

448
1ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“EL TRAFICO DE LOS INDOCUMENTADOS
MEXICANOS Y LOS DERECHOS HUMANOS”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LAURA PATRICIA SANCHEZ RAMIREZ

ASESOR DE TESIS :
LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS

MEXICO 1998

· TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

261183



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios:

Por darme la oportunidad de vivir, darme salud, y rodearme de amor al tener una familia unida, pudiendo hoy así, cumplir una de mis más grandes metas.

Gracias.

A mis padres:

Aunque muy pocas veces les he demostrado mi cariño, siempre he sabido la felicidad que significa tener unos padres como ustedes, y cuando pienso en cuanto me han dado, en todo lo que me han enseñado, en los sacrificios que por mí han hecho, en la confianza que en mí han depositado, en su apoyo incondicional, en su comprensión y en la serenidad que su amor me ha prodigado, entonces comprendo lo importante que son en mi vida, lo afortunada que soy por tener unos padres como ustedes, lo mucho que han hecho para que mi vida sea feliz, y que todo lo que soy y he logrado se los debo a ustedes.

Quiero compartir este triunfo con ustedes, pues también es suyo.

Gracias.

A mi hermanita:

De quién admiro su nobleza, por tu amistad, por tu cariño, por tu compañía, por tu apoyo incondicional y por todos los inolvidables momentos que hemos vivido juntas.

Esperando que este triunfo del cual tú eres parte, sea un aliciente para seguir superándote.

Gracias.

A mi Abuelita:

Por todo el amor que haz depositado en mí, que es invaluable, quiero con cariño compartir este triunfo contigo, agradeciéndote el cariño, apoyo, ternura, atención y oraciones que por mí haz elevado al cielo.

Gracias.

A mi Abuelito:

Como un regalo a quien siempre ha tratado de darme lo mejor, por todos los momentos que pasamos juntos, desde mi infancia a la fecha, por tu cariño y por tu apoyo.

Gracias

A mi tío Raúl:

Porque eres como un segundo padre para mí, por todo el apoyo que sin medida me haz brindado, por el cariño y confianza que en mí haz depositado, quiero que sepas que te quiero mucho y que todo lo que haz hecho por mí no ha sido en vano.

Gracias.

A mi tía Alicia:

Quién despertó en mí el deseo de estudiar esta carrera, al llevarme a la Universidad cuando era yo pequeña, porque siempre me impulsaste a seguir adelante, por tu apoyo y cariño.

Gracias.

A mi tío Armando:

Por tu rectitud, responsabilidad, dedicación y esmero, que han servido de base en mi formación, por tu apoyo, cariño y atención, te dedico esta tesis con cariño, que es resultado de todo lo que a tu lado he aprendido.

Gracias.

A mi tío Saúl:

Por tu cariño, porque siempre has sido para mí un ejemplo a seguir, para superarme día con día, por tu orientación y apoyo incondicional a lo largo de mi vida, por cuidarme como si fuera tu hermana menor y por todos los felices momentos que vivimos juntos en nuestra infancia.

Gracias.

*A Mis tías Noemi,
Lupe y mi tío José:*

Quienes me han apoyado en todo momento, con quienes he compartido momentos felices y difíciles, pero por difíciles que fueran me han dado su cariño sin medida, porque se que cuento con ustedes en todo momento y para cualquier cosa, por sus palabras de aliento y por las oraciones de mi tía Lupe que han iluminado mi camino, compartiendo con ustedes este triunfo como muestra de mi amor.

Gracias.

A mi Novio:

Quién me ha estimulado y apoyado en todo momento, a lo largo de mi carrera profesional, y sobre todo en la realización de este trabajo, por su amistad, por su amor, por todo lo que hemos logrado juntos, por todo lo que hemos vivido y por estar conmigo cuando lo he necesitado.

Gracias.

A mi Asesor el Lic. Juan Jesús Juárez Rojas:

Por compartir conmigo sus conocimientos, por su apoyo en todo momento recibido, por su paciencia, por su confianza y sobre todo por su amistad.

Gracias.

A mis Amigos:

Por su amistad, comprensión y apoyo incondicional en todo momento.

Gracias.

A mis Profesores:

Un agradecimiento muy especial por la paciencia con que me transmitieron sus conocimientos, y aunque la lista es muy extensa, tengan la seguridad que los recuerdo con admiración y respeto.

Gracias.

A la I.E.P.:

Por ser la cuna de mis conocimientos y estudios.

Gracias.

A la U.N.A.M.:

Por enseñarme a ser universitario y a luchar por ser un profesionista:

“Por mi raza hablará el espíritu”

Gracias.

INDICE

INDICE.	<i>i</i>
INTRODUCCION.	<i>iii</i>
CAPITULO I	
<i>Semblanza de los Derechos Fundamentales del Hombre.</i>	
1. Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos.	1
1.1 Teoría del Derecho Natural.	1
1.2 Caracterología de los Derechos Humanos.	7
1.3 Axiología Jurídica y Derechos Humanos.	12
2. Diferencia entre Derechos Humanos y Garantías Individuales.	21
CAPITULO II	
<i>Libertad como Derecho Humano y como Garantía Individual.</i>	
1. La Libertad y la Axiología Jurídica.	27
2. Definiciones sobre el Concepto Libertad :	33
2.1 Filosófica.	33
2.2 Jurídica.	36
3. Semblanza sobre las Garantías Individuales.	39
4. Clasificación.	45
5. La Libertad como Derecho Civil y como un Derecho Público Subjetivo .	49
6. Análisis de las Garantías de Libertad de Trabajo y Tránsito.	54
6.1 La Libertad de Trabajo.	54
6.2 La Libertad de Tránsito.	64

CAPITULO III

Estudio Sinóptico sobre la Ley General de Población.

1.	Estudio Sinóptico sobre la Ley General de Población.	68
1.1	Objetivo de la Ley.	69
1.2	Autoridades que Intervienen.	76
1.3	Calidades Migratorias.	81
1.4	Características Migratorias.	86

CAPITULO IV

Proyección Internacional de los Derechos Humanos frente a los Indocumentados Mexicanos.

1.	La Organización de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos en Materia de Libertad de Tránsito y Trabajo.	97
2.	Problemática que Presenta el Movimiento Migratorio de Indocumentados Mexicanos a los Estados Unidos de Norteamérica.	108
2.1	Comentario y Crítica a la Ley 187.	110
3.	La Protección de los Derechos Humanos de los Indocumentados por parte de las Autoridades Nacionales Mexicanas.	117

CONCLUSIONES.	134
--------------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.	139
--------------------------------	------------

INTRODUCCION

El tráfico de indocumentados mexicanos a Norteamérica es un fenómeno y un proceso constante en la historia tanto de México, como de Estados Unidos de Norteamérica. Pero en la actualidad se ha acentuado más, debido a la situación económica que vivimos en el país.

La emigración de mexicanos a Estados Unidos comenzó después de que este país arrebató a México parte de su territorio, atraída por los altos salarios y requerida por la agricultura, las construcciones de ferrocarriles y otras grandes obras materiales. Este trabajo contribuyó al florecimiento de Texas, Arizona, California y Nuevo México.

El grueso de emigrantes a Estados Unidos son hombres jóvenes o mujeres con cierta preparación, lo mejor de nuestra fuerza de trabajo, que migran con la aspiración de ganar mejores salarios, atraídos por la esperanza de mejores posibilidades.

Se sabe lo que significa esta migración y los graves problemas que enfrentan al vivir allá, sin beneficios sociales y sufriendo acosos, violaciones y abusos.

Las condiciones de vida y trabajo imperantes en muchas comunidades de nuestro país se caracterizan por la siembra de cultivos de temporal de alta incertidumbre y por la existencia de una ganadería de subsistencia, lo cual trae como consecuencia el rezago social, la deficiente organización de productores, la crisis económica que vive México y la dispersión institucional, son realidades que propician el subempleo y el desempleo condicionantes de las migraciones.

Los Estados Unidos de Norteamérica representan para muchos, la esperanza de encontrar trabajo, mientras que para ese país ha representado la prosperidad de una agricultura, básicamente por los bajos salarios que pagan a nuestros compatriotas.

No obstante, culpan a nuestros migrantes de sus problemas y con ese pretexto formalizar cada vez medidas más rigurosas para restringirles los básicos servicios sociales de educación y salud.

En años recientes, hemos sido testigos de un sistemático endurecimiento de la legislación y las políticas migratorias de Estados Unidos de Norteamérica, impregnadas de sentimientos racistas y xenofóbicos de autoridades y grupos de la sociedad civil que vulneran los derechos humanos más elementales de los migrantes.

Existen operaciones que atentan directamente a los migrantes ilegales y a los trabajadores migratorios mexicanos, pero existen otras acciones que atacan a los residentes mexicanos que viven en forma legal en los Estados Unidos de Norteamérica, tales como la “Ley 187”, con la cual se pretendía negarles a los hijos de indocumentados extranjeros, servicios médicos, educación pública, así como otras prestaciones de carácter social y asistencial. Dicha Ley es el tema principal de estudio del presente trabajo de investigación.

El objeto de analizar la mencionada ley, es determinar:

- * Si este proyecto es o no anticonstitucional desde el punto de vista de los Estados Unidos de Norteamérica.
- * Si se atenta o no contra los derechos fundamentales del hombre.
- * Si realmente resuelve la problemática de la migración ilegal.
- * Así como las consecuencias de su aplicación.

Para lograr el objetivo del presente trabajo de investigación, es necesario tener bien definidos algunos conceptos y temas básicos. Para lo cual la investigación se encuentra estructurada en cuatro capítulos.

En el primero, titulado “Semblanza de los Derechos Fundamentales del Hombre”, se realiza un análisis de la fundamentación filosófica de los derechos del hombre, pues como se menciona en el capítulo correspondiente, de ella se deriva su exigencia normativa en el derecho positivo; se hace una determinación conceptual de los derechos humanos; se analizan sus características; se analizan los principios fundamentales de la Estimativa Jurídica y los valores que son importantes para los derechos del hombre; y se diferencia entre derechos humanos y garantías individuales.

En el segundo capítulo, denominado “ Libertad como derecho Humano y como Garantía Individual”, se exponen las razones por las cuales la Estimativa Jurídica considera como valor supremo a la libertad; se delimita el concepto tanto filosófico, como jurídico de libertad; se hace una semblanza sobre las garantías individuales y se estudian las clasificaciones que de ellas se hacen; se analiza la libertad considerada como un derecho civil y como un derecho público subjetivo; y se estudian las garantías de libertad de trabajo, regulada en el artículo 5o. constitucional y la garantía de libertad de tránsito, regulada en el artículo 11, también constitucional.

En el capítulo tercero, intitulado “Estudio Sinóptico sobre la Ley General de Población”, como lo dice el título se estudia el objetivo de dicha ley, el cual es regular los fenómenos que afectan a la población en lo que atañe a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, además trata el tema de condición jurídica de los extranjeros, el cual tiene relación con el tema principal de la investigación; se mencionan las autoridades que intervienen en la realización de los fines de la ley mencionada y se estudian y definen las calidades y características migratorias reguladas por la misma ley.

Por último en el capítulo cuarto, denominado “Proyección Internacional de los derechos Humanos frente a los Indocumentados Mexicanos”, se estudia la Organización de las Naciones Unidas, su estructura y principales organismos encargados de regular y proteger los derechos humanos en materia de libertad de tránsito y de trabajo; se analiza la Ley 187, las consecuencias de su aplicación y se determina si es anticonstitucional o no, desde el punto de vista de los Estados Unidos de Norteamérica; y por último se estudian las autoridades y legislaciones nacionales encargadas de la protección de los derechos humanos de los indocumentados mexicanos.

En relación a la metodología empleada ocupamos la deducción y análisis de los contenidos de la legislación y la doctrina consultados. Por cuanto a las técnicas, utilizamos el trabajo de investigación documental.

Capítulo I

Semblanza de los Derechos Fundamentales del Hombre

1. Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos.

Es importante buscar una fundamentación filosófica de los derechos humanos, pues de ella se deriva su exigencia normativa en el derecho positivo. La defensa y exigencia de los derechos humanos que se hace en el sistema jurídico nace y se inspira previamente en la concepción filosófica de la persona de cuya naturaleza se desprenden ciertos atributos esenciales.

La filosofía inspira una concepción integral de los derechos humanos, mientras que el sistema jurídico-político los hace vigentes en un tiempo y lugar determinado.

Por lo anterior es importante que en el presente capítulo se estudie la fundamentación iusnaturalista o del derecho natural, para delimitar el concepto de los derechos humanos, estudiar la caracterología de los mismos y poder diferenciarlos de las garantías individuales.

1.1 Teoría del Derecho Natural.

El Derecho Natural ha sido tema de estudio de filósofos, teólogos y juristas. Desde tiempos antiguos se ha sostenido la creencia de que existe un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual y colectivo, además permanente y eternamente válido e independiente de las leyes escritas.

El hombre posee razón, lo que le hace tener una naturaleza especial de la que emana una dignidad para autocalificarse como un ser que merece un trato especial, diferente de las cosas y de los animales, un trato de acuerdo con su naturaleza humana.

“Dada la composición material y espiritual humana, son necesarias para vivir determinadas condiciones esenciales, siendo aquí donde nace una concepción iusnaturalista de las propiedades naturales del ser humano”.¹

Ius Naturalismo es la denominación que se le da a la corriente que estudia el Derecho Natural.

¹ HERRERA ORTIZ, MARGARITA. Manual de Derechos Humanos. Ed. PAC. México, 1991. p.3

Al hablar de Iusnaturalismo es aceptar la existencia de los derechos humanos previos a su positivación, por la razón de que ésta última podemos pedirla al referirnos a los derechos humanos y con esto se indica que existen independientemente de los derechos positivos. En esta corriente filosófica se acepta que los derechos humanos tienen un fundamento extrajurídico o prejurídico, como lo veremos más adelante.

Existen autores como Eusebio Fernández que considera a los Derechos Humanos como derechos morales, lo que da origen a otra corriente: el Iusnaturalismo de los derechos morales.²

La doctrina del Derecho Natural "... ha sido concebida e interpretada principalmente por dos escuelas: una, la que corresponde a la doctrina clásica, cuya característica básica es la fundamentación metafísica del derecho en la naturaleza del hombre y en el sentido y finalidad de su vida; y la otra, denominada doctrina del derecho natural racionalista que se inició en los siglos XVII y XVIII ..."³.

Los representantes principales de la Escuela Clásica del Derecho Natural fueron: Hugo Grocio (1583-1645); Tomás Hobbes (1588-1679); Samuel Pufendorf (1631-1694); Christian Thomasius (1655-1728); quienes afirmaban que todas las relaciones jurídicas deben ser juzgadas exclusivamente por las reglas de la razón, de lo naturalmente recto, que se impone entre los hombre por su propia naturaleza.

El Iusnaturalismo clásico fundamenta los derechos humanos en la naturaleza del hombre, y por lo mismo en el derecho natural. Considera que los llamados derechos, no pueden tener fundamento en la ley positiva; que por ser derechos del hombre, tienen su fundamento en su naturaleza, que no son relativos a la cultura, al consenso ni a la autoridad, sino que poseen un fundamento más ontológico y natural. Razón por la cuál para dicha corriente solo el derecho natural es la base incommovible de los derechos humanos.

² Cfr.; EUSEBIO FERNANDEZ GARCIA Citado por BEUCHOT, MAURICIO. Filosofía y Derechos Humanos. Ed. Siglo Veintiuno. México, 1993. p.30

³ ETIENNE LLANO, ALEJANDRO. La Protección de la Persona Humana en el Derecho Internacional. Ed. Trillas. México, 1987. p.15

Por su parte Eusebio Fernández García sostiene que los derechos humanos poseen un fundamento ético, que son “derechos morales”, y define así a los derechos humanos: “Con el término ‘derechos humanos’ pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos”⁴. Menciona que el que sean morales indica que tienen fundamentación ética, y que son limitados en su número y contenido; que llamarlos “derechos” aún cuando anteceden a los derechos positivos, solo culminan en el momento de su positivación. Alega que darles una fundamentación ética no es exactamente lo mismo que darle una fundamentación iusnaturalista; aunque, tampoco, iuspositivista. Menciona que los derechos humanos aparecen como derechos morales, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres, que no dependen de que sean reconocidos como derechos positivos, no se basan en ninguna convención o contractualismo, y que en todo caso este sería su origen o el camino para su positivación. Los derechos humanos valen independientemente de la promulgación, son derechos morales y esto les da un sentido distinto del jurídico, aunque cercanos y previos a él.

Por lo expuesto en el párrafo anterior la postura de Eusebio Fernández recae en el iusnaturalismo, debido a que expone su pretensión de que los derechos humanos son anteriores al derecho positivo.

Concretizando, el derecho positivo no los crea como derechos, aunque no están completos si no se llega a su positivación; pero son dos cosas distintas: no son derechos desde que se promulgan, lo son antes e independientemente de que sean reconocidos como tales, de manera positiva. Se basan en que lo moral o ético vale independientemente de su estatuto jurídico, aunque lo deseable es que sean llevados al nivel jurídico y a su positivación.

Además Eusebio Fernández basa la validez de los derechos humanos en las necesidades del hombre, lo que supone que no son necesidades relativas, historicistas o culturalistas; sino connaturales y esenciales, como lo es la dignidad humana. Esta suponiendo una naturaleza humana a la que pertenecen de modo especial esas necesidades; que serían inherentes a ellas, sin depender del reconocimiento de las personas, ni de los Estados.

⁴ Cfr.: Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Madrid, Debate, 1984. p.108

Existen varias definiciones del Derecho Natural y cada definición depende de la apreciación subjetiva que se tenga de la naturaleza.

Algunas corrientes consideran a la naturaleza como algo derivado de Dios y por consiguiente definen al Derecho Natural como el conjunto de principios con que el Ser Supremo dotó a los hombre para que conduzcan su vida pacífica y procuren su perfeccionamiento terrenal. Estamos frente a una concepción teológica, la cual difiere del pensamiento de los racionalistas, para quienes la naturaleza es la razón humana.

Algunos autores consideran al Derecho Natural como “un orden intrínsecamente justo y que existe al lado o por encima de los positivo”⁵.

Para Alejandro Etienne Llano “... es un conjunto de principios inmutables que corresponden a las exigencias de la naturaleza social del hombre”⁶. En otras palabras, esta integrado por normas jurídicas fundamentales que todo hombre conoce en virtud de su conciencia del derecho y de principios.

Además menciona la existencia de principios para el individuo y para la comunidad socialmente organizada, tales como la seguridad y el bien común, considerando el principio SUUM CUIQUE como el supremo de la comunidad humana y del Derecho Natural, que significa *da o deja, a cada uno lo suyo*. Dicho principio no se refiere solo al derecho de propiedad, sino a todos los derechos del hombre, como los comunitarios, los de las minoría raciales, derechos de libertad y los derechos individuales del hombre.

Carlos R. Terrazas considera que el Derecho Natural consiste en un ordenamiento universal derivado de la propia naturaleza humana, y que la fundamentación de estos derechos se encuentra en el Derecho Natural y no en el positivo.⁷

⁵ CARVAJAL MORENO, GUSTAVO. FLORESGOMEZ GONZALEZ, FERNANDO. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 18va ed. Ed. Porrúa. México, 1979. p.38

⁶ Op Cit. p.27

⁷ Cfr.: Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México. 3a. ed. Ed. Porrúa. México 1993. p. 24

Rafael de Pina define al derecho en estudio como “el conjunto de normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado”⁸.

Las fundamentaciones iusnaturalistas de los Derechos Humanos se caracterizan por dos rasgos: la distinción entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo y la superioridad del primero sobre el segundo. Por lo tanto es importante precisar qué se entiende por Derecho Natural y qué por Derecho Positivo.

Ya en párrafos anteriores se han mencionado diversas definiciones o concepciones de Derecho Natural. A continuación se precisará lo que se entiende por el Derecho Positivo.

El Derecho Positivo es el conjunto de normas jurídicas que forman las reglas que ha establecido el legislador, así como aquellas que han dejado de estar vigentes por haber sido derogadas o abrogadas, quedando por tanto convertidas en el Derecho histórico de un pueblo.

Diferenciando, podemos decir que el Derecho Natural es un conjunto de principios que el hombre posee por su propia naturaleza individual y social; derechos inviolables e intangibles que sirven de límite al poder o facultades de los gobernantes y que estos están obligados a reconocer.

El Derecho Natural como la moral, corresponden a una parte de la realidad, a una parte de los elementos comunes en los hombres, por lo cual no puede encontrarse en estado puro, no existe mas que en la inteligencia; en la realidad se encuentra aliado a un conjunto de instituciones positivas en las que lo descubre la mente y gracias a las cuales puede aplicarlo.

Existen en el Derecho Natural reglas que son evidentes inmediatamente, por ejemplo: la necesidad de hacer respetar la vida de los ciudadanos y la necesidad de una autoridad social que vale por el bien común. Otras reglas son menos evidentes y seguramente hay otras que no conocemos aún, pues así como todas las ciencias humanas, el Derecho Natural se encuentra en vías de descubrir lo que siempre ha existido en la naturaleza y en la realidad del hombre y que, con anterioridad, no veíamos con la claridad que hoy podemos.

⁸ DE PINA, RAFAEL. Diccionario de Derecho 8va. ed. Ed. Porrúa. México, 1979.

Por lo tanto, el Derecho Natural consiste en un conjunto de principios y corresponde al Derecho Positivo aplicarlo en cada una de las comunidades sociales organizadas por el mismo. Debe aplicarlos tomando en cuenta las necesidades sociales concretas de cada sociedad en particular.

Existen diversas críticas al concepto de Derecho Natural, a su existencia y a su contenido.

Por lo que respecta a su existencia, basta solo con acudir a la conciencia del derecho en cada persona, el hombre sencillo sabe en las cuestiones sencillas de la vida cotidiana lo que es la justicia y lo que ésta exige y, así como tiene este conocimiento intuitivo de la justicia, sabe el ciudadano común y corriente que tiene derechos, reconocidos o no reconocidos por el Estado, que son inherentes a su persona, derechos que en la doctrina reciben el nombre de Derechos Naturales.

Por su parte en relación a ésta crítica el Lic. Carlos R. Terrazas menciona que por lo que respecta al sustantivo “derechos” en la expresión “Derechos Naturales”, estos solamente pueden ser considerados auténticos derechos en el sentido técnico-jurídico del término, cuando se encuentran reconocidos en una norma jurídica de Derecho Positivo y que mientras esto no ocurra solo nos encontramos ante valores, intereses, objetivos y deseos humanos más o menos necesarios, importantes o fundamentales.⁹

La sociología, por su parte rechaza el carácter jurídico de las normas del Derecho Natural, argumentando que el Derecho Natural no se puede imponer coactivamente, coincidiendo con el argumento del positivismo jurídico, quien no reconoce más derecho que el del estado, cuya vigencia y existencia se encuentra asegurada por la coacción física.

En cuanto al contenido del Derecho Natural, este se encuentra constituido por los principios inmutables que emanan o corresponden a las exigencias de la naturaleza social del hombre, tales como el respeto a la vida, a la libertad, al trabajo, etc. que en su conjunto forman un núcleo fundamental de derechos que tiene la persona humana, derechos que emergen como exigencias de su propia naturaleza y que constituyen los llamados derechos fundamentales de la persona humana.

⁹ Cfr.; Op Cit. p. 25

La vigencia del contenido del Derecho Natural se puede constatar por el esfuerzo realizado por la comunidad internacional de la Organización de las Naciones Unidas, para hacer respetar en todos los países del orbe ese conjunto de atributos inherentes al hombre de derechos fundamentales de la persona humana y que, varios autores consideran que se les debería denominar Derechos Naturales, ya que siendo derecho propio del hombre, no es este el aspecto específico de tales atributos, sino el de emanar de la naturaleza misma de la persona en su triple plano físico, espiritual y social.

Cuando los partidarios de la fundamentación iusnaturalista nos hablan de Derechos Naturales anteriores y superiores al Derecho Positivo, lo hacen considerando a aquellos como exigencias éticas o principios jurídicos suprapositivos que son anteriores al Derecho Positivo e, incluso, superiores desde el punto de vista ético o moral, pero en ningún caso esta superioridad es jurídica, puesto que es totalmente inadecuado pensar que el derecho natural sea derecho en el mismo plano que el derecho positivo y menos aún que lo sea en un plano superior a este.

Por lo tanto, el Derecho Positivo se encarga de aplicar los principios del Derecho Natural subviniendo a las necesidades concretas de cada sociedad en particular. "Ambos derechos se pueden comparar a dos palmeras que no dan fruto si no crecen una al lado de la otra"¹⁰.

1.2 Caracterología de los Derechos Humanos

Los derechos humanos forman parte de una categoría que la teoría jurídica ha bautizado con el nombre de derechos subjetivos. El Derecho Subjetivo es aquella facultad moral que la ley otorga a una persona para exigirle a otra, que haga o deje de hacer algo.

Además de esta caracterización de los Derechos Humanos como subjetivos, existen otras características que les son específicas, las cuales derivan del mismo concepto de la naturaleza humana, la cual se encuentra en la base de todos los derechos humanos; naturaleza permanente e inalterable sobre cualquier circunstancia o vicisitud por los que se vea afectada.

¹⁰ Cfr.: R. TERRAZAS, CARLOS. Op. Cit. p.30

A continuación se presentan las características de las cuales gozan los Derechos Humanos.

1. De ser universales.

Se dice que los Derechos Humanos gozan de la característica de ser universales en cuanto a que pertenecen a todo ser humano, considerado este, como individuos del género humano, que participan de una misma naturaleza, en virtud del principio fundamental de la igualdad jurídica; independientemente de espacio geográfico y tiempo; sin distinguir el color de la piel, el sexo, el origen, época, lugar de nacimiento ni medio ambiente.

2. Inviolabilidad.

Gozan de ser inviolables, al menos teóricamente, en el sentido de que la sociedad y el Estado en modo alguno pueden mantenerse insensibles y neutrales frente a los ataques de que eventualmente sean objeto.

3. Irrenunciabilidad.

Son irrenunciables como lo son igualmente la propia existencia del hombre, su esencia en cuanto a ser racional y libre de sus fines indeclinables. Esta característica tiene relación con la siguiente, que a continuación se expone.

4. Inalienabilidad.

Los Derechos Humanos se consideran inalienables debido a que se trata de un derecho que posee el hombre en su calidad de agente moral, es un derecho que no puede diferirse, transferirse, perderse, ni tampoco se trata de un derecho al que se pueda renunciar.

Algunos autores se han cuestionado sobre dicha inalienabilidad de los Derechos Humanos, se han realizado análisis profundos al respecto y argumentan que no gozan de dicha característica, si se parte de la definición de la inalienabilidad y de su fundamento etimológico a partir de la partícula negativa "in" y el adjetivo latino "alienus", ajeno: un derecho será inalienable si no puede ser enajenado.

La palabra enajenar significa pasar o transmitir a otro el dominio de alguna cosa o de algún derecho sobre ella, esto es en un sentido estricto; y en una acepción más amplia, enajenar es sinónimo de disponer: ejercer sobre un bien facultades propias de dominio, que se concretan en los actos de disposición.

Atendiendo a la anterior definición, se considera que un derecho será inalienable si con respecto a él están excluidos todo tipo de actos de disposición jurídica o física, es decir, si su titular no puede disponer del derecho jurídicamente, ni tampoco destruir total o parcialmente el bien objeto del derecho, de modo que el ejercicio de éste se torne imposible.

Argumentan que si el derecho a la integridad física es inalienable, ello quiere decir que su titular no puede disponer de tal derecho jurídicamente, no puede renunciar a él, o vender una parte determinada de su cuerpo o mutilarse voluntariamente.

Consideran que la inalienabilidad en relación con los Derechos Humanos, es aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición. La inalterabilidad hace referencia exclusivamente al titular del derecho e impone límites tan sólo a la conducta de éste.

Por otra parte, los Derechos Humanos, sí gozan de inalienabilidad si se parte de que dichos derechos tienen por base la dignidad humana.

Dicha dignidad radica en la capacidad de entender y de querer, y en consecuencia, de conocer la moralidad de los actos y de actuar moralmente; y la cuestión es que si el hombre tiene derechos, facultades que exigen con fuerza ser respetadas por cualquier otro sujeto, los tiene precisamente por virtud de esa radical dignidad.

Concluyendo, se puede decir que la dignidad es impuesta al hombre, no puede renunciar a tal atributo, no es libre para ser o no ser hombre, para tener o no tener dignidad que él mismo no se ha conferido y el Derecho no puede permitir que el hombre se prive de su dignidad, por lo tanto existen derechos que se fundan en la dignidad humana, que deben ser respetados por el propio sujeto titular de los mismos y por consiguiente son inalienables.

El hombre como sujeto de Derecho y destinatario del orden jurídico, se encuentra vinculado esencialmente por obligaciones y dicha vinculación impide que pueda privarse voluntariamente de su dignidad.

5. Imprescriptibilidad.

Es importante recordar qué se entiende por prescripción, para pasar a analizarla como característica de los Derechos Humanos.

La prescripción es un medio para adquirir bienes o derechos o bien de liberarse de obligaciones mediante el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas bajo la ley. Por lo tanto, los Derechos Humanos gozan de imprescriptibilidad, debido a que ni se adquieren ni se pierden por el transcurso del tiempo, como ocurre con el resto de los derechos adquiridos o derivados.

6. Absolutos.

Se dice que en un sentido impropio, en cuanto que hay libertades tan fundamentales y necesarias que parecen claras plenamente en cualquier régimen político y social, los Derechos Humanos son absolutos, es decir, que son válidos de por sí, connaturales a la especie humana, vigentes donde quiera, y para cualquiera.

En relación con esta característica al igual que con la de inalienabilidad, hay autores que no consideran a los derechos humanos como absolutos, entendiéndolos por absolutos una supremacía y prioridad de los Derechos Humanos frente a cualquier interés colectivo. Exponiendo que hoy en día no se puede sostener esta característica debido a la presencia de límites en las normas fundamentales que los recogen, entre otras razones.

