

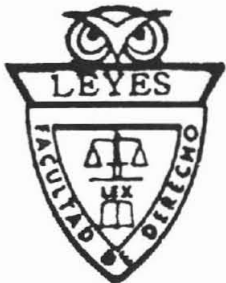


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"AMPLIACION DE GARANTIAS DE LOS TRABAJADORES NACIONALES EN EL EXTRANJERO"

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:
JOSE ENRIQUE CEDEÑO ARCIPRESTE



ASESORA: LIC. MYRIAM PAULINA MENDOZA CAMARILLO

CIUDAD UNIVERSITARIA

MEXICO, D. F., 2005

m. 346894



ERIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

PRESENTE

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: JOSE ENRIQUE CEDEÑO ARCIPRESTE

FECHA: 16-Agosto-2005

FIRMA: [Firma]

Muy distinguido Señor Director:

El alumno: **JOSE ENRIQUE CEDEÑO ARCIPRESTE**, con número de cuenta 96329544, inscrito en el Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada: **"AMPLIACION DE GARANTIAS DE LOS TRABAJADORES NACIONALES EN EL EXTRANJERO"**, bajo la dirección de la Lic. MYRIAM MENDOZA CAMARILLO, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Lic. LEOPOLDO CARMONA GONZALEZ, en el oficio con fecha 20 de mayo de 2005., me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis; por lo que, con apoyo a los artículos 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del alumno referido.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., 7 de junio 2005.

[Firma]
LIC. PORFIRIO MARQUET GUERRERO
Director del Seminario

NOTA DE LA SECRETARIA GENERAL: El alumno deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso, caducará la autorización que ahora se le concede para someterse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserva su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedido por circunstancia grave, todo lo cuál calificará la Secretaría General de la Facultad.

c.c.p.-Seminario.

c.c.p.-Alumno (a).

AGRADECIMIENTOS

Primeramente quiero agradecer al **ser divino** que nadie conoce, pero su misterio ha sido fuente de mi inspiración para penetrar al mundo maravilloso del conocimiento, que ahora se refleja en la culminación del presente trabajo.

A mi **ALMA MATER** la Universidad Nacional Autónoma de México, que propicio el espacio para formarme como profesionista, me adoptó como un miembro de su familia, confiándome sus instalaciones; ahora con la culminación de este trabajo sólo le retribuyo en parte la confianza que depositó, pues como afiliado de su raza siempre hablaré por ella.

A la **Facultad de Derecho** porque dentro de sus aulas conocí a la planilla de profesores que me indicaron el camino a seguir para la comprensión del Derecho, adquirí valores fundamentales, tales como justicia, lealtad, honradez entre otros, que utilizaré como cimiento de mi vida profesional; además, ahí tuve relaciones con excelentes amigos que han sido piedra importante en mi formación académica.

A mí padre **JOSÉ ALFREDO CEDEÑO RODRÍGUEZ**, por ser la luz que seguí incondicionalmente cuando me encontraba en las tinieblas, con una palabra suya, me despojaba de aquéllos espectros que se apoderaban de mi, en fin, su sabiduría, consejos y experiencia, hacen que sea un mejor ser humano cada día.

Agradezco a mis hermanos **AVIGAIL SANDRA, ULISES EMILIO, JACOBO, ARTEMISA CEDEÑO ARCIPRESTE**, aclarando que los puse en orden cronológico, pues todos ellos son tan importantes en mi vida, dado que por su apoyo desinteresado, he comprendido el significado de familia y se que siempre recibiré su apoyo.

Le doy gracias a la Licenciada **MYRIAM PAULINA MENDOZA CAMARILLO**, por apoyarme incondicionalmente para la elaboración del presente trabajo, pues con su conocimiento y experiencia aportó valiosas ideas para el planteamiento de esta investigación, agradezco su amistad y profesionalismo.

Que la presente sirva como un especial agradecimiento al Licenciado **HÉCTOR LARA GONZÁLEZ**, por darme la oportunidad de haber pertenecido a su equipo de trabajo, su figura como profesionalista y admiración que le tengo, me ha servido de guía para abundar en mis conocimientos jurídico-penales.

Agradezco al Licenciado **CARLOS GONZÁLEZ Y FERRO**, por brindarme su amistad incondicional, por su apoyo que me ha servido para desarrollarme como profesionalista y se que cada paso que doy el esta ahí.

Le agradezco al Licenciado **JOSÉ MANUEL TORRES ÁNGEL**, quien siempre se preocupa por mi bienestar a pesar de no conocerme muy bien, su humanismo y profesionalismo son valores que le he aprehendido, su imagen un camino a seguir.

DEDICATORIAS

Al licenciado MAURICIO SOLÍS ABURTO, por haberme brindado su amistad y sobre todo por abrirme las puertas de la Facultad de Derecho, que para mi se encontraban cerradas, su empuje a la máxima casa de estudio del derecho, culminan en este trabajo.

A mi novia y amiga ODETH ZEPEDA RAMOS, quien con su apoyo incondicional me motivó a terminar este trabajo, su amor, confianza y amistad han llenado de energía mi vida que me insita a ser un excelente profesionalista.

Dedico muy en especial a JUAN CARLOS CARRASCO y CRHISTIAN ZÚÑIGA, por brindarme su amistad y haber compartido conmigo una etapa muy importante de mi vida.

A JESÚS CORRALES, por ofrecerme su amistad y apoyo incondicional, sus enseñanzas y conocimientos, han inculcado en mi el amor al Derecho Penal.

INDICE

PAGINA

INTRODUCCIÓN	I
---------------------	----------

CAPITULO PRIMERO

1.0 DEFINICIONES Y GENERALIDADES	1
---	----------

1.1 DERECHO	1
a) Normas	3
b) Leyes y su jerarquía	5
c) Garantías individuales	9
d) Estado	11
e) Territorio	14
f) Nacionalidad	18
1.2 Derecho del Trabajo	20
1.3 Relación de Trabajo	23
a) Rescisión	25
b) Terminación	31
1.4 Convenios y Contratos laborales	32
a) Trabajador	35
b) Patrón	36
1.4.1 Acuerdos	37
1.4.2 Derecho Internacional	38
a) Retorción	39
b) Represalias	40
1.4.3 Derecho Internacional Privado	41
1.4.4 Derecho Internacional Público	43
1.5 Tratados Internacionales	44
1.5.1 Clasificación de los tratados	47
a) Regulación Constitucional	51
1.5.2 Ley sobre los Tratados Internacionales	55

CAPITULO SEGUNDO

2.0 ÁMBITO ESPACIAL Y JURÍDICO DEL DERECHO LABORAL	59
---	-----------

2.1 Conflicto de normas en el tiempo y en el espacio	62
2.1.1 Aplicación de las normas del trabajo en función del espacio y del tiempo	65
2.2 Artículo 123 Constitucional	68

a) Apartado A	73
b) Apartado B	75
2.3 Artículo 28 de la Ley Federal del Trabajo	78
2.4 Jurisdicción del Trabajo	79
a) La función jurisdiccional	84
b) Equivalentes jurisdiccionales	86
c) Elementos de la jurisdicción	88
2.5 Derecho Internacional del Trabajo	89
2.5.1 Fuentes del Derecho Internacional del Trabajo	94
a) Ubicación y naturaleza del Derecho Internacional del Trabajo en la Sistemática del Derecho	103

CAPITULO TERCERO

3.0 LOS TRATADOS INTERNACIONALES 107

3.1 Jerarquía de las leyes en el Sistema Mexicano	114
3.2 Normas Internacionales del Trabajo	118
3.2.1 Convenios	121
a) Elaboración	123
b) Ratificación	124
c) Cumplimiento	125
3.2.2 Recomendaciones	126
3.3 Ratificación de los Convenios	127
3.4 Entrada en vigor de los Convenios	131
3.5 Tratado Internacional que realizó México con Canadá y Estados Unidos de América (TLC)	135
a) Acuerdo laboral del TLC	140

CAPITULO CUARTO

4.0 ACUERDO LABORAL 158

4.1 Necesidad de regular el trabajo de los nacionales en el extranjero	160
a) Importancia de los derechos humanos y su vinculación con las garantías laborales a nivel global	164
4.2 Instrumentos relevantes en la Comunidad Internacional para lograr la ampliación de las garantías de los trabajadores en el extranjero	182

CONCLUSIONES 193

BIBLIOGRAFÍA 196

INTRODUCCIÓN

Es frecuente encontrarnos con noticias en las que se narran historias de trabajadores que por necesidad de encontrar una fuente de trabajo emigran, ya sea de una forma regular o sin documentos, a un país distinto. Por su parte, la persona que aspira a emigrar, vive en un mundo de sueños mientras planea su entrada a una tierra en la cual no pertenece. Está convencida de que en otro país puede hallar aquello que le niega el suyo, un trabajo estable con el que mantener a su familia, respeto y garantía de su integridad física. En definitiva una vida mejor para él y para los familiares.

En la actualidad nos encontramos con una figura social muy compleja, la cual conocemos con el nombre de globalización y a través de esta vemos como los medios de comunicación se expanden por todos los rincones del mundo facilitando el acceso de los individuos de un país a otro; incluso cambiando de residencia habitual con mayor facilidad, lo que ocasiona una afluencia elevada de extranjeros en la búsqueda de trabajo en el país que decidan asentarse, estimulando así un contiguo cambio legal que provoca inestabilidad jurídica; fenómeno que hace que la sociedad mexicana, así como los movimientos asociativos de extranjeros estén alzando las voces en busca de una reivindicación en la seguridad jurídica que exige todo estado social y democrático de derecho; así surge la necesidad de crear una forma de regulación jurídica internacional que amplíe las garantías laborales del nacional en el extranjero, esto a efecto de respetar los derechos fundamentales que tiene toda persona, se halle en su territorio o en uno ajeno, pues la cuestión es que los derechos en comento no tienen fronteras, dado que son inherentes al hombre, pues éste sigue siendo ser humano en su territorio o en uno extraño.

Es importante que la opinión sea a nivel mundial basado en conceptos de carácter universal, que se apliquen en cualquier sistema jurídico y no dependan de si, algún país ha firmado un tratado aceptando las obligaciones internacionales relevantes.

Aunque los trabajadores nacionales cuentan con ciertas garantías contemplados en diversos instrumentos internacionales, vemos que no se encuentra en las mismas condiciones que un residente en el país receptor. Esto es así, pues la realidad de los trabajadores en un país distinto al suyo, exige una atención especial en materia laboral internacional.

En ese sentido, es posible ampliar las garantías de los trabajadores nacionales en el extranjero o sólo reconocer los derechos laborales ya existentes en los diversos instrumentos que protegen los derechos humanos en la comunidad internacional.

Para empezar a plantear el presente trabajo, se comenzará con los conceptos generales del derecho a efecto de familiarizar al lector con esta materia, logrando un panorama amplio de esta hermosa profesión; después lo general se aplicará a la rama del ordenamiento jurídico denominada Derecho del Trabajo; siguiendo, se hablará del Derecho Internacional, tanto privado como público, las diferencias entre estos últimos y se puntualizará lo que se entiende por tratado, su clasificación y su ubicación sistemática en el modelo mexicano.

En el segundo capítulo se abordarán conceptos, tanto doctrinales como jurídicos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, su jurisdicción, así como el espacio y tiempo en que se aplica la norma jurídico laboral y el conflicto que se presenta en éstos casos; de igual forma se desarrollará los antecedentes del artículo 123 Constitucional, así como sus apartados A y B, reguladores del trabajo en general y de los trabajadores al servicio del Estado, respectivamente;

asimismo, se hablará del Derecho Internacional del Trabajo, y de las fuentes de éste. Todo esto, a efecto de saber cual es la protección, condición y situación de los trabajadores, tanto a nivel nacional como en el espacio internacional.

En el tercer capítulo se tratará la normatividad imperante en la comunidad internacional que se refieren a los derechos humanos y de manera indirecta a los trabajadores en el extranjero, sus antecedentes y los tratados más relevantes al caso; desarrollaremos los convenios y recomendaciones como las dos fuentes fundamentales de la O.I.T y finalizaremos con un breve resumen del Tratado de Libre Comercio, sus logros y fracasos; lo anterior, a fin de observar cual es la situación actual que enfrentan aquéllas personas que salen de su país a ofrecer sus servicios a un territorio que les resulta ajeno, para así estar en oportunidad de brindar una opinión al respecto.

Por último, se explicará cuales son las vías que nos servirán para brindar protección a los trabajadores en el extranjero y con ello una ampliación a sus derechos, aclarando que lo comentado en este apartado es una opinión muy personal de quien escribe, que coincide con aquéllos que defienden a la humanidad como parte de su propia esencia, pues quien hace lo contrario, no solo ofende a su prójimo, sino a él mismo.

CAPITULO PRIMERO

1.0 DEFINICIONES Y GENERALIDADES.

Todo sistema normativo se crea y desarrolla a través del origen y tradiciones de cada país, por ello en el modelo mexicano, así como en otros países las circunstancias sociales, políticas y económicas influyen para la constitución del derecho; así pues, referente al Derecho del Trabajo, vemos que a lo largo de su evolución ha logrado proteger a los trabajadores de manera suficiente; sin embargo, ese logro a base de las constantes luchas sociales de la clase social débil, en la actualidad se mengua permitiendo con más frecuencia la pérdida de derechos mínimos de los trabajadores en todo el mundo; ello al interactuar en un mismo escenario de las estructuras de los distintos países al mantener vínculos internacionales.

En este tenor, empezaremos por las generalidades del derecho, pues resulta trascendente para la investigación de cualquier trabajo que nos proponamos, pues esos conceptos generales son las bases y principios de un ordenamiento jurídico determinado, para así estar en oportunidad de introducir al lector a esta materia tan hermosa como lo es el derecho y darnos un panorama amplio y conocimiento general del tema que desarrollaremos.

1.1 DERECHO

Toda relación o interacción de los individuos, son reguladas a través de lo que conocemos como Derecho; esta palabra es un concepto que tiene una infinidad de significados, lo cual se refiere tanto a una determinada conducta humana, como a un conjunto de conocimientos y a la vez el objeto de estudio

de disciplinas teóricas, todo ello con la finalidad de regular la convivencia humana.

Si bien la palabra Derecho permite muchas acepciones, nosotros sólo haremos alusión a la que de manera general nos enseñan en la Facultad de Derecho, así tenemos que Derecho es el conjunto de normas que regulan la conducta externa de los hombres en sociedad, siendo la ciencia que tiene por objeto el estudio de las normas que rigen de manera obligatoria la conducta del hombre en la misma y que sirven como instrumento para resolver las controversias que se presentan entre los integrantes de la sociedad.¹

También podemos entender por Derecho un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.²

De esa forma el Derecho, representa en esencia un sistema de normas de conducta, por lo que el hombre con su inteligencia, voluntad y necesidad de relacionarse con otros individuos, crea un orden normativo para regular la convivencia de las personas en una comunidad determinada.

El Derecho, por tanto, es un fenómeno social ordenador y regulador de las conductas de los miembros de la sociedad que necesitan existir y desarrollarse dentro de una comunidad determinada, ello por que el hombre no puede progresar aislado o independiente; sino que necesita de otras personas para realizarse y configurar su realidad social; así pues, vemos que el hombre no se puede concebir de manera aislada, independiente de los demás, sino que por el contrario necesita vivir en sociedad.

¹ Cfr BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío. Legislación Laboral, tercera edición, Limusa, México, 1998. Pp. 13 y 14.

² Cfr. MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho, cuadragésima séptima edición, Porrúa, México 1999. Pág. 151.

a) NORMAS

Anteriormente nos referimos a un sistema normativo, este se compone por cuatro grupos, esto es la moral, la religión, las reglas de trato convencional social y las normas jurídicas; en el caso particular nos referimos a estas últimas, sin pretender restar importancia a las anteriores.

A la norma se le entiende como regla de conducta, cuya finalidad es provocar cierto comportamiento, entendido como un hacer o un abstenerse, cuyas características son coercibles, heterónomas, bilaterales y externas, elementos que fijan la diferencia entre las otras normas antes aludidas.

Se dan varias clasificaciones de las normas jurídicas las cuales son: las creadas por órganos especiales, a través de un proceso regulado formalmente, reciben el nombre de normas de derecho escrito; a las que derivan de la costumbre se les denomina de derecho consuetudinario o no escrito, a las que provienen de la actividad de determinados tribunales las llaman derecho jurisprudencial.

Se sabe que la norma jurídica esta dotada de una validez espacial, material, temporal y personal, asimismo tiene un grado de orden jerárquico, componiéndose de normas constitucionales, normas ordinarias, normas reglamentarias y normas individualizadas; la primera representada como la norma fundamental sirve como principio coordinador, ordenador y regulador de todo sistema jurídico, lo cual viene a ser la última fuente o término de esa estructura escalonada o jerárquica de normas. En ese tenor vemos que la validez de una norma deriva de otra que se encuentra en un plano superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma constitucional en sentido lógico-jurídico.

En el mismo sentido, el Maestro García Máynez, establece que las normas jurídicas tienen un orden jerárquico en cada sistema de derecho componiéndose de los siguientes grados:

- Normas Constitucionales
- Normas Ordinarias
- Normas Reglamentarias
- Normas individualizadas.³

Entendiéndose como tales a las normas constitucionales, normas ordinarias y reglamentarias son todas estas de carácter general.

Las normas ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales.

En ocasiones, las normas ordinarias se han dividido en dos grupos, las cuales son normas de organización y normas de comportamientos. Las normas de organización su objetivo es el de organizar a los poderes públicos, como su propio nombre lo indica, de conformidad con las normas constitucionales; en cambio las normas de comportamiento tienen como finalidad regular la vida de los particulares.

La distinción entre normas de organización y normas de comportamiento no debe de tomarse de manera tajante ya que hay algunos ordenamientos que sostienen tanto normas para organizar a los poderes, como también las que van dirigidas a los particulares, dichos ordenamientos son llamados mixtos y como un claro ejemplo de tal encontramos a ***La Ley Federal del Trabajo***, ya que no solo rige las relaciones entre los trabajadores y los patrones, sino también la

³ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, vigésimo quinta edición, Porrúa, México, Pág. 95.

organización y funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México.

Las normas jurídicas, regulan siempre conductas humanas y representa una realidad social, ya que el comportamiento del hombre es el único regulable; en el siguiente apartado hablaremos de las leyes, y nos anticipamos para dejar claro la confusión que existe con las normas, así como se enunció con antelación, hay normas de uso común como son las prácticas sociales que no tienen una sanción jurídica sino social, y las normas jurídicas de las que hemos hablado.

b) LEYES Y SU JERARQUÍA.

Primeramente, mencionaremos el frecuente error que existe en utilizar como sinónimo los términos ley y derecho, por lo que hay que aclarar esa equiparación.

La ley es derecho; pero no todo el derecho es ley, sino una parte de él, aunque sea la de mayor volumen e importancia en los sistemas jurídicos modernos.

La ley es una norma de derecho dictada, promulgada y sancionada por la autoridad pública, aun sin el consentimiento de los individuos, y que tiene como finalidad el encauzamiento de la actividad social hacia el bien común. De igual forma, SAVIGNY define a la ley como: "El derecho positivo traducido por la lengua con caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta".⁴

⁴ Cfr. Cit. por. MOTO SALAZAR, Efrain. Elementos de Derecho, cuadragésima séptima edición, Porrúa, México 1999. Pág. 39.

La ley es la primera y principal fuente del derecho, de la cual todas las demás son supletorias. Sus características son: la generalidad, la obligatoriedad y la irretroactividad.

Ahora bien, la ley en nuestro derecho vigente, puede ser estudiado desde el punto de vista material y formal; del primero, se entiende como toda disposición de orden general, abstracta y obligatoria; en el sentido formal, es atendiendo al órgano que la crea, esto es el Congreso de la Unión, tratándose de leyes federales.

Al igual que las normas jurídicas, las leyes también cuenta con un sistema jerárquico dentro de nuestro orden jurídico.

Ha existido el problema del orden jerárquico de las leyes que pertenecen a un mismo sistema, se complica éste cuando el sistema corresponde a un Estado de tipo Federal.

Para tal fin, "el artículo 40 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, a la letra establece:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental."

"El artículo 41 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, a la letra dice:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la

presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, *las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.* "

El principio que determina las atribuciones que respectivamente corresponden a los Poderes de la Unión y de los Estados, es el que consagra "el artículo 124 de nuestra constitución que establece: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."

" El Art. 133 Constitucional establece lo siguiente:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados."

Ante una misma jerarquía es muy probable que nos enfrentemos a un posible conflicto de leyes, ya que pueden diversos instrumentos reglamentar una misma situación, con consecuencias diversas.

Sobre este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado lo siguiente:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.- De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan ambos el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el

orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

Amparo en revisión 2069/91.- Manuel García Martínez.- 30 de junio de 1992,- Mayoría 15 votos.- Ponente: Victoria Adato Green.- Secretario: Sergio Pallares y Lara. El tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Dicho numeral nos presenta una cuestión, entre otras más, los tratados son también norma fundamental, ya que el problema existe cuando hay una contradicción entre una ley constitucional y un tratado por ser de la misma jerarquía.

De igual forma, el arábigo en mención, fija la jerarquía de los tratados en igual condición a la de la Constitución y a las leyes federales y que la tesis de la primacía de la ley fundamental sobre los tratados posee interés únicamente en el ámbito interno, o sea que se trata de una cuestión de derecho constitucional y no de derecho internacional y que dado el caso de un tratado anticonstitucional, efectuado por los órganos internos competentes se crea un problema sólo dentro del orden jurídico nacional, y por tanto ese tratado se tiene que cumplir en el orden externo.

Por otra parte, se afirma que una norma posterior deroga el tratado a que se refiere, porque se supone que el legislativo conocía ese tratado y tiene la intención de anularlo; en estos casos la responsabilidad internacional recae sobre el ejecutivo.

Cuando los tratados no se pueden aplicar en el orden interno por ser contrarios a la Constitución, esta situación es irrelevante para el derecho internacional, y el estado es responsable por la no aplicación de esa obligación internacional.

Aunado a ello, el artículo en comento, nos revela que los dos grados superiores de la jerarquía normativa están integrados por la Constitución Federal, por las leyes federales y los tratados internacionales.

Con respecto a los siguientes grados, es importante tomar en cuenta los artículos 42, 43, 44 y 48 constitucionales, las normas cuyo ámbito de vigencia está constituido por el territorio de los Estados de la Federación y el de las islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los Estados, de aquéllas otras que se aplican en las demás partes integrantes del territorio nacional.

Después encontramos a las leyes locales ordinarias, enseguida se encuentran jerárquicamente las normas reglamentarias; siguiendo las municipales y por último encontramos a las individualizadas como son los contratos, resoluciones judiciales y administrativas, así como los testamentos.

c) GARANTIAS INDIVIDUALES

Después de tratado el tema de ley y su jerarquía, es importante referirnos a las garantías individuales, ya que por medio de una ley, de las denominadas normas fundamentales se reconocen estos derechos de carácter subjetivo a favor de los gobernados, propio de un Estado de Derecho Democrático.

Sin duda la consagración formal de los derechos individuales y las libertades públicas que más trascendencia y resonancia ha tenido para el mundo, ha sido la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la revolución francesa; esta declaración es el resultado de una larguísima evolución política y filosófica, de un proceso de civilización y humanismo, que giró en torno al concepto del respeto debido a la dignidad de la persona humana.

En este sentido, las garantías individuales representan el medio jurídico consagrado por la constitución, principalmente, por virtud, del cual se protegen los de derechos de los gobernados frente al estado y sus autoridades, obligando a éstas a respetar tales derechos.

Del concepto anterior se desprende el objeto de las garantías individuales, el cual esta integrado por un derecho público subjetivo y por una obligación; el primero consistente en una facultad o potestad que se hace valer frente al estado y a sus autoridades, ya que todo gobernado es titular del mismo; mientras que el segundo corre a cargo del estado, en el sentido de respetar y observar en todo momento el derecho garantizado o tutelado constitucionalmente; por otra parte, la finalidad de las garantías en comento, es la de proteger o salvaguardar, frente al estado y sus autoridades, los derechos mínimos de todo gobernado.

Ahora bien, en nuestro derecho las garantías individuales se encuentran consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos en sus veintinueve primeros artículos; según Vladimiro Naranjo, los derechos individuales y libertades públicas han sido clasificados de distinta manera por los tratadistas de la materia; pero en esencia todas coinciden en cuanto hace a su identificación; autor que toma en cuenta su naturaleza y los divide en:

- Derecho a la personalidad.- Que a su vez se subdividen en (derecho a la vida, a la seguridad física y a la honra).
- Derecho a la libertad.- (Libertad individual, libertades intelectuales, espirituales, sociales y económicas).
- Derecho a la seguridad.
- Derecho a la propiedad.
- Derecho a la participación.⁵

De todo lo dicho, se observa que en nuestro país, las garantías individuales han venido a proteger y salvaguardar la observancia de los derechos fundamentales de todo individuo, asegurándose así que ningún hombre sea afectado en su esfera jurídica por acto de autoridad; derechos reconocidos y protegidos por nuestra ley suprema, que como mencionamos en la jerarquía de leyes, la constitución es la base de nuestro sistema normativo, con ello se da certeza al hombre en su desenvolvimiento diario en sociedad.

d) ESTADO

En el apartado anterior al hablar del objeto de las garantías individuales, nos referimos a la figura del Estado como encargado de hacer respetar y observar en todo momento el derecho garantizado o tutelado constitucionalmente.

Mas que ningún otro pensador político, fue Maquiavelo el creador del significado que se ha atribuido al Estado en la sociedad moderna.

⁵ Cfr. NARANJO MESA, Vladimiro Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, cuarta edición. Temis, Bogotá-Colombia, 1991. Pág. 407.

Antes de dar una definición de estado es importante mencionar sus elementos para una mejor comprensión del concepto; estos consisten en territorio , población y gobierno; lo cual, al unirse estos elementos dan origen al ordenamiento jurídico, que tiene en su base una estructura constitucional de la cual emanan los principios de su organización.

En esta tesis, entendiendo por Estado: Una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad jurídica.⁶

Tomando al Estado como una sociedad jurídicamente organizada para hacer posible, en convivencia pacífica, la realización de la totalidad de los fines humanos.⁷

De ello se desprende que al Estado le corresponde la rectoría económica, así encontramos que en nuestra constitución, se establece en el artículo 73, en las siguientes fracciones:

“ Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

X.- Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123; ...

⁶ Cfr. PORRÚA PÉREZ, Francisco. Teoría del Estado, vigésimo sexta edición. Porrúa, México, 1993. Pp. 26 y 27

⁷ Cfr. DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, vigésimo segunda edición, Porrúa, México, 1996. Pág. 276.

XVIII.- Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas;

XXIX.- Para establecer Contribuciones:

1o.- Sobre el comercio exterior...

XXIX-D.- Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social;

XXIX-F.- Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional;...”

De igual forma el numeral 76 del mismo ordenamiento en su fracción I cita lo siguiente:

" Art. 76.- Son facultades exclusivas del Senado:

I.-Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión....”

Debemos señalar que lo citado en los preceptos invocados, además de lo establecido en los artículos 25, 26, y 28 de nuestra Constitución se ha plasmado la rectoría económica del Estado.

El fondo de la rectoría económica del Estado comprende el conjunto de facultades en favor de sus autoridades u órganos para dirigir la vida económica del país; facultades amplísimas plasmadas en nuestra Constitución, siendo la cabeza el Ejecutivo del Estado.

Finalmente, podemos decir que la realidad estatal y el ordenamiento jurídico, planteado anteriormente, se implican mutuamente de modo esencial y necesario, por lo que no se puede pensar en el estado sin pensar a la vez en el derecho, ni viceversa.

En otro sentido, el Estado a través de la historia ha tomado diversas posturas, como por ejemplo la de una entidad-policía, característico del liberalismo, posteriormente la del intervencionismo estatal, surgiendo el Estado como protector de las clases trabajadoras, convirtiéndose en una entidad de equilibrio y ajuste entre las diversas clases sociales.

e) TERRITORIO

Tratándose del Estado, el territorio es esencial, pues mediante él se desenvuelve su actividad específica, esto es, su poder público, además sobre el territorio se haya instalada la comunidad nacional y es una parte imprescindible de su organización.

El Estado no solo tiene una delimitación jurídica sino también territorial, en el entendido que territorio es un elemento del Estado constituido por la superficie terrestre y marítima y por el espacio aéreo sobre los que ejerce su soberanía.

La palabra territorio deriva del vocablo latino *territorium* y es la porción de superficie terrestre perteneciente a una nación, región o provincia.

Otra forma de entender al Estado es manifestando que es la porción del espacio en que el Estado ejerce su poder; de igual forma es aquel en donde el Estado ejerce su soberanía, y en donde residen los sujetos que interactúan bajo su jurisdicción.⁸

Gramaticalmente, el territorio es la extensión de tierra perteneciente a una nación, provincia o comarca. Pero desde la perspectiva del derecho, y refiriéndose al Estado, la locución reporta un alcance más amplio por que además de la extensión de tierra comprende otros espacios como el aéreo y el mar territorial.

En ese sentido, la superficie terrestre abarca tres dimensiones consistentes en el espacio aéreo, terrestre y marítimo, comprendiendo los territorios emergidos y las zonas marítimas, respecto de los derechos y deberes de los Estados en cuanto a sus porciones de territorio, no sólo interesa la superficie, también interesa hacia abajo del subsuelo y hacia arriba el espacio aéreo.

El Derecho Internacional reconoce a un Estado la soberanía territorial y establece que el territorio en sentido amplio abarca la tierra firme sobre la que se asienta el Estado, con sus aguas interiores, el fondo del mar y el subsuelo marítimo permanentemente ocupado y, además el mar territorial. En este sentido podemos afirmar, que territorio es la zona geográfica que pertenece a un Estado conforme a las normas jurídicas del Derecho Internacional y que comprende un concepto tridimensional.

⁸ Cfr. DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, vigésimo segunda edición, Porrúa, México, 1996. Pág. 472.

Es así como se desprenden de lo expuesto por Arrellano García:

“Al establecerse que el territorio estatal es la zona geográfica queremos significar que es una porción del globo terráqueo del planeta Tierra.

Tal zona geográfica es limitada, lo que quiere decir que existen linderos terrestres, marítimos y aéreos en los que se marca el término de la potestad de cada Estado y en donde empieza la potestad de otro Estado o la potestad común a todos los Estados.

Decimos que pertenece a un Estado y con ello queremos referirnos a que esa porción territorial se le atribuye a un Estado. Se trata de su territorio y no del territorio de otro Estado o del territorio de todos los Estados.

El territorio de un Estado se delimita por normas jurídicas de Derecho interno y por normas jurídicas del Derecho Internacional. Las primeras sólo producen efectos jurídicos en lo interno y a nosotros nos interesa que las normas jurídicas tengan aplicabilidad en el ámbito de las relaciones entre Estados, por ello, especificamos que nos referimos exclusivamente a las normas jurídicas internacionales.

El territorio del Estado no se limita a la mera superficie terrestre también abarca los tres espacios que hemos enunciado: el terrestre, el marítimo y el aéreo. Las potestades del Estado se extienden al espacio terrestre que abarca la superficie exterior formada por tierras y aguas, el subsuelo y los recursos que se hallan en superficie y el subsuelo”.⁹

⁹ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público, segunda edición, Porrúa, México 1993. Pp. 739 a 749.

La parte terrestre del territorio de un Estado son las áreas de tierras emergidas, el subsuelo, las aguas y el lecho de los ríos y lagos nacionales.

El espacio marítimo nacional son las zonas de mar que comprende un Estado; el espacio aéreo son las zonas atmosféricas sobre la tierra y aguas nacionales y sobre el espacio marítimo nacional; los enclaves son las zonas territoriales pertenecientes a un Estado pero que están inmersas en el territorio de otro Estado, con características diferentes, políticas, administrativas, geográficas.

El artículo 42 Constitucional establece:

“El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la Federación;
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional”.

El artículo 48 Constitucional, dice:

“Las islas, los cayos y arrecifes de los mares adyacentes que pertenezcan al territorio nacional, la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, de los cayos y arrecifes, los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio nacional, dependerán directamente del Gobierno de la Federación, con excepción de aquellas islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los Estados”.

Los límites que separan el territorio de un Estado de otros, se efectúa por medio de la fijación de las fronteras.

f) NACIONALIDAD

Al hablar del territorio existe la población que habita en él teniendo una determinada regulación tanto social como jurídica, obteniendo en ocasiones automáticamente la figura de la Nacionalidad.

La Nacionalidad representa un vínculo jurídico que liga a un individuo con el estado, y que la persona es libre para adoptar, mediante naturalización y observando las leyes que la rigen, la nacionalidad que le convenga, y, además que, cuando esta es originaria o por nacimiento, puede renunciar a ella asumiendo o no una nueva.¹⁰

En este sentido, se desprende dos tipos de adquisición de la nacionalidad; por naturalización y por nacimiento, y para tal efecto nuestra constitución en su artículo 30, nos refiere:

“La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

¹⁰ Cfr. POLO BERNAL, Efraim. Manual de Derecho Constitucional, Porrúa, México 1991. Pág. 45.

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 el territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, 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, y

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley”.

Nótese que de lo anterior, se hace alusión al territorio del estado, pues es aquí donde existe la población que habita en él, teniendo una determinada regulación tanto social como jurídica, en virtud de la cual se relaciona el individuo con un Estado y representa en si un vínculo jurídico que une a la persona a la nación que pertenece.

1.2 Derecho del Trabajo

Cuando abordamos el tema de derecho lo definimos en sentido general, en tal virtud, este sería aplicable a todas las ramas, en tanto que es un conjunto de normas que regulan la actividad del hombre en sociedad, por lo que al ajustarlo a una rama del derecho como lo es la parte laboral, podríamos decir que es una rama que regula las relaciones de los trabajadores con los patrones, protegiendo los derechos y obligaciones del trabajador principalmente.

Para entender un poco más la esencia del Derecho del Trabajo es necesario dar una breve evolución historia, que podemos clasificarlas en las siguientes etapas:

Época de la Colonia o Leyes de Indias, que instituye el punto de partida de nuestra legislación laboral.

Años 1904, 1906, y posteriormente, 1914 y 1915 en que se dictaron en materia del trabajo, especialmente en los estados de Veracruz, Nuevo León, Yucatán y Jalisco, importantes leyes en lo tocante a salarios, accidentes de trabajo, jornada de trabajo y asociaciones.

Año 1917, con la promulgación de la Constitución Política de 1917 y lo establecido en su artículo 123.

En 1931, en que se promulgó la primera Ley Federal del Trabajo; se federalizaron todas las leyes laborales estatales y locales que hasta entonces existían en el país, creando a veces criterios dispares en cuanto a las mismas cuestiones laborales.

En 1962, se reformó el artículo 123 Constitucional y la Ley Federal del Trabajo.

En 1970, el primero de mayo, entra en vigor la vigente Ley Federal del Trabajo.

En 1980, el primero de mayo, se promulgan importantes modificaciones y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, en lo relativo a la parte de Derecho Procesal del Trabajo.

Ahora bien, de lo anotado en los párrafos anteriores, no hay que olvidar que cuando se habló de las garantías individuales, dijimos que estas se habían reconocido gracias a la declaración de los "Derechos del Hombre y del Ciudadano"; del contenido de ésta, se estableció en el artículo 23 "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo", esta idea fue recogida por nuestra constitución en el primer párrafo del artículo 123, adicionado en el año de 1978, numeral que a la letra dice "toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley".

