nueva.)

Naturalmente, el artículo que, como se percibe, deriva de la Constitución Norteamericana, genera los mismos problemas que la disposición correspondiente ha produu

cido en los Estados Unidos. Sólo que aquí la importancia de los asuntos ha sido mucho menor, y la jurisprudencia - al respecto en ningún caso llega a analizar las causas de conflicto, si hay alguno, o de la conformidad del ordenamiento interno, si ella existe. Se ha concretado a expresar directivas muy generales, y no puede decirse ciertamente que posea autoridad sobre el punto.

Por ejemplo, al resolverse por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 1920, el caso de Ben Gordon (Jacob Luban), quien pedía la suspensión de los efectos de un tratado de extradición, se dijo escuetamente:

"La Sociedad y el Estado están interesados en el exacto cumplimiento de los tratados internacionales, por lo que no es de concederse la -- suspensión contra los actos de ejecución de esos tratados" (6 de enero de 1920, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VI, Quinta Epoca, p. 43).

Sin aclarar mucho el campo, otra sentencia de la Suprema Corte en el asunto de Francisca Peyres Vda. de -- Bell, expresó:

"Las estipulaciones contenidas en los tratados celebrados con las potencias extranjeras tienen fuerza de ley para los habitantes del país." (8 de marzo de 1928.) S. J. de la F., Tomo XII, p. 576.

Algo más tarde, en ocasión a un tratado que al parecer resultaba en contradicción a la Constitución, fue sentenciado por el mismo Tribunal:

"Es inconcuso que no puede autorizarse la celebración de tratados que alteren las garantías individuales, por motivo del interés público." Alcérreca Vda. de García del C., Dolores. S. J. de la F., Tomo XIX, p. 142.

En época reciente, la aplicación de un tratado - motivó algún movimiento en la jurisprudencia. El 29 de ju nio de 1937 entró en vigor entre México y los Estados Uni dos una Convención para la Recuperación y Devolución de -- Vehículos de Motor, cuyo artículo II establecía:

"Siempre que el Gobierno de los Estados Uni dos de América, por medio de su Embajada en México, lo solicite de la Secretaría de Relaciones - Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos, esta Alta Dependencia empleará todos los medios apropiados para lograr la detención de los vehículos de motor, etc... Una vez que haya sido detenida la cosa y siempre que no exista prueba concluyente que contradiga... será entregada ala persona o personas que con tal fin hubiese designado la Embajada de los Estados Unidos de América en México."

Para establecer una regulación uniforme sobre la clase de documentos necesarios para requerir la entrega, se expidió, por el Ejecutivo, un decreto que venía a reglamentar la Convención. En los años posteriores a la -- Guerra Mundial II, el gobierno mexicano realizó la aplicación del tratado por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual, tras de requisar los vehículos - con la ayuda de la Procuraduría General de la República, señalaba un plazo para que el supuesto dueño mexicano presentase prueba que contradijese la evidencia presentada - por el otro gobierno, y naturalmente, en todos los casos, determinaba la entrega conforme al Convenio.

Hubo con tal ocasión la oportunidad de numerosos juicios constitucionales de amparo, alegando violación de garantías, porque no se cumplía en esos procedimientos -- con el derecho de audiencia y el del mínimo procesal. Na turalmente, muchos juicios de éstos fueron sobreesididos, por que estaban dirigidos contra el tratado, alegando inconstitucionalidad del mismo (técnicamente, un juez de Distrito no puede amparar contra un pacto internacional) o bien contra el Decreto de 1938, mencionado arriba, que en sí - mismo no contiene violación constitucional. Los mejor - enderezados iban contra los actos de la Secretaría de Relacio nes y de la Procuraduría General.

Empero, había la intención de cumplir con el pacto, y por lo general, se negaba la protección a los quejosos. Por ejemplo:

"Las estipulaciones contenidas en los tratados celebrados con las potencias extranjeras tienen fuerza de Ley para los habitantes del país." II Conde, Manuel E. 26 de junio de 1950, S. J. de la F., Tomo CIV, p. 2243, y Hernández del Valle, Vinicio, S. J. de la F., Tomo CXVII, p. 987.

Pero en fecha cercana (1953-1955) la Suprema Corte decidió un grupo de amparos estableciendo que con los métodos de la Secretaría de Relaciones se violaban las garantías constitucionales. Mas la Secretaría indicada ha estado en imposibilidad de cumplir la sentencia, porque en muchas ocasiones los vehículos ya estaban en poder del vecino gobierno, lo cual trae un problema de jurisdicción interna mexicana.

Esto es un ejemplo de que a veces el descrédito de la supremacía del derecho de gentes proviene de falta de técnica para garantizar el buen cumplimiento de los pactos en el ámbito interno del Estado. En el caso de esta Convención de Vehículos Robados, no hubo la previsión necesaria para que el país legislara de manera tal que la Convención encontrara una correcta aplicación en el ámbito estatal mexicano. Además, en cualquier momento puede suplirse el defecto dictando disposiciones legislativas que vuelvan constitucional el sistema utilizado para recuperar y devolver los vehículos y si no se ha hecho es porque la consideración política implícita debe ser bastante poderosa.

El examen de la práctica mexicana revela que no ha existido ninguna norma que trate de limitar el cumplimiento de un tratado internacional, ni la jurisprudencia mexicana se ha encaminado, en caso alguno, a colocar a la Constitución por encima de los tratados. También es cierto que el Estado Mexicano ha cumplido con toda fidelidad sus obligaciones resultantes del orden jurídico internacional, aun cuando con ello se afecten algunos intereses internos. La consecuencia lógica es, pues, que en lo general ha privado el Derecho Internacional por encima del orden estatal mexicano.

d).- Sumario.

De lo que se ha explicado sobre esta materia se pueden deducir algunas conclusiones generales.

a).- Una norma posterior deroga al tratado a que se refiere, porque se presume que el cuerpo legislativo tuvo a su alcance los datos necesarios para formular su determinación. La responsabilidad internacional que su giere recae en el Ejecutivo;

b).- En casos dudosos, el derecho nacional debe interpretarse en el sentido más favorable al derecho internacional. Se sobreentiende que el legislador no intenta legislar en conflicto con el derecho internacional. Si se trata de una ley que complementa o interpreta un tratado, debe dársele una hermenéutica amplia, pues se presume la lealtad del Estado a los pactos;

c).- Un tratado posterior deroga las leyes precedentes que se le opongan, pero vale lapena aclarar que no se trata de una auténtica abrogación, sino que ocurre que en los casos de aplicación concreta y específica del pacto se prefiere en ese momento la norma del tratado a la norma interna, pero la ley permanece incólume en todos los demás casos;

d).- Los tribunales de los países han observado, en lo general, cierta reverencia a los tratados y han procurado encontrar siempre la interpretación más favorable al pacto en los casos en que aparece alguna pugna con el derecho local;

e).- Una convención firmada en contravención a las normas constitucionales de un país, no es válida conforme al propio Derecho Internacional, y

f).- La norma interna que entre en conflicto con el derecho internacional, sea consuetudinario, sea convencional, no tiene validez en un tribunal internacional.

El comentario que resulta de todo lo anterior -- es, primero, que no existe esa dramática oposición entre reglas internas y derecho de gentes, como nos lo habían hecho creer los tratadistas, y segundo, que los Estados actúan en lo general conforme a un monismo moderado. Cuando lo han hecho siguiendo lo que pudiera entenderse como dualismo, los países han actuado por razones meramente prácticas de la ocasión, y no por consideraciones de principio. Ello, además, pudo deberse a desconocimiento de la función del orden jurídico internacional, a espíritu simplemente nacionalista, o a comodidad.

Las limitaciones que existen o que han existido para la operación del derecho internacional en la esfera interna se deben a la carencia de un sistema para lograr una adecuación práctica e instantánea de las normas de -- aquél, y la falta de flexibilidad del mecanismo interno, aun en los casos en que existe conciencia internacionalista del órgano estatal. Tal hecho no mengua la efectividad del derecho de gentes, porque aun en el propio derecho interno surgen frecuentemente conflictos de aplicación de normas superiores, como en el caso del sistema federal, aun cuando los recursos son inmediatos y abundantes.

En síntesis, se advierte, como indica Lauterpacht, un "estado intermedio" hacia la supremacía del derecho internacional. Los signos son manifiestos. Invariablemente los Estados se preocupan por no aparecer como violadores frente a los otros Estados, y se han sentido obligados, además, a proporcionar, en su ley fundamental normas para garantizar la supremacía del Derecho Internacional. Es claro que al irse logrando una integración mejor y más universal de la comunidad jurídica internacional, tal supremacía se afianzará más y más.

## 6.- SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL

El vocablo "soberanía" ha jugado un papel demasiado importante en la teoría política y en la doctrina del derecho internacional. Pero, desgraciadamente, el contenido de esa palabra ha sido oscurecido y deformado las más de las veces. Como dice con fortuna Ross (op. cit., p. 34) no sólo sucede que hay tantas definiciones del tér

mino "soberanía" como hay autores, sino que no hay acuerdo sobre cuál es el objeto buscado por este concepto en el derecho internacional.

Para hacer una crítica científica de la "soberanía" habría que exponer naturalmente todas las definiciones de ese término y dirigir contra cada una de ellas las objeciones que procedieran. Pero ello podría hacerse en un tratado especialista y no en este texto, donde sólo me sujetaré a mencionar los lineamientos generales del problema y a ofrecer una solución práctica.

Cuando se decía, en la Edad Media, que el príncipe era "soberano" era porque sus súbditos no podían apelar a una autoridad más alta. Pero es hasta el siglo XVI, con Bodino, cuando se construye sistemáticamente el concepto. Pedrosa cita algunos textos por los que se prueba que se usaba la palabra antes de Bodino (op. cit., p. - - 125), pero reitera que, en realidad, la soberanía es una característica esencial del Estado moderno.

En efecto, la presencia del Estado moderno, centralizado y burocrático, hubo de dar nacimiento a una concepción nueva de ese poder, la cual surge con Juan Bodino (*Les Six Livres de la République*, París, 1576), quien, para designar ese fenómeno, dice:

"La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une République que les latins appellent maiestatem."

Libro I, Cap. 8

En Bodino, soberanía y poder de hacer la ley son una misma cosa. Ello resulta además, inherente a una persona; el príncipe. Bodino es un observador de los hechos, no es un teorizante. Notó él primero que ya había una noción esencial nueva en la organización política: la idea de supremacía del gobierno nacional o central sobre el sistema descentralizado feudal de la Edad Media; el criterio de que debe haber una única fuente de toda ley. La teoría de Bodino debe considerarse como constituyendo el primer paso en la dirección de la autoridad central o nacional, trayendo el orden al caos medieval. La soberanía en

él, es la fuerza de cohesión, de unión de la comunidad -- política, sin la cual ésta se dislocaría.

En la doctrina de Bodino, como es bien sabido, no se piensa en un soberano irresponsable, desligado de cual quier norma y arbitrario, sino en un príncipe que esté su jeto al Derecho, no sólo al que él hace, sino también a la ley divina, al derecho Natural, y a las leyes fundamen tales del reino.

Pero el pensamiento de Bodino habría de ser defor mado malamente por autores que lo emplearon para probar - que los Estados, por su naturaleza, están encima del Dere cho, que son omnipotentes, llegando con ello a desafortu nadas consecuencias. En efecto, la aparición de Estados absolutistas rompió con la noción tradicional, presente - en Bodino, de que el príncipe estaba limitado por normas, y para poder explicar dialécticamente la nueva situación, los escritores identificaron a la soberanía con el poder absoluto, con la omnipotencia.

Así Hobbes, tres cuartos de siglo más tarde, en fáticamente mantiene que el poder soberano debe ser tan - grande como los hombres se lo imaginen (Leviathan, Cap. - XX). Las consecuencias insatisfactorias de ello --apun ta Brierly-- fueron que se extrajo al concepto "sobera -- nía" del campo de la teoría jurídica para introducirlo en la ciencia política. Y naturalmente, hubo de buscársele un lugar a la soberanía, como si fuese una substancia con un cierto sentido místico para poder explicar, más o menos convincentemente, por qué es posible deducir de la "sobera nía" un cierto número de derechos "soberanos".

Fue por una derivación de esta tendencia por lo que la "soberanía nacional" fue proclamada solemnemente por los Estados Generales de Francia en 1789, no como teo ría, sino como una presente realidad. Consecuentemente, y puestos ya en el camino de que la "soberanía" era una - substancia misteriosa, pero plástica, los teóricos de la Revolución Francesa identificaron a la soberanía con la - voluntad del pueblo, y así asumió la forma de "soberanía popular", que corriera con tanto éxito a lo largo del si glo XIX, y que informa nuestra Constitución Política - -- (Arts. 39, 41), y que produjera beneficios, puesto que -- condujo a la forma del "gobierno constitucional".

Hasta aquí la doctrina de la soberanía no había producido más daño que originar una gran confusión alrededor del término, porque en lugar de orientar el pensamiento político hacia una nueva teoría sobre la naturaleza del nuevo poder gubernador, se cambió sólo al titular de esa facultad mística, y se asignó al pueblo el poder de dar la ley y derogarla, pero el pueblo, en sentido técnico, no puede ser soberano, sino sólo la minoría (y ocasionalmente la mayoría) que gobierna.

No era de extrañar que más tarde surgieran doctrinas que desplazaran a la soberanía hacia otro sector, pues convenientemente esa nota del poder permitía su traslado. Cuando se buscaba la glorificación del Estado por razones históricas o políticas, fue natural que se le asignara esa esencia más para robustecer el concepto. Si se despoja a Hegel, por ejemplo, de su follaje y sus utopías, resulta un ecléctico, ya que en la idealización del Estado que él hace puede abstraerse el principio de la soberanía nacional tal como lo expresara la primera Constitución Francesa, la de 1791, y encontrarse también la deificación del monarca, a la manera de Bodipo, pero sin embargo la teoría hegeliana es de supremacía absoluta del Estado, esto es, ese poder misterioso, la "soberanía", se trasladó al Estado mismo.

Para Hegel, el Estado es la manifestación consciente de espíritu en el Mundo. Su fundamento es la razón absoluta, manifestándose, a sí misma como la voluntad del Estado, y por consecuencia, la voluntad del Estado es la absoluta soberanía, y es también la única fuente de toda validez legal.

Es cierto que las doctrinas de Hegel condujeron al *Rechtstaat*, o sea al Estado de Derecho o Estado "constitucional", pero no menos verdad es que sus tesis pavimentaron el camino para formas estatales autoritarias e inhumanas. Y a la vez, y es lo que aquí interesa, el resultado lógico de las posiciones derivadas de Hegel es la incompatibilidad del Derecho del Estado con el derecho internacional porque ¿cómo un Estado puede estar sujeto a este orden jurídico si al mismo tiempo su voluntad irrestricta es la suprema ley y, a la vez, la fuente de la ley?

Por esa razón hubo teorías que, como la de la autolimitación, y la *Veirenbarung* (supra) trataron de reconciliar las posiciones irreductibles, sin éxito.

El defecto principal de todas las tesis que se llevan examinadas es que estudian la soberanía desde el punto de vista interno del Estado, sin dar una ojeada siquiera al derecho internacional. La doctrina de la soberanía fue desarrollada en su mayor parte por teóricos políticos que no estaban interesados en las relaciones entre los Estados. Willoughby (*The Juristic Conception of the State*, A. P. S. U. Vol. XI, 1911, pp. 192-208) da cuenta de esta circunstancia:

"Aparece claro que la idea de soberanía, -- tal como se expone en el derecho constitucional, no puede encontrar un lugar adecuado entre las concepciones internacionales... En la esfera de las relaciones internacionales el término 'independencia' mejor que la 'soberanía' indicaría el hecho que, considerado desde el punto de vista del derecho positivo, el más completo individualismo prevalece en el campo internacional... Siendo esto así para construir una ciencia de las relaciones internacionales es necesario principiar con una concepción del Estado que corresponda a las condiciones a las que se aplica... Tan diferentes son estos dos campos del derecho constitucional y del internacional que sólo pueden resultar confusiones en el intento de emplear -- conceptos apropiados sólo para un campo en el -- otro campo. Parece especialmente deseable que el concepto estrictamente jurídico de 'soberanía', que constituye la idea fundamental de la ciencia jurídica constitucional no encontrará un acomodo permanente en la terminología internacional" -- (pp. 207-208).

Efectivamente, parece que la dificultad mayor -- consiste en pretender trasplantar, al orden jurídico internacional, un concepto que pertenece por entero a la teoría política del Estado. Entonces, y supuesto que la noción implícita primariamente en "soberanía" es superioridad, y que sólo podría ser una noción apropiada cuando se analiza la vida interna del Estado y no cuando se examinan las relaciones de Estado a Estado, puede pretenderse que el -

concepto "soberanía" sea reemplazado, en nuestra disciplina, por una noción más exacta, o bien, puede optarse por proporcionarle un contenido adecuado al vocablo, que vaya de acuerdo con el progreso actual de la doctrina internacional. Aunque esto último es lo más difícil, vale la pena intentar hacerlo.

Son varios los autores modernos que, desalentados por las dificultades del tratamiento, de la noción de soberanía, han propiciado su substitución por otro vocablo de connotación más favorable. Así, encontramos a Ross, - que propone su reemplazo por los conceptos de "auto-gobierno", "capacidad de acción" y "libertad de conducta", o sea, por los efectos más perceptibles de la soberanía - (op. cit., p. 44). Vista detenidamente, la cuestión viene a ser la misma, y sólo se cambia el todo por las partes.

Rousseau intenta que sea substituida por "independencia", entendiéndolo con ello la exclusividad de la competencia y la autonomía y plenitud de la misma como los tres elementos que integran la "independencia" (Rousseau, Ch., Droit International Public, Paris, Sirey, - 1953, pp. 90-92).

Pero, en realidad, con esta retirada no se obtiene éxito, porque "independencia", como lo señaló Westlake con maestría, es un concepto negativo. Por lo demás, la concepción no es nueva. Vattel, en el siglo XVIII, ya había implicado esto mismo al afirmar que "toda nación que se gobierna a sí misma bajo cualquier forma que sea, sin dependencia de ningún extranjero, es un Estado soberano" (Le Droit des Gens, I, Cap. I, párr. 4).

La verdad es que sólo dando un contenido adecuado a la soberanía del Estado se puede llegar a reconciliar la existencia de un Estado soberano con la presencia de un derecho internacional que regula las relaciones entre Estados. Y ello se logra con una implicación a la idea de comunidad internacional y a la función que desarrolla el Estado en esa comunidad. A mi entender, ello lo ha obtenido Heller.

La eficacia del derecho internacional, dice este autor, está fundada en la voluntad común de los Estados - y en la validez de los principios ético-jurídicos. Los Estados actualizan o positivizan los principios jurídicos - en preceptos jurídicos, los cuales, en su conjunto, forman los preceptos del derecho internacional. Y son los sujetos de este orden jurídico, libres, soberanos y jurídicamente iguales, los que formulan el derecho internacional.

Como todo derecho —prosigue en otra parte— - el internacional es producto de una comunidad de cultura e intereses que ningún político puede crear de manera artificial. Soberanía, entonces, viene a ser la capacidad de positivizar los preceptos supremos obligatorios para la comunidad. Su esencia es, en suma, la positivación —en el interior del Estado— de principios o preceptos jurídicos supremos determinantes de la comunidad.

"Decir que un Estado es soberano —mantiene— significa que él es la unidad universal de decisión en un territorio, eficaz en el interior y en el exterior."

Pedroso, que conoce profundamente a Heller, ha expuesto magistralmente por su parte:

"La soberanía no consiste en un grado superior de Poder. Ni siquiera en un monopolio de Poder por el Estado. El Poder es sólo un medio para el cumplimiento de la función soberana. Es esencia de la Soberanía no dejar sin resolver ningún conflicto de los que pudieran presentarse en el área de su jurisdicción" (op. cit., 124).

Solamente, pues, en un concepto "funcional" de la soberanía es posible encontrar la solución al problema, no en la concepción estática de la soberanía como adorno del Estado, o como esencia del poder. Así, deja de ser - un concepto metafísico y de misteriosa esencia y se convierte en una realidad dinámica.

De esa manera se destruye la decantada afirmación de que hay algo inherente a la naturaleza de los Estados —la soberanía— que hace imposible que estén sujetos al

Derecho. Y así, también, puede encontrarse la explicación fácil del derecho internacional como orden jurídico de antes soberanos a los que obliga.

Capacidad de crear y de actualizar el derecho, - tanto el interno como el internacional, pero obligación - de actuar conforme al derecho y responsabilidad por esa - conducta son las notas modernas de la soberanía del Estado.

Consecuencias prácticas de la soberanía: El concepto de soberanía, en la teoría política del Estado, significa, pues, omnipotencia. Pero esta noción sufre lógicamente cambios cuando cada una de esas entidades omnipotentes en lo interior entra en coexistencia con otras entidades semejantes, pues ninguna de ellas puede tener supremacía sobre las otras. Cada una, sin embargo, rehúsa naturalmente reconocer la autoridad superior de cualquier autoridad externa. Empero, todas ellas están dispuestas a aceptar las pretensiones de otras entidades a una posición similar, sobre bases de una cierta reciprocidad. Todo ello se traduce en unos cuantos principios fundamentales, que se enunciarán brevemente y que explican la convivenencia de seres independientes y soberanos:

1º Aun sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que le resulten aplicables y por los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

2º Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional, obligaciones internacionales adicionales - sólo con su consentimiento;

3º El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado, a menos de que estuviere limitado o exceptuado por normas del derecho internacional;

4º En ciertos y especiales casos, los sujetos de derecho internacional pueden pretender jurisdicción sobre cosas y personas afuera de su jurisdicción territorial, y

5º A menos que existan reglas que lo permitan, - la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción doméstica de otro sujeto constituye una ruptura del orden jurídico internacional.

(Schwarzenberger, Georg. A Manual of International Law, 4th Edition, Volume 1, pp. 58-59).

El problema se complica un tanto con la presencia de las organizaciones internacionales, porque aunque sea en corta medida las competencias, los poderes y las condiciones de su funcionamiento afectan o derogan el régimen normal de los Estados soberanos, a la vez que van creando un derecho situado un tanto encima de los sujetos del derecho de gentes.

Tan es así, que los propios Estados han querido precaverse de cualquier acción de las organizaciones, que pueda ir en contra del régimen interior de un sujeto miembro de ellas. Así el artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas establece:

"7.- Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo - VII."

La práctica de las naciones no ha sido muy elocuente en cuanto a la aplicación de esta disposición. Pri-meramente no resulta claro determinar lo que es "intervención" de las Naciones Unidas. Después, todavía no se ha visto la ocasión que las organizaciones internacionales tomen decisiones obligatorias con respecto a miembros reacios a acatarlas. Sigue rigiendo en todos los casos la regla del consenso.

(Véase, para una digresión interesante, Bourquin, Maurice, L'Etat souverain et l'organisation internationale, Carnegie, New York, 1959, pp. 18-33.)

## 7).- LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Existe lo que se llama la "teoría tradicional" de las fuentes del derecho y que ya no puede aceptarse por más tiempo, pues no se funda en análisis realistas, sino en reflexiones especulativas sobre el origen de la validez metafísica de las normas legales.

Probablemente mucha de esta indulgencia en concepciones metafísicas se deba a que se utiliza la doctrina de las fuentes como argumento para apuntalar una posición filosófica sobre la naturaleza y la validez del derecho de gentes, es decir, tanto la teoría de lo que puede ser "fuente" como el probable valor de una u otra de las fuentes que puedan aceptarse se emplean con un criterio finalista, para probar al través de esto la certeza de la postura que se adopta en cuanto al fundamento y a la esencia del derecho internacional, en otras palabras, el por qué ese orden jurídico resulta obligatorio.

Ross (Alf Ross, a Text of International Law, London, 1947, pp. 79-80) describe bien lo que ocurre. La teoría tradicional de las fuentes del derecho se basa en el criterio de que todo derecho deriva su validez específica de nacer de cierta manera. Fuentes, entonces, denotan precisamente esas formas de las que puede deducirse lo que es válido como derecho. Pero la validez del derecho no puede deducirse de ciertas fuentes. Ello es metafísico y se basa en la noción de que la "validez" es de una naturaleza supersensoria. Entonces la tarea de la doctrina de las fuentes jurídicas llegar a ser la de resolver el curioso enigma de cómo ciertos sucesos especialmente calificados en el mundo jurídico son capaces de producir más que efectos meramente causales.

Las dos concepciones antitéticas sobre el derecho internacional pueden resultar responsables de esta fuga terminológica en torno a las fuentes que caracteriza a la teoría tradicional. Una de ellas es el positivismo, que ha producido infecundidad en cuanto a los factores de la formación y crecimiento del derecho. La otra es el jusnaturalismo, en donde existe sobra de entusiasmo y menosprecio de la técnica.

La Escuela Positiva mantiene con diferentes matices que las fuentes admisibles son las que se derivan del consentimiento de los Estados, o sea, que todo el derecho internacional es derecho convencional. En esta concepción, la esencia del derecho es la que se impone a la sociedad por una voluntad soberana. O sea, que el derecho es de creación artificial, de arriba hacia abajo.

Las teorías naturalistas sostienen con más o menos uniformidad que existe una fuente supersensoria de todo el derecho, y el ser humano no hace sino descubrirla. La esencia del derecho desarrolla su propia vitalidad dentro de la sociedad. El crecimiento del derecho es espontáneo, hacia arriba. La autoridad, aunque es obedecida, es en sí misma creación del derecho.

Esta antinomia trae no sólo diferencias de apreciación en lo que pueda constituir una fuente, sino en cuanto al valor relativo de cada una de ellas frente a sí. Esta inacabable controversia ha estancado la doctrina de las fuentes y ha impedido en cierta forma el desarrollo del derecho internacional. Ante las evidentes limitaciones y excesos de celo doctrinario de la teoría tradicional o clásica, ella ha venido siendo paulatinamente descartada. En su lugar han surgido nuevas corrientes, como la tesis sociológica (supra, p. 63) y como la teoría predominante, que se mueve alrededor del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

La tesis sociológica del derecho internacional cuando se aplica al análisis de los procesos creadores de reglas legales interestatales, puede resultar bastante sugestiva, y aunque menos racionalista, más pragmática que sus predecesores. Ella viene a ser una protesta contra la concepción ortodoxa del derecho como emanación de una sola autoridad, o como un cuerpo de proposiciones explícitas y comprensivas aplicables, por interpretación cierta, a todas las pretensiones, relaciones o conflictos de interés. Al analizar el factor socio-político que sirve de infraestructura al derecho, como lo están haciendo ya desde hace algún tiempo partidarios de esta escuela, se está prestando un señalado servicio a la doctrina general de las fuentes, pues así podría encontrarse que éstas serían una descripción general de los procesos y de las instituciones capaces de dar cuerpo a una norma jurídica internacional y que no hay nada metafísico detrás de ellas.

La escuela sociológica principia apenas a manifestarse, y aún falta un largo trecho para que surja un tratamiento sistemático de las fuentes empleando el acceso sociológico, pero con el fin de rodear los obstáculos causados por la falta de acuerdo y por las exageraciones y restricciones de la postura tradicional, podríamos convenir aquí en algo que parece ir ganando poco a poco el asenso de los tratadistas, por lo menos en principio e inconscientemente en ocasiones, o sea, en el aserto de que existe una descripción aceptable de los modos de creación de las normas internacionales, contenida o comprendida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

El artículo 38 expresa:

"1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

"a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

"b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

"c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y

"d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

"2. La presente disposición no restringe la facultad de la corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convienen."

Es verdad que esta disposición establece sólo el derecho aplicable por ese tribunal en caso de controversia, pero no menos cierto es que esta prescripción se encuentra inserta en un tratado general —la Carta de las

Naciones Unidas y Estatuto anexo— que tiene la aceptación de 159 Estados (en 1936), o sea, de la gran mayoría de la comunidad internacional, lo cual con cierta autoridad le hace darle carácter de derecho a las normas que -- provienen de ciertos procesos formativos ahí enunciados. Indirectamente, pues, se recogen ahí las fuentes capaces de engendrar preceptos que los Estados reconocen.

Mas no son pocas las cuestiones que plantea el artículo 38, pues puede observarse que contiene "fuentes" de muy distintas clases y rangos, y algunas resultan -- "fuentes" de "fuentes" por lo que su aceptación debe condicionarse a ciertos supuestos, concediendo algunos márgenes de seguridad.

El artículo 38 enumera a los tratados, a la costumbre, a los principios generales del derecho, a las sentencias judiciales y a la doctrina, pero analizando esto, y como habrá de verse más en detalle en lo adelante, se descubre que los tratados son contratos que aseguran particularmente el derecho, o bien, recogen costumbres ya establecidas, y por ello han de examinarse en cada caso con creto antes de generalizar su valor. Las sentencias son cristalizaciones del derecho existente, o modificaciones de él, o recogen costumbres o doctrinas. La doctrina a su vez, en los tiempos actuales, es sólo evidencia del derecho, pues se ha reducido su papel. Por lo que se refiere a la costumbre, puede decirse que ella es en sí misma derecho, y la práctica, aunque parecida, no es sinónima de la costumbre y por ello parece arbitrario incluirlas bajo el mismo rubro, el inciso b). Otro defecto del artículo 38 es que no comprende todas las fuentes posibles, p. ej., las decisiones de órganos y organismos internacionales, o bien, el derecho interno y en ciertos casos, la política.

Empero, con todas esas deficiencias, y debido a la falta de una teoría generalmente aceptada de las fuentes, el artículo 38 representa, a la vez que un buen punto de partida, un excelente arsenal para la doctrina de las fuentes. Son tantos ya los comentarios que se le han dedicado, y refleja con más, o menos propiedad la doctrina corriente, que puede realizarse la investigación siguiendo los lineamientos de esa "doctrina oficial" de las fuentes como las llama Ross.

#### a) Los tratados

Pese a que se quiso obsequiar a los Estados miembros de la agrupación poniendo por delante a los pactos internacionales, y de esa manera garantizarles que de manera preferente el Tribunal aplicaría convenciones, con las limitaciones contenidas en ellas mismas, y a pesar -- también de la previsión natural de que la mayoría de los conflictos entre las naciones y que conocería el Tribunal habrían de emerger de los pactos, la verdad es que los -- tratados son una fuente muy limitada de derecho internacional.

La redacción de este inciso del artículo 38 no es completamente satisfactoria, ni proporciona muchas luces sobre esta materia. Por "convenciones internacionales" -- se entienden naturalmente los tratados, o cualquier acuerdo sobre los Estados (véase, infra, capítulo de Tratados). La distinción que ahí se hace entre "generales" y "particulares" sólo conduce a confusión, pues la práctica enseña que una convención general puede serlo por su contenido o por el número de naciones que la firman.

Los pactos entre los Estados, por su peculiar naturaleza, no pueden contener normas de derecho internacional general. Ni siquiera puede afirmarse que la mayoría de los pactos contenga normas específicas de derecho internacional particular. Sólo en algunos casos --bien raros-- recogen derecho consuetudinario. Quizá los únicos que deban estimarse como fuentes son aquellos que se firman entre varias naciones para declarar cuál es la ley o para codificarla o para crear una institución internacional. Lo más que se podría decir de los pactos como fuente es que crean derecho internacional particular. Y no -- se debe perder de vista, por otra parte, lo que señala -- Brierly, que los tratados sólo obligan a las partes y no a terceros.

Independientemente de esas limitaciones, cuando los tratados pueden ser fuente de derecho internacional lo son de manera valiosa, porque se trata entonces de Derecho escrito inteligible, discutido por las partes, definido, en una palabra.

## b) La costumbre

La costumbre internacional merece un amplio tratamiento, ya que durante largas etapas el derecho internacional ha sido sólo derecho consuetudinario. No había prácticamente otras fuentes competidoras. Si acaso, la doctrina era lo único que contribuía a la formación de las reglas de derecho. Aún hoy día no existe regla jurídica internacional que se precie de serlo y que aspire a la generalidad que no esté relacionada con la costumbre de alguna manera, bien porque en su progenie aparezca ésta, bien porque para operar —con procediendo de un tratado multilateral— necesita de un reconocimiento fundado de alguna manera en la costumbre.

Pese a ello, no parece existir todavía una teoría clara y uniforme sobre esta institución, a la que rodean muchas oscuridades y confusiones. Por una parte, las persistentes disputas entre naturalista y positivistas no han permitido el consenso general y por la otra el concepto se encuentra penetrado de lugares comunes y ha carecido de un análisis metódico y profundo. Los positivistas la miran desde el punto de vista del consentimiento y requieren la prueba rigurosa de la aquiescencia del Estado. No aceptan los "principios generales", que integran la costumbre, le dan categoría y la hacen carismática. Los naturalistas buscan una preordenación, una conformidad de la costumbre con el orden natural y sus principios básicos.

Otro elemento de confusión radica en que se utiliza sinómicamente, sobre todo por los autores sajones, la palabra "práctica", que es cosa diferente. En efecto, y tal como lo precisa con gran claridad O'Connell, el término "práctica" debe usarse para indicar el conglomerado de pasos que son formativos del derecho, en tanto que el término "costumbre" ha de reservarse para el derecho mismo. No debe confundirse la "práctica" con la política o la costumbre que prosigue un determinado país. Así, cuando se habla que "la práctica de un país es exceptuar a los diplomáticos del impuesto a licores", ello no es sino una política pragmática, o de buena voluntad, y no un paso hacia la creación de la norma del derecho internacional. Sólo cuando una tradición de actuar se sigue bajo la convicción de que debe continuarse es que resulta significativo para el derecho internacional, y así cuando esa tradición es común a un crecido número de Estados, se denota como la

"práctica" de las naciones. "En este sentido la palabra 'práctica' es descriptiva del hecho de una agregación de actos jurídicamente significantes. La palabra 'costumbre' permanece para la proposición de que la práctica es efectivamente productora de derecho. Cierto es que sólo existe una mínima distinción entre ambas palabras, pero ellas no son sinónimas. Una es casi el anverso de la otra: la 'práctica' sugiere el proceso formativo; la costumbre, su acatamiento. Quizá pudiera decirse que la 'práctica' es evidencia del acto de creación y que 'costumbre' es el resultado."