Además "... porque al constituir los Derechos Humanos una especie, aunque privilegiada de los derechos subjetivos, no pueden sustraerse a las limitaciones -naturales, institucionales, extrínsecas y temporales- que les son propias"¹¹. "... el hombre es esencialmente limitado, lo que afectará necesariamente a aquellos derechos de los que la persona es soporte y

¹¹ EZCURDIA LAVIGNE, JOSE A. Curso de Derecho Natural. Perspectivas Iusnaturalistas de los Derechos Humanos. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1987. p. 39

fundamento. Pero es que, además, y a mayor abundamiento, el derecho que es una realidad espiritual, recae siempre sobre objetos o cosas que también son limitados”¹².

Otra razón expone es el hecho de que el orden jurídico tiene un carácter social, debido a que el hombre vive en sociedad y por consiguiente sus derechos naturales implican conexiones sociales. Razón por la cual los derechos fundamentales, en su ejercicio, vienen siempre necesariamente condicionado por el de los restantes miembros de la comunidad en que se integran. Además ese orden jurídico está a su vez subordinado al cumplimiento de los fines específicos que le son propios y lo justifican, a la moral, al orden público y a las exigencias derivadas del bien común.

La limitación de dichos derechos en función del orden público supone razones de tranquilidad, seguridad o salubridad públicas, y exige en la organización de poder político, que los límites sean definidos por la ley, que las medidas a adoptar sean necesarias, eficaces, razonables y proporcionadas al perjuicio que se trata de evitar y que la competencia de las autoridades administrativas y de la seguridad nacional estén también definidas y acotadas por las leyes.

Otra limitación, deriva del hecho de que los derechos fundamentales encuentran su fundamentación efectiva a través de las normas del Derecho Positivo, lo cuál no significa que esa realización tenga que ser absoluta, pues la existencia de la comunidad estatal establece, de acuerdo a sus necesidades, límites a los derechos fundamentales.

Sin embargo, consideran la posibilidad de que excepcionalmente algunos de los derechos fundamentales del hombre puedan ser conceptuados como absolutos, llegando a la conclusión de que solo un pequeño núcleo de los derechos fundamentales deben conservar el carácter absoluto; incluyendo en este pequeño núcleo la libertad de conciencia y el derecho a una vida digna.

¹² EZCURDIA LAVIGNE, JOSE A. Op. Cit. p.39

1.3 Axiología Jurídica y Derechos Humanos.

Existen diversas disciplinas que estudian el derecho, las cuales suelen dividirse en dos grupos: fundamentales y auxiliares.

A las fundamentales, según la opinión dominante pertenecen la filosofía del derecho y la jurisprudencia técnica; mientras que los más importantes del segundo grupo son la historia del derecho, el derecho comparado y la sociología jurídica, y cada materia difiere entre sí en relación a su objeto de estudio y métodos.

La filosofía del derecho es una rama de la filosofía en general, ésta es el género y la otra una de sus especies. Ambas aspiran al conocimiento de lo verdadero.

La filosofía pretende brindarnos una explicación exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana.

Una vez establecido el objeto de investigación de la filosofía, es importante mencionar la clasificación de las disciplina que la integran, con la finalidad de determinar que lugar corresponde en ella a la filosofía jurídica y a la axiología jurídica, la cual es el tema principal a tratar en este punto.

Del Vecchio, citado por García Máynez, menciona que la filosofía es el conocimiento de lo universal y que la filosofía jurídica tendrá que ser el conocimiento de lo jurídico, en sus aspectos y elementos universales; una aplicación al campo del derecho, de la reflexión filosófica. Mientras que la axiología jurídica es una rama de la filosofía, auxiliar del derecho que se encarga de estudiar los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo.

Por otra parte el Derecho es una norma cierta y de cumplimiento seguro, una norma garantizada por el poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar. Surge de una necesidad de seguridad del hombre frente a la sociedad.

Spinoza, en su Tratado Teológico-Político, citado por Recasens Siches, afirma que "... la verdadera aspiración de Estado no es otra que la paz y la

seguridad de la vida. Por lo cual, el mejor Estado es aquel en que los hombres viven armónicamente y cuyas leyes son respetadas”¹³

El sentido formal de la función del Derecho se encuentra constituido por la certeza y seguridad que deben darse en normas jurídicas justas. El Derecho es una seguridad en aquello que a la sociedad de una cierta época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. Aquí se puede decir que el Derecho varía según los pueblos y tiempos en el proceso de la historia, más sin embargo en todo momento, sea cual sea el contenido, el Derecho representa una función de seguridad, de orden cierto y eficaz.

Los valores superiores que deben inspirar al Derecho se refieren a los fines que mediante él deben ser cumplidos y un ordenamiento no estará plenamente justificado ni será justo sino en la medida en que cumpla los valores que deban servirle de orientación.

Desde el punto de vista de la valoración, de la estimativa jurídica, se distinguen fines buenos y fines malos; y no todos los fines buenos pueden ser perseguidos jurídicamente, pues hay muchos valores, por ejemplo los morales puros, cuya realización no es lícito promover mediante el derechos, ni tiene derecho que así se pretenda.

En la Estimativa Jurídica, Teoría de la valoración jurídica de los ideales del derecho, se determinarán las directrices que deben orientar al Derecho, los criterios para su perfeccionamiento y para su reelaboración progresiva, se esclarecerá cuales son los valores supremos que deben ser plasmados en el Derecho; y se establecerá qué es lo que puede justificadamente entrar en el contenido del Derecho y qué es lo que no puede lícitamente constituir objeto de normas jurídicas, como por ejemplo el pensamiento religioso y el científico, frente al cual es Derecho no debe sino garantizar su libertad. Además la Estimativa Jurídica deberá determinar en que casos y bajo qué condiciones pueden determinados fines ingresar en la normación jurídica, y a qué límites deben hallarse sometidos.

Menciona Recasens Siches que la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no puede haber Derecho, pero no es el único ni el

¹³ RECASENS SICHES, LUIS. Tratado General de Filosofía del Derecho. 6a ed. Ed. Porrúa. México, 1978. pp.221

supremo, pues en el Derecho se deben plasmar una serie de valores de rango superior, que a su juicio son la justicia, la utilidad común, entre otros; y que aunque el Derecho se refiera a esos valores y encuentre además, en ellos su justificación en la medida en que lo realice, no los contiene dentro de su concepto; pero, en cambio, si contiene en su propia esencia formal la idea de seguridad. Considera que sin seguridad no hay Derecho bueno, ni malo, ni de ninguna clase; que el Derecho debe ser justo y servir al bien común, y si no lo hace, será injusto y estará injustificado; que la seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho, pero no es su fin supremo, este consiste en la realización de valores de rango superior como los de justicia.¹⁴

Para la mayoría de los autores, la finalidad del Derecho es la justicia, considerada como el valor supremo. Para otros dicho fin es el bien común, y otros consideran que el valor jurídico fundamental es la seguridad y que en caso de conflicto, debe la justicia ser postergada en beneficio de la paz y el orden.

Al respecto García Máñez menciona que los valores jurídicos no se excluyen de manera absoluta y que el objeto de la Estimativa es determinar el respectivo rango o jerarquía de los fines de justicia, seguridad y el bien común.¹⁵

A continuación se presenta un cuadro detallado de los tipos concretos de intereses humanos que claman protección jurídica.

a) Intereses Individuales. Los cuales comprenden los relativos a la personalidad, como son: la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad frente a la coacción y el engaño, la libertad de domicilio, la libertad de locomoción, la libertad de contratación, la libertad de creencia y de opinión, la libertad de trabajo, reputación, entre otros.

Pero cada uno de esos intereses tropieza a veces con otros intereses también reconocidos, y, por lo tanto requiere limitación.

¹⁴ Cfr.: RECASENS SICHES, LUIS. Op Cit. p. 224

¹⁵ Cfr.: GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. 26a ed. Ed Porrúa. México, 1977. p. 120

b) **Intereses Públicos.** En cuanto a que el Estado puede tener determinadas necesidades.

c) **Intereses Sociales.** Dentro de esta categoría se contemplan la paz y el orden, la seguridad general, la cual comprende también la seguridad en la eficacia de todas las normas jurídicas, el bien común, progreso y difusión culturales, decencia pública, conservación de los recursos naturales, existencia de un orden social que provea a todos con oportunidades en todos los campos, entre otros.

Dentro de los intereses anteriores, se encuentran determinados valores de los cuales la Estimativa Jurídica se encargará de resolver cuáles son los valores que pueden y deben ser regulados jurídicamente, y en qué caso deberán ser determinantes los unos o los otros. Deberán intervenir valores éticos, los que fundan los principios de la dignidad, de la libertad y de la paridad; que en algunas ocasiones deberán, además, también tener en cuenta puntos de vista fundados en valores intelectuales, técnicos, económicos, utilitarios, estéticos, cuando, por ejemplo, se trate de que el Estado promueva la educación, la sanidad o la prosperidad económica. Además deberá determinar desde qué punto de vista, en qué y de qué manera, dichos valores puedan ser tomados como criterios inspiradores de las normas jurídicas.

Existe una necesidad de elaborar una Estimativa Jurídica inspirada en la doctrina de los valores, la cual tendrá los siguientes objetivos:

a) Primero, determinar los valores supremos que en todo caso deben inspirar al Derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general, aplicables a todo caso y a toda situación. Entre esas ideas figurará la de la dignidad moral del hombre, es decir, el principio de que el individuo humano tiene un fin propio que cumplir, un fin intransferible, debiendo por tanto, ser tratado siempre en calidad de persona digna; y los corolarios que de ella emanan, como el principio de la libertad como esfera de autonomía para decidir sobre el cumplimiento de la misión o tarea individual en la vida .

b) En segundo lugar, averiguar qué otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho en determinados casos, y ciertas condiciones; y esclarecer los nexos de esos valores con los primeros. Por ejemplo de esos valores: los de carácter económico, en la medida en que bajo determinadas condiciones y sobre ciertos supuestos, el ordenamiento jurídico pueda y deba

fomentar la prosperidad material; los científicos, en tanto que, una ley de sanidad debe inspirarse en los resultados de la medicina; los pedagógicos, para inspirar una ley de instrucción y educación públicas; etc.

c) En tercer lugar, deberá establecer qué valores, a pesar de serlo y aun de ocupar un alto rango en la jerarquía axiológica, en ningún caso ni de ninguna manera pueden ser transcritos en las normas jurídicas; por ejemplo, los valores de sanidad, los relativos a la fe religiosa, los cuales no pueden ser traducidos en normas jurídicas, porque sólo pueden obtener cumplimiento por libre decisión de la persona y no por imposición.

d) En cuarto lugar investigará las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyen en cada uno de los tipos de situaciones sociales.

e) En quinto lugar, estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos, además de una serie de cuestiones solidarias y adyacentes de las mencionadas.

La dignidad de la persona humana individual es considerada como la matriz de los principios fundamentales de la Estimativa Jurídica. El pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo. El hombre no es una cosa ciegamente subordinada a fines o poderes extraños, sino que constituye el ser que mediante el ejercicio de su razón natural puede lograr la meta de una buena vida.

El hombre es una criatura que se singulariza por su mente racional, gracias a la que es capaz de un conocimiento de las verdades más altas, lo cual confiere al hombre su dignidad propia, y lo hace notoriamente superior a todos los demás seres vivos de la tierra.

Stammler, citado por Recasens Siches, crea unas máximas o principios para facilitar la formación del Derecho justo en cada situación histórica, inspirándose en la idea de dignidad.¹⁶

¹⁶ Cfr.; STAMMLER Citado por RECASENS SICHES, LUIS. Op. Cit. p.551

Los mencionados principios son cuatro y se agrupan en dos clases: la primera llamados Principios del respeto recíproco y la segunda clase titulada de los Principios de la participación.

Dentro de la primera clase se contemplan los siguientes:

- a) El querer de una persona, esto es, sus fines y medios, no debe nunca quedar a merced del arbitrio subjetivo o capricho de otra persona.
- b) Toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo, es decir como una persona con dignidad, como un sujeto que tiene fines propios, que es un fin en sí mismo, y nunca como un mero medio para fines ajenos.

Dentro de la segunda categoría, considera que:

- a) Nadie debe ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por la decisión arbitraria o mero capricho subjetivo de otra persona.
- b) Todo poder jurídico de disposición concedido a una persona, al excluir a otra persona, deberá hacerlo, solo de tal modo que el excluido subsista como un ser con un fin propio, como una persona con dignidad y nunca como un mero objeto de derechos subjetivos de los demás.

Hasta aquí se han mencionado algunos valores que la axiología jurídica considera importantes y que deben ser elevados a la categoría de normas jurídicas.

Ahora veremos qué o cuales valores son importantes para los Derechos Humanos o Derechos del Hombre.

Cuando la doctrina habla de derechos del hombre lo que hace es dirigir requerimientos del legislador, fundados en normas o en principios ideales, en criterios estimativos, en juicios de valor, para que en el orden jurídico positivo emita preceptos que satisfagan esas exigencias.

Todas las declaraciones internacionales están impregnadas de los siguientes valores: vida, libertad y la justicia, entre otros, como se verá más adelante.

En dichas declaraciones se da como supuesto esencial que la vida es un derecho mínimo exigible, frente al cual ningún gobierno o grupo social debe actuar arbitrariamente. La vida es un derecho natural intuitivo como tal por el hombre de todos los tiempos, valorado y perfeccionado en todas las épocas. Su valor indiscutible sirve de frente generadora de todos los restantes derechos.

"...en San Francisco, en 1945, se elabora y se aprueba la Carta de las Naciones Unidas, en ésta "los derechos del hombre" aparecen mencionados nada menos que siete veces. Primero: en el segundo párrafo del preámbulo, a continuación de la referencia de la paz, al parecer como la segunda finalidad de las Naciones Unidas: "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres..." Segundo: el párrafo 3 del artículo primero, dice que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es "realizar la cooperación internacional...en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por motivo de raza, sexo, idioma o religión..."¹⁷

Podemos observar en el texto anterior de la Declaración de los Derechos Humanos, que estos tienen como finalidad proteger fundamentalmente los valores de la dignidad, el valor de la persona humana y las libertades fundamentales.

Las Naciones Unidas se basan en el reconocimiento de unos valores para la realización del citado documento, puesto que se les asigna el deber de velar por el mantenimiento de la paz, de la justicia, del respeto a las obligaciones derivadas de los tratados, y de la observancia de los derechos fundamentales del hombre. Y en el preámbulo de la Carta se menciona la fe en la dignidad y el valor de la persona humana.

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el "...considerando primero dice que "el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables " del hombre "constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo".¹⁸ Así pues en dicha declaración, la libertad, la justicia y la paz son consideradas como valores supremos del

¹⁷ Cfr.: RECASENS SICHES, LUIS. Op. Cit. p.155

¹⁸ Cfr.: Ibidem, p.557

Derecho, y estos tienen como base la dignidad inherente y los derechos básicos de todos.

Concluyendo, los valores que los derechos humanos garantizan y que constituyen su objeto o contenido como derechos subjetivos, son los siguientes:

En primer lugar, el de la dignidad de la persona, y de este supuesto derivarán los derechos, como el de la vida, el de la libertad, seguridad de la persona, el derecho a la intimidad, derechos de carácter social, cultural o los de participación política.

"La dignidad de la persona humana deriva de sus más íntimos y específicos componentes de racionalidad, libertad y apertura y a su dimensión trascendente".¹⁹

Por su parte el cristianismo ha dado una fundamentación sólida a la dignidad del hombre al exponer que el hombre es algo específicamente diverso del animal, no únicamente a causa del lenguaje y de su racionalidad, sino especialmente a sus potencialidades ideales, aquellas que permiten considerar que todo aquél que posee rostro humano posee el derecho a ser libre.

La libertad misma supone un valor fundamental, ya que sólo cuando se respeta la libertad se tiene consideración a la dignidad. Los Derechos Humanos han de garantizar un mínimo esencial de libertades, aunque, para conseguirlo y en ocasiones, exijan el sacrificio de otras. Este segundo valor, comprende una serie de libertades específicas que tienen en común la garantía de la autodeterminación, esto es, la garantía de que los actos que la persona realiza los lleva a cabo de modo consciente y libre; el derecho a la libertad ideológica y religiosa, a la libertad de expresión, a la libertad de residencia y circulación, el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho a la participación política, entre otros.

Otros autores como José Ballesteros mencionan que partiendo del concepto de dignidad humana, considerada ésta como una potencialidad de ser autoconsciente y libre, para que se dé dicha potencialidad es necesario primero que el hombre tenga existencia biológica, en segundo lugar, que se halle en condiciones normales de salud física y mental; y en tercer lugar, que tenga la

¹⁹ EZCURDIA LAVIGNE, JOSE A. Op. Cit. p.27

posibilidad de autodeterminarse y no se vea forzado a ejecutar los dictados de otra persona. De aquí se puede afirmar la existencia de dos nuevos valores: el primero la vida y el segundo la integridad física y la salud.²⁰

La mayoría de los iusfilósofos considera que uno de los valores principales del Derecho, es el bien común. El individuo tiene deberes para con sus semejantes y para con la sociedad, entendiéndola ésta como pluralidad de prójimos reales y opinan que los intereses egoístas de cada individuo deben quedar subordinados a los intereses generales.

Existe una máxima que da preferencia a los intereses generales, la cual proclama que el interés particular debe ceder ante el interés común y sostiene que debe ser así, porque el interés general no es una magnitud cualitativamente distinta de los intereses individuales, pues es la suma de los intereses de todos los individuos, y, es, en cambio, cuantitativamente superior, porque toma en cuenta no el interés de un individuo, sino el de todos.

El bienestar general consiste en la mayor cantidad posible de bienestar para el mayor número posible de individuos y a él pertenecen un repertorio de bienes objetivos comunes, como, por ejemplo: la paz, el orden social, el orden público, la prosperidad financiera del Estado, la integridad del territorio nacional, etc., las cuales son condiciones que posibilitan la mejor realización armónica fundada en la jerarquía de los valores.

Por lo antes expuesto, se puede observar que el individuo tiene múltiples y variados deberes para con la sociedad, bajo ésta se comprende: la nación, la comunidad internacional y una serie de grupos e instituciones intermedias, por ejemplo: la familia, la comunidad local, etc.

El hombre necesita de la sociedad y de las instituciones y la única manera de que las instituciones funcionen satisfactoriamente, es que los hombres les presten las conductas de que éstas han menester.

²⁰ Cfr.: BALLESTEROS, JESUS. Derechos Humanos. Ed. Tecnos. Madrid, 1992. p.94

2. Diferencia entre Derechos Humanos y Garantías Individuales.

En nuestros días, la mayoría de los sistemas políticos admiten en forma oficial una doctrina sobre los Derechos Humanos, motivo por el cual estos derechos aparecen en casi todos los textos constitucionales actuales, incluyendo la nuestra.

Es la nuestra una época de nuevas aspiraciones, naciones, constituciones y de declaraciones constitucionales de derechos y libertades que son constantemente violados, y esta circunstancia ha propiciado que el problema prioritario de hoy sobre los Derechos Humanos no sea tanto el de su justificación, sino el de su protección.

Las declaraciones de los derechos no sirven, si no van acompañadas de las garantías que aseguren su eficacia. Es así como ha llegado a ser nota característica del Derecho Constitucional, la fijación de garantías, de orden jurisdiccional y procesal que completen la declaración de los Derechos Humanos y promuevan la efectiva realización de los mismos.

Al quedar consagrados en el texto constitucional los principales medios procesales a través de los cuales puede reclamarse la protección de los Derechos Humanos fundamentales, el problema de las garantías jurisdiccionales de éstos, resulta ligado a la defensa de la Constitución misma.

Existen autores que para designar los derechos humanos, emplean el término Garantías Individuales, término que es adoptado por nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el título primero, capítulo I, para encontrar: De las Garantías Individuales, rubro con que se designa la parte dogmática de la Constitución, que contiene la mayor parte de derechos humanos, que nuestra Constitución vigente otorga a favor de los gobernados.

A dicho término le recaen varias críticas, debido a que existen notas distintivas entre el concepto de Derechos Humanos y el de Garantías Individuales, como se verá a continuación.

Veamos algunas definiciones de los Derechos Humanos y de Garantías Individuales, para concluir con las diferencias entre ambos conceptos.

Tarcisio Navarrete y otros autores consideran a los Derechos Humanos "...como el conjunto de atributos y facultades inherentes a la naturaleza de la persona humana -reconocidos o no por la ley-, que requiere para su pleno desarrollo personal y social".²¹

Fernández Galiano menciona que se entiende por derechos humanos "aquéllos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana".²²

Por su parte Pérez Luño citado por Ezcurdia Lavigne, menciona que "Los Derechos Humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".²³

La frase Derechos Humanos, es en sí misma redundante, ya que todos los derechos son humanos; pero el uso y aplicación de tal expresión tiene una vigencia y una aplicabilidad, sumamente actual y universal, pues se le da un sentido específico en relación a los derechos fundamentales y esenciales del ser humano.

Se les llama Derechos Fundamentales, debido a que sirven como base y fundamento a otros derechos particulares.

Esenciales porque son derechos inherentes a todos los hombres, por lo que tienen las características de permanentes e inviolables.

Por lo tanto el término Derechos Humanos es considerado como la piedra angular a nivel mundial, con la que se designa los derechos esenciales y fundamentales de los seres humanos.

Ahora veamos algunos conceptos de Garantías Individuales.

²¹ Los Derechos Humanos al alcance de todos. Ed. Diana. México, 1991. p.19.

²² FERNANDEZ GALIANO. Citado por EZCURDIA LAVIGNE, JOSE A. Op. Cit. p.18

²³ Ibidem. p.19

La palabra 'garantía' proviene del término anglosajón warranty o warantie, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar.

Garantía equivale, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo.

Jurídicamente, el término aludido se originó en el derecho privado. En general se usa como sinónimo de protección jurídico-política y suele ser el énfasis gramatical con que se subraya la declaración de un derecho o de un principio y se proclama su vigencia desde el punto de vista constitucional.

En el derecho público la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX, y significa diversos tipos de seguridades y protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas, que tienen como base el orden constitucional.

Se ha estimado incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división de poderes y el de responsabilidad oficial de los servidores públicos, son garantías jurídicas establecidas en favor de los gobernados.

Ideas semejantes a las anteriores emite Isidro Montiel y Duarte al afirmar que todo medio contenido en la Constitución para asegurar el goce de un derecho, se llama garantía, aún cuando no tengan la característica de ser individuales.²⁴

Ignacio Burgoa cita a Fix Zamudio, el cual considera que sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos, de hacer efectivos los mandatos constitucionales.²⁵

De acuerdo con el pensamiento de Ignacio Burgoa, en la vida de cualquier estado o sociedad, existen tres tipos fundamentales de relaciones: las

²⁴ Cfr.: ISIDRO MONTIEL Y DUARTE. Citado por BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. 26a. ed. Ed. Porrúa. México, 1994. p.162

²⁵ *Ibidem*. p.163

de coordinación, las de supraordinación y las de supra a subordinación. Las primeras son vínculos que se establecen entre los mismos gobernados limitando la actividad que recíprocamente desarrollan. Cuando tales relaciones se regulan por normas jurídicas articuladas en uno o varios sistemas, éstos constituyen las diversas ramas de derecho privado.²⁶

Las relaciones de supraordinación se establecen entre los diversos órganos del poder y norman la actuación de cada uno de ellos; si esta normación se consagra por el derecho positivo, aparecen el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

A diferencia de estos dos tipos de relaciones, que reconocen siempre una relación igualitaria entre los sujetos gobernados entre sí o autoridades entre sí, las relaciones de supra a subordinación surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano; es decir, entre el Estado y sus órganos de autoridad por un lado, y el gobernado por el otro. Cuando esas relaciones se regulan por el orden jurídico, su normación forma parte de la Ley Fundamental y aparecen las garantías individuales.

Ignacio Burgoa señala que los preceptos constitucionales que demarcan y encausan el ejercicio del poder público frente a los gobernados, reciben el nombre de garantías individuales.²⁷

Concluyendo, una vez que se han citado conceptos de diversos de diversos autores, se puede decir que con la expresión Derechos Humanos se designa los derechos esenciales y fundamentales de los seres humanos.

Por otro lado, el término "garantía", implica que los derechos humanos, consagrados en la Constitución, se encuentran resguardados, protegidos, salvaguardados por un instrumento eficaz, que el mismo texto fundamental establece y que es el juicio de amparo.

Por lo tanto, una cosa son los derechos humanos, considerados estos como subjetivos y otra cosa son las garantías para hacerlos valer.

²⁶ Cfr.: BURGOA IGNACIO. Op.Cit. pp.166 y 167

²⁷ Cfr.: Op. Cit. p. 171

Las garantías son medios jurídicos para hacer efectivos los mandatos constitucionales, es decir, aquellos métodos procesales por los que se puede prevenir o reparar una violación a los derechos fundamentales o derechos humanos.

Así como los derechos humanos gozan de determinadas características, las garantías individuales cuenta con una serie de características que la hacen distinguirse del concepto de derechos humanos.

Las mencionadas características de las garantías individuales son las siguientes:

a) Son Supremas. Las garantías individuales o Constitucionales son supremas atendiendo al hecho de estar consagradas en nuestro texto constitucional, gozan de la supremacía que establece el artículo 133 y que a la letra dice: "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 la aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión..."

Como consecuencia las garantías son Ley Suprema de la Unión.

b) Son Rígidas. En el sentido de que para que su texto sea alterado o modificado, es necesario que se haga uso de un procedimiento especial, previsto en la misma Constitución en su artículo 135 y en el participan las garantías por ser parte integrante de su texto.

c) Son de Goce Permanente y General.

Permanente. Porque el gobernado en todo tiempo y lugar, esto dentro del territorio nacional, posee el disfrute de las garantías individuales, salvo las excepciones que la misma Constitución establece.

General. Debido a que en artículo 1º se establece: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...". Al decir todo individuo, se refiere a todo gobernado, persona física o moral que se encuentre dentro del territorio nacional sin hacer distinción de edad, sexo, nacionalidad, ideología, etc.

d) Son Derechos Garantizados. Son garantías individuales, obstáculos que el poder estatal impone a sus autoridades, para el ejercicio del poder. Por lo que compete a las mismas autoridades estatales, el cumplimiento y observancia de las mismas, y para el caso de que las llegarán a violar o infringir, el gobernado afectado puede reclamar su observancia y restablecimiento, mediante un instrumento jurídico, creado por la misma Constitución para tal efecto. En los artículos 103 y 107, al que conocemos con el nombre de Juicio de Amparo, mediante el cual se anulará o invalidará el acto de autoridad violatorio de garantías y se le restituirá al agraviado en el goce y disfrute de sus derechos humanos violados.

Como se puede observar las características de las garantías individuales difieren de las características de los derechos humanos, las cuales ya se analizaron anteriormente y sólo mencionaré: universalidad, inviolabilidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad y gozan de ser absolutos.

Capítulo II

*Libertad
como
Derecho Humano
y como
Garantía Individual*

1. La Libertad y la Axiología Jurídica

Como se mencionó en el capítulo anterior, la **axiología jurídica o estimativa**, se encarga de estudiar los valores superiores que deben inspirar al Derecho .

La estimativa jurídica considera, a la dignidad de la persona humana , como matriz de sus principios fundamentales.

A continuación, corresponde referirnos al siguiente valor supremo, que es la libertad, ésta junto con el derecho a la vida son considerados como corolarios de la dignidad humana.

La idea de la dignidad de la persona individual implica necesariamente el principio de la libertad individual.

Sánchez de la Torre, citado por Ezcurdia Lavigne, menciona que: "...la libertad misma, supone un valor fundamental, ya que solo cuando se respeta la libertad se tiene consideración a la dignidad"²⁸.

Menciona Recaséns Síches que si el hombre es un ser que tiene fines propios; si es un ser que constituye un fin en sí mismo, si es una criatura hija de Dios con la perspectiva de su autosalvación, y si esos fines pueden ser cumplidos tan sólo por propia decisión individual, resulta claro que la persona humana necesita una esfera de libertad, dentro de la cual pueda operar por sí propia.²⁹

El hombre porque tiene fines propios que cumplir por su propia decisión, necesita el respeto y la garantía de su libertad, necesita estar libre de la coacción de otros individuos y de la coacción de los poderes públicos que interfieran con la realización de los fines que le son propios.

Existe otro argumento para justificar la libertad jurídica del hombre, la cual expone que dicha libertad es esencialmente necesaria para el ser humano porque su vida es la utilización y el desarrollo de una serie de energías

²⁸ EZCURDIA LAVIGNE, JOSE A. Op. cit. p.28

²⁹ Cfr.: RECASENS SICHES, LUIS. Op cit. p. 560

potenciales, de una serie de posibilidades creadoras que no pueden ser encajadas dentro de ninguna ruta preestablecida.

El desenvolvimiento de la persona sólo puede efectuarse por medio de las fuerzas creadoras latentes en el individuo humano, pues aunque la sociedad y la autoridad sean esencialmente necesarias para el hombre, ni la sociedad, ni las instituciones son creadoras; sólo la libertad personal le hace al hombre desenvolver su propia persona y para este fin el ser humano necesita la ayuda de la sociedad, el Estado y el Derecho; pero únicamente el individuo mismo puede en un ámbito de libertad, desenvolver sus fuerzas creadoras.

Menciona Recaséns Siches que la libertad, desde el punto de vista social y jurídico tiene varios aspectos: unos negativos, es decir, de cerca, que defienden el santuario de la persona individual frente a intereses de otros individuos y de los poderes públicos; y otros aspectos positivos, entre los cuales figuran los derechos democráticos a participar en el gobierno de su propio pueblo, y los llamados derechos sociales, económicos y culturales, gracias a los cuales obtenga las condiciones materiales y sociales, así como los servicios colectivos, para el libre desarrollo de sus propias posibilidades.³⁰

Es importante señalar los aspectos negativos de la libertad, es decir, la libertad jurídica, entendida esta como barreras o defensas contra las trabas o los impedimentos y contra las injerencias injustas de otros individuos o de los poderes públicos.

Los mencionados aspectos negativos del derecho de libertad jurídica comprenden dos clases de defensas: defensa del individuo por el derecho frente al Estado y defensa del individuo por el derecho frente a ataques de otros individuos, o frente a presiones sociales abusivas o indebidas, de convencionalismos, costumbres, etc.