En este sentido, no sólo se debe apreciar al trabajo como un derecho, si no también como un deber, como un compromiso de profundo contenido social.

Existen múltiples definiciones de lo que se tiene como "Derecho del Trabajo, entendiendo por tal: El conjunto de principios y normas que regulan, en sus aspectos individual y colectivo, condiciones de trabajo, a solicitud del trabajador, las normas del procedimiento ordinario que rigen a los conflictos individuales y colectivos de naturaleza jurídica".¹¹

¹¹ Cfr. DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo I, séptima edición, Porrúa, México, 1992. Pp. 181 y 182.

De igual forma, al Derecho del Trabajo podemos definirlo como el conjunto de principios y normas legales, sustantivas y adjetivas, destinadas a regular:

- Los actos, obligaciones y derechos, así como las relaciones y los conflictos obrero patronales.
- Los órganos jurisdiccionales y las dependencias administrativas del trabajo.

Los organismos de clase obreros y patronales, sus características, requisitos y personalidad.¹²

En sentido amplio, doctrinal, Derecho del Trabajo es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones nacidas de la prestación de un trabajo personal y libremente realizado por cuenta ajena.

Es así como, esta rama del Derecho tiene su regulación enfocada principalmente a la protección de los trabajadores en México, y como en nuestro país existe en todos con los que interactúa comercial y laboralmente.

En esta tesitura, el Derecho del Trabajo es autónomo, ya que sus fuentes, sus fundamentos son diferentes a los de otras ramas jurídicas, que hacen imposible cualquier acción a unificarlo con otras ramas del derecho, ya que el Derecho del Trabajo se enfoca a dar protección jurídica al trabajador, por ser la clase débil, ello respecto del patrón.

Dentro de las leyes que regulan al Derecho laboral en México se encuentran:

¹² Cfr. BORELL NAVARRO, Miguel. Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo. Sista. México. Pág. 3.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de Febrero de 1917.

La Ley Federal del Trabajo, Reglamentaria del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del citado artículo Constitucional.

En este sentido, el derecho laboral es un conjunto de principios y normas legales, sustantivas y adjetivas de carácter evidentemente social, ya que los sujetos que regula pertenecen al campo de las relaciones individuales y colectivas.

Es así como, el Derecho laboral pretende dar equilibrio entre el trabajador y el patrón, mediante una justicia social, que se ha venido ganando, en virtud de los esfuerzos y lucha de los trabajadores; sin olvidar que éste también protege los derechos patronales.

1.3 RELACIONES DE TRABAJO

Para iniciar este tema, es importante determinar dos cuestiones fundamentales: la primera, atendiendo a la naturaleza del trabajo humano, esta puede quedar sometida a su prestación a la idea del contrato; la segunda, en sí las relaciones de trabajo existe un acuerdo previo de voluntades, sin la cual, la prestación de trabajo no puede cobrar la existencia jurídica.

En este sentido, a nuestro parecer la relación de trabajo es imposible sin la concurrencia de la voluntad del trabajador, pues, así lo reconoce “el artículo 5

de la Constitución al establecer que a nadie se podrá obligar a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento.” Tal disposición forma parte de los derechos individuales del hombre, pero el derecho del Trabajo lo hace suyo.

Mario de la Cueva, indica que el acto generador de la relación no puede ser considerado contractual, a pesar de que la ley lo acepta en algunos casos, precisando que es suficiente que se produzca materialmente la prestación del servicio para que nazca la relación de trabajo, consecuentemente, las condiciones de la prestación, no derivan de un acuerdo de voluntades, si no del estatuto que imperativo que es el derecho del trabajo, pues la única voluntad es la del trabajador.¹³

Dichas relaciones de trabajo consisten en la prestación del trabajo personal subordinado a cambio del pago de un salario.

En la Ley Federal del Trabajo se encuentra regulado en el artículo 20, que a la letra dice:

“Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.”

De lo anterior, se destacan los siguientes elementos:

Elementos subjetivos

- Trabajador.
- patrón.

Elemento objetivos

¹³ Cfr. DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, décimo sexta edición, Porrúa, México 1999.P.p 185, 186

- Prestación de un trabajo personal y subordinado.
- Pago de un salario.

En este sentido, cuando un trabajador presta sus servicios a una persona física o moral, surge la relación de trabajo, siendo ésta de trascendencia, a fin de determinar los derechos y las obligaciones de los trabajadores.

a) Rescisión

La rescisión de la relación de trabajo es una forma de terminación de la misma, ocasionado únicamente por el incumplimiento de cualquiera de las partes; de ahí que sea una forma de terminación anormal o patológica de ese vínculo laboral.

En esta tesitura, la rescisión es un acto jurídico unilateral realizado por el trabajador o el patrón, consistente en dejar sin efecto la relación o el contrato de trabajo por alguna de las causas señaladas en la Ley Federal del Trabajo.

El trabajador que demande la rescisión de su contrato o de la relación de trabajo por causa imputables al patrón, tendrá derecho a que se le pague la indemnización de tres meses de salario, 20 días por cada año de servicio, y los salarios vencidos que se determinen en el laudo, para tal efecto, tiene un mes, a partir de la fecha en que se tenga conocimiento de la causa de rescisión para separarse de su trabajo y ejercer su acción, pues de lo contrario, ésta prescribe en el mismo período en mención, de conformidad con el artículo 517, fracción II de la Ley Federal del Trabajo.

Las causas de rescisión que puede hacer valer el trabajador son las siguientes:

“Artículo 51.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador:

I.- Engañarlo el patrón o, en su caso, la agrupación patronal al proponerle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador;

II.- Incurrir el patrón, sus familiares o su personal directivo o administrativo, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos;

III.- Incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en los actos que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo;

IV.- Reducir el patrón el salario al trabajador;

V.- No recibir el salario correspondiente en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados;

VI.- Sufrir perjuicios causados maliciosamente por el patrón, en sus herramientas o útiles de trabajo;

VII.- La existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el establecimiento o porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad que las leyes establezcan;

VIII.- Comprometer el patrón, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentran en él; y

IX.- Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes, en lo que al trabajo se refiere.”

Por otra parte, cuando es el patrón quién rescinde la relación o el contrato de trabajo, el trabajador tiene dos opciones, demandar la reinstalación en el trabajo que desempeñaba o exigir el pago de una indemnización.

En el caso que el trabajador pida la reinstalación, el patrón podrá negarse, previo pago de una indemnización, en los casos que menciona el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, y para una mejor comprensión transcribimos:

“Artículo 49.- El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año;

II.- Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo;

III.- En los casos de trabajadores de confianza;

IV.- En el servicio doméstico; y

V.- Cuando se trate de trabajadores eventuales.”

Las disposiciones legales que reglamentan las causas de rescisión sin responsabilidad para el patrón, se encuentran plasmadas en el artículo 47 de la citada ley .

“Artículo 47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

I.- Engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador;

II.- Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia;

III.- Cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en la fracción anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeñe el trabajo;

IV.- Cometer el trabajador, fuera del servicio contra el patrón, sus familiares o personal directivo o administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo;

V.- Ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo;

VI.- Ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla la fracción anterior siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio;

VII.- Comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentran en él;

VIII.- Cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo;

IX.- Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa;

X.- Tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada;

XI.- Desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado;

XII.- Negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades;

XIII.- Concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica: Antes de iniciar su servicio, el

trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción suscrita por el médico;

XIV.- La sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo; y

XV.- Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencia semejante en lo que al trabajo se refiere.”

El aviso deberá hacerse del conocimiento del trabajador por escrito, y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, tendrá que hacerlo saber a la Junta respectiva, proporcionando a ésta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador; la falta de aviso al trabajador o a la Junta, por si sola confirmará la presunción de ser injustificado el despido.

Es conveniente aclarar que si el patrón es quién rescinde la relación de trabajo y acredita la causa, no estará obligado a indemnizar (pagar) al trabajador con veinte días de salario por cada año de servicios prestados, ya que esta prestación es operante, solamente en el caso de que sea el trabajador el que rescinde la relación o el contrato de trabajo.

Se hace la anterior aclaración, en virtud, de que es frecuente ver que los trabajadores, aún y cuando es el patrón quién rescinde la relación de trabajo, exigen la prestación de veinte días de salario por cada año de servicios prestados, lo que es incorrecto como ya se asentó. Lo dicho tiene su fundamento en los dispuesto por el artículo 52 de la Ley Federal del Trabajo que a la letra dice:

“Artículo 52.- El trabajador podrá separarse de su trabajo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se dé cualquiera de las causas

mencionadas en el artículo anterior (51) y tendrá derecho a que el patrón lo indemnice en los términos del artículo 50.”

b) Terminación

Es otra forma en la que cesan la relación de trabajo; aun cuando la rescisión y la terminación producen el mismo efecto, acabar con la relación o el contrato de trabajo, no son lo mismo ya que el primero es un acto unilateral, mientras que el segundo se puede presentar como un acto bilateral, como un acto consensual o como un acto obligatorio.

De lo anterior podemos decir que la extinción del contrato de trabajo o de la relación se dan de forma distinta, según se hubiera o no establecido un plazo o tomado alguna otra previsión en cuanto a su duración, de tal manera que si no se hubiera estipulado expresamente, la determinación del trabajo será por tiempo indeterminado, esto, a fin de proteger la estabilidad del trabajador en el empleo.

La terminación se puede definir como “La cesación o conclusión de la relación o contrato de trabajo por las causas señaladas en la ley.”¹⁴

Las causales mencionadas en la Ley Federal del Trabajo son:

“Artículo 53.- Son causas de terminación de las relaciones de trabajo:

I.- El mutuo consentimiento de las partes;

II.- La muerte del trabajador;

¹⁴ Cfr. BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío. Legislación Laboral, tercera edición, Limusa, México, 1998. Pág. 44.

III.- La terminación de la obra o vencimiento del término o inversión del capital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36, 37 y 38;

IV.- La incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador, que haga imposible la prestación del trabajo; y

V.- Los casos a que se refiere el artículo 434.”

Finalmente, lo que distingue a la rescisión de la terminación, ambas de la relación o contrato de trabajo, es que en la primera, se da por causa del trabajador o del patrón por haber incurrido la otra parte en alguno de los supuestos citados con antelación, en tanto el segundo, es por mutuo acuerdo o por causas naturales del mismo trabajo, por ejemplo cuando se termina la obra; incluso por la situación física o mental del trabajador; además, esta forma de terminar con la relación de trabajo, no es imputable ni al trabajador o al patrón, pues como puede observarse ninguna de las partes incurre en alguna falta o causa legal de las mencionadas.

1.4 CONVENIOS Y CONTRATOS LABORALES

Al abordar el tema de relaciones de trabajo se dijo que el contrato es una forma de dar origen a dicho vínculo laboral, y para tal efecto es importante remitirnos al Código Civil que en sus artículos 1792 y 1793, nos indican que el “El Convenio en términos generales, es el acuerdo de dos o más personas destinado a crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.”

Los convenios en virtud de los cuales se produce o se transfiere una obligación o un derecho, toman el nombre de contrato; de la definición dada

por el Código Civil, se entiende que el convenio es el genero y el contrato así como el convenio en sentido restringido, son sus especies.

Ahora bien, aplicando estas definiciones a la rama del Derecho Laboral, por Contrato de Trabajo se entiende según el artículo 20 párrafo segundo de la Ley Federal del Trabajo; contrato individual de trabajo es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

En este sentido, se desprende uno de los principios de la relación de trabajo a que alude el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo:

“Se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe”; la intención de este precepto trata de conceder a quien presta un servicio personal una ventaja, salvo que el patrón demuestre lo contrario, toda prestación de servicios será laboral; es decir que la inexistencia del contrato individual es imputable al patrón.

De la definición dada del contrato individual se advierte que en éste existe un acuerdo de voluntades, la obligación de prestar un servicio personal subordinado entendiéndose por ello la dirección y dependencia en el trabajo del trabajador respecto del patrón.

El convenio colectivo posee una significación amplia, a la que puede caracterizarse como un acuerdo entre un sindicato de trabajadores y un patrono para regular en forma colectiva las relaciones entre el trabajo y el capital.¹⁵

En este aspecto, podemos ver que hay contratos y convenios laborales, ya sea en lo individual o en lo colectivo.

¹⁵ Cfr. DE LA CUEVA, Mario. “El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo”, décimo sexta edición, Porrúa, México, 1999. Pág. 386.

En este aspecto, los contratos colectivos y los convenios colectivos en sentido restringido o estricto son las dos especies del género, pero no se colocan en el mismo plano, porque los primeros representan la especie mayor y jerárquicamente superior, en tanto los segundos son la especie menor y subordinada.

En cuanto al convenio colectivo de trabajo, se deduce de las características del anterior concepto y de la relación que guarda aquél con éste, se expresa diciendo que son “los acuerdos celebrados entre los sindicatos de trabajadores y los patrones para reglamentar la aplicación de los contratos colectivos, regulan cuestiones que no se consideraron en los contratos colectivos, superar las condiciones de trabajo en beneficio de los trabajadores y poner fin, en el procedimiento conciliatorio, a los conflictos colectivos que se promueven ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje”¹⁶

Los convenios colectivos pueden mejorar los beneficios de los trabajadores, pero no pueden mermar las condiciones de trabajo, puesto que el derecho de trabajo se creó, precisamente para el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores, por lo que representa la finalidad y consecuencia de su naturaleza.

De lo anterior, se observan los siguientes requisitos, el primero es que deben hacerse constar por escrito, sin cuyo requisito, serán inexistentes; esta exigencia es que contengan una relación circunstanciada de los hechos que motiven el convenio y de los derechos que constituyan su objeto.

El segundo requisito consistente en ser ratificado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje; la Junta lo aprobará siempre que no se trate de transgredir derechos de los trabajadores.

¹⁶ Ibidem, Pág. 387.

Para mejor comprensión nos remitimos al artículo 34 de la Ley Federal del Trabajo, que a la letra dice: .

“Artículo 34.- En los convenios celebrados entre los sindicatos y los patrones que puedan afectar derechos de los trabajadores, se observarán las normas siguientes:

I.- Regirán únicamente para el futuro, por lo que no podrán afectar las prestaciones ya devengadas;

II.- No podrán referirse a trabajadores individualmente determinados; y

III.- Cuando se trate de reducción de los trabajadores, el reajuste se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 437 (escalafón de los trabajadores, a fin de que se separe del trabajo a los de menor antigüedad)”.

Este artículo trata de evitar el peligro que significa la posibilidad de que los convenios colectivos afecten los derechos individuales de cada uno de los trabajadores.

a) Trabajador.

Cuando tratamos el tema de relaciones laborales, se hizo alusión a los elementos subjetivos, consistentes en el trabajador y patrón; ahora bien, por lo que respecta a este punto es saber que se entiende por trabajador, con el objeto de tener una representación mas amplia, de todo lo anterior, pues el trabajador es una figura que resulta de gran importancia.

El trabajador es la persona física que presta a otra física o moral, un trabajo personal subordinado (artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo). A virtud

de esta disposición “se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.”

No hay que perder de vista que únicamente la persona en lo individual, es decir la física es la que tiene la calidad de trabajador; esto en razón de que las personas morales pueden prestar servicios, pero en este caso el tipo de relación no es laboral sino de carácter civil.

b) Patrón

Esta figura del patrón es el segundo de los elementos subjetivos de la relación de trabajo, por lo que al igual que la figura trabajador podemos decir, que para que exista dicha relación laboral no se puede prescindir de alguna de las dos figuras.

Siendo así, y a diferencia del trabajador que como se dijo, únicamente puede ser la persona física; el patrón puede ser persona física o moral.

En esta tesitura, se considera a la persona física al hombre individualmente y por persona moral al agrupamiento de individuos que se proponen una finalidad reconocida por la ley.¹⁷

Patrón según “el artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo, es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.”

Cualquier persona física o moral puede utilizar el trabajo subordinado de trabajadores, bajo una prestación denominada salario, es el equivalente que se

¹⁷Cfr. DAVALOS, José. Derecho del Trabajo I, séptima edición, Porrúa, México, 1992. Pág. 35.

obtiene por el trabajo para todo aquel que lo solicite para llegar a un determinado fin.

1.4.1 ACUERDOS

Cuando hablamos de los convenios y contratos en general, se anunció que estos eran el acuerdo de dos o más personas, pero en este sentido no es claro lo que es un acuerdo, pues a primera vista se podría pensar que es sinónimo de un contrato o convenio incluso de un tratado.

En este sentido, un acuerdo es la unión, armonía entre dos o más personas; también representa resolución tomada en común por varias personas, especialmente por una junta, asamblea o tribunal.

Ahora bien, de lo anterior podemos decir que el acuerdo es la manifestación de la voluntad de dos o mas personas, con el objeto de contraer derechos y obligaciones recíprocos; en este caso y a mi parecer se puede decir que el acuerdo es el medio para poder realizar un contrato, un convenio o un tratado. Con tal afirmación, concibo el acuerdo como un medio preparatorio para elaborar los documentos antes mencionados, pues a través de éste se manifiesta la voluntad que se objetiviza en el contrato o convenio.

Así, el acuerdo en muchas ocasiones es utilizado como sinónimo de contrato o convenio, sin embargo a nuestro parecer son conceptos totalmente distintos, que necesitamos comprender para mejorar nuestra noción acerca del derecho en general.

1.4.2 DERECHO INTERNACIONAL

Dado que nuestro tema se ocupa de las garantías de los trabajadores en un país extranjero, resulta imprescindible hablar del Derecho Internacional, pues a través de éste se regulan las relaciones de los individuos que interactúan en la comunidad internacional.

El Derecho Internacional no es un derecho primitivo que se encuentre en una etapa de evolución inferior; es un sistema jurídico específico creado y aplicado por sus mismos sujetos, que regula su conducta con la finalidad de conservar la paz y la seguridad internacionales.¹⁸

Algunos autores consideran al Derecho Internacional inexistente, otros lo consideran verdadero pero no le dan un valor jurídico. El sistema internacional es un sistema jurídico específico diferente del que rige dentro de los Estados. Su carácter específico deriva de los sujetos a los que se aplica y de la ausencia de órganos centralizados. El Derecho Internacional tiene como sujetos a entidades muchas de las veces muy complejas como los Estados, que tienen entre sí diferencias en lo que se refiere a su nivel de desarrollo económico, social y cultural.

El Derecho Internacional carece de órganos que centralicen la función legislativa, ejecutiva y judicial; pues no existen órganos que tengan como función el hacer el derecho, ejecutarlo o que tengan la jurisdicción internacional; son los mismos sujetos del derecho internacional quienes crean el derecho, aplican el derecho, y son ellos quienes deciden si se someten a la jurisdicción internacional.

¹⁸ Cfr. BECERRA RAMÍREZ, Manuel. Derecho Internacional Público, Oxford University Press, México, 1997. Pág. 4.

En suma, el derecho internacional es un orden jurídico descentralizado que responde a las características que prevalecen en las relaciones internacionales y su objetivo es proteger primordialmente la paz y la seguridad internacionales.

a) Retorción

La retorción es una medida por medio de la cual se imponen sanciones a aquellos países que transgreden las reglas que ellos mismo aceptan para sostener relaciones internacionales pacíficas, siendo una figura que el Derecho Internacional utiliza únicamente si no encuentra otra forma de solución pacífica.¹⁹

Ahora bien, la retorción es la réplica dada por un Estado a otro que a realizado frente a él un acto contrario a sus intereses, consistente en un acto semejante al que la motiva o de distinta naturaleza. Tiene su manifestación más severa en la ruptura de relaciones diplomáticas.

Como un ejemplo de la retorción tenemos el negarse a conceder ciertos privilegios, como ayuda económica, la expulsión de diplomáticos, que no sean objeto de un tratado internacional.

En este sentido, la figura en comento representa uno de los instrumentos internacionales utilizados por los Estados como medida sancionadora, respecto de aquéllos que infringen lo acordado.

¹⁹ Cfr. DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, vigésimo segunda edición, Porrúa, México, 1996. Pág. 444.

b) Represalias

La represalia es otra figura que el Derecho Internacional utiliza como medio para aplicar sanciones a los transgresores del mismo ordenamiento internacional.

Se entiende por Represalias las medidas encaminadas a causar un daño o molestia adoptadas por un Estado como respuesta a las de igual naturaleza puestas en práctica por otro Estado en su perjuicio.²⁰

En este sentido, la represalia constituye una sanción decidida y también impuesta por el Estado que ha visto vulnerada en su perjuicio, una norma jurídica internacional, pero deben ser proporcionales al acto ilegítimo original.

Además, las represalias están condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos, tales como el que sea legal, es decir que el recurso de la represalia sólo puede llevarse a cabo después de presentarse una demanda de reparación y de haber fracasado ésta.

También debe ser proporcional al perjuicio sufrido; o sea, no pueden resultar en pérdidas o daños desproporcionados mayores que los causados por el Estado delincuente, y no pueden consistir en un empleo de fuerza en medida mayor que la razonablemente necesaria para asegurar una solución.

Ejemplificando, una represalia sería la incautación de bienes que un Estado hubiera hecho con anticipación, respecto de otro estado que actuó igual.

Ahora bien, la Convención número Dos de la Haya, de 1907, relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales,

²⁰ Ibidem, Pág. 441.

determinó en el artículo 1 que las potencias contratantes convinieron en no recurrir a la fuerza armada para recobrar deudas contractuales reclamadas al gobierno de un país por el gobierno de otro país como debidas a nacionales suyos, salvo que el estado deudor rehusé o deje sin respuesta una proposición de arbitraje, o en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o, después del arbitraje, deje de conformarse con la sentencia dictada.

1.4.3 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Gran parte de la doctrina ha señalado que la razón de ser del Derecho Internacional Privado responde a dos presupuestos; el jurídico por la pluralidad y diversidad de ordenamientos jurídicos estatales, infraestatales, y de otro tipo como el religioso y el sociológico; pues las relaciones jurídicas en las que participan personas físicas o jurídicas que no se limitan al seno de un solo ordenamiento jurídico, sino que lo rebasan poniendo en conexión sistemas normativos diversos.

Dicha diversidad legislativa y la existencia, entre ciudadanos de distintos Estados, de múltiples relaciones, sociales, económicas y, por ello jurídicas, explica que, cada vez con mas frecuencia, surjan conflictos, ya sea entre los propios particulares o entre las normas de uno y otro Estado en que aquellos se amparan, trascendiendo al Derecho Internacional.

En este sentido, los actos de los humanos con relevancia jurídica pueden interesar, a un mismo tiempo, a varias legislaciones de nuestra fraccionada comunidad internacional, en tal caso al surgir un litigio es difícil determinar el

Juez que lo va a conocer y resolver con fuerza vinculativa, y qué normas jurídicas sustantivas se van aplicar para dirimirlo.

El Derecho Internacional Privado es la rama del Derecho Público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver conflictos de leyes, referentes al nacimiento o a la extinción de los mismos y a asegurar el respeto de estos derechos.²¹

Hay quienes consideran al Derecho Internacional Privado en su parte medular, se integra por un conjunto de normas jurídicas nacionales y supranacionales de Derecho Público que tienen por objeto solucionar una controversia de carácter interestatal o internacional mediante la elección del juez competente para dirimirla, de la ley aplicable al fondo del asunto o la utilización de la norma que específicamente dará una solución directa a la controversia en caso de que existan derechos de más de un Estado que converjan en un determinado aspecto de la situación concreta.²²

De lo anterior, se desprende que el Derecho Internacional Privado es aquel que primordialmente se ocupa de determinar quien será el Juez competente que conocerá y por tanto resolverá tal controversia, con lo que se advierte que el juez designado no puede limitarse a aplicar solo la propia ley, sino que tiene que recurrir a la ley extranjera también.

Finalmente, para determinar la diferencia entre derecho internacional privado y público es preciso abordar en el siguiente punto lo referente a este último derecho.

²¹ Cfr. BARROSO FIGUEROA, José. Derecho Internacional del Trabajo, Porrúa, México 1987. Pág. 3.

²² Cfr. CONTRERAS VACA, José Francisco. Derecho Internacional Privado, Oxford University Press, México, 1998. Pág. 4

1.4.4 DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La historia del Derecho Internacional es tan plural en su naturaleza como antigua en su origen; la realidad es que, en este campo, aparecen normalmente mezclados tres planos distintos: la historia de las relaciones internacionales, el de las instituciones internacionales y la doctrina iusinternacional.

Las relaciones internacionales comienzan con la aparición de las diferentes civilizaciones y las luchas de los pueblos entre sí, para ir centrándose en torno a las relaciones de los Estados Europeos, que dominan el mundo durante largo años, y terminar con unas relaciones a escala universal no sin que el protagonismo real pertenezca sólo a ciertas potencias; estas relaciones son el entramado del cuál nace el Derecho Internacional, mediante la aparición de una serie de instituciones internacionales que han ido tejiendo el complejo del sistema actual.

Por otra parte, la doctrina de los autores ha contribuido de manera decisiva en la elaboración del Derecho Internacional vigente, puesto que ellos al ser estudiosos en el derecho interpretan al derecho positivo para su mejor comprensión.

Existen una diversidad de definiciones de Derecho Internacional Público, así mismo todas son admisibles debido a que los diversos investigadores tienen la libertad de delimitar y denominar a discreción el objeto de su estudio.

En esta tesitura, se han derivado una serie de problemas teóricos, en donde el más común es el de la negación del derecho internacional por confundirlo con al política internacional de algunas potencias que violan esa normatividad internacional, de ahí que es importante decir que el Derecho

Internacional Público es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional.²³

Atento a lo anterior, se desprende que estructuralmente, el Derecho Internacional determina quiénes son los sujetos a los que se dirige, cuáles son sus competencias y cómo son los instrumentos que utilizan.

La definición dada abarca no sólo a los Estados soberanos como sujetos de aquel Derecho, como aquellas definiciones que consideraban que tal Derecho regía las relaciones estatales recíprocas, en este caso la nueva concepción, amplía las relaciones jurídicas que atañen a todos los sujetos que concurren en la comunidad internacional, incluso aunque no haya reciprocidad, con lo cual no solo se alude a las relaciones interestatales sino también a aquellos organismos internacionales.

1.5 TRATADOS INTERNACIONALES

En párrafos anteriores, se dijo que el Derecho Internacional desde el punto de vista estructural, determina quiénes son los sujetos a los que se dirige, cuáles son sus competencias y cómo son los instrumentos que utilizan; esto último es de relevancia para este tema, puesto que los tratados son la herramienta jurídica para sostener las relaciones internacionales.

En este aspecto, los tratados son instrumentos jurídicos que bien pudiéramos asimilar a los contratos en el sentido de que mediante el consentimiento manifestado por los Estados con ese carácter en el caso de los tratados se da vida a un vehículo jurídico y se crean derechos y obligaciones

²³ Cfr. DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, vigésimo segunda edición, Porrúa, México, 1996. Pág. 235.

entre las partes. Es decir, que así como los particulares se sirven de los contratos para estipular derechos y obligaciones entre sí, los sujetos de derecho internacional y particularmente los Estados, celebran tratados sobre las más variadas materias con la intención de crear derechos y obligaciones regidos por el Derecho Internacional.

Así las cosas, los tratados son una de las disciplinas que más se ha desarrollado en los últimos años; en el ámbito internacional, ha pasado de ser mero derecho consuetudinario a ser derecho codificado, a partir de la celebración de las Convenciones de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados y la de 1986 sobre Tratados Celebrados entre Organismos Internacionales o entre Organismos Internacionales y Estados.

Se entiende por tratado internacional, el acto jurídico regido por el Derecho Internacional que entraña el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de la comunidad internacional, principalmente Estados, con la intención lícita de crear, transmitir, modificar, extinguir, conservar, aclarar, certificar, detallar, derechos y obligaciones.²⁴

Por otro lado, la convención de Viena citada, sobre el Derechos de los tratados, emanada de la conferencia realizada de Viena, Austria, en 1969, que se aplica a aquellos exclusivamente celebrados entre Estados, que establece en su artículo 2, apartado 1, inciso a), que el tratado es:

Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

²⁴ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público, segunda edición, Porrúa, México 1993. Pág. 631.

En este sentido, en los tratados internacionales, quedan incluidos los acuerdos entre los sujetos internacionales, cualquiera que sea la forma y la denominación que se adopte; en este caso no importa la calificación que se le de al tratado, es decir, que si se habla de un acuerdo, acuerdos simplificados, protocolos, convenios, convenciones, todos éstos materialmente son tratados.

De todo lo anterior, se deduce que la Convención y los doctrinarios aplican únicamente a Tratados celebrados entre Estados, por escrito y que sean regidos por el Derecho Internacional. De igual forma, se reconoce la posibilidad de que el acuerdo conste de más de un instrumento y denominándolo como las partes prefieran.

Cuando hay necesidad, por un lado, de celebrar Tratados sobre materias de competencia local y, por otro, respetar la distribución de competencias que establece el artículo 124 Constitucional, para tal efecto, el sistema jurídico internacional, a través de las convenciones o tratados en los que participan Estados Federales, ha incluido la llamada cláusula federal, disposición en que México es parte. Su texto expresa: *"Los Estados partes que tenga dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales, o solamente a una o más de ellas"*.

Por lo general, México, a diferencia de otros Estados Federales, como Estados Unidos de América y Canadá, no hace uso de esta cláusula, por lo que de acuerdo con el artículo 29 de la citada Convención, los tratados que celebramos, aún cuando versen sobre materias de competencia local, son obligatorias para efectos internacionales en la totalidad del territorio mexicano.

Al no hacer valer la cláusula federal, corremos el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional en el caso de que por mutuo propio o instancia de parte, una autoridad mexicana dejara de aplicar un tratado por considerarlo anticonstitucional.

Para poder suscribir un tratado se necesitan de algunos requisitos, por lo que mencionaremos algunos de esos elementos:

- Los Estados son jurídicamente iguales,
- Cada Estado goza de derechos inherentes a la plena soberanía;
- Tiene el deber de respetar la personalidad de otros Estados;
- La integridad territorial y la independencia política de cada Estado son inviolables.
- Cada Estado tiene el derecho de escoger y de desarrollar libremente su sistema político, social económico y cultural.

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, según el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969.”

Cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los otros estados; de ahí que para celebrar un tratado hay que observar las normas internacionales, así como las federales.

1.5.1 CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS.

Después de haber definido el tratado es importante dar una clasificación, ello para la mejor comprensión del tema en cuestión.

Según el Doctor Carlos Arrellano García, los tratados se clasifican en:

1.- Desde el punto de vista del número de Altas partes contratantes, se clasifican en tratados **bilaterales**, cuando son dos las Altas partes contratantes, y **multilaterales o plurilaterales**, aquellos en que intervienen mas de dos partes.

2.- Desde el punto de vista de la materia en jurídicos, económicos, comerciales, administrativos, políticos, militares, de alianza, culturales, tecnológicos, de defensa etc.

3.- Desde el punto de vista del carácter normativo, se establecen normas **jurídicas individualizadas** para los Estados se denomina "**Tratados-contratos**", frente a los que se establecen **normas jurídicas generales**, para los Estados "**Tratados- leyes**".²⁵

Los tratados-contratos, se destinan a regular intereses recíprocos de los estados; resultan de concesiones mutuas, o más bien de un trueque de voluntades, que apuntan a fines distintos; y tienen la apariencia de contratos. Sus efectos son de carácter subjetivo.

Los tratados-leyes, tienen como fin fijar normas de derecho internacional y pueden ser comparados a leyes; suelen celebrarse entre muchos Estados y resultan de un acuerdo de voluntades en el mismo sentido, procurando establecer normas objetivas.

Cabe mencionar que **la bilateralización**.- Es una modalidad aplicada a los tratados multilaterales que hasta hoy se utiliza en algunos convenios europeos, surgió en 1966 de la Novena Sesión Ordinaria de la Conferencia de la

²⁵ Cfr. ARRELLANO GARCÍA, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Porrúa, México, 1997. Pp. 638 y 639.

Haya de Derecho Internacional Privado y se empleó, por primera ocasión, en al Convención sobre Obtención de Pruebas en Materia Civil o Comercial del 18 de marzo de 1970. Este método señala que el acuerdo entrará en vigor sólo para la nación adherida y aquellos Estados contratantes que hubieren declarado aceptarla, lo cual da confianza a las partes y fomenta la suscripción.²⁶

Otra clasificación de los tratados, solo en cuanto a los no citados por el citado Doctor Arellano García; ello, a virtud de agotar en su totalidad el tema en cuestión:

1. Acuerdos puramente comunitarios y acuerdos mixtos.

Los **acuerdos puramente comunitarios** son aquellos en que sólo la Comunidad puede concluirlos ya que trata materias que en su totalidad entran en el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas por los tratados. De esta manera, los Estados miembros están obligados a respetarlos y aplicarlos. Es el caso de la mayoría de acuerdos bilaterales y entre estos, especialmente los comerciales.

En los **acuerdos mixtos** la participación de la Comunidad se limita a las materias del acuerdo que dependen de su competencia mientras que el resto del acuerdo puede ser aceptado por los Estados miembros. Este tipo de acuerdo suele ser la regla general de todos los acuerdos multilaterales

2. Acuerdos comerciales y acuerdos de asociación

Los **acuerdos comerciales** son aquellos celebrados en el ámbito de la política comercial común y, en principio, en base a lo establecido en el artículo

²⁶ Cfr. BECERRA RAMÍREZ, Manuel. Derecho Internacional Público, Oxford University Press, México, 1997. Pp. 17 y 18.

133, aunque con la evolución de esta política, también ha variado el contenido de estos acuerdos.

Los **acuerdos de asociación** son aquellos celebrados por la Comunidad con uno o más Estados o con organizaciones internacionales que establezcan una asociación que entraña derechos y obligaciones recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares. Existen varios tipos de pactos de asociación como por ejemplo los que hacen referencia a los acuerdos que se establecen bajo perspectiva de adhesión o los acuerdos de cooperación.

Acuerdos celebrados en el ámbito de las políticas comunitarias.

Con las modificaciones del tratado constitutivo de la CEE se ha previsto la competencia comunitaria para concluir acuerdos internacionales en determinadas políticas comunitarias:

Al respecto conviene reflexionar sobre este punto:

- Respecto a la competencia para celebrar tratados internacionales, conforme con el artículo 89 Constitucional, fracción X, ésta es exclusiva del Presidente de la República, quien deberá actuar como jefe de Estado y no como ejecutivo Federal.
- Los Tratados, además, deberán aprobarlos el Senado, de conformidad con el artículo 76, fracción I de la Constitución.
- El artículo 133 Constitucional no es impedimento para que un Juez del fuero común analice y decida sobre la aplicabilidad de una Convención o Tratados Internacionales, puesto que estos podrían no estar de acuerdo con la Constitución.

- En virtud de que los Tratados y la leyes Ordinarias de los Estados están subordinados a la Constitución Federal, no hay supremacía u orden jerárquico entre ellos, sino que se aplican en ámbitos distintos.
- Una correcta utilización de la Cláusula Federal podría ser la solución al problema que presenta la celebración de Tratados Internacionales que versen sobre materias de competencia reservada a las Entidades Federativas, en los Estados Federales como lo es México.

Finalmente, agotado el tema de lo que se entiende por tratado y su clasificación, es menester de este trabajo de investigación saber en que preceptos constitucionales regulan lo referente a los citados tratados; para tal fin en párrafos siguientes nos abocaremos a tal situación.

a) Regulación Constitucional.