Formación de la costumbre. A los arduos problemas anteriores hay que agregar las dificultades y diferencias de criterio en lo que mira al establecimiento de la costumbre, a su implantación como regla jurídica, o sea el tránsito enigmático de fuente a norma.

Manley Hudson, en un estudio sometido a la Comisión de Derecho Internacional en 1950, quiso puntualizar los requerimientos que habría de seguir la costumbre —¿o la "práctica"?— para configurarse como instituida: a) práctica concordante, realizada por un número regular de Estados con referencia a un tipo de relaciones que caen bajo el dominio del derecho internacional; b) continuación o repetición de una práctica por un considerable período de tiempo; c) la concepción de que la práctica está requerida o es consistente con el derecho internacional prevaletiente, y d) aquiescencia de esa práctica por otros Estados. Pero esto que se presenta como muy fácil y sistemático, como una presentación atractiva y segura, dista mucho de resolver la cuestión, pese a que la fórmula ha sido recibida con beneplácito por varios juristas. Cuando se examina a fondo el proceso de formación de la costumbre-norma se descubre que existen numerosos obstáculos.

Así, primeramente se requiere una documentación plena, para establecer cada una de esas condiciones. Falta aún mucho para contar con los testimonios de cada país relativos a cada una de las etapas señaladas por Hudson.

En segundo término, no toma en cuenta una distinción que aunque parece sutil resulta de enorme importancia, y ella es que no es lo mismo invocar una norma con-

suetudinaria en apoyo de una pretensión, de un derecho, - que fundar una obligación del Estado contendiente en una costumbre. En el primer caso la aquiescencia o el consenso representa una función definitiva. En el otro, la opinio juris juega el papel predominante.

En tercer lugar, la costumbre la pueden crear individuos aislados, merced a la repetición constante, que puede convertirse en persuasión. O bien, esa costumbre - la establece el Estado individual frente a la inacción o indiferencia de los demás. Aquí vemos que la densidad de la costumbre prevalece sobre la generalidad de ella.

Por último, en la prescripción de Hudson se destina que la costumbre internacional resulta de una mixtura muy interesante, de una acción conjunta de fuerza, - de política y de derecho. En otras palabras, la costumbre -o la "práctica" generadora de la costumbre- no se pone en marcha sino al calor de los intereses y de los apetitos de los miembros de la comunidad universal. Es por ello que la teoría sociológica resulta tan valiosa para inquirir sobre el fenómeno formativo.

Puede agregarse que en su formación la costumbre no consiste sólo en la repetición de actos únicos ciertos, sino en mucha parte, en un comportamiento derivado de la inspiración de los escritos de los juristas clásicos, o imbuido por cierta analogía con el derecho interno -fronteras, aguas limítrofes, principios derivados del régimen federal, etc.-. En cierta forma se trata de un fenómeno de naturaleza misteriosa, según lo percibe Waldock, que a veces obedece a impulsos puramente legales o que en otras ocasiones se deja llevar por la política o el deseo de evitar un conflicto, pues ello decreta un comportamiento determinado.

Elementos de la costumbre. De manera que el problema de la determinación, del establecimiento de una costumbre jurídica es bastante complicado, y no lo resuelve ciertamente el método de explicar su implantación a través del análisis de sus elementos, ni de acuerdo con la teoría clásica, ni tampoco según las escuelas modernas.

Los tratadistas clásicos, los de la teoría romano-canónica, sostenían que bastaba con encontrar dos elementos constantes de la costumbre para discernir que ella tenía significancia jurídica. Uno de ellos era objetivo: la inveterata consuetudo; el otro, subjetivo, era la opinio juris seu necessitatis. El primero de ellos consiste en la repetición constante de actos en un mismo sentido, a través de un largo tiempo. Pero ahora se ha visto que puede crearse costumbre jurídica en el transcurso de un lapso muy breve: p. ej., en lo relativo al espacio aéreo y en lo de la plataforma continental.

El otro componente es todavía más difícil de precisar. Podría quizá hacerse una distinción entre opinio juris y opinio necessitatis, pues no parecen ser lo mismo, ya que la primera denota una conexión con lo jurídico, en tanto que en la segunda puede advertirse una situación fáctica. Así, entendemos que puede pasarse del mero uso al derecho consuetudinario inconsciente y tal vez irracionalmente. O como lo puso elegantemente Sir John Fischer-Williams: "El Ribicón que divide la costumbre del derecho se cruza silenciosamente, inconscientemente y sin proclamación." La opinio necessitatis puede radicar en la ratio, pero sin necesidad de referencia a su valor jurídico.

Por otra parte, opinio juris es bien difícil de precisar ya que se trata de una cuestión psicológica, que yace más allá de la investigación jurídica. Por ello la dificultad de la prueba de una convicción jurídica ha llevado a varios autores a predicar el abandono de la necesidad del elemento subjetivo. Kelsen, por ejemplo, igual que De Visscher, Kopelmanas y Guggenheim consideran que este requerimiento del componente subjetivo o mental es superfluo.

Frente a estas complejidades, los tratadistas modernos prefieren referirse a otros ingredientes de la costumbre tal como la generalidad de ella, la densidad, la consistencia y desde luego, la duración.

Respecto a la generalidad, aquí radica un arduo problema, ya que aun cuando parece deseable reclamar una conducta muy generalizada, casi universal, de los países, para atribuir a la costumbre carácter obligatorio, la reg

lidad de los hechos se impone, pues depende de la naturaleza del asunto, de los Estados participantes —o "actores", como se les llama en la nueva jerga de las relaciones internacionales— y de la oportunidad del suceso para que se cree tal costumbre, sin que sea general. Existen materias que en un determinado periodo histórico interesaron solamente a un pequeño grupo de naciones, y entonces los actos consuetudinarios fueron realizados por unos cuantos sujetos. Así, por ejemplo, en el caso de la navegación, y del espacio aéreo, o del derecho de libre tránsito por el espacio superior, sólo un limitado número de países interviniéron en la formación de esa costumbre.

De otra parte, es un hecho evidente que mucho del derecho consuetudinario lo ha creado un reducido número de Estados, por su fortaleza, por su interés, por la oportunidad de hacerlo, o bien por su prestigio. No es cierto en ningún momento que todos los Estados contribuyeron a la institución de la costumbre-norma. De ese modo, caben - - gruesas excepciones en lo de que la costumbre para valer - debe ser general.

Por lo que mira a la densidad y a juzgar de la experiencia tampoco es exacto que se haya requerido un número de actos para integrar la costumbre. En ocasiones es sorprendente la escasez de incidencias. Ha bastado con unas cuantas repeticiones, esporádicas a veces, para hacer nacer una costumbre que se invoca como regla.

La consistencia y uniformidad sí debe, al parecer, estar presente en grado constante, pues en caso contrario no podría fijarse la costumbre definitivamente.

Por cuanto hace a la duración, ésta, como ya vimos, varía con la naturaleza del asunto. Por lo tanto, la conclusión es que sólo se precisa un cierto grado de presencia de estos elementos para percibir que existe una costumbre jurídica.

Un problema enlazado es de si la costumbre la puede implantar una mayoría de Estados. Según lo anterior, es obvio que las minorías han establecido una costumbre y los demás países, que no participaron en su creación, no hacen sino seguirla e invocarla. Kelsen admite esto, señ

lando incluso que los nuevos Estados están obligados a acatar la costumbre previa; pero los autores soviéticos se inclinan a lo contrario.

Todo esto nos lleva a la cuestión del papel que desempeña la aquiescencia. La aquiescencia debe entenderse como aceptación o conformidad. Es un concepto negativo, que describe la inacción de un Estado que se enfrenta a una situación que constituye un amago o una infracción de sus derechos.

La aquiescencia toma la forma de silencio o de ausencia de protesta en circunstancias que requieren generalmente una reacción positiva que signifique una objeción o una actitud para preservar un derecho.

El grado hasta el cual una práctica general uniforme ha sido "aceptada como derecho" puede apreciarse más prontamente y con mayor objetividad estimando el grado de consenso general, o a falta de consenso general, el grado de aquiescencia general que la práctica haya encontrado.

Si se considera el desarrollo de una norma consuetudinaria desde el punto de vista de la reivindicación de una pretensión más bien que desde el punto de vista de la imposición de una obligación, la importancia de la aquiescencia se incrementa, en tanto que la de la opinión *juris* disminuye. Pero la aquiescencia debe interpretarse restrictivamente. La menguante ausencia de protesta tiene sólo un valor relativo para determinar si ha surgido o no una regla de derecho. Es difícil decidir si una nueva norma se ha establecido, o simplemente, si se ha fijado una tendencia.

La ausencia de protesta tiene sólo un valor relativo. La abstención de una acción contraria al acto que busca establecerse si tiene significación cuando se afectan los intereses vitales del Estado interesado. Por ello tiene que considerarse el valor de la protesta, que puede ser una guía para impedir la cristalización de una regla, o bien, porque puede en sí misma reiterar una costumbre.

Por otra parte, si la abstención está ratificada por la conciencia de un deber de abstención, ella tendría el valor de una aceptación plena, tal como se resolvió en el caso Lotus. Debe tomarse en cuenta que hay abstenciones puras y simples y otras que pudiéramos llamar calificadas.

La aquiescencia juega desde luego un papel más importante en el caso de normas menos generales, sobre todo, en la circunstancia de las reglas bilaterales.

Desde luego, requiere todavía, como en el caso de la costumbre, mucho y profundo análisis, pero la doctrina de la aquiescencia es un factor importante que suaviza la rigidez del positivismo, el cual exige un consentimiento pleno y explícito para admitir el valor de una regla consuetudinaria.

La prueba de la costumbre. Hay dificultad considerable respecto de cómo podría probarse que una costumbre ha surgido y se ha establecido con calidad jurídica. Por ejemplo, resulta muy problemático llevar a la convicción de un tribunal internacional la existencia de una costumbre legal.

En el caso de la costumbre internacional constituida por las sentencias de tribunales internos de los Estados cuando se ocupan de materias internacionales, donde ella es más o menos cierta y está escrita, el problema es menor. Todavía en la circunstancia de documentos concordantes de cancillería podría eventualmente evidenciarse una costumbre. Mas en la mayoría de las veces resulta una cuestión abstrusa esa prueba de la implantación de la costumbre, o de una práctica o uso que es productor de efectos legales.

Como si no fuera bastante, existe una complicación adicional en tanto que hay dos concepciones dispares: a) la que sigue a la Escuela Histórica, y que considera a la costumbre no como simple práctica que llega a crear una mera norma, sino como algo que evidencia una norma ya existente, b) la de la mayoría que casi inconscientemente reitera que la costumbre es una norma jurídica nueva, que surge de la práctica, la cual a su vez constituye evidencia de esa costumbre.

Ello ha llevado a varios tratadistas a criticar la redacción del artículo 38 b), o sea, "la costumbre como evidencia de una práctica aceptada generalmente como derecho", pues indican que es la práctica la que evidencia a la costumbre, y no viceversa. Otros estiman que en realidad, esa redacción del artículo 38 b) está especificando una clase de derecho, y no una fuente, la cual debería entonces buscarse en otra parte.

### c) Los principios generales del Derecho

Señala con talento Schwarzenberger, en el prólogo al libro de Cheng, que quienes redactaron el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional rindieron un señalado servicio al derecho internacional al incorporar los "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" como reglas auxiliares para ser aplicadas por el Tribunal y que, conscientes o no de las implicaciones de este acto, realizaron de un golpe varios diferentes propósitos. Capacitaron a ese cuerpo judicial para reabastecer las reglas del derecho internacional con principios de Derecho probados dentro de los sistemas legales más modernos y más completamente integrados; evitaron casi definitivamente el non liquet; abrieron un cauce nuevo para que los conceptos del derecho natural pudieran ser recibidos en el Derecho Internacional, y por último, lanzaron un reto a la doctrina del derecho internacional para que éste se dirigiera hacia campos nuevos y trillados.

Como quiera que sea, el apartado c) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas ha provocado, desde que era el apartado 3) del Artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente, una enorme discusión entre los juristas, por la presencia de una tercera fuente, hasta entonces con posibilidades inexploradas, pero que en realidad, ya había sido utilizada antes otras veces, aunque sólo intuitivamente.

Algunos autores opinan que la expresión ahí contenida se refería primordialmente a principios generales del derecho internacional, y sólo subsidiariamente a principios que se obtienen en el derecho interno de los diversos Estados. Otros desechan este pensamiento, porque re-

sulta redundante requerir al Tribunal aplicar principios generales del derecho internaciona y deducen de ello que la implicación al derecho interno es clara. Otros indicau que la expresión se refiere de manera exclusiva al derecho privado. La verdad es que la discusión al configurar este artículo no arroja mucha luz al respecto, y debe advertirse que hubo la natural diferencia entre las concepciones del derecho latino y del sajón. (Véase un excelente resumen en el libro de Cheng, citado en esta sección, pp. 6-15)

Tras un examen breve de las minutas de las reuniones donde se discutió este inciso en 1920, puede deducirse, en realidad, que los juristas autores de esta disposición consideraron que el derecho internacional consistía en algo más que el agregado total de las reglas positivas, y dieron sólo un nombre a la parte del derecho internacional que no es costumbre ni tratados. (Cheng, p. 19.) En opinión de Verdross (Recueil d'Etudes en l'honneur de Gény) sólo se había codificado un principio reconocido por los Estados en su práctica internacional, y cita al efecto algunas sentencias de tribunales arbitrales: en las que, desde mediados del siglo XIX, se había echado mano de "principios generales de derecho" para resolver la controversia.

La disputa sobre la naturaleza y el valor de tales principios generales de derecho no ha terminado todavía porque aquí vuelve a perfilarse la lucha entre naturalistas y positivistas. Estos últimos, que se batieron en retirada, niegan por supuesto que representen algo en realidad.

Sobre la naturaleza de los principios generales de derecho mencionaremos que no consisten en reglas específicas formuladas para propósitos prácticos, sino en proposiciones generales que yacen en todas las normas de derecho y que expresan las cualidades esenciales de la verdad jurídica misma (Cheng, p. 24). Son la substancia misma de los sistemas jurídicos. "No se refiere —el Artículo 38— a cualesquiera preceptos jurídicos de los diversos Estados que casualmente coinciden entre sí, sino únicamente y exclusivamente a aquellos principios fundados en ideas jurídicas generales aplicables a las relaciones entre los Estados." (Verdross, Derecho Internacional Público, Ed. española, p. 131.) Dicho de otro modo, son a la vez comunes a todos los sistemas legales y principios fundamentales de cada uno de ellos.

La mención de "reconocidos por las naciones civilizadas" que está ahí también contenida, se puso para excluir cualquier consideración al derecho primitivo, para garantizar a los Estados, que en cualquier caso sólo serían juzgados por principios comunes a ellos.

En lo que toca al valor de los principios generales de derecho en el derecho internacional actual ha de decirse que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha aplicado esos principios como una parte integral del derecho internacional, y los jueces de ese cuerpo, en sus opiniones disidentes también han recurrido a ellos en su apoyo. La función de estos principios generales de derecho es muy importante, y Cheng la resume así: son la fuente de varias normas jurídicas, que sólo representan la expresión de aquéllos; forman los principios guía del orden jurídico de acuerdo con los cuales se orienta la interpretación y la aplicación de las normas del derecho internacional; se aplican directamente al asunto cuando no hay una regla formulada aplicable. En un sistema como el derecho internacional, cuyas reglas precisamente formuladas son pocas, esta tercera función —dice— adquiere significación especial y ha contribuido grandemente hacia la definición de las relaciones jurídicas entre los Estados (Cheng, op. cit., p. 390).

Naturalmente, los positivistas relegan estos principios generales muy por abajo de los tratados y de la costumbre como fuente del derecho internacional, pero no puede trazarse una jerarquía, porque todas ellas son productoras de normas, y si se percibe cierta ordenación en el Artículo 38, ello es en homenaje a la agrupación de Estados. Mas, desde otro ángulo, los principios generales tienen un valor más elevado desde el punto de vista estrictamente jurídico, ya que ellos proporcionan las bases jurídicas de tratados y costumbre, y gobiernan su interpretación y aplicación, y ello es natural porque

"Ciertamente es la característica y la esencia de los principios generales que su carácter obligatorio se deriva no tanto de una autoridad extrínseca, sino más bien de su valor inherente; porque son las rutas que la humanidad civilizada ha aprendido, en su larga experiencia en el ámbito estatal, que son aquéllos que conducen a la justicia, y que se tendrán necesariamente, que seguir, si desean el Derecho y la Justicia entre las naciones." (Cheng, p. 386.)

#### d) Las decisiones judiciales

La jurisprudencia internacional constituye una - fuente muy importante de derecho internacional moderno. - Pero su carácter es más bien auxiliar, porque una sentencia internacional no puede apoyarse de manera única y exclusiva en un precedente jurisprudencial. Las decisiones judiciales no son normas, pero son fuentes a las que se - recurre para encontrar la regla aplicable.

A diferencia de la jurisprudencia interna, que es evidencia de una costumbre (supra) las decisiones judiciales internacionales son evidencia de reglas de derecho.

Pese a que se quiso limitar, en el Artículo 38 - del Estatuto, la función de esta importante fuente de derecho internacional, porque ahí se establece que se puede utilizar como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, mas sujeta a las disposiciones del Artículo 59 ("La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido"), las sentencias judiciales ejercen una influencia considerable para el desarrollo del derecho internacional, por ser una aserción imparcial y valiosa del Derecho por juristas de gran autoridad técnica y moral. - Hay por otra parte, decisiones judiciales de naturaleza - objetiva, que valen generalmente, y la efectividad de esta fuente estatal es tan manifiesta que el mismo Tribunal Permanente se refirió a los precedentes jurisdiccionales.

Frente a los problemas de codificación de las -- normas del derecho internacional, es previsible que la jurisprudencia de los tribunales internacionales será un -- factor importante para la integración de este orden jurídico.

#### e) La doctrina

Por alguna razón oscura, la doctrina internacional se encuentra relegada en nuestro tiempo, a un lugar - mediocre entre las "fuentes oficiales". El artículo 38 - la lista como un método subsidiario, meramente auxiliar.

Se le ve con mucha suspicacia hoy día, cuando que en el período heroico del derecho internacional, desde Viteria hasta Vattel, la doctrina tuvo el papel preponderante para la creación de las reglas del incipiente derecho de gentes.

Los autores clásicos aportaron con gran señorío conceptos razonados sobre la fuente de la obligación internacional. Funcionaron como una autoridad prescriptiva, cuajando un orden legal internacional y éste pudo sobrevivir en las épocas más difíciles.

Es claro que al venir nuevos procesos de generación de reglas interestatales, sobre todo, en donde el sentimiento del Estado jugara un papel relevante, y que ofrecían por lo menos en apariencia mayor certidumbre, la doctrina tuvo que irse batiendo en retirada. Después el estancamiento en que entró la filosofía del derecho de gentes al perderse en disquisiciones metafísicas e improductivas, el magro papel especulativo del positivismo, los concomitantes excesos del jusnaturalismo, así como la función que adoptaron los teóricos internacionalistas de ser abogados de los intereses de sus países en lugar de jueces de la comunidad general, hicieron que la doctrina se tornase insegura y desconfiable.

Empero, en épocas recientes la doctrina emerge de sus cenizas, y ha cobrado un rol muy estimable en el desarrollo del derecho internacional, sobre todo cuando se despoja de excesos y se aplica a considerar los factores sociológicos junto con el análisis de la normatividad de los sistemas legales. Ello es natural, porque ninguna disciplina jurídica está tan combinada a su filosofía como la nuestra: existe una interacción muy sutil entre la teoría y la práctica. Además, el pensamiento doctrinario fertiliza al derecho de gentes: estando el derecho internacional en formación, la filosofía determina su contexto más que en el derecho interno.

Quizá los altibajos de la doctrina se deban a que los analistas siempre han querido exigirle el mismo rango a los otros procesos creadores sin percibir acaso que la doctrina no es una "fuente" independiente, sino conjunta. La opinión letrada resulta importante como un medio de arrojar luz en las reglas del derecho internacional y volver más fácil su formación.

No es una autoridad en sí misma, pero se incorpora al derecho consuetudinario y a la jurisprudencia. El jurista internacional deduce reglas consuetudinarias de una coincidencia o acumulación de prácticas; surge además para asistir a la transición del uso a la costumbre legal, y fortifica la *opinio juris*.

Con el ensanchamiento lento, pero continuado que ha venido mostrando la jurisdicción internacional, la doctrina puede verse un tanto afectada, pues el papel de los escritores internacionales se ve debilitado, ya que existe una nueva alternativa de especulación, la de los jueces, pero no deja de ser útil, sobre todo cuando se dedica a mostrar imparcialmente la opinión que prevalece en un país determinado, a fin de interpretar la práctica de un Estado, y cuando indica si una regla es o no de derecho internacional. La doctrina es tanto más estimable cuando posee carácter especulativo e interpretativo, porque entonces ello puede dar sentido a una masa de hechos que por sí mismo no poseen significación jurídica.

Schwarzenberger, el prestigiado autor inglés, ha puesto de manifiesto las tres tareas principales de la doctrina: el análisis y la sistematización primeramente; la interpretación funcional después, y la crítica, incluyendo la planeación constructiva, como remate. Cuando ella satisface estos tres requerimientos, la doctrina cumple con una misión elevada y útil en el desenvolvimiento del derecho internacional, y completa adecuadamente el repositorio de las reglas de este orden jurídico.

Ciertamente, el método doctrinado de producir normas no está exento de defectos, pero aun en el caso de que existan tesis controvertidas ellas pueden proporcionar guía a las técnicas de la interpretación jurídica, de modo que no puede desecharse su importancia.

Convengamos en que el valor de una doctrina es relativo, pues depende de la oportunidad en que se expone, de la categoría del autor, de los principios que engendra, de la institución a la que se refiera y de la continuidad con que se siga, pero aun en su expresión menor ella representa un espíritu pionero, un entusiasmo creativo y una visión generosa y constructiva, que provoca esfuerzos concomitantes.

Desde luego, la doctrina es más valiosa en su función especulativa que en su papel pragmático como análisis. Esa función especulativa no se estima en lo que vale, ni se aprecia que el internacionalista es intérprete calificado. La práctica de los Estados es rona y limitada, pues ella por sí sola no hace la ley. Es la especulación --del publicista, del juez-- lo que viene a justificar la universalidad de los principios. La ley ferenda se convierte en lege lata merced a la acción del jurista internacional.

La doctrina ha de superar aún serchos obstáculos antes de que vuelva a tener la prestantia de sus mejores días. Pero valdría la pena examinar cuáles son los factores sociológicos y de otra índole que impiden que la doctrina sea uno de los elementos de importancia en la formación de normas internacionales y que se le haya postergado. De-allí por ejemplo que la Corte Internacional de Justicia no haya recurrido a ella en ninguna de las sentencias expedidas hasta ahora.

Podríamos señalar brevemente algunas razones para explicar esta retracción de la doctrina. Primeramente está la falta de ambiente, de calor para un internacionalista independiente en la sociedad de nuestra era. El no acaba de encontrar acomodo ni en las organizaciones internacionales ni tampoco en el seno del Estado donde, aislado, no hallan eco sus postulaciones.

El intenso nacionalismo que caracteriza a nuestra época no deja mucha cabida para el jurista internacional autónomo, que por esa causa no puede realizar una -- gran contribución especulativa a las cuestiones más destacadas de su tiempo.

Después está el problema de que para llegar a calificar como internacionalista emancipado es menester dedicar gran parte de la vida a una tarea ingrata, antieconómica, que requiere maestría en lenguas extranjeras, conocimiento profundo de la historia y de las relaciones entre los Estados, experiencia en sistemas legales extraños y en jurisprudencia de otros países, con cultura más que superficial sobre disciplinas afines a la suya, como la Sociología, la Ciencia Política y la Economía. Con mucho menor esfuerzo alcanzarse una envidiable posición profesional en cualquier otra actividad.

De otro lado, parece no existir una gran vocación hacia el internacionalismo. No sueña como profesión atractiva y remuneradora, como una capaz de conferir a su titular un puesto distinguido en el grupo social, o con proyección política alguna, o siquiera con dignidad intelectual propia. Como si no fuera bastante lo anterior, el panorama actual del derecho de gentes es demasiado vasta como para ser absorbido por una sola persona. Habría que conformarse con sólo una provincia limitada de este orden jurídico. Además, el derecho internacional se ve cada vez más penetrado por otras ramas de las ciencias sociales, con lo que el trabajo de equipo es lo único que permitiría el dominio cognoscitivo de sus instituciones, pero se perdería precisamente entonces ese atractivo del internacionalista que es el meditar solitario, encerrado en sí mismo, como un buen filósofo.

Por otra parte, la preparación que pueda impartirse a los aspirantes a internacionalistas ha de ser una propedéutica localista, no universal. Tanto por la influencia del medio como por el destino del que pretende dedicarse a estos menesteres, como por el arraigo nacionalista, ese adiestramiento tendrá que verse dominado por el parroquialismo, con el consiguiente desdoro de los principios universales.

De suerte que parece que sólo en las universidades podría florecer el internacionalista, y aunque en apariencia ello podría representar el lugar ideal, la verdad es que aun ahí encuentra serias deficiencias para su logro, pues es visible el divorcio entre universidad y Estado en materia de cooperación técnica y científica en cualquier asunto que revista aspecto político, y el docente puro hállase lejano de la realidad y de los sucesos que tienen relevancia en su especialidad, lo que no le permite estar al día en los acontecimientos.

De ahí que la doctrina esté padeciendo de cortes y limitaciones, y que precise de un remozamiento, pues de otra manera su misión seguirá siendo más bien restringida por un largo tiempo.

## f) Las resoluciones de los órganos internacionales

En los últimos tiempos se ha venido hablando de una nueva fuente, no comprendida en el artículo 38, las determinaciones de los órganos internacionales, que reciben nombres muy variados, tal como resoluciones, declaraciones, recomendaciones.

Desde luego, débese reconocer una primera dificultad en que estos instrumentos internacionales no están clasificados, ni tampoco jerarquizados. Así, de una conferencia internacional puede brotar una "recomendación" - que, pese a su nombre, constituye un acto que porta fuerza obligatoria. Una "resolución" puede a su vez ser sólo una manifestación tibia sin fuerza alguna, y una "declaración", en cambio podría traducirse en derechos y obligaciones. Haría falta, asimismo, establecer la relación entre estos actos y el tratado.

Como quiera que sea, es mucha la profusión de determinaciones que emergen de las reuniones internacionales y de actuaciones que surgen de los cuerpos permanentes internacionales, y muy variada la gama de efectos que producen. Ello hace necesario un examen intenso.

Por ahora diremos que, en cierta forma, una resolución, obtenida con la aquiescencia de los Estados en una conferencia internacional, equivale a un acto ejecutivo que resulta obligatorio para el Estado que la suscribe, si de ahí se derivan obligaciones también ejecutivas, o sea dentro de la esfera de acción del poder ejecutivo o administrador de los Estados. La resolución o declaración tiene la naturaleza de una formulación jurídica, y, como tal, es evidencia de derecho internacional consuetudinario, especialmente cuando un gran número de países ha votado en su favor al aprobarse.

La resolución se encuentra, dice Sorensen (Les Sources du Droit International, 1946), a medio camino entre una convención y la costumbre. Como convención, ella es la expresión de una voluntad o de una opinión común de parte de los Estados, pero no exige la declaración de compromiso de cada uno de los participantes. Como costumbre, ella presupone ciertos puntos de liga con la práctica an-

terior, pero su valor jurídico es independiente de una -- prueba formal de su conformidad con la práctica. Dicho -- en otra forma, una declaración, una resolución o una recomendación resultan útil para definir el alcance de una norma en formación, que sólo se ha manifestado vagamente en la práctica. En otras, puede constituir un acto preparatorio de un tratado. Equivale, otras veces, a un acto de cuasi-legislación, a la formulación de una norma in fieri.

Lo mismo puede decirse de las que provienen de órganos permanentes. En este caso, la mayor estabilidad y permanencia del cuerpo determina una mayor solidez de los efectos. El órgano es un instrumento constituido que ha tenido el tiempo necesario para consolidar su autoridad en las materias a que está dedicado. A la vez, ha podido llegar a inspirar la idea de actuar realizando una función para la colectividad y no para los estados apartados. En muchas ocasiones, se les ha dotado constitucionalmente de competencia, aunque rudimentariamente, para la formulación y enunciación autoritarias y obligatorias de normas jurídicas. Y, finalmente, por razón de su función, estas instituciones han tenido que ir produciendo decisiones que se han transformado en deberes con contenido jurídico. Estas decisiones constituyen normas jurídicas, por virtud del principio de "consentimiento abstracto" constitucional (Detter), que es un aspecto particular del principio pacta sunt servanda, presente en el tratado que dio origen a la organización.

Es indudable, pues, que se está en presencia de una fuente que si se quiere, podría ser subsidiaria, pero que no deja de tener importancia creciente. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso del Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia (Serie A/B, 42, p. 116, 1931), al referirse a una resolución del Consejo de la Sociedad de Naciones, expresó que "los dos gobiernos están obligados por su aceptación de la resolución -- del Consejo", reconociendo que si la resolución proviene de un órgano que está investido con una facultad de decidir, o bien que si la decisión se acepta posteriormente, posee obligatoriedad, y ello es además independiente del poderoso efecto moral que contiene. La materia se encuentra, pues, en un interesante estado dinámico y promete resultados fructíferos.

El reciente estudio monográfico de Jorge Castañeda, Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas, México, 1967, resulta muy interesante en conexión a este tema, como también el de Better, Ingrid, Law Making by International Organization, Stockholm, 1965. Merecen mencionarse también: Asamoah, O. Y., The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations. The Hague, 1966, y Brunal, Lino, -- Les Effets des Résolutions des Nations Unies, Paris, 1967, que son signo del interés que ha brotado por estas cosas.)

### g) La codificación del derecho internacional

Este fenómeno constituye un índice del progreso del derecho internacional de nuestro tiempo, a la vez que una tarea muy urgente, pues la codificación garantiza en parte la supervivencia de nuestra disciplina, al mismo tiempo que es un factor destacado para impulsar el desenvolvimiento posterior de este sistema legal. Por fortuna, el progreso en esta materia, aun en medio de grandes dificultades y limitaciones, ha sido bastante significativo en los años recientes y hace abrigar esperanzas positivas.

La codificación del derecho de gentes, aunque intentada directa o indirectamente, de manera pública o privada, no muestra en el pasado logro satisfactorio, y si sólo éxitos limitados y espasmódicos. El trabajo de codificación emprendido más cercanamente por la Sociedad de Naciones fracasó tal vez por prematuro, y por la técnica utilizada, o porque los tópicos escogidos estaban permeados de conflicto, pero no debe ser rigurosamente criticado, pues al fin y al cabo representa un punto de partida para avances posteriores.

Hay ahora, sin embargo, mejores oportunidades para ir codificando las reglas del derecho de gentes, pues ya está más extendida en la comunidad internacional la noción de que es ésta una tarea que no puede posponerse por más tiempo, no sólo para acabar con las oscuridades, incertidumbres y lagunas de este orden jurídico, que pueden perpetuarse si no se hace un esfuerzo para reducir el caos creciente, sino también para organizar y sistematizar el cuerpo amorfo y no muy coherente de reglas de este sistema jurídico.

Pero la obra está erizada de dificultades, y no se vislumbran soluciones fáciles y a corto plazo. Si se examina, por ejemplo, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en los treinta años que lleva funcionando, puede encontrarse un balance favorable, pero obtenido muy arduamente. En efecto, la Comisión ha logrado ya que varios de sus proyectos se hayan convertido en reglas aceptadas, como el relativo a inmunidades de funcionarios diplomáticos, al régimen de lata mar, al de la plataforma continental, las normas que se refieren al genocidio. Otros de sus afanes muestran adelantos, como el de las reservas a los tratados multilaterales, sobre procedimiento arbitral, la eliminación de la apatridia, etc.

Ello nos lleva a considerar si el procedimiento -segundo hasta ahora es el más idóneo, o el único viable, - o si no habría otros métodos conducentes al fin de consolidar, de sistematizar y de comunicar precisión a las normas del derecho internacional.

La Comisión de Derecho Internacional se encuentra, por ejemplo, limitada en lo que hace a la materia codificable. Según el artículo 15 de su Estatuto, este cuerpo puede sólo dedicarse a exponer el derecho existente cuando hay consenso evidenciado por una larga costumbre. ("En -- donde ya ha habido práctica extensa de los Estados, precedentes y doctrina.") Quedan afuera, por lo tanto, cuestiones sobre las que existe una copiosa y reiterada experiencia, pero donde hay divergencias, o materias que están en pleno desarrollo, sobre las que existe entero y claro asentimiento, testimoniado por una práctica constante y uniforme, doctrina unánime y jurisprudencia coincidente, sino -- que debe inducir a los gobiernos a aceptar el nuevo derecho, cuando los puntos de mira y la costumbre están en conflicto, pero que de ahí puede surgir una conciliación, o -- cuando coinciden los usos y las opiniones, pero se desea -- un progreso razonable.

Por otra parte, el método de arribar a una regla general de derecho a través de tratados multilaterales no es el más apropiado en todos los casos, pues hay materias que no admiten este procedimiento; la política o la necesidad de mostrar consenso alteran la substancia del instrumento. Además, cuando se tratan las cuestiones en conferencias para llegar a un pacto, puede notarse que hay -- acuerdo en principios generales, pero no lo hay en relación a problemas específicos y normas concretas, lo cual vuelve muy difícil un consenso.

En vista de esas dificultades, debería consecuen-  
temente intensificarse también alguno de los otros méto-  
dos que han sido empleados para clasificar las normas del  
derecho de gentes, tal como la reformulación (restatement)  
de las reglas de este orden legal, hecha por juristas y -  
por instituciones particulares, para producir una eviden-  
cia autorizada y escrita del derecho internacional existen-  
te. Esta reformulación no sería inmediatamente aceptada  
por los Estados, pero oficiaría como sedes materiae, y de  
ahí podría partirse a realizaciones más concretas. La co-  
dificación privada, como lo hace notar Lauterpacht, es un  
complemento deseable y necesario, a la vez que un estímulo  
a la actividad codificadora oficial. Esa formulación  
y sistematización científica de las reglas del derecho in-  
ternacional, hecha en forma independiente, podría conti-  
nuarse y sería inapreciable para encontrar recomendacio-  
nes oportunas, para remover incertidumbres y para rellenar  
muchas visibles lagunas del orden legal internacional.  
Podría ella producir un excelente arsenal de normas al  
cual recurrir para armar los movimientos oficiales hacia  
la codificación futura.