La libertad jurídica, considera el mismo autor, consiste en hallarse libre de coacciones o injerencias indebidas, públicas o privadas y abarca múltiples aspectos.³¹ Entre esos aspectos considera importantes los siguientes:

³⁰ Cfr.; Op. cit. p. 561

³¹ Cfr.; *Ibidem*. pp. 561 y 562

- a) Libertad consistente en ser dueño del propio destino, es decir, no ser esclavo ni siervo de nadie, de ningún otro individuo, ni de una colectividad, ni del Estado.
- b) Seguridad de la persona. Aquí seguridad significa seguridad en sus derechos a la dignidad, a la vida y a la libertad; seguridad en su propia vida, en la integridad física, en la integridad moral y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual. Entre otras, son concreciones de esta idea de seguridad de la persona, como una especie de proyección de su libertad jurídica, las siguientes: derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles o inhumanos; derecho a no ser sometido a tratos degradantes; derecho a no ser objeto de ataques a la honra o a la reputación; derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado; derecho a ser oído públicamente y por justicia de un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en materia penal; derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe lo contrario de acuerdo con la ley y en juicio público, en el que se le haya provisto con todas la garantías necesarias para la defensa; derecho a la propiedad, en la forma en que las leyes dispongan, etc.
- c) Libertad de conciencia, de pensamiento y de opinión, y libertad de expresión.
- d) Libertad para contraer o no contraer matrimonio y para contraerlo libremente con la otra persona que preste su consentimiento.
- e) Libertad para elegir ocupación, profesión, oficio o trabajo.
- f) Libertad de circulación o movimiento, tanto nacional como internacional.
- g) Libertad de elección de domicilio.
- h) Inviolabilidad de la vida privada, de la familia, del domicilio y de la correspondencia.
- i) Libertad de reunión y de asociación pacífica para fines lícitos.

j) Libertad de no ser obligado a participar en una reunión, ni pertenecer a una asociación.

La libertad o autonomía personal suele ser enunciada por la estimativa jurídica, en forma negativa diciendo que nadie debe estar sometido a la esclavitud, la cual constituye la rotunda negación de la dignidad del hombre, de la libertad esencial a éste, de la igualdad básica de todos los seres humanos.

Asimismo considera que dentro de la esclavitud, que debe ser negada y prohibida sin ninguna reserva ni limitación, deben estar incluidas:

a) La esclavitud en la forma de la antigüedad clásica, por ejemplo , como la instituía el Derecho Romano, que negaba la condición de personas a los siervos, quienes en principio quedaban reducidos a cosas, propiedad de sus dueños, y la esclavitud que en el Continente Americano sufrieron los negros importados.

b) Cualquier modo de servidumbre que niegue la dignidad del hombre o la libertad de la persona individual.

c) El trabajo forzado.

d) Toda otra situación que se asemeje a la esclavitud o a la servidumbre, que niegue o menoscabe la dignidad y la libertad esencial de la persona individual.³²

Por otra parte, en general la mayoría de los filósofos del derecho y de la política consideran la libertad de pensamiento, de conciencia y de opinión como la manifestación más importante y la más alta de la libertad, además como un derecho absoluto concedido por los supremos principios de la axiología jurídica, porque se refiere a las funciones más nobles del ser humano.

Lo consideran como derecho absoluto, porque es un derecho ideal que no requiere especiales regulaciones, puesto que consiste simplemente en exigir a los demás individuos, y a los poderes públicos, una total abstención en esta materia, un simple no intervenir y respetar.

³² Cfr.: RECASENS SICHES, LUIS. Op Cit. p. 562

La libertad de pensamiento, de conciencia y de opinión no requieren de especial regulación positiva, como otras libertades que para su ejercicio sí necesitan regulaciones jurídica y a veces requieren la intervención positiva de órganos del derecho. No requieren de especial regulación positiva debido a que basta con prohibir las injerencias y coacciones de los demás individuos, y sobre todo del Estado.

El principio de libertad en la elección del trabajo, pertenece a los principios axiológicos de la libertad individual y es objeto de consideración y estudio en el presente tema de tesis.

La realización plena y satisfactoria del mencionado principio, en la práctica se encuentra limitado por varios obstáculos, puesto que su cumplimiento tiene un margen de indeterminación y varios límites, según los diferentes regímenes económico-sociales.

En la axiología jurídica se plantean dos dimensiones de la libertad: la primera dimensión de la libertad de trabajo consistente en el derecho de la persona individual a que no se le impida trabajar, ni a ejecutar un trabajo lícito que haya obtenido, y para el cual reúna los requisitos de integridad ética y de competencia técnica establecidos por las normas jurídico-positivas; y la segunda dimensión de este principio consistente en el derecho que toda persona tiene de elegir su trabajo, su ocupación, su oficio o profesión, este se justifica en la dignidad y en la libertad del ser humano, la ocupación de una persona constituye una parte de su vida, y negarle dicha libertad para su existencia, que lleva a cabo por su propia cuenta y de acuerdo con lo que considere su vocación o su necesidad, sería desconocer su dignidad y mutilar gravemente su libertad.

El ideal al que debe tender es que este derecho debe pertenecer a todos los seres humanos sin excepción alguna, pero es un hecho que, por causas de las condiciones económicas y sociales del mundo presente, la mayor parte de los países reconocen este derecho a sus nacionales y los restringen a determinadas categorías de extranjeros presentes en su territorio. Lo restringen a turistas y visitantes, y algunos Estados lo reconocen tan solo con limitaciones a los extranjeros residentes, e incluso a los ciudadanos naturalizados. Lo

anterior considera Recaséns Siches carece en absoluto de toda justificación y constituye una actitud discriminatoria.³³

Sin embargo existen limitaciones lícitas al ejercicio de algunos oficios y algunas profesiones por razones de competencia y seguridad. El ejercicio de determinadas actividades en ciertas condiciones por personas que carezcan de una probada competencia suficiente para desempeñarla de modo correcto entraña el peligro de graves daños para otras personas.

Por lo que respecta a la libertad circulación o movimiento tanto nacional como internacional, la axiología jurídica considera que constituye uno de las principales proyecciones materiales del derecho general de libertad personal.

Por desgracia este principio es desconocido y violado radicalmente por los países totalitarios y sufren restricciones en los países del mundo libre, en cuanto a la circulación internacional.

Se dice que es una proyección material de la libertad, porque se manifiesta en el derecho de trasladarse o no trasladarse, de circular o no circular, dentro del territorio del propio Estado, en el derecho de salir y entrar en los diversos países, en el de emigrar del propio, y en el de regresar a este, y todo esto constituye desplazamiento en el espacio, o permanencia en un determinado lugar.

Pero este derecho en sí mismo, al igual que todas la demás libertades, tiene su raíz en la decisión de la persona.

Las anteriores proyecciones de la libertad personal pueden referirse a un simple querer de domiciliarse o a la circulación, pero la mayoría de las veces constituyen medios para la realización de decisiones de mayor importancia: una persona quiere fijar su residencia habitual en un determinado lugar, viajar, trasladarse, porque eso le es necesario para las actividades que ha decidido emprender, o para sus relaciones sociales, o para su salud o para cualquiera otra finalidad lícita que persiga y todo esto pertenece a la autonomía requerida por la dignidad de la persona.

³³ Cfr.: RECASENS SICHES, LUIS. Op Cit. p. 576

Pueden existir justificadas limitaciones a este principio debido a que las libertades personales implican conductas externas que pueden chocar con otras conductas externas, que se proyectan en un campo social, y que, por lo tanto, es necesario regular. Sin embargo jamás será lícito ejercitar una libertad para llevar a cabo conductas cuyo propósito sea destruir esa libertad o cualquiera otra de las libertades fundamentales del hombre.

2. Definiciones sobre el Concepto Libertad

2.1 Filosófica

Una de las condiciones indispensables para que el hombre realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y con el propósito de lograr su felicidad, es la libertad.

La existencia de la libertad como elemento esencial del desarrollo de la propia individualidad, encuentra su esencia en la naturaleza de la persona humana.

El ser humano cuenta con una voluntad que lo inclina hacia los bienes conocidos por la razón, pero no lo determina necesariamente hacia uno u otro bien, sino que le permite elegir y determinarse hacia el que le parezca mejor.

Esta capacidad o propiedad de la voluntad de autodeterminarse hacia uno entre varios fines o bienes conocidos es lo que se llama libertad de la voluntad o libre albedrío, propiedad que se deriva de la inteligencia y de la voluntad.

La persona humana tiende a realizar su propia finalidad, la calidad y cualidad de los fines particulares deben estar de acuerdo con la personalidad y temperamento específicos del que los concibe y es por esto que los fines o propósitos deben ser forjados por la propia persona interesada.

La libertad de escoger uno entre varios fines exige dos condiciones: en primer lugar, la ausencia de coacción exterior, es decir la ausencia de un agente

externo que force la voluntad a elegir un bien determinado; y en segundo lugar, requiere la capacidad de autodeterminación, es decir, de la posibilidad de orientarse por sí misma hacia uno u otro fin, sin estar determinada a escoger alguno o algunos en particular.

Kant considera a la personalidad como un auto-fin humano, es decir, que el hombre constituye un fin en sí mismo, y no un mero medio para realizar otros propósitos, que se suponen impuestos. Atendiendo a esta estimación Kantiana, si la persona humana estuviera constreñida a realizar ciertos fines determinados de antemano, sin tomar en cuenta su libre albedrío, se destruiría su personalidad, debido a que el sujeto sería considerado como un mero medio para realizar otros propósitos, no constituyendo un fin en sí mismo.³⁴

Por lo expuesto anteriormente se considera que la libertad de elección de fines es una consecuencia lógica y natural de concepto de personalidad humana, un factor necesario e imprescindible de su desenvolvimiento, razón por la cual Kant considera que la personalidad es la libertad e independencia del mecanismo de toda naturaleza.

La libertad es concebida como un elemento o condición de la actividad del hombre, tendiente a desenvolver su propia personalidad, como un factor inherente e inseparable de su propia naturaleza.

Atendiendo a la auto-teleología, el hombre es considerado naturalmente libre para realizar sus propios fines vitales y para seleccionar y poner en práctica los medios tendientes a su realización, por lo que filosóficamente la libertad es considerada como un atributo consubstancial de la naturaleza humana, esto quiere decir que el hombre, en su íntima esencia es libre por necesidad ineludible de su personalidad, o sea de su auto-teleología, como elemento substancial de su ser.

Desde el punto de vista filosófico no es considerada como un derecho, sino como una simple facultad de elección, aún cuando no corresponda la necesidad. En el terreno filosófico, el concepto de libertad a primera vista parece que pudiera confundirse con la voluntad; pero no es así.

³⁴ Cfr.: BURGOA, IGNACIO. Op Cit. p37

Menciona Isidro Montiel y Duarte que el hombre tiene libertad para hacer o dejar de hacer tanto lo bueno como lo malo, mientras que la Divinidad sólo puede querer y hacer lo bueno, y siempre ha de aborrecer y omitir lo malo, y siendo esto así, considerando la altura sublime en que se encuentra la Divinidad, se dice que la libertad natural o filosófica consiste en la facultad psicológica de hacer o dejar de hacer cuanto queramos.³⁵

Cuando el objeto de la elección viene a ser inejecutable, no puede decirse que falta libertad, en el sentido de facultad psicológica que hace al hombre árbitro en la elección.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, la libertad en el terreno filosófico no es considerada como un derecho, sino como una simple facultad de elección, aún cuando no corresponda la posibilidad práctica de ejecución.

Por su parte Miguel Villoro Toronzo, hace referencia a la libertad psicológica que, también recibe el nombre de "libre albedrío" y que para él "...consiste en la ausencia de vínculos internos que determinen en forma decisiva las acciones internas del ser".³⁶

Menciona como ejemplo el amaestramiento de los animales, el cual consiste en crear en ellos instintos reflejos condicionados a determinados estímulos, con la finalidad de demostrar que en el hombre no existen vínculos internos que determinen sus acciones internas, lo cual si ocurre en el ejemplo citado.

Otros autores definen a la libertad como algo connatural a la esencia misma del hombre, por lo que la consideran como base y fundamento de los derechos esenciales de la persona.

La dignidad tiene su base en la libertad, la cual da al hombre la posibilidad de actuar o de no actuar conforme a lo que él quiera, y es necesaria someterla a los causes del derecho para que no se convierta en libertinaje.

³⁵ Cfr.: MONTIEL Y DUARTE, ISIDRO. Estudio sobre las Garantías Individuales. 4a. ed. Ed. Porrúa. México, 1983. p 104.

³⁶ Introducción al Estudio del Derecho. 6a. ed. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 444

2.2 Jurídica.

La libertad, considerada como una potestad o facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios vitales, presenta dos aspectos fundamentales, establecidos en razón del ámbito donde esta se proyecta.

Primero, la elección de objetivos vitales y de conductos para su realización, puede tener lugar sólo en el intelecto de la persona, sin ninguna trascendencia objetiva, lo cual implica una libertad subjetiva o psicológica, ajena al campo del Derecho.

El segundo aspecto, es el que da origen a la libertad social. Cuando el individuo tiene la intención de darle objetividad a sus fines y medios respectivos para el logro de su bienestar vital, externándolos a la realidad.

Esta libertad social, trasciende a la realidad, traducida en aquella facultad que tiene la persona humana de objetivar sus fines vitales mediante la práctica real de los medios que considere idóneos para ese efecto. Y es ésta libertad la que interesa fundamentalmente al Derecho.

Toda sociedad se basa en un principio de orden y toda convivencia humana implica necesariamente limitaciones a la actividad objetiva de la persona humana y por consiguiente el hombre estará impedido para desarrollar cualquier acto que ocasione conflictos dentro de la vida social.

Las limitaciones o restricciones impuestas por el orden y armonía sociales a las actividades de la persona humana, se establecen por el Derecho, el cual es considerado como una condición indispensable de toda sociedad humana.

El sistema de normas que constituye el Derecho, ha sido construido para ordenar toda la realidad jurídica, la cual puede ser modificada libremente por el hombre.

La libertad se presenta como algo sin lo cual no habría Derecho, como un modo de ser del hombre al que se dirige el Derecho y como una característica que permite a quien la posee, ser sujeto de las relaciones jurídicas.

Miguel Villoro Toronzo define la libertad en dos sentidos: en sentido afirmativo, como la facultad de autodeterminarse y en sentido negativo, como la ausencia de trabas, estorbos, impedimentos o vínculos, que hace posible autodeterminarse.³⁷

La libertad en Derecho, menciona Edgardo Peniche López "... se define generalmente como la facultad de hacer o dejar de hacer lo que el orden jurídico no manda ni prohíbe, es decir, la libertad jurídica es un derecho que lleva implícita una autorización para efectuar u omitir ciertos actos".³⁸ De dicha definición deriva un concepto negativo: "... no hacer lo que está prohibido, pero no revela la verdadera naturaleza de ese derecho, pues se concreta a establecer límites del mismo. límites que son lo no ordenado ni lo prohibido".³⁹

Asimismo menciona que los actos que una persona puede adoptar son de tres categorías: actos ordenados, los cuales deben ejecutarse; actos prohibidos que no deben hacerse y los actos permitidos, que son propiamente los derechos que pueden o no ejecutarse.

Por lo anteriormente expuesto se puede decir que la libertad es la facultad que tiene el sujeto de ejercitar o no a su arbitrio sus derechos subjetivos.

Para Margarita Herrera Ortiz, la libertad jurídica la considera como: "... toda posibilidad de actuación social del hombre, reconocida por el orden jurídico-estatal".⁴⁰

Isidro Montiel y Duarte en su obra "Estudio sobre las garantías individuales", hace referencia a la libertad individual, la cual considera como un derecho de hacer todo aquello que no perjudique los derechos de otro, ejercidos en forma definida y garantizada por la ley. Igualmente hace mención de la libertad legal, la cuál para él "... consiste en el derechos de hacer todo aquello que la ley no nos manda ni tampoco nos prohíbe".⁴¹

³⁷ Op Cit. p. 443

³⁸ Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, 1984. p.61

³⁹ Ibidem. p. 61

⁴⁰ Op. cit. p.85

⁴¹ Op. cit. p. 106

Considera Villoro Toronzo que la libertad es la facultad de tender al perfeccionamiento integral propio, refiriéndose con esto a la libertad moral, o al bien común de la sociedad, refiriéndose aquí a una libertad jurídica.⁴²

Para aclarar lo anterior es indispensable establecer que, el Derecho es un orden directivo, encargado de regular las voluntades dispuestas a colaborar al bien común, considerado como un orden de libertad y que en forma supletoria y para aquéllos que no quieren colaborar con el bien común, es un orden coactivo.

Menciona que todos tenemos derecho de exigir a los demás que respeten nuestros bienes, reputación, libertad exterior, salud y vida; y que la obligación en conciencia de respetar estos valores, en cuanto exigibles por otros, es regulada por la justicia.

Entre las obligaciones de justicia distingue dos clases: unas que tienen como fin la perfección integral del individuo y otras que tienen como fin el bien común de un grupo social. La primera clase contiene obligaciones morales, y la segunda obligaciones jurídicas y menciona que estas deben ser exigibles en virtud del bien común.

Considera que para definir la libertad jurídica es necesario hacerlo en función de lo expresamente autorizado y de lo potestativo aunque no este regulado por el orden jurídico, en función de la autonomía de la libertad.

El principio de la autonomía de la voluntad implica que, fuera de la esfera coactiva de los intereses estatales, existe otra esfera jurídica que es la de la libertad individual. Dicha autonomía deberá gozar de protección estatal y ser, por consiguiente, también coactiva. Lo anterior fundamenta el rechazo que hace a la definición de la libertad considerada como la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos, y que es evidente que no hay libertad jurídica, cuando hay normas jurídicas, que ordenan o prohíben algo, y por lo tanto no debe definirse la libertad jurídica como una facultad que opera en lo no jurídico.

⁴² Cfr.; Op. cit. p. 446

La libertad jurídica forma parte del orden jurídico y debe estar protegida por el mismo.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, Villoro Toronzo, deduce otra definición de la libertad jurídica: "... es la facultad que tiene todo individuo de elegir y servirse de aquéllos medios que más aprovechan a su desarrollo individual y al bien común, en cuanto dicha facultad debe estar protegida por el orden jurídico".⁴³

Además considera a la libertad jurídica como un medio para el bien común, al decir que lejos de oponerse, se complementan en razón de que el bien común se logra en la medida en que los individuos pueden tender libremente a su perfección, consideran que el bien común consiste en promover y regular, mas no en absorber la libertad de los individuos.

Por lo tanto la libertad por estar protegida por el orden jurídico es llamada *libertad jurídica*. La libertad que debe proteger el orden jurídico es la de la capacidad de autodeterminarse para lograr el pleno desarrollo de nuestro ser.

De este modo la libertad jurídica es considerada también como un medio más apto para lograr el bien común.

3. Semblanza sobre las Garantías Individuales.

Una de las partes fundamentales de toda Constitución Política es aquella que contiene la lista de los derechos humanos generalmente reconocidos. Esta parte se conoce como la *parte dogmática* de la Constitución, que junto con la *parte orgánica* integra el cuerpo principal de la norma suprema. Es en ésta donde quedan señalados los límites y controles para la actuación de los funcionarios públicos.

Se da una relación entre el gobernado, como sujeto activo, titular de un derecho; y las actividades del Estado o gobierno como sujeto pasivo, al que se le impone una obligación de respetar ese derecho.

⁴³ Op. cit. p. 446

De acuerdo con el pensamiento de Ignacio Burgoa, en la vida de cualquier Estado o sociedad, existen tres tipos fundamentales de relaciones: las de coordinación, que son vínculos que se establecen entre los mismos gobernados limitando la actividad que recíprocamente desarrollan; las de supraordinación, que se establecen entre los diversos órganos del poder y norman la actuación de cada uno de ellos; y las de supra a subordinación que surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano, o bien en oposición, es decir, entre el Estado y sus órganos de autoridad por un lado, y el gobernado por el otro. Cuando esas relaciones se regulan por el orden jurídico, su normación forma parte de la Ley Fundamental y es aquí cuando aparecen las garantías individuales.⁴⁴

El término garantía individual ha sido empleado tanto en el derecho privado, como en el derecho público.

En el derecho privado, fue donde se empleó originalmente, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación, por ejemplo, en el Código Civil, encontramos tres tipos de garantías: la hipoteca, la fianza y la prenda.

En el derecho público, el término ha sido empleado para designar la seguridad, el respaldo o protección, en relación a una serie de derechos, que los autores de la Constitución consideran como básicos y esenciales, para el desenvolvimiento, convivencia pacífica, ordenada y progresista de los gobernados que se encuentran habitando el territorio nacional.

Con el mencionado término se designa la parte dogmática de nuestra Constitución, la cual contiene la mayor parte de los derechos humanos que otorga en favor de los gobernados.

Mediante las garantías individuales, la población hace valer sus derechos frente al poder del Estado, son los límites de la actuación del Estado frente a los particulares.

Las relaciones de supra a subordinación como ya se mencionó, son las que se entablan entre los órganos del Estado, por una parte, y en ejercicio del poder público traducido en diversos actos de autoridad, y por la otra, los

⁴⁴ Cfr.: Op. cit. p. 167

sujetos en cuya esfera jurídica operen tales actos, los cuales tienen como atributos distintivos la *unilateralidad*, la *imperatividad* y la *coercitividad*, conceptos que más adelante determinaremos. El sujeto dentro de cuya esfera va a operar el acto de autoridad emanado de un órgano del Estado, asume por esta sola circunstancia el carácter de 'gobernado'. Por lo anterior las relaciones de supra a subordinación, se puede decir que son las relaciones entre gobernantes y gobernados.⁴⁵

La potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público; dicha potestad es un derecho, tiene el calificativo de jurídico porque se impone al Estado y a sus autoridades.

El derecho subjetivo significa limitar o controlar el poder público, para asegurar el goce de los derechos del individuo.

Por medio de los derechos del individuo, se garantiza un campo de actividad en el que el Estado no debe interferir para que la persona pueda desarrollarse plenamente y cumplir con sus propósitos en la esfera privada y social.

Las garantías son medios jurídicos para hacer efectivos los mandatos constitucionales, es decir, aquellos métodos procesales por los que se puede prevenir o reparar una violación a los derechos fundamentales.

Las garantías individuales pueden, en un sentido jurídico, considerarse como una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal.

En dicha relación, la persona moral estatal y sus autoridades, desempeñan frente al gobernado una actividad soberana o de gobierno, o sea, actos autoritarios propiamente dichos, que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

⁴⁵ Cfr.: BURGOA, IGNACIO. Op. cit. p.167

Se dice que todo acto de autoridad es *unilateral* porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza; es *imperativo*, en virtud de que se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlo, y sin perjuicio de que lo impugne jurídicamente; y es *coercitivo*, atendiendo a que, si no se ataca por rebeldía u oposición de la persona contra quien se pretenda ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública, en detrimento de ella.

Dentro de las relaciones de supra a subordinación, se encuentran los siguientes sujetos: las personas físicas o individuos, las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados. Dichos sujetos son susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad.

Todos los actos autoritarios que los órganos del Estado realicen frente a cualquier sujeto de los mencionados en el párrafo anterior, deben observar las exigencias, las prohibiciones, los requisitos o condiciones contenidos en los preceptos constitucionales, los cuales demarcan el ejercicio del poder público frente a los gobernados y que como ya se mencionó se conocen como garantías individuales. El término de individuales, es impropio, pues son susceptibles de disfrutarse por todo sujeto que se encuentre en la posición de gobernado, ya que dichas garantías son exigencias ineludibles que debe observar todo acto de autoridad para ser constitucionalmente válido frente al sujeto que se llama gobernado.

Si los preceptos contenidos en la Constitución, que regulan la actividad de imperio que realiza el Estado a través de sus órganos, en favor de los gobernados, se incumplen, el acto incumplido es susceptible de impugnarse mediante el juicio de amparo, el cual ha sido instituido para salvaguardar el acatamiento de los aludidos preceptos.

A continuación se profundizará sobre el concepto de gobernado o sujeto activo de las garantías individuales.

Menciona Ignacio Burgoa que "...por gobernado o sujeto activo...debe entenderse a aquella persona en cuya esfera operen o vayan a operar actos de

autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa o coercitiva”.⁴⁶

El término de individuo, es empleado en el artículo primero de nuestra Constitución como sinónimo de gobernado y comprende diferentes tipos de entes jurídicos: personas físicas o individuos en sentido estricto; personas morales de derecho privado, como son sociedades y asociaciones; las de derecho social, como sindicatos y comunidades agrarias; las de derecho público, como personas morales y oficiales; y los organismos descentralizados.

El gobernado o sujeto activo de la garantía individual, se encuentra constituido por todo individuo o habitante que viva en el territorio nacional, independientemente de su calidad migratoria, nacionalidad, sexo o condición civil.

Por otra parte el sujeto pasivo de la relación jurídica, que implica la garantía individual, se encuentra integrado por el Estado, como ente jurídico-político en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo, las cuales se encuentran directamente limitadas en cuanto a su actividad frente a los gobernados por las garantías individuales.

El gobernado, titular de las garantías individuales, tiene el goce y disfrute de éstas inmediata o directamente frente a las autoridades estatales y mediata e indirectamente frente al Estado, el cual como persona moral de derecho público que es, tiene necesariamente que estar representado por aquéllas, quienes a su vez, están dotadas del ejercicio del poder de imperio en su distinta esfera de competencia jurídica. Los organismos descentralizados pueden también ser sujeto pasivo de la mencionada relación jurídica, siempre y cuando ésta sea de supra a subordinación, es decir, cuando dicho organismo realice frente al particular algún acto de autoridad.

La relación jurídica que existe entre los sujetos mencionados anteriormente genera, para éstos, derechos y obligaciones que tienen un contenido especial.

Los derechos y obligaciones que genera la relación que existe entre gobernados y gobernantes o entre aquéllos y el Estado tienen, menciona Ignacio Burgoa, como esfera de gravitación prerrogativas substanciales del ser

⁴⁶ Op. cit. p. 174

humano, tales como la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad.⁴⁷

Desde el punto de vista del sujeto activo de la relación jurídica que implica la garantía individual, ésta implica para dicho sujeto, una potestad jurídica que hace valer obligatoriamente frente al Estado en forma mediata y de manera inmediata frente a sus autoridades, surgiendo para la autoridad y el Estado, ambos sujetos pasivos, una obligación correlativa.⁴⁸

El objeto tutelado por las garantías individuales se encuentra constituido principalmente por las prerrogativas fundamentales del hombre, inherentes a su personalidad.⁴⁹

La titularidad de los derechos que integran el objeto de dichas garantías, surge por la imputación inmediata y directa que hace nuestra Constitución a los gobernados respecto de las situaciones jurídicas abstractas que se contienen en los preceptos que las instituyen.

Es importante señalar que la obligación a cargo de todos los órganos estatales, tiene su fundamento directo en el principio de juridicidad, el cual implica la ineludible subordinación de todos los actos del poder público a normas jurídicas preestablecidas.⁵⁰

La relación jurídica en que se revela la garantía individual tiene el carácter distintivo de la unilateralidad en la causación de los derechos y obligaciones que de ella derivan para ambos sujetos, este carácter equivale a la circunstancia de que los derechos sólo se generan para el sujeto activo y las obligaciones exclusivamente para el pasivo.⁵¹

En nuestro sistema constitucional encontramos, al lado de las garantías individuales, obligaciones individuales públicas que el gobernado contrae en beneficio del Estado o de la sociedad. Dicha obligación puede ser definida como un conjunto de prestaciones positivas o negativas impuestas al gobernado en favor del Estado.

⁴⁷ Cfr.: Op. cit. p.179

⁴⁸ Ibidem. p.179

⁴⁹ Ibidem. p.179

⁵⁰ Cfr.: BURGOA, IGNACIO. Op. cit. p.183

⁵¹ Cfr.: Ibidem. p.184

Por otra parte, la fuente de las garantías individuales es nuestra Constitución Política, por lo que es lógico que se encuentran investidas de los principios esenciales que caracterizan a dicho cuerpo normativo supremo. Por consiguiente las garantías individuales participan del principio de supremacía constitucional, el cual se encuentra regulado en el artículo 133 de nuestra Constitución, y éste se traduce en que tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga, además de gozar de una primacía de aplicación sobre la misma, razón por la que todas las autoridades deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria.⁵²

Otro principio del que están investidas, es del de rigidez Constitucional, el cual consiste en que no pueden ser modificadas o reformadas por el poder legislativo ordinario, sino por un poder extraordinario que requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

4. Clasificación.

En cuanto a la clasificación de las garantías individuales, existe una gran variedad de las cuáles a continuación se mencionarán algunas.

Margarita Herrera Ortiz hace una clasificación doctrinaria y otra práctica. Desde el punto de vista doctrinal, enfoca a las garantías desde dos ángulos diferentes: por su forma y por su contenido. En relación a la forma se clasifican, de acuerdo a la manera en que las autoridades estatales actúan, en relación a los gobernados para conceder esos derechos, desde el punto de vista la actuación de la autoridad puede ser positiva o negativa. Es positiva cuando las autoridades estatales para otorgar el goce o disfrute del derecho o garantía constitucional al gobernado, realiza prestaciones de dar o hacer; de esta manera la actuación formal es un derecho positivo, que da como resultado garantías de seguridad jurídica. Desde el punto de vista negativo, las autoridades estatales, para otorgar el derecho público subjetivo a los gobernados, asumen una actitud de no dar, de no hacer, de no prohibir, esto da como consecuencia, que

⁵² Cfr.; BURGOA IGNACIO. Op. Cit. p.186

materialmente es una actitud pasiva, dando como resultado garantías específicas de la libertad.⁵³

En relación a su contenido los derechos públicos subjetivos, se clasifican conforme al material que cada uno de ellos contiene o posee. Todas y cada una de las garantías que contiene nuestra constitución poseen un objeto de regulación diferente, sin embargo, en términos generales se puede dividir en grupos diferentes: de igualdad, de libertad, de propiedad, de seguridad jurídica, políticas y sociales.

Por lo que respecta a la clasificación práctica, se la da este nombre, debido a que su clasificación, no se basa en ningún concepto doctrinario, lo único que se hace es agruparlas por la materia que regulan.

Algunos tratadistas, suelen clasificar a las garantías individuales de la siguiente forma: garantía de igualdad, garantía de libertad, garantía de propiedad y garantía de seguridad jurídica.