Los tratados internacionales se encuentran regulados en la Constitución mexicana vigente en sus artículos 15, 18, 76, fracción I; 89, fracción X; 117 y 133.

El artículo 15 Constitucional restringe las facultades del poder ejecutivo y del senado para celebrar tratados, facultades previstas en los artículos 89, fracción X, y 76 párrafo I constitucionales en su última parte desautoriza en forma generalizada la celebración de tratados que alteren las garantías o derechos del hombre. Esta restricción está encaminada a la protección de la totalidad de los derechos civiles o individuales, así como de los derechos políticos o del ciudadano.

El artículo 18 constitucional, en su último párrafo, prevé la celebración de tratados para efecto de llevar a cabo el llamado intercambio internacional de reos de nacionalidad mexicana o extranjeros.

Por su parte, el artículo 117 constitucional establece una prohibición a las entidades federativas para celebrar "alianza, tratado, o coalición con otro estado o con potencias extranjeras".

Esta prohibición resulta congruente con la naturaleza jurídica del Estado Federal Mexicano, ya que los estados miembros carecen de personalidad jurídica para actuar como sujetos de derecho internacional.

En relación con el orden de jerarquía que guardan las normas dentro del sistema jurídico mexicano, el artículo 133 constitucional señala:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

El último párrafo del citado artículo nos lleva a plantear si deben aplicarse los tratados internacionales indefectiblemente sobre las leyes locales.

Si en la práctica, al juez se le presenta la disyuntiva de tener que elegir entre una disposición estatal y una convención internacional que regulan una misma situación jurídica en forma contradictoria, lo primero, que deberá resolver de acuerdo con el artículo en comento, es si está facultado para no aplicar el tratado.

De acuerdo con algunos autores, el juez debe aplicar el tratado internacional aún cuando este se encuentre en conflicto con las disposiciones locales.

En atención a lo anterior, el ministro Tena Ramírez, comenta que un juez común no puede definir, en un juicio ordinario, cual de las dos leyes provenientes de distintas jurisdicciones es la competente, para el efecto de no aplicar la ley de jurisdicción incompetente debe reducirse a respetar la presunción constitucional del derecho federal, que sólo puede ser destruida por un fallo de la Justicia de la Unión.

Al respecto, se sostiene el criterio de que el juez local debe aplicar la norma que considere que esté de acuerdo con la Constitución. Si aplica la ley constitucional, a pesar de que se lleve el asunto al juicio de amparo, el fallo dictado por el juez del fuero común quedará firme, es decir, que por respeto al orden constitucional e inclusive por economía procesal, debe aplicarse la disposición que este de acuerdo con la carta magna.

Relacionado el artículo 133 constitucional, con el 124, ambos de la Constitución, establece un sistema de delegación expresa de facultades a los funcionarios federales y reserva para las entidades federativas las facultades que no sean expresamente concedidas a la federación, se presenta el problema de si un tratado internacional que contenga disposiciones sobre materias de competencia local, debe estar o no apegado a la Constitución.

Sobre este particular existen también opiniones opuestas: el Ejecutivo Federal si puede celebrar tratados internacionales en materias que estén reservadas a los estados de la federación, y que tales tratados sólo requieren de la aprobación del Senado, sin que sea necesaria la intervención de otro órgano para que el Presidente pueda ratificarlos o adherirse a ellos a nivel internacional.

Algunos juristas, sostienen la validez de los tratados internacionales celebrados en materias reservadas a los Estados. Para ello se basan en los argumentos de la jurisprudencia estadounidense, la cual ha sostenido que las leyes del Congreso son ley suprema, sólo cuando se promulgan en cumplimiento de la Constitución, mientras que los tratados serán declarados así cuando sean hechos bajo la autoridad de Estados Unidos, es decir, bajo la autoridad del Senado.

En nuestro sistema jurídico el criterio estadounidense no es aplicable, puesto que la Constitución del pueblo mexicano es diferente a la del país vecino, debido a nuestras raíces.

En México, por nuestra tradición histórica se establece en la Constitución disposiciones para limitar las facultades del poder público.

En suma, la diferencia fundamental entre el sistema norteamericano y el mexicano, en relación con la validez de los tratados, estriba en que, para ellos, son regla suprema cuando están celebrados bajo la autoridad de los Estados Unidos, mientras que, para nosotros, lo son siempre y cuando se hallen de acuerdo con nuestra Constitución.

En opinión de quien esto escribe, no hay supremacía del derecho federal sobre el local, debido a que ambos están subordinados a la Constitución Federal. Se trata de dos esferas de validez independientes, y cuyas facultades limita expresamente la Constitución en el artículo 124; de ahí que quizás debamos buscar la respuesta en el derecho convencional; además la realidad nos muestra que los tratados internacionales algunas veces se encuentran por encima de la Constitución, esto cuando se anteponen intereses económicos, predominado así la ley del más fuerte, hablando cuando se trata de un país desarrollado.

1.5.2 Ley sobre celebración de Tratados Internacionales.

Esta Ley sobre celebración de Tratados Internacionales se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 2 de Enero de 1992, entrando en vigor el día siguiente. Cuenta con 11 artículos, en los cuales se repiten las disposiciones de la Convención de Viena o de la Propia Constitución.

Lo más relevante e interesante, es la distinción de los dos tipos de instrumentos internacionales: los tratados internacionales y los acuerdos interinstitucionales.

A los primeros los define en su artículo 2, apartado 1, de la siguiente manera:

“Tratado: el Convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen.” Se ha llegado a entender que al definir esos acuerdos, se faculta a cualquier dependencia u organismo descentralizada de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal para celebrar lo que prácticamente sería un tratado, y un compromiso del país en el ámbito internacional.

Debido a la exigencia de que los acuerdos interinstitucionales estén regidos por el Derecho Internacional Público, el legislador evitó, que se de el supuesto de que cualquier organismo o dependencia de cualquiera de los niveles del gobierno comprometa a la nación pues, el derecho internacional que rige los tratados son las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, la primera de ellas regula los tratados celebrados entre organizaciones internacionales o entre

organizaciones internacionales y Estados; es decir, el derecho internacional no regula tales acuerdos interinstitucionales como lo pretende la Ley sobre al Celebración de Tratados, por lo que difícilmente podría fincarsele responsabilidad internacional al Estado Mexicano por el incumplimiento de estos acuerdos.

Otro de los aspectos más notables de esta ley es el contenido en su artículo 8:

“Cualquier Tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias leales, en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas, y por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internaciones, deberá:

- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de responsabilidad internacional;
- Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y
- Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad”.

Es de sobra conocido que en las relaciones jurídicas de carácter internacional rige el principio de reciprocidad así como que en todo proceso o juicio debe respetarse la garantía de audiencia y asegurarse la imparcialidad del o de los juzgadores. Lo trascendente de este artículo se localiza en el exordio donde se prevé la posibilidad de que la Federación sea parte en un procedimiento de solución de controversias previstas por un tratado o acuerdo interinstitucional.

Ha sido criticada en el sentido de que reconoce la posibilidad de que a través de un acuerdo interinstitucional se someta al Estado Mexicano a un arbitraje o a cualquiera otro método de solución de controversias, y se renuncia a la inmunidad de que goza el país.

Sin embargo, consideramos que ni el derecho internacional, ni el constitucional mexicano aceptan esta posibilidad. En el plano internacional, como lo anotamos con anterioridad, no son regulados los mencionados acuerdos interinstitucionales, y en el ámbito de nuestra Constitución, el artículo 104 de ésta es muy claro: "Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer: 1. de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas a elección del actor, los jueces tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal ..."

Al no concebir la Constitución los acuerdos interinstitucionales su suprime la posibilidad de que con base en ellos se someta al Estado Mexicano a un arbitraje o a cualquier otro método de solución de controversias. Además, en lo que respecta a los tratados, queda claro que en toda controversia que se suscite sobre el cumplimiento o aplicación de estos y en la que sea parte la Federación, serán competentes, por disposición constitucional, los tribunales federales.

Quizá hubiese sido más acertado, por parte del legislador ordinario, tratar por separado los diversos mecanismos de solución pacífica de controversias: por un lado, los reconocidos por el derecho internacional público y acogidos por nuestra Carta Magna en su artículo 89 fracción X, y, por otro, los mecanismos de carácter privado, es decir, los contemplados por el derecho internacional privado o el derecho comercial internacional.

Respecto de los acuerdos interinstitucionales, el mismo artículo 2 de la citada ley, en su apartado II, señala:

“Acuerdo Interinstitucional: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal, y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente aprobado”.

Respecto de la Constitucionalidad de la Ley sobre Celebración de Tratados, especialmente de su artículo 8, de cuya redacción vigente se entiende que la Federación puede quedar sometida a dirimir las controversias que tenga con personas físicas o morales extranjeras, mediante los mecanismos que algún tratado internacional prevea.

Finalmente, cabe señalar que conforme al párrafo final del artículo 4 de la ley en comento, para ser obligatorios en el territorio nacional, los tratados deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación. Este es otro de los puntos que los distinguen de los acuerdos interinstitucionales.

Hasta ahora, entendiendo los conceptos generales de derecho y la problemática que implican la suscripción y la aplicación de los tratados internacionales, sometida esta en materia laboral por medio de un acuerdo que contemple los derechos de los trabajadores, se suscitan una serie de problemas, por lo que en atención a nuestro propósito es encontrar alguna solución para poder utilizar de manera adecuada lo que son las relaciones entre los diferentes Estados, sin que se encuentre perjudicados los derechos mínimos del trabajador en territorio extranjero.

CAPITULO SEGUNDO

2.0 ÁMBITO ESPACIAL Y JURÍDICO DEL DERECHO LABORAL

Cuando tratamos el tema de la norma jurídica, únicamente nos referimos a su definición y los tipos que existen; en este sentido, es menester saber como se aplica ésta en el ámbito espacial y jurídico; pero para una mejor comprensión del tema es necesario tratarlo desde un punto de vista general, ello, a efecto de aplicarlo en específico al derecho laboral y estar en posibilidad de estudiar la materia que nos ocupa de fondo.

Según Eduardo A. Russo al referirse a la aplicación de la norma, comenta que es el acto normal de aplicación del derecho, es una conducta causalmente influenciada por la totalidad de los factores jurídicos (fuentes) que tiende a la adecuación de los mismos a un caso real y concreto.

De lo anterior, podemos decir que la aplicación de la norma jurídica, es el momento más importante del derecho, pues con ello se hace realidad el estado de derecho, ya que es la forma de llevarlo a cabo; lo anterior consiste en aplicar una norma general y abstracta al caso concreto y particular.

Hay veces que la realización de la norma traer aparejado la ejecución de la misma, ya que consiste en la idea hipotética del precepto conceptualizado por el legislador, y aquí es donde surge la problemática entre aplicación y ejecución de las normas, puesto que no es lo mismo aplicar que ejecutar, para tal efecto es indispensable distinguir dos operaciones para la procedencia de aplicación.

Determinar las condiciones, en relación con el tiempo y con el espacio, es decir, proceso de creación de normas; y la interpretación del precepto.

Cuando se observa la realización de la norma a través de las dos operaciones anteriores puede determinarse, si una norma se aplica y después se ejecuta.

Por otro lado, cuando una norma no es observada voluntariamente, o cuando su aplicación requiere de la previa comprobación por parte de la autoridad, del hecho o hechos que la motivan, la sanción es el elemento de garantía.

Manuel Ovilla Mandujano, manifiesta que aplicar quiere decir; "atribuir, instituir, fundar, establecer, producir, e imputar a alguien una norma; es una decisión y a su vez un resultado".²⁷

Como resultado, es el efecto del acto de autoridad y constituye la individualización de una norma general y abstracta a un asunto concreto y particular; y, como decisión, éste puede ser judicial, administrativo o civil. La decisión será siempre un acto de autoridad y esta última es una calificación que el orden jurídico da a ciertas personas.

Por estas razones se desprende que la aplicación de las normas, se refiere a ellas nada más, de tal manera que no es posible hablar de la aplicación de la ley, por que esta última contempla una pluralidad de situaciones que no es posible que se den simultáneamente.

En este sentido, recordemos que las norma jurídicas viven en las leyes y reglamentos, por no mencionar todos los instrumentos normativos, legales, y el conjunto de leyes y otros instrumentos constituyen el orden jurídico nacional; pero de esto a contemplar el derecho o la ley tienen que aplicarse, es un

²⁷ Cfr. OVILLA MANDUJANO, Manuel. Teoría del Derecho, Duero, México 1990. Pág. 244.

absurdo, lo que tiende en verdad a aplicarse son las normas que constituyen la parcialidad del todo jurídico.

Aplicar la ley, tiene algunos problemas más aparejados porque aparecen conflictos que deben resolverse ya en el tiempo, o el espacio, o técnicamente el ámbito de validez de la norma jurídica puede presentar problemas a resolver.

“La determinación de la existencia o de la vida de la norma se hace a través de constatar los ámbitos de validez temporal y parcial respectivamente referidos a un sistema normativo jurídico.”

La norma exige encontrar sus rasgos jurídicos y el proceso de determinación de la misma, debe realizar una última constatación cuya importancia resulta potenciada dentro de la estructura del Estado de Derecho; esta prueba consiste en la verificación de su legalidad formal y el Jusnaturalismo incluso reclama una constatación material, que consistiría en la legalidad substancial de la norma: en su justicia intrínseca.

Ahora bien, según Kelsen el ámbito de validez de las normas jurídicas debe ser considerado desde cuatro puntos de vista: el espacial, el temporal, el material y el personal; atendiendo esta postura y para la finalidad del tema que nos ocupa haremos alusión de las dos primeras, ello, en virtud de poder establecer el conflicto de las normas que se suscitan.

Atendiendo al ámbito en cuanto al tiempo, diremos que las normas jurídicas pueden ser de vigencia determinada o indeterminada; las primeras son aquellas cuyo ámbito temporal de validez formal se encuentra establecido de antemano; en tanto que las segundas, como aquellas cuyo lapso de vigencia no se ha fijado desde un principio.

Por otro lado, el ámbito espacial se refiere a que estas pueden ser generales o locales; las primeras se refieren a que son vigentes en todo el territorio del estado; y, las segundas solo tienen aplicación en una parte del mismo; en este orden de ideas cuando hablamos del territorio dijimos que este era un concepto tridimensional que se refería al espacio aéreo, al territorio marítimo y al terrestre, en este sentido podemos decir que el ámbito espacial, es precisamente el espacio físico, comprendido en sus tres posturas, en donde se aplica la norma jurídica.

2.1 Conflicto de Normas en el tiempo y en el espacio.

Para un mejor entendimiento del tema que nos ocupa es preciso tratarlo por separado, para tal fin hablaremos primero del conflicto de normas en el tiempo y para ello el maestro García Máynez que nos indica que:

“En principio, las normas jurídicas rigen todos los hechos que, durante el lapso de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos. Si un supuesto se realiza mientras una ley está en vigor, las consecuencias jurídicas que la disposición señala deben imputarse al hecho condicionante. Realizado éste, *ipso iure* se actualizan sus consecuencias normativas. Las facultades y deberes derivados de la realización de un supuesto poseen una existencia temporal más o menos larga. Algunas veces, la disposición normativa indica la duración de aquellos; otras, tal duración es indefinida, y la extinción de las consecuencias de derecho dependen de la realización de ciertos supuestos”.²⁸

²⁸ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, vigésimo quinta edición, Porrúa, México, Pág. 390.

La ley se integra de normas jurídicas y normas no-jurídicas, cuyos signos son la generalidad, la abstracción y su obligatoriedad, en el caso de las primeras, tienen además una fecha en la que empieza su vigencia, su vida legal, a partir de la cual es obligatoria para todos en su observación, pero puede llegar a perder su vigencia temporal en un momento posterior la abrogación o derogación; entendiendo lo primero, la supresión total de las normas, y lo segundo, la supresión parcial de ellas.

En este sentido, la ley integrada por las normas jurídicas tiene validez dentro de un período, que va desde su iniciación de vigencia, hasta su abrogación o derogación, tecnicismos propios de la vigencia normativa.

La retroactividad de las normas o de la ley, significa que la nueva ley abarca efectos jurídicos que nacieron bajo la vigencia de la ley anterior, extiende hacia el pasado su fuerza obligatoria.

El artículo 14 Constitucional expresa: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo, en perjuicio de persona alguna; en este caso, en principio la ley no debe aplicarse retroactivamente, pero este principio no es considerado como absoluto ya que admite excepciones, esto es, la aplicación retroactiva será permitida si beneficia a alguien en particular.

Las normas jurídicas contenidas en las leyes o los reglamentos deben de aplicarse a todos los casos desde que entran en vigor hasta dejar de tenerlo, por lo que es indispensable conocer cuando se inicia la vigencia y cuando termina, aquí juegan un papel importante los artículos transitorios de las leyes y reglamentos, en este aspecto es común que el legislador señale una fecha determinada desde su publicación para que entre en vigor.

En este tenor, se desprende como es posible que una ley se aplique no sólo a los hechos jurídicos ocurridos a partir de la iniciación de su vigencia, sino a las consecuencias normativas de hechos anteriores, inicialmente regidos por otra ley. Ello implica la coincidencia de los supuestos de ambas leyes, así como la divergencia de sus disposiciones y la perduración de las consecuencias normativas nacidas bajo el imperio del primer precepto.

En otro aspecto, agotado el conflicto de normas en el tiempo, es necesario referirnos al conflicto de normas que se presentan en cuanto al espacio, es decir y como lo dijimos antes, como se aplican estas normas en el territorio mexicano; teniendo en cuenta que existen tres niveles de gobierno, que a saber son el Federal, Estatal y Municipal.

Toda ley tiene un ámbito temporal y un ámbito espacial de vigencia. Esto significa que sólo obliga por cierto tiempo, y en determinada porción del espacio.

Los llamados conflictos de leyes en el espacio no solamente se refieren a la determinación del ámbito espacial, sino a la del personal de vigencia de los preceptos legales. Pues, no se trata únicamente de inquirir que la ley debe aplicarse en tal o cual lugar sino de saber si una cierta persona debe aplicársele su propia ley o la extranjera. Otras veces el conflicto existe entre preceptos de diferentes provincias de un mismo Estado, o entre leyes de distintas partes de una Federación.

Los conflictos de leyes en el espacio se reducen siempre a establecer el carácter territorial o extraterritorial de determinado precepto. En principio, las leyes vigentes en un Estado se aplican dentro del territorio del mismo. Lo que en derecho público se llama territorio no es otra cosa que el ámbito normal de vigencia del orden jurídico de un Estado, en relación con el espacio. Decimos

normal porque en ciertos casos se admite la posibilidad de que la ley obligatoria en el territorio de un Estado se aplique fuera de él, o la ley extranjera tenga aplicación en territorio nacional.

Atendiendo los párrafos que anteceden y a palabras de García Máynez, nos indica que, todo lo anterior es consecuencia de la pluralidad de legislaciones, ya sea en el interior de un Estado, ya en el orden internacional. Como la actividad de las personas no se desenvuelve siempre, desde el punto de vista del derecho, en el ámbito espacial de vigencia del Estado, a que pertenece, sino que puede desarrollarse en territorio extranjero, o en relación con personas de diferente nacionalidad, o con bienes ubicados en otro Estado, a menudo surgen las cuestiones concernientes a la autoridad extraterritorial o puramente territorial de las diversas normas.

Tratado el conflicto de leyes tanto espaciales como temporales en el Derecho en sentido general, es menester aplicarlos en específico, esto es, a una de las ramas del ordenamiento jurídico denominada Derecho laboral.

2.1.1 Aplicación de las normas de trabajo en función del Espacio y del Tiempo.

En términos generales nunca ha sido problema la ausencia o la insuficiencia de la norma laboral; la hay, y es generosa y buena; lo que hace falta es su aplicación.

Nuestra acción debe de orientarse en dos direcciones; por un lado, adecuar la ley a las grandes transformaciones de hoy y, por otro, hacer que las normas abandonen su mundo de tinta y papel y se materialicen en la realidad.

Uno de los aspectos que contribuyen a complicar el problema de la falta de aplicación de la norma laboral, es la grave dispersión normativa, que proporciona el trato desigual por parte de las mismas leyes. La distinción comienza con la Constitución, al establecer dos regímenes laborales diferentes.

En este sentido, el derecho laboral mexicano rige todas las relaciones de trabajo que existan sobre el territorio nacional, de mexicanos o de extranjeros, independientemente del acto o causa que le dio origen, es decir que la ley federal de trabajo será aplicable a todas las relaciones laborales que se presenten en el territorio nacional.

Lo anterior se apoya en consideraciones diversas: nuestro derecho del trabajo, al que hemos construido como una pirámide invertida, porque su vértice, que es la Declaración de Derechos Sociales, está sumergido en el alma soberana de la Nación, de donde irradia hacia la totalidad de la clase trabajadora, forma parte de los derechos de la persona, por lo que se extiende a todo prestador de trabajo.

En el artículo 1º de la Ley Federal del Trabajo dispone que: es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el Artículo 123, apartado A, de la Constitución.

En este sentido es preciso enfatizar algunos puntos relevantes relacionados con los principios que se establecen en las normas de carácter laboral:

Derechos y limitaciones en el trabajo de los extranjeros: la aplicación del principio general a los extranjeros está condicionada por algunas circunstancias y por ciertas disposiciones de la Constitución y de las leyes del país.

Todos los que habitan el territorio nacional están amparados por el principio de la libertad de trabajo, pero esta libertad, según el artículo cuarto de la Carta Magna, puede vedarse cuando "... se ataquen los derechos de la sociedad". Frente a esta disposición, el trabajo de los extranjeros depende de que su ingreso al país se efectúe con la calidad correspondiente con las leyes migratorias. Por lo tanto, si una persona ingresa al país como turista, las autoridades migratorias pueden, en cualquier momento, prohibirle el trabajo que estuviere prestando y aun obligarle a abandonar el país.

Algunos juristas, se preguntan por la condición de los menores extranjeros que en su país pueden prestar su trabajo, pues no es posible aplicar su trabajo como legal ya que la Declaración y la Ley no lo permiten; una prohibición, por lo demás, que se propone evitar daños que pueden advenir a la niñez por trabajos prematuros.

Sobre los contratos celebrados en el extranjero, la Ley Federal del Trabajo no exige ningún género de formalidades, de tal suerte que bastará el hecho real de la prestación del trabajo para que se genere una relación plenamente válida.

Existen 2 tipos de limitaciones en el trabajo de los extranjeros que derivan una de la Constitución y la otra de la Ley Federal del Trabajo.

El artículo 32 de la Carta Magna previenen que "todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con al bandera o insignia mercante mexicana" deberá ser mexicano por nacimiento, norma cuya finalidad es contribuir a la seguridad nacional.

En los contratos colectivos ferrocarrileros se impuso a la empresa el deber de utilizar trabajadores mexicanos, sin distinguir entre nacionales por nacimiento o por naturalización.

También existen normas protectoras de los trabajadores mexicanos que van a prestar sus servicios al extranjero, para tal efecto, en atención al trabajo de investigación que nos ocupa y la relevancia que significa para esta obra es pertinente tratarlo por separado en el capítulo correspondiente.

Por lo que se refiere al conflicto de normas en el tiempo en la materia laboral, no conlleva a ninguna diferencia con la parte general ya tratado, pues en este sentido aplican las mismas reglas, es decir el principio de no irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna; en que momento se publica una ley para saber su vigencia.

2.2 ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL

Para una mejor comprensión del tema es necesario remitirnos de manera somera a los antecedentes, ya que, el que conoce la historia es conocedor de su presente y previsor de su futuro.

En la época Colonial en forma paralela a la esclavitud había artesanos y obreros libres, éstos debieron haber generado numerosas relaciones con quienes los contrataban, no se conserva con claridad ningún indicio que conduzca a determinar las posibles formas de jornada, de salario y demás condiciones relativas a la prestación de servicios que se daban en aquella etapa.

En la Colonia, refiriéndonos precisamente a Las Leyes de Indias, los ordenamientos jurídicos que tuvieron vigencia en dicha época, por lo que se dieron por la iniciativa de los reyes católicos.

Las leyes de Indias constituían derecho vigente, más no positivo, entendida la positividad como un hecho que no estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente, lo anterior por la falta de coercibilidad de tal legislación.

En la Encomienda se estableció a diferentes factores, como lo es la necesidad del conquistador de transformarse en colono y la abundancia de la mano de obra de los indígenas, se instauró a favor de los conquistadores y sus descendientes, y pretendía poblar la totalidad de las tierras conquistadas; su objetivo era dar al encomendero un determinado número de indios, los que debían servirle y tributarle como encomendados a cambio de lo cual el encomendario debía darles buen trato e impartirles la doctrina cristiana; en su origen tenía la finalidad proteccionista, después se transformó en un sistema de explotación, en el cual se tornó injusto.

El Repartimiento, tal sistema se prestó a sin número de abusos injustos, era obligatorio para los varones de 18 a 60 años, el Juez repartidor señalaba a las autoridades de un pueblo el número de indígenas que deberán enviar a los lugares donde se necesitaba su mano de obra, si no lo hacían les imponían severas multas.

El trabajo por jornal o peonaje, en tal sistema los indígenas acudían voluntariamente a las haciendas a ofrecer sus servicios, era más atractivo que el trabajo en los pueblos y caminos, ya que el salario era regular, tal sistema creció al obligarse al trabajador a arraigarse por motivo de deudas.

Lo que respecta a los obrajes, es el inicio de un gran desarrollo manufacturero, son el antecedente de la fábrica actual, aunque se encontraban en gran desventaja con los talleres de artesanos, los que tenían muchos más privilegios amparados por los gremios.

Referente a la época independiente, el primer acto legislativo de los insurgentes fue el Decreto de abolición de la esclavitud, por Miguel Hidalgo en la Ciudad de Valladolid el día 19 de octubre de 1810.

En el artículo 22 de los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón se estableció: "Ningún empleo, cuyo honorario se erogue de los fondos públicos, o que eleve al interesado de la clase en que vivía, o dé mayor lustre a sus iguales, podrá llamarse de gracia, sino de rigurosa justicia".

Morelos no descuidó sentar las bases para la organización del naciente Estado mexicano; convocó a un Congreso, el cual se instaló en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, en dicho documento denominado los "Sentimientos de la Nación". El cual constaba de 23 puntos, la concepción de justicia se establece en el punto 12 de tal documento, que a la letra dice: "Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, modelen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejor sus costumbres, aleje su ignorancia, la rapiña y el hurto". También se establecían en los puntos 9 y 10 del ordenamiento citado, que los empleos se darían a los nacionales y excepcionalmente a los extranjeros.²⁹

Por lo que hace a la época de la Constitución de 1824, luego de que el 27 de septiembre de 1821, con la entrada el ejército trigarante a la Ciudad de

²⁹ Cfr. DÁVALOS, José. Constitución y Nuevo Derecho del Trabajo, segunda edición, Porrúa, México, 1995. Pág. 39.

México, se consumó la independencia nacional, y comenzó la etapa de gestión de la nacionalidad mexicana. La Constitución de 1824 se propuso establecer lineamientos políticos que le dieran seguridad a la nación, es por tal que en nada se mejoraron las condiciones de vida y de trabajo del peonaje mexicano.³⁰

En el breve periodo de 33 años que median entre 1824 y 1857 hubo un Imperio en el que se dictaron 5 constituciones, se establecieron los regímenes federales y dos centralistas; dos guerras con el extranjero, en la última de las cuales el país sufrió la mutilación de la mitad de su territorio.

La Constitución de 1857, con respecto al aspecto laboral, las condiciones de la época no fueron propicias para el reconocimiento del derecho del trabajo, algunas de las intervenciones más relevantes son las de Ignacio Ramírez, El Nigromante, quien en sesión del 7 de julio de 1856, reprochó a la Comisión el no haberse ocupado de los problemas sociales; como las que sufrían los jornaleros, así como de la insuficiencia del salario para satisfacer las necesidades del trabajador; otra de las intervenciones relevantes fue la de Ignacio Luis Vallarta, el 3 de agosto de 1856, se pronunció en contra de lo expuesto por Ignacio Ramírez, quien sostuvo que ante una industria incipiente, no era factible proteger al trabajador sin arruinar a las empresas como una consecuencia natural.³¹

El Código Civil de 1870 y el Código Penal de 1872, fueron antecedentes importantes para la regulación laboral. El Código Civil de 1870 dispuso que la prestación de servicios no era equiparable al contrato de arrendamiento, toda vez que el hombre no es igual que una cosa. Fuera de esta magnífica declaración de principios, el texto de esta reglamentación sostuvo una marcada tendencia a beneficiar a los patrones.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

Otra disposición es aquella por virtud de la cual el trabajador podía renunciar al empleo sin tener responsabilidad, pero sin derecho a recibir prestación alguna.

Respecto al Código Penal de 1872 hay que señalar que el artículo 192 imponía una sanción privativa de libertad que iba de 8 días a 3 meses de arresto y una pena pecuniaria o alguna de las dos, a quien se amotine, forme tumulto o ejerza violencia física o moral para hacer que suban o bajen los salarios o para obstaculizar el libre ejercicio de la industria o del trabajo.

De igual forma, otro antecedente importante es el del Constituyente de 1916 – 1917. Por decretos de 14 y 19 de septiembre de 1916, convocó al pueblo para que eligiera representantes a un Congreso Constituyente que se abocaría a la tarea de modificar la Constitución.

La Comisión de Constitución presentó el Proyecto a la Asamblea, ésta no hizo modificaciones de fondo y fue así como el 23 de enero de 1917, fue aprobado por unanimidad de 163 votos de los diputados presentes. De tal modo México pasó a los anales de la historia como el primer país que dio rango constitucional a las garantías sociales.

La Constitución de 1917, afirma por primera vez los puntos básicos de la reglamentación de los derechos de los trabajadores, es la expresión de la lucha armada iniciada en 1910.

La importancia del artículo 123 constitucional radica en las palabras del constitucionalista Jorge Carpizo cuando señala: "Nuestro artículo 123 quiere y promete justicia; justicia para hacer hombres libres. Y únicamente de hombres libres están constituidos los grandes pueblos".

La creación del artículo en comento, constituye una respuesta al descontento social que se hizo a través de la lucha armada, la voluntad de garantizar a los trabajadores los derechos mínimos que exigía su condición humana, lo que desembocó en la elevación de esos derechos a rango constitucional.

Cabe precisar que el derecho del trabajo en México nace en el constituyente de Querétaro en 1917, como consecuencia del movimiento armado que derrumbo la dictadura de Porfirio Díaz.

a) Apartado "A"

Una vez descrito de manera somera los antecedentes del artículo 123 Constitucional, que se dio como resultado de la lucha tenaz y heroica de la clase trabajadora por el respeto a la dignidad del trabajo y a la persona humana que lo realiza; ahora por lo que respecta a este tema, es necesario hablar del contenido del numeral en comento que en la especie lo representa el apartado "A" y "B"; lo anterior, por que ese artículo sin éstos apartados es un régimen aplicable a todos los trabajadores.

Por lo que respecta al trabajo regulado por el apartado "A" se le denomina trabajo en general; sus bases de este precepto establece que son de naturaleza imperativa e irrenunciable. Son tutelares dichas normas, porque tienen por objeto proteger a una clase determinada; son imperativas, porque se imponen a la voluntad de las partes en la relación laboral, la que pierde así su naturaleza estrictamente contractual; y son irrenunciables, porque ni siquiera los

propios beneficiarios de los derechos, pueden declinarlos o renunciar a su aplicación.³²

Las normas que rigen el apartado "A", que aluden al contrato de trabajo en general, pueden clasificarse en los siguientes grupos:

Normas tutelares del trabajador individual, son las relativas a la duración máxima de la jornada diurna y nocturna, descansos obligatorios, salarios mínimos, participación en las utilidades, pagos en moneda de curso legal.

Normas tutelares de las mujeres y los menores, son las que prohíben las labores insalubres y peligrosas, los servicios nocturnos y el trabajo de los menores de 14 años; y establecen una jornada reducida para los menores de 16 años y descanso especial para las mujeres a punto de dar a luz.

Normas tutelares de derechos colectivos, son las que garantizan los más importantes medios de defensa y mejoramiento de la clase trabajadora: la asociación profesional y la huelga.

Normas sobre previsión social, como las relativas a riesgos profesionales, prevención de accidentes, higiene industrial, seguridad social, servicios para la colocación de los trabajadores, habitaciones y escuelas, medidas contra el vicio y protección al patrimonio familiar.

Normas sobre jurisdicción del trabajo, determinando las bases para la integración y funcionamiento de los tribunales laborales y su competencia local o federal.³³

³² Ibidem, Pág. 48.

³³ Ibidem, Pág. 62.

En este apartado la persona que establece una empresa persigue obtener, luego del proceso de producción o distribución del bien o servicio el mayor beneficio económico.

Finalmente, hay que reiterar que este apartado se refiere únicamente al trabajador en general, pues las personas que prestan sus servicios al Estado, son incluidos en un apartado especial, el cual analizaremos en seguida.

b) Apartado "B"

En el texto original del numeral 123, Constitucional los trabajadores al servicio del Estado no fueron incluidos; en este aspecto, los nombrados trabajadores realizaban sus labores en una absoluta inseguridad jurídica; por esta cuestión y por los siguientes razones, a este apartado se le denomina régimen de excepción.

La polémica consistente en determinar si el citado numeral era aplicable a los burócratas, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en el sentido de que "los trabajadores al servicio del Estado no gozan de las prerrogativas que para los trabajadores consigné el artículo 123 de la Constitución ya que éste tendió a buscar un equilibrio entre el capital y el trabajo como factores de la producción, circunstancias que no concurren en las relaciones que median entre el poder público y los empleados que de él dependen". Así los trabajadores del servicio público desarrollan sus labores en una completa inseguridad jurídica.

El tema de las relaciones laborales de los servidores públicos, tan debatido en todo tipo de foros, no estuvo al margen de la campaña electoral, del candidato a la presidencia de la República el general Lázaro Cárdenas.

El cual dice: “La iniciativa del Ejecutivo sobre el Estatuto Jurídico de los trabajadores a su servicio, se motivó en la necesidad de poner a salvo a los servidores del Estado de las contingencias electorales, asegurándoles la estabilidad en sus cargos y sus ascensos, a base de eficiencia y honorabilidad, así como en la de garantizar sus derechos de asociación para la defensa de sus intereses, satisfaciendo así una vieja y justa aspiración de los empleados de Gobierno, recogida como compromiso durante mi gira electoral para la Presidencia”.

El siguiente paso consistió en presentar el Estatuto Jurídico de los Trabajadores del Poder Ejecutivo Federal, el cual fue estudiado por las comisiones respectivas del Senado los cuales formularon un dictamen que en su parte medular señala: “... que el empleado público, como asalariado, constituye un factor de la riqueza social a la que aporta su esfuerzo intelectual o material, por lo que recibe una remuneración que lo coloca dentro de la categoría social de los que sólo tienen como patrimonio su capacidad de trabajo ... el trabajador aludido, a pesar de tal característica, ha carecido de la protección del Estado y de la Ley en materia de trabajo y no ha gozado nunca de los derechos y prerrogativas que la Revolución ha conquistado para los demás trabajadores”.³⁴

En esta tesitura los trabajadores al servicio del Estado por diversas circunstancias, no habían disfrutado de todas las garantías sociales que el artículo 123 de la Constitución General de la República consigna para los demás trabajadores. De tal suerte, surge como un régimen especial, de excepción, el marco jurídico constitucional que regula las relaciones laborales que se dan entre los Poderes de la Unión y el gobierno del Distrito Federal con sus trabajadores.