Otro método que pudiera emplearse con carácter -  
"subsidiario, excepcional y de limitada aplicación", se-  
ría el de la cuasi legislación por las organizaciones in-  
ternacionales generales y regionales. Frente a los pro-  
blemas técnicos, políticos y de otra naturaleza que emer-  
gen de la codificación por tratado plurilateral, se ha pro-  
puesto, de manera original por el compatriota Castañeda la  
creación de algunas normas a través de la aplicación del  
principio de mayoría en asambleas generales. Sobre todo,  
este método garantizaría la participación de los países -  
débiles y de los nuevos, que no tuvieron parte en la crea-  
ción del derecho consuetudinario tradicional. Castañeda  
postula que, a la larga, este novel proceso puede ir dan-  
do estabilidad al derecho internacional sin las complica-  
ciones implícitas en la codificación por medio de conven-  
ciones generales. Tiene este proceso posibilidades muy am-  
plias, todavía inexploradas, según se expresa en el párra-  
fo precedente.

Por lo que hace a la técnica seguida hasta ahora  
para reunir, ordenar y exponer las reglas del orden jurí-  
dico internacional, no parece convencer el empleo de la  
pura técnica legal para la codificación. Es menester re-  
currir al método sociológico. Deben descubrirse los con-  
flictos de interés subyacentes, sacar conclusión de si -

ellos pueden resolverse por compromiso en el momento presente o si es necesario esperar para que opere un cambio oportuno y favorable. Dicho de otra manera, es necesario tomar en cuenta en dónde reside el desacuerdo para tratar de reducirlo examinando todos los aspectos que impiden la creación de la regla.

No bastaría con exponer la norma como expresión más o menos aproximada de lo que es la práctica de los Estados, sino que debe analizarse en todo momento el grado en que su contexto corresponde a las necesidades sociales presentes, pues una legislación demasiado avanzada es tan inoperante como otra que ha dejado de aplicarse. Es necesario el conocimiento de todas las relaciones sociales. El puro formalismo no es capaz de dar una regulación sana y eficaz de las situaciones, que limite y ordene las luchas por el predominio y por la supervivencia.

La conclusión de todas esas reflexiones es que, siendo como es en el fondo esta tarea de la codificación un empeño para persuadir a todos los gobiernos —o parte de ellas, por lo menos— a aceptar una regla de derecho, o para favorecer la creación de esa regla, es recomendable que se prosiga el esfuerzo de todas las direcciones. La codificación revela grandes potencialidades para hacer entrar las relaciones internacionales a los canales del orden, de la legalidad y de la justicia. Del éxito de los métodos para codificar pueden depender los prospectos de convencer a los Estados a reconocer una jurisdicción obligatoria más amplia a la Corte Internacional de Justicia. Por lo menos, el proceso de codificación forma ya parte inseparable del panorama del derecho internacional moderno y eso hace alentar fundadas esperanzas para su progreso.

Un signo de la urgencia que rodea al problema de la codificación lo constituye la Resolución 505 (XV), de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1960, para hacer una reconsideración del estado actual del derecho internacional con el fin de observar si han surgido nuevos tópicos para la codificación o para el desarrollo progresivo, y para reevaluar el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional a la luz de los recientes desarrollos, y con la "debida consideración a la necesidad de promover relaciones amistosas y cooperación entre los Estados". -

Un síntoma también de la preocupación general sobre este asunto es el aumento del número de miembros de la Comisión, de 21 a 34 actualmente.

En los primeros treinta y cinco años de su existencia la Comisión ha conocido de unos veinte temas, y únicamente han fructificado —esto es, han desembocado en instrumentos regulatorios— siete de ellos, a saber: el derecho de los espacios marítimos, o sean las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958; el derecho de las inmunidades diplomáticas, recogido en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; el derecho consular, consagrado en la Convención de Relaciones Consulares de Viena, de 1963; el derecho de los tratados, contenido en la Convención de 1969, que como se dice en la parte respectiva de esta obra entró en vigor en 1980; el derecho de las misiones especiales, incluido en la Convención de 1969; la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, que se recoge en la Convención de 1975; y por último, la sucesión de Estados en materia de Tratados, que se regula en la Convención de Viena, de 1978, de ese nombre. Las tres últimas Convenciones aún no han entrado en vigor.

La Comisión de Derecho Internacional sigue inmersa en otros proyectos de codificación, tal como la responsabilidad internacional del Estado; la sucesión de Estados y de gobiernos; el derecho de asilo; las relaciones entre Estados y organismos intergubernamentales; el régimen jurídico de aguas y de bahías históricas; la cláusula de la nación más favorecida; o sea, lo bastante para mantenerla ocupada otros cinco lustros, al paso que lleva.

El balance de lo logrado hasta ahora es desconsoladoramente poco y además, no exente de crítica. Más que una codificación en sí misma, lo obtenido es más bien un incentivo para esfuerzos futuros, más intensos y mejor planeados; sólo un punto de partida.

Pues, por ejemplo, la formulación de reglas del derecho del mar no satisfizo del todo. Por una parte, se señala que la Convención sobre Pesca no tiene sino 35 países adheridos; la de Alta Mar, 55; la de la Plataforma Continental, sólo 55 y la de Mar Territorial, 45 (al 10 de marzo de 1975), de donde se descubre que sólo menos de

una tercera parte de las naciones del globo lo han considerado como derecho vigente. Por otra parte, ya hemos dicho aquí mismo que establecieron un régimen legal insuficiente, y no resolvieron los problemas más arduos.

Las otras tres Convenciones emanadas del procedimiento de codificación sobre temas de derecho diplomático, paradiplomático y consular recogen sólo el derecho consuetudinario, no agregan nada nuevo y se refieren a ramas y ramas del derecho de gentes, de poco interés para los países jóvenes.

Se indica al mismo tiempo que, aunque no se quiere, prevalece en el proceso de codificación el criterio de las potencias occidentales, por la razón elemental de que los países débiles no cuentan con elementos técnicos, con bibliotecas, colecciones de sentencias, especialistas, -- plantales, que capaciten a su representación a discutir en plan de igualdad con los de las naciones poderosas.

Los métodos que ha seguido la Comisión no satisfacen tampoco, ya que se considera que hay consenso evidenciado por una larga costumbre, o sea, donde las superpotencias tienen mucho que decir y los países del nuevo mundo nada pueden aportar. Es decir, para que resultara a los países débiles atractivo el trabajo de la Comisión sería menester que ella se inclinara a indagar en las zonas del nuevo derecho, y no en el que casi constituye colección de museo.

Se necesita, pues, una perspectiva más amplia de los Estados desarrollados, que les haga ver que el Derecho Internacional no es sólo una proyección de sus propias tradiciones, valores e intereses. Es preciso una aceptación madura de lo que tienen que decir los miembros menos fuertes de la comunidad internacional.

Y probablemente sería menester una reorganización a fondo del cuerpo codificador, la Comisión de Derecho Internacional, con miembros enteramente dedicados, a tiempo completo, a esa delicada función, y al mismo tiempo, la -- formación de comités nacionales, consagrados al estudio de problemas específicos del derecho de gentes.

Para concluir esta parte debe señalarse que la - CBI no es el único órgano "codificador" de las Naciones - Unidas, ya que existen otros, como v. gr., la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como comités especiales de representantes de Estados, que se han formado ad hoc, por ejemplo, el que preparó el texto de los Principios de Derecho Internacional que rigen las Relaciones de Amistad y de Cooperación entre los Estados (infra, p. 498); el Grupo de los Cuarenta, que redactó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (infra, p. 448); la Conferencia sobre el Derecho del Mar (Confemar) que produjo la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 (infra, p. - 596). Los partidarios de la CBI critican; sin embargo, - estos métodos, porque señalan que son caros, lentos y menos efectivos. Mas es indudable que la Comisión no puede entenderse con todos los tópicos, ni menos con los que están cargados de política. Estos métodos diferentes llevan una función única.

## CAPITULO SEGUNDO

**LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCION**

## 1.- DERECHO AL TRABAJO.

### PLANTEAMIENTO GENERAL.

El concepto de la vida social ha sufrido múltiples evoluciones e incidencias históricas, algunas de las cuales parecen retroceder a conceptos elaborados en etapas tempranas del pensamiento Universal.

Nuestra época ha visto surgir una serie de instituciones generadas en las luchas y manifestaciones del pensamiento del siglo anterior, que en cierto modo retornan a las concepciones Aristotélicas del hombre como animal social y aún tienen semejanza con aquella idea expresada por el Filósofo Chino Confucio, del conglomerado humano como la gran sociedad, la gran comunidad que provee para cada uno de sus integrantes.

Desde luego, los apoyos básicos de carácter filosófico, - son nuevos a partir del nacimiento del Racionalismo Cartesiano en que el fundamento de todo lo existente yace en la razón, en contraste con los sistemas de épocas anteriores en los que, el centro de todas las construcciones se hacían radicar en conceptos cosmológicos o Teológicos.

En una u otra forma; en el panorama contemporáneo se percibe cada vez mayor el predominio de las orientaciones de tipo social y el abandono de los extremismos individualistas. Corresponde a las Ciencias Filosóficas y Sociales elaborar un cuadro de convivencia en el que no se llegue al extremo también absurdo, de suprimir la característica netamente humana que es la libertad del individuo, indispensable para toda creación cultural con la necesaria ponderación de los viejos principios de Confucio y Aristóteles, ahora más que nunca presente en la experiencia histórica, a saber, que el medio social y los productos de la convivencia humana son - el polo inseparable de la conducta positiva del hombre.

Dentro de este enfoque del autodeterminio y de la integración social, se ha planteado el imperativo de preservar y proteger en forma activa por la acción del Estado, los Derechos llamados sociales, que se refieren a prerrogativas de grupos o de los individuos en función de su pertenencia a la colectividad social.

Captada la calidad humana como posibilidad de realizar potencialidades valiosas, es necesario que la convivencia le permita

las condiciones favorables para cumplir con esa realización, en forma tal, que se desarrollen las máximas posibilidades en doble beneficio del individuo que actúa y del conjunto humano que recibe las proyecciones culturales de su conducta creativa.

Hace falta encontrar las fórmulas prácticas de ejecutar esas idealidades teóricas que se han venido persiguiendo, cada vez que los grupos humanos revisan sus condiciones reales de vida y las contrastan con su sentido del deber ser. Nuestras Normas - Constitucionales han tratado de impulsar la vida colectiva en esa trayectoria ascendente, desde la Constitución de Apatzingán y los decretos emitidos por Don José M. Morales hasta la Carta Magna - de 1917, esta última con infinitas proyecciones hacia el porvenir, por sus elevados principios, por la comprensión de nuestras realidades y por la anticipación de las necesidades de nuestro desenvolvimiento económico y social.

De 1917 en adelante se han dado indiscutibles pasos de ascenso para la protección de las garantías sociales, en particular de las que benefician a los trabajadores; pero hay todavía - un largo camino que recorrer y en su trazo se ha visto fortalecido por las experiencias de las Normas Internacionales, de las Normas Reglamentarias de nuestra Constitución y de las aportaciones de pensamiento doctrinario Universal.

Queda fuera de toda duda en el momento en que vivimos - que los sistemas de convivencia Nacionales e Internacionales, deben producir las condiciones en las que todo ser humano puede - aportar su mayor esfuerzo productivo en beneficio de la sociedad y de la comunidad Internacional, de manera que reciba un nivel de vida digno y el estímulo requerido para su constante superación.

En el cuadro Legislativo Mexicano, destaca el nuevo ordenamiento Laboral que ha tratado de alcanzar avances mayores en el campo de la Justicia Social.

#### A).- EL DERECHO AL TRABAJO EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL.

En expresiones del Maestro Mario de la Cueva, la Asamblea de Querétaro que produjo nuestra Constitución, personificó - el torrente incontenible de la Revolución, en el que las fuerzas sociales y económicas, que ya no podían vivir dentro de los moldes estrechos del viejo Derecho de Propiedad y de la Empresa Feudal, rompieron los diques y crearon una nueva idea de la Justicia

Social y un concepto propio del Derecho Constitucional y de la misión que corresponde desarrollar al Estado. "... ahí se enterró la concesión individualista y liberal del Estado, quedando substituida por una idea más noble y más humana: el Estado es la organización creada por un pueblo para realizar sus ideales de Justicia para todos los hombres. La declaración de 1917 es la nueva ideal del Derecho y de la Justicia emanada de la Revolución: es una idea que encierra una de las más grandes transformaciones jurídicas de la historia: Los nuevos Derechos del hombre que entrega su energía de trabajo al reino de la economía, tiene Derecho a que la sociedad le garantice un tratamiento y una existencia dignos, sin duda, las cuestiones relativas a los trabajadores de la Industria y del Comercio poseían una importancia grande, pero el problema de la tierra era la cuestión social por excelencia: varios millones de seres humanos esperaban en el campo la respuesta a sus luchas, a sus sacrificios y a sus anhelos; tenían siglos de aguardar el triunfo de sus ideales y el retorno a las tierras de que habían sido inhumanamente despojados. El Artículo 27 es el antecedente histórico y el complemento del Artículo 123 y es por su parte, otra de las grandes transformaciones sociales y jurídicas de la Revolución. Los Artículos 27 y 123 fueron el ideal social de un siglo, pero nacieron y lucharon dentro de un mundo que está a su vez, en transformación: tampoco desaparecerán en lo futuro, pues en ellos hay algo eterno, que los colocan por encima de las Doctrinas y de los Sistemas Políticos; el trabajo es un valor fundamental y ha de prestarse siempre en condiciones que aseguren a los hombres dignidad y bienestar..."

En este mismo Artículo, el Dr. de la Cueva hace una interpretación que vale la pena mencionar, pues entra a una postura ideológica respecto del Derecho Social en nuestra Constitución de 1917. En efecto, dice: "Los Juristas se esforzaron en la demostración de que Artículo 27 se limitó a reproducir la tesis Española del dominio radical de la corona sobre las tierras de América, cuyo fundamento era la Bula Inter Caetera, dada por el Papa Alejandro VI en el año de 1493. Y es verdad que formalmente se puede conducir hasta ese año el fundamento de la declaración Mexicana, pero la idea de los Monarcas Españoles y el propósito del Congreso Constituyente son plenamente distintos: Los Reyes de España adujeron aquella Doctrina, para reforzar su poder absoluto en las tierras de América, en tanto los Congressistas de 1917 la postularon para destruir el poder absoluto de la Burguesía Territorial y para entregar las tierras a los campesinos; entre las dos posturas, existe la misma diferencia que se da entre el Absolutismo y la Libertad".

Examináremos ahora la diversa interpretación que da el Dr. Alberto Trueba Urbina, en lo que él llama la Teoría Integral del Derecho del Trabajo y de la Previsión Social. Según el Maes-

tro Trueba, a partir de la Constitución de 1917, nuestro Derecho del Trabajo es el estatuto proteccionista y reivindicador de los trabajadores. El último aspecto de la reivindicación, está apoyado claramente en la parte introductiva del discurso de Dn. Natividad Macías ante el constituyente de 1917, en él presentó un nuevo proyecto de Artículo protector, ante las presiones del Sector Revolucionario del Congreso y manifestó que esas nuevas normas - estaban encaminadas a lograr la reivindicación de los Derechos - de los trabajadores. En forma evidente, el Lic. Macías percibió la atmósfera progresista que prevalecía en el Congreso y con toda seguridad con la anuencia de Dn. Venustiano Carranza, quiso seguir esa corriente, por lo menos en su discurso y por ese motivo empleó ese término. Incuestionablemente que el Lic. Macías como todos los Juristas eminentes de aquella época, estaba familiarizado con las expresiones Marxistas Socialistas y su concepto de - reivindicación, rescate o recuperación de Derechos, correspondió a las ideas Marxistas respecto de la plusvalía, es decir, del Trabajo no pagado como fuente del capital y de la acumulación de - éste. Por eso es que el Maestro Trueba Urbina mantiene que las - normas reivindicatorias tienen por objeto que los trabajadores - recuperen la plusvalía con los bienes de la producción que provienen del régimen de explotación capitalista.

Existe una tercera postura, la cual funde la orientación socialista con el sentido de rescate de la Soberanía Nacional. - Se trata de la que fue expuesta por el Lic. Andrés Molina Enríquez, con el carácter de interpretación o más precisamente dicho, versión oficial del espíritu de nuestra Constitución y con ese Título fue publicado en boletín de la Secretaría de Gobernación, de septiembre de 1922, bajo el rubro de "El espíritu de la Constitución de Querétaro". El Lic. Andrés Molina Enríquez, según consta en dicho boletín, fué el promotor de la forma radical al Artículo 27 que contenía el proyecto del primer Jefe y él personalmente, - redactó el anteproyecto, que fue sometido a la consideración de - un grupo de Diputados Constituyentes, entre ellos los licenciados Luis Manuel Rojas, José Natividad Macías, Alberto M. González, - Hilario Medina, Pastraña Jaimes, De Los Ricos, Palavicini y los - Generales. Mújica, Calderón, De los Santos y otros, según lo relata el propio Lic. Andrés Molina Enríquez, en su Historia de la Revolución Agraria en México.

El anteproyecto fue objeto solamente de correcciones de estilo y de una adición por parte del Ing. Pastor Rovaix, para -- después presentarse al Congreso, el nuevo proyecto que fue aprobado en la sesión permanente del 29 al 31 de enero de 1917. Los - textos del anteproyecto y del proyecto fueron reproducidos y pueden consultarse en el boletín mencionado de la Secretaría de Gobernación. Ahora bien, la referida versión oficial de la carta de - Querétaro, redactada por Molina Enríquez, contiene un párrafo que otorga plenas luces sobre el punto que examinamos:

"... El hecho de que por virtud del Artículo 27 de la Constitución, el dominio en que consiste la propiedad individual que se había sustraído de la acción de las Leyes, hubiere vuelto a quedar dentro de ellas, haciendo desaparecer el punto de apoyo de las resistencias que se venían oponiendo a la expansión natural de las fuerzas sociales, produjo el efecto de hacer posible la resolución de los complicados problemas de trabajo. Porque es claro, que si tratándose de la propiedad territorial, que representa la cristalización de mayor solidez de los Derechos Humanos, la acción social podrá hacerse sentir hasta el punto de poder modificar las formas de dicha cristalización, con más razón podrá hacerse sentir sobre la propiedad mobiliaria que es la materia con que se constituyen las Empresas Industriales, haciendo que esa propiedad actúe en condiciones de satisfacer no solo los intereses de los Capitalistas, sino de los trabajadores. Los ilustrados constituyentes de Querétaro así lo entendieron y dictaron los postulados que formula y desenvuelve el Artículo 123. Dichos postulados por su generosa intención y por su facilidad de ejecución práctica, constituyen una de las mejores páginas de la nueva Suprema Ley. "El espíritu de la Constitución de 1857 era esencialmente individualista; el de la de 1917, es eminentemente colectivista. La Constitución de 1917 se apoya en la realidad, toma como punto de partida la Legislación Colonial, perfectamente adaptada a los hechos en el curso de los siglos, relaciona esa -- Legislación con el Estado Social presente y desenvuelve la misma Legislación. Orientándola a la realización de los principios jurídicos más avanzados; Dicha Constitución deriva su fuerza que -- enlaza en estrecho abrazo al pasado, al presente y al porvenir.

Cabe hacer la reflexión de que la protección de los campesinos fue más profusa en el texto Constitucional, en el aspecto del Derecho al Trabajo, que la protección de los trabajadores en general, como ya lo ha comentado el Lic. Juan Bernardo De Quiroz, pero ello se debe a que el problema de la tierra era en aquella época el más dramático y se pensó quizás, que la fuerza de los -- trabajadores organizados ampliaría en forma creciente las garantías sociales; o bien, como lo señala el Lic. Alvaro Molina Enriquez: "Probablemente los Constituyentes de 1917 pensaron que con la simple asignación de Facultades discrecionales y concentración de fuerza en el poder Ejecutivo, los caudillos que estuvieron al frente de ese poder, lograrían los postulados de cambio económico y social del ideario Revolucionario, olvidándose de las experiencias del caudillismo habidas en el siglo XIX. El hecho, es que el Derecho al trabajo de los trabajadores en general no fue explícitamente incluido en la Constitución, aunque se repite, si está dentro de su espíritu y dentro del bien y prosperidad de la Nación que cada Presidente protesta promover de los términos del -- Artículo 87 de la Ley Fundamental. Así mismo, en forma por demás obvia está incluido dentro de las modalidades que la Nación puede

imponer a la propiedad privada y al aprovechamiento de los elementos naturales para la distribución equitativa de la riqueza pública, que incluye el Artículo 27 Constitucional".

Cabe mencionar también que el Artículo 28 Constitucional ordena que: "La Ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social".

En cuanto se refiere a la tesis sustentada por el Maestro Trueba Urbina, pensamos que los Artículos 27 y 123 ha reinvindicado la soberanía regional, por encima de todo interés particular y han dado a la Nación la protesta máxima para establecer en nuestro país el tipo de sistema económico que la soberanía nacional decida como más congruente con la funcionalidad social y con el bienestar general. Este criterio de ninguna manera puede pensarse que sea opuesto al criterio socialista de reivindicación de los trabajadores, sino que le sirve de apoyo y lo comprende dentro de su generalidad. Por lo demás, la nueva Ley Federal Del Trabajo como en la aclaración de toda posible duda respecto de oposición de intereses entre la nación y los trabajadores.

En efecto el Artículo 30 de éste ordenamiento asigna al trabajo el carácter de un Derecho y un deber sociales. Por primera vez en nuestra Legislación se ha asignado a todo individuo en forma explícita el Derecho a la ocupación socialmente garantizada por una parte.

En otro ángulo, también se ha asignado a todo individuo, en forma terminante, la obligación de trabajar. Es decir, la Nación Mexicana está integrada por seres humanos que tienen el Derecho y el deber del trabajo, o sea por trabajadores en la variedad de funciones que las tareas productivas pueden asumir.

Naturalmente mientras la Nación siga aceptando el sistema de propiedad privada y de producción capitalista, la clase empresarial tendrá el carácter de concesionaria del servicio social de producir bienes y servicios, creando ocupación en condiciones de trabajo y de vida, dignas para los asalariados y sus familiares, con beneficios crecientes para estos y con el criterio reivindicatorio de la plusvalía para la mejor funcionalidad social.

## B).- PROYECCIONES DE LA GARANTIA SOCIAL DE DERECHO AL TRABAJO.

Se pueden mencionar en primer término un rasgo común a todas las garantías sociales que caracteriza también al Derecho al trabajo y es propio de las instituciones de Derecho Social: su eficacia ha requerido la integración de los Trabajadores Titulares, por diversos mecanismos representativos, en los organismos del Estado y en especial, en la elaboración de la Política Económica y Social Nacional.

Este último aspecto es de importancia especial en el caso del Derecho al trabajo, que requiere la existencia de fuentes de ocupación y remuneración dignas así como facilidades para la capacitación y formación profesional. Es decir, requiere la movilización de todo el Aparato Económico y Social de manera que pueda absorber en las condiciones citadas de dignidad, toda la fuerza de trabajo existente.

En los países de Economía centralmente planificada y dirigida en forma más o menos compulsiva, no existe gran problema pues la unidad de decisión está centralizada y su cumplimiento es impuesto vertical y horizontalmente. En los países donde todavía persisten resabios de liberalismo individualista es en donde se presentan las dificultades mayores para que el poder público pueda adoptar e imponer las decisiones necesarias.

## 2).- LIBERTAD DE TRABAJO.

### A).- EL DERECHO A LA LIBERTAD DEL TRABAJO.

El hombre vive en el mundo moderno bajo la autoridad de los Gobiernos.

La obligación de respetar sus órdenes le viene de su propia naturaleza. Se presenta al hombre como conjunto de impulsos que actúan conjuntamente en una personalidad total. Vive en comunidad con sus semejantes, se educa y se desarrolla con ellos; construye centros de diversión para reír en su compañía; y edifica iglesias para orar con ellos.

Del ensayo de su curiosidad frente a la naturaleza, desentruela su espíritu creador. Adquiere cosas, se enamora, se casa y defiende sus intereses y los de los suyos frente a la sociedad. Comer, beber, vestir, la necesidad de un hogar, son el mínimo de sus deseos humanos.

Pues bien, todos estos deseos que configuran la vida de un hombre se encuentran inscritos en la intimidad de las Instituciones Sociales. Es decir, la realidad de las Instituciones constituye la respuesta a la totalidad de los impulsos del hombre.

Desde luego, el hombre no es simplemente un ser con impulsos sino que también es un ser dotado de razón. Si observamos mesuradamente los actos, las aspiraciones, las inquietudes del hombre, podemos observar que todo ello gira alrededor de un solo fin, y ese fin es el de obtener una satisfacción subjetiva que probablemente le brinde la felicidad anhelada. Para esto reflexiona sobre su conducta. Observa la armonía y los contrastes en vida, mide -- los resultados posibles de sus actos, para aumentar la probabilidad de satisfacerse así mismo.

Ahora bien, el hecho de que el sujeto encauce su actividad a la consecución de un fin ha provocado la consideración de la personalidad humana, es decir, se ha concebido el hombre como persona.

El factor indispensable para que el individuo desenvuelva su personalidad y realice sus propios fines en la Libertad concebida como la posibilidad de actuar sin limitaciones que hagan imposible los medios necesarios para la concretización de sus fines.

Sin embargo, y dado el caso de que, como ya vimos, el -- hombre no se basta a sí mismo y tiene como necesidad imperante vivir en comunidad, se necesitan determinadas reglas para ordenar -- los hábitos de su vida. Su libertad nace principalmente del sometimiento de estas reglas, que definan las condiciones de su seguridad personal, mantienen su salud y las condiciones materiales y -- espirituales de su existencia. A estas condiciones, de la vida social sin las cuales el hombre no pueda perfeccionar y afirmar su propia personalidad se le han llamado Derechos.

Por efecto de su asociación con los demás hombres, se han impuesto restricciones a los Derechos de cada uno, pero sólo en la medida en que este sea necesario para asegurar el libre ejercicio de los Derechos de todos. La colectividad organizada, el Estado, no tiene otro fin que el de proteger y sancionar los Derechos de -- cada uno. Las Leyes tienen, por lo tanto, como fundamento el Derecho de cada uno. Imponen el Estado la obligación de proteger y garantizar los Derechos del individuo. Imponen a cada uno, la obligación de respetar los Derechos de los demás. El límite de la actividad de cada cual, tiene por fundamento y por medida la protección de los Derechos de todos.

Veros pues, que los hombres tienen Derechos para realizar su vida de la mejor manera posible; que estos Derechos son condiciones sin las cuales los individuos no pueden alcanzar la perfección de su personalidad. Una de estas condiciones fundamentales para el individuo, es el Derecho al trabajo.

El hombre vive en un mundo en el que solo puede vivir de los resultados de su propio esfuerzo. La sociedad debe proporcionar le los medios necesarios para que pueda ejercer sus funciones. Hacerle inaccesible dichos medios, sería privarle de todo aquello que hace posible la realización de su personalidad.

Por otra parte, la sociedad necesita mantener su vida, - que se le proporcionen bienes y servicios; el Derecho al trabajo significa la contribución del individuo a esos bienes y a esos servicios. El hombre no solo tiene el Derecho al trabajo, sino que al mismo tiempo, tiene el Derecho a recibir un salario adecuado a su trabajo, que le permita una vida digna.

De ahí que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fiel a este propósito que debe guiar a cualquier orden Jurídico, haya consagrado en su primer capítulo, en su Artículo 5º la Libertad de Trabajo, para todos aquellos individuos que radiquen en territorio Nacional, en los siguientes términos:

Artículo 5º "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio ó trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación Jurídica, cuando se ataquen los Derechos de tercero, o por resolución Gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofenden los Derechos de la Sociedad".

Los Derechos que consagra la primera parte del Artículo, son la Libertad de Profesión, la de Industria, la de Comercio y la de Trabajo. Estas libertades se hayan condicionadas a que cada una de las actividades protegidas sean lícitas.

Además, por lo que va a su ejercicio, sólo podrán restringirse por una determinación Judicial, si se atacan los Derechos de terceros, o por una resolución Gubernativa dictada conforme a lo prescrito por la Ley, cuando se ofenden los Derechos de la Sociedad.

La palabra Profesión, tiene en un principio un significado restringido que pertenece al Derecho Canónico y que va a la Etimología de la palabra. Profesión o acción de profesar significa declaración que se hace delante de alguien; confesión, proviene de professus, profiteri, de pro delante y fateri confesar; y significa ya en

el lenguaje del Derecho, la promesa solemne para observar los votos - de pobreza, obediencia y castidad, así como las reglas de la religión que se abraza definitivamente después de haber pagado un año de noviciado.

Posteriormente, se entiende por Profesión, la facultad u - oficio que cada uno tiene y ejerce publicamente. Así aparece explicado en los Diccionarios comunes y corrientes.

Se encuentra como elemento característico del concepto Profesión, el que se ejerza publicamente además de que constituya un medio de vida para quien lo ejerce.

Por ejercicio Público de la Profesión, debe entenderse el conocimiento que toda la gente tiene de que quién la ejerce se dedica a la actividad correspondiente. En la actualidad, el término Profesión, tiene un sentido y un significado más restrictivo al aplicarse a toda persona, que en virtud del ejercicio de cierta actividad por - el practicada, se llama Profesionista. Así son Profesionistas quienes ejercen las Profesiones llamadas Liberales, que emplean perfectamente el intelecto y que por ello se someten a una disciplina Científica.

El Título que generalmente posee el Profesionista, se obtiene mediante estudios más o menos prolongados, dirigidos y vigilados por una casa de estudios, que garantiza la efectividad de la preparación obtenida.

Objetivamente se entiende por Industria, el conjunto de - operaciones necesarias para obtener y transformar los productos naturales o las materias primas. Y en sentido subjetivo será el oficio o Profesión Mecánica que alguien ejerza para obtener y transformar los productos naturales o las materias primas.

Así que, en ejercicio de la Libertad de Industria garantizada por el precepto Constitucional, toda persona podrá dedicarse al oficio mecánico que le plazca, o poder emprender en su conjunto las operaciones necesarias para la transformación de las materias primas.

Por Comercio se entiende, según Escribano, la negociación y tráfico que se hace comprando, vendiendo o permutando unas cosas - por otras, sean frutos, artefactos, dinero, Letras de Cambio u otro papel semejante; o bien, es la negociación de las producciones de la naturaleza y de la Industria, con objeto de obtener alguna ganancia.

La libertad de Comercio otorgada por el Artículo 50 Constitucional, - ofrece un concepto más amplio, comprende varias especies de Comercio, quedando garantizado tanto el Comercio terrestre como el marítimo, el interior como el exterior, el comercio de mayoreo como el de menudeo, etc.

Por trabajo se entiende cualquier actividad del hombre destinada a la consecución de un fin.

La libertad de trabajo indica que las personas están en - actividad de acuerdo con su voluntad, para dedicarse a las más diversas actividades para la consecución de los fines que se propongan al buscar la satisfacción de sus deseos o intereses.

Como ya vimos, la primera parte del Artículo 50, concede - la Libertad de Profesión, Industria, Comercio y Trabajo, siempre y - cuando se ejercite en forma lícita, por lo que hay que determinar el contenido de la idea de licitud, que substituye la calificación de - útil y honesto, que empleaba la Constitución de 1867 y que vino a - substituir dos términos, uno de connotación moral y otro de connota- ción económica por un término Jurídico.

La etimología del adjetivo lícitos, de Licet Liceres es - permitido, está de acuerdo con su significación que es precisamente lo que está permitido por las Leyes. Se opone a Lícito, lo Ilícito, que viene a ser lo contrario a Justicia o razón, o lo no permitido por las Leyes.

La codificación Civil precisa más el concepto, estipula - que es Lícito, el hecho no contrario a las Leyes de orden Público o a las buenas costumbres.

Entre los fines que el Estado persigue, procura buscar la tranquilidad, la seguridad, el progreso y el bienestar de sus súbditos: por lo que procura mediante su Legislación, proteger ciertos - intereses de los particulares; esta protección se realiza unas veces concediendo a los mismos un ámbito de acción limitada en las relaciones con sus semejantes, otras supliendo la voluntad de los mismos e imponiéndose a dichas partes para controlar sus relaciones, y en - otras más, preservando los intereses de sus súbditos; con esto preten de evitar los abusos a que daría lugar la desigualdad económica, moral intelectual, etc., de unas personas frente a otras en el momento de efectuar sus relaciones diarias, dada la diversidad de intereses - en juego; así el Estado realiza ésto a través de sus órganos ejecutivos y con apoyo en los ordenamientos legales emanados del Poder Legislativo por lo que encontramos en las Normas Jurídicas, algunas que - prohíben hacer determinada cosa, otras que ordenan la ejecución forzo

sa de lo ordenado, otras más dejan al particular en voluntad de elegir su propio modo de actuar y finalmente otras normas se aplican a la actividad y relaciones de los sujetos de Derecho, cuando éstos han sido omisos en la expresión de su voluntad y han dejado lagunas que al Derecho toca llenar con sus normas establecidas; de aquí que a las normas se clasifican de acuerdo con la fuerza de tratamiento o sujeción en taxativas y dispositivas; las Taxativas son las que se imponen a las personas, y las Dispositivas, aquellas a las cuales los sujetos no están obligados a su acatamiento forzoso; las Normas Taxativas se dividen en Normas Imperativas y Normas Prohibitivas; estas tratan de proteger a la colectividad para el mejor desarrollo de la vida en forma pacífica entre los particulares, asegurando el orden que debe existir en todo pueblo organizado, por lo que el Legislador las ha elevado a procurar el aseguramiento del Orden Público. El Orden Público cuya contradicción origina el acto ilícito, se haya constituido por Leyes de carácter prohibitivo e imperativo, quedando excluido de él las reglas de índole permisivo o dispositivo.

Por lo que toca a buenas costumbres se alude por este concepto a una noción ética y no jurídica que aunque el Derecho invoca con frecuencia, no ha llegado a determinarse con exactitud.