Juventino V. Castro menciona que dicha clasificación contiene un orden valorativo evidente y presta unidad a lo disperso, más sin embargo no la considera suficiente para lograr una secuela jerarquizada de los derechos de la persona humana.⁵⁴

El mencionado autor por su parte hace una clasificación considerando o basándose en un dualismo constituido por la libertad y el poder público. Menciona que el ser es libre, como requisito necesario para realizarse vitalmente y esta libertad de acción precede al Estado, el cual posee el poder público y cuya finalidad es mantener el orden público mediante la creación y el mantenimiento de un orden jurídico que le permita lograr el bien común. Hace referencia al enfrentamiento de la persona humana a la autoridad, de la libertad individual al orden jurídico, el cual sólo se resuelve mediante instrumentos equilibradores, como lo son los procedimientos que el Estado establece y a los cuales acepta someterse, antes de invadir la esfera de las libertades humanas y de sostener el orden jurídico.

⁵³ Cfr.: Op.cit. p.42-44

⁵⁴ Cfr.: Lecciones de Garantías y Amparo. 2a. ed., Ed. Porrúa. México, 1978. p.29

Por lo anterior y porque el texto constitucional reconoce el fenómeno humano y el político, Juventino V. Castro adopta la siguiente clasificación:

- a) Garantías de la Libertad.
- b) Garantías del Orden Jurídico.
- c) Garantías de Procedimientos.

Las *Garantías de la Libertad*, se refieren a la libertad personal, a la libertad de acción, a la libertad ideológica y a la libertad económica.

Las *Garantías de Orden Jurídico*, comprenden una serie de diversas garantías de igualdad, de competencia, de justicia y de propiedad.

Y por último, las *Garantías de Procedimientos* se refieren a la irretroactividad, la legalidad, la exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales.⁵⁵

Otra clasificación importante de las garantías individuales es la que hace Jellinek, la cual versa sobre los medios que establecen un control o una salvaguardia al régimen del derecho en general y a los derechos de los gobernados en particular. Jellinek afirma que hay tres especies de garantías o medios de preservar el orden jurídico:

- a) Las sociales.
- b) Las políticas.
- c) Las propiamente jurídicas.

Las *Garantías Sociales* se encuentran constituidas por aquellos factores culturales, por las ideas religiosas, tendencias sociales, económicas, etc. que forjen, en el ánimo de los gobernantes o legisladores, la creación de un orden de derecho determinado, el cual se pueda considerar como un mero producto cultural.

Las *Garantías Políticas* considera Jellinek, equivalen a un sistema o régimen de competencias y de limitación de poderes entre las distintas autoridades del Estado, de modo que cada entidad autoritaria o cada

⁵⁵ Cfr.: CASTRO, JUVENTINO V. Op. cit. p.30

funcionario se ve constreñido a actuar dentro de su órbita competencial creada por la ley.

Por último las *Garantías Jurídicas* se traducen para el citado autor en todos aquéllos medios de derecho de que el gobernado dispone para proteger sus derechos frente a los gobernantes o autoridades, tales como el juicio de responsabilidad, las instituciones de fiscalización y los recursos legales, entre otros.⁵⁶

Por su parte Ignacio Burgoa, desde el punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal, que surge de la relación jurídica que denota la garantía individual, está puede ser negativa en tanto que el impone al Estado y a que sus autoridades un no hacer, una abstención, una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar o de no prohibir; o positiva, en tanto que las autoridades estatales y el Estado, por la mediación representativa de estas, están obligados a realizar en beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado una serie de restricciones, hechos o actos, a desempeñar un comportamiento activo, tal como la observancia de ciertos requisitos o formalidades, el desarrollo de un procedimiento previo para poder privar a una persona de sus derechos fundamentales.

Tomando en consideración las dos especies de obligaciones aludidas en el párrafo anterior, Burgoa clasifica a las garantías en:

- a) Garantías Materiales.
- b) Garantías Formales.

Dentro del primer grupo se incluyen las libertades específicas del gobernado, la igualdad y la propiedad.

El segundo grupo contiene las de seguridad jurídica, entre las que destacan la de audiencia y la de legalidad, consagradas primordialmente en los artículos 14 y 16 de la Constitución.⁵⁷

En las *Garantías Materiales*, los sujetos pasivos constituidos por el Estado y sus autoridades, asumen obligaciones de no hacer o de abstención.

⁵⁶ Cfr.: BURGOA, IGNACIO. Op. cit. p.193

⁵⁷ Cfr.: Ibidem. p.194

Respecto a las *Garantías Formales*, las obligaciones correlativas a los derechos públicos subjetivos correspondientes son de hacer, o sea, positivas, consistentes en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria para que esta afecte con validez la esfera del gobernado.

Ahora tomando en consideración el punto de vista consistente en el contenido del derecho subjetivo público que para el gobernado se deriva de la relación jurídica en que se manifiestan las garantías individuales, éstas se clasifican de la siguiente forma:

- a) Garantías de igualdad.
- b) Garantías de libertad.
- c) Garantías de propiedad.
- d) Garantías de seguridad jurídica.

El gobernado tiene varias esferas jurídicas oponibles y reclamables contra las autoridades del Estado. Estas esferas jurídicas conciernen al respeto de su situación de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, y al de su propiedad y a la observancia de determinadas formalidades por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de cualquier afectación al gobernado, todas estas circunstancias implican seguridad jurídica para éste.

5. La Libertad como Derecho Civil y como un Derecho Público Subjetivo.

Como se comentó en este capítulo, la libertad se encuentra íntima e indisolublemente unido a todo ser humano. Es un bien esencial de la personalidad.

La libertad natural a que tiene derecho toda persona, por el sólo hecho de existir, es muy amplia y el ejercicio de esa libertad, en tanto que interesa al derecho civil, es más bien la libertad que tiene cada persona individual frente a las demás personas. En este sentido, el contenido de esta libertad puede ser el mismo que se ejercita frente al Estado, pero adquiere características propias en cuanto se considera en el contexto de las relaciones entre particulares. Por ejemplo, existe libertad de pensamiento y de escribir para manifestar ese

pensamiento. El Estado no debe coartarla cuando se ejercite dentro del marco o límites de bien común y del bien de la sociedad. Tampoco los particulares deben coartar esta libertad, y la sanción por parte del derecho será distinta cuando el sujeto deba ser defendido ante el Estado, que cuando sea un particular el que atente dicha libertad. De lo anterior se puede observar que se habla de una libertad ejercida ante otros particulares.

Son muchas las facetas que podemos considerar de la libertad, las cuales ya mencioné en el capítulo precedente.

En materia de lo civil, nuestro código tiene gran cuidado en todas sus instituciones de respetar la libertad personal, pues el consentimiento lo considera como un elemento esencial de las mencionadas instituciones.

El campo del derecho civil puede ser considerado como el campo de la libertad individual, en donde ésta en su realización práctica y diaria, que es la más importante para la vida de la persona, encuentra aquí, al igual que en el campo de las garantías individuales, su sanción y la garantía de poder vivir conforme a la naturaleza hizo a cada hombre.

Los Derechos de personalidad, en materia civil, es el derecho que uno tiene sobre sí mismo y la obligación que tienen los demás de respetar ese derecho. Dichos derechos son aquellos que corresponden a determinadas cualidades o atributos físicos o morales de la persona humana. Dentro de esas cualidades se encuentra la libertad, entre otras.

La protección que el Derecho Civil presta a los Derechos de la Personalidad es tanto o más eficaz que la que el derecho Público presta a los Derechos del Ciudadano, pues en la vida diaria, los ataques a la esfera jurídica elemental de la Persona muchas veces proceden de otros particulares antes que del Estado. Es en ésta relación en la que se desarrollan los Derechos de la Personalidad.

Se observa que, como dichos derechos subjetivos son, necesariamente deben de atribuirse a un sujeto que es su titular y siendo justos, todos los derechos son en alguna forma contenido de la personalidad de su titular.

Hace ya tiempo que la dogmática del Derecho Civil ha tratado de precisar los límites de los Derechos de la Personalidad, clasificarlos y darles el contenido meramente privado que les corresponde.

Son los bienes más próximos al sujeto los que forman la materia de los Derechos de la personalidad, razón por la cual entre ellos se encuentra la libertad.

Federico de Castro clasifica a los Bienes de Personalidad, desde el punto de vista de los bienes que protegen:

I. Bienes esenciales de la Persona:

1. La vida.
2. La integridad corporal.
3. La libertad.

II. Bienes Sociales e Individuales.

1. El Honor y la Fama.
2. La Intimidad Personal.
3. La Reproducción de la Imagen.
4. La condición de Autor.

III. Bienes corporales y psíquicos secundarios, entre los cuales enumera la salud física y psíquica, los sentimientos y la estima social.

IV. El Hombre.⁵⁸

Como se puede observar en la clasificación anterior, la libertad es considerada como un bien esencial de la Persona en materia del derecho privado, el cual debe gozar de protección y respeto de parte de el Estado y de los particulares.

La libertad de individuo es considerada como un atributo de la actuación civil del sujeto, esto es, de su proceder entre sus semejantes en la vida social y

⁵⁸ Cfr.; CASTRO, FEDERICO DE. Citado por PACHECO, ALBERTO E. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama. México, 1985. p.58

por otra parte es también considerada como un derecho público subjetivo, oponible y exigible al Estado.

Hasta el momento me he referido a la libertad como un derecho civil, ahora corresponde hacer referencia a la misma, pero considerada como un derecho público subjetivo.

El derecho subjetivo al ser el derecho del sujeto, implica la facultad de obrar y de exigir de otro individuo algo, por lo que surge un doble aspecto que son: el activo o exigencia y el pasivo u obligación, toda vez que cuando la norma faculta la conducta del titular, invariablemente lo hace al mismo tiempo de que pueda exigir el respeto de su conducta, que en este caso el deber correlativo impone a todo el mundo la obligación de respetar la propia conducta facultada al titular.

Es importante mencionar que los derechos subjetivos públicos se clasifican en públicos y privados. Dicha clasificación obedece al objeto y al contenido intrínseco, es decir, por la persona o sujeto en interés de la que se da la norma.

Es preciso recordar la clasificación del Derecho en público y privado. El primero lo componen todas aquellas normas jurídicas que regulan la actuación de los individuos frente al Estado, así como las relaciones de los Estados como entidades soberanas entre sí, es decir, cuando existen relaciones entre los particulares con el Estado, pero considerando éste con su potestad soberana. El derecho privado está formado por aquellas normas jurídicas que regulan las relaciones de los individuos en su carácter particular, regula las actuaciones de éstos con el Estado, en los casos en que no hace sentir su potestad soberana sino que las relaciones son de igual a igual.

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convierte en un derecho público subjetivo, desde el momento en que el Estado se obliga a respetarla. De lo anterior nace una relación jurídica entre el Estado y sus autoridades, por un lado, y los gobernados por el otro.

Dicha relación surgió cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios, decidió respetar una esfera libertaria en favor del individuo como consecuencia de un imperativo filosófico y creó para los sujetos de la misma relación un derecho y una obligación correlativa: un derecho para el gobernado

como potestad para reclamarla al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual y una obligación para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar pasiva y activamente, ese respeto.

Es aquí cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo público, cuyo titular es el gobernado, con tal obligación estatal correlativa impuesta al Estado y a sus autoridades.

Es importante recordar que los derechos subjetivos públicos se subdividen en: de libertad, de acción, de petición y políticos.

Los derechos subjetivo públicos de libertad consisten en las facultades que los individuos tienen para ejercer o no ejercer, según su voluntad, sus derechos.

Los derechos subjetivos de acción son aquellas facultades que se tienen para pedir ante los órganos jurisdiccionales, que se apliquen las normas jurídicas al caso concreto a favor de resolver las controversias que se hayan planteado entre los miembros de la sociedad.

Los derechos públicos de petición consisten en las facultades que se tienen para recurrir al Estado en busca de protección, puesto que todos estamos protegidos para cuando hagamos peticiones por escrito, de una manera específica y respetuosa ante las autoridades, éstas deberán darles el acuerdo respectivo y hacerlos conocer al peticionario.

Por último los derechos subjetivos públicos políticos son aquéllos que tienen los individuos cuando actúan en calidad de ciudadanos que pertenecen a un determinado Estado, es decir, cuando participan en las funciones de voto en las elecciones, poder ser votado para cualquier cargo de elección popular o nombrado para cualquier otro cargo político.

6. Análisis de las Garantías de Libertad de Trabajo y Tránsito.

6.1 La Libertad de Trabajo.

El reconocimiento de este derecho se ha dado en forma paralela a la lucha por la libertad de hombre, ya que el trabajo ha sido una de las formas típicas de esclavitud, la cual se institucionalizó para que unos trabajaran para otros.

La garantía de trabajo es una continuación a la superación de los hombres pues mediante esa actividad se satisfacen las necesidades, por la retribución económica que representa. Por ello los hombres tienden a desempeñar labores que sean acordes a su modo de ser, de vivir, etc.

La libertad de trabajo es concebida como la facultad que tiene todo individuo de elegir la ocupación que más le convenga para conseguir sus fines vitales, es la forma indispensable para el logro de su felicidad y bienestar.

José María Lozano, citado por Juventino V. Castro, menciona que: “El trabajo es el elemento principal que el hombre tiene a su disposición para llenar los altos fines de su conservación, de su desarrollo y de su perfeccionismo; resultado de la combinación de su inteligencia y de sus facultades físicas, provee a sus necesidades y le pone en aptitud de desempeñar los principales deberes que tiene para con la sociedad; es uno de los primeros derechos, porque corresponde a uno de sus primeros deberes; importa como todos los derechos del hombre, una condición indispensable de su naturaleza; por consiguiente, la ley que impida el trabajo, que lo restrinja, que le imponga condiciones irracionales, viola los derechos de la humanidad”.⁵⁹

El artículo quinto de nuestra Constitución se encuentra compuesto de ocho párrafos, que en su conjunto regulan y protegen toda actividad industrial, comercial o de trabajo que los gobernados desempeñan, para que pueda actuar libre y adecuadamente en el ejercicio de las actividades laborales que se realicen en nuestro país y dicha libertad la consagra en los siguientes términos:

⁵⁹ Op. cit. p.73

Párrafo primero del artículo 5º Constitucional: "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 sólo 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. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial."

Cabe hacer la siguiente observación antes de pasar a analizar con detenimiento el artículo referido, así como sus limitaciones y seguridades jurídicas contenidas en el mismo:

La libertad de trabajo es sinónima de libertad de ocupación y dicha connotación comprende la industria, profesión, comercio, entre otras.

El párrafo anterior se refiere a la libertad que tiene toda persona para dedicarse a la profesión, comercio o trabajo que más le acomode, siempre y cuando sean lícitos.

Aquí encontramos una limitación en cuanto a su objeto: se requiere que la actividad sea lícita, por lo que todo trabajo ilícito no queda protegido por la garantía individual.

Por licitud debemos entender todo hecho, circunstancia o situación que están dentro de las buenas costumbres y permitidas por las leyes del orden público, Las leyes de orden público son aquellas que regulan directamente los intereses del estado y de la Sociedad, dando a entenderse así que no serán normas de orden público las que simplemente regulan intereses particulares.

Ahora por otra parte, son buenas costumbres aquellas que en un momento y lugar determinado, se consideran permitidas por no dañar o molestar los intereses y sentimientos del grupo social.

En relación a lo que dispone la primera parte del párrafo que se analiza, se entiende que la libertad de trabajo se hace extensiva a todo gobernado, a todo habitante de la República, independientemente de su condición particular, sexo, nacionalidad, raza, edad, etcétera, así como a todo sujeto que tenga dicha calidad.

Este primer párrafo contiene restricciones importantes a esta libertad ocupacional y son las siguientes:

A. La libertad de trabajo sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de terceros. Dicha determinación judicial deberá recaer en un proceso previo en el cual se cumplan los requisitos contenidos en el artículo 14 Constitucional en favor de aquel a quien pretende privar de ese derecho libertario.

Ningún habitante permanente o transitorio de la República, hombre o mujer, menor o adulto, nacional o extranjero, individuo o persona física o moral, puede ser privado de la vida, de la libertad, de la propiedad o posesiones y , en fin, de todos y cada uno de sus derechos, tanto los establecidos por la Constitución como los otorgados en las demás leyes, decretos y reglamentos, sin que necesariamente se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que haya juicio, o sea, una controversia sometida a la consideración de un órgano imparcial de Estado, unitario o colegiado, quien la resuelve mediante la aplicación del derecho al dicta la sentencia o resolución definitiva, que puede llegar a imponerse a los contendientes aun en contra de su voluntad;

2. Que el juicio se siga ante un tribunal ya existente, esto es, ante el órgano del Estado previamente establecido que está facultado para declarar lo que la ley señala en el caso de que se trate;

3. Que se cumpla estrictamente con el procedimiento, es decir, con las formalidades y trámites legislativos o judiciales, según el caso; y

4. Que todo lo anterior se encuentre previsto en leyes vigentes.

Esta limitación contiene una facultad otorgada al juez para prohibir a un individuo que se dedique a una determinada labor cuando el ejercicio de ésta implique una vulneración a los derechos de otra persona, lo cual impide al sentenciado la potestad de elegir cualquier ocupación lícita.

B. La segunda restricción que contiene el párrafo primero del artículo 5º, determina que la libertad ocupacional podrá ser restringida por resolución gubernativa en lo términos que marca la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. La doctrina y la jurisprudencia resolvieron que una resolución

gubernativa de esta naturaleza sólo puede fundamentarse en una ley en sentido material y formal, y no en un reglamento, a menos que este haya expedido regulando precisamente lo dispuesto en una ley del Congreso, a la cual reglamenta.

Sobre esta limitación, resulta aplicable lo dispuesto en la tesis jurisprudencial citada por Juventino V. Castro: "La facultad para reglamentarlo, es exclusiva de los Poderes Legislativos de los Estado o del de la Unión, y la reglamentación que hagan las autoridades administrativas, es inconstitucional."⁶⁰

C. La última parte del párrafo primero establece la prohibición a la libertad de trabajo pues determina que sólo por resolución judicial se puede privar del producto de su trabajo. Esto trae como consecuencia que en ningún caso una persona pueda aprovecharse de otra y dejar de pagarle sus servicios por la prestación de ellos, sin embargo, se determina que: "Sólo por resolución judicial". Es necesario recordar y mencionar que el artículo 123, fracción VIII, de la Constitución Federal, establece que el salario mínimo pueda embargarse, sólo se permite en caso de dar alimentos, es la única excepción que se admite.

D. La garantía de libertad de trabajo, se hace extensiva a todo gobernado, a todo habitante de la República, independientemente de su condición, más sin embargo existen limitaciones para ejercer determinados cargos públicos o políticos, pues se requiere cumplir con ciertos requisitos, entre los cuales el primero es que la persona sea ciudadano mexicano por nacimiento, por lo que a los extranjeros o mexicanos por naturalización, les están prohibidas algunas actividades. Esto es en razón de conservar la seguridad nacional.

Párrafo segundo del artículo 5º Constitucional. "La ley determinará en cada Estado cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo."

En este segundo párrafo se establecen los requisitos que el Estado conforme a una ley podrá imponer, para que se realice el ejercicio de alguna

⁶⁰ Op. cit. p. 76

profesión, por ello de la Ley de Profesiones señala en forma pormenorizada, qué actividades para su ejercicio requieren título y establece la forma de obtenerlo; una vez obtenida dicha acreditación se expedirá el título debido y se registrará en la dependencia correspondiente (Secretaría de Educación Pública, Dirección General de Profesiones), para que se expida una cédula de ejercicio profesional.

Este párrafo contiene una limitación que se traduce en la prohibición impuesta a aquellos individuos que no tengan el título correspondiente para ejercer las profesiones en que este requisito se exija.

Corresponde a las entidades federativas por conducto del Poder legislativo local, señalar legalmente las profesiones que requieren título para su ejercicio. Dicho requisito debe basarse en el criterio de la dificultad que el ejercicio de una profesión presente, así como al mínimo de preparación cultural que se exija al profesor, determinando las condiciones para obtener la autorización o título correspondiente, así como la autoridad o entidad competente para su expedición, en la inteligencia de que tal título o autorización son respetables y válidos en todos los Estados de la República, según lo establece el artículo 121 Constitucional, en su párrafo quinto. Este artículo determina que los títulos expedidos por un estado serán válidos en otro.

Este párrafo segundo viene a establecer además de una limitación, una protección, ya que en toda comunidad existen ciertos trabajos cuya realización requiere de un mínimo de adiestramiento para que el que la ejerza, pueda realizar el trabajo en forma apta y de esa manera el que reciba la prestación de este servicio estará protegido.

Tratándose del ejercicio de cualquier profesión, los extranjeros se encuentran en la misma situación que los nacionales mexicanos, a diferencia de otros países que establecen limitaciones al profesionista extranjero con el motivo de proteger al profesionista nacional de competencias desleales y hasta ruinosas en el desempeño de la actividad respectiva.

Párrafo tercero del artículo 5º Constitucional. "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

ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123”.

Este párrafo contiene una seguridad constitucional relativa a la libertad de trabajo.

Por seguridades constitucionales se entienden todas aquellas prevenciones que establece la Ley Fundamental para tutelar al trabajo, como prestación o desarrollo de energías humanas con determinada finalidad, o bien el producto de éstas, que generalmente se traduce en un salario o sueldo.

La garantía de seguridad referida en el párrafo tercero, se refiere a que el Estado no puede imponer al individuo ninguna labor que no sea retribuida, salvo cuando se trate de funciones electorales o censales, las cuales deben desempeñarse en forma gratuita, y en caso de incumplimiento, la misma Constitución en su artículo 38 fracción I señala la sanción correspondiente.

En el párrafo transcrito además de exigir que todo trabajo personal sea remunerado, salvo la excepción mencionada en el párrafo anterior, establece que al individuo que lo desempeñe debe otorgársele una justa retribución, entendiéndose por ésta, toda remuneración que esté de acuerdo y en proporción con la naturaleza misma del servicio que preste, tomando en consideración también las dificultades de su ejercicio.

Otra garantía contenida en el mismo párrafo es en el sentido de que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, sin embargo existen excepciones constitucionales, que más que ser excepciones son contradicciones.

El párrafo citado establece que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos sin una justa retribución y sin su pleno consentimiento, lo cuál sólo podrá dejar de realizarse por resolución judicial, es decir, cuando se le imponga como pena en dicha resolución. Sin embargo, esta excepción en la práctica no se da, porque a nadie se le obliga como “pena” a la prestación de un trabajo; no obstante, como consecuencia de la privación de la libertad y como parte del tratamiento, el reo se encuentra obligado a laborar dentro de la prisión y conforme a este párrafo, dicho trabajo únicamente se protege de acuerdo al artículo 123 fracciones I y II, respecto a la duración de la jornada máxima, la cual será de ocho horas, y la de trabajo nocturno será de siete

horas; quedando prohibidas las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años, y no se menciona nada acerca de el salario.

En el párrafo tercero del artículo en análisis, se encuentra una contradicción. Se considera la posibilidad de que el trabajo pueda ser impuesto como pena por alguna autoridad judicial y el artículo 18 Constitucional, en su párrafo segundo, establece que el sistema penal. el "Trabajo" no es una pena, sino una terapia o tratamiento que debe servir como base para capacitar y educar al reo, con miras a lograr su readaptación social y hacer de él un sujeto útil a la sociedad.

Párrafo cuarto del artículo 5º Constitucional. "En cuanto a los servicios públicos, sólo 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 consejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrá carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale."

En el párrafo precedente se encuentra otra limitación a la libertad de trabajo porque constriñe al individuo a desempeñar ciertos servicios aún en contra de su propia voluntad. Dicha obligación se justifica, pues el ejercicio de dicha funciones o servicios, tiene un gran interés nacional y social. El citado precepto limitativamente menciona determinados servicios públicos como obligatorios, por lo que los servicios no contemplados en este párrafo, no serán obligatorios, teniendo la persona la potestad de desempeñarlo o no, según le convenga.

Párrafo quinto del artículo 5º Constitucional. "El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa."

Constitucionalmente está prohibida toda relación de trabajo en la que un individuo esté ligado permanentemente hacia otra persona para desempeñar una determinada actividad, con imposibilidad de ejercitar su potestad libertaria en diversos terrenos.

Párrafo sexto del artículo 5º Constitucional. "Tampoco puede admitirse convenio en que la persona parte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio."

En este párrafo se encuentra una garantía que protege la libertad de trabajo, al prohibir convenios que comprometan a las personas al destierro o al ejercicio de la profesión u oficio en forma provisional o definitiva.

Párrafo séptimo del artículo 5º Constitucional. "El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles."

Párrafo octavo del artículo 5º Constitucional. "La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona."

Estos dos últimos párrafos se refieren a la protección del trabajador, ya que en ellos se cuida la duración de la relación del contrato, pero en beneficio del trabajador. Así en el párrafo octavo se establece que el trabajador únicamente es responsable por falta del cumplimiento del contrato, sólo desde el punto de vista civil.

Es pertinente aclarar que estos dos últimos párrafos no se refieren propiamente a la libertad de trabajo, sino más bien a derechos sociales, ya que prohíben consecuencias perjudiciales para el trabajador, como resultado del contrato de trabajo, por lo que se puede decir que su lugar más apropiado sería el artículo 123 Constitucional.

Por otra parte cabe hacer mención la relación del artículo en estudio, con el artículo 28 constitucional relativo a la libre concurrencia.

El artículo 28 constitucional establece que:

“En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social...”

Menciona Ignacio Burgoa que “ la libre concurrencia es un fenómeno económico a virtud del cual todo individuo puede dedicarse a la misma actividad, que aquella a cuyo desempeño se entregan otras personas”.⁶¹

La *libre concurrencia* es el efecto natural de la libertad de trabajo, contenida en el artículo 5o. constitucional, puesto que ésta, estriba en la potestad que tiene todo hombre para dedicarse a la ocupación lícita que más le agrade y coloca a cualquier sujeto en la situación de poder desempeñar la misma función que otro u otros; por lo que si se vedara la libre concurrencia, en el sentido de prohibir a una persona que asuma una actividad económica ejecutada por un grupo privilegiado, se conculcaría la libertad de trabajo, debido a que impediría que ésta se realizara por aquellas personas que no tuvieran prerrogativas exclusivistas. .

Otro artículo relacionado con la libertad de trabajo es el 32 constitucional, el cual dispone lo siguiente:

⁶¹ Op. cit. p.411

“Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros 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.

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 aeronave 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 practica y comandante de aeródromo, así como todas las funciones de agente aduanal en la República”.

Esta disposición contiene dos principios:

- a) Preferir a los nacionales en el otorgamiento de concesiones, en los empleos y cargos públicos, y
- b) Reservar, sobre todo por motivos de seguridad nacional, el desempeño de determinados cargos a los mexicanos por nacimiento.

Este artículo impone restricciones a los extranjeros para desempeñar cargos públicos, esto por razón de seguridad nacional, dando preferencia a los mexicanos por nacimiento.

En cuanto a los empleos, cargos o comisiones del gobierno, precisa distinguir entre aquellos para los que solamente se señala una preferencia en favor de los mexicanos y otros para los que se exige que, quienes los desempeñe posean la nacionalidad por nacimiento; por ejemplo:

- * Para ser miembro del Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea.
- * Tripular aeronaves que se amparen con bandera o insignia mexicana.
- * Desempeñar los cargos de capitán de puerto, práctico, comandante de aeródromo y agente aduanal.

6.2 La libertad de Tránsito.

El derecho de circulación denominado también derecho de tránsito, es a su vez una manifestación de la libertad en general, de la necesidad que tiene toda persona de desplazarse para la realización de sus objetivos particulares.

Dicha libertad se encuentra consagrada en nuestro artículo 11 Constitucional, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 11 Constitucional: "Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país."

Dentro de este precepto se otorgan cuatro derechos diferentes:

- 1.- Libertad para entrar en la República.
- 2.- Libertad para salir de la República.
- 3.- Libertad para viajar dentro de la República.
- 4.- Libertad para el cambio de domicilio.

El citado artículo impone una obligación a las autoridades, la cual consiste en que no impidan a ningún sujeto su desplazamiento o movilización personal dentro del territorio nacional, pero no en dejarlo desplazarse o movilizarse en cualquier medio de transporte.

En el mismo texto se establece que esos cuatro derechos citados no pueden limitarse:

- a. Por carta de seguridad.
- b. Por pasaporte.
- c. Por salvoconducto.

La carta de seguridad estuvo vigente durante la Constitución de 1857, pero sólo se exigía a los extranjeros que residían en nuestro país, para que éstos pudieran ejercitar el derecho de petición y las autoridades se encontraran obligadas a contestarlas.

En la actualidad dicha carta ha dejado de tener uso, en virtud de que los extranjeros ya no la necesitan para nada.

Nuestra Constitución establece que al entrar o salir de la República no puede limitarse por pasaporte, Sin embargo aquí se encuentra una gran contradicción, ya que, si no es con pasaporte expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores, actualmente no se puede salir ni entrar a la República.

En cuanto al salvoconducto, éste sólo tendría aplicación en México, cuando existiera suspensión de garantías y se tuviera que realizar el toque de queda, el cual impide a las personas el libre tráfico dentro de la ciudad o de su país y sólo mediante ese documento se logra recobrar temporalmente tal derecho, fuera de esta situación, el salvoconducto carece de toda utilidad.

Las libertades contenidas en el artículo 11, podrán limitarse:

1o. Por resolución judicial de autoridad criminal. Esto sería el confinamiento, el cual consiste en la resolución judicial que como sanción penal, impone el Estado a un ciudadano o gobernado, consistente en residir en un lugar por un tiempo determinado.

2o. Por resolución civil o administrativa. Aquí sería el arraigo, el cual consiste en la resolución judicial, que obliga a un deudor a no ausentarse del lugar del juicio durante el tiempo que éste dure, a menos que deje un representante legal debidamente acreditado e informado.

3o. Otra limitación la encontramos en el artículo 73, fracción XVI, según el cual, el Congreso de la Unión puede legislar en materia de salubridad e imponer las condiciones que juzgue necesarias en materia de inmigración.

Artículo 73, fracción XVI, párrafo 2o. y 3o.

XVI. *"Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, inmigración y salubridad general de la República"*.

Párrafo segundo. *"En caso de epidemias de carácter grave o peligroso de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República"*.

Párrafo tercero: *"La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones obedecidas por la autoridad administrativa del país"*.