³⁴ Ibidem, Pág. 71.

La causa de los trabajadores, en este caso de los que prestan sus servicios al Estado, al elevar sus relaciones laborales a nivel constitucional; se puso de manifiesto la tradición humanista y de justicia social del pueblo mexicano. La importancia de que la protección para los servidores públicos se estableciera a nivel constitucional, radicaba en ser un factor indispensable para dar consistencia y viabilidad a los derechos otorgados.

La exposición de motivos de la Iniciativa de reformas que adicionó al artículo 123 constitucional el apartado "B" señalaba lo siguiente: " Es cierto que la relación jurídica que une a los trabajadores en general con sus respectivos patrones, es de distinta naturaleza de la que liga a los servidores públicos con el Estado, puesto que aquellos laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, mientras que éstos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en íntimos colaboradores en el ejercicio de la función pública: Pero también es cierto que el trabajo no es una simple mercancía, sino que forma parte esencial de la dignidad del hombre; de ahí que deba ser siempre legalmente tutelado".

Finalmente, podemos establecer que el apartado "B" regula las relaciones de trabajo entre los Poderes de la Unión y el gobierno del Distrito Federal con sus trabajadores. Su ley reglamentaria es la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

En tanto, que el apartado "A" comprende las relaciones de trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo, su ley reglamentaria es la Ley Federal del Trabajo.

2.3 Artículo 28 de la Ley Federal del Trabajo

Abordando ahora el tema de la protección a los trabajadores mexicanos que van a prestar servicios en el extranjero, se establece que la fracción XXVI del artículo 123 contiene algunas disposiciones a favor de los trabajadores mexicanos que van a prestar servicios en el extranjero. El mandato constitucional fue desarrollado en el artículo 29 de la Ley de 1931, pero en vista de la experiencia adquirida en los últimos años, se estimó oportuno precisar y completar en el artículo 28 de la ley; las medidas protectoras a que hace mención el numeral en cuestión básicamente se refieren a:

Las condiciones de trabajo se redactarán por escrito y deberán contener las estipulaciones siguientes: las mismas que se requieren en las relaciones individuales de trabajo; los gastos de transporte, repatriación, traslado hasta el lugar de origen y alimentación, y los que se originen por el ingreso al país de destino, serán por cuenta del patrono; el trabajador tendrá derecho a las prestaciones de seguridad y previsión social que se otorguen a los extranjeros, y en todo caso, a ser indemnizado por los riesgos de trabajo con una cantidad igual a la que señale la ley mexicana, por lo menos; 2) El domicilio del patrono para los efectos legales; 3) El escrito será sometido a la aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que determinará el monto de la fianza o depósito que estime suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones; 4) El escrito será visado por el cónsul de la nación a donde vayan a prestarse los servicios; 5) Una vez comprobado el cumplimiento de las obligaciones, la Junta de Conciliación y Arbitraje ordenará la cancelación de la fianza o la evolución del depósito.³⁵

³⁵ Cfr. DE LA CUEVA, Mario. "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", décimo sexta edición, Porrúa, México 1999, Pág. 148.

En esta regulación necesaria, pero tan vaga que hace el numeral en comento, no se adapta a la realidad, puesto que en la actualidad lo que se necesita para hacer frente al conflicto de los derechos del trabajador en el extranjero, no es una regulación interna sino por el contrario una reglamentación a nivel internacional en donde se respeten los derechos mínimos de los hombres en el campo laboral; lo anterior puede ser posible si en los tratados internacionales se negociaran de mejor manera los acuerdos laborales anexos a los tratados.

2.4 JURISDICCIÓN DEL TRABAJO

Para una mejor comprensión del tema en cuestión es necesario saber que se entiende por jurisdicción; para tal efecto, podemos decir que es la potestad soberana del estado, que a través de sus órganos jurisdiccionales tiene la dición del derecho entre las partes, aplicando la ley general al caso concreto para resolver una controversia planteada.

Es conveniente, precisar que la jurisdicción está comprendida dentro del proceso, esto por que no puede haber proceso sin jurisdicción, como no puede haber jurisdicción sin acción.

Por otro lado, en la época romana había una separación del proceso en dos instancias: la primera se desarrollaba ante un magistrado, y se llamaba *in iure*, se hacía una exposición del caso planteado, reservándose el pretor el aceptar o denegar la acción; y una vez aceptada ésta, se pasaba a la segunda fase, mediante la comparecencia ante un tribunal o ante un juez privado, y se le denominaba a ésta *in indicio* o *apud iudicem* que quiere decir delante del juez.

En este caso, a la primera instancia se determinaba la constelación jurídica del caso; en la segunda, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas, después, las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia.

En esa bipartición del proceso se distinguían dos conceptos: la *iurisdictio*, es decir, la facultad del magistrado de conocer o denegar, junto con la anterior la *actio*, que quiere decir permitir el acceso al arbitraje del juez privado; el segundo concepto es la *iudicatio*, la facultad del juez de dictar sentencia.

Es así, como se hablaba de dos fases: la *iuridictio*, como la fase preparatoria, en donde se establece la litis con la fórmula del pretor, y la *iudicatio* que era la de la decisión o juzgamiento por parte del Juez.³⁶

La culminación de la función jurisdiccional es la sentencia; esto es así, precisamente por que la connotación etimológica de jurisdicción, es decir el derecho a aplicar la ley general al caso concreto.

Atendiendo la definición dada al principio del apartado y señalando la división que daban los romanos del proceso podemos advertir varios elementos de ésta como lo son la potestad, es decir, un atributo de la soberanía del Estado, la potestad de juzgar, y sobresale el imperio, entendido como hacer cumplir lo sentenciado, ya que si no se ejecuta, se convertiría en una declaración.

Ahora Bien, la jurisdicción al ser una función estatal, tiene límites, es decir hasta donde llega su alcance y hasta donde no puede llegar, en este caso hay límites que se consideran de tipo objetivo y subjetivo; el primero

³⁶ Cfr. CLIMENT BELTRÁN, Juan. Elementos de Derecho Procesal del Trabajo, Esfinge, México. 1989. Pág. 17.

comprende a esos objetos abarcables por la función jurisdiccional, por lo que nos lleva al problema de la competencia; el segundo se enfoca hacia los sujetos de derecho sometidos a la función jurisdiccional.

Las distinciones que existen entre jurisdicción y competencia, ya que son dos conceptos que suelen confundirse. La competencia es esa misma facultad jurisdiccional de que está investido el juzgador, pero referida a unos límites, es decir, limitada a la parcela de jurisdicción que se le confiere, de ahí, que se establezca que la competencia es la medida de la jurisdicción.

En este tenor, existen conflictos de jurisdicción, cuando se plantea entre distintos ámbitos jurisdiccionales laboral y civil. Cuando dentro de un mismo orden jurisdiccional hay una controversia de atribuciones entre distintos tribunales, entonces surge un conflicto de competencia referente a la materia.

Ahora bien, se había suscitado el problema de distinguir entre la jurisdicción civil y la administrativa, llegándose a la conclusión de que se trata de una distribución de competencias; se ha considerado que en ambos casos se trata de la actuación de la ley, y la diferencia no es medular, sin más bien responde a distinciones de carácter formal.

Atendiendo lo dicho anteriormente, se puede distinguir una de la otra, en virtud de estos criterios; en la función jurisdiccional hay un litigio entre las partes, en tanto en la función administrativa no se da tal, en la función jurisdiccional el órgano del Estado tiende a satisfacer intereses ajenos, en la función administrativa son los propios fines del Estado los que se satisfacen.

Por otra parte, estas distinciones obedecen a reglas generales, pero éstas no son absolutas, puesto que las Juntas de Conciliación y Arbitraje, como órganos jurisdiccionales laborales, asumen funciones que tienen un contenido

material legislativo, al dictar las sentencias o laudos colectivos en los conflictos de naturaleza económica y a la vez funciones administrativas al registrar los depósitos de los contratos colectivos.

Ahora bien, como dijimos anteriormente la jurisdicción es una función pública, atributo de la soberanía del Estado para resolver los conflictos litigiosos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; por lo que es unitaria, es decir no se puede fraccionar, hay unidad en la jurisdicción; sin embargo, puede haber una diversificación de las ramas de la jurisdicción conforme a los órganos que la administran; es por esta razón que se habla de la jurisdicción civil, penal y laboral.

En razón de todo lo esgrimido anteriormente, la función jurisdiccional laboral, en razón de la materia, se encuentra prevista, por lo que hace a la competencia federal en la fracción XXXI del artículo 123 Constitucional, y artículos 527 y 528 de la Ley Federal del Trabajo; y la competencia local en el artículo 529 de la misma Ley.

Con respecto al territorio dicha competencia se establece en el artículo 700 del ya mencionado ordenamiento.

De esta forma el Derecho del Trabajo da una amplia protección a la clase trabajadora, y toca al mismo Estado el hacer cumplir por medio de la función jurisdiccional, dicha jurisdicción tiene sus determinadas características, por razones de orden técnico, en cuanto a que el Derecho del Trabajo tiene una trascendencia humana y social que lo distingue del derecho civil; lo que requiere que el órgano jurisdiccional encargado de aplicarlo presente características especiales, y que las reglas del procedimiento se aparten en muchos aspectos del procedimiento civil, es un derecho reivindicador de la clase trabajadora.

Refiriéndonos a la jurisdicción del trabajo aún más a fondo, el Juez de trabajo está encuadrado dentro de órganos cuyo conjunto compone una estructura ordenada territorial y jerárquicamente; asimismo la jurisdicción del trabajo en nuestro país, es ordinaria o común ya que se juzga y se hace ejecutar lo juzgado.

En ese orden de ideas, la jurisdicción del trabajo cuenta con las características siguientes:

- Es formalmente administrativa, es decir, los organismos encargados de encauzarla dependen del Poder Ejecutivo; sin embargo, desde el punto de vista material ejerce actos de la misma naturaleza que los ejecutados por el poder judicial, aunque son autónomos.
- Es de orden público, con intereses para toda la sociedad.
- Es proteccionista de la clase trabajadora, pues la ley tiene que ser interpretada en todo lo que beneficie y rompa en ocasiones con el principio de paridad procesal.
- Con mucha frecuencia, la jurisdicción del trabajo tiene caracteres de oficiosidad, esto se debe a que la solución de los problemas obreros patronales es de interés general.
- La jurisdicción del trabajo se determina preferentemente por la naturaleza de los conflictos más que por la cuantía, es decir, que el carácter predominante de la competencia es por la materia de la jurisdicción.
- La jurisdicción del trabajo se rige por la equidad: aplica, concilia y crea el derecho.
- Las reglas procesales determinan cuándo y de qué conflictos conocen esta jurisdicción y no las demás existentes como lo son civil, penal, contencioso-administrativo; de igual forma se precisa los asuntos y

circunstancias en las cuales un determinado Juez debe de abstenerse de conocer o puede ser recusado por las partes para conocer de un determinado asunto.

a) LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

Como se dijo anteriormente la función jurisdiccional es una actividad soberana del estado que realiza a través de actos complejos dirigidos a resolver una controversia aplicando la ley general al caso concreto.

En ese sentido, desde el punto de vista jurídico, la función judicial o jurisdiccional, es pues la actividad con que el estado interviene a instancia de los particulares, a fin de procurar la realización de los intereses protegidos por el derecho, que aun han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara.

La norma jurídica tiene por objeto garantizar la seguridad en las relaciones humanas; entiende la norma jurídica como una función de garantía, porque las leyes tienden a tutelar de manera general, abstracta y permanente, los intereses comprendidos en la propia norma, esa tutela general se convierte en una tutela completa cuando la finalidad de la ley se realiza en la jurisdicción, con la sentencia.

Por otra parte, esa garantía que entraña la norma jurídica puede fallar al encontrar resistencia por parte del particular que está obligado a cumplirla; pues una de las características de las normas jurídicas es su obligatoriedad, y en tal caso tiene que surgir un tercero extraño para imponer su cumplimiento y remover los obstáculos que se oponen a ello. De ahí que la jurisdicción, con la sentencia culmina, lo hace como una consecuencia del principio de garantía

inherente a la norma jurídica que constituye una tutela abstracta y genérica, convirtiéndola en una tutela concreta.

“El criterio de la escuela de Savigny de interpretación de las leyes invocado por la voluntad del legislador, es un criterio de interpretación ya superado, en primer lugar Kelsen establece que es difícil concretar en qué consiste la voluntad del legislador, y en segundo, esa voluntad contempla situaciones de la época en que la ley se promulga, que es distinta a épocas posteriores, en que se cambian las circunstancias sociales, políticas y económicas, y entonces esa voluntad del legislador ya no puede servir, tiene que cambiarse por el principio de la voluntad de la ley”.³⁷

De lo anterior, podemos decir que la voluntad de la ley se actualiza, según las circunstancias cambiantes del devenir humano y se actualiza además con la conciencia crítica del juzgador; esto es así, por que de acuerdo con una serie de ingredientes que él aporta a la ley, de carácter histórico, social, jurídico y de equidad, así entonces se vale el juzgador de la ley y de esos ingredientes que la integran para formular la norma concreta que sustituye o actualiza la norma inconcreta de carácter legislativo.

Existen algunas excepción a la jurisdicción, una es cuando se trata de arbitraje privado que es donde las partes señalan para que resuelvan las controversias entre ellas, en estos casos no hay jurisdicción porque falta el órgano jurisdiccional que juzgue y haga ejecutar lo juzgado, ya que los mismos particulares no ejercen funciones públicas y la jurisdicción es atribuida a funcionarios públicos.

Así también existe la jurisdicción imperfecta que es la también denominada jurisdicción voluntaria, en donde no hay conflicto, y se diferencia

³⁷ Ibidem, Pág. 18.

de la contencioso es considerada por los diversos autores como la verdadera jurisdicción, interviene el órgano jurisdiccional sólo para que actuaciones administrativas, con la misión de investir de solemnidad la constitución de actos que deben estar de acuerdo con el orden jurídico, y el funcionario judicial actúa para garantizar la observación del orden; pero no hay litigio, no hay partes, no hay sentencia y por tanto no hay cosa juzgada.

Cabe precisar que la jurisdicción no solo se manifiesta en la sentencia, sino a través de todo el proceso, porque todas las resoluciones de carácter incidental y de trámite en el curso del mismo son actos que realiza el órgano jurisdiccional.

De todo lo anterior podemos concluir que la función jurisdiccional:

- Es una actividad del Estado.
- No se puede desarrollar, sino a instancia de los particulares que tienen motivos especiales para que el poder jurisdiccional actúe.
- Procura la realización de los intereses protegidos por el derecho, es necesario un interés para que la acción prospere y en consecuencia que la función jurisdiccional se active.
- Cuando los individuos no gozan de los derechos que nacen por la ley, la parte interesada puede hacer que la función jurisdiccional intervenga.

b) EQUIVALENTES JURISDICCIONALES

Hasta aquí hemos visto que la jurisdicción consiste en la potestad del estado de aplicar la ley en las controversias planteadas, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; esta es la forma de resolver los litigios mediante el proceso jurisdiccional, lo cual se denomina heterocomposición; pero existen otras formas

de componer los litigios, cuando se resuelven espontáneamente mediante la autocomposición, y se llaman equivalentes jurisdiccionales por que el acuerdo o la solución de este litigio pone también fin a la controversia

En este sentido, se entiende por heterocomposición la resolución de un conflicto de interés por el órgano jurisdiccional competente en un caso concreto,³⁸ es decir, que la solución de un problema se encomienda a un tercero, en este caso al órgano jurisdiccional.

Por autocomposición, es el acuerdo por medio del cual las partes interesadas en un conflicto de intereses lo resuelven previamente, excluyendo del conocimiento del caso la intervención del inculpado,³⁹ en este caso son las partes quienes resuelven de propia voluntad el conflicto de intereses.

Así las cosas, podemos mencionar como equivalentes jurisdiccionales y formas de poner fin al litigio de común acuerdo, según sea el caso que se trate:

La renuncia o desistimiento consiste en el abandono de la acción.

El allanamiento, es el abandono de la discusión, termina el litigio mediante el reconocimiento por el demandado de los derechos que hace valer el actor.

La transacción, es un contrato, un acuerdo entre el actor y el demandado para poner término al litigio mediante la autocomposición entre las partes. La transacción tiene el inconveniente en materia laboral de que implica concesiones mutuas, y no puede haber concesiones sobre derechos irrenunciables. La transacción es una figura de autocomposición, del litigio, que opera en el

³⁸ Cfr. DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, vigésimo segunda edición, Porrúa, México. 1996. Pág. 308.

³⁹ *Ibidem*, Pág. 115.

derecho civil, pero no en el derecho laboral, donde rige el principio de la indisponibilidad de los derechos de los trabajadores.

La mediación, consistente en el acuerdo voluntario para poner término al litigio, con la intervención de un tercero que exhorta a las partes a un arreglo, y propone una solución como mediador entre ellas.⁴⁰

La conciliación, que constituye una manifestación de la jurisdicción voluntaria o procesal, en la que las partes establecen espontáneamente un acuerdo. En la conciliación no puede sacrificarse los derechos de los trabajadores, los llamados derechos irrenunciables.

Finalmente, cabe mencionar que las equivalentes de la jurisdicción son formas de terminar anticipadamente con una controversia, ello significa que en la mayoría de las ocasiones las partes en la etapa conciliatoria, convienen lo que a su derecho corresponda, para así terminar con el proceso.

c) ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN

En relación a este tema se señalan cuatro elementos en la jurisdicción dos de carácter subjetivo, que son las partes y el juzgador; y dos de carácter objetivo, el litigio y el proceso; en este sentido y a manera de síntesis decimos que:

Los elementos objetivos, son: "el litigio y el proceso; entiéndase por litigio, pleito, controversia o contienda judicial",⁴¹ constituye una de las grandes

⁴⁰ Ibidem, Pág. 24.

⁴¹ Cfr. DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, vigésimo segunda edición, Porrúa, México, 1996. Pág. 362.

aportaciones al derecho procesal, existe un conflicto de intereses cuando dos personas disputan un bien, éstas pueden ser individuales o colectivas, es por eso que existen los conflictos individuales y los colectivos, para que exista el litigio es necesario que tenga trascendencia en derecho, que se plantee ante los tribunales, las diferencias entre conflicto de intereses y litigio, el primero surge cuando una persona reclama un bien a otra y ésta rechaza esa pretensión, tal adquiere las características de litigio cuando las partes acuden ante los tribunales; "por proceso se entiende el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del Juez competente".⁴²

Los elementos subjetivos: "las partes y el juzgador; entendiéndose por partes las personas que intervienen por su propio derecho en la producción de un contrato o acto jurídico de cualquier especie, en tanto que la Ley Federal del Trabajo se establece que las personas físicas o morales que acrediten su interés jurídico en el proceso y ejerciten acciones o excepciones; y por juzgador la persona, de manera permanente o accidental se le ha conferido la potestad de administrar justicia",⁴³ es decir, es la autoridad que aplica el derecho como un órgano del Estado.

2.5 DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La idea de un Derecho Internacional del Trabajo era un sueño más del proletariado, pero era otro imposible en la sociedad individualista y liberal; además en aquel mundo de estados imperialistas que postulaban una

⁴² Ibidem, Pág. 420.

⁴³ Ibidem, Pp. 396 y 345.

concepción radical de la soberanía, según la cual, la voluntad del estado no podía quedar limitada en ninguna de las cuestiones relacionadas con su vida interna.

En este sentido, los trabajadores de los Estados Unidos de Norteamérica, de Francia y de Inglaterra fueron quienes lucharon por la creación de un órgano internacional que auspiciara la creación de normas internacionales para los trabajadores de todos los pueblos en la Conferencia de Leeds de 1916 emitieron un voto en el sentido de que el futuro tratado de paz debería poner fuera del alcance de la competencia de todos los países "un mínimo de garantías de orden moral y material en la organización y ejecución del trabajo". En febrero de 1917, dos conferencias internacionales de trabajadores concluyeron redactando la Carta de Berna, antecedente inmediato del Tratado de Versalles. Finalmente, la fuerza de las organizaciones obreras logró que en la sesión plenaria del 25 de enero de la Conferencia de la Paz, se designara una Comisión de legislación del trabajo, que fue la que preparó la parte XIII del tratado de paz.

Un panorama del Derecho Internacional del trabajo no sería completo sin la referencia, así sea superficial, a los principales documentos que han sido aprobados internacionalmente:

El tratado de Versalles cuyo principal enunciado, según Mario de la Cueva, sería el que consagra que el trabajo no debe ser considerado como mercancía o artículo de comercio; asimismo, estableció el derecho de asociación, el salario mínimo, la jornada de ocho horas, el descanso semanal, preferiblemente en domingo, supresión del trabajo de los niños, facilidad para que los menores continúen su educación y desarrollo físico, igualdad de salario para trabajo igual, sin distinción de sexo, tratamiento equitativo para los trabajadores extranjeros con residencia legal.

La Carta del Atlántico, formulada el 14 de agosto de 1941 entre el presidente Roosevelt y el primer ministro Wiston Churchill, donde se consagran algunos breves principios generales que se refieren al mejoramiento de las normas de trabajo.

La Carta de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco en 1945, cuyo artículo 55 señala que la organización habrá de promover; niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social sanitario; la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; el respeto universal a los derechos 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.

La Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, mediante la cual la OIT señaló caminos para el derecho del trabajo, al grado de integrar a dicha declaración un texto anexo a la nueva constitución de la OIT.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada el 10 de diciembre de 1948, en el seno de las Naciones Unidas, se expresa que el derecho del trabajo posee gran importancia, porque en ella se dio sus principios fundamentales el mismo rango y la base filosófica y jurídica que corresponde a los tradicionales derechos del hombre, en consecuencia, los iusnaturalistas podrán sostener que el derecho del trabajo, de la misma manera que las libertades de pensamiento, de enseñanza, de conciencia, de prensa y de transito, entre otras, derivan de la naturaleza humana; los historiadores, están autorizados para afirmar que juntamente con las libertades mencionadas, los derechos del trabajo son una conquista irreversible de la historia; y los positivistas podrán declarar que son la normas impuestas por la vida social en

las declaraciones nacionales e internacionales, en las que constituciones de los pueblos y en las leyes de los parlamentos y congresos.

El Derecho Internacional Americano del Trabajo: La quinta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Santiago de Chile en 1923, en donde se trató por primera vez el tema del trabajo en América. Se ratificó el principio de que el trabajo humano no debe considerarse como mercadería o artículo de comercio.

En este orden de ideas, podemos decir que el contenido del Derecho Internacional del Trabajo se compone de dos partes su contenido esencial, constituido por sus principios fundamentales, y las normas creadas en los convenios y recomendaciones de la Conferencia de la O.I.T.

Así las cosas, su contenido esencial, está formado por los tratados antes mencionados, que amañera de enunciado transcribimos; la Declaración Universal de los derechos del trabajo: El Tratado de Versalles, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración de Filadelfia, La Declaración Universal de los Derechos el Hombre y las declaraciones de los pueblos americanos: La Carta de la Organización de los Estados Americanos y su consecuente Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, y las resoluciones adoptadas en las Conferencias Panamericanas y en las Conferencias Regionales Americanas organizadas por la O.I.T.⁴⁴

De todo lo anunciado anteriormente, se desprende un principio en el que todos coinciden en señalar que el fundamento de las viejas declaraciones y el de las nuevas es el respeto integral a la dignidad humana.

⁴⁴ Cfr. DE LA CUEVA, Mario. "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", décimo sexta edición, Porrúa, México. 1999. Pp. 28 a 34.

Cabe mencionar que la conferencia Celebrada en Bogotá en 1848, ésta es para México doble, porque en ella se aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la delegación mexicana, logró que se incorporara a la Carta un capítulo de normas sociales. En 1967 se reformó la Carta en el Protocolo de Buenos Aires: las normas de 1948 permanecieron intactas, pero se agregó un párrafo tercero, que son las que contienen las normas de trabajo:

Los Estados Miembros, convencidos que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de un desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos en la aplicación de los siguientes principios: a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica; b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo, como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva.

En este apartado, se observo que la O.I.T., es el organismo fundamental del Derecho Internacional por lo que respecta a materia del trabajo, el cual se manifiesta en los convenios y recomendaciones; fuentes fundamentales del órgano en comento.

2.5.1 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El vocablo “fuente” procede de la expresión latina *fons, fonti* y alude al manantial de agua que brota de la tierra; otra acepción se refiere al origen de una cosa.

El Derecho Internacional del Trabajo posee raíces en el Derecho Interno de cada país, cuando se habla del Derecho Interno como fuente nacional del Derecho Internacional del Trabajo, tal alusión no se contrae a la legislación, sino da cabida también a la costumbre ya a la jurisprudencia principalmente, e incluso a los contratos colectivos.

“Las Fuentes Intencionales se llaman así, porque son comunes a una pluralidad de países y no exclusivas de uno solo. Nos referiremos a las fuentes escritas, la costumbre internacional, la jurisprudencia internacional y la doctrina internacional.”⁴⁵

A nuestro modo de ver, el derecho interno de cada país tiene indiscutible carácter de fuente del Derecho Internacional del Trabajo, en la medida en que la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, remite en los términos del párrafo 8 del artículo 19, a la ley, la sentencia, costumbre o acuerdo nacionales, que garanticen al trabajador condiciones más favorables que las figuren en un convenio o recomendación.

Lo anterior, viene a significar que el Derecho Internacional del Trabajo no se nutre exclusivamente de las normas surgidas de los procesos acaecidos en el ámbito internacional, si no que eventualmente, cuando la norma interna es más favorable al trabajador, acaba ésta derogando a aquéllas, es así que tal alusión

⁴⁵ Cfr. BARROSO FIGUEROA, José. Derecho Internacional del Trabajo, Porrúa, México, 1987. Pp. 23 a 46.

no se contrae a la legislación, sino da cabida también a la costumbre y a la jurisprudencia principalmente, e incluso a los contratos colectivos.

En este sentido, las principales fuentes del derecho internacional del trabajo son las normas adoptadas por la OIT, en este caso si las normas internacionales del trabajo figuran esencialmente en los convenios y recomendaciones de la OIT, no hay que olvidar el hecho de que la constitución de la OIT consagra por si misma ciertos principio generales que han producidos efectos jurídicos directos.

Los convenios y las recomendaciones de la OIT constituyen las fuentes principales del Derecho Internacional del Trabajo; ello se debe a una doble razón: en primer lugar, la competencia de la OIT es muy amplia y abarca el conjunto de las cuestiones de trabajo; en segundo lugar en base a esta competencia, se han adoptado efectivamente un gran número de convenios y recomendaciones que tratan de numerosos aspectos de la política social y del derecho del trabajo.

Así pues, los convenios internacionales son instrumentos destinados a crear obligaciones internacionales para los estados que lo ratifican; mientras las recomendaciones no se destinan a crear obligaciones, sino que sirven exclusivamente para definir normas dirigidas a orientar la acción de los gobiernos.

Las disposiciones contenidas en los convenios y recomendaciones internacional del trabajo se han designado progresivamente; como constitutivas de las normas internacionales del trabajo, esto se refiere a la regla propuesta en estos instrumentos, que los estados miembros tienen la obligación de someter a sus autoridades competentes, en vista de la adopción de medidas legislativas o

de otra naturaleza. El carácter obligatorio de la norma depende que este contenida en el convenio o en una recomendación.

Si los convenios y las recomendaciones son los principales tipos de instrumento en los que la OIT formula normas internacionales del trabajo también existen otros tipos de documentos internacionales que son fuente fundamental del Derecho Internacional del Trabajo tales como:

El Tratado de Versalles, documento fundamental de alcance mundial en materia laboral, en este se constituye un afirmación decisiva para la historia y es el principio de que el trabajo no debe ser considerado como mercancía o artículo de comercio.

La Carta de las Naciones Unidas, fue adoptada en 1945 y de ella solo puede decirse que marginalmente vincula la cuestión laboral, que establece en el artículo 55 párrafo e), lo siguiente: "Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social".

El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos instrumentos, conocidos como Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, conjuntamente con normas de la naturaleza que indica, contiene otras que ven directamente hacia el ámbito del trabajo, concernientes a la no discriminación, a la prohibición del trabajo forzoso y al derecho de asociación.

Para el ámbito laboral tiene mayor influencia el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, equiparándose a los Instrumentos adoptados por la O.I.T., pretende edificar, de manera progresiva, un Derecho

Común Internacional sobre la materia. Si se comparan los contenidos de este Pacto y de algunos de los convenios adoptados por la O.I.T., se advertirá la notoria simetría entre el primero y los segundos, lo cual no debe de ser extraño dada la comunidad de propósitos. “En cuanto a la temática del Pacto, se refiere a cuestiones tan importantes como la no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social; plena equiparación del hombre y la mujer en lo que concierne al disfrute de los derechos garantizados por el Pacto en comento, el derecho al trabajo, la oportunidad de ganarse la vida mediante una ocupación elegida con libertad; el derecho a gozar condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias ; derecho de sindicalización con libre ejercicio de sus actividades por parte de las asociaciones sindicales; derecho de huelga; derecho a la seguridad social; protección a la familia; protección a los niños y a los adolescentes, para salvaguardarlos de la explotación económica y social, y conseguir que no sean empleados en trabajos lesivos para su moral o salud; derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental, a cuyo efecto se postula el mejoramiento, en todos sus aspectos, de la higiene del trabajo y del medio ambiente”.⁴⁶

Es necesario referirnos al Derecho Internacional Americano del Trabajo; destaca la Conferencia Internacional Americana, en la quinta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Santiago de Chile en 1923, comprende seis recomendaciones, se pretende en la primera, que se incluya en el programa de las futuras conferencias el estudio de los problemas sociales internacionales; la recomendación sexta indica la conveniencia de efectuar los estudios necesarios para la celebración de convenciones intencionales sobre la base de la reciprocidad de tratamiento para los obreros nacionales y extranjeros; o la

⁴⁶ Ibidem, Pág. 33.

recomendación segunda contiene uno de los principios que servirán de base al Derecho Internacional Americano del Trabajo; no debe considerarse al trabajo humano como mercadería o artículo de comercio; en el artículo quinto se recomienda a los Estados Americanos la relación de organismos técnicos de estadística e inspección del trabajo y la conveniencia de comunicarse mutuamente las investigaciones, estudios y progresos que realicen, por último los párrafos tercero y cuarto aconsejan la adopción de importantes medidas concretas de protección al trabajo”.⁴⁷

Por otra parte, las diversas regiones del planeta han generado su propio Derecho Internacional del Trabajo, el cual se caracteriza en tomar en cuenta las peculiaridades circunstancias del hecho que prevalecen en la zona.

En este aspecto, encontramos al Derecho Internacional Europeo del Trabajo, y que el documento básico a considerar es la Carta Social Europea entrada en vigor en 1964,⁴⁸ su contenido es tan importante que en su primera parte postula los siguientes principios:

1.- Toda persona tendrá posibilidad de ganarse la vida por medio de la ocupación que libremente escoja.

2.- Todos los trabajadores tienen derecho a disfrutar de seguridad e higiene en su trabajo.

3.- Todos los trabajadores tienen derecho a disfrutar de seguridad e higiene en su trabajo.

4.- Todos los trabajadores tienen derecho a una justa remuneración que les asegure, a ellos y a sus familias, un nivel de vida satisfactorio.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

5.- Todos los trabajadores y patrones tienen derecho a asociarse libremente en asociaciones nacionales e internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales.

6.- Todos los trabajadores y patrones tienen derecho a realizar negociaciones colectivas.

8.- Las trabajadoras, en caso de maternidad, y las demás trabajadoras en los casos que corresponda, tendrán derecho a una protección especial en el trabajo.

9.- Toda persona tiene derecho a recibir orientación profesional adecuada, con el fin de ayudarla a escoger una profesión conforme con sus aptitudes y sus intereses.

10.- Toda persona inválida tiene derecho a formación profesional y su rehabilitación profesional y social, cualquiera que fuere la naturaleza y origen de su incapacidad.

12.- Todos los trabajadores y sus dependientes tienen derecho a seguridad social.

15.- Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional.

18.- Los nacionales de cualquiera de las partes contratantes tienen derecho a ejercer en el territorio de cualquiera otra parte contratante, cualquiera actividad lucrativa, en iguales condiciones que los nacionales de esa parte, salvo restricciones que pueden establecerse en base a serias razones de carácter económico o social.

19.- Los trabajadores emigrantes nacionales de una de las partes contratantes y sus familias, tienen derecho a la asistencia y protección dentro del territorio de cualquiera otra parte contratante.

La Parte II, establece: "... al trabajo; a justa remuneración; a la libertad sindical; de negociación colectiva; ... de los trabajadores a protección; a la orientación profesional; a la asistencia social y medica... de las personas mental o físicamente inhabilitadas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social; ... al ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio de las otras Partes Contratantes".

Otra de las fuentes principales del Derecho Internacional del Trabajo son los tratados bilaterales y multilaterales, estableciendo que los tratados son los actos por lo que se crean, modifican, renuevan o extinguen obligaciones internacionales, en materia laboral los convenios adoptados por la O.I.T., constituyen por su naturaleza contractual una de las fuentes del orden normativo en estudio.

En otro aspecto, la jurisprudencia también representa una fuente del derecho internacional del trabajo, sería equivoco considerar que no existe una jurisdicción internacional, es decir un tribunal supranacional que cuente con el reconocimiento general y que eventualmente pueda dictar fallos obligatorios para las partes litigantes, esta instancia jurisdiccional lo es la Corte Internacional de Justicia, establecida por la Carta de las Naciones Unidas como órgano judicial principal de estas últimas.

En el artículo 38 del Estatuto de la Corte establece las fuentes de Derecho Internacional en que se deben fundar sus decisiones, la cual consiste: 1.- La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, reconocidas por los Estados litigantes;
- La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho;
- Los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho.

2.- La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieran.

A más de la jurisdicción contenciosa que la corte ejerce para dirimir controversias entre estados, el artículo 96 de la Carta se hace posible que pueda requerirse a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General o por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el fin de dar una opinión consultiva sobre cualquier asunto legal; los demás órganos de las Naciones Unidas también pueden hacer consultas sobre cuestiones legales que surjan en el desempeño de sus actividades.

La jurisprudencia en materia de Derecho Internacional del Trabajo, puede proceder también de entidades diferentes de la Corte Internacional de Justicia, dichos órganos al examinar la conformidad de la legislación y prácticas nacionales con las disposiciones de los convenios internacionales del trabajo, han tenido que pronunciar sobre la significación de éstos, de tal forma que poco a poco se ha generado una especie de jurisprudencia.

El órgano cuya jurisprudencia abarca un campo más vasto y se a desarrollado a lo largo de más tiempo es la Comisión de Expertos en Aplicación

de Convenios y Recomendaciones, compuesto de personalidades independientes y eminentes, este órgano examina cada año los informes de los gobiernos sobre los diversos convenios que han ratificado y con el tiempo ha establecido una jurisprudencia cuyo volumen y peso a aumentado progresivamente.

Dentro del Derecho Internacional Público, la Costumbre Internacional, ha sido considerada desde hace mucho tiempo como fuente, aun más existen numerosas costumbres internacionales que son acatadas por convicción de los Estados.

En este aspecto, resulta difícil dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la costumbre; para tal fin las teorías sociológicas modernas entienden a la costumbre como un hecho social que se impone a los Estados, a quienes no queda más alternativa que admitir su existencia.