Ferrara, dice haciendo alusión a este concepto, que es uno de los más vagos y elásticos del Derecho Civil y lo equipara al de moralidad Pública o conciencia moral social de determinado Pueblo y en cierto tiempo.

Dicha moral debe inspirarse en la realidad práctica actualmente sentida y puesta en obra por la generalidad de los Ciudadanos practicada por la sociedad, por exclusión de conceptos Religiosos, Nacionales o Internacionales.

Luego, serán Lícitos, aplicando lo anteriormente dicho, - las Profesiones, Industrias, Comercios y Trabajos permitidos o acordados con el orden Público, o sea el orden prohibitivo imperativo y con las buenas costumbres, o sea la Moralidad Media actual.

La segunda parte del Artículo 50 Constitucional, en su primer párrafo dice: "El Ejercicio de esta Libertad sólo podrá vedarse por determinación Judicial cuando ataquen Derechos de tercero, o por resolución Gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, - cuando se ofenden los Derechos de la Sociedad.

En efecto, como la coexistencia de los Derechos se necesita que el Derecho individual acabe donde comienza el Derecho ajeno, -

ya sea individual, ya social, dicha limitación se explica fácilmente. La transposición de los Derechos de terceros vendría significar una lesión, en estos últimos Derechos. De ahí que cuando el ejercicio de la Libertad de Profesión, Industria, Trabajo o Comercio, los vulnere, el Poder Público a través de una determinación Judicial podrá vedar dicha Libertad.

Como se ve, la limitación a que nos estamos refiriendo, -- plantea, o condiciona varios supuestos:

1.- Un sujeto ejercitando el Derecho de la Libertad de Profesión, de Industria, de Comercio o de Trabajo que le concede el precepto Constitucional.

2.- Que dicha actividad rebase los límites que el mismo Derecho concede.

3.- Que con dicha actividad, se lesionen los intereses de otro u otros sujetos considerados como terceros.

4.- Que el sujeto lesionado reclame ante la Autoridad Judicial para que le garanticen sus Derechos.

Una vez que se actualicen dichos supuestos, la Autoridad Judicial podrá imponer la sanción que le corresponda al caso, y que en este, será vedar el ejercicio de la Libertad de Profesión, Industria, Trabajo o Comercio, retrotrayendo el ejercicio de dicha Libertad a los límites concedidos por el Derecho.

Bien clara es la diferencia entre los ataques a los Derechos de un particular y los ataques a los Derechos de la Sociedad. En el primer caso, es aquel el único que recibe la ofensa, sin que al conglomerado importe poco o mucho que sus Derechos hayan sido lesionados. En la segunda hipótesis, es el conglomerado quien directamente ve mermados sus intereses.

Estos intereses del conglomerado o Derechos de Sociedad se componen de Normas Económicas, de Trabajo, Agrarias, Familiares, Inquilinarias, Educativas, Culturales, Asistenciales de Seguridad Social que tienen como meta el de proteger la Sociedad frente a terceros y el de colocar en un mismo plan a los débiles frente a los poderosos.

Pues bien, cuando en ejercicio de la Libertad de Profesión, Industria, Trabajo o Comercio, se ataquen los Derechos a que me he referido con anterioridad, la Autoridad Administrativa estará facultada

para restringir el ejercicio de dicha Libertad, siempre y cuando la -  
resolución a la Ley limitativa correspondiente.

Dentro de las resoluciones Gubernativas a que se refiere -  
el Artículo, cabe comprender cualesquiera determinación que el Ejecu-  
tivo tiene el ejercicio de las atribuciones que le están conferidas -  
por la Constitución.

Además, la resolución Gubernativa, según lo dispone el --  
Artículo Constitucional, deberá estar dictada en los términos que mar-  
ca la Ley. Esta condición se impone al observar que el fin persegui-  
do por el autor de la disposición Constitucional, al exigir que la re-  
solución Gubernativa debe ser dictada en los términos legalmente marca-  
dos, no es otro que el de encuadrar la actividad del Gobernante den-  
tro de un marco infranqueable de legalidad.

En resumen, esta limitación se encuentra condicionada a lo  
siguiente:

1.- Un sujeto ejercitando el Derecho de la Libertad de -  
Profesión, Industria, Trabajo o Comercio.

2.- Que dicha actividad rebase los límites, dentro de los  
cuales es legal su ejercicio.

3.- Que al rebasar dichos límites, se ofendan Derechos de  
la sociedad.

4.- Que dichos Derechos de la Sociedad se encuentren en -  
Normas expedidas por el poder Legislativo y que estén en vigor.

5.- Que la Autoridad Administrativa competente, tenga co-  
nocimiento de esa ofensa a los Derechos de la Sociedad.

Una vez satisfechos los anteriores supuestos podrá la Auto-  
ridad Gubernativa, vedar la Libertad de Profesión, Industria, Comer-  
cio o Trabajo y tan solo hasta encuadrarla dentro de los límites Leg-  
ales que le corresponden.

Otra limitación contenida en el Artículo 59 de nuestra Car-  
ta Magna, es aquella que encontramos en su segundo párrafo y que -  
dice:

"La Ley determinará en cada Estado cuales son las Profesiones que necesitan Título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las Autoridades que han de expedirlo".

Este Artículo, en una restricción respecto de ciertas Profesiones que no pueden ejercerse, sino mediante Título debidamente expedido por las Autoridades correspondientes.

Esta limitación plantea varios supuestos a efecto de poder ejercer determinada Profesión, y que son:

1.- La existencia de una Ley, que determine que Profesiones requieren Título y la Autoridad que ha de expedirlo;

2.- Que si la arriba mencionada Ley lo determina, los sujetos que quieren ejercer actividad de tipo profesional, cumplan con la formalidad de obtener Título. Por ende, toda persona que desea dedicarse a alguna actividad para cuyo desempeño se requiera Título correspondiente, debe obtener éste de la Autoridad u organización designados por la Ley como competentes para expedirlo.

Otra limitación Constitucional a la Libertad de trabajo es la contenida en el Artículo 5º de la Ley Suprema, que dice:

"Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales - sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la Autoridad Judicial, el cual se sujetará a lo dispuesto en las fracciones I y II del Artículo 123".

"En cuanto a los servicios Públicos, solo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las Leyes respectivas, el de las armas y los Jurados, así como el desempeño de los cargos cíviles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuitos los servicios Profesionales de índole Social serán obligatorios y retribuidos en los Términos de la Ley y con las excepciones que esta señala".

El Artículo que examinamos, distingue perfectamente entre trabajos personales y servicios Públicos. Los primeros es decir, los que se prestan de particular a particular, debe tener en todo caso la

condición de ser convenidos y retribuidos, pero respecto de los segundos, habrá ocasiones en que sea lícito exigirlos sin esos requisitos. Esos casos están señalados en el segundo párrafo del Artículo, y como se trata de limitaciones a una garantía Constitucional, no pueden extenderse a otras materias que las especificadas en el Texto Constitucional.

La obligatoriedad en el desempeño de los servicios Públicos se justifica plenamente, pues su ejercicio tiene un gran interés social, al cual ningún miembro del conglomerado debe ser ajeno.

Dicho interés está colocado sobre las voluntades particulares por lo que toda persona debe contribuir a servirlo. Habrá pues, necesidad de exigir ciertos servicios que interesan a la comunidad, sin retribución ni consentimiento, pero es preciso determinarlos con claridad para evitar abusos y esto es lo que ha hecho el presente Artículo, limitándolos a cuatro categorías:

- A).- El Servicio de Armas,
- B).- Los Cargos Electorales,
- C).- Los Cargos Concejiles y
- D).- Los De Jurado.

Lo relativo al servicio de las armas está relacionado con los Artículos 35, Fracción IV y 36, Fracción II; es pues una obligación de todo Mexicano, pero tal servicio aunque obligatorio solo deberá prestarse en los términos que establezca la Ley Federal respectiva ( Ley del Servicio Militar Obligatorio ).

Las funciones Electorales, son indispensables para la marcha Política de un Estado Democrático, en que los cargos Públicos proceden de nombramiento popular. En cuanto a los cargos concejiles, en la decisión habido en la Comisión encargada de redactarse este punto, se dijo que "No se refería a todos los servicios Municipales, sino solo los cargos en el Ayuntamiento y se les hace Obligatorio, porque el Ayuntamiento es la forma de Gobierno más indispensable para la subsistencia de la Sociedad y ningún Ciudadano debe excusarse de pertenecer a ése Gobierno cuando a él es llamado por la agrupación correspondiente". Respecto de los Jurados, la propia Constitución considera su servicio como gratuito y Obligatorio por su misma importancia y por haber sido un servicio habitual.

Fuera de los casos enumerados con anterioridad y que se refieren a servicios Públicos, el trabajo personal sin retribución ni consentimiento, únicamente puede ordenarse como pena por la Autoridad Judicial.

El Artículo 32 de la Constitución, establece limitaciones directas al trabajo de extranjeros, al expresar que los Mexicanos serán preferidos a ellos, en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del Gobierno en que no sea indispensable la calidad de Ciudadano. En tiempo de paz ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o Seguridad Pública.

También establece el mencionado Artículo, que para pertenecer a la Marina Nacional de Guerra o a la Fuerza Aérea, y desempeñar cualquier cargo o comisión en ellas, se requiere ser Mexicano por nacimiento. Esta misma calidad será indispensable en Capitanes, Pilotos, Patrones, Maquinistas, Mecánicos, y de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronaves que se ampare con la Bandera o insignia Mercante Mexicana. Será también necesaria la calidad de Mexicano por nacimiento para desempeñar los cargos de Capitán de Puerto y todos los servicios de practicaaje y Comandante de Aeródromo, así como todas las funciones de Agente Aduanal en la República. En materia de contratación, el Artículo 123 Constitucional fija las bases sobre las cuales debe establecerse la relación Obrero-Patronal, influyendo en su forma y en su contenido.

Si el Derecho del Trabajo tiene como finalidad, proteger el Desarrollo Físico, Moral y Cultural del trabajador, así como garantizarle un estándar de vida, es natural que para la realización de esta finalidad reglamente la relación de trabajo para evitar el excesivo desgaste de la energía del trabajador y para fijar un salario que le permita colocarse en un nivel Social adecuado.

El Artículo 123, al regular la relación de trabajo, establece un contrato mínimo, no queriendo decir esto, que la Libertad de las partes se vea limitada al fijar las condiciones bajo las cuales debe prestarse el servicio, sino por el contrario, pueden fijar las condiciones que deseen siempre que estén por encima de las contenidas en el Artículo 123 Constitucional. Pero, en todo caso, las partes tienen absoluta Libertad, para formar o no, la relación de trabajo, imponiéndose imperativamente las bases del Artículo 123, que a continuación expongo:

A).- Jornada de trabajo: se impone una jornada máxima de ocho horas. (Fracción I).

B).- Trabajo Nocturno, insalubre o peligroso; en esta Fracción se nos indica que la Jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas, que quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de 16 años. Queda también prohibido a unas y a otros el trabajo nocturno Industrial; y en los establecimientos Comerciales no podrán trabajar después de las diez de la noche. (Fracción II).

C).- Trabajo de Jóvenes y Niños; aquí se limita la jornada máxima para los jóvenes mayores de doce años y menores de dieciséis, a seis horas. También encontramos prohibición terminante de protección para los menores de doce años de edad, cuyo trabajo no podrá ser objeto de contrato. (Fracción III).

D).- Descanso Semanario; Esta Fracción limita el trabajo semanal, pues por cada seis días de trabajo, el operario deberá disfrutar de un día de descanso cuando menos. (Fracción IV).

E).- Trabajos antes del Parto, Descansos en la Lactancia; En esta Fracción existe una prohibición para las mujeres, de desempeñar trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable, durante los tres meses anteriores al parto y suspensión total del trabajo en el mes siguiente al parto, en el que disfrutarán forzosamente de descanso; además en el período de Lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos. (Fracción V).

F).- Condiciones nulas de los Contratos de Trabajo; En la Fracción XXVII se consideran nulas y por lo tanto no obligan al trabajador a cumplir con su contrato, las cláusulas que, aunque están expresadas:

A).- Las que estipulen una jornada inhumana, por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo.

B).- Las que fijan un salario que no sea remunerador a juicio de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

C).- Las que estipulen un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal.

D).- Las que señalen un lugar de recreo, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago del salario, cuando no se trate de empleados en esos establecimientos.

E).- Las que entrañen obligación directa o indirecta de - adquirir los Artículos de consumo en tiendas o lugares determinados.

F).- Las que permiten retener el salario en concepto de - multa.

G).- La que constituyen renuncia, hecha por el Obrero, de las indemnizaciones a que tenga Derecho por accidente del trabajo y - Enfermedades Profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contrato, o por despedirse de la obra.

H).- Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún Derecho consagrado a favor del Obrero en las Leyes de - protección y auxilio a los trabajadores.

Una última limitación Constitucional de la Libertad de que estamos refiriendo, es la contenida en la Fracción VIII del Artículo 130 de nuestra Carta Magna que dispone que: "Para ejercer en los -- Estados Unidos Mexicanos el Ministerio de cualquier culto se necesita ser Mexicano por Nacimiento". Como se vé, ningún Extranjero o Mexicano por Naturalización, puede desempeñar el Sacerdocio de algún culto por prohibírselo así la Ley Mexicana.

B).- LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TRABAJO PARA EXTRANJEROS EN LA - LEGISLACION MEXICANA.

A).- CONDICION DEL EXTRANJERO EN MEXICO.

No fue hasta 1857 en que se definió por primera vez la condición Jurídica del Extranjero en México; ante la Constitución de - Apatzingan consideró "Ciudadanos de esta América a todos los nacidos en ella, en sus Artículos 13 y 14.

El Plan de Iguala de 1821 no hacía la distinción entre Nacionales y Extranjeros.

La Constitución de 1857, reconoció los Derechos del hombre como base y objeto de las Instituciones Sociales, igualando para el - goce de estos Derechos a Nacionales y Extranjeros. Así en su Sección III, Artículo 33, se expresaba diciendo:

"Los Extranjeros tienen Derecho a las garantías otorgadas en la Sección I, Título I, de la presente Constitución, salvo en todo

caso la facultad que el Gobierno tiene para expeler al Extranjero - pernicioso. Tienen además obligación de contribuir para los gastos Públicos, de la menra que dispongan las Leyes y Autoridades del - País".

Además diferenció perfectamente entre Nacionales y Extranjeros, afirmando que los últimos eran aquellos que no poseían las calidades de Mexicanos, entendiendo por éstos a:

- 1.- Todos los nacidos dentro o fuera del territorio de - la República de padres Mexicanos.
- 11.- Los Extranjeros que se hubieren naturalizado conforme a las Leyes de la Federación.
- 111.- Los Extranjeros que hubiesen adquirido Bienes Raíces en la República o tuviesen hijos Mexicanos, siempre que no hubiesen manifestado resolución de conservar - su Nacionalidad.

Como se vé, había igualdad de condiciones tanto para Nacionales como para Extranjeros.

La primera Ley de Extranjería publicada en 1886, distinguió enumerativamente entre Nacionales y Extranjeros, y se dedicó íntegro el Capítulo IV a los Derechos y Obligaciones de los últimos.

Así en su Artículo 2º especifica que son Extranjeros:

I.- Los nacidos fuera del territorio Nacional que sean - súbditos de Gobiernos Extranjeros y que no se hayan Naturalizado en - México.

II.- Los hijos de Padres Extranjeros o de Madre Extranjera y Padre desconocido, nacidos en Territorio Nacional, hasta llegar a la edad en que conforme a la Ley de Nacionalidad del Padre o de la Madre respectivamente, fuesen mayores. (Transcurrido el año siguiente a esa edad, sin que ellos manifestaran ante la autoridad Política del lugar de su residencia que siguen la Nacionalidad de Padres, se les consideraba como Mexicanos).

III.- Los ausentes de la República sin licencia ni comisión del Gobierno, ni por causa de estudios, de interés Público, de

establecimiento de Comercio o de Industria, o de Ejercicio de una - Profesión, que dejaron pasar diez años sin pedir permiso para prorrogar su ausencia. (Este permiso no excedía de cinco años y se necesitaba de justas y calificadas causas, según expresa el texto del mismo Artículo, para obtener cualquier otro).

IV.- Las Mexicanas que contrajeron matrimonio con Extranjero; conservando su carácter de extranjeras aún durante la viudez. (Disuelto el Matrimonio, la Mexicana de origen podía recuperar su Nacionalidad, siempre que además de establecer su residencia en la República manifestara, ante el Juez de su domicilio su resolución de - recobrar esa Nacionalidad).

V.- Los Mexicanos que se Naturalicen en otros Países.

VI.- Los Mexicanos que sirvieren oficialmente a Gobiernos Extranjeros en cualquier empleo Político Administrativo, Judicial, Militar o Diplomático sin licencia del Congreso.

De acuerdo con esa Ley, los extranjeros gozaban en la República de los Derechos Civiles que correspondan a los Mexicanos y - de las garantías otorgadas por la Constitución.

Estaban obligados a contribuir por los gastos Públicos de la manera que dispusieran las Leyes y a obedecer y respetar las Instituciones, Leyes y Autoridades del País.

La única limitación que se les imponía era la relativa al goce de los Derechos Políticos que competen a los Ciudadanos Mexicanos; por tanto no podían votar, ni ser votados para cargo alguno de elección Popular, ni ser nombrado para cualquier otro empleo o comisión propios de las carreras del Estado; igualmente no podían pertenecer al ejército, Marina o Guardia Nacional, ni asociarse para tratar de los asuntos políticos del País; ni ejercer el Derecho de petición en esa misma clase de negocios.

Los Extranjeros estaban exentos del Servicio Militar; sin embargo, los domiciliados tenían obligación de hacer el de Policía - cuando se tratara de la seguridad de las propiedades y de la conservación del orden en la misma Población en que estuviesen radicados.

La Constitución de 1917 y la Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934, determinan que son Mexicanos por nacimiento:

I.- Los que nazcan en Territorio de la República, sea -  
cual fuere la Nacionalidad de sus Padres.

II.- Los que nazcan en el extranjero de Padres Mexicanos,  
de Padre Mexicano y Madre Extranjera, o de Madre Mexicana y Padre -  
desconocido, y

III.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronau-  
ves Mexicanas, sean de Guerra o Mercantes.

Así mismo, determina que son Mexicanos por Naturalización:

I.- Los Extranjeros que obtengan de la Secretaría de Re-  
laciones Exteriores Carta de Naturalización; y

II.- La mujer Extranjera que contraiga matrimonio con Me-  
xicano y tenga o establezca su domicilio dentro del Territorio Nacio-  
nal.

El Artículo 33 de la misma Constitución declara que son -  
Extranjeros los que no posean las calidades determinadas de antela-  
ción.

Estos tienen Derecho a las garantías que otorga el Capítu-  
lo I de la Constitución; pero el Ejecutivo tendrá facultad exclusiva  
de hacer abandonar el Territorio Nacional, inmediatamente y sin necesi-  
dad de Juicio Previo, a todo aquel cuya permanencia juzgue inconve-  
niente.

Así que, como veros, en principio el Extranjero se asimila  
al Nacional, pero no tiene el ejercicio de los Derechos Políticos y -  
están sujetos a los siguientes Derechos y Obligaciones:

I.- Están exentos del Servicio Militar, sin embargo tie-  
nen obligación de hacer el de vigilancia, cuando se trate de la segu-  
ridad de las propiedades y de la conservación del orden de la misma -  
Población en que estén radicados.

II.- Están obligados a pagar las contribuciones Ordina-  
rias y Extraordinarias y a satisfacer cualquier otra prestación pecu-  
naria, siempre que sean ordenadas por las Autoridades y alcancen a -  
la generalidad de la Población en que residen.

A pesar de que la Nacionalidad es uno de los factores en los que se basa la sujeción Personal o Derecho del Estado para gravar a un sujeto, cualquiera que sea el origen de su Capital o Renta. Sin embargo, la obligación de pagar impuestos es un principio igual para Nacionales y Extranjeros, los primeros están obligados por su Nacionalidad y secundariamente por los otros conceptos de sujeción (domicilio, origen de la renta, etc.). Los segundos en virtud del domicilio, o porque se realizan en la República los actos gravados, o en ella tienen estos actos sus afectos Jurídicos o Económicos, o en ella tienen sus Capitales, o porque en ella se encuentran las fuentes de la renta.

Existen, sin embargo, en la República Mexicana, ciertos Impuestos especiales que se causan por los extranjeros, como son -- los que se cubren por internación por prórroga de estancia, por cambio de calidad Migratoria o por obtención de la calidad de Inmigrados.

Hay otros casos en que se exceptúa del pago de ciertos Impuestos al Extranjero, como en el caso de los representantes y Agentes Diplomáticos de Naciones Extranjeras, de los Impuestos Personales y Aduanales, en el caso de reciprocidad. (Art. 16, Fracción IV del Código Fiscal).

III.- También están obligados a obedecer y a respetar -- las Instituciones, Leyes y Autoridades, sujetándose a los fallos y sentencias de los Tribunales sin poder intentar otros recursos que los que las Leyes conceden a los Mexicanos; solo pueden apelar a la Vía Diplomática en los casos de denegación de Justicia o retardo voluntario y notoriamente malicioso en su Administración.

IV.- Se limita la capacidad del Extranjero para adquirir el dominio de las Tierras y Aguas de la Nación, en las Fronteras y en las Costas, así el Artículo 27 de la Constitución en su -- Fracción Primera, expresa que:

"Solo los Mexicanos por Nacimiento o por Naturalización y las Sociedades Mexicanas tienen Derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo Derecho a los Extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como Nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

En una franja de cien kilometros a lo largo de las Fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los Extranjeros adquirir el dominio directo sobre Tierras y Aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses Públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a Juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder Autorización a los Estados Extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la Propiedad Privada de Bienes Inmuebles necesarios para el Servicio Directo de sus Embajadas o Legaciones".

V.- Por lo que respecta a la capacidad del Extranjero - para adquirir Bienes por Testamento; la tiene, pero tiene las limitaciones establecidas en la Constitución política de la República Mexicana y de sus Leyes reglamentarias.

Sin embargo, por falta de reciprocidad Internacional, son incapaces de heredar por Testamento o por Intestado, los Extranjeros que, de acuerdo con las Leyes de su País, no puedan testar o dejar - por intestado sus Bienes a favor de Mexicanos.

VI.- Y en cuanto a las Asociaciones y a las Sociedades - Extranjeras de carácter Civil y Mercantil pueden ejercer sus actividades, pero deberán estar autorizadas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, y para obtener dicha autorización, debe:

1).- Demostrar estar constituidos de acuerdo con las Leyes de su País y que sus estatutos nada contienen que sea contrario a las Leyes Mexicanas de orden Público.

2).- Comprobar que tienen representante domiciliado en - el lugar donde van a operar, suficientemente autorizado para responder las obligaciones que contraigan las mencionadas personas morales.

VII.- Por último, por lo que se refiere a trabajo de los Extranjeros en la Legislación Mexicana, diremos aquí brevemente para completar este cuadro de Derechos y Obligaciones del Extranjero, y - solamente de una manera enunciativa como han quedado todos los anteriores problemas, que la Ley Mexicana:

1).- Limita el trabajo remunerativo de los Inmigrantes, - quienes solo pueden desarrollarlo previo permiso especial.

2).- Limita a un 10% el máximo de trabajadores Extranjeros a toda Empresa de cualquier naturaleza. (Artículo 7º de la Ley Federal del Trabajo).

Vamos a estudiar a continuación si dichas limitaciones -- son lícitas o no y el criterio que ha seguido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto.

#### B).- LA LEY GENERAL DE POBLACION.

Los Extranjeros pueden internarse legalmente en la República Mexicana como no Inmigrantes y como Inmigrantes.

##### Los No Inmigrantes.

No Inmigrantes es el Extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna temporalmente en el País:

- 1).- Con Móviles de Recreo;
- 2).- En el Tránsito para otro País;
- 3).- Para dedicarse al ejercicio de alguna actividad Artística, Científica, Deportiva o de Negocios, lícita y honesta; que sea lucrativa o remunerativa y -- que tenga carácter temporal, y
- 4).- Para proteger su Libertad o su vida de persecuciones Políticas.

##### Su Condición:

El Turista, o sea el no inmigrante comprendido en el punto uno del párrafo anterior, será autorizado para permanecer en México hasta por seis meses.

Podrá internarse el País por razones de salud para visitar Instituciones Médicas, Clínicas o Balnearios Curativos y está facultado para ejercer, durante su estancia en el País, actividades Deportivas, Artísticas y Científicas no remuneradas ni lucrativas.

El transmigrante, o sea el no Inmigrante comprendido en el punto dos, será autorizado hasta por treinta días única y exclusivamente para el objeto de su internación. No se le podrá cambiar su calidad migratoria por ningún concepto.

El no inmigrante o visitante comprendido en el punto tres, será autorizado hasta por seis meses prorrogables una sola vez por igual temporalidad, excepto si se trata de ejercer actividades Artísticas, Deportivas o Científicas en el que tales actividades sean de notoria conveniencia para el País.

El no inmigrante comprendido en el punto cuatro será autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias especiales del interesado.

Como se ve, a los Únicos no inmigrantes que se les permiten actividades remunerativas son a los visitantes que deberán solicitar su permiso de internación, por medio de la Compañía o Sociedad interesada en su Legal entrada. Los permisos de internación para los visitantes contienen las actividades a las cuales el extranjero se va a dedicar, durante su estancia, y desde esa fecha de su entrada hasta la de su salida del País, no podrán desarrollar otra actividad, que la mencionada en sus documentos Legales.

#### Los Inmigrantes.

Inmigrante es el Extranjero que interna Legal y condicionalmente en el País con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiera la calidad de inmigrado.

Pueden internarse los Inmigrantes con los siguientes propósitos:

- 1).- Para disfrutar de sus rentas, pensiones, depósitos, cuentas Bancarias o cualquier otro ingreso permanente y lícito.
- 2).- Para invertir su capital en cualquier ramo de la Industria, la Agricultura o el Comercio de Exportación, en forma estable y distinta a la de Sociedades por acciones.
- 3).- Invertir su capital en certificados, Títulos o Bonos del Estado o de las Instituciones Nacionales de Crédito, en la forma y términos que determine la Secretaría de Gobernación.

4).- Los profesionistas en casos excepcionales y de acuerdo con las Leyes vigentes en la materia.

5).- Para asumir la Administración u otro cargo de responsabilidad y absoluta confianza al servicio de las Empresas o Instituciones establecidas en la República Mexicana, siempre que a juicio de la Secretaría no exista duplicidad de cargos y que el servicio de que se trate amerite la internación.

6).- Para prestar servicios técnicos o especializados que no pueden ser prestados, a Juicio de la Secretaría de Gobernación, - por residentes en el País.

7).- Para iniciar, completar o perfeccionar sus estudios en Planteles Educativos Oficiales o Particulares incorporados.

8).- Para vivir bajo la Dependencia Económica del cónyuge o de algún pariente sanguíneo dentro del tercer grado, Inmigrante, - Inmigrado o Mexicano. Los hijos, hermanos y sobrinos varones, sólo podrán admitirse dentro de esta categoría, cuando sean menores de edad, salvo que tengan un impedimento debidamente comprobado, a Juicio de la Secretaría de Gobernación, para trabajar.

Requisitos exigidos por la Secretaría de Gobernación a los Extranjeros para poder internarse al País bajo las categorías arriba mencionadas:

A).- Inmigrante Rentista.

Para que se conceda el permiso, deberá justificarse ante la Secretaría de Gobernación que el extranjero disfruta de rentas, - pensiones, depósitos, cuentas bancarias o cualquier otro ingreso permanente y lícito por una cantidad no menor de mil pesos mensuales.

En caso de solicitar la internación de miembros de su familia el monto de los ingresos mínimos señalados con antelación se aumentará a razón de quinientos pesos mensuales por cada persona mayor de quince años, que integra la familia. Además, serán admitidos bajo la condición de que no se dediquen a ninguna actividad remunerada o lucrativa; pero podrá autorizarles para que realicen investigaciones lícitas en la República.

Para que se les conceda el refrendo anual, deberán justificar que subsisten las fuentes de ingresos por las cuales se les concedió el permiso internacional.

B).- Inmigrante Inversionista.

El permiso como inversionista se concederá al Extranjero exclusivamente para que invierta su capital en cualquier ramo de la Industria, la Agricultura, o el Comercio de Explotación y en consecuencia no comprenderá actividad, Empresa o Negocio distintos.

Dicha inversión será por un mínimo de \$400,000.00 si el inmigrante pretende establecerse en el Distrito Federal o Estados - Límites; y de \$200,000.00, si la inversión se hace en cualquier otra Entidad.

Al conceder la Autorización la Secretaría de Gobernación señalará el Capital mínimo que habrá de ser invertido, la clase y el lugar de la inversión y las demás modalidades a que está sujeta e igualmente, fijará el plazo dentro del cual deberá quedar hecha, de acuerdo con su naturaleza.

Los inmigrantes inversionistas no podrán dedicarse a ninguna otra actividad remunerada o lucrativa distinta de la tención o dirección del negocio o empresa relacionados con la inversión. Para que se les otorgue el refrendo anual, deberán exhibirse comprobantes que justifiquen a satisfacción de la Secretaría de Gobernación de -- que subsiste la inversión que se hizo.

C).- Inversionista en Valores.

La internación se autorizará exclusivamente para que el Extranjero invierta su Capital en Certificados, Títulos o Bonos de la Federación o en acciones u obligaciones expedidas por Instituciones Nacionales de Crédito, siempre que en este último caso, los valores respectivos sean de los aprobados para inversiones de Capital, - reservas de Instituciones de Crédito, Seguros y Finanzas.

El Capital invertido, en esos valores deberá ser suficiente para producir ingresos no menores de Mil Pesos Mensuales para el Extranjero y de Quinientos Pesos extras para cada persona de su familia que desee internar.

Una vez realizada la inversión, los Certificados, Bonos o Valores en que consista, deberán depositarse en la Nacional Financiera o en la Institución de Crédito que determine la Ley correspondiente, y a disposición de la Secretaría de Gobernación. El Extranjero podrá retirar libremente las cantidades que perciba por concepto de

intereses o dividendos, pero el depósito de los Valores subsistirá a disposición de la Secretaría de Gobernación mientras el Extranjero permanezca en el País en calidad de Inmigrante.

La Secretaría de Gobernación podrá autorizar la venta o Substitución de los valores, siempre que los ingresos que se obtengan con los nuevos valores reúnen los mismos requisitos que los anteriores.

Si el Extranjero renunciare a su permiso de internación como Inmigrante y abandonare el País u obtuviera la calidad de Inmigrado, la Secretaría de Gobernación autorizará la devolución de los valores depositados.

Para obtener el refrendo anual, se exhibirá constancia de la Institución de Crédito, certificando que subsiste el depósito de Valores que sirvió de base para conceder el permiso de internación.

#### D).- Inmigrante Profesionista.

Nos se concederá a ningún Extranjero Profesionista, permiso como Inmigrante para ejercer su Profesión, sino cuando se sujete a las Leyes y disposiciones aplicables. A éste respecto nos señala la Ley Reglamentaria del Artículo 50 Constitucional en sus Artículos 189 y 200 que los Extranjeros que poseen cualquier Título Profesional sólo podrán ser admitidos por la Secretaría de Gobernación, -- para:

I.- Ser profesores de especialidades que aún no se enseñan, o en la que se acuse indiscutible y señalada competencia en concepto de la Dirección General de Profesiones.

II.- Ser consultores ó instructores destinados al establecimiento, organización o instalación de planteles de enseñanza Civil o Militar, y Laboratorios o Institutos de carácter esencialmente Científicos; y

III.- Ser directores técnicos en la explotación de los Recursos Naturales del País, con las limitaciones que establezca la Ley Federal del Trabajo.

Así que la Secretaría de Gobernación sólo podrá autorizar la internación de Profesionistas Extranjeros de acuerdo con las anteriores Normas.

Para que se les otorgue el refrendo anual de su documentación Migratoria, deberá exhibirse constancia de que subsisten las condiciones que se tomaron en cuenta al autorizar su internación.

#### E).- Cargos de Confianza.

Los Extranjeros pueden internarse en la República Mexicana como Inmigrantes para desempeñar puestos de confianza. Estos cargos de confianza son limitados por la propia Secretaría de Gobernación, a puestos de verdadera responsabilidad e importancia y de absoluta confianza dentro de las compañías que soliciten la internación del Extranjero, como son el de Gerente General, Superintendente, Tesorero.

La internación deberá ser solicitada por alguna Empresa o Institución establecida en la República y cuyo Capital no sea menor de \$400,000.00 Pesos, si está establecida en el Distrito Federal o Estados Limitrofes, o no menor de \$200,000.00 Pesos si está establecida en cualquier otra parte. También puede solicitar la internación una persona física, que deberá demostrar que en el Negocio o Empresa de que se trate existe una inversión cuyo monto no sea inferior al Capital mínimo mencionado.

Para conceder el refrendo anual se deberá acompañar con la solicitud respectiva una constancia de la persona, Empresa o Institución que pidió la internación, en la que aparezca que el Extranjero de que se trata continúa prestando sus servicios.

#### F).- Técnicos y Trabajadores Especializados.

Aquí, nuevamente la solicitud de internación deberá hacerla, una Empresa, Persona o Institución domiciliada en la República, quien deberá demostrar la necesidad de la utilización de los servicios del técnico o trabajador especializado Extranjero.

No será necesario que el técnico o trabajador especializado exhiba Título Profesional, cuando por naturaleza del trabajo no se requiera, pero cuando la Secretaría de Gobernación lo estime necesario podrá exigir a su criterio, se justifique que el Extranjero posee la capacidad y conocimiento de la materia.

Tendrá obligación, el Extranjero que entre al País con la Categoría mencionada, de instruir en su especialidad, por lo menos a un Mexicano y para que se le otorgue el refrendo anual de su documentación migratoria deberá demostrar que continúa prestando sus servi-

cios a la Empresa o Persona que solicitó su internación y exhibirá - constancia de que se ha cumplido con el requisito de dar instrucción a Mexicanos, un informe sobre el desarrollo y progreso de esa Institución.

G).- El Inmigrante Estudiante y el Familiar.