Las limitaciones transcritas, revisten el carácter de indispensables para poder evitar que se propaguen en el país, enfermedades de carácter contagioso, las cuales requieren un control sanitario estricto, para evitar mayores contagios, lo cual sólo se puede lograr evitando que las personas tengan libre entrada o salida de las poblaciones afectadas.

4o. La última limitación constitucional la encontramos en el artículo 33, el cual establece lo siguiente: *"El ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente"*.

La facultad en este artículo se otorga al Presidente de la República para que determine sin juicio previo, la expulsión respecto de extranjeros cuya permanencia se juzgue inconveniente, esto se justifica en el caso de que un extranjero se haga notar en forma negativa, pues generalmente se está inmiscuyendo en cuestiones de tipo social o político, que podrían desencadenar algún perjuicio para la comunidad.

Es importante mencionar que los extranjeros de acuerdo al artículo primero de nuestra Constitución, gozan de todas las garantías que en ella se establecen, y es por ello que la expulsión sin juicio previo, constituye una excepción que sólo puede ser dada por el mismo ordenamiento.

Por su parte la Ley General de Población, establece requisitos para la entrada o salida de personas en la República Mexicana. Da prioridad sobre los requisitos administrativos, ya que en su artículo 16 señala que:

“El servicio de migración tiene prioridad, con excepción del de sanidad, para inspeccionar la entrada o salida de personas en cualquier forma que lo hagan, ya sea en transportes nacionales o extranjeros, marítimos, aéreos o terrestres, en las costas, puertos, fronteras y aeropuertos de la República”:

El artículo 17 de la misma ley señala:

“Todo lo relativo a la vigilancia e inspección de personas de tránsito por aire, tierra y mar, cuando tenga carácter internacional queda a cargo del servicio de migración, con excepción de las funciones de sanidad”:

En su artículo 20 faculta a la Secretaría de Gobernación para reglamentar el tránsito internacional al disponer que:

“La Secretaría de Gobernación reglamentará de acuerdo con las particularidades de cada región, las visitas de extranjeros a poblaciones marítimas, fronterizas y aeropuertos con tránsito internacional. Lo mismo se observará respecto del tránsito diario entre poblaciones fronterizas y las colindantes del extranjero, respetando en todo caso los tratados o convenios internacionales sobre la materia”.

Otras restricciones a la garantía de libertad de tránsito las encontramos en la Ley General de Salud, en la que se faculta a la Secretaría de Salud en el artículo 357 el poder restringir las salidas de todo tipo de vehículos, personas, animales, objetos o substancias que representen un riesgo para la salud de la población del lugar de su destino, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones que regulen los servicios de sanidad internacional.

Asimismo esta legislación dedica un capítulo a la sanidad en materia de migración, en el que se establece a la Secretaría de Salud la facultad de revisar a cualquier persona que intente penetrar al país.

En los artículos 360 y 361, se establece que cuando así lo estime conveniente la autoridad sanitaria someterá a examen médico a cualquier persona que pretenda entrar a territorio nacional, ya que no pueden internarse a la República hasta que cumplan con el requisito sanitario, los que padezcan peste, cólera, fiebre amarilla o cualquier otra enfermedad transmisible que fije la Secretaría de Salud.

Capítulo III

*Estudio Sinóptico
sobre la
Ley General de
Población*

1. Estudio Sinóptico sobre la Ley General de Población.

La internación y estancia del extranjero en nuestro país se encuentra sujeta a diversas condiciones y requisitos contenidas en nuestras legislaciones.

En el año de 1874 se llevó a cabo la primera sesión del Instituto de Derecho Internacional, en la cual se declaró que la capacidad jurídica de los extranjeros y su admisión al goce de los derechos civiles, existen independientemente de toda estipulación de los tratados y de toda condición de reciprocidad.

Posteriormente en el año de 1928, se llevó a cabo la Convención Panamericana, en la que se declaró que los Estados deben reconocer a los extranjeros domiciliados o de paso en su territorio, todas las garantías individuales que reconozcan en favor de sus propios nacionales y el goce de los derechos civiles.

Por su parte México en su Constitución de 5 de febrero de 1857, en su artículo 11, aplicó las teorías liberales, las cuales consistían en sistemas de amplia libertad para entrar y salir de su territorio, sin necesidad de pasaporte o carta de seguridad; y reconoció como derecho del hombre el de entrar y salir de la República Mexicana, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto u otro requisito semejante. La Constitución vigente de 5 de febrero de 1917 reconoció las mismas garantías en el artículo 11, pero subordinó el ejercicio de ese derecho a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a la autoridad administrativa por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre inmigración y salubridad general de la República o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. Ahora con esta subordinación, si se necesita pasaporte y no hay derecho de entrar y salir libremente de la República.

Por lo anterior, en nuestra Constitución, en el artículo 73, en su fracción XVI, le confiere al Congreso de la Unión facultades para legislar sobre la condición jurídica de los extranjeros, colonización, emigración e inmigración. Dichas facultades legislativas se encuentran reguladas y se ejercen a través de la Ley General de Población, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de enero de 1974 y que substituye a la anterior Ley de

Población, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de septiembre de 1947.

En el presente capítulo se hará un estudio sinóptico de la mencionada Ley, para lo cual, se encuentra fraccionado en cuatro partes: en la primera, se mencionará cuál es el objetivo de la ley, después cómo se encuentra estructurada, para posteriormente hacer un comentario del contenido de cada capítulo; en la segunda parte se estudiarán las autoridades y organismos que intervienen en materia de población, migración y emigración, así como sus atribuciones, obligaciones y objetivos; los extranjeros podrán internarse legalmente en nuestro país, de acuerdo a las calidades migratorias de no inmigrante, inmigrante e inmigrado, las cuales se analizarán en la tercera parte; y, por último se estudiarán las características en que se dividen las calidades migratorias.

1.1 Objetivo de la Ley.

La Ley General de Población, en 157 preceptos, regula los fenómenos que afectan a la población en lo que atañe a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional. Aunque no lo mencione expresamente también toca el tema de condición jurídica de los extranjeros.

El ordenamiento en estudio se encuentra dividido en diez capítulos:

- I. Objeto y atribuciones.
- II. Migración.
- III. Inmigración.
- IV. Emigración.
- V. Repatriación.
- VI. Registro Nacional de Población.
- VII. Registro Nacional de Ciudadanos y Cédula de Identidad Ciudadana; y
- VIII. Sanciones.
- IX. Del Procedimiento Migratorio.
- X. Del Procedimiento de Verificación y Vigilancia.

En el capítulo primero se establecen atribuciones a las autoridades competentes en materia de población, materia en la que el Ejecutivo Federal actúa por conducto de la Secretaría de Gobernación, la cual al establecerle atribuciones, conserva amplias facultades discrecionales, las cuales han sido materia de crítica en la doctrina mexicana. Al respecto menciona Jorge Aurelio Carrillo, en su obra "Apuntes de Derecho Internacional Privado", que no es aconsejable otorgar a la administración amplias facultades en esta materia, puesto que, por razón natural, la administración tiende a abusar de ellas y negarse a admitir extranjeros sin fundamento legal alguno para hacerlo.⁶²

Artículo 1o. de la Ley General de Población.

" Las disposiciones de esta ley son de orden público y de observancia general en la República. Su objeto es regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social".

El artículo 3o. hace referencia a las principales atribuciones otorgadas a la Secretaría de Gobernación. Entre ellas, para los efectos de la condición jurídica de los extranjeros, destaca la fracción VII, la cual permite al ministerio de Gobernación dictar, ejecutar o promover medidas para sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que juzgue pertinentes y procurar la mejor asimilación de éstos al medio nacional y a su adecuada distribución en el territorio.

La mencionada ley en sus artículos 5o. y 6o. crea el Consejo Nacional de Población y le fija a su cargo la planeación demográfica del país, le determina una integración con representantes de varias Secretarías de Estado, dándole preeminencia al representante de Gobernación.

El capítulo segundo de la Ley, denominado "Migración", contiene disposiciones generales relativas a esta materia, entre los que destacan la facultad de la Secretaría de Gobernación para fijar los lugares destinados al tránsito de personas por puertos marítimos y aéreos, y por fronteras.

⁶² Cfr.: JORGE AURELIO CARRILLO. Citado por ARRELLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado. 6a. ed. Ed. Porrúa. México, 1983. p.410

La Secretaría de Gobernación puede cerrar dichos lugares al tránsito internacional de personas por causas de interés público, esto se encuentra regulado en el artículo 12 de la Ley en análisis.

La vigilancia e inspección de personas en tránsito internacional queda a cargo del servicio de migración, con excepción de las funciones de sanidad.

El artículo 20, establece que las visitas de extranjeros a poblaciones marítimas, fronterizas y aeropuertos con tránsito internacional estarán sujetas a la reglamentación de la Secretaría de Gobernación. Lo mismo se observará respecto del tránsito diario entre las poblaciones fronterizas, respetando en todo caso los tratados vigentes.

Los artículos del 21 al 31 de la Ley aluden a las actividades migratorias en relación con las empresas de transportes.

El capítulo III de la ley, intitulado “Inmigración”, por su relevancia en la condición jurídica de los extranjeros, será estudiado en los dos últimos temas de esta investigación. No obstante, es conveniente hacer breve referencia a las disposiciones encausadas a regular la inmigración.

La Secretaría de Gobernación está facultada ampliamente para determinar el número de extranjeros cuya internación puede permitirse y para sujetar a las modalidades que juzgue pertinentes, la inmigración de extranjeros, según sean sus posibilidades de contribuir al progreso nacional.

En el ejercicio de las anteriores facultades, debe darse preferencia a los científicos y técnicos dedicados o que se hayan dedicado a la enseñanza o investigación en disciplinas no cubiertas o insuficientemente cubiertas por mexicanos, así como a los inversionistas.

El artículo 39 de la Ley, señala que cuando los extranjeros contraigan matrimonio con mexicanas o tengan hijos nacidos en el país, la Secretaría de Gobernación, podrá autorizar su internación o permanencia legal en el mismo.

En caso de que llegare a disolverse el vínculo matrimonial o dejare de cumplirse con las obligaciones que impone la legislación civil en materia de alimentos, por parte del cónyuge extranjero, podrá cancelársele su calidad migratoria y fijarle un plazo para que abandone el país, a excepción de que

haya adquirido su calidad de inmigrado, deberá confirmar su permanencia, o bien autorizar una nueva calidad migratoria, a juicio de la Secretaría de Gobernación.

El capítulo IV de la Ley General de Población, alude a emigración y confiere la calidad de emigrantes a los mexicanos y extranjeros que salgan del país con el propósito de residir en el extranjero, esto se encuentra establecido en el artículo 77 de la Ley citada.

En materia de emigración es necesario satisfacer los requisitos que precisa el artículo 78 de la Ley General de Población. En este dispositivo hay un requisito exclusivamente establecido para los mexicanos y que consiste en comprobar que pueden cumplir todos los requisitos que para entrar al país a donde se dirijan, exijan las leyes del mismo, según el carácter con que pretendan hacerlo.

El capítulo V de la Ley regula la repatriación. Es repatriado el emigrante nacional que vuelve al país después de residir por lo menos dos años en el extranjero. Esta misma categoría puede ser otorgada a los nacionales que por virtud de situaciones excepcionales, requieran el auxilio de las autoridades para ser reinternados en el país.

La Secretaría de Gobernación estimulará la repatriación de los mexicanos y promoverá su radicación en los lugares donde puedan ser útiles.

El Registro Nacional de Población, se encuentra regulado en el capítulo VI de la Ley en estudio. Corresponde a la Secretaría de Gobernación el registro e identificación personal de todos los individuos residentes en el país y de los nacionales que residan en el extranjero. El Registro de Población, tiene por objeto:

- * Recabar todos los datos relativos a la identificación de los habitantes en la República, mexicanos y extranjeros;
- * Clasificar los datos de los habitantes del país, de acuerdo con su nacionalidad, edad, sexo, ocupación, estado civil y lugar de residencia;
- * Llevar el padrón de los mexicanos residentes en el extranjero;

- * Crear un documento que se denominará Cédula de Identidad Ciudadana y que tendrá el carácter de instrumento público, probatorio de los datos que contenga en relación con el titular.

El capítulo VIII de la Ley General de Población regula todo lo relativo al Registro Nacional de Ciudadanos y Cédula de Identidad Ciudadana, servicios de interés público que presta el Estado, a través de la Secretaría de Gobernación.

El capítulo VIII de la Ley en estudio, regula las sanciones que corresponden a los que transgredan sus disposiciones.

Carlos Arrellano García considera que son infractores:⁶³

- a. La Secretaría de Gobernación.
- b. Las autoridades federales, estatales o municipales que incurran en violaciones a la ley o a las disposiciones que las reglamentan.
- c. Las personas que auxilien, encubran o aconsejen a cualquier individuo para violar las disposiciones de la Ley o de su Reglamento.
- d. Los sujetos que en materia migratoria suscriban cualquier documento o promoción con firma que no sea la suya.
- e. Los extranjeros, con diversas sanciones y penas, según el grado de ilicitud de su conducta.
- f. Los mexicanos que contraigan matrimonio con extranjera sólo con el objeto de que ésta pueda radicar en el país, acogiéndose a los beneficios que la ley establece para estos casos.
- g. Las empresas de transportes marítimos, cuando permitan que los pasajeros o tripulantes bajen a tierra, antes de que las autoridades migratorias den el permiso correspondiente.

⁶³ Cfr.: Op. Cit. p.414

- h. Las empresas navieras o aéreas que transporten a país extranjero, sin documentación migratoria vigente.
- i. Los capitanes de los transportes marítimos, o quienes hagan sus veces, desobedezcan una orden de conducir pasajeros extranjeros que hayan sido rechazados.
- j. Las personas que visiten un transporte marítimo extranjero, sin permiso de las autoridades migratorias.
- k. Las personas que por sí o por medio de otros pretenda llevar o lleve nacionales mexicanos a internarse al extranjero en forma ilegal.
- l. Quien por sí o por medio de otro u otros, sin permiso legal de autoridad competente, pretenda introducir o introduzca ilegalmente a uno o varios extranjeros a territorio mexicano o a otro país, o los albergue o transporte por el territorio nacional con el propósito de ocultarlos para evadir la revisión migratoria.
- m. El funcionario judicial o administrativo que dé trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros sin que se acompañe la certificación expedida por la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratorias les permita realizar tal acto, o con aplicación de otras leyes distintas de las señaladas en el artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

En relación a las diversas clases de sanciones contenidas en éste último capítulo de la Ley General de Población, es factible enunciarlas en los siguientes términos:

1. Multa.
2. Arresto administrativo.
3. Suspensión de empleo.
4. Destitución del empleo.
5. Cancelación de documentación migratoria.
6. Expulsión del país.
7. Abstención de despachos para puertos mexicanos.
8. Prisión.

A las autoridades se les podrá imponer las siguientes sanciones en caso de que no desempeñen sus funciones de acuerdo a la Ley General de Población y su Reglamento:

- * Multa.
- * Suspensión de empleo hasta por treinta días.
- * Destitución en caso grave.
- * Prisión.

A los extranjeros en caso de no cumplir con los requisitos que se establecen en la Ley mencionada, se les aplicará las siguientes sanciones:

- * Multa.
- * Arresto.
- * Prisión.
- * Cancelación de calidad migratoria.
- * Expulsión del país.

A las personas de nacionalidad mexicana que transgredan las disposiciones de la citada Ley:

- * Multa.
- * Arresto.
- * Prisión.

A las empresas de transportes marítimos o aéreos:

- * Multa.
- * Abstención de despachos para puertos mexicanos.

En el capítulo IX titulado “Del Procedimiento Migratorio”, se regulan los trámites de internación, estancia y salida de los extranjeros, así como los permisos que se soliciten al Servicio de Inmigración, en los cuales también se aplicará supletoriamente la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, las disposiciones y criterios que emita la Secretaría de Gobernación.

Por último en el capítulo X denominado “Del Procedimiento de Verificación y Vigilancia”, se regulan las diligencias que podrá llevar a cabo la

autoridad migratoria para verificar que no existan infracción a las disposiciones de la ley, su reglamento y demás disposiciones aplicables.

Las diligencias que se regulan en el mencionado capítulo, así como sus requisitos, son las siguientes:

1. Visitas de verificación.
2. Comparecencia del extranjero ante la autoridad migratoria.
3. Recepción y desahogo de denuncias y testimonios.
4. Solicitud de informes.
5. Revisión migratoria en rutas o puntos provisionales a los establecidos.
6. Obtención de los demás elementos de convicción necesarios para la aplicación de la Ley General de Población, su reglamento y demás disposiciones administrativas procedentes.

1.2 Autoridades que intervienen

Como ya se mencionó, en materia de población, el Ejecutivo Federal actúa por conducto de la Secretaría de Gobernación, la cual es una de las tantas autoridades que intervienen.

El artículo 3o. de la Ley General de Población dispone que, para los fines de la misma Ley, la mencionada Secretaría dictará y ejecutará o en su caso promoverá ante las dependencias competentes o entidades correspondientes las medidas necesarias para:

1. Adecuar programas de desarrollo económico y social a las necesidades que planteen el volumen, estructura, dinámica y distribución de la población;

2. Realizar programas de planeación familiar a través de los servicios educativos y de salud pública de que disponga el sector público y vigilar que dichos programas y los que realizan organismos privados, se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias, con objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y naturales del país;

3. Disminuir la mortalidad;
4. Influir en la dinámica de la población a través de los sistemas educativos, de salud pública, de capacitación profesional y técnica, y de protección a la infancia, y obtener la participación de la colectividad en la solución de los problemas que la afectan;
5. Promover la plena integración de la mujer al proceso económico, educativo, social y cultural;
6. Promover la plena integración de los grupos marginados al desarrollo nacional;
7. Sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que juzgue pertinentes, y procurar la mejor asimilación de éstos al medio nacional y su adecuada distribución en el territorio;
8. Restringir la emigración de nacionales cuando el interés nacional así lo exija;
9. Procurar la planificación de los centros de población urbanos, para asegurar una eficaz prestación de los servicios públicos que se requieran;
10. Estimular el establecimiento de fuertes núcleos de población nacional en los lugares fronterizos que se encuentren escasamente poblados;
11. Procurar la movilización de la población entre distintas regiones de la República con objeto de adecuar su distribución geográfica a las posibilidades de desarrollo regional, con base en programas especiales del asentamiento de dicha población;
12. Promover la creación de poblados, con la finalidad de agrupar a los núcleos que viven geográficamente aislados;
13. Coordinar las actividades de las dependencias del sector público federal, estatal y municipal, así como las de los organismos privados para el auxilio de la población en las áreas en que se prevea u ocurra algún desastre; entre otras.

El artículo 7o. de la Ley General de Población, establece que, en materia de migración, corresponde a la misma Secretaría:

1. Organizar y coordinar los distintos servicios migratorios;
2. Vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, y revisar la documentación de los mismos;
3. Aplicar esta ley y su reglamento; entre otras.

Por lo que se refiere a emigración, corresponde a la Secretaría de Gobernación:

1. Investigar las causas que den o puedan dar origen a la emigración de nacionales y dictar medidas para regularla; y
2. Dictar medidas en colaboración de la Secretaría de Relaciones Exteriores, tendientes a la protección de los emigrantes mexicanos.

También compete exclusivamente a la misma Secretaría, la definición de normas, las iniciativas de conjunto y la coordinación de programas de dichas dependencias en materia demográfica.

Por otra parte se crea el Consejo Nacional de Población, el cual tiene a su cargo la planeación demográfica del país, con el objeto de incluir a la población en los programas de desarrollo económico y social que se formulen dentro del sector gubernamental y vincular los objetivos de éstos con las necesidades que plantean los fenómenos demográficos.

En el artículo 6o. de la Ley General de población se menciona la participación de varias autoridades y establece que un representante de cada una de esas autoridades, integrará el mencionado Consejo. El representante de la Secretaría de Gobernación será el titular del ramo y fungirá como Presidente del mismo.

Las autoridades son las siguientes:

1. Secretaría de Relaciones Exteriores.
2. Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
3. Secretaría de Programación y Presupuesto.
4. Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.
5. Secretaría de Educación Pública.
6. Secretaría de Salud.

7. Secretaría del Trabajo y Previsión Social.
8. Secretaría de la Reforma Agraria.
9. Departamento del Distrito Federal.
10. Instituto Mexicano del Seguro Social.
11. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Por otra parte en materia de migración, los servicios serán: interior y exterior. Aquí encontramos la participación de otras autoridades: el servicio interior estará a cargo de las oficinas establecidas por la Secretaría de Gobernación en el país y el exterior por los Delegados de la Secretaría, por los miembros del Servicio Exterior Mexicano y las demás instituciones que determine la Secretaría de Gobernación con carácter de auxiliares.

Como se apuntó es facultad exclusiva de la Secretaría de Gobernación fijar los lugares destinados al tránsito de personas y regular el mismo, por puertos marítimos, aéreos y fronteras, previa opinión de las siguientes Secretarías:

1. Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
2. Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
3. Secretaría de Salud.
4. Secretaría de Relaciones Exteriores.
5. Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos.
6. Secretaría de Marina.

Las anteriores dependencias y organismos, están obligados a proporcionar los elementos necesarios para prestar los servicios que sean de sus respectivas competencias.

Otro organismo que interviene es el Registro Nacional de Extranjeros, el cual tendrá la función de registrar a todos los extranjeros que se internen al país en calidad de inmigrantes y de no inmigrantes, registrar los cambios de calidad o característica migratoria, nacionalidad, estado civil, domicilio y actividades a que se dediquen.

En materia laboral, encontramos la intervención de la Junta de Conciliación y Arbitraje, al establecer el artículo 79 de la Ley General de Población que cuando se trate de trabajadores mexicanos, será necesario que comprueben ir contratados por temporalidades obligatorias para el patronato o

contratista y con salarios suficientes para satisfacer sus necesidades. Además el personal de migración exigirá las condiciones de trabajo por escrito, aprobadas por la Junta de Conciliación y Arbitraje dentro de cuya jurisdicción se celebraron y visadas por el cónsul del país donde deban prestarse los servicios.

Otro organismo que interviene es el Registro Nacional de Población, el cual tiene como finalidad registrar a cada una de las personas que integran la población del país, con los datos que permitan certificar y acreditar fehacientemente su identidad. En dicho registro se inscribirán a los mexicanos, mediante el Registro Nacional de Ciudadanos y el Registro de Menores de Edad; y a los extranjeros, a través del Catálogo de los Extranjeros residentes en la República Mexicana.

Por su parte la Secretaría de Relaciones Exteriores tiene la obligación de informar a la Secretaría de Gobernación, sobre la expedición y cancelación de cartas de naturalización, certificados de nacionalidad y renunciaciones a la nacionalidad que reciba, de igual manera proporcionará la información necesaria para que los mexicanos residentes en el extranjero, queden incorporados al Registro Nacional de Población, en los términos establecidos por el reglamento.

El Registro Nacional de Ciudadanos es otro organismo que interviene y presta un servicio de interés público que presta el Estado, a través de la Secretaría de Gobernación. Los ciudadanos mexicanos tienen la obligación de inscribirse en dicho registro y obtener su Cédula de Identidad Ciudadana, para cumplir con esta obligación, los ciudadanos deben satisfacer los siguientes requisitos: presentar la solicitud de inscripción correspondiente y entregar copia certificada del acta de nacimiento o, en su caso, del certificado de nacionalidad o de la carta de naturalización.

La Secretaría de Gobernación proporcionará al Instituto Federal Electoral, la información del Registro Nacional de Ciudadanos que sea necesaria para la integración de los instrumentos electorales, en los términos previstos por la ley.

Las autoridades que intervienen en la imposición de las sanciones son las siguientes:⁶⁴

⁶⁴ Cfr.: ARELLANO GARCIA CARLOS, Op. Cit. p.415

1. Secretaría de Gobernación.
2. Cónsules Mexicanos.
3. Ministerio Público Federal.
4. Autoridades Judiciales.

1.3 Calidades Migratorias

El extranjero goza de todas las garantías contenidas en nuestra Constitución Política, con las excepciones que la misma señala, pero, a fin de que el extranjero pueda internarse y permanecer legalmente en nuestro país, tendrá que cumplir con las disposiciones que la respecto determina la Ley General de Población.

La inmigración es uno de los aspectos de la política demográfica. El artículo 32 de la Ley General de Población, establece respecto de la inmigración, que:

“La Secretaría de Gobernación fijará, previos los estudios demográficos correspondiente, el número de extranjeros cuya internación podrá permitirse al país, ya sea por actividades o por zonas de residencia, y sujetará a las modalidades que juzgue pertinentes, la inmigración de los extranjeros, según sean sus posibilidades de contribuir al progreso nacional”.

El diccionario jurídico, define a la calidad como una condición o requisito de un pacto; estado, naturaleza, edad y otros datos personales o condiciones que se exigen para determinados puestos, funciones y dignidades.⁶⁵

Otro diccionario la define como una propiedad o conjunto de propiedades de una cosa que permitan juzgarla como igual, peor o mejor que las demás de su misma especie.⁶⁶

⁶⁵ Cfr.: CABANELLAS, G. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I.6a. ed. Ed. Bibliografica Oméba. Buenos Aires, 1978.

⁶⁶ Cfr.: PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. Diccionario para Juristas. Ed. Mayo. México, 1981.

La *calidad migratoria* es la “definición oficial del propósito con el que un extranjero se interna o permanece legalmente en el país”.⁶⁷ Generalmente se distinguen dos calidades migratorias: no inmigrante e inmigrante, y a su vez cada una se subdivide en características.

La Ley General de Población establece en su artículo 41 que, los extranjeros podrán internarse legalmente en nuestro país de acuerdo con las ‘calidades’ migratorias de: no inmigrante e inmigrante; pudiendo también internarse bajo la calidad de inmigrado, la cual se encuentra regulada en el artículo 52 de la misma ley.

No inmigrantes son los extranjeros que ingresan legalmente al país, temporalmente, sin la intención de radicarse en él.

La Ley en estudio en su artículo 42 establece que no inmigrante es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente, dentro de alguna de sus características que en el siguiente tema se analizarán detenidamente.

Ahora, los inmigrantes son los extranjeros que ingresan legalmente al país con la intención y el ánimo de radicarse en él.

El artículo 44 de la citada Ley define al *inmigrante* como el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiera la calidad de inmigrado.

Los inmigrantes se aceptarán hasta por cinco años y tienen la obligación de comprobar a satisfacción de la Secretaría de Gobernación, que están cumpliendo con las condiciones que les fueron señaladas al autorizar su internación y con las demás disposiciones migratorias aplicables a fin de que sea refrendada anualmente, si procede, su documentación migratoria.

Si durante la temporalidad concedida dejare de satisfacerse la condición a que está supeditada la estancia en el país de un inmigrante, éste deberá comunicarlo a la Secretaría de Gobernación dentro de los siguientes quince días, a fin de que se proceda a la cancelación de su documentación migratoria y

⁶⁷ WYBO A., LUIS. Terminología Usual en las Relaciones Internacionales. Tomo V. Asuntos Consulares. Secretaría de Relaciones Exteriores. México, 1981.

se le señale plazo para abandonar el país o se le conceda término para la regularización, a juicio de la propia Secretaría.

El inmigrante que permanezca fuera del país más de dieciocho meses en forma continua o con intermitencias, no podrá solicitar el cambio de su calidad a inmigrado, en tanto no transcurra de nuevo íntegramente el plazo de cinco años. Cuando el inmigrante permanezca más de dos años fuera del país, perderá su calidad migratoria, salvo en los casos excepcionales que determine la Secretaría de Gobernación.

La tercera y última calidad migratoria es la de *inmigrado* contenida en el artículo 52 de la Ley General de Población. Inmigrado es el extranjero que adquiere derechos de residencia definitiva en el país.

Los inmigrantes con residencia legal en el país durante cinco años, podrán adquirir la calidad migratoria de inmigrado, siempre que hayan observado las disposiciones de esta ley y sus reglamentos y que sus actividades hayan sido honestas y positivas para la comunidad. En tanto que no se resuelva la solicitud de la calidad de inmigrado, a juicio de la Secretaría de Gobernación, el interesado seguirá conservando la de inmigrante.

Para obtener la calidad de inmigrado, el artículo 110 de el Reglamento de la Ley General de Población establece que el inmigrante debe cubrir los siguientes requisitos:

I. Presentar solicitud dentro de los seis meses siguientes a la fecha en el que venza el cuarto refrendo. Si no lo hiciere así, el extranjero deberá solicitar su regularización si es su interés permanecer en el país.

II. Comprobar que la actividad a que se dedica el interesado, o su condición migratoria son las mismas para las cuales está autorizado y manifestará a las que pretenda dedicarse.

III. Tratándose de menores, la solicitud para obtener la calidad de Inmigrado deberá ser formulada por quien ejerza la patria potestad o la tutela y en su defecto por aquellas personas con quienes el menor viva o de quienes dependa económicamente.

IV. La solicitud de Inmigrado, podrá presentarse aunque el interesado se encuentre fuera del país, dentro del plazo que señale la fracción I de este artículo y siempre que su ausencia no exceda de los términos a que se refieren los artículos 47 de la Ley y 97 de este Reglamento; pero no se hará la declaración respectiva hasta que el extranjero regrese al país. El interesado deberá presentarse a ratificar su solicitud, dentro de los quince días siguientes a su regreso al país. “

Para negar el reconocimiento de la calidad de Inmigrado, no será aplicable por los siguientes motivos:

1. Que lo exija el equilibrio demográfico nacional;
2. No lo permitan las cuotas o posibilidades que tengan los extranjeros para contribuir al progreso nacional.
3. Se estime nocivo para los intereses económica de los nacionales.

Sólo por circunstancias excepcionales y por acuerdo expreso del Secretario o Subsecretario se podrá ampliar el plazo señalado en la fracción I del artículo 110 del Reglamento de la Ley General de Población, siempre y cuando las ausencias del país no excedan los siguientes términos:

- I. Más de dieciocho meses en forma continua o con intermitencias.
- II. Más de dos años.