Así las cosas, de la costumbre internacional derivan muchas cuestiones sobre su formación, sus características, debe ser considerada como una fuente complementaria, su mayor utilidad descansa en su función de criterio para la interpretación y complementación de acuerdos bilaterales entre Estados, sobre todo en los relativos a la contratación de trabajadores migratorios, tales acuerdos o tratados suelen dejar cuestiones sin responder, lo que produce que se obre de improviso, de tal forma que se va reiterando y acaba por crear la conciencia común de que es obligatoriedad.

Por último, la doctrina internacional, se desprende que del estatuto de la Corte Internacional de justicia, menciona a la doctrina de los publicistas más renombrados como fuente del derecho; siendo el Derecho Internacional del Trabajo una disciplina de formalización, siendo la actividad literaria sobre la materia laboral muy abundante, teniendo diferentes presentaciones y orígenes, puede tratarse de obras panorámicas o monográficas; de estudios de carácter

universal o referidos a una cierta circunscripción geográfica; de investigaciones surgidas en determinados países o bien en el seno de la O.I.T., desde luego la doctrina generada en el marco del citado organismo, la cual detenta la primacía en ésta materia.

En este sentido, se observa que tanto las recomendaciones como los convenios provenientes de la O.I.T., son la fuente del Derecho del Trabajo, sin embargo, también se deduce, a mi parecer, que la fuente primera de protección de toda persona, incluidos los trabajadores en el extranjero lo constituye los diversos tratados de la comunidad internacional, que protegen los derechos fundamentales de todo individuo, con esto quiero decir que los trabajadores también son seres humanos y por tanto son protegidos por el Derecho Internacional.

Finalmente, los distintos instrumentos internacionales que se refieren a los Derechos Humanos, protegen de manera indirecta a los trabajadores, pues del breve resumen realizado en este apartado, se desprende que la mayor preocupación del derecho internacional desde siempre es lo relativo a estos derechos.

a) UBICACIÓN Y NATURALEZA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO

Permanece el problema relativo sobre el criterio fundamental para distinguir entre el Derecho Público y el Derecho Privado, uno de los primeros juristas que distingue lo anterior, es Ulpiano quién sostiene que el Derecho Público es el que se refiere al Estado Romano, el Privado, aquél que se refiere al interés de los particulares, es esta el inicio de la teoría llamada del *interés en*

juego, que predica si el interés participante es el del Estado, se tratará de Derecho Público; si el de los particulares, estaremos frente a una relación de Derecho Privado.

Todas las teorías que tratan sobre la división entre el Derecho Público y Derecho Privado, pueden clasificarse en dos: la teoría de los intereses y la teoría de los sujetos.

“El Derecho Público es fundado en las consideraciones de interés general, de protección a los intereses de la comunidad, en todo que el Derecho Privado se da para la protección de los intereses particulares de los individuos”.⁴⁹

Respecto de la teoría de los Sujetos, la separación entre los Derecho Público y Privado se basa en los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas: si ambas personas son particulares, la relación es de Derecho Privado; si al menos una de las partes es persona pública, la relación es de Derecho Público.

No ha sido hasta el momento dichas teorías por todos aceptadas, por razones de sistemática jurídica persiste ésta y los textos jurídicos continúan agrupando las diferentes ramas del Derecho en alguno de estos dos ámbitos, aunque en esta etapa surge otra rama que es la del Derecho Social, teniendo las siguientes características:

No se refieren a los individuos en general, sino en cuanto a integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos: obreros, campesinos, trabajadores independientes, gente económicamente débil, proletarios, desvalidos.

⁴⁹ Ibidem, Pág. 5

Tienen un carácter protector de las personas, grupos y sectores que caen bajo sus disposiciones.

Son de índole económica pues regulan fundamentalmente intereses materiales, como base del progreso moral.

Tratan de establecer un completo sistema de instituciones y de controles para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica y en una convivencia justa.

Se ha ubicado al Derecho Internacional Público dentro del Derecho Público, en base a que los intereses involucrados en las relaciones regidas por éste siempre importan a la colectividad nacional, y además, a que los sujetos de dichas relaciones son los Estados y los organismos internacionales, y no los particulares.

Fue necesario hacer la reflexión de la división entre el Derecho Público y el Derecho Privado, para así concluir que el Derecho Internacional cabe dentro de la clasificación del Derecho Público. El Derecho Internacional del Trabajo al ser una rama del Derecho Internacional se ubica del igual modo en la clasificación de Derecho Público.

El Derecho Internacional del Trabajo atiende a los Estados y a los organismos internacionales, pero el contenido y propósito de tal regulación se dan en función de proteger a los trabajadores, no sólo en el campo laboral, sino también en el de la Seguridad Social, de los derechos fundamentales del hombre y en lo que concierne a la elevación del nivel de vida de los trabajadores. En su naturaleza intrínseca aparece el Derecho Internacional del Trabajo como un derecho de clase, protector, reivindicador y promotor de los intereses de los trabajadores de todo el mundo, aunque generalmente dentro

de sus propios países; por lo aludido, no podemos de reconocer que tiene un toque del Derecho Social.

El Derecho Internacional del Trabajo formado por su principal fuente, que son los tratados, tanto bilaterales como multilaterales, debe asumirse, sin duda alguna, que en materia internacional, no existe una autoridad superior que pueda emitir disposiciones obligatorias para los diversos Estados, son éstos los que en ejercicio de su soberanía se autobligan, dando vida a los tratados, única ley internacional escrita. La sanción por incumplimiento no da lugar a imposición coactiva de una conducta, pero sí a otro tipo de medidas que tienen aquella naturaleza.

CAPITULO TERCERO.

3.0 LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Debido a la interdependencia cada vez mayor que guardan los países, se han expandido los convenios o tratados internacionales, instrumentos jurídicos que bien pudiéramos asimilar a los contratos, en el sentido de que mediante el consentimiento manifestado por los Estados con ese carácter en el caso de los tratados se da vida a un vehículo jurídico y se crean derechos y obligaciones entre las partes. Es decir, que así como los particulares se sirven de los contratos para estipular derechos y obligaciones entre sí, los sujetos de derecho internacional y particularmente los Estados, celebran tratados sobre las más variadas materias con la intención de crear derechos y obligaciones regidos por el derecho internacional.

Como consecuencia natural de la proliferación de convenios internacionales, el derecho de los tratados es una de las disciplinas que más se ha desarrollado en los últimos años; en el ámbito internacional, ha pasado de ser mero derecho consuetudinario a ser derecho codificado a partir de la celebración de las Convenciones de Viena de 1969, sobre Derecho de los Tratados y la de 1986 sobre Tratados Celebrados entre Organismos Internacionales o entre Organismos Internacionales y Estados.

Respecto a nuestra legislación interna, se publicó una Ley que trata, sobre la celebración de tratados, normatividad que no tiene más de dos años nueve meses. Por razones prácticas, en lo sucesivo se hará referencia a la Convención de Viena de 1969, también llamada el "tratado de tratados", como la convención; y a la Ley sobre celebración de tratados, como la ley.

Tanto la convención como la ley, al definir el término tratado, establecen que es un acuerdo celebrado por escrito, regido por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación particular. Esto último deja sin sentido las viejas discusiones referentes a si existe diferencia entre tratado, convenio, convención o pacto. Desde 1980, cuando cobra vigencia la convención, se entienden como sinónimos todos estos términos u otros que pudieran utilizarse y se atiende más al contenido para calificar a un tratado como tal. Por considerarlo más sistemático, aludiremos primero a la regulación constitucional de los tratados en México, ya que representa la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, por ende, es conocida como la norma suprema a que deben ajustarse todas las demás normas, incluyendo la Convención de Viena o tratado de tratados.

Ahora bien, después de lo anterior y visto en el capítulo primero de esta investigación, es preciso soslayar que un tratado como instrumento jurídico internacional, trae aparejado ser fuente de todo derecho internacional.

El tratado internacional es a la vez manifestación de la independencia originaria de los Estados, como expresión de ese resultado de quedar obligados. La Corte decía en su primera sentencia, se resiste a ver en la conclusión de cualquier tratado, un abandono de soberanía. Sin duda alguna, toda convención, al generar una obligación de esta naturaleza introduce una restricción en el ejercicio de derechos soberanos del Estado. Pero la facultad de contraer tales compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado.

Las limitaciones a la libertad de un Estado por efecto de tratados no le afectan a su independencia mientras éstos no le despojen de sus poderes orgánicos y no le coloquen bajo la dependencia jurídica de otro Estado o de alguna institución supranacional. Uno de los criterios que mejor refleja la

igualdad contractual de los Estados es la equivalencia de las prestaciones y contraprestaciones estipuladas en él.

La teoría del acuerdo internacional se mueve constantemente entre dos coordenadas: el acto negocial por el que dos o más Estados o, sujetos del Derecho Internacional disponen y ordenan sus respectivos derechos y deberes, y el acto normativo por el que esos mismos sujetos originan normas que les obligan. En el primero, el acuerdo se aproxima al contrato del Derecho Privado interno estatal con su estructura fundamentalmente sinalagmática. En el segundo, en tanto que norma escrita y creada de modo reflexivo, el acuerdo internacional hace función de ley. De aquí que el régimen y efectos de estos actos consensuales, vayan más allá del ámbito de disposición jurídica de los sujetos que participan directamente en su gestación.

La teoría de Triepel, fundada en la distinción que antes hiciera Bergbohm entre actos consensuales normativos (convención) y actos meramente generadores de derechos y deberes subjetivos (contrato) no explicaba el origen y fundamento del Derecho internacional, si, en cambio, apunta a dos tipos ideales de normas convencionales internacionales mezcladas indistintamente en los acuerdos internacionales. En una opinión individual, el juez Max Haber, observaba que en los tiempos de la Sociedad de las Naciones que, según el régimen de esta ciudad (Dantzig), establecido por el Tratado de Paz de Versalles con entera independencia de la voluntad de los directamente interesados (Sociedad de las Naciones, Polonia y Dantzig), y en la medida en que cada uno de estos tres sujetos tenía la condición de titular de derechos subjetivos, debía considerárseles facultados a hacer o no uso de tales derechos.⁵⁰

⁵⁰ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo, octava edición, Civitas, Madrid. 1999. Pág. 530.

Respecto a los elementos que utiliza el art. 2 de la Convención de Viena, la doctrina, tiene hoy la siguiente definición del acuerdo internacional: Acto jurídico consensual concertado por sujetos de Derecho Internacional y sometido por ellos a este Derecho.

La condición de acto jurídico consensual distingue al tratado internacional de la categoría de los actos unilaterales internacionales, hoy todavía poco importante. Pero, marca bien que la esencia del acuerdo es el juego y coincidencia de voluntades, por el cual dos o más sujetos de Derecho Internacional expresan su voluntad de obligarse. Incluye, tanto al acuerdo bilateral como al multilateral.

El ser las partes intervinientes sujetos de Derecho Internacional es ya un indicio y lo es aún más el contenido u objeto material del tratado; pero a efectos de su caracterización como acuerdo internacional es que las partes lo hayan querido colocar bajo el imperio de las reglas internacionales. El principio de la autonomía es aquí determinante. Si en el Derecho contractual interno la libertad de los contratantes debe ser entendida siempre «dentro del margen de libertad que las leyes conceden», en el Derecho Internacional esta limitación no existe. Los Estados son libres para situar su acuerdo dentro o fuera del Derecho internacional común. Más aún, como nos lo indica el nº 2 del art. 38 del Estatuto del TIJ, tienen libertad para excluir la aplicación de reglas internacionales en la solución a dar a un asunto litigioso planteado ante el TIJ.

La determinación de que se trata de acuerdo concertado entre sujetos de Derecho internacional exige un comentario mayor puesto que afecta al problema de la capacidad.

No serán acuerdos internacionales aquellos en los que todas las partes intervinientes no sean sujetos de Derecho Internacional. La jurisprudencia

internacional es aquí constante y no deja margen a la menor duda. «El contrato que no sea un contrato entre Estados, en tanto que sujetos de Derecho internacional, tiene su base en una ley nacional. La intervención eventual que un Estado cualquiera pueda hacer en favor de un nacional suyo, en defensa de los intereses de éste acerca de otro Estado y como consecuencia de las relaciones contractuales entre éste y dicho particular, es intervención de carácter internacional por la vía de la protección diplomática, pero no por la naturaleza internacional del acuerdo que exista entre ese Estado y el particular.

Hay sujetos aceptados hoy como tales en el orden internacional, que obviamente carecen de la facultad de concertar tales acuerdos. La exigencia de que sean sujetos de Derecho Internacional las partes que intervienen en un tratado internacional es un criterio de exclusión pero no de afirmación en el sentido de que sólo hay tratado si los contratantes son sujetos de este Derecho. La condición de sujeto del Derecho Internacional no implica necesariamente capacidad para concertar tratados internacionales.

Por otra parte, la capacidad de las organizaciones para ajustar acuerdos internacionales no está exenta de dificultades. Carecen éstas de competencia originaria y el criterio de referencia para determinarla, no son las normas generales del Derecho Internacional, sino el particular de sus respectivas cartas constitutivas.

El art. 6 de la citada Convención de Viena dice lapidariamente: «Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados internacionales.» Con ello deja abierto el problema de la regulación de la capacidad de las organizaciones internacionales, de las que la CV de 1969 no trata. Pero, en su concisión, el citado texto está lejos de ser un texto pacífico. Cierra, una etapa superada del Derecho Internacional en la que situaciones coloniales, como por ejemplo el protectorado, afectaban a la capacidad de contratación internacional del Estado

protegido. Pero, margina los problemas espinosos que plantea hoy la regulación del *ius contrahendi* en el Derecho Internacional: el de los Estados de estructura compleja, el que se refiere al de la capacidad de contratación en las organizaciones internacionales de integración de los entes (movimientos secesionistas en conflictos internos de Estados constituidos) con pretensión de constituirse un día en Estados.

En primer lugar, como lo muestra el proceso de integración europea, se afecta a la capacidad de contratación de los Estados que forman esa unión. La consolidación de la personalidad internacional de las instituciones comunitarias se hace a costa de la capacidad de los Estados miembros. Proceso que perturba igualmente a las relaciones de los terceros Estados con cada uno de los Estados integrados, así como con la comunidad representada por las instituciones comunitarias.

En los Estados de estructura compleja y, en virtud de la distribución interna de competencias, las relaciones exteriores y, por consiguiente, el poder de contratación internacional corresponde al Estado central. La capacidad de contratación internacional de los Estados miembros se funda en el Derecho Constitucional interno de cada uno de ellos. Ahora bien, el principio de efectividad juega aquí un gran papel. No la Constitución formal, sino la realmente practicada es la que define en el plano internacional la facultad de contratación de los sujetos.

De este modo, se introducen determinadas pretensiones separatistas o autonomistas pugnando por adquirir un nivel de autonomía que la Constitución les negó. El ejercicio de tales competencias en el plano internacional les llevaría al reconocimiento por el Derecho Internacional de unas competencias de las que carecen.

Por la misma razón los poderes revolucionarios nuevos, (movimientos secesionistas, frente nacionales de liberación) utilizan la contratación internacional como medio de afianzar su personalidad discutida o discutible.

Si en las elaboraciones doctrinales la capacidad de obrar y, en concreto, de concertar acuerdos internacionales se presenta como corolario de la personalidad, cabe también el planteamiento contrario, la personalidad jurídico internacional se afianza y consolida por el ejercicio de esa competencia.

Por otro lado, el acuerdo internacional carece de formas preestablecidas. Las que hoy el Derecho Internacional general conoce, no son *ad validitatem*, sino *ad solemnitatem*.

En referencia a nuestro Derecho histórico, podemos decir, reproduciendo la vieja fórmula del Ordenamiento de Alcalá, que también en el sistema jurídico internacional «de cualquiera manera que los Estados quisieren obligarse, quedan obligados». El art. 2 de la CV exige la forma escrita, pero sólo a efectos de aplicación de las normas que dicha Convención establece, puesto que sería impensable aplicar el régimen de reservas o de depósito a tratados internacionales concluidos en forma verbal. Pero, en cambio, el Derecho Constitucional interno de los Estados contratantes puede exigir determinadas formas en los acuerdos o, al menos, impedir la eficacia interna total o parcial de aquellos que no hubieren sido concertados en la forma establecida.

No es tampoco determinante la terminología utilizada: acuerdo, tratado, convenio, convención, declaración, canje de notas o de cartas. «Desde el punto de vista del carácter obligatorio de los compromisos internacionales, se sabe que éstos pueden ser adoptados en la forma de alianzas, de convenios, de declaraciones, de protocolos o de canje de notas.» La práctica de los Estados así como de las organizaciones y jurisprudencia de los tribunales internacionales

han seguido usos muy diversos y «se ha reconocido carácter de disposiciones convencionales a numerosas clases de actos diferentes».⁵¹

Finalmente, la esencia del tratado internacional está en el consentimiento de las partes que se obligan con él. El proceso que lleva a ese resultado se orienta y tiene lugar en dos planos distintos: la preparación del contenido del proyectado acuerdo y la prestación del consentimiento. El 1º no condiciona al 2º. Aquél está regido por normas internacionales y constitucionales internas, éste como proceso de formación de la voluntad orgánica del Estado es regulado de modo fundamental por el Derecho interno. Esta doble actividad tiene su reflejo en la terminología utilizada por la Convención de Viena sobre tratados, porque ésta distingue entre el Estado participante que ha intervenido en la negociación que elaboró y adoptó el texto del tratado y el Estado contratante que ha prestado su consentimiento para quedar vinculado por dicho acuerdo.

3.1 JERARQUIA DE LEYES EN EL SISTEMA MEXICANO.

Por lo que hace, a este rubro, sólo se hará una breve mención, toda vez que, ya se analizó con antelación; recordemos lo que se dijo en capítulos anteriores, en donde se estableció que el artículo 133 Constitucional, consigna a la Carta Magna por encima de toda ley del ordenamiento jurídico mexicano; consecuentemente, vemos que la Constitución es la cúspide de nuestro sistema normativo, posteriormente las leyes federales junto con los tratados internacionales, y finalmente a las leyes secundarias, tales como leyes locales y reglamentos.

⁵¹ Cfr. W. VON POTOBOSKY, Geraldo. La Organización Internacional del Trabajo, segunda edición, Astrea, Buenos Aires. 1990. Pp. 32 a 36

En el mismo sentido, la doctrina establece una jerarquía en donde la Constitución es la cúspide y después aparecen en segundo plano las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado y la Constitución establece que es la ley suprema de toda la Unión.

La Suprema Corte de Justicia reconoce el hecho inobjetable, tanto dentro de la doctrina como de la interpretación jurisprudencial, que la Constitución es la ley fundamental y que el problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, han encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones. Los tratados internacionales tienen su origen en la voluntad soberana del pueblo que está expresada en la norma fundamental y precisamente en ella residen los fundamentos de los Estados para la adhesión a los tratados internacionales. En virtud de la capacidad soberana, los Estados contraen obligaciones por medio de los tratados mediante los cuales se autolimitan.

En materia de tratados, el derecho internacional complementa el principio fundamental de *pacta sunt servanda* con la disposición del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que claramente establece que un Estado no puede invocar los preceptos de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En el derecho internacional se habla de un sistema de coacción en caso de incumplimiento de sus normas, tal es el caso de la retorción y las represalias, mencionados en el capítulos anteriores.

En la practica internacional se reconoce dos tipos de recepción del derecho internacional, sostenida por los juristas inclinados a la posición

positivista-dualista. En esta teoría se parte de la premisa de que el derecho internacional y el derecho interno, al ser **dos sistemas jurídicos distintos** que **operan separadamente**, postula que el derecho internacional, para que tenga efectos internamente, dentro de la jurisdicción doméstica, debe ser **transformada en norma de derecho interno**, por medio de un acto del aparato legislativo, es decir, por medio de una ley; **el otro método es la incorporación**, postula que el derecho internacional es parte del derecho interno sin necesidad de la interposición de un procedimiento constitucional de ratificación.

En el caso de los tratados que traten de ampliar las garantías individuales o sociales de la Constitución, decimos que los tratados en materia de derechos humanos serían no superiores a la Constitución, pero si estarían al mismo nivel, ya que se podrían colmar las lagunas que ésta pudiera tener en materia de derechos humanos, sin que hubiera necesidad de reformarla.⁵²

“Existe el razonamiento de que los tratados se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Constitución y por encima del derecho local, lo anterior se apoya en cinco argumentos:

1) Tiene que ver con la calificación de por encima del derecho federal y local, porque los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional, por ello, se faculta al Presidente de la República en su calidad de jefe de Estado y al Senado como voluntad y representante de las entidades federativas, quien mediante su ratificación obliga a las autoridades de los estados; una postura estriba en la consideración según la cual en esta

⁵² Cfr CORZO SOSA, Edgar. Revista Cuestiones Constitucionales, Número 3, julio-diciembre 2002. P.p. 169 a 178.

materia no existe imitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, pues no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato del artículo 133 constitucional, el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia.

2) Es el que sostiene que el derecho federal y el local cuentan con el mismo rango jerárquico, en virtud del artículo 124 constitucional, esto, quiere decir que se encuentran en el mismo rango, que uno no está encima del otro, sino que ambos están en el mismo escalón. No estamos del todo de acuerdo con tal postura, ya que significaría, que sí se encuentran en el mismo nivel una norma puede derogar a la otra y viceversa, pues ambas tendrían fuerza normativa activa y pasiva, imperando, el criterio temporal.

3) Afirma que los tratados internacionales se sitúan por encima, incluso del mismo derecho federal, así, se deja a un lado el ámbito al cual pertenecía y se le coloca por arriba, lo cual no puede ser posible, ya que se estaría en un estado de vulnerabilidad.

4) Menciona que los tratados internacionales se hallan por encima del derecho local, tal afirmación, nos hace notar de nuevo que si los tratados estuvieran por debajo de la Constitución y tienen naturaleza federal, entonces hay un reconocimiento expreso que lo federal está por encima de lo local.

5) Por último se establece que la O.I.T., está de acuerdo con la Constitución al no establecer lineamientos contrarios a los mandatos en materia laboral, y al ser el segundo en rango inmediatamente inferior a la Constitución, y por arriba del derecho local, debe aplicarse el tratado internacional".⁵³

⁵³ Idem.

México ha celebrado tratados internacionales desde el inicio de su vida como nación independiente y éstos han desempeñado siempre un papel importante en las relaciones del país con el exterior. Sin embargo, su aplicación como derecho interno era limitada pues nadie parecía darle importancia, a pesar del artículo 133 constitucional, eran ley suprema de la Unión.

La interpretación de los tribunales federales en materia de tratados internacionales muestra que existen algunos principios claramente establecidos. En lo relativo al lugar que éstos ocupan en el orden interno, los criterios han oscilado entre una solución general de carácter jerárquico y otra, referida al ámbito de aplicación interna de las normas internacionales.⁵⁴

El primer principio, es el de supremacía constitucional, establecido en su artículo 133, por tanto, los tratados internacionales ocupan el rango inmediatamente inferior a la Constitución y es el que impera en nuestro sistema jurídico.

3.2 NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

La participación en la elaboración del Tratado de Versalles de algunas delegaciones fue el de crear un órgano legislativo internacional, con facultades para dictar normas obligatorias, sin que fuera necesaria la aprobación de todos los gobiernos de los países miembros. Tal órgano constituiría así una verdadera asamblea internacional, cuyos poderes legislativos se extenderían al orden jurídico interno de los países. Dicho objetivo atendía a los deseos expresados.

Es así, como las normas internacionales del trabajo cumplen finalmente un papel de ejemplo que se ha visto confirmado a lo largo de los años. En 1924

⁵⁴ Idem.

el representante de Chile señalaba la importancia del establecimiento por parte de la OIT de un verdadero código internacional del trabajo, cuyos principios, ratificados a base de un protocolo o no, habrían de ser respetados por todos los países. Fundadas en las experiencias y las aspiraciones de los países más diversos, revestidas de una autoridad particular por haber sido discutidas y adoptadas en el seno de una asamblea, integrada por representantes de los gobiernos, patronos y trabajadores, casi de todos los países del mundo, las cuales no sólo ofrecen a los trabajadores una base sólida de reivindicaciones, sino que también constituyen para los gobiernos una fuente de inspiración para la orientación de su política social y la elaboración de su legislación de trabajo.

Las normas contenidas en los convenios y las recomendaciones se han convertido en una especie de texto de consulta al que los estados recurren y en el campo social, respetan un poco el papel de derecho común internacional, en este sentido los Estados sienten la necesidad de modificar una legislación que ya no responde a las necesidades nuevas de un mundo en rápida evolución.

En este tenor, es así como la delegación norteamericana fue la que propuso dos tipos de instrumentos que son la recomendación y los convenios, la cual su objetivo es ser comunicada a los Estados Miembros a fin de que adopten medidas legislativas o de otra naturaleza para darle aplicación efectiva, y por otra parte los convenios que cada Estado podría firmar y ratificar, quedando entonces obligados a cumplirlo.⁵⁵

De esa manera a lo largo de los últimos años, han sido numerosos los estados que han pedido a la Oficina Internacional del Trabajo ayuda para elaborar o modificar su legislación de trabajo, y los consejos dados se han

⁵⁵ Cfr. W. VON POTOBOSKY, Geraldo. La Organización Internacional del Trabajo, segunda edición, Astrea, Buenos Aires. 1990. Pp. 23 y 24.

basado naturalmente en las normas internacionales de trabajo, teniendo en cuenta las condiciones de cada país.

Tal propuesta constituye la base de la fórmula transaccional incorporada finalmente a la Constitución de la O.I.T., que tipifica a los convenios y las recomendaciones como los dos instrumentos del trabajo. La diferencia básica entre ambos: radica en que, el convenio está abierto a la ratificación de un Estado miembro, acto que crea obligaciones jurídicas internacionales respecto de su aplicación y por tanto su cumplimiento. En tanto, la recomendación no puede ser ratificada y constituye sólo una guía para una acción nacional en la materia de que se trate tal.

La Constitución del organismo señala que el instrumento revestiría la forma de una recomendación, si la cuestión tratada o alguno de sus aspectos no se presta aún para la adopción de un convenio. Es útil para delinear objetivos sociales que son demasiado avanzados como para pretender una aplicación generalizada, o a fin de tratar materias muy complejas o que se presenten en forma muy disímil entre los países, o para regular en detalle los principios más generales incorporados a un convenio.

Finalmente, sería necesario de abstenerse de pensar que hay una verdadera alternativa entre la acción normativa y la acción práctica, se trata en realidad, en ambos casos, de medios que se proponen el mismo objetivo, el de orientar y estimular la acción de los gobiernos; asimismo para la eficacia y la solidez de una acción internacional dependen de la juiciosa combinación de esos medios y no de una opción *a priori* por uno u otro. En este sentido las normas internacionales pueden ser objeto de compromisos internacionales cuando se establezcan en una base sólida para una acción internacional vigorosa que pretenda convertirse en realidad.

3.2.1 CONVENIOS

Los convenios, son instrumentos normativos destinados a reglamentar la evolución social de los países y poseen una existencia objetiva independiente de su ratificación. Su adopción crea para los Estados miembros obligaciones de sumisión a las autoridades nacionales competentes y de información a la O.I.T., así como permiten la aplicación de medidas de control específicas por los órganos de dicho organismo, sus principios y normas constituyen, puntos de referencia para estos órganos en la evaluación de las situaciones de los diferentes países.

Es por lo anterior, que los Convenios internacionales del trabajo han dado lugar a diversas discusiones. Las distintas características propias de los convenios, justifican, que se les considere como un nuevo derecho internacional, con peculiaridades que los distinguen tanto de los tratados-leyes como de los tratados-contratos, como asimismo de los tratados multilaterales, sin perjuicio de que, algunas de sus características coincidan con elementos de una u de otra. Como tratados, los convenios requieren en cuanto a la obligatoriedad subjetiva respecto de su contenido, la ratificación del país respectivo. Dicho órgano, no constituye un ente supranacional cuyas normas tengan un carácter imperativo directo.

Hay que mencionar que el punto de partida para la celebración de los convenios es la legislación interna de cada país.

Así se menciona que otra de las características de los Convenios es incrementar su naturaleza específica, se trata de su vocación de universalidad y de su ultra actividad.

En cuanto a la universalidad, tal se extiende tanto al tiempo como al espacio, los convenios son elaborados con el propósito de que sean aceptados como normas mínimas por todos los Estados Miembros, cualquiera que sea su régimen político y su condición económica y social, así como por los Estados que decidan adherirse.⁵⁶

En cuanto a la ultra actividad se refiere al efecto que el retiro de un Estado de la O.I.T., no menoscabe las obligaciones que deriven de un convenio ratificado o que se refieran a él, conforme lo establece la Constitución del organismo en mención, en el artículo primero. Su objeto es impedir, una disminución en el campo social por la ausencia de la norma internacional y de los mecanismos de control de las mismas.⁵⁷

Por otro lado, la falta de ratificación de un convenio no lo exime del acatamiento de los principios que lo rigen, en la medidas en que tales estén expresados en la Constitución de la O.I.T., dicha sumisión proviene de la adhesión, cuyo fundamento expresa los objetivos sociales que persigue y las concepciones básicas que guían su acción.

Así las cosas los convenios internacionales del trabajo se han definido también como textos casi legislativos o, desde un punto de vista interno, como textos pre-legislativos; su valor y su interés, se debe al hecho de que correspondan a situaciones y necesidades concretas y al haber sido adoptadas en el marco de organismos representativos de los intereses en causa.

No hay que perder de vista que este instrumento de la O.I.T, es una de las fuentes importantes en materia del trabajo.

⁵⁶ Cfr. W. VON POTOBOSKY, Geraldo. La Organización Internacional del Trabajo, segunda edición, Astrea, Buenos Aires. 1990. Pp. 26 a 30.

⁵⁷ Idem.

a) ELABORACIÓN

La elaboración de los Convenios se inician con una proposición hecha a la Conferencia por un delegado, que tras alguna discusión ante la Comisión de resoluciones, entran en consideración en principio, trasladándola al Consejo de Administración para su inclusión en el orden del día de la siguiente Conferencia.

De tal manera, que es el Consejo quien remite las propuestas a la Oficina, realizando así las cuestiones preparatorias, usando el sistema de encuestas entre los miembros, celebrándose reuniones entre los expertos, concluyendo la primera fase con la preparación de un informe que va seguido de un proyecto de convenio, incluido por el Consejo en el orden del día de una Conferencia, se discute, o en su caso se modifica, primero en la comisión, después en el pleno, sobre el que se vota para su adopción.⁵⁸

La primera fase puede culminar con un informe que indique las principales cuestiones a considerar por la Conferencia, sobre el tema que verse dicho convenio, ya sea en comisión o en pleno, y si se decide que la cuestión es apropiada para ser objeto del convenio, se prepara el proyecto del mismo, el cual se someterá a una segunda Conferencia.

Para su aprobación el convenio exige una mayoría de dos tercios de votos emitidos por los delegados presentes en la Conferencia, tal criterio se sostiene por el artículo 19.2 de la Constitución de la O.I.T., que es coincidente con el artículo 9.2 de la Convención de Viena de 1969.

⁵⁸ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo, octava edición, Civitas, Madrid. 1999. Pp. 674 y 675.

b) RATIFICACIÓN.

El destino deseado de los convenios no es sólo su aprobación, sino también su ratificación. Ésta constituye el acto por el cual un estado miembro de la OIT se compromete internacionalmente a cumplirlo.

Es así, que los convenios, una vez que sean aprobados se comunican a los Estados para que éstos los ratifiquen. En este orden de ideas, los Estados están obligados por la constitución de la O.I.T., a someterlo, en el plazo de un año, a la autoridad conforme al Derecho interno corresponda ratificar los tratados internacionales.

La ratificación, es un acto libre de un Estado, es la manifestación o acto de constancia en el ámbito internacional, siendo tal una forma de manifestación según la Convención de Viena, es el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado.

En los Tratados de la O.I.T., los Estados asumen la obligación, en el caso de no ratificar un convenio, de informar periódicamente al Director general de las dificultades que retrasen e impidan la ratificación del mismo, ello, conforme a lo dispuesto por el artículo 19.5 de la referida Constitución.

En este tenor los Convenios solo obligarán a los miembros que lo hayan ratificado. La obligación consiste en adoptar las medias de Derecho Interno necesarias para hacer efectivas las disposiciones del convenio, aparte de las generales que consisten en abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado.⁵⁹ Por otra parte, la O.I.T., establece en sus normas que los convenios sólo surtirán efectos con el consentimiento de los

⁵⁹ Ibidem, Pp. 674 a 676.

Estados miembros manifestándolo por la ratificación de los instrumentos aprobados.

La ratificación ha de ser comunicada al Director General y se registrara por él mismo. Tales requisitos son necesarios para la invocación internacional del convenio. La entrada en vigor de un convenio se produce por cada país a los doce meses del registro de su ratificación, siempre y cuando ha tenido el número mínimo de ratificaciones que exija.

C) CUMPLIMIENTO.

Una vez que el convenio se ratifica adquiere una condición de subordinación a la Constitución, la cual le otorga la condición de norma dotada de una especial fuerza pasiva, en tal virtud, sus disposiciones no podrán ser derogadas, modificadas o supeditadas, sino por la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional, es decir, son inmodificables e inderogables por las leyes internas posteriores.

En otro aspecto según la Constitución de la O.I.T., la ratificación de un convenio no perjudicará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las establecidas en el convenio. Así pues, se trata de una aplicación especial del principio de norma más favorable, hay que atender que la norma interna ulterior sobre materia de convenio ratificado, no puede establecer condiciones inferiores a las obligaciones que operan en el derecho interno de los países que celebran los convenios.⁶⁰

⁶⁰ Ibidem, Pp. 680 a 682.

La misma Constitución de la O.I.T., atribuye a la vigilancia y el control del cumplimiento de los miembros de los convenios ratificados que realiza a través de una comisión permanente de expertos de aplicación de Convenios y Recomendaciones, la constitución también se encarga de procedimientos adicionales para impulsar el cumplimiento, en vista de las reclamaciones o quejas que la organización reciba, verbigracia como los requerimientos directos a los Gobiernos.

Por último, es frecuente encontrar que el convenio internacional remita a normas internas en cuanto a modalidades de su aplicación, dichas normas internas complementarias, pueden ser necesarias para la vigencia del convenio, puede implicar cambios estructurales o modificaciones muy extensas o muy intensas.

3.2.2. RECOMENDACIONES

Otro de los instrumentos que utiliza las normas internacionales son las llamadas recomendaciones las cuales constituyen acuerdos de la Conferencia que, aunque deban someterse a las autoridades nacionales competentes, no originan ninguna obligación internacional, señalando únicamente una orientación a seguir por los gobiernos, se utilizan ya sea para abordar un tema que no se considere maduro para adoptar un Convenio, o bien para fijar una pauta respecto de materias que requieren un detalle.

Lo anterior constituye una de las diferencias con el convenio, pues éste al ser ratificado surte obligaciones internacionales adoptadas por los Estados miembros, en cambio las recomendaciones sólo son orientación a seguir por los

gobiernos, ya sea para abordar un tema que no se considere maduro para adoptar un Convenio y por tal no produce obligaciones.