Como los inmigrantes que entren al País a estudiar o a depender económicamente de un familiar, no pueden desempeñar trabajos remunerados, tendrán que demostrar ante la Secretaría de Gobernación para obtener su internación o el refrendo correspondiente:

A).- El inmigrante estudiante, que tiene percepción periódica y regular de medios económicos para su sostenimiento.

B).- El inmigrante familiar, que la persona de la que va a depender es solvente económicamente, para atender las necesidades de que se trate.

Solo cuando fallezca la persona bajo cuya dependencia económica vivía o por fuerza de causa mayor o caso fortuito debidamente comprobados, la Secretaría de Gobernación podrá autorizarlos para - que desempeñen actividades remuneradas o lucrativas, a fin de ayudar o de sostener a la familia.

Condición General del Inmigrante.

Los inmigrantes se aceptan hasta por cinco años y tienen obligación de comprobar a satisfacción de la Secretaría de Gobernación que están cumpliendo con las condiciones que les fueron señaladas al autorizar su internación a fin de que sea refrendada, si procede, su documentación migratoria.

La admisión como inmigrantes implica la obligación para - el Extranjero de cumplir estrictamente con las condiciones que le fi- jen en su permiso de internación. Así que las limitaciones a su Li- bertad de Trabajo son lícitas, puesto que la duración del empleo o - de la situación por la cual se ha internado legalmente en el País, - condiciona el de su estancia.

Ya viros como el Estado, en virtud de su soberanía tiene el Derecho de subordinar la admisión de los Extranjeros en su propio

territorio a determinadas condiciones, las cuales, en caso de no ser cumplidas conceden al Estado otro Derecho: El de expulsar al Extranjero de su territorio.

El hecho de que un Extranjero se interne en la República Mexicana al Amparo de un permiso implica la aceptación de las condiciones, modalidades y obligaciones que se identifiquen en el mismo.

La Secretaría de Gobernación tiene la facultad para variar o modificar la calidad migratoria de un extranjero o las condiciones a que esté sujeta su estancia en el País a petición del interesado y cuando medien causas que lo ameriten.

#### Los Inmigrados.

Inmigrado es el Extranjero que adquiere Derechos de radicación definitiva en el País.

#### Adquieren esta Calidad:

A).- Los inmigrantes que hayan residido legalmente en el País cinco años, y

B).- Los Extranjeros que hayan permanecido en territorio Nacional sin llenar los requisitos Legales, si comprueban haber residido en el País durante diez años.

#### Condición de los Inmigrados.

1).- El inmigrado podrá dedicarse a cualquier actividad lícita; sin embargo, la Secretaría de Gobernación tiene la facultad de imponerle limitaciones a sus actividades, ya sea en el mismo oficio que se le reconozca esta calidad o en cualquier tiempo posterior, siempre y cuando dichas limitaciones sean Constitucionales.

2).- El inmigrado puede entrar y salir del País libremente, pero si permaneciere en el Extranjero dos años consecutivos, perderá su calidad migratoria, también la perderá si en su lapso de diez años estuviere ausente más de cinco años.

3).- Tienen Derecho a las garantías que otorga el Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4).- Por lo que respecta a condiciones de Trabajo, el Artículo 123B de nuestra Constitución asegura a los trabajadores Mexicanos; por lo que el Extranjero que presta un servicio goza de todos los beneficios del Derecho de Trabajo: Estos beneficios comprenden salarios, duración del trabajo, horas extras, vacaciones pagadas, trabajos nocturnos, protección a las mujeres, etc.

5).- Como ya vimos anteriormente, existe igualdad de trato en cuanto impuestos y contribuciones que gravan al trabajo.

6).- Tiene Derecho a afiliarse a las Organizaciones Sindicales, pero ningún Extranjero que sea miembro de un Sindicato podrá desempeñar puestos en la directiva de la agrupación.

7).- Finalmente tienen el Derecho y la obligación de inscribirse en el Instituto Mexicano del Seguro Social, ya como patrones, ya como obreros. En este último caso tienen Derecho a todas las prestaciones de la Institución.

Sin embargo, y a pesar de que ya ha adquirido Derechos de radicación definitiva, por lo que respecta a la Libertad de Profesión y de trabajo, se les ha impuesto la obligación de ejercer las Profesiones Técnico-Científicas y se ha limitado a un 10% como máximo el porcentaje de Extranjeros en las Empresas.

A continuación, estudiaremos si dichas limitaciones están de acuerdo con la Constitución Mexicana que concede a los Extranjeros en su Artículo 33B, las garantías individuales consignadas en su Capítulo I, entre las cuales se encuentra la de Profesión, Industria, Trabajo y Comercio.

C).- PROHIBICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES TÉCNICO-CIENTÍFICAS A LOS EXTRANJEROS EN LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5º CONSTITUCIONAL.

#### SU ANTICONSTITUCIONALIDAD:

Las garantías individuales no son ilimitadas, como ya lo estudiamos, no en todo caso ni bajo toda condición o circunstancia - pueden hacerse exigibles frente al Estado. Dichas Garantías, consiguientemente tienen limitaciones, las cuales pueden ser Constitucionales y puramente Legales.

En el primer caso, la propia Constitución directamente establece la limitación o consigna la reglamentación de los mencionados Derechos.

En el segundo caso, cuando se trata de limitaciones Legales Constitucionales, las garantías individuales son restringidas por la reglamentación a que la propia Constitución remite. Aquí la Ley fundamental en forma originaria prevee la limitación o la reglamentación de la garantía individual.

Por último, la limitaciones Legales contienen una reglamentación cuya fuente es la Ley ordinaria, sin que tales limitaciones o reglamentaciones estén previstas en la Ley Constitucional.

En relación con estas dos últimas limitaciones, surge el problema de la Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de sus disposiciones, pues toda norma debe de encontrar justificación en la Ley fundamental.

Será anticonstitucional una norma, cuando contrarie principios Jurídicos-Fundamentales, cuando no encuentre justificación en la Constitución, cuando viole una regla expresa de la Ley fundamental o establezca una prohibición donde la Ley Constitucional otorgue una libertad o en otras palabras, cuando una Ley secundaria limitativa o reglamentación de una garantía individual descarte o niegue el Derecho que deriva de ésta.

Ahora revisemos, una vez hechas estas consideraciones, la Constitucionalidad del Artículo 152 de la Ley de Profesiones que expresa que ningún Extranjero podrá ejercer en el Distrito las Profesiones Técnico-Científicas.

La Constitución Política Mexicana mantiene en sus Artículos 10 y 332 que todo individuo gozará en la República de las garantías que otorgan y que los Extranjeros tienen Derecho a las garantías individuales que concede en su Capítulo I.

Entre dichas garantías individuales, se encuentra la Libertad de Trabajo, consagrada en el Artículo 52 Constitucional, que dispone que: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la Profesión, Industria, Comercio o Trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta Libertad solo podrá vedarse por determinación Judicial, cuando se ataquen los Derechos de Terceros o por Resolución Gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofendan los Derechos de la Sociedad".

Del precepto Constitucional antes transcrito se deduce - que el constituyente quiso otorgar sin distinción de raza, condición,

Estado, sexo o nacionalidad entre las garantías individuales, la Libertad de ejercer el trabajo o la profesión lícitas que mejor le acomode al individuo, disponiendo que sólo podrá vedarse esa Libertad cuando ataquen derechos de terceros o se ofendan Derechos de la Sociedad.

Ahora bien, si observamos en la Ley reglamentaria del Artículo 5º Constitucional el Artículo 15º que prohíbe a todo Extranjero ejercer en el Distrito Federal las Profesiones Técnico-Científicas, el Artículo 16º que por excepción y de acuerdo con ciertos requisitos otorgue permiso temporal para ejercer alguna profesión, a los Profesionistas Extranjeros que comprueben ser víctimas en su País de persecuciones políticas y el Artículo 18º que limita el ejercicio Profesional de los Extranjeros a tres casos, podemos ver claramente que se encuentra en franca contradicción con la Libertad de Profesión y Trabajo lícito que más convenga, otorgada Constitucionalmente a todos los individuos incluyendo a los Extranjeros porque el Artículo Constitucional al respecto no contiene prohibición expresa, ni fundamento alguno en que pueda basarse dicha prohibición.

Finalmente, la Libertad de dedicarse a lo Profesión, Industria, Comercio o Trabajo lícito, consignada en el Artículo 5º Constitucional se otorga a todos los individuos incluyendo a los Extranjeros, mientras que el Artículo 15º de la Ley de Profesiones, en completa discordancia con el precepto Constitucional veda dicha Libertad, sin mediar resolución Gubernativa o Judicial y sin que exista ataque a los Derechos de tercero o de la Sociedad. Así mismo carecen de fundamento Constitucional las modalidades impuestas para el ejercicio Profesional de los Extranjeros Naturalizados Mexicanos, consignadas en los Artículos 16º y 18º de la misma Ley de Profesiones.

En consecuencia, por contrariar principios Constitucionales, por encontrar justificación en la Constitución, y por establecer una prohibición donde el constituyente estableció una Libertad, los Artículos 15º, 16º y 18º de la misma Ley de Profesiones, son Anticonstitucionales.

Afortunadamente éste ha sido el criterio de la Suprema Corte, cuyas ejecutorias a continuación expongo y en contra de las cuales ya no queda que decir:

1.- "De acuerdo con los Artículos 1º y 3º de la Constitución los Extranjeros gozan de las garantías individuales que otorga aquella incluyendo las consignadas en el Artículo 5º que dispone que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la Profesión, Industria, Comercio o Trabajo que le acomode, siendo lícito;

igualmente gozan los Extranjeros de la garantía consagrada en el mismo, que establece entre otras cosas, que no puede admitirse convenio por el cual el hombre renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada Profesión, Industria o Comercio".

2.- "La distinción establecida para los Extranjeros por los Artículos 150 y 250, 180 y 190 de la Ley de Profesiones establecen un distingo que no tiene base en la Constitución y que por tanto viola garantías individuales".

3.- "De acuerdo con los Artículos 10 y 330 de la Constitución los Extranjeros gozan de las garantías individuales que otorga aquella, incluyendo las consignadas en el Artículo 50, que disponga que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la Profesión, Industria o Trabajo que le acomode, siendo lícito; igualmente gozan los Extranjeros de la garantía consagrada por el mismo, que establece entre otras cosas, que no puede admitirse convenio por el cual el hombre renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada Profesión, Industria o Comercio".

4.- "El Artículo 150 de la Ley reglamentaria del Artículo 50 Constitucional prohíbe en términos generales, a los Extranjeros, la actividad profesional, y en caso de excepción de los asilados Políticos en el Ejercicio de las Profesiones está restringido a los objetos limitativamente señalados por el Artículo 180 de la misma Ley, en la inteligencia de que esas restricciones abarcan también a los Extranjeros que ya ejercían al entrar en vigor la Ley mencionada, según lo prescribe el Artículo 130, transitorio; y como los Artículos 10 y 330 Constitucionales dan Derecho a los Extranjeros a las garantías que otorga la misma Constitución entre las que se hallan en las del Artículo 50, abiertamente pugna esa restricción con la Libertad del ejercicio profesional que se garantiza por la Constitución para todos los habitantes del País, Nacionales y Extranjeros, sin que la facultad reservada a las Entidades Federativas para la reglamentación de las Profesiones, incluye la posibilidad de establecer a este respecto diferencias entre unos y otros, ni aún a Título de modalidades del ejercicio profesional pues no se compadecerían las restricciones impuestas a los Extranjeros, con la Libertad que en forma tan amplia constituye la garantía otorgada sin distinción de Nacionalidades. La potestad que la Fracción XVI, del Artículo 750 Constitucional da al Congreso de la Unión para dictar Leyes sobre Nacionalidad y condición Jurídica de los Extranjeros, no puede servir de apoyo para establecer en materia de ejercicio profesional la discriminación de Nacionales y Extranjeros, porque en todo caso, las Leyes deben ser respetuosas de las garantías que la misma Constitución establece y porque el citado precepto no consigna limitación alguna al ejercicio profesional de los Extranjeros, y por lo mismo, no restringe las garantías del Artículo 50 Constitucional".

5.- "La negativa de la Dirección General de Profesiones, para autorizar el ejercicio Profesional al quejoso, por ser Extranjero, apoyada en el Artículo 150 de la Ley de Profesiones, es violatoria de garantías, sin que obste el que una resolución sea provisional y que solo procede el Amparo contra la violación definitiva de garantías y no cuando ésta sea temporal, ya que el carácter provisional de la resolución no significa que exista en su contra algún recurso ordinario, sino solo que dura el tiempo que tarda en resolverse en definitiva la solicitud de registro del Título".

6.- "Como los Artículos 19 y 330 Constitucionales, dan Derecho a los Extranjeros a las garantías que otorga la misma Constitución, entre las cuales se halla la del Artículo 50, es indudable que la Ley de Profesiones es Violatoria de garantías, en cuanto establece restricciones a los Extranjeros, pues aunque la Facultad reglamentaria está reservada a las Entidades Federativas, no incluye la posibilidad de establecer diferencias entre Mexicanos y Extranjeros, ni aún a Título de modalidades del ejercicio Profesional".

#### D).- LIMITACIONES A LOS EXTRANJEROS EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

##### SU LICITUD:

Los antecedentes de éstas limitaciones se encuentran en el Decreto del 15 de enero de 1925, expedido por la Legislatura del Estado de Veracruz, por medio del cual se reformó la Fracción II del Artículo 330 de la Ley del Trabajo de aquella Entidad en el sentido de que toda Empresa debería, en igualdad de circunstancias, preferir a los trabajadores Mexicanos por nacimiento y que en todo caso, debería utilizar cuando menos un 80% de Mexicanos.

El Artículo 90 de la Ley Federal del Trabajo de 1931 -- aumentó dicho porcentaje a un 90%, en Empresas en que el número total de trabajadores empleados sea mayor de cinco, pues en caso contrario el tanto por ciento será de ochenta.

En la Nueva Ley Federal del Trabajo de 1970, en su Artículo 72 señala que: "En toda Empresa o establecimiento, el Patrón deberá emplear un 90% de trabajadores Mexicanos, por lo menos".

Tanto el Decreto de la Legislatura Veracruzana como la disposición limitativa de la Ley Federal del Trabajo, plantearon un fuerte problema a las Autoridades de Trabajo y a la Suprema Corte de Justicia puesto que los Extranjeros alegaron la violación de los Artículos 19 y 52 de la Constitución, ya que en su opinión se restringía sin fundamento, el Derecho de toda persona a dedicarse a la Profesión, Industria o Comercio que le acomodara siendo lícito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, estudió varias veces el problema, hasta que el 24 de enero de 1935, dictó la ejecutoria de Jesús Rementería y Congravidos a la que muy poco tiene que agregarse:

"Las Leyes del Trabajo que limitan a un por ciento determinado, el número de trabajadores Extranjeros que pueden tener cada Empresa, estableciendo, a la vez, la proporción de trabajadores Mexicanos, no violan el Artículo 12 de la Constitución, que establece: que todo individuo, sin distinción de Nacionalidad, gozará de las garantías que otorga la Constitución, porque este precepto de violación que no puede existir por sí solo, ya que para que el Artículo 12 sea violado, es preciso que se cometa una violación a las garantías que otorgan los Artículos siguientes, toda vez que dicho precepto no consigna ninguno especial.

Tampoco violan esas Leyes, las garantías del Artículo 50 Constitucional, ya que no impiden a los Extranjeros dedicarse al Comercio o trabajo que les acomode: pues esas Leyes se limitan a fijar a las Empresas las reglas, conforme a las cuales, deberán celebrar contratos de trabajo, lo que no implica prohibición para los Extranjeros, de dedicarse al mismo Comercio o Trabajo, ya sea como trabajadores libres o en Empresas que no ocupen más del tanto por ciento - que las Leyes del Trabajo establezcan para los trabajadores Extranjeros las mismas prerrogativas que a sus Nacionales, o por el contrario, puede y debe dictar todas aquellas disposiciones que tiendan a proteger a estos últimos.

Es un hecho que en esta última clase de disposiciones - existen en todos los Países; a partir del siglo pasado, la política de los Estados es eminentemente proteccionista, a fin de evitar la competencia que la Industria Extranjera hace a la Nacional, y si se admite esta protección, por lo que el Capital Nacional se refiere, - no se ve porque no haya de aceptarse protección semejante para los trabajadores. El Derecho Internacional acude en apoyo de esta tesis, bastando, al efecto, citar la determinación adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de la Sociedad de las Naciones Unidas, en la sesión celebrada en Washington, el día 24 de octubre de 1919, en la que dice: "La Conferencia General recomienda que cada uno de los miembros de la Organización Internacional del Trabajo, asegure bajo reciprocidad, en las condiciones convenidas entre los Países interesados, a los trabajadores Extranjeros, ocupados en sus territorios y a sus familiares, el beneficio de sus Leyes y protección obrera, así como el goce de Derechos de Asociación, reconocidos en los límites de las Leyes, a sus propios trabajadores". Como se ve, la misma Oficina Internacional del Trabajo reconoce que solamente bajo el principio de la reciprocidad están los Estados obligados a conceder a los Trabajadores Extranjeros, las mismas medidas de protección que a sus Nacionales".

En general, la trayectoria de la Suprema Corte de Justicia ha sido de respaldar la Política de Protección a la clase obrera, expresando que las medidas que se dicten en beneficio del Obrero Mexicano, fijando el porcentaje que de obreros deban de utilizar las Empresas, son perfectamente lícitas si no contrarían ni a la Constitución, ni a los Tratados Celebrados en otros Países, ni al Derecho Internacional.

La limitación desde luego es Constitucional puesto que el espíritu de dicha disposición no contraría el precepto constitutivo de la Libertad de Trabajo, ya que no impide a los Extranjeros dedicarse a la Profesión, Industria, Comercio o Trabajo que les acomode, como lo determina el criterio de la Suprema Corte.

Tampoco contraría el Derecho Internacional, puesto que México solo se ha obligado en materia de condición de trabajo de Extranjeros a concederles igualdad de trato; y a este respecto, como ya hemos visto, el Artículo 123o beneficia a los Mexicanos y a los Extranjeros con las mismas condiciones laborales.

Por otra parte, la razón es muy clara, en México, donde abunda el Capital Extranjero habría utilización excesiva de Trabajadores Extranjeros en caso de no existir dichas limitaciones, trayendo como consecuencia graves perjuicios para el obrero Nacional.

En atención a su carácter Soberano, cada Estado puede desarrollar la Política proteccionista que más le convenga en cuanto a los trabajadores Nacionales, y limitar en esa forma el número de trabajadores Extranjeros. En el fondo es un problema de Política Migratoria, por lo que hay que justificar las restricciones al trabajo de Extranjeros, por medio de limitaciones a la inmigración, condicionando la entrada de Extranjeros a determinada ocupación o situación migratoria, para que una vez que adquieran Derechos de radicación definitiva se les permita dedicarse a la que más le acomode, sin más limitaciones que aquellas que se dicten en protección del Obrero Nacional.

### 3.- DERECHO PARA ASOCIARSE.

Se han dado en la Doctrina distintas definiciones del Derecho de Reunión, como la del distinguido Jurista Maurice Ravicou: "La reunión se compone de hombres que se agrupan momentáneamente, con el único fin de estar juntos o de pensar conjuntamente".

Se desprenden los siguientes elementos de la definición:

A).- Un Grupo de Hombres.

B).- Se reúnen fuertemente.

C).- La Finalidad es Labor Juntos o Pensar Conjuntamente.

La Constitución de 1917 consagró el Derecho de Reunión o - Asociación en el Artículo 92: "No se podrá coartar el Derecho de Asociarse ó reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los Ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos Políticos del País. Ninguna Reunión armada tiene - Derecho de deliberar.

No se considera ilegal, y no podrá una Asamblea o Reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto o una Autoridad, si no se profieren Injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligar la a resolver en el sentido que se desea".

Por su naturaleza Jurídica, podemos afirmar que pertenece al Derecho Público, es decir, contempla al hombre frente al Estado, - otorgándole la oportunidad de ejercitar sus Derechos individuales, -- desgraciadamente en la mayoría de los casos su reglamentación es tal, que prácticamente queda anulado.

A).- DERECHO DE SOCIEDAD.

La Doctrina define el Derecho de Sociedad así: "La Sociedad es un contrato por el cual dos o más personas deciden formar un - fondo común mediante las aportaciones de cada una de ellas, con el - fin de dividirse los beneficios que puedan resultar".

Por su parte el Código Civil de 1928 en su Artículo 2668 define así al Derecho de Sociedad: "Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos - para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente - económico, pero que no constituya una especulación comercial.

Desde el punto de vista de su naturaleza Jurídica, podemos afirmar que se trata de un Derecho de las Obligaciones, es decir, un Derecho Privado, un Derecho Patrimonial; lo que distingue a este tipo de sociedad de la mercantil, es que ésta última tiene como finalidad el lucro. De cualquier modo el Derecho de Sociedad, en un régimen Capitalista, sirve a la clase dominante acrecentar su Capital.

## B).- DERECHO DE ASOCIACION.

Los tratadistas de Derecho del Trabajo lo han definido - como "Un agrupamiento permanente de hombres para la realización de - un fin común".

Sin embargo, la anterior definición no basta, por lo que es necesario recurrir al Código Civil de 1928 que en su Artículo - 2670 define así al Derecho de Asociación: "Cuando varios individuos convienen en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la Ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación".

Es así que el Derecho de Asociación se nos presente con - las siguientes características:

- A).- Es un Agrupamiento de Personas.
- B).- Con carácter Permanente.
- C).- Con una finalidad lícita.
- D).- Con fines que no sean de carácter económico de manera preponderante.

Las relaciones que existen entre el Derecho General de - Asociación y el Derecho de Asociación Profesional, han sido discutidas por diversos tratadistas de Derecho del Trabajo allegándose con nitidez tres posturas fundamentales:

A).- La que sostiene que el Derecho General de Asociación se encuentra insito en el Artículo 90 de la Constitución de 1917, es decir, viene siendo el género, en tanto que el Derecho de - Asociación Profesional imbitito en el Artículo 123º, Fracción XVI, - viene siendo una especie de aquel.

B).- La segunda corriente asienta que se trata de dos Derechos distintos, ya que el Artículo 90 consagra las garantías individuales, en tanto que el Artículo 123º se refiere a Derechos Sociales.

C).- Por último, hay quienes afirman que son Derechos diversos, pero que entre ellos existen relaciones.

De las tres tesis anteriores, creo que es correcta la que sostiene que se trata de dos Derechos distintos, no creemos que solo se trate de la conquista paulatina del Derecho Universal de Asociación, sino que se trata de un Derecho de clase, que fue conquistado, entre otras cosas, por la constante lucha del Proletariado, además es un Derecho Social muy distinto al Derecho Público.

El Derecho de Asociación como postulado Social, la Asociación Profesional o Reunión Legal de los trabajadores para luchar por sus intereses, por sus Derechos Revolucionarios, en oposición a la Empresa Capitalista, pretende unir a toda persona que se ostente bajo la denominación de trabajador, comprendiendo así a los trabajadores Extranjeros, que ningún obstáculo tiene para pertenecer al Sindicato Obrero, salvo la limitación contenida en el Artículo 372º de la Ley Federal del Trabajo, que dice: "No podrán formar parte de la Directiva de los Sindicatos:

- I.- Los trabajadores menores de dieciséis años; y
- II.- Los Extranjeros.

Entendemos por Sindicato a la Asociación de Trabajadores o patronos constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses.

La figura del trabajador Extranjero pudiera ser peculiar dentro de la Organización del mismo, sin embargo, es una obligación de dicho individuo al haber sido aceptado en la comunidad Mexicana, disfrutando de todas las prerrogativas de los Trabajadores Nacionales, el coligarse en unión de los demás trabajadores, en defensa de sus intereses, promoviendo al mismo tiempo, el respeto a nuestro Artículo 123º y su Doctrina Social, que al parecer está siendo olvidada por las nuevas clases revolucionarias.

Consideremos a la huelga como el medio de acción para elevar los salarios o impedir su baja; definida por la Ley como la suspensión temporal del trabajo, llevada a cabo por una coalición de -- trabajadores, visto lo cual, el no Nacional podrá participar en la misma si es lícita, es decir, si tiene por objeto, alguno de los puntos protegidos por el Artículo 450º de la Ley.

Cabe advertir, que estos dos conceptos, o sea, el Sindicalto y la Huelga, se hayan protegidos por el Artículo 9º Constitucional que consigna el Derecho de Asociación, sin embargo, dada la índole especial que se dá a las organizaciones Sindicales y a las Huelgas en nuestra realidad Mexicana, podría el Ciudadano Extranjero verse en el caso de violar la disposición de la misma Carta Suprema, -- que le prohíbe reunirse para discutir sobre los asuntos Políticos del País.

#### 4).- LIMITACIONES.

En principio, podemos decir que el Extranjero dentro de nuestro Orden Jurídico goza de todas las garantías individuales, si entendemos estas como aquellos Derechos fundamentales indispensables para la realización de la persona humana, o Derechos Públicos subjetivos.

Lo anterior tiene su fundamento en el Artículo 1º Constitucional que consagra la garantía de igualdad y que a la letra dice: "Artículo 1º, en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución ..."

Dentro del término "Todo Individuo" quedan comprendidos tanto Nacionales como Extranjeros, cualquiera que sea la calidad migratoria de estos últimos, es decir, pueden ser transmigrantes, asilados políticos, etc.; basta con pisar tierras Mexicanas para hacer se acreedor del Estado Mexicano del goce de las garantías que otorga nuestra Carta Magna.

Refiriéndose a las garantías individuales, la Suprema Corte ha sentado la siguiente ejecutoria: "Garantías individuales: Su naturaleza.- Conforme a nuestra organización Política, todo individuo que reside en México, disfruta de las garantías individuales que el Código fundamental de la República otorga, y entre las cuales figuran en primer término, la Libertad, la Propiedad y otras de menor importancia. La situación Jurídica de los individuos, en todo el País, es el goce de tales Derechos y cuando algunas Autoridades constituidas conforme a la propia Constitución, dicta una orden o ejecuta un acto que afecte cualesquiera de dichas garantías como lo parea objeto de este acto, por su simple carácter de residente en la República, disfruta y tiene Derecho a continuar disfrutando de ellas, debe presumirse que se comete, en su perjuicio, una violación, porque se ataca el goce de tales Derechos. Pero como la misma Constitución establece restricciones a las mencionadas garantías y facultades a las Autoridades para que, en ciertas condiciones, las afecten, éstas facultades de la Autoridad, o éstas restricciones de las garantías, son verdaderas excepciones al goce de ellas, y no se realizan sino en determinados casos, cuando acontecen algunas circunstancias del -

hecho, previstas en la Constitución. Así es que las personas no tienen que probar que se encuentran disfrutando de la garantía violada, porque este es el Estado Natural y General de toda persona en México pero el acto que restringe o afecta a la garantía, y que es una excepción a aquella regla general, si debe ser objeto de prueba, por que es necesario hacer patente que se han realizado las condiciones que la Constitución ha impuesto para que una Autoridad tenga facultades de hacer algo contrario a dichas garantías. La Autoridad, por el simple hecho de serlo, no tiene facultad de restringirlas, por lo que es necesario que para ello existan determinadas circunstancias concretas, de las cuales deriva esa facultad. Es pues necesario la prueba de esas circunstancias, porque en Juicio debe probarse los hechos que afecten un Derecho o que ocasionen su ejercicio".

Se desprende de la anterior ejecutoria que cualquier persona que se encuentre dentro de nuestro territorio gozará por ese solo hecho de todas las garantías individuales.

En el Artículo 2º de la Constitución encontramos otra garantía de igualdad dirigida fundamentalmente a los extranjeros: -- "Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del Extranjero que entren al Territorio Nacional alcanzarán, por ese sólo hecho, su Libertad y la protección de las Leyes".

El Artículo 5º Constitucional establece la garantía específica de Libertad de Trabajo que alcanza también a los Extranjeros; pero con algunas limitaciones. La primera parte del citado Artículo 5º dice lo siguiente: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la Profesión, Industria, Comercio o Trabajo que le acomode, siendo lícitos". La única limitación al ejercicio de esta garantía es que la actividad sea lícita.

Con respecto del ejercicio Profesional por parte de los Extranjeros en el Distrito Federal, la Ley General de Profesiones, en sus Artículos 15º, 18º y 25º, van más allá de la Constitución violando genéricamente sus Artículos 1º y 33º, y específicamente el Artículo 5º.

El Artículo 15º de la Ley de Profesiones dice lo siguiente: "Ningún Extranjero podrá ejercer en el Distrito Federal las Profesiones Técnico-Científicas que son objeto de esta Ley". "Los Mexicanos por Naturalización que hubieran hecho todos los estudios superiores en los planteles que autoriza ésta Ley quedarán en igualdad de condiciones, para el ejercicio Profesional, a los Mexicanos por Nacimiento".

Por lo que se refiere al primer párrafo del Artículo antes citado es prtente la violación de la garantía específica de Libertad de trabajo consagrada en el Artículo 5º Constitucional al restringir dichas garantías por el solo hecho de tener una distinta Nacionalidad.

Interpretando el segundo párrafo del mismo Artículo a -- contrario senen, los Mexicanos por Naturalización que hayan todos - sus estudios superiores en el Extranjero, no podrán ejercer en el - Distrito Federal.

Como se pueda ver, esta distinción es injusta y sin fundamento alguno, ya que se prohíbe el ejercicio Profesional por la - sola situación de haber hecho estudios en planteles Extranjeros, sabiendo que en muchos casos, la preparación es mejor en aquellos que en los Nacionales. Por otra parte, hace una distinción infundada - entre Mexicanos por Nacimiento y Mexicanos por Naturalización.

El Artículo 17º del mismo ordenamiento señala que: "Los Títulos expedidos en el Extranjero a Mexicanos por nacimiento serán registrados por la Secretaría de Educación, siempre que los estudios que comprende el Título Profesional sean iguales o similares a los que se imparten en los planteles dependientes del Estado".

Este Artículo viene a reafirmar lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 15º, ya que dá plena validez a los estudios hechos en el Extranjero por los Mexicanos por Nacimiento y no los hechos por Mexicanos por Naturalización y mucho menos a los Extranjeros.

El Artículo 18º de la Ley que comentamos señala limitativamente las actividades que, como Profesionistas, pueden desempeñar los Extranjeros y los Mexicanos por Naturalización. De estos últimos se entiende que se trata de aquellos que hayan hecho sus estudios superiores en el Extranjero. Estos sólo podrán:

I.- Ser profesores de Especialidades que aún no se enseñen o en las que acusen indiscutible y señalada competencia en concepto de la Dirección General de Profesiones;

II.- Ser consultores o instructores destinados al establecimiento, organización o instalación de planteles de enseñanza - Civil o Militar, y Laboratorios o Institutos de carácter Científico; y

III.- Ser Directores Técnicos en la explotación de recursos Naturales del País, con las limitaciones que establece la Ley Federal del Trabajo y demás relativos.

De modo que, según este precepto, los Extranjeros hayan o no sus estudios en Planteles Nacionales autorizados por la Ley, sólo pueden dedicarse a las actividades antes señaladas, contra viendo lo preceptuado por el Artículo 5º Constitucional.

En lo tocante a los Mexicanos por Naturalización, están en la misma situación si han hecho sus estudios superiores en el Extranjero.

El Artículo 19º previene lo siguiente: "El ejercicio de las actividades que limitativamente concede el Artículo 18º a los Extranjeros y Mexicanos por Naturalización, será en todo caso de carácter temporal y estará sujeto a las condiciones que imponga el Ejecutivo Federal". Por lo que toca a este Artículo, nos percatamos que no sólo restringe las actividades del Extranjero en cuanto a la materia, sino también en cuanto al tiempo.

Por su parte, el Artículo 25º del mismo ordenamiento señala la que: "Para ejercer en el Distrito Federal cualquiera de las Profesiones Técnico-Científicas a que se refieren los Artículos 2º y 3º, se requiere:

I.- Ser Mexicano por Nacimiento o por Naturalización y estar en pleno goce y ejercicio de sus Derechos Civiles;

II.- Poseer Título legalmente expedido y debidamente registrado; y

III.- Obtener de la Dirección General de Profesiones, patente del ejercicio.

Este Artículo nuevamente hace exclusión de los Extranjeros para el ejercicio de su Profesión aunque tengan Título Legalmente expedido por alguno de los planteles que establece la Ley.

El Artículo 16º del mismo ordenamiento señala un solo caso en que los Extranjeros pueden ejercer en el Distrito Federal, diciendo que: "Sólo por excepción podrá la Dirección General de Profesiones de acuerdo con los Colegios respectivos y cumplidos los requisitos que establece la Ley, conceder permiso temporal para ejercer alguna Profesión de las clasificadas en el Artículo 2º, a los Profesionistas Extranjeros residentes en el Distrito Federal que comprueben ser víctimas en su País de persecuciones políticas".

Este Artículo nos inclina a pensar que la discriminación hecha a los Extranjeros con motivo del ejercicio profesional en el Distrito Federal podría tener como objetivo, una tendencia proteccionista de los Nacionales y la no distinción de planteles educativos; pues, acaso un anillado Político no es Extranjero con estudios hechos en otro País.

Con base en ésta Ley, la Dirección General de Profesiones ha venido negando sistemáticamente el registro de títulos expedidos a favor de Extranjeros, ya sea por planteles autorizados por la Ley o por Instituciones Extranjeras.

De los visto anteriormente, pueden presentarse las siguientes situaciones respecto al ejercicio Profesional de Extranjeros y Mexicanos por Naturalización:

- A).- Extranjeros con Estudios Superiores en otro País.
- B).- Extranjeros con Estudios Superiores en planteles Autorizados por la Ley.
- C).- Mexicanos por Naturalización con Estudios en el Extranjero.

Para todos éstos casos en que la Dirección de Profesiones ha negado el Registro de los Títulos respectivos, la Suprema Corte ha resuelto favorablemente los Amparos interpuestos por los quejosos.

Existe una limitación Constitucional a la Libertad de Trabajo y es la consignada en el Artículo 130Q, el cual en su párrafo VIII dice: "Para ejercer en los Estados Unidos Mexicanos el Ministerio de cualquier culto, se necesita ser Mexicano por Nacimiento".