Es importante citar las reglas para el cómputo de ausencias contenidas en el artículo 97 del Reglamento de la Ley General de Población:

“ Para el cómputo de ausencias que el artículo 47 de la Ley autoriza a los Inmigrantes, se aplicarán las siguientes reglas:

- I. Podrán ausentarse del país hasta dieciocho meses en forma continua o con intermitencias dentro de sus cinco años de estancia.*

- II. El inmigrante que permanezca fuera del país más de dieciocho meses, no podrá solicitar su calidad de inmigrado, hasta en tanto no transcurra de nuevo íntegramente el término de cinco años.*
- III. El Inmigrante que dentro de los cinco años de residencia en el país permanezca más de dos años fuera del mismo, perderá su calidad migratoria.*
- IV. Lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley se entenderá sin perjuicio de que el Inmigrante demuestre ser requerido para ello, que subsisten las causas que motivaron su admisión.*
- V. La propia Secretaría podrá autorizar la salida del país por temporalidad y veces que juzgue conveniente, sin que en tal caso sea aplicable lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley, a los inmigrantes que hayan solicitado su cambio a Inmigrado, mientras éste no se resuelva.*
- VI. No se computará como ausencia el tiempo que el inmigrante se encuentre fuera del país, cuando demuestre que realiza estudios de postgrado en alguna institución extranjera, respaldado por una institución mexicana de educación superior o cuando trabaje para una subsidiaria en el extranjero de una empresa mexicana, o cuando a juicio de la Secretaría exista una justificada”.*

La Secretaría por acuerdo expreso del Secretario o Subsecretario en caso justificado, podrá autorizar que el extranjero pueda permanecer fuera del país por temporalidades mayores a las ya señaladas.

Para obtener la calidad de inmigrado se requiere declaración expresa de la Secretaría de Gobernación.

El inmigrado podrá dedicarse a cualquier actividad lícita con las limitaciones que imponga la Secretaría de Gobernación, de acuerdo con el reglamento y con las disposiciones relativas.

El inmigrado puede salir y entrar libremente al país, pero si permanece en el extranjero más de tres años consecutivos, perderá su calidad migratoria, lo mismo que si en un lapso de diez años estuviese ausente más de cinco. Los

periodos de diez años se imputarán a partir de la fecha de la declaratoria de inmigrado en la forma y términos que establezca el reglamento.

También queda sujeto a las siguientes condiciones:

1. Las limitaciones a sus actividades, las fijará la Secretaría en el oficio y en el documento que acrediten su calidad migratoria o en cualquier tiempo mediante acuerdos de carácter general.
2. En caso de perder la calidad de Inmigrado por permanecer en el extranjero más de tres años consecutivos o si en un lapso de diez años estuviese ausente más de cinco, el extranjero deberá regularizar su situación migratoria si desea permanecer en el país.

1.4 Características Migratorias

Ahora se profundizará en el estudio de las características migratorias de los inmigrantes y de los no inmigrantes.

Juan Palomar de Miguel considera que la *característica* se aplica a la cualidad que da carácter o sirve para diferenciar una persona o cosa de sus semejantes.⁶⁸

También se considera que las *características* son los atributos o elementos esenciales de una persona que debe cumplir para desempeñar funciones públicas, para ocupar una jerarquía social o para desempeñar algún empleo.⁶⁹

La calidad migratoria de no inmigrante se divide en doce características. El artículo 42 de la Ley general de Población menciona que, como ya se vió en el tema anterior, el no inmigrante es el extranjero que se interna en el país temporalmente, con permiso de la Secretaría de Gobernación, dentro de alguna de las características siguientes:

⁶⁸ Cfr.: Op. cit.

⁶⁹ Cfr.: CABANELLAS, G. Op. cit.

- A. Turista.
- B. Transmigrante.
- C. Visitante.
- D. Ministro de culto o Asociado Religioso.
- E. Consejero.
- F. Asilado Político.
- G. Refugiado.
- H. Estudiante.
- I. Visitante distinguido.
- J. Visitantes locales.
- K. Visitante provisional.
- L. Corresponsal.

A continuación se analizará una por una de las anteriores características:

A. Turista. De acuerdo con la Ley general de Población, es la persona que se interna en el país "con fines de recreo o salud, para actividades artísticas, culturales o deportivas, no remuneradas ni lucrativas, con temporalidad máxima de seis meses improrrogables".

Esta característica migratoria tiene dos rasgos distintivos:

1. Supone que las actividades que se efectúan a su amparo no son remuneradas ni lucrativas.
2. Su temporalidad se limita a seis meses. Bajo esta característica migratoria se interna el mayor número de extranjeros en México, siendo las actividades de recreo las más favorecidas. El artículo 83 del R. Ley General de Población menciona que la autorización para permanecer en el país se concederá hasta por seis meses y no será prorrogable, sólo podrá concederse un plazo adicional en caso de enfermedad que impida viajar o por causa de fuerza mayor debidamente comprobada.

En caso de que los turistas hayan sido documentados originalmente por una temporalidad menor a los seis meses, La secretaria podrá, si lo estima conveniente, ampliar la temporalidad hasta completarlos.

En esta característica migratoria, la Secretaria cuando lo juzgue conveniente, podrá autorizar la prerrogativa de entradas y salidas múltiples al país.

A los turistas se les recoge su documentación migratoria en el puerto de salida cuando abandonan el país en forma definitiva.

B. Transmigrante. Es el extranjero en tránsito hacia otro país que puede permanecer en territorio nacional hasta por treinta días.

En esta característica migratoria se contemplan varios casos:

1. El de aquellos individuos que, desplazándose por vía terrestre, deseen atravesar el país, o
2. El caso de personas que se internen en territorio nacional para hacerse cargo de algún vehículo para repartir en el extranjero.

El artículo 84 establece disposiciones bajo las cuales se regirá la internación de extranjeros en tránsito a otro país:

- I. La autorización de internación será concedida hasta por treinta días improrrogables.*
- II. No podrán cambiar de calidad o característica migratoria.*
- III. En ningún caso se autorizará la internación como transmigrante, al extranjero que carezca de permiso de admisión al país hacia donde se dirige y del permiso de tránsito en los países limítrofes de la República Mexicana comprendidos en su ruta.*

C. Visitantes. Son los extranjeros que se internan al territorio nacional “para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa o no, siempre que ésta sea lícita u honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por un año.

Cuando el extranjero visitante:

- I. Durante su estancia viva de sus recursos traídos del extranjero, de las rentas que éstos produzcan o de cualquier ingreso proveniente del exterior;
- II. Su internación tenga como propósito conocer las alternativas de inversión o para realizar éstas;
- III. Se dedique a actividades científicas, técnicas, de asesoría, artísticas, deportivas o similares;
- IV. Se interne para ocupar cargos de confianza, o asistir a asambleas y sesiones de consejos de administración de empresas.

En estos casos podrán concederse hasta cuatro prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples.

El reglamento de la Ley, además establece que, tratándose de los visitantes de negocios e inversionistas, el permiso se otorgará por un año, más las prórrogas que, en su caso, se concedan.

La Secretaría fijará a los extranjeros a quienes se conceda esta característica migratoria, las actividades a que podrán dedicarse, y cuando lo estime necesario, el lugar de su residencia. Además los extranjeros deberán de acreditar la capacidad económica que les permita permanecer en el país.

Los extranjeros podrán ejercer una actividad lucrativa o remunerada, siempre que la solicitud de admisión se formule por la empresa, institución o persona que pretenda utilizar sus servicios, o por el mismo extranjero si pretende trabajar en forma independiente.

La empresa, institución o persona que haya hecho solicitud, será responsable solidariamente con el extranjero por el monto de las sanciones a que se haga acreedor, y en su caso, contará los gastos de su repatriación. Si trabaja en forma independiente, los gastos correrán por su cuenta.

Las prórrogas se concederán siempre y cuando el extranjero demuestre que subsisten las condiciones bajo las cuales se concedió la característica migratoria. En el caso de que hubieren cambiado las condiciones señaladas en la autorización, la Secretaría tendrá facultad discrecional para juzgar sobre el otorgamiento de las prórrogas.

Existen cinco clases de visitantes , a saber:

C.1. Visitante de negocios e inversionistas. Es el extranjero que pretende internarse en el territorio nacional, con el objeto de conocer diferentes alternativas de inversión, realizar su inversión directa o supervisarla, representar a una empresa extranjera, o realizar transacciones comerciales.

C.2. Visitante técnico o científico. Es el extranjero cuya internación tiene como propósito la iniciación o ejecución de un proyecto de inversión específico, dar asesoría a instituciones públicas o privadas, realizar, preparar o dirigir investigaciones científicas, dar conferencias, cursos o divulgar algún tipo de conocimiento, realizar actividades técnicas en la elaboración de un proyecto de inversión, diseñar o iniciar la operación de construcción de una planta, capacitar a otros técnico bajo contratos de prestación de servicios previamente pactadas o prestar servicios contemplados en un contacto de transferencia de tecnología, patentes o marcas.

C.3. Visitante rentista. Es el extranjero que durante su estancia en el país viva de sus depósitos traídos del exterior, de las rentas que éstos produzcan, de cualquier ingreso proveniente del exterior o de sus inversiones en el país.

C.4. Visitante profesional. Es el extranjero cuya internación tenga como propósito el ejercicio de una profesión en forma independiente o mediante la prestación de servicios a empresas o instituciones públicas o privadas.

C.5. Visitante cargo de confianza. Es el extranjero que pretende internarse al país para asumir cargos de dirección, de administrador único u otros de absoluta confianza en empresas, instituciones o negociaciones establecidas en la República Mexicana.

D. Ministro de culto o Asociado Religioso. “Para ejercer el ministerio de cualquier culto, o para la realización de labores de asistencia social y filantrópicas, que coincidan con los fines de la asociación religiosa a la que pertenezca, siempre que ésta cuente con registro previo ante la Secretaría de Gobernación y que el extranjero posea, con antelación, el carácter de ministro de culto o de asociado en los términos de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. El permiso se otorgará hasta por un año y podrá concederse

hasta por cuatro prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples”.

E. Consejero. Según la Ley, es el extranjero que se interna al territorio nacional, “para asistir a asambleas y sesiones del consejo de administración de empresas, con una temporalidad de un año, prorrogable hasta por cuatro veces más por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples y en cada ocasión con estancias máximas de treinta días improrrogables dentro del país”.

Para la autorización de esta característica migratoria solamente se requerirá la presentación de la constancia de su nombramiento por la asamblea de accionistas.

Dentro de la temporalidad concedida, el permiso se estancia podrá ser utilizado en entradas y salidas múltiples.

Sólo en casos de enfermedad o por causa de fuerza mayor debidamente comprobada, se le otorgará un plazo especial para salir del país.

F. Asilado Político. Es el extranjero que se interna en el país “para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas en su país de origen, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurren. Si el asilado político viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue conveniente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el asilado político se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia dependencia”.

G. Refugiado. Es el extranjero que se interna al país para proteger su vida, seguridad o libertad, cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen, que lo hayan obligado a huir a otro país.

No quedan comprendidos en esta característica migratoria, aquellas personas que son objeto de persecución política prevista en la fracción anterior.

La Secretaría de Gobernación renovará su permiso de estancia en el país, cuantas veces lo estime necesario.

Si el refugiado viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue procedente para continuar su legal estancia en el país. asimismo, si el refugiado se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar con esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Secretaría.

El refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen, ni enviado ningún otro, en donde su vida, libertad o seguridad se vean amenazadas.

La Secretaría de Gobernación puede dispensar la sanción, a que se hubiere hecho acreedor por su internación ilegal al país, al extranjero a quien se otorgue esta característica migratoria, atendiendo al sentido humanitario y de protección que orienta la institución del refugiado.

H. Estudiante. Es el extranjero que se interna al país “para iniciar, terminar o perfeccionar estudios en instituciones o planteles educativos oficiales, o incorporados con reconocimiento oficial de validez, o para realizar estudios que no lo requieran, con prórrogas anuales y con la autorización para permanecer en el país sólo el tiempo que duren sus estudios y el que sea necesario para poder obtener la documentación final escolar respectiva, pudiendo ausentarse del país, cada año, hasta por 120 días en total; si estudia en alguna ciudad fronteriza y es residente de localidad limítrofe, no se aplicará la limitación de ausencias señalada”.

I. Visitante distinguido. Es el extranjero que se interna legalmente al país y que es científico, investigador o humanista de prestigio internacional, periodistas o personas prominentes. Podrá internarse hasta por seis meses y la Secretaría de Gobernación podrá renovar esos permisos cuando lo estime pertinente.

J. Visitantes locales. Son los extranjeros que se internan al país para visitar puertos marítimos o ciudades fronterizas y su permanencia en México no podrá exceder de tres días.

K. Visitante provisional. Son los extranjeros que desembarcan en puertos o aeropuertos con servicio internacional, cuya documentación carezca de algún requisito secundario. Podrán permanecer en el país hasta por treinta días, pero deberán constituir depósitos o fianza que garantice su regreso al país de procedencia, de su nacionalidad o de su origen, en caso de no cumplir con el plazo concedido.

L. Corresponsal. Es el extranjero que se interna en el país “para realizar actividades propias de la profesión de periodista, para cubrir un evento especial o para su ejercicio temporal, siempre que acredite debidamente su nombramiento o ejercicio de la profesión en los términos que determine la Secretaría de Gobernación.

El permiso se otorgará hasta por un año, y podrán concederse prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples.

Todo extranjero que se interne al país como no Inmigrante, podrá solicitar el ingreso de su cónyuge y familiares en primer grado, a los cuales podrá concedérsele, cuando no sean titulares de una característica migratoria propia, la misma característica migratoria y temporalidad que al No Inmigrante, bajo la modalidad de dependiente económico”.

A continuación se analizarán las características migratorias de los Inmigrantes, que son los extranjeros que se internan legalmente en el país con el propósito de radicar en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado. Esta calidad se divide en nueve:

- A. Rentista.
- B. Inversionista
- C. Profesional.
- D. Cargos de confianza.
- E. Científico.
- F. Técnico
- G. Familiares.
- H. Artistas y deportistas.
- I. Asimilados.

A. El Rentista. Es la persona que ha decidido venir a nuestro país “para vivir de sus recursos traídos del extranjero; de los intereses que le produzcan la

inversión de su capital en certificados, título y bonos del Estado o de las instituciones nacionales de crédito u otras que determine la Secretaría de Gobernación o de cualquier ingreso permanente que proceda del exterior". El monto mínimo requerido será una cantidad no menor del equivalente o cuatrocientos días de salario mínimo general diario vigente para el D.F.

B. El Inversionista. Es el extranjero que ingresa al país para invertir su capital en la industria, comercio y servicios, de conformidad con las leyes nacionales, siempre que contribuyan al desarrollo económico y social del país y que se mantenga durante el tiempo de residencia del extranjero, el monto mínimo de cuarenta mil días de salario mínimo general diario vigente en el D.F.

Para conservar esta característica el inversionista deberá acreditar que mantiene el monto mínimo de inversión a que se refiere el párrafo anterior.

C. Profesional. Es el extranjero que se interna en el país para ejercer una profesión. En el caso de que sea una profesión que requiera título para su ejercicio, deberá registrar éste y obtener la cédula correspondiente ante la Secretaría de Educación Pública.

D. Cargos de confianza. Es el extranjero que se interna al país para asumir cargos de dirección, de administrador único y de otros de absoluta confianza en empresas o instituciones establecidas en la República, siempre que a juicio de la Secretaría de Gobernación no haya duplicidad de cargos y que el servicio de que se trate amerite la internación al país.

E. Científico. Es el extranjero que se interna al país para dirigir o realizar investigaciones científicas, para difundir sus conocimientos científicos, preparar investigadores o realizar trabajos docentes, cuando estas actividades sean realizadas en interés de desarrollo nacional a juicio de la Secretaría de Gobernación, tomando en consideración la información general que al respecto le proporcionen las instituciones que estime conveniente consultar.

F. Técnico. Es el extranjero que se interna al país para realizar una investigación aplicada dentro de la producción o desempeñar funciones técnicas o especializadas que puedan ser prestadas, a juicio de la Secretaría de Gobernación, por residentes en el país.

G. Familiares. Son los extranjeros que se internan al país para vivir bajo la dependencia económica del cónyuge o de un pariente consanguíneo, inmigrante, inmigrado o mexicano en línea recta sin límite de grado o transversal hasta el segundo.

Tratándose de hijos y hermanos sólo se admiten cuando sean menores de edad, salvo que tengan impedimento para trabajar o estén estudiando en forma estable.

Los inmigrantes familiares podrán realizar actividades económicas, remuneradas o lucrativas, cuando a juicio de la Secretaría de Gobernación existan circunstancias que lo justifiquen.

H. Artistas y Deportistas. Es el extranjero que se interna al país para realizar actividades artísticas, deportivas o análogas, siempre que a juicio de la Secretaría dichas actividades resulten benéficas para el país.

Los hijos y hermanos de los solicitantes sólo podrán admitirse dentro de esta característica cuando sean menores de edad, salvo que tengan impedimento debidamente comprobado para trabajar o estén estudiando en forma estable.

I. Asimilados. Son los extranjeros que se internan al país para realizar cualquier actividad lícita y honesta, en caso de extranjeros que hayan sido asimilados al medio nacional o hayan tenido o tengan cónyuge o hijo mexicano y que no se encuentren comprendidos en las fracciones anteriores, en los términos que establezca el reglamento.

Cabe hacer mención que la internación y permanencia por más de seis meses en el país de científicos o técnicos extranjeros, se condicionará a satisfacción de la Secretaría de Gobernación, a que cada uno de éstos sean solicitados por instituciones de su especialidad e instruyan en ella a mexicanos mediante conferencias, cursos y cátedras, entre otros medios.

Todos los extranjeros que realicen en México investigaciones o estudios técnicos o científicos, entregarán a la Secretaría de Gobernación un ejemplar de dichos trabajos, aún cuando se terminen, perfeccionen o impriman en el extranjero.

Ningún extranjero podrá tener dos calidades o características migratorias simultáneamente.

No se cambiará la calidad, ni característica migratoria en el caso de los transmigrantes. En los demás queda a juicio de la Secretaría de Gobernación hacerlo cuando se llenen los requisitos que la mencionada ley fija para la nueva calidad o característica migratoria que se pretenda adquirir.

Por su parte el artículo 63 de la Ley General de Población, establece que están obligados a inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su internación, aquellos extranjeros que se internen al país en calidad de inmigrantes y los no inmigrantes:

1. Visitantes.
2. Científicos.
3. Consejeros.
4. Ministro de Culto o asociado Religioso.
5. Asilado Político.
6. Refugiados.
7. Estudiantes.

Capítulo IV

*Proyección Internacional
de los Derechos Humanos
frente a los
Indocumentados Mexicanos*

1. La Organización de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos en Materia de Libertad de Tránsito y de Trabajo.

El objeto de todo derecho tanto interno como internacional es lograr una armoniosa interdependencia de los Estados y el de respetar la libertad y la dignidad humana y, solo con una organización internacional pueden lograrse estos fines y erradicar la anarquía y el desorden, consecuencia de la actuación aislada de los Estados.

Hasta antes de la Primera Guerra Mundial, los derechos fundamentales se consideraban un tema de jurisdicción interna, por lo que eran reconocidos y protegidos exclusivamente a partir de los criterios y principios fijados por el derecho interno de cada Estado.

El concepto estricto de soberanía estatal excluía cualquier interferencia de terceros Estados y no se admitía crítica a los sistemas jurídicos internos, por rígidos que fueran contra sus propios ciudadanos, pero era evidente que algunas violaciones a los derechos fundamentales, trascendían las fronteras estatales, por lo que se requería de una colaboración intergubernamental para afrontar eficazmente su protección y surgieron diversas doctrinas e instituciones:⁷⁰

- * La intervención humanitaria.
- * La responsabilidad estatal por daños a extranjeros.
- * La protección de las minorías.
- * El derecho internacional humanitario.

Estas instituciones constituyen los antecedentes de la protección internacional de los derechos humanos.

Las dos guerras mundiales fueron el punto de partida y el incentivo más importante para comprometerse a crear un fondo internacional, capaz de prevenir conflictos y de encontrar fórmulas de convivencia armónica entre los pueblos.

⁷⁰ Cfr.: MADRAZO, JORGE. Temas y Tópicos de Derechos Humanos. Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995. p.129

Es a fines de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) donde surge el primer intento para crear una organización internacional de tipo universal: la Sociedad de las Naciones, que sería sustituida por la actual Organización de las Naciones Unidas, después de la Segunda Guerra Mundial.⁷¹

En la Organización de las Naciones Unidas se buscó superar una supuesta debilidad de la Sociedad de las Naciones, creando un cuerpo orgánico más fuerte.

La Organización de las Naciones Unidas es un sujeto del derecho internacional, investido por sus miembros, de las competencias necesarias para el cumplimiento de sus funciones, razón por la que es titular de derechos y deberes internacionales, pudiendo hacer prevalecer los primeros por vía de reclamación internacional, ante el Tribunal Internacional de Justicia, y posee personalidad para comparecer en juicio.

Los fines o propósitos de la organización son:

1. Mantener la paz.
2. Fomentar relaciones de amistad entre las naciones.
3. Lograr la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural y humanitario.
4. Promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin distinción.

Lo anterior se encuentra establecido en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo primero.

En San Francisco, se llevó a cabo una convención en la cual fue elaborada y firmada el 26 de Junio de 1945, la Carta de las Naciones Unidas, la cual es un tratado multilateral que sirve de "constitución" para la organización. Dicha carta fue ratificada por 51 miembros originarios, entre ellos México; entro en vigor el 24 de Octubre de 1945, fecha que posteriormente se proclamó el Día de las Naciones Unidas.⁷²

⁷¹ Cfr.: SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional. 22a. ed. Ed. Porrúa. México, 1981. p.290

⁷² Cfr. BUERGENTHAL, THOMAS. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. p.40

La Carta contiene básicamente dos disposiciones sobre derechos humanos, vinculadas entre sí. La primera, el artículo 55, dispone que la Organización de las Naciones Unidas promoverá “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

En segundo lugar, el artículo 56, incorpora el compromiso de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas de “tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”.

En virtud de ambas disposiciones quedó establecido con carácter obligatorio el compromiso de promover los derechos humanos y las libertades fundamentales tanto para la organización, como para sus Estados miembros. El derecho internacional moderno de los derechos humanos se origina en estas normas de la Carta. Ellas sentaron la base conceptual para el desarrollo sustantivo de los derechos humanos y la transformación de los mismos en materia de interés internacional.

En diciembre de 1946 se crea la Comisión de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y se le asigna la tarea de redactar una Carta Internacional de Derechos.

En el año de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, primer instrumento que definió y enumeró los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Carta establece en su artículo 1º que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.⁷³

La Declaración Universal establece dos categorías de derechos:⁷⁴

I. Derechos Civiles y Políticos. Dentro de esta categoría se comprenden los siguientes derechos:

⁷³ Cfr.: MADRAZO, JORGE. Op. cit. p.12

⁷⁴ Cfr.: SORENSEN, MAX. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. p.479

1. A la vida.
2. A la libertad y seguridad de las personas.
3. A la libertad frente a la esclavitud y a la servidumbre.
4. A la libertad frente a la tortura o el castigo inhumano o degradante.
5. A la libertad ante el arresto y la detención arbitraria.
6. A un juicio justo por un tribunal independiente e imparcial.
7. A ser considerado inocente hasta que se pruebe la culpabilidad.
8. A la inviolabilidad de la reserva y el secreto de la correspondencia.
9. A la libertad de movilización y residencia.
10. Derecho a buscar y disfrutar de asilo contra la persecución.
11. A una nacionalidad.
12. De contraer nupcias y formar una familia.
13. De ser propietario.
14. Libertad de pensamiento, consciencia y religión.
15. Libertad de opinión y expresión.
16. Libertad de reunión pacífica y de asociación.
17. Libertad de visitar y participar en el gobierno.

II. Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se comprenden los siguientes derechos:

1. A la seguridad social.
2. Al trabajo, al descanso y al ocio recreativo.
3. A un nivel de vida adecuado.
4. A la educación.
5. A participar en la vida cultural de la comunidad.

En el año de 1966, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Facultativo de los Derechos Civiles y Políticos. Estos instrumentos junto con la Declaración Universal y las disposiciones de los derechos humanos, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, conforman la llamada "Carta Internacional de los Derechos Humanos".

Los pactos son acuerdos de voluntades que requieren ser ratificados para tener valor jurídico, estos entraron en vigor en 1976 luego de ser ratificados por treinta y cinco Estados, el número necesario para darles efecto. A la fecha, alrededor de cien Estados han ratificado los pactos.

Es importante señalar que, con el fin de darle más efectividad al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se decidió elaborar un primer Protocolo Facultativo, ya mencionado, con el propósito de permitir a los individuos que sean víctimas de violaciones de ese pacto, presenten sus peticiones ante el comité de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Los pactos además de los derechos que cada uno garantiza difieren en la imposición de distintas obligaciones legales.

La capacidad de garantizar de los derechos económicos, sociales y culturales proclamados por el pacto, presupone la existencia de recursos económicos y de otra índole que no están al alcance de todos los Estados. Por el contrario, los Estados requieren menos recursos materiales para cumplir con sus obligaciones de proteger los derechos civiles y políticos.

En cuanto a las medidas de ejecución, es decir, las medidas internacionales destinadas a vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, complementado por el Protocolo Facultativo, prevee un sistema que, aunque bastante débil, permite la investigación y decisión de reclamos individuales interestatales a través de un comité de expertos, para los Estados miembros del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevee un sistema de informes periódicos que han de ser presentados ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas y ese órgano ha creado un comité especial sobre derechos económicos, sociales y culturales el cual analiza los informes obligatorios que los Estados partes y las agencias especializadas deben presentar al Consejo Económico y Social en cumplimiento de las provisiones de la Convención.

La Organización de las Naciones Unidas ha realizado grandes esfuerzos para hacer respetar y se reconozcan diversos derechos fundamentales y para ello ha elaborado una serie de instrumentos entre convenciones, estatutos y declaraciones.

En junio de 1993 se celebró en Viena, Austria, la Conferencia Mundial, de Derechos Humanos, con el fin de efectuar un análisis exhaustivo del sistema internacional de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y de los mecanismos de protección de estos derechos. Un aspecto importante fue la participación, por primera vez de las instituciones nacionales de Derechos Humanos, en esa ocasión se dieron cita representantes de instituciones de treinta y cinco países, entre ellos México.

En materia laboral, la Organización de las Naciones Unidas cuenta con una organización especializada: La Organización Internacional del Trabajo, con sede en Ginebra.

La Organización Internacional del Trabajo es un organismo autónomo internacional con vínculos institucionales con la Organización de las Naciones Unidas. Esta vinculación se establece en el artículo 57 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la cual estipula lo siguiente:

“los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales . . . en materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas, serán vinculados a la Organización”.⁷⁵

Asimismo es promotora de derechos humanos en el campo laboral. Uno de sus dos órganos, la Conferencia Internacional del Trabajo, es algo así como su Parlamento, en el que se encuentran representados los gobiernos, los empresarios y los trabajadores; además adopta en sus reuniones anuales recomendaciones y convenciones.

Es importante mencionar que en materia laboral, el 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas abrió la firma al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual los Estados partes reconocen a todo el mundo el derecho al trabajo, a condiciones de trabajo justas y favorables, a afiliarse a un sindicato obrero, a la seguridad social, a nivel de vida adecuados, a la salud y a la educación.⁷⁶

⁷⁵ Cfr.: BUERGENTHAL, THOMAS. Op. cit. p.45

⁷⁶ Cfr.: SORENSEN, MAX. Op. cit. p.480

La Organización Internacional del Trabajo se encarga de supervisar la ejecución por parte de los Estados de las convenciones de trabajo de las que ellos son parte.

La Organización Internacional del Trabajo a cada uno de sus miembros les exige presenten un informe anual ante ella, sobre las medidas que han adoptado para poner en vigor las disposiciones de las convenciones de las cuales es parte.

Los Estados miembros tienen el derecho de presentar quejas a la Organización Internacional del Trabajo, si no tienen la seguridad de que cualquier otro miembro esté asegurando la vigencia efectiva de alguna convención que ambos hubieran ratificado; el Órgano Directivo nombra una comisión de encuesta para considerar la queja de dictaminar respecto a ella; después de haber considerado cuidadosamente la queja, la comisión redacta un informe con sus averiguaciones sobre todos los puntos de hecho relativos a la contienda entre los Estados y además, señala las recomendaciones que considere pertinentes en cuanto a las medidas que deban tomarse para satisfacer la queja y el plazo dentro del cual ellos deban producirse.

Dentro de tres meses, cada uno de dichos gobiernos deberá informar al Director General de la Organización Internacional del Trabajo, si acepta o no la recomendación contenida en el dictamen de la Comisión y, en caso de no aceptarla, se propone presentar la queja a la Corte Internacional de Justicia y la decisión de ésta será definitiva.

En caso de que algún Estado miembro deja de cumplir las recomendaciones contenidas en el dictamen de la comisión, o en la decisión de la Corte Internacional de Justicia, el Órgano Directivo es competente para recomendar a la Conferencia las medidas que estime atinadas y eficaces para obtener su cumplimiento.

Cabe señalar que en materia laboral la Organización Internacional del Trabajo aprobó un Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, en el año de 1958, el cual sirvió de base para celebrar otra convención intitulada: "Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial". En esta convención celebrada en el año de 1966, en su artículo 5º, inciso 'd', fracción primera, se establece el derecho a circular libremente y a elegir la residencia en el territorio de un Estado; y en el inciso

'e', fracción primera, se contempla el derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; entre otros derechos.⁷⁷

A continuación se enumeran los principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, que contemplan el derecho de libertad de tránsito y de trabajo. Para su estudio se han dividido en tres categorías:

I. Universal de carácter declarativo.

1. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948. Contempla en su artículo 13 el derecho de circular libremente y a elegir la residencia en el territorio de un Estado, así como entrar y salir del país.

Entre los derechos económicos, sociales y culturales, se comprenden en el artículo 23, el derecho al trabajo, al salario igual por trabajo igual y que se asegure una existencia conforme a la dignidad humana.

No conforme con la declaración de los principios contenidos en la Declaración Universal; se buscó dar un paso más para llegar a establecer obligaciones contractuales, mediante normas reglamentarias con mecanismos internacionales de vigilancia, con el fin de lograr una efectiva puesta en práctica de los derechos. Es así como se crearon los siguientes pactos.

II. Instrumentos universales de carácter obligatorio.

1. *Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Este Pacto consta de 31 artículos, en él se reconoce el derecho a trabajar, debiendo tomar medidas el Estado para la orientación y preparación de programas para conseguir un desarrollo económico, social y cultural

⁷⁷ Cfr.; SZEKELY, ALBERTO. Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público. Tomo I. Ed. UNAM. México, 1981. p.342

constante, así como la ocupación plena; esto se encuentra regulado en el artículo 6º de este Pacto.