La Conferencia al adoptar la proposición inicial, debe decidir convertirse en convenio o en una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento a la adopción de un convenio.⁶¹

La diferencia formal, es que la recomendación no se ofrece a los Estados para su ratificación, pero si para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional. Al respecto, es así como los Estados miembros someten la recomendación a la autoridad competente del asunto, y está obligado a informar al Director General sobre este particular y, sobre el estado de su legislación, así como la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, conforme a la Constitución señalada en el artículo 19.6.

Finalmente, en las recomendaciones la vigilancia del cumplimiento es igual que en los convenios.

3.3 RATIFICACIÓN DE LOS CONVENIOS.

Como se dijo, los convenios no sólo se aplican sin ninguna razón, es necesaria su ratificación por los Estados miembros, dicho acto constituye el hecho por el cual uno de los Estados miembros de la O.I.T., se compromete internacionalmente a cumplirlo.

En el artículo 19, párrafo 5 de la Constitución de la O.I.T., establece: "si el Miembro obtiene el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes

⁶¹ Cfr. ALBIO MONTESINOS, Ignacio. Compendio de Derecho del Trabajo, segunda edición, Guada Litográfica, Valencia. 1999. Pág. 68.

competa el asunto, comunicará la ratificación formal del Convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”, tal disposición constituye una ratificación especial dentro del Derecho Internacional, que no fue bien comprendida en su inicio.

Los principios constitucionales, que determinan cual autoridad debe hacerse cargo de la ratificación del convenio, únicamente le interesa que se proceda adecuadamente a la comunicación de la ratificación, ya que es, el momento en el que se exterioriza a nivel internacional.

Por otra parte, actualmente no se han establecido las formas en las que debe de establecerse la comunicación de la ratificación de un convenio, lo anterior, depende de las normas internas que rigen a cada Estado miembro.

Los requisitos que establece la Oficina Internacional del Trabajo son los siguientes:

- “Identificarse el convenio objeto de la ratificación;
- La comunicación esté firmada por una autoridad facultada para el efecto;
- Indicarse que se trata de una ratificación formal.”⁶²

En este sentido, existen diferentes tipos de ratificaciones, en primer término encontramos la ratificación condicional de un convenio, la cual entraña la posibilidad y tiene el objeto de condicionar la entrada en vigor de un convenio para un Estado miembro, o su ratificación por ciertos Estados. En tal caso, el Estado ratificante es el que establece esta condición al momento de proceder a la ratificación, ello, es el evidente temor a la competencia internacional, al verse perjudicados por mayores costos laborales, si otros Estados no contraen simultáneamente los mismos compromisos.

⁶² Idem.

Otra forma de ratificar es con las reservas, la cual se inclina a la idea de que la evolución uniforme de la legislación laboral y que todas las cuestiones similares, deberían contemplarse durante el proceso de elaboración de las normas.

Cuando un convenio es ya ratificado, surgen una serie de obligaciones, de las cuales mencionaremos dos de gran importancia: proceder a su aplicación y someterse a los procedimientos destinados a verificarla.

En cuanto a su aplicación, la Constitución de la O.I.T., establece que el Estado que ratifica un convenio, se compromete a adoptar "las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio".

Ahora bien, la medida de aplicación dependen tanto del convenio como de las normas internas de cada Estado Miembro, tales medidas ciertamente son legislativas, aunque pueden ser resultado de la promoción por medios diversos de una cierta política, ya sean administrativas o prácticas.

Los convenios en repetidas ocasiones, establecen en sus normas que pueden ser aplicadas por vía legislativa, por convenios colectivos o por laudos arbitrales.

Los órganos de control, han considerado que si los convenios colectivos no resultan en la práctica para su aplicación adecuada, las autoridades competentes deberán realizar actos tendientes a lograr su fin.

Los Convenios de la O.I.T., se han caracterizado por no dejar de tener aplicación por situaciones como guerras, emergencias, o fuerza mayor, ya que tales, no son excusas válidas para la no aplicación de los convenios en materia laboral, ya que siempre ha sido estricta su observancia, rechazándose en variadas ocasiones dichos argumentos para justificarse.

Atento a lo anterior, esta clase de argumentación se ha rechazado por los países que por esta vía pretenden dejar de aplicar un convenio; por lo que trajo al lugar dos argumentos justificados relativos a la obligación de cumplir los convenios, los cuales son: la posibilidad de invocar el estado de excepción para eximir de las obligaciones impuestas por un convenio ratificado, y la evaluación de las circunstancias que justificarían el recurso a tal medida.

En cuanto al primer aspecto, se sostuvo que “ los alegatos basados en un estado de excepción o de necesidad en el derecho consuetudinario internacional, corresponden en lo esencial a los alegatos de fuerza mayor o legítima defensa en los sistema jurídicos nacionales”, fue lo expuesto por la Comisión de la O.I.T., de lo anterior se desprende que la legítima defensa, requiere que se demuestren “la inminencia de un peligro y la relación proporcional entre el peligro y las medidas de defensa adoptadas”, es decir, el cumplimiento de una obligación jurídica puede justificarse, únicamente cuando existe imposibilidad de proceder de modo diferente al que resulta contrario a la ley”.⁶³

En atinente al segundo aspecto, se sostienen que los principales sistemas jurídicos admiten el principio de la justificación, basada en motivos como la legítima defensa, enlazadas a su examen jurídico. “Por tanto, si el alegato relativo al estado de excepción ha de considerarse en derecho internacional como concepto jurídico, se requiere una apreciación análoga por una autoridad imparcial de indole internacional”, es lo sostenido por la Comisión, queriendo decir, que no son las autoridades nacionales las competentes para evaluar la justificación de las medidas invocadas solamente, sino los órganos o tribunales que actúan a ese nivel.

⁶³ Idem.

Ahora bien, nos falta analizar las consecuencias de la adopción de un convenio revisado en relación con el tema de la ratificación. En 1928 los instrumentos no contenían ninguna disposición que previera las consecuencias que traería para un país la ratificación de un convenio revisado, de forma general, así como su ratificación conforme a futuras ratificaciones.

En el caso, un país que ratifica un Convenio que revisa a otro, no sólo adquiere esa obligación en lo concerniente al que fue revisado, sino que también con respecto al anterior, a menos que exprese su denuncia.

Dadas las circunstancias se instituyó una cláusula obligatoria en todos los convenios, con tres vertientes, la primera es, que la ratificación de éste, ya revisado, implica la denuncia de pleno derecho del anterior; y la segunda, es que desde la entrada en vigor del mismo, el anterior deja de estar abierto a ratificación; y por último, el anterior, continúa en vigor para los países que lo han ratificado y que no hayan ratificado el revisado. Tal cláusula fue modificada en el año de 1933, con el fin, de que la Conferencia decida en cada caso al adoptar un convenio revisado: si la entrada en vigor de este último, excluye o no la ratificación del anterior; y si la ratificación del revisado, produce o no la denuncia automática del anterior, por lo que deberán de analizarse a fondo las cláusulas finales del instrumento de que se trate.

3.4 ENTRADA EN VIGOR DE LOS CONVENIOS.

En lo concerniente a este tema lo podemos tratar en dos vertientes denominadas vigencia objetiva y la internacional: por lo que hace a la vigencia objetiva, se entiende como la entrada en vigor del convenio en sí, posteriormente a su adopción por la Conferencia Internacional del Trabajo.

La citada Vigencia de un convenio internacional en materia del trabajo, depende de un mínimo de ratificaciones, que por regla general, son dos. En 1919 a 1926, los convenios entraban en vigor con la comunicación por parte del Director General, a los Estados Miembros de que habían sido ratificados por dos Estados.

Posteriormente en el año de 1927, se dio una norma intermedia, que contemplaba que los convenios entran en vigor noventa días después del registro de la segunda ratificación. Un año después, la práctica normal es prevenir que los convenios en su vigencia comienza doce meses después del registro de la segunda ratificación.

Dicha vigencia objetiva continúa aun cuando por denuncia de éste haya un número inferior de ratificaciones al exigido para su entrada en vigor.

Ahora bien, en cuanto a la Vigencia Internacional, ésta tiene lugar durante los doce meses después de su ratificación.

En cuanto a la regla de los doce meses para la vigencia de los convenios, se inició en el año 1928, al igual que en la Vigencia Objetiva, los convenios adoptados entre 1919 y 1926 entran en vigor para cada país ratificante el día del registro de la ratificación. Los convenios adoptados en 1927 entran en vigor a los noventa días del registro de la ratificación.

Por otra parte, en los Convenios marítimos se encuentra un caso de excepción, su vigencia subjetiva comienza a los seis meses o a los doce meses del registro de la ratificación, según el mismo convenio.

Los Convenios de la O.I.T., por tener como objeto conseguir el mayor número de ratificaciones, tienen en sí, características de ambigüedad y programaticidad, y con un contenido muy parecido al de los países miembros al

que se piensa aplicar, lo que hace que la función normativa de la O.I.T., sea bastante importante y flexible, a tal virtud, encontramos aún en esta etapa, más Recomendaciones en vigor que Convenios de la O.I.T.

La O.I.T., vigila el cumplimiento por el Estado signatario del Convenio ratificado a través de los siguientes sistemas:

“En primer lugar, por medio de las Memorias anuales presentadas por los Estados Miembros, que son analizadas por un Comité de Expertos e informadas por una Comisión de la Conferencia Internacional, para la aplicación de Convenios y Recomendaciones. Es así, pues un procedimiento de control indirecto, que se apoya en la persuasión y la opinión pública internacionales, a instaurar un sistema de consultas tripartitas entre los representantes del Gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, sobre las cuestiones que pueda planear la elaboración de estas Memorias.

En Segundo lugar, tenemos los procedimientos adicionales, raramente usados, para impeler a su cumplimiento, iniciados por reclamaciones o quejas de las organizaciones profesionales de empresarios o trabajadores o de otros Estados Miembros, pudiendo así, si el Estado lo acepta, someter el asunto al Tribunal Internacional de Justicia.

Por último, mediante procedimientos especiales, para el control de la aplicación de los Convenios referidos a la protección de la libertad sindical, a través de dos órganos especiales, que son el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Investigación y de Conciliación, órganos que tienen la misión de examinar las quejas provenientes de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de los Gobiernos”.⁶⁴

⁶⁴ ALBIO MONTESINOS, Ignacio. Ob. cit. Pp. 69 a 71.

Ahora bien, cuando el convenio es ya ratificado, el retiro de alguno de los Estados, no menoscabará la validez de todas las obligaciones derivadas del convenio o que se refieran a él, del período señalado en dicho convenio, según lo dispuesto en el artículo 1, párrafo cinco de la Constitución de la O.I.T., esto, se refiere, que el Estado debe denunciar al convenio en el período autorizado, sino continua obligado a su aplicación y a los procedimientos de la O.I.T.

Posteriormente, se estableció otra regla (1928), según anota que transcurrido un determinado número de años de la entrada en vigor de un convenio, se abre un período de un año, durante el cual puede ser denunciado el mismo, luego se entra en una etapa de espera, aquí el convenio no está abierto a la denuncia, conformada esta, entran en vigor, cada diez años, se autoriza su denuncia dentro de un intervalo de una año, dichos intervalos se suceden periódicamente.

En este sentido, se desprende que la denuncia de los convenios sólo es posible después de entrar en vigor, cuando falta la ratificación éstos no pueden entrar en vigor, por lo que no es posible constitucionalmente la denuncia de los Estados Miembros que lo han ratificado, consecuentemente, para que se anulen las ratificaciones tiene que pasar muchos años.

La denuncia debe de observar determinados principios para su aplicación; en cuanto a los motivos del Gobierno para aplicar dicha figura son:

“Cuando un gobierno examine la posibilidad de denunciar un convenio sería deseable que consulte detenidamente a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores acerca de los problemas planteados y las medidas necesarias para resolverlos; este principio deberá ser señalado por el Director General al gobierno interesado cuando reciba información sobre una posible denuncia;

Los gobiernos deben comunicar a la O.I.T., los motivos de la denuncia, para información del Consejo de Administración”.⁶⁵

Así pues, la denuncia debe ser comunicada al Director General para su registro, se identifica el contenido, indicar claramente que se trata de una denuncia y estar firmada por una persona autorizada para actuar en nombre del Estado, una vez que se registra la denuncia comienza a producir efectos por un año.

Finalmente, de esta manera obtenemos las formalidades para que un convenio entre en vigor; ya que si no son observadas, no pueden producir efectos entre los Estados partes; además es sólo de manera somera como lo mencionamos pues la problemática planteada no surge de este instrumento, sino de la realidad misma, en el sentido de que los países poderosos no respetan los derechos mínimos de toda persona.

3.5 TRATADO INTERNACIONAL QUE REALIZO MÉXICO CON CANADÁ Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. (TLCAN).

Sin duda uno de los temas más relevantes en la actualidad es la de los tratados internacionales de libre comercio, esto es así, pues al planear una estrategia económica esta repercute a diferentes sectores de la sociedad, es decir en lo político, en lo cultural y sobre todo en lo jurídico.

Ahora bien, atendiendo nuestra temática es importante definir que se entiende por un tratado de libre comercio; en párrafos anteriores hemos conceptualizado lo que es un tratado en sentido general, y a mi parecer es

⁶⁵ Idem.

importante atender la naturaleza de el tratado de libre comercio, esto, para tener una visión mas amplia.

Tratado de Libre Comercio, es una acuerdo pactado entre dos o más Estados partes para alcanzar dentro de un horizonte de tiempo establecido, un flujo comercial sin restricciones, ni barreras, ni arancelarias, ni de otra índole.⁶⁶

En ese sentido, el TLCAN es un proceso de integración que se inicia con la creación de la zona de libre comercio de América del Norte, es decir que comprende cuatro etapas de integración las cuales son la zona de libre comercio, la unión aduanera, mercado común y finalmente unión económica; dentro de sus principios se encuentra el trato de nacional, nación más favorecida y transparencia.

En ese tenor, ya teniendo una definición y etapas que comprenden un Tratado de libre comercio, en seguida nos podemos percatar que se trata de un instrumento internacional meramente económico, pero lo importante para nuestro tema es ver que consecuencias trae para el ordenamiento jurídico y en específico en la rama laboral.

Ahora bien, en lo subsiguiente, haremos referencia en las promesas que se hicieron en cuanto la mejora de empleos; siendo así que a los inicios de los años 90' s, se planeo consolidar una nueva estrategia, entrando en vigor en 1994, por lo que los negociadores y promotores del TLCAN prometieron más y mejores empleos. Ésta fue una de las más repetidas promesas.

Actualmente se habla de miles de empleos generados por el sector exportador. No dudamos que los grandes exportadores y las maquiladoras

⁶⁶ Cfr. GUILLERMO SEQUEIRA, Carlos. Tratados de libre comercio, significado de CAFTA para Nicaragua. Artículo en internet, pagina <http://www.org/archivos/TratadosdeLibreComercio.pdf>.

hayan generado empleo; pero hay que tomar en cuenta los que se perdieron por las importaciones de insumos de estos exportadores.

Los duros datos de la realidad nos muestra que no ha habido ni más ni mejores empleos durante el período del TLCAN.

a) En los primeros 9 años del TLCAN la generación total de nuevos empleos en el país fue de 8.073.201; pero ello significa un déficit de 46,6% respecto de los necesarios para dar empleo a la nueva gente que llega a la edad de trabajar (15 a 62 años).

b) Pero además estos pocos empleos son malos empleos: El 55,3% de los empleos nuevos generados no cumplen con ninguna las prestaciones de ley que son sólo tres: seguridad social, gratificación de navidad y 10 días de vacaciones al año. Si tomamos como universo sólo los abierta y formalmente asalariados, el 49,5% no tiene ninguna prestación.

c) El empleo llamado formal se puede contabilizar sumando los datos del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Durante el TLCAN aumentó la inscripción de trabajadores en la seguridad social en 2.656.213. En diciembre de 2002 el total de los trabajadores que cuentan con seguridad social es de 14.809.22234, lo que significa el 36% de los trabajadores.⁶⁷

Sin embargo, muestra la poca capacidad de generar crecimiento y empleo de la estrategia económica de la cual el TLCAN es su coronación.

⁶⁷ <http://www.iadb.org/intal/tratados/nafta25.htm>. Acuerdo de Cooperación Laboral entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

Se puede pensar que se originan pocos empleos, debido a que se está elevando la productividad. Efectivamente, ello es parte de la explicación; la productividad en las manufacturas en los 9 años del TLCAN aumentó 53,6% en el segmento no maquilador y bajó 5,2% en las maquiladoras de exportación. Se está produciendo más con menos trabajo, pero ello es sólo un factor de la explicación. Otro factor es la creciente pérdida de conexión del sector exportador con las cadenas productivas nacionales. La creación de empleos es un esquema de crecimiento en que los empleos indirectos se crean en el extranjero.

No es que nos oponamos al progreso y a la mejora de la eficiencia. Bien que aumente la productividad siempre y cuando sus beneficios se distribuyan y también se beneficien los trabajadores. El hecho es que en 9 años de TLCAN el precio del trabajo (incluyendo salario, prestaciones y costos indirectos como la parte que paga el empleador de la seguridad social) ha bajado en términos reales 36%. Es decir, los trabajadores producen 53% más por hora trabajada y a los patrones les cuesta 36% menos ese trabajo tan rendidor.⁶⁸

En síntesis. Se trata de un sector que a pesar de años malos ha crecido importantemente, pero no sólo no genera empleo sino se pierden trabajos debido a que crea menos cargos que los perdidos en sus antiguos proveedores nacionales. Bien que se esté modernizando y haciendo más competitivo (productividad), pero muy mal que ello no beneficie sino perjudique a los trabajadores (menos empleo y disminución de sus ingresos).

Además, se trata de malos empleos: inseguridad laboral, jornadas largas, contratación temporal y fuertes e ilegales presiones para impedir su sindicalización.

⁶⁸ Idem.

Concluyendo con este tema podemos decir que el TLCAN no ha llenado las expectativas y objetivos que se plantearon sus promotores.

No ha logrado ni siquiera un crecimiento significativo de la economía, menos que el crecimiento sea estable, sostenido, sustentable y con justicia social. Tampoco ha creado, como prometieron, más y mejores empleos.

En cambio, sí ha acelerado la desintegración de las cadenas productivas nacionales.

También ha acelerado la desnacionalización de nuestra planta productiva. Ya prácticamente no hay bancos mexicanos, ni cadenas comerciales y las grandes empresas exportadoras en su mayoría son de propiedad mayoritaria extranjera (con muy pocas excepciones).

La estrategia no funcionó debido a las reglas y modalidades de nuestra integración a la economía mundial. Las exportaciones no han sido motor de la economía en su conjunto debido a la desconexión de las cadenas productivas nacionales. Se exporta mucho pero, dichas exportaciones están altamente concentradas en pocas empresas. La inversión extranjera directa ha sido muy cuantiosa e importante pero tampoco ha colaborado significativamente al crecimiento y a la generación de empleos ya que una buena parte es compra de empresas ya existentes.

Hay pocos ganadores y muchos perdedores. El TLCAN ha generado pocas islas económicas exitosas, muy exitosas en términos de ganancias para sus dueños, pero la economía en su conjunto no despega.

Este balance, obliga a repensar la forma de integramos a la economía mundial. El TLCAN no es un modelo idóneo para otras negociaciones, no es una estructura a imitar para otros países. Es necesario integrarnos en la dinámica

económica mundial, pero bajo otras reglas. No podemos dejar el futuro de nuestros países a las solas fuerzas del mercado. Es necesario un proyecto nacional viable y luchar por reglas o regulaciones internacionales que creen las condiciones para que cada país optimice sus posibilidades de desarrollo. No necesitamos más acuerdos de libre comercio, es decir de desregulación y absolutización de la competencia en la que el pez grande se come al chico. Requerimos acuerdos internacionales en donde se respeten los derechos fundamentales de las personas, tales como la no discriminación, el derecho a la salud, que implica directamente a la vida y la integridad corporal, un trabajo digno y honesto; ello, para el desarrollo sustentable y la distribución del ingreso, tanto a nivel mundial como dentro de cada país. Otro mundo es posible, otra globalización también y hay propuestas muy avanzadas para ello.

a) Acuerdo laboral del TLCAN.

En este apartado, haremos una breve síntesis de los puntos más destacados a nuestra consideración. El acuerdo laboral que celebró México con Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, está conformado por siete partes y por un anexo, los cuales comentaremos a grandes rasgos.

En su primera parte hace alusión a los objetivos fundamentales, que son mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida en el territorio; promover al máximo los principios laborales; estimular la cooperación para promover la innovación, así como los niveles de productividad y calidad crecientes; alentar la publicación y el intercambio de información, el desarrollo y la coordinación de estadísticas, así como estudios conjuntos para promover la comprensión mutuamente ventajosa de las leyes e instituciones que rigen en materia de trabajo en territorio de cada uno; proseguir actividades de

cooperación relativas al trabajo en términos de beneficio mutuo; promover la observancia y la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada una de las partes; y promover la transparencia en la administración de la legislación laboral.

En su segunda parte se habla de las obligaciones, en el que se tratan siete puntos a comentar.

El compromiso general, consistente en el respeto a la constitución de cada una de las partes integrantes y reconociendo el derecho de celebrar, en lo interno, sus propias normas laborales y de adoptar o modificar, sus leyes y reglamentos laborales, así como prever altas normas laborales para lugares de trabajo con alta calidad y productividad.

Las medidas gubernamentales para la aplicación efectiva de la legislación laboral, consisten en nombrar y capacitar inspectores; vigilar el cumplimiento de las leyes e investigar las presuntas violaciones, inclusive mediante visitas de inspección; tratar de obtener promesas de cumplimiento voluntario; requerir registros e informes; alentar el establecimiento de comisiones obrero-patronales para tratar la reglamentación laboral en el centro de trabajo; proveer y alentar el uso de servicios de mediación, conciliación y arbitraje; o iniciar procedimientos para procurar sanciones o soluciones adecuadas por violaciones a su legislación laboral.⁶⁹

Acceso de los particulares a los procedimientos ya sean administrativos, cuasijudiciales, judiciales o del trabajo para la aplicación de la legislación laboral, respecto de la seguridad e higiene, condiciones de trabajo, relaciones obrero-patronales y trabajadores migratorios.

⁶⁹ <http://www.oit.org.pe/spanish/260ameri/puel/docutrap.htm>. Las Normas Laborales en los Acuerdos de Intecración en las Américas.

Las garantías procesales, la aplicación de la legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes, se dispone que dichos procedimientos cumplan con el debido proceso legal; las audiencias serán públicas, salvo excepciones; en el procedimiento haya derecho a sustentar o defender sus respectivas posiciones y a presentar información o pruebas; y que los procedimientos no sean complicados.

Las partes tienen derecho de solicitar la revisión, pudiendo hacer modificaciones de las resoluciones definitivas dictadas en dichos procedimientos. Así también se verificará que los tribunales sean imparciales e independientes, y no tengan interés en el resultado. Se dispondrán de todos los recursos como son órdenes, acuerdos de cumplimiento, multas, sanciones, encarcelamiento, medidas precautorias o de apremio. Se da la facilidad de establecer oficinas para la defensa del trabajo, que representen a los trabajadores u organizaciones.

La Publicación se hará de leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refiera a lo comprendido en este Acuerdo.

La información y conocimientos públicos, garantizando la disponibilidad de información relacionada con la legislación laboral de cada Estado y los procedimientos para su aplicación y promover la educación de la población de su legislación laboral.

La Comisión para la Cooperación Laboral, se encuentra regulada en la tercera parte del Acuerdo en comento, en donde se establece una Comisión, la cual la establecen las partes, integradas por un Consejo ministerial y un Secretariado, contará con la colaboración de la Oficina Administrativa de cada una de las partes.

El Consejo integrado por los secretarios o ministros de trabajo, o por las personas que designen, establecerá sus reglas, procedimientos, se reunirá por lo menos una vez al año en sesiones ordinarias, a petición de cualquiera de los signantes, en sesiones extraordinarias. Las sesiones ordinarias serán presididas por cada una de las Partes.

Algunas de las primordiales funciones del Consejo son supervisar la aplicación del citado Acuerdo, elaborar recomendaciones sobre su desarrollo; dirigir los trabajos, actividades del secretariado, comités, grupos de trabajo establecidos por el Consejo; establecer medias de cooperación, promover la recopilación, publicación de información comparable sobre la aplicación de las leyes, las normas de trabajo y los indicadores del mercado laboral.

Las Actividades de Cooperación son la seguridad e higiene del trabajo; trabajo de menores; trabajadores migratorios de las Partes; estadísticas del trabajo; prestaciones laborales; programas sociales para los trabajadores y sus familias; programas metodologías, experiencias respecto a la elevación de la productividad; relaciones obrero patronales, procedimientos de negociación colectiva: condiciones de trabajo y su aplicación; compensación por accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo; legislación relativa a la formación, funcionamiento de los sindicatos, la negociación colectiva, la resolución de conflictos laborales; igualdad entre mujeres y hombres en el lugar de trabajo; formas de cooperación entre los trabajadores, empresarios y el gobierno; asistencia técnica para el desarrollo de normas laborales.⁷⁰

⁷⁰ Cfr. DÁVALOS, José. Constitución y Nuevo Derecho del Trabajo, segunda edición, Porrúa, México, 1995. Pág. 39

Ahora bien, el Secretariado, presidido por un director ejecutivo, designado por el Consejo por un período de tres años, con posible reelección, que se designará entre los nacionales de las partes.

El director ejecutivo podrá nombrar y supervisar el personal de apoyo, cuyas remuneraciones se basarán en su eficiencia, capacidad e integridad, para el nombramiento se tomará en cuenta las listas de candidatos elaboradas por las partes, dando cabida a personal de todas las firmantes.

Se podrá rechazar algún nombramiento mediante la votación de las dos terceras partes de los miembros del Consejo. En sus labores, el director ejecutivo y el personal de apoyo no solicitarán ni podrán recibir instrucciones de ningún gobierno de ninguna autoridad externa al Consejo. Cada uno respetará el carácter internacional de las responsabilidades del director ejecutivo y del personal.

El Secretariado tiene cuatro funciones principales, consistentes, en brindar apoyo al Consejo, presentar el plan de trabajo y el presupuesto anual de la Comisión, con disposiciones para contingencias; el secretariado informará anualmente al Consejo sus actividades y gastos, así como publicar periódicamente una lista de los asuntos resueltos.

Se deberá elaborar informes descriptivos sobre la legislación y procedimientos administrativos en materia laboral, tendencias y estrategias relacionadas con la práctica de la legislación laboral, sobre el empleo, salarios promedio y productividad en el trabajo. Deberán ser sometidos al Consejo todos los proyectos pudiendo ser devueltos en caso de ser inexactos o deficientes, para ser reconsiderados, ya aprobados por el Consejo serán publicados cuarenta y cinco días después.

Las Oficinas Administrativas Nacionales (O.A.N.), se deberá establecer una en territorio de cada una de las Partes a nivel gobierno Federal, debiendo informar a cada Parte su ubicación, debiendo estar a cargo un secretario, quien será responsable de su administración y funcionamiento.

Las funciones de la O.A.N., son ser el centro de enlace con las dependencias gubernamentales de esa Parte, las O.A.N. de otras partes, y el Secretariado, así como establecer las reglas para la presentación y recepción de comunicaciones públicas sobre asuntos relativos a la legislación laboral surgidos de otro firmante, y publicará periódicamente una lista de las mismas.

Es turno de hablar, sobre los Comités divididos en consultivos naciones y gubernamentales, los primeros, cada firmante podrá convocar un comité integrado por miembros de la organización laboral y empresarial, así como otras personas, con el fin de recibir asesoría sobre al aplicación y desarrollo del Acuerdo en comentó; los segundos estarán integrados por representantes de los gobiernos federales, estatales o provinciales, con el mismo fin que el anterior.

Los idiomas oficiales que se utilizaran serán el español, francés y el inglés.

La Cuarta Parte se refiere a las Consultas y Evaluaciones para la Cooperación. Para darse las consultas se deberán reunir las Oficinas Administrativas Nacionales (O.A.N.), en dicho procedimiento una podrá solicitar con otra, las respecto de su administración o las condiciones del mercado laboral en su territorio. En tales consultas, la requerida proporcionará la información pública incluyendo las descripciones de sus leyes y reglamentos, procedimientos, políticas o prácticas, cambios propuestos a tales procedimiento, políticas o prácticas, y las aclaraciones y explicaciones relacionadas con los anteriores informes.

Otro tipo de consultas son las Ministeriales, consistentes en que cualquiera de los signantes, puede solicitar por escrito con otra a nivel ministerial respecto de cualquier asunto en el ámbito de este acuerdo, informando a las demás de dicha solicitud, teniendo la posibilidad de integrarse si existe un interés sustancial, debiendo la Parte solicitada resolver el asunto mediante las consultas previstas, en especial a través de la información a disposición pública.

Ahora bien, si el asunto no se ha resuelto, cualquiera de los firmantes podrá solicitar se reúna un Comité Evaluador de Expertos (CEE), el cual observará las pautas de conducta de cada una de las Partes en la aplicación de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo y otras normas técnicas laborales.

Las reglas de procedimiento del CEE, las establecerá el Consejo, siendo que se integre por tres miembros, el presidente sea seleccionado por el Consejo de una lista de expertos elaborada en consulta con la O.I.T., los miembros del Comité Evaluador deberán tener conocimientos o experiencia en materias laborales u otras disciplinas afines, sean elegidos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio, ser independiente, y cumplir con el código de conducta que les establezca el Consejo.

Los Proyectos de informes de evaluación, dentro de los primeros 120 días posteriores a su establecimiento, el Comité Evaluador presentará un proyecto de informe al Consejo, que deberá tener en cuenta una evaluación comparativa del asunto, sus conclusiones y las recomendaciones prácticas que puedan ser de utilidad a los signantes con respecto al asunto, siendo que las Partes podrán presentar por escrito sus opiniones respecto del proyecto a fin de tomarse en cuenta.

Los Informes de Evaluación Finales, el C.E.E., someterá un informe final al Consejo dentro de los 60 días posteriores a la presentación de su proyecto de informe, a menos que el Consejo decida otra cosa, será publicado en el plazo de 30 días después de su presentación al Consejo, las partes proporcionarán una a otra y al Secretario respuestas escritas a las recomendaciones contenidas en el informe del Comité Evaluador, en el plazo de 90 días posteriores de su publicación, las cuales se pondrán a consideración del Consejo en su próxima sesión ordinaria, lo cual podrá mantener bajo revisión.

En la Quinta Parte del Acuerdo establece la Solución de Controversias, después de la presentación al Consejo del informe final de un C.E.E., relativo a la aplicación de las normas técnicas laborales de una Parte en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salarios mínimos, cualquiera de las partes podrá solicitar por escrito consultas con cualquiera otra, respecto a la existencia de una pauta persistente de omisiones de esa otra Parte, en la aplicación efectiva de dichas normas, los signantes consultantes harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de la asunto a través de las consultas.

En caso de no resolverse el asunto inicia el procedimiento, en los 60 días posteriores a la entrega de la solicitud de consultas, o dentro del plazo que acuerden, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito una sesión extraordinaria del Consejo, se iniciará en la solicitud el motivo de la queja entregándola a las otras Partes y al Secretariado, el Consejo reunirá dentro de los 20 días a resolver la controversia, se podrá convocar a los asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos, se podrá recurrir a los buenos oficios, a la conciliación, a la mediación o procedimientos de solución de controversias, o bien formular recomendaciones que podrán ser públicas.

Si aún el asunto no se resuelve, en 60 días posteriores a la reunión del Consejo se decidirá mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros, convoca un panel arbitral para examinar el asunto, cuando persista las omisiones de la Parte demandada en la aplicación de sus normas técnicas, en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo en relación con el comercio, o las leyes mutuamente reconocidas.

Se tendrá una lista de hasta 45 panelistas que cuenten con aptitudes para serlo, los cuales serán designados por consenso en periodos de tres años, los cuales podrán ser reelectos; para poder realizar dicha función, se deberá tener conocimientos especializados o experiencia en derecho laboral o en su aplicación, en solución de controversias derivadas de acuerdos internacionales, experiencia científica, técnica o profesional, deberán ser objetivos, confiables, tener buen juicio, no tener ningún vínculo con ninguna de los firmantes y cumplir con el código de conducta establecido por el Consejo. No podrán ser panelistas los que hayan formado parte del C.E.E., o tener un interés.

Cuando haya dos Partes contendientes, se seguirán los siguientes pasos, el panel se integrará por cinco miembros, las contendientes procurarán acordar la designación del presidente del panel en los 15 días siguientes a la votación del Consejo para la integración del mismo, si no hay acuerdo, se designará en 5 días que no será ciudadano de la Parte que lo hace.

En los 15 días posteriores, cada firmante contendiente seleccionará dos panelistas que sean ciudadanos de la otra, si un signante no los selecciona dentro de ese lapso, se hará por sorteo entre los miembros de la lista.

Cuando hay más de dos Contendientes, se seguirán los principios que establecen que el panel se integrará con cinco miembros, procurarán acordar la designación del presidente del panel en los 15 días siguientes a la votación del

Consejo, en caso de no llegar a un acuerdo se seleccionará en un plazo de 10 días.

En los 30 días siguientes, la demandada designará dos panelistas, uno de los cuales será ciudadano de una de las partes reclamantes, y el otro será ciudadano de la otra reclamante, las seleccionarán dos panelistas que sean ciudadanos de la demandada, de no hacerlo será por sorteo.

Se podrá presentar la recusación sin expresión de causa contra el individuo que no figure en la lista y que sea propuesto como panelista, dentro de los 30 días siguiente, si se ha dado una violación al código de conducta se destituirá al panelista y elegirán uno nuevo.

Las reglas del procedimiento garantizarán como mínimo el derecho a una audiencia ante el panel, la oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito, y que ningún panel divulgue que panelistas sostienen opiniones de mayoría o minoría.

En los 20 días siguientes a la votación del Consejo para integrar el panel, el acta de misión será:

“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables del Acuerdo, incluidas las dispuestas en la Quinta Parte, si ha habido una pauta persistente de omisiones de la demandada en la aplicación efectiva de sus normas técnicas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo, y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones”.⁷¹

Sobre el Informe preliminar, el panel se fundará en los argumentos y comunicaciones presentados por los signantes contendientes y en cualquier información que haya recibido. Dentro de los 180 días el panel presentará a las

⁷¹ Idem.

contendientes un informe preliminar que contendrá las conclusiones, la determinación sobre si ha habido una pauta persistente de omisiones del firmante demandado en la aplicación efectiva de sus normas técnicas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo en un asunto relacionado con el comercio, amparado en leyes reconocidas, y en caso de que el panel emita una determinación afirmativa, sus recomendaciones al aplicarlas para corregir el motivo de controversia.

Las partes podrán hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar, en los 30 días a su presentación, en este caso el panel podrá solicitar las observaciones de cualquier involucrada, reconsiderar su informe y llevar a cabo exámenes pertinentes.

El informe final, se presentará en un plazo de 60 días a partir de la presentación del informe preliminar, se comunicará al Consejo el informe final del panel, así como las opiniones escritas de los contendientes. Se publicará cinco días después de su comunicación al Consejo.

El cumplimiento del informe final, los contendientes podrán acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio, se ajustara a las determinaciones y recomendaciones del panel. Las partes notificarán al Secretariado y al Consejo toda resolución que hayan acordado sobre la controversia.

En caso de no haberse llevado a cabo el acuerdo cualquiera de los signantes podrá solicitar que el panel se reúna de nuevo, la parte solicitante entregará la solicitud por escrito a las otras y al secretariado.