Interpretando este párrafo a contrario sensu los Extranjeros no pueden ser Ministros de cualquier culto.

En realidad vemos que este mandato Constitucional se viola constantemente.

#### LIMITACION AL DERECHO DE PETICION.

El Artículo 89 de la Constitución establece que: "Los --

Funcionarios y empleados Públicos respetarán el ejercicio del Derecho de petición, siempre que se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en Materia Política sólo podrán hacer uso de este Derecho los Ciudadanos de la República".

También con base en el Artículo 10 y 330 Constitucionales, todo Extranjero gozará del Derecho de petición, excepto en materia Política.

#### LIMITACION A LA LIBERTAD DE ASOCIACION.

El Artículo 9º establece la Libertad de Asociación en los siguientes términos: "No podrá coactar el Derecho de Asociarse o reunirse con cualquier objeto lícito; pero solamente los Ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos Políticos del país".

Así pues, el Extranjero también goza de la Libertad de Asociación, siempre que no se trate de Asuntos Políticos del país.

Así también, encontramos varias limitaciones a los Extranjeros en nuestra Constitución, de las cuales señalamos las más interesantes en el estudio del tema que tratamos.

Podemos concluir, manifestando que el Extranjero en su carácter de tal, al igual que el Nacional en nuestra Constitución vigente, goza y disfruta de todas y cada una de las garantías individuales otorgadas por la misma, en sus primeros 290 Artículos.

En la misma Constitución se encuentran las limitaciones y modalidades que establece a todos los habitantes del Territorio Nacional, ya sean estos Nacionales o Extranjeros. Por lo que hace a los Extranjeros existe en la Constitución prohibiciones absolutas para inmiscuirse en asuntos de carácter Político, así como limitaciones por lo que hace al aspecto Religioso. Estas prohibiciones como limitaciones se dan para garantizar el buen funcionamiento y estabilidad Política de su Gobierno, cuidando así, de que cualquier persona extraña al país pueda sublevar a los habitantes de la Nación en contra de sus Autoridades u Organismos Políticos fundamentales, es por lo mismo que se lo prohíbe a los Extranjeros inmiscuirse en asuntos Políticos del país. Así mismo podemos sacar a colación que lo que sirve de base y fundamento a nuestra Constitución Política vigente, para la aplicación de las garantías individuales que en beneficio de los individuos se encuentren dentro del Territorio Nacional, es la propia personalidad humana en su aspecto Universal sin distinción de ninguna clase.

**CAPITULO TERCERO**

1).- EN EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN SU EMBAJADA EN TERRITORIO NACIONAL.

La Ley federal del Trabajo de 1970, considera al trabajador "Como todo aquel que presta un servicio personal a otro mediante una remuneración".

El Artículo 123º de la Constitución protege al trabajador, ses Nacional, Extranjero o Emigrante. Con lo cual podemos afirmar - que los trabajadores Extranjeros que prestan servicios en sus Embajadas, también extranjeras, por el solo hecho de estar dentro de Territorio Mexicano, tienen la protección de nuestras Leyes, las cuales - no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella establece.

La Ley Federal del Trabajo emana del Artículo 123º Constitucional, precursora de la tendencia protectora del trabajador, reconoce, integra y reivindica los Derechos del Trabajador Extranjero y cuida al mismo tiempo de establecer excepciones.

El Estado Mexicano, en la Convención de Viena de Abril de 1961 que versó sobre las Relaciones Diplomáticas de los Países miembros de la O.N.U., reconoció las inmunidades y privilegios en beneficio de las Embajadas Extranjeras en nuestro País, con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las Misiones Diplomáticas en calidad de representantes de los Estados.

Con lo cual los altos Funcionarios y Empleados de las Embajadas Extranjeras en nuestro País, se regirán por las Leyes de su propio País; ya que así se ha establecido en los diversos Convenios y Tratados Internacionales; y que el Estado Mexicano ha aceptado.

Ya estudiada la situación que priva la relación de el Trabajador Extranjero en su Embajada en Territorio Nacional, podemos afirmar: Las Leyes Mexicanas del Trabajo protegen en forma general tanto a Nacionales como a Extranjeros. Por supuesto que las Embajadas aplican las Leyes de su País para regular las prestaciones de servicios de sus empleados, siempre y cuando no sean estos empleados Nacionales del País en que se encuentran establecidas.

Tenemos una nueva situación a estudiar, en la cual si -- intervienen trabajadores mexicanos, y es: El trabajo del Mexicanos - en Embajadas Extranjeras en Territorio Nacional.

2).- EL TRABAJO DE MEXICANOS EN EMBAJADAS EXTRANJERAS EN TERRITORIO NACIONAL.

Ya hemos establecido que, tanto la Constitución como la Ley Federal del Trabajo protege a Trabajadores Mexicanos, Extranjeros o Emigrantes. Con lo cual los Trabajadores Mexicanos que prestan servicios en Embajadas Extranjeras en Territorio Nacional, gozarán de la protección de las Leyes Nacionales.

En virtud de que las Leyes Mexicanas brindan a los Extranjeros sus beneficios, es obligación de los mismos, que funjan como Patrones o bien como sus representantes, cumplir con lo estatuido por el Artículo 132º de la Ley Federal del Trabajo, el cual entre otras obligaciones patronales determinan las siguientes:

El cumplimiento de las disposiciones de las Normas de Trabajo aplicables a sus Empresas o Establecimientos;

El pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones, los cuales no podrán ser menores a los fijados por la Ley;

El proporcionar con oportunidad los útiles o instrumentos de trabajo requeridos;

El guardar a los trabajadores las debidas consideraciones en el trato;

El expedir, a solicitud del trabajador, las constancias que éste necesite sobre el trabajo desempeñado;

El conceder a los trabajadores el tiempo necesario para ejercitar su Derecho de Voto y las Funciones Electorales correspondientes;

El permitir la falta al trabajo a los sujetos del otro extremo de la Relación Laboral, cuando se trate de cumplir funciones Sindicales;

La organización permanente o periódica de cursos de Capacitación Profesional o de Adiestramiento para sus Trabajadores;

El otorgamiento de Becas a los hijos de los trabajadores;

La observación de las medidas adecuadas para prevenir - accidentes en los centros de trabajo;

La obligación de inscribir a los trabajadores en el Seguro Social. (Artículo 49 de la Ley del Seguro Social, que a la letra expresa: "El régimen del Seguro obligatorio comprende a: las personas que se encuentran vinculadas a otras por una relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad Jurídica o la Naturaleza Económica del Patrón aún - cuando éste, en virtud de alguna Ley especial, esté exento del pago de impuestos, derechos o contribuciones en general".

El régimen del Seguro Social se instituye para garantizar el Derecho Humano a la Salud, la asistencia Médica, la protección de los medios de subsistencia y de los servicios sociales necesarios - para el bienestar individual y colectivo).

Como limitaciones a la conducta del Patrón, la misma Ley determina prohibiciones expresas en materia de trabajo, que son:

Negarse a admitir trabajadores en razón de su edad;

Exigir la compra de artículos de consumo en determinados lugares, creados para el efecto;

Aceptar gratificaciones de los empleados para su admisión en el centro de trabajo;

Obligar a los trabajadores a afiliarse a un determinado - Sindicato u Organización Sindical;

Intervenir en el régimen interno del Sindicato;

Hacer colectas en los lugares de trabajo;

Restringir los Derechos de los Trabajadores, por medio de cualquier tipo de actos;

Hacer propaganda Política o Religiosa en el establecimiento, con mayor restricción para el Extranjero, quien no podrá hacerlo de ninguna manera, aunque esté fuera del lugar de trabajo, máxime en materia de trabajo.

Portar armas o presentarse en los centros de trabajo en estado de ebriedad o bajo influencias de drogas.

Así pues, estas son en general las obligaciones que la Organización Mexicana del Trabajo, por medio del Derecho, existen al respecto, impone a los Patrones Extranjeros. Por lo que toca a sus Derechos relativos a la relación de trabajo, podemos afirmar que son los naturalmente derivados de ésta, es decir, el cumplimiento por parte del trabajador de las labores a que se obliga a desempeñar así con la eficacia y prontitud necesaria.

### 3).- EL TRABAJO DE EXTRANJEROS EN INSTITUCIONES GUBERNAMENTALES - RESIDENTES EN NUESTRO PAIS.

Nos puede parecer peculiar el hecho, de que trabajadores Extranjeros presten servicios en Instituciones Gubernamentales. El Artículo 123 de la Constitución, con su espíritu protector, tutelador y reivindicador de los Derechos de los Trabajadores, envuelven a todo aquel que presta un servicio personal a otro mediante una remuneración; o sea, a todo aquel trabajador sin hacer distinción de raza, sexo, religión o nacionalidad.

Pero estos trabajadores se regirán por el Apartado "B" del Artículo 123 de la Constitución, que es el que se aplica para los Titulares y Trabajadores de las Dependencias de los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus Trabajadores.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en su Artículo 3º define al trabajador "como a toda persona que presta un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los Trabajadores Temporales".

El Artículo 9º de la citada Ley, establece que: "Los Trabajadores de base deberán ser de Nacionalidad Mexicana y sólo podrán ser substituidos por Extranjeros cuando no existan Mexicanos que puedan desarrollar el servicio respectivo, la substitución será decidida por el titular de la Dependencia oyendo al Sindicato."

La misma Ley, por exclusión, establece en el Artículo 6º cuales son los Trabajadores de Base, y dice: Son trabajadores de base los no incluidos en la enumeración anterior (o sea en el Artículo 5º) y que por ello, serán inamovibles.

En la enumeración del Artículo 59 establece a los trabajadores de confianza, cuyo ejercicio requiere la aprobación expresa del Presidente de la República. Estos trabajadores de confianza no se rigen por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, pero podemos afirmar que es requisito la Nacionalidad Mexicana, para ocupar un puesto de esta clase, dadas las características de las funciones a desempeñar.

Donde no podrían emplear Trabajadores Extranjeros es en los trabajos de base, requisito que no existan Mexicanos que puedan desempeñar el servicio requerido y aparte ésta substitución la decidirá el Titular de la Dependencia, con la aprobación del Sindicato.

Dada la índole de nuestra realidad Mexicana, es difícil que se dé el caso que trabajadores Extranjeros desempeñen esta clase de funciones en Instituciones Gubernamentales, porque fácilmente podrían caer en prohibiciones Constitucionales, como es la del Artículo 33º Constitucional, que le prohíbe inmiscuirse en asuntos Políticos del País. Pero de darse el caso de encontrar Extranjeros prestando servicios en Instituciones Gubernamentales, éstos tendrían todos los Derechos que la Ley otorga a los Nacionales, sin distinción de Nacionalidad, ya que como lo hemos venido repitiendo varias veces: "El Derecho del Trabajo Mexicano, es un Derecho Social, Protector, Tutelador y Reinvidicador, el cual se aplica a todo aquel que se encuentre dentro del rubro de trabajador, sin distinción de raza, sexo o religión".

#### 4).- OTROS.

#### LA SITUACION DEL TABAJADOR MEXICANO EMIGRANTE.

El Artículo 123º Constitucional establece de manera clara el contrato de trabajo migratorio en la Fracción XXVI. "Todo contrato de trabajo celebrado entre un Mexicano y un Empresario Extranjero deberá ser legalizado por la Autoridad Municipal competente y visado por el Cónsul de la Nación donde el trabajador tenga que ir, en el concepto de que, además de las cláusulas ordinarias, se especificará claramente que los gastos de Repatriación quedan a cargo del Empresa rio Contratante". Por último el mismo ordenamiento establece el régimen de seguridad social en su Fracción XXIX, "Se considera de utilidad Pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otras con fines análogos".

La Ley Federal del Trabajo de 1970, comprende también la protección, integración y reivindicación del trabajador Mexicano - que emigra al Extranjero.

En la misma Ley, en el Capítulo de Relaciones "Trabajos Individuales" se encuentra incorporada una relación y un contrato - de trabajo especial; con similitud a los "Trabajos Especiales", ver bigracia: Trabajadores de Confianza, Trabajadores de los Buques, - Trabajo de las Tripulaciones Aeronáuticas, Trabajo Ferrocarrilero, etc.

Esta Ley Reglamentaria del Artículo 1230, resulta más - clara y precisa que las Leyes anteriores. La manifestación del Derecho del Trabajo, es extensa y bondadosa, en el Artículo 260 de la Ley Federal se protege al Trabajador Emigrante conforme el criterio Constitucional, se desea reivindicar, elevar, socializar, nivelar y proteger al obrero Mexicano Migratorio.

La Ley del 70 integra al Trabajador Trashumante y conjuga sus Derechos con los Derechos de otros tipos de trabajadores; - aún más por la excepcional naturaleza de la Relación Laboral y del Contrato de Trabajo Migratorio, se establece un régimen protector e integrador específico. Esta Ley en su Artículo 280, a la par de la Constitución de las Cláusulas Extraordinarias; establece una calificación singular del Contrato de Trabajo Migratorio, ya que la Junta de Conciliación y Arbitraje competente y el Cónsul del lugar donde se va a prestar el servicio, deben, la primera, revisar el acuerdo Laboral respectivo; y el Cónsul deberá investigar si realmente el - Obrero Migratorio está debidamente protegido.

El mismo Artículo reivindica los Derechos de la mano de obra migratoria, cuando exige al patrón el pago de los gastos de repatriación, alimentación y alojamiento; así mismo, presenta la innovación del requisito mínimo de la seguridad y prevención social.

El citado Artículo 205 en su enunciado sostiene: "Para - la prestación de servicios de los Trabajadores Mexicanos fuera de - la República, se observarán las Normas siguientes: "Este encabezado manifiesta el principio que existe en nuestra Carta Magna. Ambas Legislaciones pretenden la protección del Obrero Emigrante, más -- allá de nuestras Fronteras Nacionales.

El Artículo 280 de la Ley incluye con criterio parecido, inspirado en la Constitución, las Cláusulas Ordinarias y Extraordinarias, éstas últimas integran y nivelan los Derechos del Trabajador Viajero con los Derechos de los Trabajadores que no se marchan, inserta la condición sino que donde que el Contrato de Trabajo debe constar por escrito; según el Artículo 249 deben ser cuando menos - dos ejemplares.

La Constitución en su Artículo 123C, Fracción XXVI, establece expresamente las "Cláusulas Ordinarias", éstas dan lugar a suponer al mismo tiempo, la existencia implícita de las Cláusulas Extraordinarias. La Ley Federal del Trabajo consecuentemente le corresponde la tarea de clarificar ambas cláusulas. Así la Ley del Trabajo con referencia a las Cláusulas Ordinarias, las enumera en todos y cada uno de sus preceptos, sobre todo, el texto del Artículo 250 que establece: "El escrito en que conste las condiciones de trabajo deberá contener:

I.- Nombre, Nacionalidad, Edad, Sexo, Estado Civil y Domicilio del Trabajador y del Patrón;

II.- Si la relación es para obra o tiempo determinado o tiempo indeterminado;

III.- El servicio o servicios que deban prestarle, los que se determinaran con la mayor precisión posible;

IV.- El lugar o los lugares donde debe prestarse el trabajo;

V.- La duración de la jornada;

VI.- La forma y el monto del salario;

VII.- El día y el lugar de pago del salario; y

VIII.- Otras condiciones de trabajo, tales como días de descanso, vacaciones y demás que convengan al trabajador y el patrón".

Tocante a las Cláusulas Extraordinarias, la citada Ley Laboral las presenta en el Artículo 280, Fracción I, Inciso B. Cláusulas Extraordinarias que son diáfanas y muy amplias, que protegen y garantizan los Derechos del Obrero Emigrante Mexicano. Estas Cláusulas Extraordinarias están integradas por los gastos a cargo del Patrón; tiene que observar la protección Legal General y el privilegio Legal del Salario

"Gastos de Transporte ..."; Estos comprenden desde el viaje del lugar de origen del obrero, al de recepción y regreso a los lugares anteriores, como los movimientos migratorios que efectúa ese trabajador, del domicilio ubicado en el Extranjero al centro de trabajo y viceversa. Los vehículos utilizados para el efecto del trans

porte, deben ser excelentes en calidad, cómodos, seguros y oportunos. Se encuentran incluidos en este beneficio, los familiares que acompañan al trabajador migratorio.

"Gastos de Repatriación...": La Ley Laboral vigente determina que el patrón debe repatriar al trabajador contratado, sea que el contrato del trabajo se dió por terminado de una manera normal o anormal. El obrero migratorio debe ser reintegrado al centro de recepción, después, a las oficinas de contratación, y de éstas al lugar de origen o donde tenía su residencia, antes de ser enrolado.

Otra clase de gastos son los de: "... Alimentación del Trabajador y de su familia, en su caso ...", éstos gastos deben estar cubiertos; erogaciones pecunarias que abarcan los alimentos del obrero, desde el momento en que abandona su lugar de origen, es enrolado o contratado, pasa la Frontera Internacional, llega al centro de trabajo y presta sus servicios personales, y viceversa.

El Artículo 289 de la Ley Federal del Trabajo vigente, regula con exactitud la condición de validez del contrato de trabajo migratorio, esa condición de validez del contrato de trabajo migratorio, esa condición consiste en que el patrón debe garantizar todos los gastos: "... que originen el paso de las Fronteras."

Todos los países estatuyen en sus Legislaciones el reconocimiento de la Libertad de Tránsito, lo mismo ocurre en los Organismos Internacionales, como la O.N.U., pero esa Libertad Individual, sufre ciertas Limitaciones, los Gobiernos limitan y gravan la entrada a su territorio, de personas Extranjeras: mediante Leyes Aduaneras establecen gastos y cuotas adicionales, para que los inmigrantes puedan introducirse o sacar ropa, aparatos domésticos o utensilios de trabajo, etc.

Dentro de las Cláusulas Extraordinarias, en la Ley Reglamentaria del Trabajo, se encuentra la protección al Salario obtenido por el obrero migratorio. La Ley en su Artículo 289 establece:

"... El Trabajador percibirá íntegro el salario que le corresponda, sin que pueda descontarse cantidad alguna por esos conceptos.

El o los patrones acostumbran descontar a los trabajadores cuotas para resarcirse de los gastos hechos. La Ley Federal del 70 - suple la desvalidez económica del trabajador prohibiendo al patrón, - la realización de descuentos al salario.

Otra Cláusula Extraordinaria importante, consta en el mismo Artículo 280, Fracción I, Inciso C, consistente en: "El trabajador tendrá Derecho a las prestaciones que otorguen las Instituciones de Seguridad y Previsión Social a los Extranjeros en el País al que vaya a prestar sus servicios. En todo caso tendrá Derecho a ser indemnizado por los riesgos de trabajo con una cantidad igual a la que señala esta Ley, por lo menos; ..." La antigua Ley Federal del Trabajo de 1931, en el Artículo semejante al 280 en la vigente, Artículo 290, establecía los lineamientos de los servicios personales prestados por Mexicanos en el Extranjero, solo que, no mencionaba el régimen de Seguridad Social.

Digno de encomio resulta la nueva Ley Federal de Trabajo, porque adició en el Artículo 280, tantas veces citado, el inciso de Seguridad Social para proteger, integrar, nivelar y reivindicar al obrero migratorio.

Entre las Naciones no existe un criterio común en cuanto al monto económico de las indemnizaciones y pensiones, provenientes de enfermedades y riesgos de trabajo. México puede contar con seguridad, que es uno de los pocos países que posee más elevados y suficientes beneficios sociales. Nuestro régimen de Seguridad Social, tiene plena aplicación en Territorio Mexicano, encuentra oposición el Seguro Social Nacional, cuando se desea que otra potencia Extranjera acepte y observe nuestras Leyes, para beneficio de los Trabajadores Migratorios Mexicanos.

La Fracción II del citado Artículo 280, expresa: "El patrón señalará domicilio dentro de la República para todos los efectos Legales"; el término patrón es definido en el Artículo 100 de la Ley Federal del Trabajo, como: "... La persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores ...".

También acepta la Ley comentada, que el patrón sea representado y sustituido por los "... Directores, Administradores, Gerentes y demás personas que ejerzan funciones de Dirección o Administración ...".

Exige la Ley Reglamentaria del 1230, que el patrón o enganchador deben determinar su domicilio en Territorio Mexicano, lo anterior persigue que en caso de Juicio Laboral, donde intervengan el patrón o enganchador y el o los trabajadores; conozcan el litigio, precisamente las Autoridades del Trabajo Mexicano. El empresario -- cuando es Extranjero, casi siempre abandona el País, después de haber contratado mano de obra Migratoria Nacional; la Ley de Trabajo -- exige al patrón que deje un Representante o Apoderado.

Con fundamento en la Fracción III del Artículo 285 de la Ley Federal, el Contrato Individual de Trabajo Migratorio está sujeto a ciertos requisitos de validez; la Junta de Conciliación y Arbitraje competente debe comprobar los datos anotados en el Contrato y aprobarlo. También la Junta tiene competencia para fijar el: "...Monto de la fianza o el depósito que estime suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas..."

El Banco de México o la Institución Bancaria designada, son los depositarios de la garantía. El patrón debe comprobar de antemano, ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, el otorgamiento de la garantía señalada.

Otra condición aparece en la Fracción IV del Artículo 289 impone al Cónsul Mexicano, acreditado en el País de recepción, la obligación de visar el contrato de trabajo migratorio de un Mexicano y vigilar la efectiva protección del mismo.

La última Fracción del Artículo tantas veces citado de la Ley Federal, manifiesta que hasta que el patrón pruebe el cumplimiento ante la Junta de todas y cada una de sus obligaciones, podrá exigir la cancelación de la fianza o devolución de depósito.

El Artículo 290 de la misma ley, vuelve a reiterar la excepción a la regla general, ahora con referencia a la edad mínima para trabajar. El Artículo prohíbe al trabajador migratorio o personas menores de edad, de 14 a 16 años, excepto los técnicos en una especialidad, profesionales, artistas, etc., sostiene el Artículo: "Queda prohibida la utilización de menores de dieciocho años para la prestación de servicios fuera de la República, salvo que se trate de Técnicos, Profesionales, Artistas, Deportistas y en General, de Trabajadores Especializados."

Tanto nuestro Artículo 123º Constitucional como la nueva Ley Federal del Trabajo, no obstante que marcan el derrotero para el equilibrio entre los factores de la producción: Capital y Trabajo poseen en esencia y afortunadamente, un carácter proteccionista en favor del obrero; ya que no son otra cosa que parte de los Derechos Sociales emanados de nuestra Carta Magna y obtenidos con su -- sangre por el Pueblo, en la gesta heroica conocida como Revolución Mexicana.

A).- EL TRABAJO DE LOS TECNICOS CALIFICADOS, OFICIALES DE UNA RAMA DE ACTIVIDAD, ARTISTAS O PROFESIONISTAS MEXICANOS EN EL EXTRANJERO.

Nuestras Leyes exigen que el interesado, cuando va contratado desde nuestro territorio, debe pactar con el patrón un con-

trato individual de trabajo. La Secretaría de Gobernación exige que las partes contratantes que se signe por quintuplicado el Contrato Individual de Trabajo. Este Contrato debe estar firmado por dos testigos de asistencia, para su validez ante la Secretaría.

Se excluye de éste Contrato a los Trabajadores Mexicanos Agrícolas. En favor del trabajador Mexicano contratado, los gastos de alimentación y de repatriación los cubre el patrón, aparte de las obligaciones ya estudiadas. El patrón debe constituir una fianza o depósito por la cantidad de (muy baja por cierto) \$500.00 pesos.

El plazo para la prestación del servicio personal del Mexicano en el Extranjero debe ser no menor de seis meses.

**B).- EL TRABAJO DE TECNICOS Y TRABAJADORES ESPECIALIZADOS EXTRANJEROS, EN TERRITORIO MEXICANO.**

Esta clase de trabajadores, son aquellos Extranjeros que se internan al País, previo acuerdo al respecto, con el objeto de poner en práctica su capacidad y conocimientos en la materia de su especialidad, en la inteligencia de que, por los sistemas que emplean o por sus conocimientos especializados de determinar máquinas o aparatos, hacen necesaria su utilización, siendo dicha técnica desconocida para el residente en el País.

Por otra parte, no es requisito indispensable que el técnico o trabajador especializado exhiba Título profesional cuando por la naturaleza del trabajo ello no se requiera, pero cuando así lo requiere la Secretaría, deberán ser comprobados a satisfacción de la misma, su técnica especial y sus conocimientos. Es necesario hacer notar que una de las obligaciones de este tipo de inmigrantes, consiste en instruir en su especialidad, cuando menos a tres Mexicanos; a mi criterio deberían de ser cinco, y no tres los que instruya el técnico Extranjero, esto debe hacerse en favor de lograr un desarrollo más rápidamente en el País.

La gran mayoría de Técnicos Extranjeros en México, son contratados por Empresas de Capital Extranjero. El Artículo 7º de la Nueva Ley Federal del Trabajo, estipula que: En cada Empresa o Establecimiento deberá emplearse un 90% de Trabajadores Mexicanos o por lo menos; y cuando se trate de las categorías de Técnicos Profesionales los trabajadores deberán ser Mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso, temporalmente podrán ser contratados Trabajadores de Nacionalidad ajena a la nuestra, en una proporción que no exceda del 10% de los de la especialidad. Una obligación adicional en beneficio del Trabajador Nacional, es la

necesidad del Extranjero, necesidad Legal, de capacitar en su especialidad a Trabajadores Mexicanos.

Refiriéndose en general a las condiciones bajo las cuales el trabajador debe desempeñar su labor, la Ley en su Artículo 560 - menciona que: "Las condiciones de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta Ley y deberán ser proporcionadas a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, Nacionalidad, Sexo, Edad, Credo Religioso o Doctrina Política salvo las modalidades expresamente consignadas en esta Ley.

La gran mayoría de las Legislaciones adelantadas en materia Laboral, protegen a sus Trabajadores Migratorios. Tal como lo hace nuestra Constitución, y la Ley Federal del Trabajo en su Artículo 280. Verbi Gracia: Argentina mediante su diez declaraciones de Derecho del Trabajo, imprime para toda Latinoamérica un nuevo sesgo Legal en la protección del Obrero Migratorio. España, Alemania y Francia regulan tal protección mediante un sistema específico: El Trabajo Migratorio está sujeto a la observancia de requisitos irrenunciables, que deben cumplir, sobre todo, los Obreros Extranjeros - Inmigrantes deseosos de trabajar en Territorio Español, Alemán o Francés.

Francia se distingue porque protege a sus trabajadores emigrantes en el supuesto de un accidente de trabajo. Las Leyes Francesas de Trabajo Migratorio, pretenden tener aplicación en los países receptores de inmigraciones de trabajadores Franceses.

En nuestro País, la Libertad de Trabajo establecida en nuestra Constitución Política Mexicana, en el Artículo 50, consiste en que la persona humana puede escoger cualquier trabajo o actividad remunerada lícita.

La garantía Social contenida igualmente en nuestra Constitución, Artículo 1230; tiende a elevar, socializar y proteger al proletariado que elabora en nuestro suelo o en el Extranjero, según la exposición correcta de la nueva Teoría Integral del Derecho Mexicano del Trabajo.

**CAPITULO : CUARTO**

1).- SINTESIS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA LEY.

A).- DERECHOS.

En lo que atañe a los Derechos de la clase trabajadora, - son varios, de distinta clase, pero todos encaminados a lograr la -- igualdad del trabajador, y ante todo la reivindicación y resurgimien- to ante la clase patronal.

Dice el Maestro Trueba Urbina, "Que frente a la Dictadura Patronal que abusa de su poder imponiendo jornadas inhumanas agotado- ras y mal remuneradas, originarias de la Plusvalía, el nuevo Derecho del Trabajo a partir del 1.º de mayo de 1917 proclamó la jornada má- xima de ocho horas, base de todas las Leyes Reglamentarias del Arti- culo 123º Constitucional.

Antes de establecer con precisión cuáles son los Derechos de los Trabajadores, es necesario hacer notar que al hablar de Dere- chos y Deberes no lo hacemos con un sentido privatista que pudiese - corresponder al Derecho Civil, sino porque siendo el Derecho un -- orden coercitivo Social que tiene por objeto conductas humanas, con el objeto de encaminarlas a un fin determinado, que sería la armoni- zación de las relaciones de colectividad, establece Derechos y Debe- res a sus seguidores.

Refiriéndose en general a las condiciones, bajo las cuales el trabajador debe desempeñar su labor, la Ley en su Artículo 56º, - menciona que: "Las condiciones de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta Ley y deberán ser proporcionadas a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que pueda establecerse diferencias por motivo de Raza, Nacionalidad, Sexo, Edad, Credo Religioso o Doctrina Política, salvo las modalidades expresamente consignadas en esta Ley".

Una de las principales conquistas de la clase trabajadora en contra del abuso del Capital fue la determinación de una jornada máxima de trabajo diario, que impide el abuso patronal de los esfuer- zos obreros; en nuestra Constitución Política-Social se determina con la rigidez de las normas del mismo documento, por lo cual es un real y verdadero avance del proletariado.

Por jornada de trabajo, entendemos el tiempo durante el - cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su tra- bajo. Trabajador y Patrón, conjuntamente, fijarán la duración de la jornada, sin que pueda exceder de los máximos Legales.

Reglamentando el texto Constitucional, la Ley Federal del Trabajo de actual vigencia, menciona en su Artículo 609, que es jornada diurna, la comprendida entre las seis y las veinte horas; nocturna, la comprendida entre las veinte y las seis horas; y mixta, la que comprende períodos de tiempo de las jornadas diurnas y nocturnas, siempre que el período nocturno sea menos de tres horas y media, -- pues si comprende tres horas y media o más, se reputará como jornada nocturna. La duración de la jornada máxima será de ocho horas en la diurna, siete en la nocturna y siete y media la mixta, pues así lo establece otro de los preceptos.

Además dice la Ley, aplicable por mandato Constitucional tanto a Extranjeros como Mexicanos, que para fijar la jornada se -- atenderá a la naturaleza del trabajo que se realice; por otra parte, se reglamenten los reposos durante las horas de trabajo, cuando el -- trabajador no pueda salir del lugar donde trabaja para comer; por -- último, ningún trabajador está obligado a prestar sus servicios por mayor tiempo del que permite la Ley, o sea, la jornada normal y el -- tiempo adicional en casos de peligro o circunstancias Extraordinarias, en este caso, sin exceder de tres horas, tres veces por semana.

Con los mismos criterios proteccionistas, la Nueva Ley, -- regula los descansos semanales, siendo la Norma de más importancia dentro de este orden de ideas, la que estatuye que, por cada seis -- días de trabajo disfrutará el trabajador de un día de descanso, por lo menos, con goce de salario íntegro, debiendo procurarse que el día de descanso semanal sea el domingo. A pesar de que en los lugares -- donde se requiera una jornada continua, haya un acuerdo previo entre los trabajadores y patrón, sobre los días en que aquellos deban disfrutar de su descanso semanal, un nuevo Derecho Laboral otorga a los trabajadores que laboren un día domingo, una prima adicional de un -- veinticinco por ciento sobre el salario normal de los días ordinarios de trabajo, y además deberá pagárseles un salario doble a los -- que se vean obligados a trabajar en los días de descanso obligatorio que marca la Ley.

Las vacaciones, descansos que de acuerdo con los tratados -- del moderno Derecho Social, deben ser concedidos a los trabajadores con el objeto de que se recuperen físicamente de las fatigas del -- trabajo, se determinan como obligatorias para aquellos trabajadores que tengan más de un año de servicios, debiendo ser pagadas y con una -- prima adicional del salario que les corresponde por los días ordinarios de trabajo.

Las Reglamentaciones que proporcional la Ley a las mujeres y a los menores, continúan con el proteccionismo para la clase -- trabajadora, y en especial para este tipo de personas, en quienes -- las atenciones deben acentuarse; así, se igualan también los Derechos de hombres y mujeres en materia de trabajo, prohibiéndose dater

minadas labores por insalubre o peligrosas para la mujeres, prohibiéndose las jornadas Extraordinarias en la mujer y reduciéndose la jornada máxima en el trabajo de los menores de dieciséis años, al mismo tiempo que se determinan ciertos trabajos que no podrán realizarse legalmente, en el caso de los Nacionales y también en el de los Extranjeros.

El salario, es el pago que por su trabajo, recibe el trabajador, o dicho como lo establece la Ley, es la retribución que debe pagar el Patrón al Trabajador por su trabajo, y se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, prestaciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

Magistralmente condenada la Teoría Socialista del salario, se esboza como sigue: "La única fuente de ingreso del trabajador es el salario; y tiene por objeto satisfacer las necesidades alimenticias, culturales y de placer del trabajador y de su familia. Generalmente la remuneración no es compensatoria del trabajo desarrollado, constituyéndose las plusvalías y consiguientemente el régimen de explotación del hombre por el hombre. La Teoría Social del Salario en función de su justificación con la invocación de Marx, fue expresada en el Congreso Constituyente por el Diputado Macías, en la Sesión del 28 de diciembre de 1916".

Teniendo una función eminentemente social, el salario debe ser remunerador y nunca menor al fijado como mínimo de acuerdo con las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, además priva la fórmula mexicana que ojalá fuera debidamente respetada por los Empleados Mexicanos, y cuya enunciación estaba ya contenida en la iniciativa de los Diputados Aguilar, Jara y Góngora, tal es la Fracción VII del Apartado "A" del Artículo 123 tantas veces mencionada y el punto 7 del Artículo 427 del Tratado de Versalles de 1919; dicho precepto a la letra dice que: "A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficacia también iguales, debe corresponder salario igual".

Como todas las normas de Derecho del Trabajo, al estipularse para cualquier trabajador que desempeñe su labor dentro de nuestro Territorio, rige también para los Extranjeros sin embargo en la práctica generalmente se utiliza en detrimento del Trabajador Mexicano y no del Extranjero, que en la mayoría de los casos obtiene las mejores percepciones. Y es quizás en este punto donde la clase Capitalista comete mayores violaciones en contra del Trabajador Mexicano, virtud a las grandes inversiones, que en su mayoría no tienen un origen Nacional.

Dada su importancia, el texto Legislativo Federal analiza exhaustivamente esta prestación, y dá una serie de Normas protectoras que a la vez pretenden asegurar dicha percepción con el objeto de que siempre llegue a manos del trabajador.