Igualmente regula en su artículo 8º, el derecho al salario equitativo e igualdad de trabajo por igual valor, condiciones de existencia dignas, seguridad e higiene, igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo, el descanso, el disfrute del tiempo libre y el derecho a fundar sindicatos.

Establece también que los Estados partes deberán presentar informes sobre las medidas que vayan adoptando, así como los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en este documento.

Esos documentos se deberán presentar al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual entrega copias al Consejo Económico y Social para su examen y a los organismos especializados.

Los informes son estudiados también por el Consejo Económico y Social y por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de septiembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

En este pacto se consagra y reglamenta el derecho a la libre circulación dentro del territorio y a elegir su residencia.

3. Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Este tratado complementa las disposiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en él se faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en este pacto.

III. Instrumento regional de carácter obligatorio.

1. *Declaración Americana de los Derechos del Hombre.*

Se firmó en la conferencia de Bogotá el 2 de febrero de 1948.

Se proclaman el derecho a la libertad, el derecho de residencia y de tránsito, el derecho al trabajo y a una justa remuneración, entre otros.

En cuanto al derecho de circulación y residencia, el artículo 22 de esta Declaración menciona: "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo, y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable de una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacionales, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos o libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 pueden ser asimismo restringidos por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público".

Por otra parte es importante mencionar la existencia de un instrumento internacional de mayor importancia sobre trabajadores migrantes: la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; la que fue adoptada por la Asamblea General en su 45 periodo de sesiones, en 1990. En sus 92 artículos, esta Convención recoge los principios fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre Derechos del Niño.

Para los efectos de esta Convención se entienden nueve categorías de trabajadores migrantes que son:

1. El trabajador migratorio.
2. El trabajador fronterizo.
3. El trabajador de temporada.
4. El marino.
5. El trabajador de una estructura marina.
6. El trabajador itinerante.
7. El trabajador vinculado a un proyecto.
8. El trabajador con un empleo concreto; y
9. El trabajador por cuenta propia.

Un aspecto central de la protección a trabajadores migrantes reside en la no discriminación, en el reconocimiento de sus derechos, que van desde la libre movilidad internacional a la libertad de culto y de expresión, así como a la confiscación de sus bienes. De la misma manera, se establece la igualdad de nacionales y migrantes ante los tribunales y el derecho a no ser sometido a actos de expulsión colectiva.

Se hacen así mismos explícitos los derechos ya reconocidos en otros instrumentos, como el derecho a condiciones equitativas de trabajo, a participar en asociaciones y sindicatos y a la seguridad social. Los hijos de los trabajadores migrantes, por su parte, deberán tener derechos a una nacionalidad, así como a una identidad cultural y a acceder al sistema educativo en condiciones iguales a los nativos. Por lo que toca a los trabajadores migratorios que cuentan con la documentación para estar en situación regular en los países donde residen, se hace énfasis en la libertad en cuanto al cambio de empleo, a participar en los asuntos públicos y acceso a la vivienda y a la vida cultural del país.

A pesar de que se trata de un instrumento de derecho internacional muy completo y estrechamente interrelacionado con otros tratados que forman parte del derecho contemporáneo, la Convención Internacional mencionada no ha sido ratificada sino por dos países, Marruecos y Egipto, por lo que no ha entrado todavía en vigor.

2. Problemática que Presenta el Movimiento Migratorio de Indocumentados Mexicanos a los Estados Unidos de Norteamérica.

La emigración de los mexicanos a los Estados Unidos comenzó después de que este país arrebató a México parte de sus territorios, atraída por los altos salarios y requerimientos de la agricultura, las construcciones de ferrocarriles y otras grandes obras materiales. Este trabajo contribuyó al florecimiento de Texas, Arizona, California y Nuevo México.

La emigración mexicana a Estados Unidos registro su mayor fuerza en la década de los 20's.

En el periodo de 1930 a 1934 se generaron factores que restringieron la entrada de mexicanos a los Estados Unidos. Las autoridades norteamericanas presionaron y organizaron el regreso de decenas de millares de mexicanos para disminuir la desocupación y ahorrarse fondos asistenciales, lo cual explica que en esos años entraran solamente 19,200 personas, descendiendo la cifra hasta 8,737 de 1935 a 1939.⁷⁸

Una de las consecuencias internas de la entrada de los Estado Unidos a la 2a. guerra mundial fue la conversión del trabajador norteamericano en soldado u obrero de armamento bélico, hecho que motivara que muchos de los campos quedaron sin manos de obra para cosecharlos. Por tal motivo los granjeros organizados del sudoeste de los Estados Unidos comenzaron a presionar a su gobierno demandando la importación de manos de obra mexicana para cultivar los campos y en 1942 se estableció el canje de notas diplomáticas que reglamentaba la entrada de trabajadores mexicanos temporales, pero tal reglamentación no impidió que el fenómeno del inmigrante ilegal siguiera existiendo.

Los convenios de braceros de 1942 a 1947 se rigieron por acuerdos intergubernamentales.

No obstante de 1948 a 1951, el Congreso Norteamericano no puso fin a dichos acuerdos y el Gobierno de los Estados Unidos dejó de ser el contratista legal, delegando dicha responsabilidad a los granjeros.

⁷⁸ Cfr.: ANCONA SANCHEZ ZAMORA, ELSA MARTINA. El Derecho a la Doble Nacionalidad en México. Ed. Instituto de Investigaciones Legislativas. México, 1996. p. 103

En lugar de convenios, rigieron métodos de contratación directa, que fueron mal vistos por el gobierno mexicano.

En 1951 empieza un nuevo periodo de contratación de braceros a solicitud de los propios norteamericanos, dado que la guerra de Corea había dejado a los "growers" (agricultores), sin una mano de obra para cultivar sus campos.

los convenios de braceros duraron hasta 1964 y fueron objeto de diversas controversias, ya que reunieron grupos muy importantes tanto a favor como en contra. Por ejemplo, durante su existencia las quejas de México por malos tratos a braceros fueron bastante frecuentes. Los trabajadores siguieron entrando por tres años más con base en un acuerdo establecido directamente entre el gobierno de México y los granjeros norteamericanos.

Finalmente en 1968 desaparecen estos acuerdos, debido a las presiones que diversos grupos ejercieron sobre el gobierno de los Estados Unidos, principalmente los sindicatos, empezando una época de ilegalidad para la mayoría de los trabajadores agrícolas mexicanos que marchaban a Estados Unidos.

Los Estados Unidos representan para muchos mexicanos la esperanza de encontrar trabajo, mientras que para ese país la migración ha representado la prosperidad de su agricultura, básicamente por los bajos salarios que pagan a nuestros compatriotas.

No obstante, culpan a nuestros migrantes de sus problemas y con ese pretexto formalizan cada vez medidas más rigurosas para restringirles los básicos servicios sociales de salud y educación.

Estados Unidos ha intentado reglamentar la inmigración con proyectos marcadamente restrictivos y represivos.

Uno de esos proyectos es la Ley Simpson-Rodino, la cual encuentra su antecedente inmediato en el Ley Simpson-Mazzoli hecha en 1982 por el senador republicano Alan Simpson y por el representante demócrata Romano Mazzoli. Los puntos más sobresalientes de esta propuesta son la aplicación de sanciones a los empleadores, el otorgamiento de residencia temporal a quienes tenían dos años de trabajar en Estados Unidos, y la "amnistía" para los que

comprobarán cuatro años de residencia, además de un sistema de identificación y un programa de trabajadores huéspedes.

Pero esta propuesta fue congelada en las sucesivas sesiones de la Cámara de Representantes de 1982, 1983 y 1984. En 1985 Simpson vuelve a presentar al senado un cuarto proyecto de ley que retomaba lo esencial de las versiones anteriores. Por su parte Mazzoli se retiró y su lugar fue ocupado por Peter Rodino, presidente del Comité jurídico, quien presentó una propuesta similar a la de Simpson, buscando resolver las mayores dificultades que se preveían en la Cámara.

Existen operaciones que atentan directamente a los migrantes ilegales y a los trabajadores migratorios mexicanos, pero existen otras acciones que atacan a los residentes mexicanos que viven en forma legal en los Estados Unidos, tales como la ley 187, ley que en el siguiente punto será analizada y criticada.

2.1 Comentario y Crítica a la Ley 187.

El 8 de noviembre de 1994, el electorado del estado de California, aprobó la iniciativa de ley, denominada Propuesta 187 o "Save Our State" (S.O.S.), con la cual se pretende combatir la inmigración ilegal en el Estado mencionado, mediante la limitación de los servicios públicos a los inmigrantes.

Dicha ley, inicialmente fue promovida por un sector de la sociedad estadounidense en el que participaron los señores Alan Nelson y Harold Ezell, ambos comisionados del servicio de Inmigración y naturalización (SIN), el primero a nivel nacional y el segundo a nivel regional.

Esta iniciativa fue propuesta por la organización FAIR, Federation of Americans for Immigration Reform, misma que en junio de 1994 calificó para ser incluida en las boletas electorales de los comicios del 8 de noviembre del mismo año, al obtener 581 mil firmas de electores registrados en California, pese a que formalmente sólo se requería de 385 mil para ello.

La mayoría de los inmigrantes ilegales que entran al Estado de California, lo hacen sin ninguna autorización. no obstante, al menos la tercera parte de los inmigrantes ilegales de California originalmente entraron al país

legalmente en forma temporal, ya sea como turistas o como estudiantes, y después permanecieron más tiempo del permitido.

Un inmigrante ilegal puede convertirse más adelante en “legal” si recibe permiso del Servicio de Inmigración y Naturalización para permanecer en el país en forma temporal o como residente permanente. Los inmigrantes ilegales también pueden legalizarse mediante procesos ordinarios de inmigración o solicitando asilo contra la persecución que sufrieron en sus países de origen.

En general, esta iniciativa de ley prohíbe que:

1. Los extranjeros ilegales reciban servicios sociales públicos y servicios públicos de atención de la salud, a menos que sean de emergencia, de conformidad con la ley federal.
2. los extranjeros ilegales tengan derechos a la educación pública elemental, secundaria o posterior a esta.
3. Propone reformar la Constitución para negar la ciudadanía a los hijos de inmigrantes indocumentados.
4. Establece un sistema de cooperación entre los empleados públicos de escuelas, hospitales y centros de asistencia social con el Servicio de Inmigración y Naturalización, al señalar que los trabajadores de dichas instituciones deberán verificar la situación migratoria de las personas que soliciten sus servicios.

En caso de que se determine o sospeche razonablemente que se trata de un extranjero indocumentado, deberán notificar a:

- a. El Procurador General de California.
 - b. Al propio Servicio de Inmigración y Naturalización,
y según sea el caso a:
 - c. Al Director General de los Servicios Sociales del Estado.
 - d. Al Director Estatal de Servicios Médicos.
 - e. Al Superintendente de Instrucción Pública de California.
5. Y por último convierte en delito mayor la fabricación, distribución, venta o uso de documentos falsos de ciudadanía o de residencia.

A continuación se analizará cada uno de los puntos contenidos en la mencionada propuesta, a el fin de determinar si son constitucionales o anticonstitucionales, además de las consecuencias que traería su aplicación.

** Restricciones sobre la Atención de la Salud y los Servicios Aplicables a los Sospechosos de Ser Inmigrantes Ilegales.*

Esta medida requiere que las agencias públicas y las instituciones de atención de salud que cuenten con fondos públicos, verifiquen que una persona sea ciudadana de los Estados Unidos o que esté legalmente autorizada su estancia en el país, antes de prestarle a dicha persona servicios sociales, incluyendo servicios de bienestar social o servicios de atención a la salud, excepto en que dicha persona requiera atención médica de emergencia, según lo especifique la ley federal. Si una agencia o una institución de atención sospecha razonablemente que un solicitante de beneficios o servicios es un inmigrante ilegal, deberá informar el resultado de sus averiguaciones a:

1. Servicio de Inmigración y Naturalización.
2. Al Procurador General de California.
3. Al Departamento Estatal de Servicios Sociales.
4. Al Departamento Estatal de Servicios de Salud, según sea apropiado.
5. Y por último a la persona afectada.

La agencia o institución que preste esa información, también deberá entregar toda la información adicional que le soliciten otras agencias.

La Constitución de los Estados Unidos establece que las instituciones de salud proveerán atención médica de emergencia a todas las personas que la necesiten, sea cual fuere su ingreso o situación legal.

Esta medida prohibiría que médicos y enfermeras vacunen o presten servicios médicos fundamentales a todo aquel de quien sospechen que sea un inmigrante ilegal, trayendo como consecuencia que pudiendo prevenir una enfermedad grave, con alguna vacuna o tratamiento adecuado, no lo suministran y pueda ser contagiosa y hasta perder la vida, o poner en riesgo a toda la población; por ejemplo, existen trabajadores indocumentados que están en contacto directo con alimentos, ya sea en el campo o restaurantes, por lo que negarles atención básica de salud podrá diseminar enfermedades

contagiosas y poner en riesgo a toda la población, lo que ocasionaría más gastos.

**** Exclusión de las Escuelas Públicas de los Sospechosos de Ser Inmigrantes Ilegales.***

La iniciativa requiere que a partir del 1° de enero de 1995 todos los distritos escolares verifiquen la situación legal de todos los niños que se matriculen en el distrito por primera vez. A partir del 1° de enero de 1996, cada distrito escolar también deberá verificar la situación legal de los niños que ya estén matriculados en el distrito y de los padres y guardianes de todos los estudiantes. La medida requiere que los distritos escolares procedan de la siguiente forma, en el caso de que se “sospeche razonablemente” que un estudiante, padre o guardián no se encuentra legalmente en los Estados Unidos:

1. Dentro de los 45 días informar acerca de la persona al Servicio de Inmigración y Naturalización, al Superintendente de Instrucción Pública del Estado, al Procurador General de California y al padre o guardián afectado.
2. Dar 90 días de instrucción adicional a un estudiante que se sospeche que sea un inmigrante ilegal, a fin de lograr una transición ordenada a una escuela en el país de origen del estudiante. Después de este periodo de 90 días, el estudiante no podrá seguir asistiendo a la escuela pública de California.

Todo niño que vive en California puede asistir a las escuelas públicas hasta finalizar la escuela secundaria. Esto de acuerdo a una determinación de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la cual establece que el excluir a niños que son inmigrantes ilegales de las escuelas públicas viola la Constitución Federal. (Suprema Corte de los Estados Unidos. caso Plyler versus Doe)

Esta decisión, no obstante, no se aplica a las universidades costeadas con fondos públicos. En la actualidad, los inmigrantes ilegales pueden asistir a las universidades públicas de California. No obstante, la Universidad de California y las Universidades Comunitarias de California requieren que los estudiantes identificados como inmigrantes ilegales paguen la matrícula más elevada que se cobra a los estudiantes residentes. Por su parte la Universidad

Estatal de California, en la actualidad no cobra matrículas más elevadas en base a la situación legal del estudiante.

La Constitución de los Estados Unidos establece que los niños nacidos en este país de padres que son inmigrantes ilegales, son ciudadanos de los Estados Unidos., igual que cualquier otro niño que haya nacido en el país.

Ahora, muchas familias de inmigrantes ilegales de California tienen niños ciudadanos que tienen los mismos derechos y que pueden obtener los mismos beneficios que cualquier otro ciudadano.

Por otra parte, esta medida requiere que los distritos escolares informen al Servicio de Inmigración y Naturalización y al Procurador General del estado acerca de los estudiantes de quienes se sospeche que sean inmigrantes ilegales. El realizar estos informes sin el consentimiento de los padres parece violar la Ley de Derechos Educativos Familiares y de Privacidad (FERPA), ya que prohíbe que se divulgue información sobre un estudiante, sin el consentimiento del mismo.

La medida que requiere que las instituciones verifiquen la situación legal de todos los estudiantes, costaría a las universidades públicas un total de al menos varios millones de dólares anuales.

Por otro lado, esta propuesta, convertiría a las escuelas en oficinas de inmigración, debido a que esto requiere que los funcionarios de las escuelas públicas verifiquen detalladamente la ciudadanía de todos los niños y de todos los padres, lo que vendrían siendo más de diez millones de personas. Los costos y el tiempo involucrado en realizar este papeleo, son imposibles de calcular.

Se calcula que la propuesta 187, echaría a unos 400,000 niños de la escuela, pero dicha propuesta no causaría que se deporten, lo cual traería como consecuencia que los niños sin preparación caerían en la drogadicción, delincuencia y desempleo.

** Verificación de la situación legal de una persona.*

Los Estados Unidos no tiene una tarjeta nacional de identidad, así que la documentación de la situación de ciudadanía o de inmigración legal puede ser

complicada, incluso para los ciudadanos nacidos en este país. En general se requieren varios documentos, por ejemplo, un certificado de nacimiento de los Estados Unidos para establecer el fundamento de la ciudadanía y una licencia de conducir con una fotografía para establecer su identidad. No obstante muchas personas, especialmente los niños, no tienen licencia de conducir, ni ninguna otra identificación oficial con fotografía. La documentación de la ciudadanía de estas personas puede requerir pasos adicionales, tales como verificar la identidad de los padres del niño.

La mayoría de los inmigrante legales tienen una tarjeta de identificación para verificar su situación legal otorgada por el Servicio de Inmigración y Naturalización, como por ejemplo la "tarjeta verde" que se emite a los inmigrantes a quienes se ha concedido residencia permanente en los Estados Unidos. El Servicio de Inmigración y Naturalización ha creado un sistema de computación que las agencias de gobierno y los empleadores pueden utilizar para verificar la validez de la mayoría de los documentos de inmigración. No existe ningún sistema automatizado nacional similar para verificar la validez de los certificados de nacimiento que se emiten en miles de agencias locales en todo el país.

Esta medida no indica específicamente los requisitos en que la ciudadanía o la presencia legal en los Estados Unidos de un individuo se verificaría. Como resultado, las agencias públicas y las instituciones podrían elegir entre varios métodos de verificación. Podrán requerir un certificado de nacimiento o un documento del Servicio de Inmigración y Naturalización o podrán solicitar una licencia de conducir o alguna otra identificación oficial con fotografía. Un proceso de verificación más exhaustivo intentaría verificar la validez de los documentos de inmigración y posiblemente también los certificados de nacimiento en la agencia que los haya emitido.

Cualquier proceso impondría costos administrativos significativos a los gobiernos estatal y locales para cumplir con las disposiciones de verificación, con lo cual la propuesta 187 no lograría uno de sus propósitos: disminuir dificultades económicas causadas por la presencia de los extranjeros ilegales en el Estado de California, ya que los costos podrían variar en forma considerable, dependiendo de los métodos de verificación que se utilicen.

*** Información acerca de los Arrestos de Individuos Sospechosos de Ser Inmigrantes Ilegales.**

Esta medida requiere que todas las agencias estatales y locales, para el acatamiento de la ley, intenten verificar la situación legal de todas las personas detenidas, de quienes se sospeche que se hallen ilegalmente en los Estados Unidos. Las agencias tendrían que informar al Servicio de Inmigración y Naturalización y al Procurador General del Estado de la situación anterior. Esta iniciativa requiere también que el Procurador General mantenga datos de estos informes.

Se menciona la detención de personas de las cuales se sospeche que se hallen ilegalmente en el país, fuerza a los funcionarios públicos a negar servicios vitales a todo aquel de quien SOSPECHEN que no sea un residente legal; más no se define los fundamentos para esa sospecha. ¿Será la manera en que habla?, ¿el apellido?, o ¿el tono de piel?

Esta medida va en contra de lo que dispone la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en su enmienda IX, la cual dispone que ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o propiedad sin el debido procedimiento de ley . . .

Por el análisis precedente de la ley 187 se puede concluir que ésta iniciativa contiene disposiciones en conflicto con las leyes federales y estatales, con las protecciones constitucionales estatales y de los Estados Unidos, y con fallas de los tribunales federales y estatales.

Principalmente considero que está en contravención con la Constitución de los estados Unidos de Norteamérica, específicamente con lo que dispone la enmienda XIV, sección 1, la cual establece lo siguiente:

“Toda persona nacida o naturalizada en Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o propiedad sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes”.

En primer lugar la propuesta transgrede derechos fundamentales en la Constitución como son:

1. La ciudadanía de los niños nacidos en el Estado de California.
2. Sus derechos a los servicios médicos y sociales.
3. El derecho a la libertad, pues no pueden detener a ninguna persona sin el debido procedimiento de ley.
4. Y principalmente niega la igual protección de las leyes.

Por lo que además de ser inconstitucional, desgraciadamente no hace nada para mejorar el control en la frontera, ni siquiera castiga a los empleadores que contratan a inmigrantes ilegales, su aplicación complicará los problemas existentes y causaría una serie de nuevos problemas y muy costosos.

3. La Protección de los Derechos Humanos de los Indocumentados por parte de las Autoridades Nacionales Mexicanas.

Los métodos utilizados por México para la protección de los derechos humanos de sus nacionales en el exterior, han sido y son en esencia pacíficas, respetuosos de la soberanía y de las leyes internas de otros países y se han caracterizado por efectuarse más bien a través de sus cónsules que de sus diplomáticos, a fin de asegurar siempre el debido respeto al principio internacional de agotamiento de los recursos locales, antes de hacer uso de la instancia diplomática.

En el ejercicio de la asistencia y protección a los nacionales en el exterior, concurren cuatro marcos jurídicos que son los que le dan el sustento legal:

1. El multilateral.
2. El del Estado de origen de los nacionales.
3. El del Estado de recepción de dichos nacionales.
4. El bilateral.

Para poder analizar el ejercicio de la protección de los mexicanos en la actualidad, debe primero conocerse cuáles son las principales disposiciones aplicables que corresponden a estos cuatro marcos jurídicos, para luego

analizar el desempeño de las funciones protectoras del Servicio Exterior Mexicano.

1. Marco Jurídico Multilateral

Por lo que respecta al marco multilateral, México ha suscrito los principales acuerdos internacionales que están vinculados a la labor de protección de nacionales en el exterior, como las *Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Sobre Relaciones Consulares*. La importancia de tales instrumentos radica en que ambos mencionan explícitamente la existencia de la función de protección a nacionales en el exterior.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas menciona como segunda función de una misión diplomática en el artículo 3º:

“Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”.

Por su parte, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, reflejando el interés general por acentuar el papel de los cónsules, frente al de los diplomáticos, como los agentes más idóneos para efectuar tal labor de protección, contiene una reseña más detallada sobre las actividades que incluye y los medios aceptados para realizarla. En este sentido, la mencionada Convención Sobre Relaciones Consulares, señala en su artículo 5º, relativo a las funciones consulares que, entre otras, éstas consistirán en:

- a) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; . . .*
- . . . e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; . . .*
- . . . g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor;*

h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por lo intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o curatela;

i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente; . . .

En su artículo 36, relativo a la comunicación de los representantes consulares con los nacionales del Estado que envía, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares expresa:

1) Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionada con los nacionales del Estado que envía:

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los naturales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos;

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o, puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción se halla arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1, se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

Por último, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, estipula en su artículo 38, relativo a la comunicación con las autoridades del Estado receptor, lo siguiente:

Los funcionarios consulares podrán dirigirse en el ejercicio de sus funciones:

- a) A las autoridades locales competentes de su circunscripción consular;
- b) A las autoridades centrales competentes del Estado receptor, siempre que sea posible y en la medida que lo permitan sus leyes, reglamentos y usos y los acuerdos internacionales correspondientes.

Dicha Convención constituye un instrumento valioso, por cuanto detalla como no se había hecho con anterioridad lo que constituye la función de asistencia y protección consulares a nacionales en el exterior.

Por lo que se refiere al ámbito consular, este es el marco legal general, que actualmente regula la función de protección a nacionales en el exterior y que sirve de punto de referencia a la mayoría de los países para evaluar la actividad al respecto.

2. Marco Jurídico del Estado Mexicano.

En la medida que los Estados solo pueden brindar protección consular y diplomática a sus nacionales, resulta fundamental conocer quienes son considerados como mexicanos por las leyes de México.

Los artículos 30 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen las condiciones de adquisición y pérdida, respectivamente de la nacionalidad mexicana.

Artículo 30. *La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.*

A. 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, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional o de madre mexicana nacido en territorio nacional.

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización o de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B. Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones, carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Artículo 37. *A) Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad.*

B) La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá en los siguientes casos:

I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y

II. Por residir durante cinco años continuo en el extranjero

c) La ciudadanía mexicana se pierde:

I. Por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros.

II. Por prestar voluntariamente servicios oficiales a un gobierno extranjero sin permiso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente.

III. Por aceptar o usar condecoraciones extranjeros sin permiso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente.

IV. Por adquirir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previa licencia del Congreso Federal o de su Comisión Permanente, exceptuando los títulos literarios, científicos o humanitarios que puedan aceptarse libremente.

V. Por ayudar, en contra de la Nación a un extranjero o a un gobierno extranjero en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional, y

VI. En los demás casos que fijan las leyes.

En el caso de las fracciones II a IV de este apartado, el Congreso de la Unión establecerá en la ley reglamentaria respectiva, los casos de excepción en los cuales los permisos y licencias se entenderán otorgados, una vez transcurrido el plazo que la propia ley señale, con la sola presentación de la solicitud del interesado.

Cabe agregar que la prueba de la nacionalidad mexicana, fuera de territorio nacional, se efectúa con el pasaporte correspondiente, ya sea diplomático, oficial u ordinario, según lo dispuesto por los artículos 1º y 2º del Reglamento de Pasaportes. En caso de no contar con éste, como generalmente ocurre con los trabajadores mexicanos indocumentados en Estados Unidos, las representaciones consulares y diplomáticas de México, con base en el artículo 52 del Reglamento de la Ley General de Población pueden probar la nacionalidad mexicana de un individuo, con el acta de nacimiento, con cualquier otro documento idóneo o, en su defecto, mediante testimonio que presente el interesado y que permita a los funcionarios consulares presumir la nacionalidad mexicana y expedir en forma excepcional constancia de presunción de nacionalidad mexicana.

Por otra parte, los únicos instrumentos legales en México que en la actualidad se refieren a la protección de nacionales en el exterior, son la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento, que entraron en vigor el 8 de enero y el 2 de julio de 1982, respectivamente.

La Ley Orgánica vigente establece en su artículo 3º, inciso C, que corresponde al Servicio Exterior:

Proteger, de conformidad con los principios y normas del derecho internacional, los intereses del gobierno de México, así como la dignidad y los derechos fundamentales de los mexicanos en el extranjero y, cuando así proceda ejercer ante las autoridades del país en que se encuentran las acciones encaminadas a satisfacer sus legítimas reclamaciones; . . .

En esta Ley se habla de la protección de la dignidad y de los derechos fundamentales de los mexicanos en el extranjero, y no sólo de la protección de sus derechos en términos generales. Por otro lado, establece la necesidad de hacer las representaciones necesarias ante las autoridades extranjeras en favor de los connacionales, al apuntarse que corresponde al Servicio Exterior Mexicano ejercer ante las autoridades del País en que se encuentren las acciones encaminadas a satisfacer las legítimas reclamaciones de los mexicanos.

En la misma Ley, se dispone en el artículo 46, inciso f, que corresponde directamente a los jefes de misión:

respetar las leyes y reglamentos del Estado ante cuyo gobierno estén acreditados, sin perjuicio de las inmunidades y privilegios, haciendo las representaciones pertinentes cuando la aplicación de esos ordenamientos a México y a sus mexicanos signifique alguna violación del derecho internacional y de las obligaciones convencionales que el Gobierno de ese Estado haya asumido con nuestro Gobierno;...

Por su parte en el artículo 47, inciso a, se prescribe que corresponde a los jefes de oficinas consulares:

proteger en sus respectivas circunscripciones consulares, los intereses de México y los derechos de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional y mantener informada a la Secretaría de Relaciones Exteriores de la condición en que se encuentran los nacionales mexicanos, particularmente en los casos en que proceda una protección especial;...

En cuanto al Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, éste señala con más detalle la forma como debe proporcionarse y

planearse la asistencia y protección consulares a los mexicanos en el exterior. De esta manera, el Capítulo II, del Título Quinto del mencionado Reglamento, dedica los artículos 86 al 91 a especificar las obligaciones de los miembros del servicio en materia de protección, según se transcribe a continuación:

Artículo 86. *Es obligación de primera importancia de los miembros del servicio exterior proteger los intereses de los mexicanos en el extranjero. Con este propósito prestarán sus buenos oficios, impartirán asistencia y protección consular y, llegado el caso, ejercerán la protección diplomática.*

Artículo 87. *Los buenos oficios se prestarán para atender asuntos o realizar gestiones en favor de los mexicanos sin involucrar directamente a las autoridades extranjeras.*

Artículo 88. *La asistencia consular se impartirá cuando se requiera atender y asesorar a mexicanos en sus relaciones con las autoridades extranjeras de carácter local. Para estos efectos los miembros del servicio exterior deberán:*

a) *Asesorar y aconsejar a los mexicanos en lo relativo a sus relaciones con las autoridades; la convivencia con la población local; sus derechos y obligaciones frente al Estado extranjero donde se encuentren y sus vínculos y obligaciones en relación con México;*

b) *Visitar a mexicanos que se encuentren detenidos, presos, hospitalizados o de otra manera en desgracia, para conocer sus necesidades y actuar en consecuencia, y*

c) *Asumir la representación de los mexicanos que por estar ausentes o por otros motivos estén imposibilitados de hacer valer personalmente sus intereses.*

Artículo 89. *La protección consular será ejercida por los jefes de representaciones consulares, cuando un acto emanado de las autoridades locales y cometida en contra de mexicanos haga necesaria una reclamación y la reparación correspondiente.*

Artículo 90. *Con el propósito de que la protección pueda ser ejercida de manera regular y concertada, las misiones diplomáticas y representaciones*

consulares, prepararán un programa anual de protección para conocer, prevenir y remediar situaciones de algún modo lesivas a los intereses de los mexicanos.

Artículo 91. Cuando el número de casos de protección y el número de mexicanos, que se encuentren en el lugar donde una misión diplomática u oficina consular tenga su sede o circunscripción, lo justifique, se propondrá a la Secretaría de Relaciones Exteriores la creación de un Departamento de Protección.