No se podrá presentar una solicitud en un plazo mayor a 60 días, ni después de los 120 días posteriores a la fecha del informe final. Cuando no hayan llegado a un acuerdo y si no se ha presentado una solicitud, a los 120

días después de la fecha del informe final se considerará establecido por el panel el último plan, si lo hay, presentado por la demanda a los reclamantes, en un plazo de 60 días a la fecha del informe final, o en cualquier otro periodo acordado.

Existen procedimientos adicionales, después de los 180 días a partir de la determinación de un panel, en cualquier momento el reclamante podrá solicitar por escrito que se reúna de nuevo para determinar si la demandada está cumpliendo con el plan. El Consejo convocará la previa entrega de la solicitud escrita a las otras y al Secretariado. Presentará su determinación dentro de los 60 días a que se le haya convocado de nuevo o en cualquier periodo que acuerden.

Cuando una no hay pagado la contribución monetaria dentro de los 180 días, se podrán suspender los beneficios derivados de la cooperación internacional, por un monto no mayoral necesario para cobrar la multa.

Cuando más de una de las reclamantes suspendan beneficios, la suspensión combinada no será mayor a la aplicación del monto de la contribución.

Si alguna suspende la aplicación de beneficios, el Consejo previa entrega de solicitud escrita por la Parte demandada las otras y al Secretariado, convocará de nuevo al panel para que determine, según sea el caso, si se ha pagado o cobrado la contribución monetaria, o si la demandada está cumpliendo con el plan de acción. El panel presentará su informe dentro de los 45 días a su reunión, si concluye que se ha pagado o cobrado la contribución, o que la demandada está cumpliendo con el plan, se dará por terminada la suspensión de beneficios.

El Consejo reunirá de nuevo al panel, previa entrega de solicitud escrita de la demandada a las otras y al Secretariado, para que determine si la suspensión de beneficios por las reclamantes es excesiva. Dentro de los 45 días a la solicitud, presentará a los contendientes un informe que contenga su determinación.

Las disposiciones generales se encuentran en la Sexta Parte, se establece que no se le da derecho a ninguno de los firmantes a ejercer su derecho laboral en territorio de otro. Ninguna podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra ninguna de las otras, con fundamento en que una medida es incompatible con el citado acuerdo.

Cuando una proporcione información confidencial o comercial reservada a otra, incluyendo su Oficina Administrativa nacional, al Consejo o al Secretariado, quien la reciba le dará el mismo trato que a la otra se le proporcione.

Se procurará establecer acuerdos de cooperación para permitir al Consejo y a los signantes aprovechar los conocimientos y experiencia de la O.I.T., para los efectos de poner en práctica.

Se contribuirá por igual para el presupuesto anual de la Comisión, según la disponibilidad de recursos asignados, conforme a los procedimientos legales de cada uno, ninguna estará obligada a pagar una parte mayor a la de ninguna de las otras con respecto al presupuesto anual.

El director ejecutivo y el personal de apoyo del Secretariado gozarán en territorio de cada una de las partes de los privilegios e inmunidades para el desempeño de sus funciones.

Existe un apartado de definiciones en donde se aclaran conceptos como legislación laboral, que se relaciona con la libertad de asociación y el derecho a

organizarse, el derecho a la negociación colectiva, el derecho de huelga, la prohibición del trabajo forzado, restricciones sobre el trabajo de menores, condiciones mínimas de trabajo, tales como el pago de salario mínimo, pago de tiempo extra, que comprenden a los asalariados, incluyendo los no cubiertos por contratos colectivos, la eliminación de la discriminación en el empleo por motivos tales como raza, religión, edad, sexo u otros que fijen las leyes internas de cada parte, el salario igual para hombres y mujeres, la prevención de lesiones, enfermedades ocupacionales, la compensación en casos de lesiones de trabajo, de enfermedades ocupacionales, y la protección de trabajadores migratorios.

Otro concepto, son las leyes laborales mutuamente reconocidas, significa que tanto las leyes del solicitante como el de la parte, han sido materia de consultas ministeriales, que se ocupan del mismo factor general, de modo que otorguen derechos, protecciones o normas exigibles.

Relacionado con el comercio significa una situación que involucra lugares de trabajo, firmas, compañías o sectores que produzcan o brinden servicios.

En la Séptima y última parte se encuentran las disposiciones finales, como la fecha en que entra en vigor el presente Acuerdo, después de la entrada en vigor del T.L.C., una vez que se intercambien notificaciones escritas que certifiquen que han concluido las formalidades jurídicas necesarias.

Se menciona que se podrá convenir modificaciones o adiciones al presente acuerdo, así como la adhesión, cualquier país puede integrarse al Acuerdo según los procedimientos del Consejo. Asimismo cualquier país que denuncie lo hará con seis meses de anticipación por escrito.

Por último, por lo que respecta a los Anexos, es en donde se consagran los principios laborales, los cuales se comprometen a promover, bajo las condiciones que establezca su legislación interna, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación. Su propósito es delimitar áreas las cuales son la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse, el derecho de los trabajadores, ejercido libremente y sin impedimento, para instituir organizaciones y unirse a ellas por elección propia, con el fin de impulsar y defender sus intereses.⁷²

El derecho a la negociación colectiva, la protección del derecho de los trabajadores organizados a negociar libremente, en forma colectiva, los términos y condiciones de empleo.

La protección del derecho de huelga de los trabajadores, con el fin de defender sus intereses colectivos. La prohibición del trabajo forzado, excepto tipos de trabajo obligatorio en casos generalmente aceptados, tales como el servicio militar, obligaciones cívicas, el trabajo en las prisiones, y el trabajo en casos de emergencia.

Las restricciones sobre el trabajo de menores, el establecimiento que podrán variar al tomar en consideración factores capaces de afectar el desarrollo de las facultades físicas, mentales y morales de los jóvenes, incluyendo sus necesidades de educación y de seguridad.

Las condiciones mínimas de trabajo, como el salario mínimo, pago de tiempo extra, para los asalariados, incluyendo los que no están protegidos por un contrato colectivo.

⁷² <http://www.oit.org.pe/spanish/260ameri/puel/docutrap.htm>. Las Normas Laborales en los Acuerdos de Integración en las Américas.

La eliminación de la discriminación en el empleo por causa de raza, sexo, religión, edad u otros conceptos, con la salvedad de excepciones razonables, como requisitos o acreditaciones para el empleo, prácticas que rijan las edades de retiro de buena fe, y medidas especiales de protección a grupos particulares, para contrarrestar la discriminación.

Salarios iguales para hombres y mujeres, según el principio de pago igual por trabajo igual en un mismo establecimiento.

La prescripción y aplicación de normas que minimicen las causas de lesiones y enfermedades ocupacionales.

El establecimiento de un sistema que prevea beneficios y compensaciones para los trabajadores o para quienes dependen de ellos en caso de lesiones ocupacionales, accidentes o muerte surgidos durante el trabajo, con conexión u ocurridos con motivo del mismo.

Proporcionar a los trabajadores migratorios en territorio de cualquiera de los firmantes la misma protección legal que a sus nacionales, respecto a las condiciones de trabajo. A parte de los derechos que consagra a favor de los trabajadores, también se trata el tema de las contribuciones económicas dentro de este punto. En donde el primer año a partir de a fecha de entrada en vigor, la contribución no será mayor de 20 millones de dólares, después no será mayor del 0.007 por ciento del comercio total de bienes entre las Partes correspondientes al año más reciente para el cual tenga información.

Para determinar el monto, se tomarán en cuenta la extensión y la duración de la pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de las normas técnicas laborales de la Parte en materia de seguridad e higiene, trabajo

de menores o salario mínimo, el nivel de aplicación por la limitación de sus recursos, razones de algún firmante para no cumplir.

Las contribuciones se pagarán en la moneda del firmante y se depositarán en un fondo establecido a nombre de la Comisión por el Consejo, se utilizarán para mejorar o fortalecer la aplicación de la legislación laboral.

Con respecto a lo que comprende el territorio de cada una de los signantes, se comprende por parte de México:

Los estados de la Federación y el Distrito Federal;

Las islas, incluidos los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

Las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico;

La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;

Las aguas de los mares territoriales, en la extensión y términos que fije el derecho internacional y las aguas marítimas interiores;

El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establece el propio derecho internacional; y

Toda la zona más allá de los mares territoriales de México dentro de la cual México pueda ejercer derechos sobre el fondo y el subsuelo marinos y sobre los recursos naturales que éstos contengan, de conformidad con el derecho internacional.⁷³

⁷³ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Respecto de Estados Unidos de Norteamérica, comprende el territorio aduanero, que incluye los cincuenta estados, el Distrito de Columbia, las zonas libres, toda la zona más allá del mar territorial dentro del cual, de conformidad con el derecho internacional, con su legislación interna, pueda ejercer derechos sobre el fondo, subsuelo marinos y sobre los recursos naturales que éstos contengan.

Por lo que hace al territorio de Canadá en que se aplique su legislación aduanera, incluida toda zona más allá de los mares territoriales de Canadá dentro de la cual, de conformidad con el derecho internacional y con su legislación interna, pueda ejercer derechos sobre el fondo, subsuelo marinos y sobre los recursos naturales que éstos contengan.

Finalmente, por lo que hace a este apartado, nos percatamos que el instrumento por excelencia del derecho internacional, son precisamente los tratados internacionales; y, además una vez adoptados por los estados partes, tienen que ser cumplidos. De tal manera que el problema, para la protección de los derechos de los trabajadores en el extranjero, no lo es el instrumento, sino más bien, en mi opinión, la finalidad que tenga el derecho para hacer realidad, lo que tanto se predica, esto es, la protección de los intereses fundamentales para la convivencia entre seres humanos, en el caso particular lo representa los derechos de los trabajadores.

CAPITULO CUARTO

4.0 ACUERDO LABORAL.

En este último apartado del trabajo de investigación, se analizará la necesidad de regular el trabajo de los nacionales en el extranjero, a fin de lograr una ampliación o mejor dicho el reconocimiento de sus garantías laborales, esto, ya sea mediante un acuerdo laboral de carácter internacional o a través de los distintos instrumentos internacionales que protegen los derechos fundamentales del hombre que para el caso, **-un trabajador es un ser humano-**, lo anterior es así, pues no existe una regulación específica del trabajador en el extranjero; en este sentido, siguiendo las reglas del derecho internacional, para que un acuerdo internacional entre en vigencia, debe ser ratificado por los estados partes, cuestión que no resulta fácil en razón de los factores económicos, sociales e institucionales; en ese sentido, es necesario vincular el deber de respetar los derechos fundamentales de toda persona, en este caso del trabajador, a los instrumentos internacionales ya existentes.

Lo anterior, consiste en el reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales de toda persona, incluidos los de los trabajadores, pues son seres humanos, ya consignados en diversos instrumentos internacionales; en esa virtud, se trata no sólo de crear instrumentos internacionales más sofisticados, sino de instituir una conciencia universal del respeto al ser humano, mediante las herramientas (tratados que protegen los derechos fundamentales) ya existentes de la comunidad internacional.

En el desarrollo de la historia humana, se han reconocido ininidad de derechos esenciales pertenecientes a todo individuo, esto a través de pactos, convenios, tratados o acuerdos, instrumentos que resultan insuficientes, así

pues, no se trata de innovar algún otro instrumento de carácter internacional, puesto que los derechos fundamentales, como término universal, ya se encuentran dispersos en diversas herramientas del Derecho Internacional, sin embargo, éstos son vacuos e insuficientes, desde el punto de vista de su inobservancia e inaplicabilidad, ya que día con día se infringen los derechos más elementales de toda persona; además, la realidad exige que a los trabajadores nacionales en el extranjero, documentados e indocumentados, se les salvaguarde en los Derechos Fundamentales inherentes a la propia naturaleza humana; ello, a través de los diversos instrumentos internacionales ya existentes; esto es así, dado que cuando salen a un territorio ajeno no se encuentra en las mismas condiciones que un residente en el país receptor; pues pareciera que cuando una persona cruza la línea divisoria de su nación y entra a una ajena, se desvanecieren sus derechos fundamentales, como si dejará de ser hombre y pasará a ser objeto sin derechos.

Así pues, la primera vía idónea que observamos y que además exige la realidad para ampliar las garantías de los trabajadores en el extranjero, es a través de los diversos instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, pues los primeros, se encuentran comprendidos de manera general en los segundo; de igual forma, otra vía sería realizar un acuerdo laboral, en el cual se incorporen todos los derechos elementales del ser humano, consignados de alguna manera en los diversos instrumentos internacionales que los protegen, a efecto de crear conciencia de que un trabajador en territorio ajeno, se encuentra protegido por la comunidad internacional, aún cuando no hay un documento que explícitamente los ampare. Sin embargo, insisto que los trabajadores migrantes si se encuentran protegidos por los diversos instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos del hombre, y un Estado que viola los derecho humanos de los trabajadores esta incurriendo en responsabilidad internacional.

4.1 NECESIDAD DE REGULAR EL TRABAJO DE LOS NACIONALES EN EL EXTRANJERO.

Manteniendo la convicción de que los trabajadores nacionales en el extranjero- ya sean documentados o indocumentados- tienen derechos humanos elementales y que el hecho de cruzar la frontera no los despoja de su condición humana, su protección implica un enorme compromiso social, puesto que se encuentran en condiciones extremas de vulnerabilidad.

La protección a los ciudadanos o súbditos nacionales, con derechos no sólo políticos sino sociales que se desconocen para los extranjeros, ha originado restricciones laborales para éstos. El progreso jurídico en la esfera laboral y el carácter internacional de los movimientos obreros ha contribuido a mejorar una situación, que nunca se consolida del todo por las explosiones nacionalistas y xenófobas que provocan discriminación, abusos por parte de las autoridades y de la población civil.

A medida que se torna más uniforme la legislación laboral de los distintos países, por obra de las conquistas de los trabajadores y de la O.I.T, se va produciendo paradójicamente una situación sucesiva de dificultades para los trabajadores extranjeros que quieren y deben de trabajar fuera de su patria. Así se establecen restricciones y prohibiciones que desembocan en una desigualdad "lema de discriminación"; respecto de los nacionales en el país receptor.

Los trabajadores extranjeros, encuentran también obstáculos para el ejercicio de cargos directivos en los sindicatos, y en ocasiones incluso para la afiliación. Otra medida injusta para ello suele proceder de la privación de los derechos pasivos, como la jubilación, logrados a través de paciente y laboriosa permanencia en el suelo ajeno; pues si se pretende luego disfrutar de los

últimos años de descanso de la vida en el solar patrio, o se arrebatan los beneficios a quien se repatria o sólo se les permiten temporadas tan breves, que los gastos de traslado y regreso no se compensan con tales haberes; además son tan comunes las violaciones de derechos fundamentales, tanto de los trabajadores documentados como la de los indocumentados.

La regulación del trabajo de los extranjeros presenta una curiosa mezcla del egoísmo y nacionalismo, refractario a concesiones a los de otros países, y del temor a que, la ajena correspondencia exacta para esa actitud xenófoba, signifique desventajas y hasta vejaciones para los trabajadores nacionales que salen de su territorio a otro que les resulta ajeno, ya sea transitoriamente o definitivamente, a donde se les brinden mejores oportunidades que en el suelo propio. Ello lleva a que se establezcan garantías para evitar que los trabajadores nacionales sufran detrimento en sus beneficios laborales (violaciones a sus derechos fundamentales) cuando salen al extranjero; por otro lado, se procura impedir que se pueda rebajar las mínimas condiciones o las normas de vida de los trabajadores nacionales o disminuir las reiteradas violaciones a los más elementales derechos.

Lo anterior, se refiere a los trabajadores con documentos, pero que hay de los indocumentados, éstos siguen siendo seres humanos, -en busca de mejores condiciones de vida- o a caso el hecho de ser ilegal, irregular o cualquier expresión que se ocurra, es símbolo de violación de sus derechos fundamentales, pierden ese derecho por el simple hecho de no contar con un documento que ampare su estancia legal. La cuestión no es fácil; así como a los trabajadores nacionales en el extranjero documentados, se ven disminuidos en sus derechos, a los irregulares pareciera que desaparecen esos derechos, pues éstos se encuentran más desprotegidos y son objeto de constantes abusos tales como robos, asaltos, hostigamientos, abusos sexuales, discriminación,

deportaciones masivas entre otros. Con esto no pretendo que, este trabajo se ocupe únicamente de los trabajadores nacionales indocumentados, sino más bien un enfoque que abarque a las dos divisiones de trabajadores (documentados e indocumentados) pues los derechos fundamentales son universales, es decir son inherentes a toda persona, sin distinción de sexo, raza, regulares, ilegales, en fin cualquier clase de discriminación.

El problema de los trabajadores nacionales que emigran a un territorio ajeno tiene una dimensión universal; las causas son básicamente las que tienen su origen en la pobreza, entre otras. El planteamiento es si cabe considerar al trabajador extranjero como un extraño sin lugar alguno en el país de destino, o más bien como un sujeto de derechos, creador de riqueza en la sociedad a la que se ha dirigido y también en la de origen, a la que aporta parte de sus ingresos. No hay razón para que frente a la internacionalización universal, caracterizados por el principio de libertad de circulación de mercancías y capitales, se mantengan las fronteras principalmente para impedir la libre circulación de las personas y más aún que, al cerrar las fronteras a los trabajadores, mediante políticas injustas por parte de los estados receptores, violen los derechos fundamentales.

Al igual que los nacionales de un país determinado, todos los trabajadores migrantes, sea cual fuere su origen nacional, su religión, color o incluso su situación jurídica, comparten con los nacionales de la comunidad de acogida tanto una humanidad común, como el derecho a aspirar a un trato decente y humano. Es decir comparten, más allá de que pertenezcan a una sociedad distinta, los derechos humanos fundamentales.

Una protección jurídica inadecuada, combinada con una serie de factores económicos, sociales e institucionales adversos, son los obstáculos que impiden que se respeten los derechos fundamentales de los trabajadores en el

extranjero; pero la problemática mayor, es que los instrumentos internacionales que protegen a todos los trabajadores migratorios, en especial la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias; no la ratifican los países desarrollados con mayor recepción de trabajadores migrantes; enfatizo esto, dado que el acuerdo laboral que se propone, sería sólo una *lege ferenda*, pues necesitaría ser firmado por los estados partes para que tuviera fuerza obligatoria en la comunidad internacional; en esa virtud, la solución inmediata, es utilizar como base los principios de los instrumentos internacionales que ya existen, referentes a los derechos humanos del hombre, pues el trabajador los tiene.

Marzal, Antonio refiere "Legales o ilegales, regulares o irregulares, en tanto estén bajo la jurisdicción del Estado, el Estado debe garantizar la protección de sus derechos humanos, reconocidos en los instrumentos internacionales..."⁷⁴

Según los acuerdos internacionales y la mayoría de las legislaciones nacionales, los ciudadanos tienen ciertos derechos humanos básicos, pero, en la práctica, éstos son violados continuamente, la situación de los trabajadores en el extranjero no ciudadanos, en el país que los recibe es muy diferente ya que sus derechos aún estando plenamente reconocidos por la ley internacional, no son aplicados por los países, dado que por encima de estos derechos, siempre se encuentra un interés económico, social, incluso hasta cultural.

Hay un cuerpo de leyes internacionales que reconocen los derechos fundamentales de toda persona, que es aplicable a todos los seres humanos. Según las cláusulas de los principales instrumentos internacionales de derechos, existe un conjunto de derechos fundamentales que deberían ser inderogables

⁷⁴ Cfr. MARZAL, Antonio. Derechos Humanos del Migrante, de la Mujer en el Islám, de Injerencia Internacional y Complejidad del Sujeto, Oxford University Press, México 1997. Pág. 215.

más allá de las circunstancias y sin tener en cuenta el estatuto y otras características del individuo.

Sin embargo, cuando se trata de trabajadores en el extranjero no ciudadanos en el país receptor, una serie de lagunas y ambigüedades de los referidos instrumentos dificultan el reconocimiento de tales derechos (como si se desvanecieran). También en la comunidad internacional las cláusulas de derechos humanos que son de directa relevancia para los trabajadores en el extranjero o no ciudadanos son fragmentarias y dispersas, pero esto, no significa que no deban aplicarse tales derechos. Esto hace que la protección a los trabajadores en la comunidad internacional, sea débil y además resulta para ellos difícil aprovechar por completo estas cláusulas.

Por estas y otras muchas razones, es necesario una **regulación especial** de los trabajadores en el extranjero, en el sentido de **recopilar los derechos más elementales de toda persona**, que puedan funcionar aún sin la ratificación de los estados partes, pues estos ya existen en diversos instrumentos internacionales que cuentan con fuerza obligatoria para su aplicación, sólo se trataría de una concentración de esos derechos en un solo documento, a efecto de buscar **soluciones globales** a los problemas con que se enfrentan los **trabajadores migrantes**; es decir, adoptando de ciertos instrumentos los derechos que se refieren a los trabajadores en el extranjero.

a) Importancia Internacional de los Derechos Humanos para la Protección de los Trabajadores Nacionales en el Extranjero.

En ese tenor, se denota la importancia de los derechos fundamentales, para la protección de los trabajadores en el extranjero, pues no es dable dejar

de observar los derechos laborales de los trabajadores documentados e indocumentados, consignados en diversos instrumentos, dado que cuando se dejan de aplicar, se violan acuerdos internacionales cruciales que garantizan la protección de derechos humanos universales, como los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Convención de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, que protegen el derecho de toda persona y específicamente la del trabajador en el extranjero, el derecho a recibir un trato igual y no menos favorable que el que reciben los nacionales en su país en cuanto a condiciones de trabajo, horas extra, horarios de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud y fin de la relación de trabajo.

Los derechos humanos fundamentales de toda persona son bienes que por su especial valor a los ojos del sistema normativo en cuestión constituyen razones y suministran una justificación para articular normativamente una protección específica para ello.⁷⁵

La Unión Europea señala que los Derechos Humanos son "los derechos naturales de cada individuo y que no están supeditados a ningún tipo de obligaciones o condiciones previas". En esa virtud, tales derechos es un elemento inalienable de toda sociedad democrática y debe ser uno de los pilares básicos de la política tanto interior como exterior.

También el derecho desde un punto de vista singular, en cuanto razón, valor o bien, es según Francisco J. Laporta, en su concepto de derechos

⁷⁵ Cfr. *Revista Jurídica Doxa* "Derechos Humanos como razones morales justificatorias." Roberto J. Vernejo (articulista), No 7, España, 1990. Pág. 284.

humanos⁷⁶ expresa que "son una exigencia jurídica, moral o social (exigencia normativa) residenciada en individuos; es pues la manifestación fenoménica de una entidad que vive oculta en los sistemas normativos, pero que está antes que todas las formas aparentes en que aquél efectivamente se revele en la realidad.

En ese sentido, un derecho consistiría en al atribución a seres humanos individuales; esto es, a los miembros de la clase de los seres humanos, de un status valioso que constituya una razón fuerte para que el sistema social otorgue, a través de los mecanismos de derecho objetivo, una suficiente protección normativa; así pues, se trata de un valor que no necesita ser empíricamente constatado, en todos los casos que se atribuyen derechos; basta con que el sistema normativo en cuestión considere que lo es o lo suponga aunque no lo experimente así el titular en la realidad.

Los Derechos Humanos dan sentido, justifica; son pues bienes que dan sentido y justificación a la realidad social; pero estos entes, notoriamente metafísicos, tienen sobre todo, las características que son propios del ser del ente en el pensamiento moderno. Tienen fuerza de exigir, fuerza que se trasunta en cuanto valor que el sistema otorga a la realidad.

Coligiendo, una persona no se convierte en un ser humano con derechos por un papel o por su status migratorio; por tanto, es ilegal discriminar y violar los derechos fundamentales a una persona, esto es así, dado que existe una articulación del conjunto de derechos, procedentes de ámbitos normativos distintos, que concurren en las personas que se ven forzadas, o bien deciden cambiar de país, en busca de un lugar seguro en el que se respete su vida y

⁷⁶ En actas de las jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Alicante, diciembre de 1987. La redacción de este trabajo, con ligeras modificaciones, ha sido publicado por Doxa No 4, Universidad de Alicante, salido de prensas a finales de 1988.

derechos esenciales o en busca de un trabajo. Se pueden deducir así un conjunto de garantías y derechos que el trabajador migrante goza frente al país de destino.

El Derecho Internacional ha sido configurado, en el ámbito universal, lo que se denomina estándar mínimo internacional de derechos humanos que está en permanente expansión, y del que forman parte el conjunto de normas internacionales necesarias para la salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano por el mero hecho de serlo. Su ámbito de protección alcanza a nacionales y trabajadores extranjeros pero son estos últimos los que se encuentran en situaciones en las que se hace más necesaria su aplicación.⁷⁷

En realidad, todos los seres humanos, en cualquier de los territorios donde puedan encontrarse, son titulares de un conjunto de derechos y obligaciones reconocidos por normas cuyo origen reside en distintos ordenamientos jurídicos. Las primeras disposiciones que serán de aplicación son las del Estado en cuyo territorio se encuentran, las segundas, las del estado de su nacionalidad, en el caso de que no coincidan con el primero y, finalmente, las normas generales del ordenamiento jurídico internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales de la persona, lo cual se ha acordado llamar el "estándar mínimo internacional de derechos humanos" que actúa como límite frente a la soberanía del Estado. De esta manera el poder legislativo deberá respetar las limitaciones impuesta por la comunidad internacional. En ese sentido, el estándar supone asegurar unas condiciones jurídicas mínimas a los trabajadores en el extranjero donde quieran que se hallen y de otro, la posibilidad de desencadenar la responsabilidad internacional del Estado infractor exigible mediante la protección diplomática por el Estado con el que está

⁷⁷ Cfr. *Revista Valencia D' Estudios Autonomics*. "Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el Estándar mínimo Internacional de Derechos Humanos". Concha Blat Mellado (artculista). No 28, España, 1999. Pág. 289.

vinculado el trabajador extranjero cuyos derechos fundamentales han sido violados.

De acuerdo con el profesor Mariño Menéndez, constituye el estándar mínimo los derechos inviolables, inherentes a la dignidad de la persona: "derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad, a la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión".⁷⁸

En esa virtud, el estándar mínimo en comento, puede ser entendido, como una ampliación de garantías de los derechos de los trabajadores nacionales en el extranjero; ello, dado el gran avance internacional que se ha producido tanto en la regulación como en la protección de los derechos humanos, al tener como objeto a la persona (trabajador) independiente de su nacionalidad u otra nota distintiva.

En ese sentido, la preocupación de proteger los derechos del hombre incluidos los laborales, pues estos resultan fundamentales, han sido tema central desde finales del siglo XIX en el cual se definen instituciones que concurren en la protección de la persona humana, tomando en consideración al individuo y su dignidad, como un valor autónomo de la Sociedad Internacional.

El Estado es quien en primer lugar debe proteger los derechos de los individuos a su jurisdicción; derivada de una obligación general impuesta por el Derecho Internacional y sometida a control a través de mecanismos

⁷⁸ Cfr. *Revista Jurídica Doxa*. "Los extranjeros y el Derecho Internacional en Derecho de Extranjería Asilo y Refugiado". Fernando Mariño Menéndez. Integrante del Ministerio de Asuntos Sociales. No 2, España, 1985. Pág. 112.

internacionales, integrando todo ello el "Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos".⁷⁹

En este proceso de humanización del Derecho Internacional Contemporáneo, se destacan las siguientes características:

1. Protección del Individuo en sí mismo considerado en su relación con el Estado;
2. Funciona cuando el Estado no ejerce la protección del derecho, cuya garantía define el sistema internacional;
3. Vinculación al fenómeno de las Organizaciones Internacionales.

Ahora bien, la constante repetición de los derechos humanos que hemos mencionado, son importantes para la protección de los trabajadores en el extranjero, dado que éstos siguen manteniendo su esencia de ser humano, y el trabajo como tal es un valor fundamental para toda persona.

Además dentro de esos derechos humanos se encuentra inmersa la idea de libertad, justicia y la paz en el mundo plasmada en la Carta de las Naciones Unidas, que tienen como base el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana, así se impone a los estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas.

De igual forma, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, consigna en su artículo 23.1 "Toda Persona tiene derecho al Trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo..."; asimismo, en sus numerales subsecuentes de dicha declaración, se refiere a

⁷⁹ Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Civitas Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1972. Pág.543.

diversos derechos del trabajador, por ejemplo; derecho al descanso, vacaciones, asegurar la salud, bienestar y vestido, derechos al seguro, duración del trabajo entre otros. En esa virtud, dentro de su preámbulo manifiesta que "los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre".

De lo anterior, se desprende que la discriminación contraviene directamente el artículo 2.1 de la referida declaración, donde se afirma que "toda persona tiene los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo idioma(...) origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". También agregaría los derechos fundamentales del trabajador, insisto en esto, dado que los derechos en comento afectan directamente al trabajador extranjero, principalmente en la discriminación.

Asimismo, en este tema se ocupa la O.I.T. en sus actividades normativas, pues la protección de los trabajadores empleados en un país distinto de su país de origen ocupa desde siempre un lugar importante en la actividad de dicha organización, puesto que estos trabajadores son más susceptibles de ser explotados que los demás, en particular cuando están en situación irregular. En esa virtud, los objetivos de la organización versan sobre la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes, y la concertación entre estados y entre gobiernos y organizaciones de empleadores y de trabajadores en lo relativo a las políticas migratorias; así como la adopción de otros varios instrumentos.⁸⁰ De acuerdo a los principios y derechos enunciados en la Constitución de la O.I.T. y en la Declaración de Filadelfia, el Consejo de

⁸⁰ Cfr. [http://www. OIT, Comunidad Internacional. com.](http://www.OIT,ComunidadInternacional.com) "Estudio General sobre los Trabajadores Migrantes". Servicios de Relaciones Oficiales (REL OFF).

Administración adoptó la Declaración de la O.I.T., relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en 1998. en este instrumento se declaró que todos los Estados Miembros aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales de la O.I.T, por su mera pertenencia a la Organización tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Estos son:

- 1) La libertad de asociación y la libertad de sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- 2) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- 3) La abolición efectiva del trabajo infantil; y
- 4) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos principios se plasman en los ocho convenios fundamentales⁸¹ de la O.I.T., que si bien no tratan específicamente de los trabajadores migrantes, contienen disposiciones relativas o pertinentes a los mismos. No obstante, estos convenios, así como las recomendaciones que los acompañan, son de aplicación general, es decir, se aplican a todos los trabajadores sin distinción de nacionalidad, y en muchos casos, con independencia de su situación migratoria.

La O.I.T., ha adoptado asimismo normas internacionales del trabajo específica para los trabajadores migrantes;

- El convenio No. 97 sobre los trabajadores migrantes , 1949, sienta las bases para la igualdad de tratamiento entre trabajadores nacionales y

⁸¹ Cfr. Convenios sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 No 111; sobre igualdad de remuneración, 1951, No 100; sobre la libertad sindical y la protección de sindicación, 1948, No 87; sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, No 98; sobre el trabajo forzoso, 1930, No 29; sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, No 105; sobre la edad mínima, 1973, No 138; y, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, No 182.

extranjeros en situación regular en cuestiones como los procedimientos de contratación, las condiciones de vida y de trabajo, el acceso a la justicia, y la reglamentación sobre impuestos y seguridad social. Establece disposiciones sobre las condiciones de contratación, la participación de migrantes en la formación y promoción profesionales, la reunificación familiar, el despido injustificado o la expulsión, así como otras medidas destinadas a regular el proceso migratorio en su conjunto.⁸²

- El Convenio No. 143 sobre Trabajadores migrantes, 1975, fue adoptado en un momento en que la comunidad internacional empezó a tomar en cuenta el aumento de la migración irregular. Sus dos principales objetivos son: 1) regular los flujos migratorios, eliminar la migración clandestina y luchar contra las actividades de tráfico y de trata de personas; y 2) facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida.⁸³

En el plano universal, el instrumento internacional más exhaustivo en cuanto a los derechos humanos de los migrantes es la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares 1990, que extiende el goce de los derechos humanos fundamentales de los migrantes a todos los trabajadores, esto es, a los documentados y a los indocumentados, sin perjuicio de que establece derechos adicionales para los trabajadores en situación regular y sus familiares. Este instrumento contiene, asimismo, disposiciones que tienden a la eliminación de la

⁸² El Convenio No. 97 cuenta con 42 ratificaciones. En las Américas, este instrumento fue ratificado por 15 Estados: Bahamas, Barbados, Belice, Brasil, Cuba, Dominica, Ecuador, Grenada, Guatemala, Guyana, Jamaica, Santa Lucía, Trinidad y Tabago, Uruguay y Venezuela.

⁸³ Véase Taran P. y Geronimi E.: Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección, perspectivas sobre migraciones laborales No 3, OIT, 2002.

explotación de todos los migrantes y de las situaciones y movimientos clandestinos.

Como se ha indicado, el objetivo que persigue la Conferencia Internacional del Trabajo al adoptar instrumentos sobre la protección de los trabajadores, es doble. Por una parte, se trata de reglamentar las condiciones de migración y, por otra, de proteger específicamente una categoría muy vulnerable de trabajadores, para ello, la acción normativa de la O.I.T. destinada a los trabajadores migrantes se concentra en dos direcciones principalmente.

En primer lugar, se consagra el derecho a la igualdad del trato entre nacionales y extranjeros en el campo de la seguridad social. En segundo lugar ha tratado de buscar soluciones globales a los problemas con que se enfrentan los trabajadores, adoptando instrumentos a ese efecto, es decir, allegándose otros instrumentos internacionales que no se refieren específicamente al trabajador, pero sí a los derechos fundamentales de toda persona, de esta manera la OIT trata de aumentar una mejor aplicación por medio de varios mecanismos internacionales de manera oficiosa.

Sin embargo con todo lo dicho, la situación actual de los derechos humanos, incluyendo el derecho fundamental a igualdad ante la ley y en la sociedad, y los derechos laborales fundamentales de los trabajadores es preocupante. Pues son éstos los más vulnerables y tienen menos acceso al sistema judicial para defender sus derechos, de tal manera que sus derechos presentan los abusos más graves y frecuentes.

El derecho a la protección a la vida y el cuerpo físico es el derecho laboral más fundamental que hay, de tal manera no puede ser restringida ni derogada bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en emergencias nacionales; además los

Estados tienen una obligación afirmativa de defender y proteger los derechos fundamentales.⁸⁴(ver).

De tal manera, que sin no son observados las obligaciones legales de proteger a los derecho humanos, como el derecho a la vida, a la integridad física, y al no ser discriminado, y derechos laborales más fundamentales, constituyen violaciones directas a los instrumentos internacionales que protegen dichos derechos. En esa virtud, como los derechos de los trabajadores no están reconocidos específicamente en algún instrumento internacional, se tiene que deducir a partir de los derechos fundamentales Universalmente reconocidos a todo individuo, inherentes a la propia naturaleza humana y tutelados por diversos instrumentos internacionales.

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (oc-18/03) de diecisiete de septiembre de dos mil tres, concluyó que los trabajadores no pueden ser discriminados, debido a su status migratorio, en términos de sus derechos humanos y/o en sus derechos laborales fundamentales, sin embargo estas decisiones no son obligatorias, pero tienen una fuerza como una fuente de derecho internacional y como una interpretación definitiva de cuestiones de derechos humanos; además, promueven educación y conciencia de respeto a tales derechos, en especial en su dignidad y en el valor de la persona humana en la igualdad de derechos entre otros; paso importante para lograr una ampliación de garantías de los trabajadores, que resulta del respeto de los derechos fundamentales.