Entre otros conceptos normativos podemos enunciar el que versa sobre el pago del salario, que debe realizarse mensualmente para los trabajadores ocupados en labores materiales, o quincenalmente para los demás trabajadores; el salario mínimo, que es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo, que a su vez se clasifica en General, del Campo y Profesional; la libre disposición del mismo por parte del trabajador; su estipulación como un derecho irrenunciable; su pago directo, en efectivo, el lugar de pago, los descuentos y su embargabilidad, etc., todas ellas aplicables al trabajador Extranjero.

En vista de su importancia como conquistas de la clase obrera, y en virtud de que también incluyen en sus beneficios a la clase trabajadora extranjera, consideramos pertinente mencionar los nuevos Derechos Laborales, consignados en la Ley Federal del Trabajo vigente desde 1970, y que no existían en la Ley anterior.

**El Descanso Obligatorio en la Jornada Continua:** Que consiste en otorgar al trabajador un descanso de media hora cuando menos, en la Jornada Continua, tiempo que se considerará como efectivo dentro de la Jornada, siendo similar el caso cuando no sea posible que el trabajador salga del lugar de trabajo durante las horas de reposo o comidas.

**La Prima Adicional, por laborar un día de descanso semanal o en días de descanso obligatorio,** que ya hemos mencionado.

**El Pago Directo del Salario al Trabajador:** Nuevo Derecho que se explica por sí solo.

**El Derecho de Participar en los Utilidades:** La Comisión Nacional para la Participación del Trabajador en las Utilidades de las Empresas, en resolución del 13 de diciembre de 1963, fija en favor de los trabajadores el veinte por ciento sobre las utilidades del Patrón; en la inteligencia, de que considerará como utilidad en cada Empresa, la renta gravable de conformidad con las Normas de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, como previene en el Artículo 1209, y sin que se haga ninguna deducción a la misma.

**El Derecho Habitacional:** En realidad se trata de una reglamentación específica de la Fracción XII del artículo 1239 Constitucional que dice lo siguiente: en toda negociación Agrícola, Industrial, Minera o cualquiera otra clase de trabajo, los patronos estarán obligados a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas, por las que podrán cobrar rentas que no excedan del medio por ciento mensual de valor catastral de las fincas. Igualmente deberán establecer escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad. Si las negociaciones estuvieran situadas dentro de las Poblaciones, y ocuparan un número de trabajadores mayor de cien, tendrán la primera de las obligaciones mencionadas".

**El Derecho a la Prima de Antigüedad, los Derechos de Preferencia y Ascenso:** Dentro de la materia que ahora nos ocupa, debemos citar el Artículo 1549, que menciona la obligación de los patronos de preferir, en igualdad de circunstancias a los Trabajadores Mexicanos respecto de quienes no lo sean.

**El Derecho de Invención:** Regulado por el Artículo 1632, estipula que el autor tendrá derecho a que su nombre figure como autor de la invención y también a una compensación al obra en trabajos de investigación o de perfeccionamiento de los procedimientos utilizados en la Empresa, por último, se estipulan sus Derechos Abolutos en cualquier otro caso, con preferencia de utilización por parte del patrón.

**El Derecho de Aguinaldo:** Como expresión Legislativa de una costumbre Mexicana.

En virtud de que existen ciertos trabajos con detalles característicos, la Ley consigna en su Título sexto, denominado Trabajos Especiales, a aquellos que requieren una regulación específica.

**Los Trabajadores de Confianza:** Son todos aquellos que realizan Funciones de Dirección, Inspección, Vigilancia, y Fiscalización, con carácter General. Esta categoría de trabajadores especiales cobra importancia, en virtud del paralelismo de funciones con las determinadas por el Artículo 489 Fracción IV de la Ley de Población, pues en la práctica, bajo el amparo de dicha Fracción se admiten a muchos Extranjeros con la calidad de inmigrantes. Sin embargo, las condiciones de trabajo y las normas especiales reglamentarias, en ningún caso privan a estos trabajadores de los Derechos que en su favor concede la Ley, que determina ciertas causas especiales de despido.

Por lo que atañe a los Trabajadores de los Buques, Aeronáuticos y Ferrocarrileros, las disposiciones especiales son inapli-

cables al trabajador extranjero, pues la Ley establece como requisito indispensable para los mismos, la Nacionalidad Mexicana. Además de lo que establece la Ley para estos casos el Artículo 329 de la Constitución Federal, determina que los trabajadores Mexicanos serán preferidos a los Extranjeros, en igualdad de circunstancias, para toda clase de conceiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del Gobierno en que no sea indispensable la condición de Ciudadano. Como corolario de lo anterior, y como una protección a nuestra Organización Federal, ningún Extranjero podrá en tiempo de paz, servir ni en el Ejército ni en las Fuerzas de Policía y Seguridad Pública. Con ese mismo objeto, la Constitución hace exclusivos de los Mexicanos por nacimiento los puestos en la Marina Nacional de Guerra y la Fuerza Aérea.

Respecto de los Trabajadores de Autotransportes, de los maniobristas en zonas Federales, de los que prestan su servicio a domicilio, de los trabajadores de Hoteles y Establecimientos Similares, así como los Trabajadores de la Industria Familiar, resulta improbable, o casi imposible, que caigan bajo las determinaciones especiales, pues su entrada al País para laborar se vería velada por la Autoridad competente, si su objeto fuera desempeñar esas labores. Sin embargo, los Ciudadanos Extranjeros que habiendo pasado por la categoría de inmigrantes adquirieran la calidad migratoria de inmigrados si podrían desempeñar libremente este tipo de funciones, de acuerdo con el Artículo 669 de la Ley de Población, aunque de acuerdo con la facultad discrecional concedida a la Secretaría de Gobernación en materia de migración, actualmente se veda al inmigrado el trabajo en cantinas, bares, restaurantes y establecimientos afines.

Por último, tanto los trabajadores del Campo, como los Comerciantes, los Deportistas y los Actores y Músicos, de Nacionalidad Extranjera, están en mayores posibilidades de ser sujeto del Derecho Mexicano del Trabajo, en virtud de que su admisión, de acuerdo con la Ley de Población y con el criterio de la Autoridad competente, es factible.

#### Los Riesgos de Trabajo y la Seguridad Social.

Constituyen un problema de singular importancia, y gracias a su tratamiento dentro del Derecho Moderno, el trabajador no queda desamparado ante la frecuencia de los peligros que suele afrontar el desempeño de su trabajo.

La Teoría del riesgo Profesional fue esbozada a fines del siglo pasado en Europa; sin embargo, en México la primera Ley sobre accidentes de trabajo fue promulgada por el Gobernador del Estado de México, José Vicente Villada, el 30 de abril de 1904. En la parte -

consecuente, dicha Ley definió por primera vez y en forma clara, la Teoría del Riesgo Profesional, obligando a los patrones e indemnizar a los trabajadores por los accidentes de trabajo o enfermedades Profesionales, dejando la carga de la prueba al patrón. El 9 de noviembre de 1906, en el Estado de Nuevo León, fue dictada por Bernardo Reyes la Segunda Ley, en orden cronológico, sobre accidentes de trabajo, siendo más importante ésta última que la dictada dos años antes.

Con la promulgación de la Constitución de 1917, se creó con carácter social la obligación de los patrones de responder por los accidentes y enfermedades Profesionales de los Trabajadores, -- así, la Fracción XIV del Artículo 123º, menciona que los Empresarios son responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades Profesionales de los Trabajadores, sufridos con motivo o en ejercicio de la Profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patrones deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar; de acuerdo con lo que las Leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá, aún en el caso de que el patrón contrate el trabajo por medio de un intermediario.

La importancia de esta Fracción, radica en que se estipulan las obligaciones mencionadas en favor del trabajador, en uno de los casos, pues en virtud del proteccionismo que estipula la Ley Suprema, la carga de la prueba, corresponde al patrón con el objeto de evadir responsabilidad del trabajador. Aunados a los conceptos anteriores, y con la fuerza y calidad que les dan el hecho de estar consignados en nuestra Carta Magna, con las consiguientes obligatoriedad Constitucional, se establecen obligaciones concretas para la clase patronal consistente en la instalación de las medidas de higiene y salubridad necesarias y adecuadas para prevenir accidentes, la Fracción relativa da el margen de las contenidas en los preceptos legales, pero el alcance de ésta Fracción se medirá en exclusiva para cada trabajo en un acuerdo entre proletariado y patrones; esto es de suma importancia, y se relaciona directamente con la seguridad personal del Trabajador Nacional o Extranjero.

De importancia sobre el tema, y en relación con el Trabajador Extranjero y el Nacional, son las siguientes definiciones:

A).- Accidente de Trabajo: Toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior o la muerte producida repentinamente en ejercicio, o con motivo del trabajo cualquiera que sea el lugar y el tiempo en que se preste.

B).- Enfermedad de Trabajo: Todo Estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el Trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

C).- Incapacidad: Es la pérdida o disminución de capacidad o aptitud, parcial o total, temporal o permanente, para prestar el trabajo relativo.

El Artículo 4679 de la Ley Relativa, consigna que los Trabajadores que sufran un riesgo de trabajo tendrán Derecho a asistencia Médica y Quirúrgica, lo cual se lleva a cabo merced a la creación del Instituto Mexicano del Seguro Social al cual deberán ser afiliados, como protección a su seguridad personal y por Ley, los Trabajadores Extranjeros, además, el que sufra el riesgo, tiene Derecho a un período de rehabilitación, obviamente pagado por la Empresa como si prestara sus servicios normales, a hospitalización, si el caso lo requiera, con la anotación de que las cuotas al Instituto cubren este riesgo, medicamentos y material de curación, instrumental necesario así como la indemnización que se fija en la Ley para los casos de incapacidades, según se trate de incapacidades parciales o totales, permanente o temporales.

La Fracción XXIX del Artículo 1239 determina la seguridad social, creando para el efecto el Instituto Mexicano del Seguro Social, como intento de protección a los económicamente débiles; la Ley relativa establece como obligación de las Empresas, el asegurar a las personas que se encuentren vinculadas a otras en virtud de un contrato de aprendizaje, y a los miembros de Sociedades Cooperativas de producción.

#### B).- OBLIGACIONES.

Por lo que respecta a sus obligaciones, podemos citar que la fundamental consiste en el cumplimiento de todas las disposiciones Legislativas Mexicanas y especialmente aquellas que atañen a su Legal estancia dentro del Territorio Mexicano.

Por su parte, el Artículo 1349 de la Nueva Ley Federal del Trabajo, estipula concretamente en materia de trabajo, las obligaciones de los trabajadores, entre otras; cumplir con las disposiciones de las Leyes de Trabajo que les sean aplicables, (Podemos citar la prohibición para integrar la Directiva de los Sindicatos); -- observar las medidas preventivas o higiénicas que acuerden las Autoridades competentes y las que indiquen los patronos para su seguridad y protección personal. Además, dice la Fracción III del mencionado Artículo, que deberán los trabajadores Extranjeros desempeñar el servicio bajo la Dirección del patrón o de su representante, a cuya Autoridad estarán subordinados a todo lo concerniente al trabajo. Aquí la Ley utiliza nuevamente el concepto de subordinación, -- sin embargo, consideramos que ésta Fracción está comprendida por lo estatuido en la Fracción IV, que habla de la obligación de ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la --

forma, tiempo y lugar convenientes; pues lo relevante de la relación de trabajo no es la sujeción a un cargo o persona, sino a la prestación del servicio remunerado de acuerdo con el contrato de trabajo; pues la subordinación implica la dependencia de otra persona, habiendo veces en que el trabajador realiza su labor casi independientemente de su patrón, lo que en realidad debió de haberse estipulado en la Dirección que el patrón debe dar al trabajo de su empleado, siempre en un plano de igualdad y en concordancia con los fines propuestos para su Empresa.

La Fracción V, establece que el trabajador debe dar aviso al patrón, salvo caso fortuito o de fuerza mayor, de las causas justificadas que le impidan concurrir a su trabajo; la siguiente Fracción, obliga al trabajador a restituir al patrón, los materiales no usados y conservar en buen Estado los instrumentos y útiles que les haya dado para el trabajo, no siendo responsable por el deterioro que origina el uso de estos objetos, ni del ocasionado por caso fortuito, fuerza mayor, o por la mala calidad o defectuosa construcción.

Las obligaciones que a continuación estipula dicha precepto normativo, son:

Observar buenas costumbres durante el servicio; prestar - auxilios en cualquier tiempo que se necesiten, cuando por siniestro o riesgo inminente peligran las personas o los intereses del patrón o de sus compañeros de trabajo; integrar los organismos que establece la Ley; someterse a los reconocimientos Médicos previstos en el reglamento interior y además normas vigentes en la Empresa o Establecimiento, para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo contagiosa o incurable; poner en conocimiento del patrón las enfermedades contagiosas que padezcan, tan pronto como tengan conocimiento de las mismas; comunicar al patrón o a su representante las deficiencias que adviertan, a fin de evitar daños o perjuicios a los intereses y vidas de sus compañeros de trabajo o de los patrones; y guardar escrupulosamente los secretos técnicos comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directamente o indirectamente o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos Administrativos reservados, cuya divulgación puedan causar perjuicio a la Empresa. Así pues, a estas obligaciones quedan sujetos tanto los trabajadores Nacionales como los Extranjeros.

Asimismo, el Artículo 1350 de la citada Ley, establece que: "Queda prohibido a los trabajadores:

1.- Ejecutar cualquier acto que pueda poner en peligro su propia seguridad, la de sus compañeros de trabajo o la de terceras personas, así como la de los establecimientos o lugares en que el trabajo se desempeña;

II.- Faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso del patrón;

III.- Substraer de la Empresa o Establecimiento útiles - de trabajo o materia prima o elaborada;

IV.- presentarse al trabajo en estado de embriaguez;

V.- Presentarse al trabajo bajo la influencia de algún - narcótico o droga enervante, salvo que exista prescripción Médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentarle la prescripción suscrita por - el médico;

VI.- Portar armas de cualquier clase durante las horas - de trabajo, salvo que la naturaleza de este lo exija. Se exceptúan de ésta disposición las punzantes y punzo-cortantes que formen parte de las herramientas o útiles propios del trabajo;

VII.- Suspender las labores sin autorización del patrón;

VIII.- Hacer colectas en el establecimiento o lugar de - trabajo;

IX.- Usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquel a que están destinados; y

X.- Hacer cualquier clase de propaganda en las horas de trabajo, dentro del establecimiento".

Por último, será obligación de todo aquel que habite en - Territorio Nacional, el respetar y hacer respetar la Constitución General de la República y las Leyes que de ella emanan y que no se le opongan.

2).- SINTESIS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS.

A).- NACIMIENTO DEL CONTRATO COLECTIVO.

Algunos tratadistas, atraídos más bien por encontrar en - las Instituciones una Naturaleza única de origen remoto, en lugar de

analizarlas como consecuencias de las condiciones socio-económicas - de una época específica, señalan la celebración de pactos colectivos en la Edad Media, progoniéndolos como precursores de nuestro actual Contrato Colectivo. En esta forma, según señala el Maestro De La Cueva: "Philipp Lotmer, afirma que en la obra del Profesor Stahl, - Das Deutsche Handwerch, se cuenta que los tejedores de Speyer habrían logrado obtener en los años 1351 y 1362 dos Contratos Colectivos de Trabajo. En el Lehrbuch Des Arbei Trechts de Hueck Hipperdy se relata la celebración de dos Contratos Colectivos de Trabajo; uno del año 1363, para los Tejedores de Estrasburgo y otro de 1437, de los herreros de Thor. Franz Hemada, por su parte, cree haber descubierto otro pacto del año 1460, para los zapateros de Emerich".

Independientemente de la semejanza que puedan tener estos pactos citados por tan eminentes tratadistas; no comparto sus teorías y debo afirmar que el origen del Contrato Colectivo de Trabajo, se ubica después de iniciada la Segunda Mitad del Siglo XIX. El Contrato Colectivo de Trabajo está indisolublemente ligado a la Asociación Profesional, por lo que es imposible concebir su existencia, sin haber esta cobrado vida. Los fines para los que se propone formar la Asociación Profesional, sólo podrán realizarse por medio del Contrato Colectivo.

De acuerdo con estos argumentos, el momento histórico a partir del cual podrá ser viable jurídicamente el Contrato Colectivo de Trabajo, será después de 1824 y el lugar, Inglaterra, pues fue hasta esa fecha y en ese país, que se reconoció el derecho de Coalición, antecedente directo de la legitimidad del Derecho de Asociación Profesional.

Este mismo criterio lo sostiene los tratadistas Manuel -- Alonso García, Guillermo Cabanellas, así como el Maestro De La Cueva, en diversas partes de su obra.

Manuel Alonso García, dice al respecto: "El origen de los pactos o convenios colectivos es forzoso referirlo a época histórica muy reciente. Se sitúa en el Siglo XIX. Y son, en cierto modo una consecuencia de la propia lucha planteada, en el Terreno Jurídico-Laboral y en campo Social, entre el elemento patronal de una parte, y las Organizaciones Profesionales Obreras, de otra".

Guillermo Cabanellas, dice lo siguiente: "Así, en 1791, inmediatamente después de la supresión de las corporaciones, algunos grupos de trabajadores, apoyados por Marat, hicieron tentativas para concertar pactos colectivos en París. Sin embargo, la hostilidad de los poderes públicos y el individualismo contractualista condujeron a que no se formalizaran verdaderos convenios-colectivos de trabajo

hasta luego de admitirse, en 1864, el Derecho de coalición y, en 1884, la personalidad jurídica de los Sindicatos.

El Maestro De La Cueva, señala en forma precisa que "El Contrato Colectivo de Trabajo supone la coalición de una comunidad obrera, por lo que es imposible que ocurra durante la vigencia de la Ley Chapelier y del Código Penal Francés de 1810". Y añade el Maestro, que "... no es suficiente la simple coalición, pues más bien necesita de la Asociación Profesional". En líneas más adelante señala que la Oficina Internacional del Trabajo reconoce a Inglaterra como la cuna de los primeros pactos de este tipo, y especifica a su vez, que el primero se celebró en el año de 1862 para los tejedores de lana.

De acuerdo con éstas condiciones necesarias en Francia no fue posible la plena validez jurídica de los Contratos Colectivos, sino hasta después de 1884, fecha en que se expidió la Ley de Asociaciones Profesionales que legalizó la formación de Sindicatos.

A este respecto señala Jean Marie Arnion, "Antes de 1884 no podía existir duda sobre el valor Jurídico del Contrato Colectivo. Los Grupos Profesionales eran legalmente inexistentes y la misma sanción alcanzaba a los acuerdos que celebraban. El Contrato Colectivo, verdadero trato de paz, no poseía ningún carácter Jurídico y únicamente producía obligaciones morales, pero corrientes de Sanción Jurídica. La Ley de 1884, al otorgar valor legal al Sindicato, hizo del Contrato Colectivo un acto Jurídico. La duda ya no era posible y la Jurisprudencia admitió sin dificultades la validez del Contrato Colectivo".

#### B).- NACIMIENTO DEL CONTRATO COLECTIVO EN MEXICO.

Es a partir de la Promulgación de la Constitución de 1857, cuando México comienza a recibir los resultados de la Revolución Industrial y se inicia una incipiente industria cuya principal característica radica en que el Capital invertido en ellas fuea totalmente Extranjero. La Industria Textil que se estableció en Orizaba, Puebla y Atlixco, eran íntegramente de Capitalistas Franceses; el primer Banco que se instaló en 1864, el Banco de Londres y México, fue de Capital Inglés. Para la construcción de los primeros Ferrocarriles se otorgaron concesiones e inversionistas Ingleses en 1873, para la línea a Veracruz, y a compañías Norteamericanas para las líneas Central y Nacional.

Según menciona José C. Valadés, en su obra "El Porfiriato"; en 1865 se iniciaron las Organizaciones Obreras con tendencias de socorros mutuos al principio y reivindicaciones sociales más tarde.

De 1866 a 1868, se infiltraron las Doctrinas de Fourier y Proudhon en el movimiento obrero, y surge el Círculo de Obreros de la Ciudad de México. En julio del mismo año de 1868, estalló una huelga de tejedores en el Distrito de Tlalpan en la que se logró que la jornada de trabajo para las mujeres y señores, fuese de 12 horas. Entre 1870 y 1871, la creación de la Primera Internacional repercutió en México así como los sucesos de la Comuna de París. Para estas fechas, el Gran Círculo de Obreros de México empieza a adquirir fuerza social y se distinguen en su seno dos corrientes: Anarquista y Comunista. Entre 1874 y 1875, se crea la Sección Mexicana de la Asociación Internacional del Trabajo.

Como podemos apreciar, si bien es cierto que con la Constitución de 1857 se abre el camino hacia el desarrollo del Capitalismo Liberal, en los años anteriores al porfiriismo se permitió la Organización del Movimiento Obrero. Sin embargo, el asalto al poder realizado por Porfirio Díaz, inicia una etapa de 30 años que se caracteriza por la reconfiguración de una estructura Feudal en el Campo que sume a la inmensa mayoría de la Población Campesina a cruel vasallaje, y la entrega total del control de las relaciones de Producción - Industriales a la clase Capitalista, lo que ocasiona que la clase trabajadora se desarrolle, en esa época en condiciones tan aporreadas como las que sufrieron los obreros Europeos al inicio de la era Industrial.

Son de sobra conocidos los dos grandes conflictos obrero-patronales originados en la época de Díaz: Las Huelgas de las Minas de Cananea y de las Fábricas Textiles de Puebla Atlixco, Río Blanco, etc. El celo puesto por proteger los intereses Capitalistas, se manifestó en forma sádica al permitir la matanza de cientos de obreros.

El origen del conflicto en las Industrias Textiles, marca para la historia del Derecho Colectivo del Trabajo Mexicano, los primeros antecedentes. El Reglamento para las Fábricas de Hilados y Tejidos de Algodón, fue el primer intento de regulación colectiva de condiciones de trabajo. Este Reglamento, como era lógico dada las condiciones Políticas de Protección Capitalista, fue redactado exclusivamente por la clase patronal y sus únicas miras eran regular, a mayor conveniencia de la Empresa las condiciones del servicio, sin tomar en cuenta las pretenciones Legítimas de los obreros para mejorar su condición.

Como es bien sabido, los obreros de las fábricas de Puebla y Atlixco, respondieron con una huelga a la entrada, en vigor del Reglamento y la clase Patronal organizada trató de contrarrestar el movimiento Obrero con un paro General en todas las Industrias Textiles de la República.

Al recurrir los obreros a Porfirio Díaz, para que fungiera como Arbitro del Conflicto, como es de esperarse. En el laudo -- sentenció que se abrieran las fábricas, obligándose a trabajar a los obreros bajo las antiguas condiciones. Se dejaba totalmente a criterio de los patrones el estudio para realizar mejoras en las condiciones y lo peor, se imponía a los obreros separarse del trabajo, ya -- que de acuerdo con el Artículo 59, los obreros que tuvieran alguna reclamación que hacer, la deberían presentar por escrito al Administrador, y hasta los quince días, si no estaban satisfechos con la resolución podían separarse del trabajo. Si bien es cierto que el entreguismo de Díaz, hacia las clases Capitalistas y su despietada Política de persecución contra la clase obrera, contribuyeron al desmoronamiento de su Régimen, no puede decirse que el movimiento Revolucionario de 1910, haya surgido de un movimiento Proletario, pues ésta se inició y cobró fuerza en el Medio Rural, la razón es obvia: El fundamento básico de la Economía Mexicana era la producción Agrícola.

La Regulación Legal de las Relaciones Obrero-Patronales -- por Ley especial, fue inspirada en México a causa del movimiento Revolucionario y las primeras reglamentaciones vieron la luz en la etapa de lucha armada.

Es el Estado de Jalisco, el que tuvo el privilegio de que se dictaran en su suelo, las Primeras Reglamentaciones Laborales, -- gracias a la Promulgación del Decreto del 2 de Septiembre de 1914, -- del General Manuel F. Dieguez y los del 7 de octubre de 1914 y 30 de diciembre de 1915, que reforma al anterior, de Manuel Aguirre Berlanga.

La Ley de Aguirre Berlanga se puede decir, que fue la Primera Ley del Trabajo, pero no surgen aun los principios del Derecho Colectivo, ya que, únicamente se regulan los aspectos principales -- del Contrato Individual de Trabajo, la creación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y algunas ideas sobre la Previsión Social y Salario Mínimo.

En el mismo año de 1914, se promulgó en Veracruz, la Primera Ley que ordenó en ese Estado, las relaciones laborales. En -- esta Ley sí siguen regulando exclusivamente, relaciones individuales de trabajo, sin considerar aún, las Instituciones Colectivas, pero -- ya se tienen principios.

En la Ley de Asociaciones Profesionales promulgada para -- el Estado de Veracruz, por Agustín Millán, se ponen las bases legales por primera vez en la República, para el Desarrollo de las Instituciones de Derecho Colectivo de Trabajo.

El Maestro De La Cueva, resulta así la importancia de ésta Ley: "La Ley de Agustín Millán fue de extraordinaria importancia. -- México no prohibió en forma expresa como se hizo en Francia con la Ley Chapelier, la Asociación Profesional, pero tampoco estaba autorizada por las Leyes, lo que permitió que durante la época del General Porfirio Díaz fueran perseguidas por los Tribunales a pretexto de que cometían los delitos de ataque a la Libertad de Comercio e Industria, y a las garantías individuales".

El primer paso dado para que el Estado interviniera legalmente en las Relaciones de Trabajo a nivel Nacional, fue el Decreto del 17 de octubre de 1913, expedido por Venustiano Carranza. Mediante este Decreto, se creó el Departamento de Trabajo, dependiente de la Secretaría de Gobernación.

Posteriormente, por Decreto del 12 de diciembre de 1914, el propio Carranza anunció la expedición de Leyes que mejoraban la condición de las Clases Proletarias. Basado en los decretos anteriores, el Departamento de Trabajo, con la colaboración del propio Secretario de Gobernación, Lic. Rafael Zubarán, formuló el proyecto de Ley sobre Contrato de Trabajo, conocido en nuestra Doctrina como Proyecto Zubarán.

El mérito de este proyecto estriba en ser la primera regulación de las Relaciones de Trabajo a Nivel Nacional.

La Legislación más importante sobre trabajo anterior a la Promulgación de la Constitución de 1917, fue la Promulgada en Yucatán por el General Salvador Alvarado. Por Decreto del 14 de mayo de 1915, se creó el Consejo de Conciliación y el Tribunal de Arbitraje; el 11 de diciembre del mismo año, la Ley del Trabajo.

La finalidad inmediata de la Legislación Laboral de Yucatán, era evitar la explotación del proletariado; la finalidad mediata estriba en que la Legislación del Trabajo, junto con otras Cuatro Leyes, que en conjunto se conocen como las Cinco Hermanas, se habían proyectado para que sirvieran como cruces en que se organizará la Estructura Social para transformar la Estructura Económica.

Pese a las características tan avanzadas de la Legislación Laboral de Yucatán, de la que se tomó como ejemplo y sirvió como antecedente directo para darle la Teoría Revolucionaria a la Constitución de 1917, al Contrato Colectivo no se le caracterizó --en dicha Ley, -- como Normativo, sino que se le concibió como un verdadero Contrato que se celebraría entre la Asociación Profesional y el Patrón.

La Ley entendía por Convenio Industrial, al Contrato de Trabajo que ligaba a una unión o Federación Industrial con sus elementos. Esto se debió a que, de acuerdo con los principios de la propia Ley, para la realización de sus propósitos era indispensable la existencia de la Asociación Profesional. No se concebía en otra forma la superación de la clase Obrera sino mediante su organización.

En la redacción del Artículo 1330, no se mencionó expresamente el Contrato Colectivo. Este hecho obligó a delimitar dos problemas: La afirmación de la obligación de realizarlo y la determinación de su naturaleza jurídica que tienen todas las Instituciones nacidas de las nuevas garantías sociales, así como de la interdependencia que existe entre ellas. La Fracción XVI del Artículo, consigna expresamente el Derecho de Trabajadores y Patrones para formar Asociaciones Profesionales; las Fracciones XVII y XVIII consideran el Derecho de Huelga y le dan carácter de Derecho positivo y no simplemente consignándolo como cuestión de hecho. Ambas Instituciones sin el Contrato Colectivo, no tendrían sentido ya que su naturaleza es de conductas que sirven para llegar al fin que representa el Contrato Colectivo. Por tanto, no puede más que afirmarse la implícita obligatoriedad de su realización. El segundo problema, la determinación de su naturaleza.

Como es bien sabido, originalmente la reglamentación de los Principios Constitucionales sobre el Trabajo, no fue facultad del Congreso de la Unión; por lo cual, posteriormente a la Promulgación de la Constitución, se dictaron nuevas Leyes Estatales para reglamentar dichos principios.

En la Ley del 14 de enero de 1918, para el Estado de Vera Cruz, se define el Contrato Colectivo como el acuerdo suscrito, celebrado por una persona, Empresa o Entidad Jurídica, con una agrupación de Trabajadores Legalmente reconocida. Esta definición es muy vaga; como dice el Maestro De La Cueva: "... De ella no puede desprenderse la verdadera naturaleza del Contrato Colectivo".

En la Ley del Trabajo para el Estado de Yucatán, del 2 de octubre de 1918, al reglamentar el Contrato Colectivo se siguieron los lineamientos de la Promulgada por el General Alvarado, -es decir, como analizamos el párrafo anterior-, con el sentido y naturaleza de un verdadero Contrato, aunque celebrado con un grupo Profesional organizado. En la Ley Promulgada en el mismo Estado el 16 de septiembre de 1926, se desnaturaliza a tal grado el carácter de la Asociación Profesional y el Contrato Colectivo, que se llega a condicionar la existencia de la primera y la posibilidad de realización del segundo, a la adhesión a un Partido Político Progubernista.

En efecto el artículo 1040, de la Ley, dispone que únicamente tendrá personalidad jurídica para celebrar Contratos de Trabajo y convenios Industriales y Ejercer las funciones que de ellos derivan, las ligas de resistencia y demás Asociaciones afines a la Lig. Central de Resistencia del Partido Socialista del Sureste. En esta forma, por tratar de llevar hasta sus extremos una postura política Demagógica, se desnaturalizó la esencia del Contrato Colectivo, asignándole características de simple Contrato.

Entre 1917 y 1929, el desarrollo de la Industria Nacional, en el sentido de abarcar una misma rama varias Entidades Federales, demostró la inoperancia de la diversidad de legislaciones Laborales. Ya para 1927, ante la necesidad de proveer conflictos en los ramos de minería, ferrocarriles y petroleros, se creó la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. El 5 de setiembre de 1929, se publicó la Reforma a la Fracción X del Artículo 330, y al párrafo introductorio del Artículo 1230, para uniformar la Legislación del Trabajo en toda la República, derogando las Leyes Estadales.

En el mismo año de 1929, se realizó el proyecto que se conoce con el nombre de Fortes Gil en honor al entonces presidente de la República. Con este proyecto se inicia la integración de la Doctrina Mexicana sobre la naturaleza del Contrato Colectivo del Trabajo; en él se distinguen las figuras del Contrato Individual, Contrato de Equipo, Contrato Colectivo y Contrato Ley.

Lo singular del Proyecto Fortes Gil, estriba en querer aglutinar en un mismo cuerpo Legal las distintas tendencias doctrinarias que influyen en la práctica Mexicana, por lo que resultaba lógico que en la exposición de motivos de la propia Ley, no se tomara el partido y se dijera "que no tocase ni a la Ley ni a su exposición de motivos, explicar la razón científica o Filosófica del Contrato Colectivo".

En efecto, en el Artículo 79, se dice: "Contrato Colectivo es el convenio que se celebra entre uno o varios patronos o uno o varios Sindicatos Patronales y uno o varios Sindicatos de Trabajadores, en el que se establecen las condiciones o bases, conforme a las cuales debe celebrarse los Contratos de Trabajo". En la definición, se trata de imponer la base Legal para la normación de las condiciones mediante las cuales se desarrollan los Contratos Individuales.

El Proyecto Fortes Gil se inclinaba más hacia la tendencia Sindicalista Radical. En la exposición de motivos, dice: "De las disposiciones mismas del capítulo se deriva que los beneficios obtenidos por los trabajadores, en virtud del Contrato Colectivo, rigen solamente para ellos y no para los demás de la Empresa, toda vez que las obligaciones y derechos que el mismo establece, sólo afectan a las partes que lo celebran. Otros Códigos establecen que

los beneficios obtenidos por los Trabajadores Sindicalizados en virtud del Contrato Colectivo, favorecen a los que no han sido parte en el Contrato, pero tal cosa pugna en el sentido e espíritu Sindicatista del Código, que trata por medios indirectos de obligar a los Trabajadores a Sindicarse.

El Proyecto Portes Gil, nunca pudo promulgarse por que no satisfizo a trabajadores ni a patrones; y no satisfizo precisamente por su tendencia dictatorial que mas que abrir los cauces al desarrollo democrático de las Relaciones Obrero-Patronales, servirá de instrumento a posturas demagógicas de imposición.

El Contrato Colectivo, principalmente debe ser un medio más para alcanzar la realización de la verdadera democracia y no una arma presionar a los trabajadores, no importa la ideología que se impone.

En el año de 1931, la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, convocó a una convención Obrero-Patronal de donde surgieron las ideas para el proyecto que se conoce con el nombre de la propia Secretaría. En este proyecto se abandonó la tendencia contractualista del proyecto Portes Gil para otorgársele un carácter netamente normativo. En el Artículo respectivo se dice: "Las estipulaciones del Contrato Colectivo se extienden a todas las personas que trabajan en la Empresa; aún cuando no sean miembros del Sindicato que lo haya celebrado". En la exposición de motivos se explica este Artículo y se da la pauta para comprender la naturaleza que se le quiso asignar al Contrato Colectivo: "Las ventajas del Contrato Colectivo se extienden a la minoría que no ha contratado, porque el Sindicato mayoritario se le ha reconocido el Derecho de contratar no en nombre propio, sino representando el interés colectivo de toda la Profesión; de otra manera no podría negarse a la minoría el Derecho de celebrar también un Contrato que rigiera sus Relaciones con la Empresa. Si el Contrato perdiera su carácter de Colectivo y no tendría el efecto -- que es su razón de ser: uniformar las condiciones de trabajo en una Empresa primero y después en una región".