Cabe hacer mención que los “*buenos oficios*” que menciona el Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano comprenden tanto el asesoramiento a que se ha hecho referencia como auxilios materiales que se mencionan, pero se extiende aún más a la realización de gestiones en favor de mexicanos que tampoco involucren a autoridades extranjeras. En este sentido los “*buenos oficios*” generalmente se traducen en la conminación a los trabajadores migratorios en Estados Unidos a que envíen medios de manutención a sus familias en México, cuando éstas así lo hayan solicitado; en la obtención de documentos oficiales que requieran los mexicanos que se encuentran en el exterior; en la ayuda económica a indigentes; en proporcionar gastos de repatriación entre otros.⁷⁹

3. Marco Jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica.

Es conveniente señalar que a diferencia de lo que ocurre en México, Estados Unidos posee un sistema legal cuyos principios jurídicos están basados en la tradición o en la costumbre, y no en alguna disposición de ley escrita; aunque por supuesto cuenta con elementos fundamentales escritos como la Constitución y varios tomos de leyes del presente siglo.

Otra característica relevante de ese sistema legal es la gran participación e influencia del Poder Judicial, que se traduce en una amplia capacidad de interpretación de sus leyes y en una bien establecida facultad de revisión de cualquier ley o acción oficial, que le permite, en caso de que esta viole alguna

⁷⁹ Cfr.: GOMEZ ARNAU, REMEDIOS. México v la Protección de sus Nacionales en Estados Unidos Ed. UNAM. México, 1990. pp 186 y 187.

norma superior, anularla o declararla anticonstitucional. Esto a facilitado el recurso a los tribunales norteamericanos para demandar el cumplimiento de las leyes e incluso para obtener nuevos derechos que no se contemplaban con precisión en las propias leyes. Por otra parte, dado que en Estados Unidos como en cualquier otra federación existe un sistema judicial federal y sistemas judiciales estatales, hay ocasiones en que ambos se traslapan, lo que da lugar a que una misma ley tenga interpretaciones distintas y contradictorias, ante lo cual, la participación del poder judicial también puede despejar dudas.⁸⁰

En cuanto a los derechos de los extranjeros, a diferencia de lo que ocurre en el caso de México, en que el artículo 33 Constitucional permite que cualquier extranjero sea expulsado de territorio nacional sin juicio previo, en Estados Unidos, un extranjero que va a ser expulsado puede solicitar que se le siga un juicio de deportación y tener así la oportunidad de demostrar su derecho a permanecer en ese País.

Una vez que se detiene a un extranjero indocumentado para expulsarlo, la legislación norteamericana protege su derecho a ser representado, requiriendo a las autoridades de inmigración que le informen de la existencia de organizaciones que prestan servicio gratuito para tal efecto (secciones 232.2(a) y 242.16(a) del título 8 del Código de Regulaciones Federales), y reconoce también la obligación surgida de los compromisos internacionales de Estados Unidos de notificar a los funcionarios consulares o diplomáticos de la nacionalidad del detenido, el inicio de su proceso de exclusión o de deportación, ya sea o no requerido por el interesado, e incluso si este solicita expresamente que no se haga (sección 242.2(E) del título 8 del Código de Regulaciones Federales). La omisión de estas obligaciones puede significar la revocación o anulación de la deportación. Como las cuestiones migratorias son un asunto Federal, las disposiciones mencionadas se aplican en todo el territorio norteamericano.⁸¹

También a nivel federal la constitución de Estados Unidos garantiza como en el caso de México el acceso de los extranjeros al sistema de justicia de ese país. En este sentido, las enmiendas constitucionales V y XIV establecen respectivamente que ninguna persona será privada de la vida, libertad o propiedad sin que se le siga el debido proceso de ley, y que a nadie

⁸⁰ Cfr.: GOMEZ ARNAU, REMEDIOS. Op. cit. p.188

⁸¹ Ibidem. p.198

se le negará la protección de las leyes. Dos casos famosos que fueron llevados hasta la Suprema Corte de los Estados Unidos reafirmaron que tales disposiciones también se extienden a los extranjeros, aún los indocumentados.⁸²

Estas disposiciones constitucionales, aunadas a la Ley de Derechos Civiles que prohíbe la discriminación contra los extranjeros en sus derechos constitucionales, privilegios e inmunidades (secciones 1981-1983 del título 42 del Código de Estados Unidos y sección 242 del título 18 del Código de Estados Unidos), garantizan en general que los extranjeros documentados o indocumentados, tienen las mismas salvaguardas procedimentales que los ciudadanos en causas penales, procesos civiles y administrativos. Esto también implica que un extranjero tiene el derecho de presentar una demanda en cualquier corte contra toda persona que estime le ha producido un daño. A tal grado se considera importante este derecho, que en casos de inmigración se puede solicitar la suspensión de un procedimiento de exclusión o deportación para permitir al procesado concluir los pleitos legales que tenga pendientes.⁸³

Aun cuando la legislación reciente establece que es ilegal dar trabajo a extranjeros indocumentados, hasta la fecha, una vez que estos obtienen un empleo tienen derecho al salario mínimo, si es que el Estado en el que han trabajado ha aprobado una ley relativa que cubra la ocupación en que se han desempeñado. Igualmente, los trabajadores extranjeros, tanto documentados como indocumentados, pueden recibir el beneficio de las leyes sobre compensación laboral, en el caso que sufran un daño en su trabajo. Sin embargo, existe un regulación federal que prohíbe expresamente que los extranjeros que no están autorizados a trabajar en los Estados Unidos sean elegibles para recibir los beneficios del seguro de desempleo.

Como regla general, los extranjeros indocumentados tampoco pueden gozar de los beneficios de diversos programas, considerados como programas de pobreza, como son los siguientes: el de beneficencia que otorga fondos a individuos con pocos o ningún recurso y no pueden trabajar por razones de edad, invalidez o por que tengan que cuidar hijos pequeños; el de seguridad social que suministra beneficios a trabajadores retirados o inválidos, o a los sobrevivientes de un trabajador muerto; el sistema de cuidado médico, por

⁸² Cfr.; GOMEZ ARNAU, REMEDIOS. Op. cit. p. 198

⁸³ Ibidem. p. 199

medio del cuál los gobiernos federal y estatal ayudan a pagar los costos médicos y de hospital; y el programa de estampillas de alimentos, que incrementa el poder de compra de alimentos de personas de bajos ingresos. Los anteriores programas suministran ayudas a personas necesitadas, a los que los extranjeros con residencia legal tienen acceso. No obstante, los programas que incluyen algún elemento de contribución del individuo beneficiario, generalmente les suministran beneficios a todos los extranjeros, independientemente de su condición migratoria.⁸⁴ Ejemplos de esto son el de seguridad social, si el trabajador comprueba que ha estado contribuyendo a un número de cuenta de seguridad social, por el tiempo que la ley establece para recibir el beneficio; y el de cuidado médico, que pueden recibir todos los extranjeros, independientemente de su condición migratoria, si han tenido un empleo que los cubra.

Mención aparte merece la cuestión de educación, sobre la que la Suprema Corte determinó, en el caso *San Antonio School vs Rodríguez*, que la educación no es un derecho fundamental protegido por la Constitución, lo que significa a diferencia de lo que ocurre en México con la Educación Primaria y Secundaria, que Estados Unidos no está obligado a proporcionarle educación gratuita a nadie. Sin embargo, una vez que los Estados deciden ofrecer educación para algunos, deben ofrecérsela a todos; según quedó establecido en el caso *Brown vs Board of Education*. Por esta razón, algunas cortes han sostenido que todos los niños, independientemente de su situación legal, tienen derecho de asistir a las escuelas públicas.⁸⁵

Al igual que en México, las leyes de Estados Unidos conceden a los extranjeros la misma posibilidad de acceso a su sistema de justicia que el que tienen sus nacionales y, por lo tanto, en caso de que quiera privárseles de su vida, libertad o propiedad, debe seguirseles el debido proceso de ley.⁸⁶

⁸⁴ Cfr.: GOMEZ ARNAU, REMEDIOS. Op. cit. p.199

⁸⁵ Ibidem. p.200

⁸⁶ Ibidem.

4. Marco Jurídico Bilateral.

Por lo que se refiere a este marco existe una Convención Consular, vigente entre México y los Estados Unidos, la cual contiene los lineamientos relativos al ejercicio de la protección de nacionales mexicanos y estadounidenses en el territorio del otro Estado y que es de mayor interés para los propósitos de este capítulo.

Esta Convención fue firmada en el año de 1945 y aún se encuentra vigente, en ella se faculta a sus representantes consulares para proteger los derechos de sus ciudadanos, pudiendo presentar quejas en caso de infracción.

Para asistirlos, se les permite comunicarse con ellos, visitarlos, investigar cualquier incidente que afecte sus intereses y auxiliarlos en sus relaciones con las autoridades del lugar. En el caso del fallecimiento de un nacional en el territorio del otro Estado, sin que cuente con herederos o albacea testamentario en el lugar, los firmantes se obligan a que se de conocimiento de ello a los respectivos representantes consulares, los que están autorizados para proteger los bienes del difunto, pudiendo ser nombrados albaceas y representar a los herederos que no residan en su distrito consular, tanto para propósitos de la tramitación del juicio sucesorio como para recoger las partes correspondientes de la herencia, entre otras facultades.

También se han celebrado reuniones entre autoridades de los Estados Unidos y de México, con la finalidad de estudiar, analizar y disminuir los flujos migratorios, los cuales mencionaré más adelante.

Es importante señalar la existencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual desde su creación en el año 1990, fijó su compromiso en cuanto a la protección y defensa de derechos humanos de grupos poblacionales especialmente vulnerables: menores, mujeres, discapacitados, personas de la tercera edad, indígenas y migrantes.

Dicha Comisión Nacional, realiza investigaciones que permiten identificar la problemática en la que se desenvuelven estos sectores, detectar las violaciones a sus derechos humanos y proponer consideraciones encaminadas a lograr la solución y erradicación total de tales violaciones.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y los organismos equivalentes a los 31 Estados de la República Mexicana, que conforman el sistema nacional no jurisdiccional de los derechos humanos, operan de manera sincronizada de acuerdo con la estructura orgánica y el esquema funcional previsto en el artículo 102, apartado B, de la Constitución general de la República.

Los representantes de los referidos organismos públicos constituyeron formalmente, desde 1993, la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, la cual ha recibido el apoyo decidido de la Comisión Nacional, tanto de su promoción y organización, como en su funcionamiento y operación.

Cabe señalar que esta comisión realizó un programa sobre derechos humanos de los trabajadores migratorios, con el propósito de contribuir, en colaboración con las autoridades competentes, a la detección y el diagnóstico de las principales violaciones de que es objeto este grupo vulnerable y buscar que se pongan en marcha las medidas tendientes a eliminar dichas violaciones.

En cuanto a la frontera norte, dicha comisión publicó un informe sobre las violaciones a los derechos humanos de los trabajadores migratorios mexicanos en su tránsito a la frontera norte, al cruzarla y al internarse en la franja fronteriza sur norteamericana.

Dicho informe fue elaborado a partir de las quejas recibidas por este organismo nacional y por las comisiones de derechos humanos que operan en los Estados de la frontera norte de la República Mexicana; con los datos proporcionados por las organizaciones no gubernamentales tanto mexicanas como estadounidenses que trabajan en favor del respeto a los derechos fundamentales de este grupo vulnerable; por instituciones académicas, así como por las Secretarías de Relaciones Exteriores y de Gobernación de México.

Otros aspectos importantes del programa de derechos humanos de los trabajadores migrantes son los siguientes:

* Los días 3 y 26 de octubre de 1995, a invitación de la Secretaría de Relaciones Exteriores, se participó en la reunión preparatoria y reunión de expertos que laboran en la redacción del Estudio Binacional sobre migración México- Estados Unidos de Norteamérica.

* Se inició la elaboración de un estudio sobre las violaciones a los derechos humanos de la mujer mexicana que emigra a los Estados Unidos de Norteamérica, con el fin de dar a conocer la situación específica de este grupo vulnerable y elaborar sugerencias dirigidas a las autoridades involucradas en la comisión de violaciones a sus derechos fundamentales.

* También dentro de las actividades a favor de los trabajadores migratorios, esta Comisión Nacional elaboró un estudio sobre el marco jurídico y el funcionamiento de las estaciones migratorias en México.

Desde 1992, los gobiernos de Estados Unidos de Norteamérica y de México establecieron un mecanismo federal de alto nivel para la vigilancia, observación y respeto a las garantías individuales y la toma de decisiones. Cabe señalar que en ese mismo año se logró concertar un acuerdo tanto con el Departamento de Estado como con el jefe de los Estados Unidos de Norteamérica, sobre la posibilidad de que en aquéllos casos de violencia contra migrantes mexicanos cometida por corporaciones policiacas estadounidenses, los agentes agresores fueran juzgados ante tribunales federales por violación a los derechos humanos.

De igual manera, en el marco de la Reunión del Grupo de Alto Nivel para contrarrestar la violencia de la frontera entre México y los Estados Unidos de Norteamérica, celebrada en Tlatelolco en junio de 1993, se acordó establecer un nuevo mecanismo para analizar, solucionar y, en lo posible, prevenir los incidentes fronterizos. Este mecanismo se organizará en torno a los cónsules de México y de los Estados Unidos de Norteamérica en las ciudades de Tijuana y San Diego; Nogales, Sonora, y Arizona; Ciudad Juárez y El Paso; Nuevo Laredo y Laredo, y Matamoros y Brownsville. En este proyecto se incorporan, además, otras instituciones federales, estatales y municipales competentes en materia migratoria, aduanal y policiaca de la región.

Si bien, desde 1986, se formó el grupo de trabajo México- Estados Unidos de Norteamérica sobre Asuntos Migratorios y Consulares, éste ha sido reforzado en los últimos años. Baste señalar que durante 1994 se realizaron tres reuniones, y que en la celebrada el 7 de marzo de 1994 se convino la elaboración de un Estudio Binacional sobre migración, con el objetivo de avanzar en una mejor comprensión mutua de todos los aspectos del fenómeno migratorio, y en el que se incluirán datos estadísticos, así como el marco conceptual que permita enfrentar, de manera integral, toda la problemática de este fenómeno.

Continúan hasta la fecha presentándose avances; baste señalar, como ejemplo, que en febrero de 1995 el Grupo de Trabajo sobre Migración y Asuntos Consulares de la Comisión Binacional México-Estados Unidos de Norteamérica se reunió en la ciudad de Zacatecas, Zacatecas, con el propósito de analizar el creciente clima antiinmigrante que se ha extendido en algunas otras regiones de los Estados Unidos de Norteamérica, y que se buscó conjuntamente proponer mecanismos para incrementar la protección consular de los nacionales de cada país y la agilización de los procedimientos que permitan garantizar que el retorno de los nacionales mexicanos sea llevado a cabo en forma ordenada y con pleno respeto a sus derechos humanos.

Por otra parte, en la reunión del Grupo de Trabajo México-Estados Unidos de Norteamérica sobre Asuntos Migratorios y Consulares que forma parte de la Comisión Binacional, celebrada el 7 de marzo de 1994, el Servicio de Inmigración y Naturalización de Estados Unidos, anunció la creación de un Comité Asesor de Ciudadanos que podrá conocer de quejas formuladas en contra de oficiales del propio Servicio de Inmigración y Nacionalización, invitándose al gobierno mexicano para nombrar un representante ante dicho Comité. En los trabajos de la reunión de Zacatecas que se mencionó anteriormente, la Delegación Mexicana manifestó su beneplácito para la puesta en marcha de dicho Organó y expresó su reconocimiento por la invitación que en su oportunidad formuló el Gobierno Estadounidense para que un representante del Gobierno de México se integre al mismo. Dicho Comité Asesor de Ciudadanos está conformado por nueve miembros de la sociedad y seis representantes del Gobierno, uno de estos últimos será el que acuda en nombre del Gobierno Mexicano. Este acto sin precedente debe encaminarse a lograr la presentación de recomendaciones que realmente permitan que se de un pleno respeto a los derechos humanos de los trabajadores migratorios mexicanos en territorio estadounidense.

Menciona la Comisión Nacional que se pudo constatar el esfuerzo realizado por México para implantar una infraestructura tal que permita que las labores de protección consular redunden en mejores resultados en cuanto a los servicios que se brindan a los trabajadores migratorios que van a los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, los consulados mexicanos que se encuentran en la franja fronteriza estadounidense han tenido como principal objetivo que el mayor tiempo y recursos sean dedicados a atender y solucionar los casos que se les son planteados por los migrantes mexicanos. Por ello, la participación de los cónsules, cada día es más importante en la vigilancia y la protección de los trabajadores mexicanos en aquél país, lo cual ha permitido resultados alentadores en cuanto al pago de indemnizaciones económicas a mexicanos que fueron objeto de abusos y violencia por parte de autoridades estadounidenses.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El hombre posee razón que le hace tener una naturaleza especial de la que emana una dignidad para autocalificarse como un ser que merece un trato especial, diferente de las cosas y de los animales, un trato de acuerdo con su naturaleza humana y por lo tanto necesita determinadas condiciones esenciales para vivir, siendo aquí donde nace una concepción iusnaturalista de las propiedades del ser humano.

SEGUNDA. El iusnaturalismo es la denominación que se le da a la corriente que estudia el derecho natural. Al hablar de iusnaturalismo es aceptar la existencia de los derechos humanos previos a su positivación, por la razón de que ésta última podemos pedirla al referirnos a los derechos humanos y con esto se indica que existen independientemente de los derechos positivos, por lo que es importante buscar una fundamentación filosófica de los derechos humanos, pues de ella deriva su exigencia normativa en el derecho positivo.

TERCERA. Las fundamentaciones iusnaturalistas de los derechos humanos, se caracterizan por dos rasgos:

1. La distinción entre el derecho natural y el derecho positivo; y
2. La superioridad del primero, sobre el segundo.

Se puede decir que el derecho natural es un conjunto de principios que el hombre posee por su propia naturaleza individual y social: derechos inviolables e intangibles, los cuales sirven de límite al poder o facultades de los gobernantes y que estos están obligados a reconocer.

Por otra parte, el derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas que forman las reglas que ha establecido el legislador, así como aquéllas que han dejado de estar vigentes por haber sido derogadas o abrogadas, quedando por tanto convertidas en el derecho histórico de un pueblo. Por lo tanto, el derecho natural consiste en un conjunto de principios y corresponde al derecho positivo aplicarlos en cada una de las comunidades sociales organizadas por el mismo, tomando en cuenta las necesidades sociales concretas de cada sociedad en particular.

En cuanto a que los derechos naturales son anteriores y superiores al derecho positivo, lo hacen considerando aquellos como exigencias éticas o principios jurídicos suprapositivos que son anteriores al derecho positivo e incluso, superiores desde el punto de vista ético y moral, pero en ningún caso esta superioridad es jurídica, puesto que es totalmente inadecuado pensar que el derecho natural sea derecho en el mismo plano que el derecho positivo y menos aún que lo sea en un plano superior a este.

CUARTA. Por otra parte los derechos humanos gozan de determinadas características: de ser universales, en cuanto a que pertenecen a todo ser humano, en virtud del principio fundamental de la igualdad jurídica, independientemente de espacio geográfico y tiempo, sin distinguir el color de la piel, el sexo, el origen, la época, lugar de nacimiento, ni medio ambiente; Se dice que gozan de ser inviolables y esto es únicamente en teoría, pues en la realidad existen legislaciones tales como la ley 187 que quebrantan dichos derechos; son irrenunciables, como lo es la propia existencia del hombre; son inalienables ya que son derechos que no pueden definirse, transferirse, perderse, ni se trata de derechos a los que se pueda renunciar; además gozan de imprescriptibilidad, debido a que ni se adquieren, ni se pierden por el transcurso del tiempo, como ocurre con el resto de los derechos adquiridos o derivados; y por último existe una controversia en cuanto a que si gozan o no de ser absolutos; es decir, connaturales a la especie humana, vigentes donde quiera y para cualquiera, pues hoy en día no se puede sostener esta característica debido a la presencia de límites en las normas fundamentales que los recogen, entre otras razones.

QUINTA. Cabe destacar la existencia e importancia de la Axiología Jurídica, la cual es una rama de la filosofía, auxiliar del derecho, que se encarga de estudiar los valores a cuya realización debe inspirar el orden jurídico positivo.

Por otra parte el Derecho es una norma cierta y de cumplimiento seguro, una norma garantizada por el poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar; surge de una necesidad de seguridad del hombre frente a la sociedad.

La Estimativa o Axiología Jurídica se encarga de resolver cuáles son los valores que pueden y deben ser regulados jurídicamente, y en qué caso deberán ser determinantes los unos o los otros. Deberán intervenir valores éticos, los

que fundan los principios de igualdad, de la libertad y de la paridad, que en algunas ocasiones deberán, además, también tener en cuenta puntos de vista fundados en valores intelectuales, técnicos, económicos, utilitarios, estéticos, cuando por ejemplo, se trate de que el Estado promueva la educación, la sanidad o la prosperidad económica. Además deberá determinar desde qué punto de vista, en qué y de qué manera, dichos valores puedan ser tomados como criterios inspiradores de las normas jurídicas.

Los valores más importantes para los derechos humanos son: la vida, la libertad y la justicia, entre otros, ya que todas las declaraciones internacionales se encuentran impregnadas de los mencionados valores.

SEXTA. En el año de 1945, en San Francisco, se elaboró y aprobó la Carta de las Naciones Unidas en la que se mencionan los derechos del hombre y como se estudió en el capítulo correspondiente, la Declaración de los Derechos Humanos tiene como finalidad proteger fundamentalmente los valores de la dignidad, el valor de la persona humana y las libertades fundamentales, pero las declaraciones de los derechos no sirven, si no van acompañadas de las garantías que aseguren su eficacia, y es así como ha llegado a ser importante característica del derecho Constitucional, la fijación de garantías, de orden jurisdiccional y procesal que completen la declaración de los derechos humanos y promuevan la efectiva realización de los mismos.

SEPTIMA. El hombre tiene fines propios que cumplir por su propia decisión, necesita el respeto y la garantía de la libertad, necesita estar libre de la coacción de otros individuos y de la coacción de los poderes públicos que interfieran con la realización de los fines que le son propios, siempre y cuando no afecten los intereses de otros individuos.

Respecto al principio de libertad de elección de trabajo, este pertenece a los principios axiológicos de la libertad individual, así como también la libertad de tránsito, pero en la práctica, la realización plena y satisfactoria de tales principios, se encuentran limitados por varios obstáculos, puesto que su cumplimiento tiene un margen de indeterminación y varios límites, según los diferentes regímenes económico-sociales.

OCTAVA. La mayor parte de los países reconocen estos derechos a sus nacionales y los restringen a determinadas categorías de extranjeros presentes en su territorio, como es el caso particular de los Estados Unidos de Norteamérica.

Por su condición de receptor de amplios grupos de inmigrantes, ha modificado la actitud de su gobierno y de su pueblo, directamente relacionados con el estado que guarda su economía. Esto es, en épocas de guerra o de crecimiento económico, ese país ha manifestado la aceptación y beneplácito por los trabajadores migratorios, es más en diversas ocasiones ha solicitado al gobierno mexicano el apoyo de su mano de obra en áreas como la agricultura o la industria. Sin embargo, cuando ha atravesado por periodos de crisis económica, ha evidenciado una postura irracional para aceptar la mano de obra extranjera, lo que se ha traducido en el establecimiento de políticas de rechazo o de franca hostilidad hacia los inmigrantes, enfáticamente hacia aquellos cuya permanencia en territorio norteamericano es ilegal.

NOVENA. Entre los argumentos difundidos por el gobierno y el pueblo estadounidense para evitar la entrada a los trabajadores ilegales se encuentran aquéllas mediante las cuales se intenta no sólo repatriarlos, sino también negarles el acceso a servicios y programas de asistencia social o escolar, como es el caso de la propuesta de Ley 187, la cual se basa principalmente en los siguientes puntos:

1. Prohíbe que los extranjeros ilegales reciban servicios sociales públicos y servicios públicos de atención de la salud, a menos que sean de emergencia de conformidad con la ley federal.
2. Prohíbe que los extranjeros ilegales tengan derecho a la educación pública elemental, secundaria y posterior a esta.
3. Propone reformar la constitución para negar la ciudadanía a los hijos de inmigrantes indocumentados.
4. Establece un sistema de cooperación entre los empleados públicos de escuelas, hospitales y centros de asistencia social con el Servicio de Inmigración y Naturalización, al señalar que los trabajadores de dichas instituciones deberán verificar la situación migratoria de las personas que lo soliciten.

5. Y, por último, convierte en delito mayor la fabricación, distribución, venta o uso de documentos falsos de ciudadanía o de residencia.

DECIMA. En el Estado de California existen muchas familias de inmigrantes ilegales, las cuales tienen hijos ciudadanos y tienen los mismos derechos que cualquier otro ciudadano, esto de acuerdo con la enmienda IV, sección dos, constitucional, la cual se refiere a los derechos de los ciudadanos en los Estados Unidos de América como Estado federal:

“ Los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los demás Estados”.

Por su parte la enmienda XIV, señala lo siguiente:

“Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos, y del estado, en que residan. Ningún Estado dictará o aplicará leyes que restrinjan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni ningún Estado privará a persona alguna de la vida, libertad o bienes, sin debido procedimiento legal, ni denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción, la igual protección de sus leyes”.

De lo anterior se deduce que dicha propuesta no cumple con la igual protección de las leyes al negar a los ciudadanos, entendidos estos como los que nacen en territorio estadounidense o naturalizados, los privilegios e inmunidades de que gozan los demás ciudadanos de ese país.

Además esta propuesta no hace nada por mejorar el control en la frontera, ni siquiera castiga a los empleadores que contratan a inmigrantes ilegales, sólo complicaría los problemas existentes y causaría una serie de nuevos problemas y muy costosos.

BIBLIOGRAFIA

- ANCONA SANCHEZ ZAMORA, ELSA MARTINA. El Derecho a la Doble Nacionalidad en México. Ed. Instituto de Investigaciones Legislativas. México 1996.
- ARELLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado. 6a. ed. Ed. Porrúa. México, 1983.
- BALLESTEROS, JESUS. Derechos Humanos. Ed. Tecnos.
- BEUCHOT, MAURICIO. Filosofía y Derechos Humanos. Ed. Siglo Veintiuno. México, 1993.
- BUERGENTHAL, THOMAS. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Derecho Constitucional Mexicano. 2a. ed. Ed. Porrúa. México 1994.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. 26a. ed. Ed. Porrúa. México, 1994.
- CABANELLAS, G. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. 6a. ed. Ed. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1968.
- CARVAJAL MORENO, GUSTAVO. FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, FERNANDO. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 18a. ed. Ed. Porrúa. México, 1979.
- CASTRO, JUVENTINO V. Lecciones de Garantías y Amparo. 2a. ed. Ed. Porrúa. México, 1978.
- DÍEZ DE VELAZCO VALLEJO, MANUEL y otros. ONU Año XX. Ed. Tecnos.
- ETIENNE LLANO, ALEJANDRO. La Protección de la Persona Humana en el Derecho Internacional. Ed. Trillas. México, 1987.
- EZCURDIA LAVIGNE, JOSÉ A. Curso de Derecho Natural. Perspectivas Iusnaturalistas de los Derechos Humanos. Ed. Reus. Madrid, 1987.

FLORESGOMEZ GONZALEZ, FERNANDO. Introducción al Derecho y Derecho Civil. 6a. ed. Ed. Porrúa. México, 1990.

GARCIA, FELIX. Enseñar los Derechos Humanos. Ed. Grupo Cultural Zero. Madrid, 1983.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. 26a. ed. Ed. Porrúa. México, 1977.

GOMEZ ARNAU, REMEDIOS. México y la Protección de sus Nacionales en Estados Unidos. Ed. UNAM. México, 1990.

HERRERA ORTIZ, MERGARITA. Manual de Derechos Humanos. Ed. PAC. México, 1991.

LAVIÑA, FELIX. Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. 2a. ed. Ed. Palma. Buenos Aires, 1987.

MADRAZO, JORGE. Temas y Tópicos de Derechos Humanos. Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995.

MONTIEL Y DUARTE, ISIDRO. Estudio sobre Garantías Individuales. 5a. ed. Ed. Porrúa. México, 1991.

NAVARRETE M., TARCISIO. Los Derechos Humanos al Alcance de Todos. Ed. Diana. México, 1991.

PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama. México, 1985.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. Diccionario para Juristas. Ed. Mayo. México, 1981.

PENICHE LOPEZ, EDGARDO. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, 1984.

PEREZNIETO, LEONEL. Derecho Internacional Privado. Ed. Harla. México, 1980.

PINA, RAFAEL DE. Diccionario de Derecho. 8a. ed. Ed. Porrúa. México, 1979.

RECASENS SICHES, LUIS. Tratado General de Filosofía del Derecho. 6a. ed. Ed. Porrúa. México, 1978.

ROLDAN DAVILA, GENOVEVA. ARAIZA HERNANDEZ, ALMA. Segundo Informe sobre las Violaciones a Derechos Humanos de los Trabajadores. Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1996.

ROUSSEAU, CHARLES. Derecho Internacional Público. 3a. ed. Ed. Ariel. España, 1966.

SEARA VAZQUEZ, MODESTO. Derecho Internacional Público. 10a. ed. Ed. Porrúa. México, 1984.

SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional. 22a. ed. Ed. Porrúa. México, 1981.

SORENSEN, MAX. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.

STRICKLAND, BARBARA. Esbozo del Sistema Jurídico Norteamericano. Ed. Secretaría de Relaciones Exteriores. México, 1985.

SZEKELY, ALBERTO. Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público. Tomo I. Ed. UNAM. México, 1981.

TERRAZAS, CARLOS R. Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México. 3a. ed. Ed. Porrúa. México, 1993.

TRUYOL Y SERRA, ANTONIO. Los Derechos Humanos. Ed. Tecnos. Madrid, 1994.

VILLORO TORONZO, MIGUEL. Introducción al Estudio del Derecho. 6a. ed. Ed. Porrúa. México, 1984.

WYBO A., LUIS. Terminología Usual en las Relaciones Internacionales. Volumen V. Ed. Secretaría de Relaciones Exteriores. México, 1981.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Ley 187 o "Save Our State"

Ley General de Población.

Ley de Nacionalidad.

Ley General de Salud.

Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

Reglamento de Pasaportes.