⁸⁴ Ver, por ej. Art 4 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y Ver caso Velásquez-Rodríguez de la Corte Internacional de Derechos Humanos (sentencia del 29 de Julio de 1988), OEA/Ser.C/No 4(1988), al 166 et. al. (obligaciones afirmativa del Estado a proteger los derechos fundamentales a través de todos sus órganos y aparatos, incluyendo, pero no limitado a, su sistema judicial).

La realidad práctica, nos enseña que aunque no estén consignados los derechos laborales en un documento específico, si son aplicables los derechos fundamentales de toda persona, respecto de los trabajadores empleados en otra nación, pues estos derechos laborales se encuentran inmersos en los derechos humanos fundamentales, pues estos últimos deben ser aplicados en cualquier sistema jurídico, y no dependen de si el Estado en cuestión ha firmado un tratado aceptando las obligaciones internacionales, dado que el respeto a los derechos fundamentales del hombre es producto de su conciencia.

Así pues, los Estados tratan de justificar, mediante la alusión de su derecho soberano a controlar sus fronteras y decidir quien entra y quien no; todas estas justificaciones no son validas, ya que esta claro que un estado es libre de controlar sus fronteras implementando las políticas que considere pertinentes, pero esas políticas deben dictarse observando los derecho fundamental.⁸⁵

La Facultad Soberana que tiene cada Estado de regular el acceso de personas a su territorio debe efectuarse con estricto apego a los derechos fundamentales y al derecho internacional, pues no es la razón religiosa, ni la razón filosófica, ni siquiera la teoría política la que decide sobre los alcances de los derechos humanos, la más pesa es la razón de Estado; conservando siempre el principio de que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos fundamentales.⁸⁶

En el área de los derechos humanos, ya no se puede recurrir al argumento de que una violación sistemática a ellos, pertenece exclusivamente al ámbito de sus asuntos internos, ya que una vez que han alcanzado un nivel

⁸⁵ Cfr. *Revista Jurídica Doxa* "Derechos Humanos como razones morales justificatorias." Roberto J. Vernego (articulista), No 7, España, 1990, p. p.

⁸⁶ *Idem*.

de permanencia y visibilidad internacional, el argumento citado carece de justificaciones ante la comunidad internacional.

Cuando un país en ejercicio de su soberanía ha aceptado un compromiso jurídico derivado de su adhesión a un instrumento de derecho internacional, en virtud del cual, acepta como obligación respetar los derechos en comento, incluso los derechos del trabajador en el extranjero sin distinción de orígenes nacionales, debe tomar en cuenta como parte de su política migratoria, la implementación de medidas que puedan llevarse a la práctica en absoluto respeto de los derechos humanos.

En ese tenor, el ejercicio de la soberanía está implícito cuando un país toma la decisión de adherirse a un instrumento de normatividad internacional que coloca a los derechos humanos sobre la ley interna; en ese sentido, se adquiere el compromiso de respetar y hacer cumplir los derechos humanos. Se insiste en esta cuestión, pues el trabajo es un valor humano fundamental y como tal, representa uno de los derechos más importantes en la conciencia del hombre.

Por tal motivo, los derechos humanos se aplican a nivel universal, y por concomitante los derechos laborales fundamentales, pues éstos, están inmersos en los primeros, tal relación quedará más claro al destacar cinco puntos de enlace.

1. Derecho a Igualdad o de no ser Discriminado; este representa uno de los conceptos más importantes de los Derechos Humanos, el cual se encuentra en todos los instrumentos de tales derechos, comenzando en la Declaración Universal al final de la Segunda Guerra Mundial, desde allí fue desarrollado a través de la jurisprudencia internacional, tal derecho a la igualdad ya ganó el carácter de ser *ergo omnes*, es decir que pertenece a las personas en la jurisdicción o territorio del Estado aún cuando el Estado no ha firmado un

tratado obligándose a hacer cumplir el derecho. Por tanto, no se puede discriminar a los trabajadores migrantes, por motivo de status migratorio.⁸⁷

2. Derecho al Acceso a la Justicia o Debido Proceso; este derecho, también tiene un carácter *ergo omnes*; en el sentido de que el Estado tiene que proveer el debido proceso a cualquier persona en su territorio, sin discriminación. Estas obligaciones están basadas en el *ius cogens*; por tanto es obligación de los Estados respetar este derecho, pues los trabajadores son más propensos a sufrir violación en este sentido, dado que se encuentran lejos de su Estado de origen, por razones socioeconómicas.⁸⁸

3. Derecho a Ser Protegido y las Obligaciones del Gobierno; todos los Estados no tienen solamente una obligación a no violar los derechos de los trabajadores en el extranjero, también tienen una obligación afirmativa de garantizar y proteger los derechos de todas las personas en su territorio, sin discriminación. En esa virtud, la Corte Interamericana señaló "los Estados tienen que investigar, proseguir y castigar a las violaciones de los Derechos Humanos; además tienen la obligación de organizar sus aparatos estatales para garantizar y protegerlos, dicha obligación existe cuando el actor legal acusado de violar los derechos en comento, es el gobierno (un agente del gobierno o agente privado). Por tanto, la discriminación por parte de una persona privada debe ser investigada, seguida y castigada; y, los Estados tienen que proteger los derechos fundamentales de toda persona, la cual tiene que ser sin discriminación."⁸⁹

⁸⁷ Cfr. CULLITON Katherin, *Derechos Humanos y Derechos Laborales de los Inmigrantes Latinos en los Estados Unidos*. MALDEF, abril 16, 2004, Washington, D.C. (es por eso que el viejo gobierno de Sud-África, que practicaba la discriminación racial, tal como los Nazis, no tenían que haber firmado a ningún tratado para ser juzgados ante la comunidad internacional, e obligados a no violar a los DD.HH. fundamentales –incluyendo el derecho a no ser discriminado– de todas las personas en su territorio, o bajo su jurisdicción. ICJSA decisions).

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ Cfr. Corte Interamericana.

4. Derechos Laborales "fundamentales"; en este sentido, a opinión de la Corte Interamericana señaló "que los Derechos Laborales Fundamentales de los migrantes indocumentados deben ser garantizados, precisamente porque toma en cuenta el contexto general de la situación de los Derechos Humanos de toda persona."

Así pues, no es lógico que la provisión de remedios para las violaciones de los derechos laborales provoque que el Estado no regule el tránsito ilegal de los trabajadores; en realidad la protección de los Derechos Laborales de los migrantes puede hacer la inmigración ilegal más difícil o menos atractiva a los empleadores que quieren explotar estos derechos.

A nuestro parecer los Derechos Laborales son subsumidos a los Derechos Humanos, pues estos son los que prevalecen, dado su carácter de inalienables, además toda persona los posee, y por eso no pueden ser violados o restringidos bajo ninguna circunstancia, aún en caso de seguridad nacional; en esa virtud, los derechos laborales fundamentales no pueden ser omitidos de proteger, pues están implícitos en los Derechos Humanos, en éstos, se incluyen la vida, la dignidad de la persona, salud, el derecho a la igualdad, el debido proceso o acceso a la justicia, el derecho a no ser discriminado, entre otros; así los derechos laborales son fundamentales, por que se encuentran en los instrumentos básicos de los derechos humanos.

La Corte Interamericana proveyó una lista de los derechos fundamentales y refiere:

"En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asume una importancia fundamental y sin embargo, son frecuentemente violados, a saber; la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición

y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su status migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrada en el artículo I de la Declaración Universal, según el cual "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

5. Consideración a los Derechos del Estado; es importante que la Corte Interamericana reconoció que los Estados tienen derecho a su soberanía. Parte del papel del Estado es regular la entrada al país y hacer políticas y legislación para controlar a la migración, pero este poder no puede violar los Derechos Laborales Fundamentales. El fundamento de esta afirmación es que los derechos humanos que son naturales e inalienables de las personas están por encima del sistema político.

Cualquier debate sobre migración y derechos humanos implica encontrar un equilibrio apropiado entre la soberanía del Estado y los deberes que tienen los Estados para con los trabajadores migrantes, en el marco de las normas internacionales de Derechos Humanos. Como es sabido, una premisa fundamental de la soberanía nacional, es que el Estado tiene el poder de determinar qué personas que no son nacionales admite en su territorio, de expulsar a los extranjeros en algunas circunstancias, de controlar sus fronteras

y de adoptar las medidas necesarias para proteger su seguridad. Ello no obstante, este poder para encauzar la migración de los trabajadores tiene que ejercerse en el pleno respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, conferidos en el marco de toda una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos y de normas consuetudinarias de derecho internacional.⁹⁰

De lo dicho, es importante destacar que los trabajadores cuentan con los derechos humanos, pues son seres humanos que buscan una mejor condición de vida; en esa virtud, los derechos básicos consignados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, es un principio fundamental para lograr humanizar el trato hacia los trabajadores.

Además de los cinco puntos de enlace narrados anteriormente, el Consultor de la OIM- Chile, Cristián Doña Reveco señala que los principales temas de aproximación entre los derechos laborales y los derechos humanos son:

El problema de la cual se deriva que constantemente sean violados los derechos humanos es el mito de la legalidad, culpando a los trabajadores migrantes de todos los problemas sociales que surgen en los Estados. Una manifestación de la victimización de los trabajadores en el extranjero es la adopción por miembros de los gobiernos del término "migrante ilegal".⁹¹ Estas palabras, según muchos autores (Tratan & Geronimi, 2002; Perruchoud, 2001), criminalizan y deshumanizan a los seres humanos, convirtiéndolos en un *commodity* antisocial.

⁹⁰ Cfr. DOÑA REVECO Cristián. Breve reseña y Análisis de la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos lo trabajadores Migratorios y sus Familias. Trabajo no 1. Santiago, junio 2003. Pág. 289.

⁹¹ En la inauguración de la Conferencia Hemisférica realizada en noviembre en Santiago de Chile, el Ministro Heraldo Muñoz, enviado del Gobierno de Chile para tal efecto, ocupó dos veces el término migrante ilegal durante su discurso.

En esa virtud, se insiste que los Estados tienen la obligación de asegurar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas que estén en un determinado momento en su territorio, más allá de su status migratorio; esto, debido a que los Derechos Humanos no dependen de si la persona se encuentra en condición regular o irregular.

La evidencia empírica indica que la Ilegalidad de los trabajadores migrantes está dada más bien por quienes contratan a indocumentados o trafican con individuos que pretenden pasar una frontera. En el primer caso se sostiene que son los empleadores quienes, al no contratarlos legalmente o al no pagarles la seguridad social obligatoria, incurren en un ilícito.⁹²

La noción central de los derechos humanos es la "reivindicación implícita que ciertos principios son verdaderos y válidos para todos los pueblos, en todas las sociedades, bajo todas las condiciones de vida política, económica, étnica y cultural." Aún más, los derechos humanos implican que estos principios están de alguna forma presentes en el hecho de nuestra humanidad común. Esta noción ubica en el individuo, en cada órgano de la sociedad y especialmente en el Estado la responsabilidad de respetar y proteger estos principios en lo que respecta a cada ser humano.⁹³

En ese sentido, la noción antes descrita reconoce una relación fundamental entre los derechos individuales y la sociedad; así pues, la Declaración de los Derechos Universales de los Derechos Humanos, es el instrumento primordial y fundamental en lo que se refiere a los derechos de

⁹² En el caso chileno y durante la discusión sobre la nueva política Migratoria del gobierno, la CUT expresó que había que castigar a quienes contrataban a migrantes sin pagarles los beneficios, ya que eran estos empleadores quienes competían ilegalmente en el mercado del trabajo y no los inmigrantes.

⁹³ Cf. PERRUCHOUD, Richard (2002), *Migración y Derechos Humanos*, Ponencia presentada en la Conferencia Hemisférica sobre migración Internacional, Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas, CEPAL/OIM, 20 al 22 de noviembre de 2002, Santiago Chile.

todo el hombre y con esto se asegura un componente básico del derecho internacional, para proteger a todos los individuos, incluso a los trabajadores en el extranjero, pues éstos no adquieren la calidad de ser humano por un documento, sino que la propia naturaleza nos dota de esa esencia.

4.2 Instrumentos relevantes en la Comunidad Internacional para lograr la ampliación de las garantías de los trabajadores en el extranjero.

Desde finales del siglo XIX se definen instituciones que concurren en la protección de la persona humana, tomando en consideración al individuo y su dignidad, como un valor autónomo de la Sociedad Internacional. El estado es quien en primer lugar debe proteger los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción; derivada de una obligación general impuesta por el Derecho Internacional y sometida a control a través de mecanismo internacionales, integrando todo ello el "Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos."⁹⁴

En el proceso de humanización del Derecho Internacional Contemporáneo, el tema de los derechos humanos ha adquirido una proyección tan grande, que su evolución ha permitido consolidar la formación de una nueva rama denominada el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; sus características de esta rama son:

- a) Protección del individuo en sí mismo considerado en su relación con el Estado;

⁹⁴ Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Civitas Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1972. Pág.544.

- b) Funciona cuando el Estado no ejerce la protección del derecho, cuya garantía define el sistema internacional; y,
- c) Vinculación al fenómeno de las Organizaciones internacionales.

Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos son mundiales o regionales. En el primer caso, los mecanismos internacionales de las Naciones Unidas consisten en los creados por los tratados y sus protocolos; los segundos, lo constituyen tres, el interamericano, el europeo y el africano; en relación al tema que nos ocupa, sólo nos ocuparemos de los instrumentos internacionales, pues éstos son de alcance universal, por tanto, esta es la vía a seguir para lograr una ampliación de las garantías de los trabajadores en cualquier parte del mundo.

La protección universal, es la definición de un estándar internacional que proclaman los derechos y resultara oponible a los Estados, constituyó histórica e ideológicamente el primero de los objetivos perseguidos por las Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos. En 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos, se constituye la primera piedra de la Carta Internacional de derechos en comento, donde se define el régimen general que respecto a este tema toma la ONU.

La carta Internacional de Derechos Humanos agrupa a los instrumentos que contemplan estos derechos en su globalidad: la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, así como los Protocolos Facultativos a este último pacto.⁹⁵

Desde la creación de la ONU, se han elaborado alrededor de treinta declaraciones internacionales sobre derechos humanos, que se dedican a

⁹⁵ Idem.

proteger al individuo respecto de determinadas formas de violación; asimismo, se ha adoptado no menos de setenta tratados en materia de derechos humanos, y se estableció numerosas organizaciones internacionales, incluidas dos cortes judiciales, cuyo objeto es velar por el respeto de las obligaciones de los Estados en esa materia.

Las más importantes normatividades internacionales, aceptadas como de validez universal y específicamente aplicables a los derechos humanos de los migrantes, además de los mencionados en capítulos anteriores:

1. Carta de las Naciones Unidas.
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, y su Protocolo Facultativo.
4. Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
5. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.
6. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
7. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
8. Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familias.⁹⁶

Todos estos instrumentos, protegen de alguna forma los derechos fundamentales del hombre, que nos pueden servir para lograr un reconocimiento y con ello una ampliación de las garantías de los trabajadores nacionales en el extranjero.

⁹⁶ Adoptada por la resolución de la Asamblea de la ONU 45/158 del 18 de diciembre de 1990, cuya entrada en vigor está condicionada a la ratificación de un mínimo de 20 Estados miembros.

El sistema universal de protección de derechos humanos, tiene su origen en la Carta de las Naciones Unidas, en la que se reconoce la igualdad de derechos entre los hombres y la existencia de los derechos fundamentales; asimismo, indica en su segundo párrafo que *"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 de las naciones grandes y pequeñas"*.

La carta en comento, señala que como propósito de las Naciones Unidas es promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; lo que podría traducirse como una imposición de un deber a los Estados miembros, para tomar medidas conjunta o separadamente en cooperación con la Organización, al respeto universal de los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, recoge los principios de libertad, igualdad y no discriminación, de forma conjunta los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales; en su artículo 28, proyecta el reconocimiento a todo individuo, a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados, se hagan plenamente efectivos.⁹⁷

Entre los derechos que enuncia y que podría ser de interés para los migrantes indocumentados figura, el derecho a la vida, libertad, seguridad, prohibición de la tortura, a contar con un recurso nacional contra actos que violen sus derechos fundamentales, entre otros.

Por otra parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo, indica que de acuerdo a los principios enunciados en la Carta de las

⁹⁷ DIEZ DE VELASCO, Manuel. Op. Cit. Pág. 548.

Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana; y tomando en cuenta que la Carta de las Naciones Unidas, impone a los Estados la Obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas, formaron este Pacto internacional.

En su primer artículo consigna que cada uno de los estados parte se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos fundamentales, sin distinción de raza, color, sexo, origen nacional o social o cualquier otra condición social. En este sentido, los derechos que contempla de manera general son:

- Igualdad en los derechos civiles y políticos para hombre y mujer.
- Derecho a la vida.
- Protección contra la esclavitud y servidumbre.
- Derecho a la libertad y seguridad personal.⁹⁸

Otra cuestión importante, es cuando los derechos o libertades de toda persona hayan sido violados, podrá interponerse un recurso efectivo, aun cuando la violación haya sido cometida por personas que actuaban oficialmente.

De igual forma, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresa en su primer numeral el reconocimiento del derecho al trabajo, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado; en su segundo arábigo señala el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativo y satisfactorio que aseguren, en especial, una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo

⁹⁸ Idem.

de igual valor; asimismo, expresa que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos; con pretexto de que el pacto no los reconozca o lo haga en menor grado.

No intentamos ser exhaustivos, pues la pretensión es únicamente hacer notar que los instrumentos internacionales siempre expresan o más bien versan sobre los derechos humanos del hombre, representado así el centro del sistema internacional, por tanto, si con esos derechos se pretende realizar una convivencia internacional en armonía, hay que empezar a difundir y crear conciencia de que todo el ser humano cuenta con una protección internacional, aún cuando no este específicamente expresado, así se incluyen los derechos de los trabajadores, pues también pertenecen al genero de hombre y no porque se encuentren en un país ajeno de manera irregular o incluso regular, significa que están en un estado de indefensión y como consecuencia puedan ser objeto de violación a sus derechos minimos como ser humano.

Así pues, hay que reconocer que los derechos humanos son un tema de interés internacional y que deja de pertenecer exclusivamente a la jurisdicción nacional, y en relación a la materia que nos ocupa, observamos que no hay algún tratado específico que proteja a los trabajadores nacionales en el extranjero, por tanto se les debe de proteger por medio de los derechos humanos consignados en los diversos instrumentos mencionados con antelación, pues al discriminarlos, no darles servicio de salud, no darles la oportunidad de defenderse en los tribunales, salarios irrisorios, entre otras muchas infracciones, constituyen violaciones constantes a sus derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el instrumento primordial y fundamental en lo que se refiere a la protección de los derechos del

hombre y por ende a las garantías de los trabajadores en el extranjero, dado que éstos últimos derechos son subsumibles a los primeros, así este documento asegura un componente básico del derecho internacional, incluso se puede decir que toda otra convención que se refiera a los derechos humanos derivan directamente de la Carta mencionada.

Sin embargo, no cualquier exposición de la comunidad internacional en el tema de los derechos humanos es reconocida inmediatamente como parte del derecho internacional. La mayoría de las declaraciones y proclamas respecto del tema, sólo tienen un valor normativo, al ser ratificadas por los estados que voluntariamente desean formar parte, los une legalmente y los obliga a cumplir con lo dispuesto en la convención.⁹⁹

Pese a esto, como hemos dicho lo importante no es que se establezca un documento específico en que se contenga todos los derechos de los trabajadores, pues la mayoría de las garantías que deben aplicarse a los trabajadores en el extranjero son precisamente los derechos humanos que se consignan en la carta anteriormente mencionada y en otros instrumentos internacionales que comentamos en párrafos que anteceden.

No dejamos de mencionar que la vía más recomendable para proteger a los trabajadores nacionales en el extranjero, sería mediante un acuerdo laboral firmado por los estados que se comprometieran al respecto, sin embargo resulta muy alejado de nuestra realidad, dado que los países con más afluencia de migrantes, por cuestiones de poder económico, social, cultural y político, no permiten una protección por esta vía, frenado todo tipo de acuerdo migratorio.

⁹⁹ Cfr. TARAN HUNE, Patrick & TACTAQUIN, Cathi (1998), *Achieving Dignity: Campaigners Handbook for the Migrants Conventions*, en <http://www.migrantsrights.org>.

En ese sentido, hay que empezar a concientizar que los derechos humanos de los trabajadores, aparecen como derechos básicos de todo individuo presentes primordialmente en la Declaración Universal, esto con el objeto de humanizar el trato hacia los trabajadores migrantes.

Los derechos de los trabajadores como hemos señalado, no están reconocidos específicamente en algún instrumento internacional, por lo que se tiene que deducir a partir de los derechos fundamentales universalmente reconocidos a todo individuo, inherentes a la propia naturaleza humana y tutelados por los diversos instrumentos internacionales que mencionamos anteriormente.

Se trata de ampliar las garantías de los trabajadores en el extranjero, a través de los derechos humanos que se consignan primeramente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ello, mediante el reconocimiento de que en esa carta se protege a todo el individuo; ello, sólo será posible, despojándonos de cualquier prejuicio sobre las personas que salen de su territorio en busca de una mejor vida; es decir que comencemos nosotros mismos a ver a ese trabajador extranjero como ser humano y no como un individuo distinto a nuestra esencia; pues sólo así, lograremos que las gafas de perjuicio tales como sexo, raza, idioma, clase social, religión, discriminación, entre otros, que cubren de sombra la ventana por la cual se asoma el alma del entendimiento, caigan ante nuestros ojos, purificando nuestra conciencia y viendo al otro, tal y como es, *reflejo mío*.

Al proteger a los trabajadores nacionales en el extranjero, a través de la multicitada carta, es consecuencia de que no haya algún documento específico que les asegure sus derechos y no lo habrá en mucho tiempo, debido a los intereses económicos, políticos, sociales y culturales de cada país y más de los desarrollados. Por eso, la vía más idónea para proteger a los trabajadores

nacionales en el extranjero, es a través de los derechos humanos, presentes en los mencionados instrumentos internacionales, pero la base de esto lo representa la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

De lo expuesto, resulta que la Declaración en comento es el instrumento más relevante para lograr una protección indirecta de los trabajadores nacionales en el extranjero, pues expresan derechos básicos aplicables a todos los individuos; lo anterior es el resultado de una interpretación teleológica, pues ninguno de los instrumentos que hemos mencionado se refieren explícitamente al trabajador migrante; de ahí que observemos que la finalidad que persigue esa normatividad internacional, es precisamente una protección universal de todo individuo a través de sus derechos humanos.

De la interpretación resulta que los derechos humanos que debemos observar a todo trabajador son los siguientes:

- Libertades básicas: aplicar los derechos fundamentales a los trabajadores migrantes; derecho a la vida, prohibición contra tratos degradantes, prohibición del trabajo esclavo u obligatorio, derecho a la libertad de pensamiento, expresar opiniones y que sus propiedades no sean confiscadas arbitrariamente.
- Debido proceso: se refiere a la igualdad ante la ley con los nacionales y ciertas consideraciones espaciales respecto de su carácter de transeúnte en el estado anfitrión. Especialmente se refiere a la prohibición de que una persona sea expulsado arbitrariamente.
- Derecho a la privacidad: se refiere a la inviolabilidad del hogar y comunicaciones.
- Igualdad con los nacionales: deben ser tratado en iguales términos respecto de las remuneraciones y de las condiciones de trabajo, seguridad social y cuidado médico de urgencia.

- Transferencia de salarios: tienen el derecho a transferir sus ahorros y efectos personales.
- Igualdad con los nacionales en el acceso a educación y servicios sociales.
- Respecto a las violaciones a los contratos de trabajo: deben poder dirigirse a las autoridades competentes, en igualdad de condiciones con los nacionales cuando sus derechos han sido violados.

Es conveniente precisar, que cuando un patrón contrata a un trabajador y **no existe contrato laboral**, este será imputable al primero, lo anterior según nuestra legislación federal del trabajo; **figura** que también debiera ser aplicable al ámbito internacional, pues los empleadores de otros países, se aprovechan de la situación irregular del trabajador, violándole así todos sus derechos que mencionados con antelación; siendo que los contratistas de trabajadores migrantes, son los que comenten la ilegalidad y no los últimos.

La importancia de lo comentado puede ser resaltado y resumido por los siguientes puntos:

Hay que tener en cuenta que los trabajadores migrantes juegan un papel crítico en la economía global. Sin embargo son un grupo altamente desprotegido por la comunidad internacional.

Actualmente los trabajadores son dejados de lado por sus países de origen y tienen derechos limitados en aquellos estados donde residen y de los cuales no son nacionales. A través de los derechos humanos hay que identificar a los trabajadores migrantes como individuos vulnerables en una situación global, como personas que necesitan de la protección de sus derechos humanos y merecen disfrutar de sus derechos, más allá de su status legal.

Los trabajadores migrantes son considerados más que un grupo económico; son una entidad social, que tienen derechos, si bien no de manera

explicita, si de manera indirecta, a través de los instrumentos internacionales que prescriben los derechos de todo individuo.

Todos los trabajadores migrantes, ya sean documentados o indocumentados, se les deben respetar sus derechos fundamentales; pero también se trata de incentivar a los trabajadores irregulares a estar en una situación de regularidad y a respetar las leyes del país anfitrión

Hay que reforzar la indivisibilidad de los derechos humanos, más allá de las fronteras nacionales, esto, extendiendo el concepto de tratamiento igualitario, considerando a todos los individuos residentes de un país como iguales.

Finalmente, es de mencionar que la Organización Internacional para la Migración, hizo una compilación de las principales normatividades referidas a los derechos de los migrantes internacionales específicamente. En esta identifica en un documento oficial expedido en 1996 como derechos centrales:

- Derecho a la vida;
- Prohibición de la esclavitud y del comercio de esclavos;
- Prohibición de la tortura o de cualquier otro trato inhumano o degradante;
- Prohibición de la discriminación racial;
- Derecho a la igualdad ante la ley.

Estos derechos son reconocidos a toda persona, sin distinción de ninguna clase, tan sólo por su reconocimiento como ser humano, considerado individual o colectivamente. Así que es una obligación internacional de todo Estado, **respetar los derechos humanos y utilizar los medios idóneos para salvaguardar** en el orden internacional, regional y nacional, los mismos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Ampliar las garantías de los trabajadores nacionales en el extranjero, es consecuencia de las constantes violaciones a sus derechos humanos; por eso, la protección debe realizarse por los diversos instrumentos de la comunidad internacional que prescriben los derechos fundamentales de todo individuo.

SEGUNDA.- El instrumento por excelencia que protege los derechos de todos los hombres es la Declaración Universal de los Derechos Humanos; con ello, las garantías mínimas de los trabajadores nacionales en el extranjero, son subsumidos por los Derechos básicos de todo ser humano; en ese sentido, los trabajadores migrantes se encuentran protegidos por la comunidad internacional de manera indirecta, en consecuencia no importaría la existencia de un documento específico que los proteja, pues el Estado que viola los derechos laborales de los trabajadores, quebranta los tratados que consignan los derechos básicos de toda persona.

TERCERA.- El organismo y el sistema normativo en el plano internacional referido al ámbito laboral como sabemos, es la Organización Internacional del Trabajo, que se creó el 28 de Junio de 1919, integrando la parte XIII del Tratado de Versalles, como una manera de promover la paz duradera a través de la Justicia Social. Tomando en cuenta que sus objetivos consisten en el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo por medio de la celebración de convenios y formulación de recomendaciones tendientes a establecer un nivel mínimo de vida; de ahí que las dos fuentes del derecho internacional en materia del trabajo provengan de esa organización.

CUARTA.- Al igual que los nacionales de un país determinado, todos los trabajadores sea cual fuere su origen nacional, su color, sus creencias, incluso su situación jurídica, comparten con los nacionales de la comunidad de acogida tanto una humanidad común como el derecho a aspirar a un trato decente y humano. Es decir comparten, más allá de que permanezcan a una sociedad distinta los derechos humanos.

QUINTO.- El principio fundamental de la soberanía nacional, es que el Estado tiene el poder de determinar qué personas que no son nacionales admiten en su territorio, de expulsar a los extranjeros en algunas circunstancias, de controlar sus fronteras y de adoptar las medidas necesarias para proteger su seguridad. No obstante ello, tiene que ejercérselo en el pleno respecto a los derechos humanos y libertades fundamentales, conferidos en el marco de toda una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos y de normas consuetudinarias de derecho internacional; en tal virtud, los Estados receptores de trabajadores migrantes, tienen la obligación de asegurar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas que estén en un determinado momento en su territorio, más allá de su situación jurídica y en observancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

SEXTA.- La noción central de los Derechos Humanos es la reivindicación implícita que ciertos principios son verdaderos y válidos para todos los pueblos, en todas las sociedades, bajo las condiciones de vida política, económica, étnica y cultural. Aún más, los derechos humanos implican que estos principios están de alguna forma presentes en el hecho mismo de nuestra humanidad común. Esta noción ubica al individuo, en cada órgano de la sociedad y especialmente en el Estado la responsabilidad de respetar y proteger estos principios en lo que respecta a cada ser humano.

SÉPTIMA.- En realidad, todos los seres humanos, en cualquiera de los territorios donde puedan encontrarse, son titulares de un conjunto de derechos y obligaciones reconocidos por normas cuyo origen reside en distintos ordenamientos jurídicos. Las primeras disposiciones que serán de aplicación son las del Estado en cuyo territorio se encuentran, las segundas, las del Estado de su nacionalidad, para aquellos casos en que no coincidan con el primero y, finalmente, las normas generales del ordenamiento jurídico internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales de la persona en lo que se ha acordado llamar "*Estándar Mínimo Internacional de Derechos Humanos*" que actúa como límite frente a la soberanía del Estado. De esta manera el Estado receptor deberá respetar las limitaciones impuestas por la comunidad internacional.

OCTAVA.- El estándar en comento, por un lado asegura condiciones jurídicas mínimas a los trabajadores en el extranjero donde quiera que se hallen; y de otro, da la posibilidad de desencadenar la responsabilidad internacional del Estado infractor exigible mediante la protección diplomática por el Estado con el que está vinculado el trabajador migrante cuyos derechos fundamentales han sido violados.

NOVENA.- La primera vía que exige la realidad para proteger los derechos de los trabajadores en el extranjero, sean documentados o indocumentados, es a través de los distintos instrumentos de la comunidad internacional, cuyas normas consignan los derechos fundamentales de todo individuo; la segunda forma, sería mediante un acuerdo laboral, en el cual se estableciera de manera explícita los derechos de los trabajadores migrantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIO MONTESINOS, Ignacio. Compendio de Derecho del Trabajo, segunda edición, Guada Litográfica, Valencia 1999.
- ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo, octava edición, Civitas, Madrid 1999.
- ALONSO OLEA, Manuel. Introducción al Derecho del Trabajo, quinta edición, Civitas, Madrid 1994.
- ALONSO OLEA, Manuel. Derecho Procesal del Trabajo, segunda edición, Civitas Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1972.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público, segunda edición, Porrúa, México 1993.
- BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío. Legislación Laboral, tercera edición, Limusa, México 1998.
- BARROSO FIGUEROA, José. Derecho Internacional del Trabajo, Porrúa, México 1987.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. Derecho Internacional Público, Oxford University Press, México 1997.
- BORRELL NAVARRO, Miguel. Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo, Sista, México.
- CLIMENT BELTRÁN, Juan. Elementos de Derecho Procesal del Trabajo, Esfinge, México 1989.
- CONTRERAS VACA, José Francisco. Derecho Internacional Privado, Oxford University Press, México 1998.
- DÁVALOS, José. Constitución y Nuevo Derecho del Trabajo, segunda edición, Porrúa, México 1995.

- DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo, tomo I, séptima edición, Porrúa, México 1992.
- DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo, tomo I, octava edición, Porrúa, México 1991.
- DE BUEN, Néstor. Derecho Procesal del Trabajo, tomo II, décima edición, Porrúa, México 2001.
- DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, décimo sexta edición, Porrúa, México 1999.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, vigésimo quinta edición, Porrúa, México.
- HANS, KELSEN. Teoría Pura del Derecho, sexta edición, Porrúa, México.
- MARZAL, Antonio. Derechos Humanos del Migrante, de la Mujer en el Islám, de Injerencia Internacional y Complejidad del Sujeto, Oxford University Press, México 1999.
- MUÑOZ GARCÍA, Humberto. Las Relaciones Laborales y El Tratado de Libre Comercio, tercera edición, Porrúa México 1992.
- OVILLA MANDUJANO, Manuel. Teoría del Derecho, Duero, México 1990.
- Porrúa Pérez Francisco. Teoría del Estado, vigésimo sexta edición. Porrúa, México 1993.
- W. VON POTOBOSKY, Geraldo. La Organización Internacional del Trabajo, segunda edición, Astrea, Buenos Aires 1990.

LEGISLACIÓN BÁSICA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. centésima trigésima primera edición, Porrúa, México 2002.
- Ley Federal del Trabajo, séptimo sexta edición, Porrúa, México 2002.

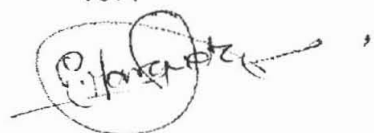
- Código Civil para el Distrito Federal, vigésima edición, Porrúa, México 2002.
- Ley sobre celebración de Tratados Internacionales, Diario Oficial de la Federación 2 de Enero de 1992.

OTRAS FUENTES

- CORZO SOSA, Edgar. Revista Cuestiones Constitucionales, Número 3, julio-diciembre 2002.
- CULLITON Katherin. Derechos Humanos y Derechos Laborales de los Inmigrantes Latinos en los Estados Unidos. MALDEF, abril 16, 2004, Washington, D.C.
- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, vigésimo segunda edición, Porrúa, México 1996.
- DOÑA REVECO Cristián. Breve reseña y Análisis de la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los trabajadores Migratorios y sus Familias. Trabajo no 1. Santiago, junio 2003.
- PERRUCHOUD, Richard (2002), Migración y Derechos Humanos”, Ponencia presentada en la Conferencia Hemisférica sobre migración Internacional, Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas, CEPAL/OIM, 20 al 22 de noviembre de 2002, Santiago Chile.
- Convención de Viena, Australia 1969.
- Revista Jurídica Doxa. “Los extranjeros y el Derecho Internacional en Derecho de Extranjería Asilo y Refugiado”. Fernando Mariño Menéndez. Integrante del Ministerio de Asuntos Sociales. No 2, España, 1985.
- Revista Jurídica Doxa “Derechos Humanos como razones morales justificatorias.” Roberto J. Vernego (articulista), No 7, España, 1990.

- Revista Valencia D' Estudios Autonomicos. "Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el Estándar mínimo Internacional de Derechos Humanos". Concha Blat Mellado (articulista). No 28, España, 1999.
- <http://www.iadb.org/intal/tratados/nafta25.htm>. Acuerdo de Cooperación Laboral entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.
<http://www.oit.org>, Comunidad Internacional. com. "Estudio General sobre los Trabajadores Migrantes". Servicios de Relaciones Oficiales (REL OFF).
- <http://www.oit.org.pe/spanish/260ameri/puel/docutrap.htm>. Las Normas Laborales en los Acuerdos de Integración en las Américas.

Vo. Bo.



07-06-05