Al exponerse que la carga de ser del Contrato Colectivo es uniformar las condiciones de trabajo, se tomó el partido, en la Doctrina Legislativa Mexicana por otorgarle a nuestra figura una naturaleza totalmente Normativa.

El Proyecto de la Secretaría de Industria, fue la base fundamental para la Ley Federal del Trabajo que se promulgó en agosto de 1931. En esta Ley, al igual que en el proyecto, la naturaleza del Contrato Colectivo se fundamentó con absoluto carácter Normativo, a tal grado que la definición que hace el Artículo 42 se centra exclusivamente en este elemento. Sin embargo, la practica de lucha --

Sin embargo desde la Revolución se trató de llevar a cabo con fundamento en la continua confrontación de los factores de la producción, por lo que se trató de reforzar al máximo los medios de la lucha de la Asociación Profesional. Esta postura, y el hecho de que para esas fechas las Organizaciones Sindicales contaban como Líder a un Intelectual de la Categoría del Licenciado Luchardo Toledano, contribuyeron para que se diera cuerpo doctrinario a la Tesis en que se entiende al Contrato Colectivo como un "Contrato Ejecución".

El Maestro Jesús Castorena, al definir la naturaleza del Contrato Colectivo, dice al respecto: "El Contrato Colectivo de Trabajo, por lo demás, no viene sino a substituir a otras formas e maneras de instituir un Régimen Jurídico de Trabajo de las Empresas. Si el Derecho aparece donde quiera que se dá una Sociedad, en las Empresas, donde los Trabajadores integran una Sociedad, el Régimen Jurídico jamás ha faltado; ese Régimen es un tiempo fue el Reglamento Interior de Trabajo, que era elaborado íntegramente por el Patrón cuando podía autoritariamente dictar Régimen de Trabajo".

El Maestro Castorena propone una definición del Contrato Colectivo en el sentido de que "Es el Régimen Jurídico de una o varias Empresas, elaborado por el patrón o patrones de esas Empresas o el Sindicato a que pertenecen, los trabajadores de esas Empresas, o por un Arbitro Público o Privado en quien se delega por aquellos la facultad, para Gobernar la prestación de servicios de los Trabajadores y las materias derivadas de la misma". A continuación explica el Maestro: "En la definición que antecede, hemos dejado de señalar como género próximo, el convenio; en lugar de él, consignamos la noción Régimen-Jurídico. Por Régimen Jurídico, entendemos un grupo de Normas que regula un conjunto de fenómenos Jurídicos de una misma especie".

Por las transcripciones anteriores, se puede apreciar cómo, el Maestro Castorena, se inclina abiertamente por otorgarle una naturaleza Normativa al Contrato Colectivo.

El Maestro De La Cueva, después de realizar un extenso análisis de las Doctrinas más importantes, así como de analizar nuestra actual realidad Jurídica, concluye que el Contrato Colectivo Mexicano, es una fuente Autónoma de Derecho Objetivo. Autónoma, porque surge de grupos Sociales que si bien es cierto son reconocidos por el Estado, no son creados por él; fuente de Derecho, porque su finalidad es Reglamentar las Relaciones de Trabajo en la Empresa o Empresas en que representan un interés Jurídicamente protegible.

C).- EL CONTRATO COLECTIVO EN LA ACTUAL LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

La polémica entre Contrato y Norma en la definición de la Naturaleza del Contrato Colectivo, así como la herencia de la práctica Sindical Mexicana, trascendieron, aunque debilmente, hasta la Promulgación de Nuestra Ley, del primero de mayo de 1970.

En efecto, en la exposición de motivos de la mencionada Ley, al tratar sobre el Contrato Colectivo, se dice lo siguiente: - "Al redactar el Proyecto, se analizó la conveniencia de cambiar el término "Contrato Colectivo de Trabajo por el de Convención Colectiva de Trabajo", pero se llegó a la conclusión de que era preferible conservar la primera denominación por estar generalizada en la Ley, en la Jurisprudencia, en la Doctrina y entre los Trabajadores y los Patrones; se consideró además que la denominación no afecta la naturaleza de la Institución".

Como podrá observarse por lo dicho en la Exposición de motivos, la polémica trascendió hasta la redacción de la Nueva Ley, aunque restándole importancia y limitándola a un aspecto técnico, en el cual, inclusive, se asienta que la denominación no afecta a la naturaleza de la Institución. De cualquier manera, y se con firma la naturaleza Normativa que se le había otorgado desde la Legislación de 1931, en el siguiente párrafo de la misma exposición se expresa claramente: "El Contrato Colectivo de Trabajo, tal como se encuentra reglamentado en la Ley vigente, se conserva en sus aspectos fundamentales: Constituye una figura jurídica especial, por cuanto es la fuente del Derecho regulador de las Relaciones entre los trabajadores y la Empresa, éste es, debe ser considerado como fuente de Derecho Objetivo para las Relaciones de Trabajo Individuales y Colectivas. Dentro de éste espíritu debe interpretarse el Artículo 3862, precepto que ratifica la definición de la Ley vigente". Como se podrá observar, en la Ley vigente ya se le considera francamente Derecho Objetivo de fuente de Derecho Objetivo. El Artículo 429, de la Ley de 1931, con ligeras modificaciones de la reforma que lo hacen más específico unicamente, pasó a ser el Artículo 366 de la nueva Ley. Pero además de ratificársele la naturaleza de fuente de Derecho Objetivo, lo más importante es que en la Exposición de Motivos se reconoce que gracias a la peculiar naturaleza del Contrato Colectivo Mexicano, la clase trabajadora ha conseguido beneficios y prestaciones muy superiores a los consignados en la Ley Federal del Trabajo y que para redactar la nueva Ley, se tomaron como ejemplo los Contratos Colectivos más importantes del País; o sea, que gracias a la naturaleza Normativa del Contrato Colectivo, la clase trabajadora de México, está facultada para regular por sí mismo y con Autonomía del Estado, la forma más Democrática de actividad de la Empresa y la manera de superar su condición. El papel del Estado solo implica ratificar ésta postura.

Después de haber hecho un recorrido histórico sobre la --  
formación del Contrato Colectivo de Trabajo, hasta nuestra actual --  
Ley, podemos concluir que el Contrato Colectivo de Trabajo: "Es un --  
Derecho prominente de lucha de clases" que beneficia a todo aquel --  
que se ostente bajo el rubro de trabajador.

D).- EL TRABAJADOR EXTRANJERO DENTRO DEL CONTRATO COLECTIVO DE  
TRABAJO.

La Regla General la podemos establecer en los siguientes --  
términos: "El Trabajador Extranjero tiene los mismos Derechos y --  
Obligaciones que él Nacional, salvo algunas excepciones que la misma --  
Ley establece".

El Artículo 123º de la Constitución protege al Trabajador, --  
sea Nacional, Extranjero o Emigrante. Este Artículo en su encabezado --  
establece la Regla General en las Relaciones Laborales: "El Congreso --  
de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá ex --  
pedir Leyes sobre el Trabajo, las cuales regirán entre los Obreros, --  
Jornaleros, Empleados Domésticos y Artesanos, y de una manera general --  
sobre todo Contrato de Trabajo.

El Artículo Constitucional en su Fracción VII admite el --  
principio del salario igual por tarea igual, sin discriminación alguna; --  
"Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener --  
en cuenta sexo, ni Nacionalidad".

El servicio Público de Empleo está reconocido en la Fracción --  
XXV "El servicio para la colocación de los Trabajadores será --  
gratuito para éstos, ya se efectúe por Oficinas Municipales, Oficina --  
de Trabajo, o por cualquier otra Institución Oficial o Particular.

La Fracción XXIX, establece el Régimen de seguridad Social, --  
"Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del --  
Seguro Social, y ella comprenderá seguros de Invalidez, de Vida, de --  
Cesación Involuntaria del Trabajo, de Enfermedades y Accidentes y --  
otras con fines análogos".

Los Trabajadores Extranjeros están debidamente protegidos --  
por el Artículo 123º, y sirve como remate a lo que determina la --  
Constitución en su Artículo primero. "En los Estados Unidos Mexicanos, --  
todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, --  
las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y --  
con las condiciones que ella establece".

La Ley Federal del Trabajo emana del Artículo 123º Constitucional, precursora de la tendencia protectora del trabajador, reconoce, integra y reivindica los Derechos del Obrero Inmigrante y cuida al mismo tiempo, de establecer excepciones.

La Ley Federal del Trabajo, en su Artículo 1º, incluye a todo Trabajador Nacional o Extranjero, en su protección, relación, socialización, integración y reivindicación, al sostener que: "La presente Ley es de observancia general en toda la República y rige las Relaciones de Trabajo comprendidas en el Artículo 123º. Apartado "A" de la Constitución". De igual manera, la Ley vigente no hace mención en el Artículo 2º, de condiciones de Nacionalidad, manifiesta que persigue obtener: "... El equilibrio y la Justicia Social en las Relaciones entre Trabajadores y Patrones", la misma Ley en el Artículo 3º, sostiene: "El trabajo es un Derecho y un deber Social. No es Artículo de Comercio, exige respeto para las Libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia".

"No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de Raza, Sexo, Edad, Credo Religioso, Doctrina Política o Condición Social".

Conforme la parte primera de éste ordenamiento, se vislumbra claramente la finalidad que persigue la Ley, procura la protección reivindicación, socialización e integración del trabajador de manera absoluta y total. La segunda parte del Artículo 3º, se refiere al principio de igualdad de trato.

El siguiente ordenamiento se asemeja bastante al anterior, en cuanto a los términos y contenido, sostiene el Artículo -- 5º: "Las disposiciones de esta Ley son de orden Público, por lo que no producirá efecto Legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los Derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:

XI Un salario menor que el que se pague a otro trabajador en la misma Empresa o Establecimiento por trabajo de igual eficacia, en la misma clase de trabajo o igual jornada por consideración de edad, sexo o Nacionalidad". Existe una cierta conexión entre la Fracción de este ordenamiento y la Fracción VII del Artículo 123º Constitucional.

En otro orden de ideas pero con la misma directriz, el -- Artículo 6º, de la Ley Federal del Trabajo, protege y expresa "Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del Artículo 133º, de la Constitución serán aplicables a las Relaciones de Trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de vigencia". Como habíamos hecho mención, la Ley Federal del Trabajo protege, reivindica e integra en un mismo plano a Nacionales y Extranjeros.

Los Tratados y Convenios Internacionales, inciden en la -- Égida Legal, son principios reguladores que tienden a hacer respetar la Ley: "... En todo lo que beneficie al trabajador ..."

La Ley exige que el Contrato escrito de trabajo debe extenderse por duplicado en donde se anotarán las condiciones de trabajo. El Artículo 25º expresa: "El escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener:

1.- Nombre, Nacionalidad, Edad, Sexo, Estado Civil, Domicilio del Trabajador y del Patrón".

Vuelve a reiterar la Ley comentada, los principios integradores, protectores y reivindicadores del trabajador, a tal efecto el Artículo 56º, sostiene que: "Las condiciones de trabajo, en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta Ley y deberán ser proporcionadas a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, Nacionalidad, Sexo, Edad, Credo Religioso o Doctrina Política, salvo las modalidades expresamente consignadas en esta Ley". Los términos, raza y Nacionalidad que aparecen en estos artículos, en -- apariencia se contraponen; no lo creemos así. García Maynez, define el término Nacionalidad como el: "Vínculo Político y Jurídico que relaciona a un individuo con un Estado".

Raza es el conjunto de características físicas que diferencian a un grupo de personas de otro u otros.

La comentada Ley en el Artículo 86º, se refiere a la -- igualdad de salarios en los siguientes términos: "A trabajo igual, desempeñando en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder salario igual".

Excepciones Legales aplicables a los Extranjeros en cuanto al principio reivindicador, integrador y Protector del Obrero.

La primera excepción, obra en el Artículo 70, de la Ley Federal del Trabajo y establece que: "En toda Empresa o Establecimiento el Patrón deberá emplear un noventa por ciento de Trabajadores Mexicanos, por lo menos. En las categorías de Técnicos, Profesionales, los trabajadores deberán ser Mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores Extranjeros, en una proporción que no exceda del diez por ciento de los de la especialidad. El Patrón y los Trabajadores tendrán la obligación sólida de capacitar a trabajadores Mexicanos en la especialidad de que se trate. Los Médicos al servicio de las Empresas deberán ser Mexicanos".

Es razonable la inclusión de éste Artículo, en virtud de que todos los Países, particularmente los Latinoamericanos, antes del principio anterior, en términos semejantes a nuestra Ley. Esta última tiende a proteger y garantizar el trabajo de los Mexicanos, si sobran vacantes, les corresponderá la opción del empleo de los Extranjeros.

La siguiente excepción es aplicada en la Exposición de Motivos de la Ley, sostiene: "El Derecho Mexicano reconoce la Legitimidad de la Cláusula de admisión, en virtud de la cual se obliga al Patrón a no aceptar sino a trabajadores miembros del Sindicato Titular o Administrador del Contrato Colectivo o del Contrato-Ley. Pero cuando ésta cláusula no existiera, no obstante que en principio se reconoce la facultad del Empresario de seleccionar su personal, se le impone la obligación de preferir en igualdad de circunstancias, a los trabajadores Mexicanos, a quienes le hayan servido satisfactoriamente por mayor tiempo y a los Sindicalizados respecto de quienes no lo están.

Esta nueva Ley en el presente comentario, es consecuencia de la excepción anterior, cabe realizar la misma anotación.

La Ley Federal del Trabajo de 1970, regula las condiciones que los interesados en el trabajo deben observar: "Los Trabajadores que se encuentran en los casos del artículo anterior y que aspiren a un puesto vacante o de nueva creación deberán presentar una solicitud a la Empresa o Establecimiento, indicando su Domicilio y Nacionalidad, si presentaron sus servicios con anterioridad y porque tiempo, la naturaleza del trabajo que desempeñaron y la denominación del Sindicato a que pertenezcan, a fin de que sean llamados al ocurrir alguna vacante o crearse el puesto, comprobando la causa en que funden su solicitud".

## EL TRABAJADOR EXTRANJERO DENTRO DE LA ASOCIACION PROFESIONAL.

Como postulado Social, la Asociación o reunión Legal de los Trabajadores para luchar por sus intereses, por sus Derechos Revolucionarios, en oposición a la Empresa Capitalista, pretende unir a toda persona que se ostente bajo la denominación de trabajador, -- comprendiendo así a los Trabajadores Extranjeros, que ningún obstáculo tienen para pertenecer al Sindicato Obrero, salvo la limitación contenida en el Artículo 372º, de la Ley Federal del Trabajo, que -- dice:

"No podrán formar parte de la directiva de los Sindicatos:

I.- Los Trabajadores Menores de Dieciséis Años; y

II.- Los Extranjeros.

Entendemos por Sindicato: "La Asociación de Trabajadores o Patrones. Constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses". (Art. 356º)

La figura del Trabajador Extranjero pudiera parecer peculiar dentro de la organización del mismo, sin embargo, es una obligación de dicho individuo al haber sido aceptado en la comunidad Mexicana, disfrutando de todas las prerrogativas de los Trabajadores Nacionales, el coligarse en unión de los demás trabajadores, en defensa de sus intereses, promoviendo al mismo tiempo, el respeto a nuestro Artículo 123º, y su Doctrina Social.

Consideramos a la Huelga, como el medio de acción para -- elevar los salarios o impedir su baja, definida por la Ley, como: "La suspensión temporal del trabajo, llevada a cabo por una coalición de trabajadores". (Art. 440º). Visto lo cual, el Extranjero -- podrá participar en la misma si es lícita, es decir, si tiene por objeto alguno de los puntos protegidos por el Artículo 450º de la Ley.

Cabe advertir que éstos conceptos, de la Asociación Profesional y la huelga, se encuentran protegidos por el Artículo 9º Constitucional que consigna el Derecho de Asociación, sin embargo, dada la índole especial que se da a las Organizaciones Sindicales y a las huelgas en nuestra realidad Mexicana, podría el Ciudadano Extranjero verse en el caso de violar la disposición de la misma Carta Magna, -- que le prohíbe reunirse para discutir los problemas Políticos del -- País.

3).- SINTESIS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS INDIVIDUALES.

A).- EL CONTRATO Y LA RELACION DE TRABAJO.

Una definición sobre el Contrato de Trabajo, nos dice lo siguiente:

"Es el acuerdo, expreso, o tácito, por virtud del cual, - una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una retribución".

Sin embargo, el Artículo 1230, de nuestra Constitución, - estructuró el Contrato de Trabajo como un Contrato Evolucionado de - carácter social, en el que no impera el Régimen de las obligaciones Civiles y menos la Autonomía de la voluntad, pues las Relaciones Laborales en todo caso deberán regirse conforme a las Normas Sociales mínimas creadas en la Legislación Laboral. En consecuencia, la teoría del Contrato de Trabajo en la Legislación Mexicana se fundan en los principios de Derecho Social, cuya aplicación está por encima de los tratos personales entre el trabajador y el patrón, ya que todo - privilegio o beneficio establecido en las Leyes Sociales, suplen a la Autonomía de la voluntad.

Por su parte, el Maestro Paul Pic, define al Contrato de Trabajo como aquel por virtud del cual una persona se obliga a ejecutar, temporalmente, por cuenta de otra, la que a su vez, se obliga a pagarle, durante el mismo tiempo, el salario convenido o fijado -- por la costumbre o el uso.

Hay casos, en que el trabajador da comienzo al trabajo -- con todos los caracteres de la definición propuesta, sin embargo, - no ha habido acuerdo expreso, y si acaso podríamos suponer un acuerdo tácito; es aquí donde surge la teoría de la relación de trabajo, que complementa al Contrato de Trabajo, ya que aquella es originada generalmente por un contrato que genera la prestación de servicios, de aquí que el Artículo 209, de la Ley Federal del Trabajo, considere lo siguiente:

"Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé el origen, la prestación de un trabajo personal su bordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Contrato Individual de Trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel, por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el Contrato celebrado producen los mismos efectos".

El Artículo 219, de la Ley, hace presumir la existencia del Contrato y la Relación de Trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe, por lo cual, y teniendo en cuenta lo mencionado en el párrafo anterior, podemos concluir que los caracteres supuestos establecen un consensualismo entre las partes, casi absoluto, que va de acuerdo con la naturaleza de este Contrato Social Evolucionado.

Respecto al Contrato de Trabajo del trabajador Extranjero, recién llegado a nuestro País, la especialidad de las Normas anteriores es evidente, sin embargo, y como un requisito que no afecta la esencia del Contrato, sino la estancia Legal del Trabajador, es necesario hacer constar dicha relación ante la Autoridad competente, a saber, la Secretaría de Gobernación.

Las condiciones de trabajo deben hacerse constar por escrito cuando no existen Contratos Colectivos aplicables y su forma, requisitos y contenido se enumeran en los Artículos del 249 al 272 de la Ley del Trabajo.

La prestación de servicios de los Trabajadores Mexicanos en el Extranjero, se rigen por lo determinado en otro Artículo del ordenamiento multicitado, y para los efectos del tema que ahora nos ocupa, podríamos encontrar cierta analogía. Dicho ordenamiento habla de que para la prestación de servicios de los Trabajadores Mexicanos fuera de la República, deben hacerse constar por escrito, las estipulaciones siguientes:

A).- Los requisitos formales del Contrato;

B).- Los gastos de transporte, la Repatriación, traslado hasta el lugar de origen y alimentación del trabajador y de su familia en su caso, y todos los que se originen por el paso de las Fronteras y cumplimiento de las disposiciones sobre Migración, o por cualquier otro concepto semejante, serán por cuenta exclusiva del patrón. El trabajador percibirá íntegro el salario que le corresponda, sin que pueda descontarse cantidad alguna por esos conceptos.

La Ley de Población estima la obligación de las Empresas - que traigan Trabajadores Extranjeros a México, pagar sus gastos de Repatriación, cuando la Autoridad ejecutora lo entime conveniente por faltas a la misma Ley. Además de lo anterior, podríamos considerar esta estipulación como entendible en beneficio del Extranjero, aunque las Leyes de trabajo no lo determinen expresamente:

C.- El trabajador tendrá Derecho a las prestaciones que otorguen las Instituciones de Seguridad y Previsión Social a los Nacionales. En todo caso, tendrá Derecho a ser indemnizado por los riesgos de trabajo con una cantidad igual a la que señala esta Ley, por lo menos.

Se prohíbe la utilización de menores de dieciocho años para la prestación de servicios fuera de la República, salvo en el caso de Técnicos, Profesionales, Artistas, Deportistas y Trabajadores Especializados. Consideramos que ésta Norma puede ser guía para la Admisión del Trabajador Extranjero a México, en lo que a este punto se refiere.

El Trabajador Extranjero, tendrá obligación de ostentar la calidad Migratoria Adecuada, ante la Empresa en donde se pretende prestar sus servicios, pues nadie podrá dar ocupación a Extranjeros que no comprueben previamente su Legal estancia en el País y estar autorizados para trabajar por la Secretaría de Gobernación.

Sobre la duración y la suspensión del Contrato y de la Relación de Trabajo, es necesario comentar que, generalmente de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, de reciente creación, los Contratos o Relaciones de Trabajo se estipulan por tiempo indeterminado, pudiendo ser también por obra o tiempo determinado específicamente, en todos aquellos casos en que así lo exija la naturaleza del empleo.

Notamos en el presente caso, que para los Trabajadores Extranjeros Inmigrantes, la duración del Contrato de Trabajo se hará condicional para que el caso de que la Autoridad Administrativa admita o conceda el refrendo correspondiente con el objeto de que el Extranjero pueda continuar prestando el servicio legalmente.

Los refrendos se conceden al plazo de un año, y al mismo, quedará subordinado el Contrato de Trabajo.

Además, las causas por las cuales es factible suspender la Relación de Trabajo sin responsabilidad para ninguna de las dos partes que intervienen en la misma, son las siguientes, en orden de importancia:

La Enfermedad contagiosa del trabajador;

La incapacidad temporal ocasionada por un accidente o enfermedad no considerada como riesgo de trabajo. Anexa a la cuestión anterior; la Ley consigna que serán considerados como accidente de trabajo, los sufridos por el trabajador en el trayecto hacia el lugar en que presta sus servicios;

La prisión preventiva, donde hubo sentencia absolutoria con la obligación del patrón de pagar salarios, si el delincuente supuesto obró en defensa de los intereses del Empresario;

El arresto del Trabajador, aquí diferencia la Ley el arresto, al cual consideramos se dá un contenido por castigo a la infracción de una Norma Administrativa, en diferenciación de los Castigos Judiciales, donde, interpretando a "Contrario Sensu" el párrafo anterior, si habrá responsabilidad del trabajador;

El cumplimiento de las tareas y servicio que mencionan los Artículos 59 y 319 de la Constitución;

La designación del trabajador ante organismos Estatales;

La falta de documentos necesarios que exija la Ley para la prestación del servicio, caso muy importante para el Trabajador Extranjero, pues en la situación del inmigrante, deberá exhibir Autorización expresa de la Secretaría de Gobernación para el trabajo determinado, por medio de la forma migratoria adecuada. En el caso del inmigrado, no se requiere autorización expresa.

La teoría de la estabilidad en el empleo es determinada por esa azarosa lucha que ha librado los trabajadores a través del tiempo para conservar su trabajo como único medio de subsistencia de ellos y de su familia, frente a las arbitrariedades de los patronos, que podían con toda libertad, despedirlos y lanzarlos a la desocupación con todas sus consecuencias, tanto morales, como materiales.

Esbozada por el Artículo 1239. Se concibe en nuestro Derecho diciéndose que en los casos donde el patrón se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el Contrato de Trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, -- además de la responsabilidad que resulte del conflicto. Por otro lado, si los Trabajadores no aceptan el laudo, se dará por terminada la Relación de Trabajo.

Además el patrón que despidiera a un Obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una Asociación o Sindicato o por haber tomado parte en una Huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el Contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario.

Sin embargo, el patrón quedará eximido de la obligación de reinstalación mediante el pago de los indemnizaciones especificadas en el Artículo 502, en los casos en que el trabajador tenga una antigüedad menor de un año, tenga en su trabajo un trato directo con el patrón, sea trabajador de confianza o eventual.

Igualmente tendrá la obligación de indemnizar al Trabajador con el importe de tres meses de salario, cuando se retire del servicio por falta de probidad del patrón o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos y el patrón no podrá eximirse de esta responsabilidad, -- cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o con la tolerancia de él.

El Artículo 479, de la Ley, menciona las causas de rescisión de la Relación de Trabajo, sin responsabilidad para el patrón. Podemos afirmar que la rescisión, concepto del Derecho Civil, es un Acto Jurídico Unilateral por el cual se pone fin, de pleno Derecho, sin necesidad de declaración Judicial, a otro acto, bilateral, plenamente válido, por incumplimiento culpable en este por una de las partes. Sin embargo, la correcta terminología laboral, pues, es usada por el Artículo 1229, sería hablar de despido del trabajador, ello a pesar de las semejanzas que presentan ambas figuras.

El trabajador despedido injustificadamente, tiene dos acciones, una de reinstalación obligatoria o cumplimiento del Contrato de Trabajo y otra de indemnización de tres meses de Salario y pago de salarios vencidos o caídos, en los términos del Artículo 482. Los Artículos 492 y 509, mencionan respectivamente los casos en que se exige al patrón de la primera de las obligaciones y de las indemnizaciones que deben cubrirse en caso contrario.

Con Derecho a una indemnización similar a la del Artículo 50 el Trabajador tendrá Derecho a retirarse de la Relación de Trabajo, sin responsabilidad (es retiro, más no rescisión de la Relación de Trabajo), si se haya bajo la égida de los casos descritos por el Artículo 512.

## C O N C L U S I O N E S

1.- La Libertad de Trabajo establecida en Nuestra Constitución Política Mexicana en el Artículo 5º, consiste en que la persona Humana puede escoger cualquier Trabajo o Actividad remunerable licita. La Libertad de tránsito que consagra el Artículo 11º del mismo ordenamiento estriba, en que la persona Humana migra libremente - dentro o fuera de la República, salvo las limitaciones establecidas en la citada Constitución Política.

La Garantía Social contenida igualmente en nuestra máxima Ley, Artículo 123º, tiende a elevar, socializar y proteger al proletariado que elabora en nuestro suelo o en el Extranjero, según la -- exposición correcta de la Nueva Teoría Integral del Derecho Mexicano del Trabajo.

2.- La Nueva Ley Federal del Trabajo emana del Artículo 123 Constitucional, precursora de la tendencia protectora del trabajador; reconoce, integra y reivindica los Derechos del Obrero Lumigrante y cuida al mismo tiempo, de establecer excepciones.

3.- La prohibición de ejercer las Profesiones Técnico-Científicas hechas a los Extranjeros Inmigrados, por la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, es Anticonstitucional, por contrariar principios Constitucionales, por no encontrar justificación en la Ley Fundamental y por establecer una prohibición donde el constituyente fijó una Libertad, por lo que debe ser reformada.

4.- Es trabajador Extranjero, toda persona de Nacionalidad diferente a la Mexicana que presta un servicio material o intelectual en virtud de un Contrato o Relación de Trabajo.

5.- En toda la América Latina existe el problema que en México. Y es la concurrencia de los Trabajadores Extranjeros preferidos por las Empresas cuyo Capital también es Extranjero.

6.- Para evitar violaciones a la regla "Trabajo igual, - salarios igual", debe crearse un organismo dotado de un cuerpo de -- inspectores honestos dependientes de la Secretaría del Trabajo, el - cual tendrá a su cargo el comprobar que la intervención de Trabajadores Extranjeros no merme a los Trabajadores Nacionales en el desempeño de sus funciones.

7.- Cuando un patrón contrate los servicios de un trabajador Extranjero, sabiendo que éste no reúne las características señaladas por la Ley General de Población vigente, el patrón debe quedar obligado al pago de todas las prestaciones a que haya lugar. Dado que el Derecho del Trabajo, como rama Jurídica, nació para proteger los intereses de la clase trabajadora, y es en este sentido donde se deja sentir con mayor intensidad su tutela.

8.- Por razones de orden social, económicas y Políticas, el Estado Mexicano, debe prestar atención a la Selección del Personal Extranjero que vaya a prestar sus servicios en nuestro territorio. No deberán admitirse aquellos Extranjeros que no sean capaces de instruir. Para la Selección del Personal Técnico-Científico, se debe tomar en cuenta los beneficios que puedan aportar, estos individuos, a nuestro desarrollo.

9.- La Ley Federal del Trabajo protege a todo trabajador, no importando su sexo, Nacionalidad, raza, credo religioso o Político. Por lo cual los Trabajadores Extranjeros que laboren en Instituciones también Extranjeras, serán tutelados por ésta Ley.

10.- La Vigente Ley Federal del Trabajo de 1987, igualmente Reglamentaria del Artículo 123º Constitucional, protege en teoría mejor al obrero Mexicano Emigrante que la Ley del Trabajo de 1931. La nueva Ley, incluye en su texto el Régimen de Seguridad Social Migratorio.

11.- El Artículo 60º Fracción III del Reglamento de la Ley General de Población, en lo que respecta al número de Mexicanos que deben recibir instrucción de los Técnicos Extranjeros. La Ley dice que deben ser tres, a lo que podemos argüir que es número muy reducido, puesto que no permite lograr una Tecnificación más rápidamente en la Nación Mexicana.

12.- La limitación hecha por la Ley Federal de Trabajo a las Empresas, fijándose el porcentaje de Obreros Extranjeros que deben utilizar es perfectamente lícita por no contrariar a la Constitución, ya que no impide a los Extranjeros dedicarse a la Profesión, Industria o Comercio que les acomode.

13.- Los Derechos Revolucionarios y Reivindicatorios de Asociación Profesional y Huelga, se hacen extensivos a la persona del Trabajador Extranjero; pero estos no podrán formar parte de la Directiva del Sindicato, ni tampoco podrán inmiscuirse en asuntos Políticos del País.

14.- Como Obligaciones de los Trabajadores Extranjeros podemos señalar, el presentar la calidad migratoria adecuada para su trabajo, cumplir con sus obligaciones dentro del mismo, instruir a Trabajadores Mexicanos en su especialidad si se trata de Técnicos, etc.

15.- Los Trabajadores Extranjeros, tienen capacidad procesal ante nuestros Tribunales, por lo cual pueden comparecer ante los mismos para defender sus Derechos.

16.- La capacidad de los Extranjeros, para la celebración de Contratos de Trabajo, debe estar asegurada por la igualdad de tratamiento. Las Leyes del Trabajo, deben aplicarse a todos los hombres, sin distinción de ninguna especie, sea cual fuere su Nacionalidad.

#### BIBLIOGRAFIA

- 1).- Alonso García, Manuel.  
"Derecho del Trabajo".  
José María Bosch, Editor.  
Barcelona, 1960.
- 2).- Burgoa, Ignacio.  
"Las Garantías Individuales"  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1970.
- 3).- Burgoa Ignacio.  
"El Juicio Amparo"  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1970.
- 4).- Cabanellas, Guillermo.  
"Compendio de Derecho Laboral".  
Editorial Omeba.  
Buenos Aires, 1960.
- 5).- Castorena, Jesús.  
"Tratado de Derecho Obrero"  
Editorial Jaris.  
México, s/f.
- 6).- Cueva, Mario De La.  
"Derecho Mexicano del Trabajo".  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1969.
- 7).- Flores Zavala, Ernesto.  
"Finanzas Públicas Mexicanas".  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1967.
- 8).- García Maynez, Eduardo  
"Introducción al Estudio del Derecho"  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1974.

- 9).- Gonnard, René.  
 "Historia de las Doctrinas Económicas".  
 Traducida por: J. Campo Moreno.  
 Editorial Aguilar, S. A.  
 México, 1967.
- 10).- Hernández, Octavio.  
 "Derecho Constitucional Mexicano".  
 Editorial Culture.  
 México, 1946.
- 11).- Molina Enríquez, Andrés.  
 "Antología", Alvaro Molina, Enríquez.  
 Editorial Oasis.  
 México, 1969.
- 12).- Niboyet, Jean Paulin.  
 "Derecho Internacional Privado".  
 Traducida y Adicionada con Legislación Española.  
 Editorial Nacional, S. A.  
 México, 1969.
- 13).- Pérez Botija, Eugenio.  
 "Curso de Derecho del Trabajo".  
 Editorial Tecnos, S. A.  
 Madrid, s/f.
- 14).- Pina, Rafael de.  
 "Estatuto Legal de los Extranjeros".  
 Ediciones Botas.  
 México, 1967.
- 15).- Tena Ramírez, Felipe.  
 "Derecho Constitucional Mexicano".  
 Editorial Porrúa, S. A.  
 México, 1960.
- 16).- Trueba Urbina, Alberto.  
 "El Artículo 1239".  
 Impresión Efectuada en los Talleres Gráficos Laguna.  
 México, 1943.

- 17).- Trueba Urbina, Alberto.  
"Nuevo Derecho del Trabajo".  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1970.
- 18).- Trueba Urbina, Alberto.  
"El Nuevo Artículo 1239".  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1967.
- 19).- Trueba Urbina, Alberto.  
"Nueva Ley Federal del Trabajo",  
Comentarios.  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1970.
- 20).- "Iniciativa de la Nueva Ley Federal del Trabajo".  
Publicada por el Congreso de la Unión, de los  
Estados Unidos Mexicanos.
- 21).- "Comisión Permanente de Migración de 1948".
- 22).- "Congreso de Viena".  
18 de abril de 1961.
- 23).- Trueba Urbina, Alberto.  
"Ley Federal del Trabajo".  
Comentarios, Prontuario, Jurisprudencia y Bibliografía.  
Editorial Porrúa, S. A.  
México, 1967.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Ley Federal del Trabajo de 1931.
- 3.- Nueva Ley Federal del Trabajo de 1987.
- 4.- Ley General de Población.
- 5.- Ley General de Nacionalidad y Naturalización.
- 6.- Ley General de Profesiones.
- 7.- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
- 8.- Ley del Seguro Social.
- 9.- Ley Organica del Servicio Exterior Mexicano.
- 10.- Código Civil para el D. F.