

CAPÍTULO 39

LOS DERECHOS DEL EXTRANJERO EN MÉXICO Y EN ESTADOS UNIDOS

Barbara K. STRICKLAND¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los antecedentes históricos*. III. *Las bases constitucionales*. IV. *El marco legislativo*. V. *Los derechos individuales del extranjero*. VI. *Los derechos del trabajador extranjero*. VII. *Conclusión: hacia un nuevo enfoque con respecto a los derechos del extranjero*

I. INTRODUCCIÓN

México se encuentra en una posición casi única en el mundo con respecto a los migrantes, ya que envía trabajadores migratorios al norte al mismo tiempo que los recibe del sur.

Por más de un siglo los trabajadores mexicanos han viajado a Estados Unidos. Por su parte, Estados Unidos se enorgullece de ser un país de inmigrantes. Existe una base por este orgullo. Desde los tiempos coloniales hasta 1980, Estados Unidos recibió a más de 45 millones de inmigrantes,² y en cada año desde 1980, Estados Unidos ha recibido cuando menos medio millón de inmigrantes legales, más que cualquier otro país en el mundo. Además, bajo la Ley de Reforma y Control Migratorio de 1986 (*Immigration Reform and Control Act*),³ mejor conocida en México como la Ley Simpson-Rodino (de aquí en adelante citado como LRCM) aproximadamente tres millones de indocumentados que incluye a más de dos millones de mexicanos,⁴ solicitaron

¹ Secretaría de Relaciones Exteriores. El presente trabajo es responsabilidad personal de la autora. No pretende representar ni necesariamente representa los puntos de vista o las políticas de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

² Easterlin, Richard A., "Economic and Social Characteristics of the Immigrants", en Stéphan Therstrom (comp.), *Immigration: Dimensions of Ethnicity. A Series of Selections for the Harvard Encyclopedia of American Ethnic Groups*, pp. 1-34, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1982.

³ Publ. L. No. 99-603.

⁴ Strickland, Barbara K., "Simpson-Rodino, 1987-1988: ¿Bomba que no estalló", en Gerardo M. Bueno y Lorenzo Meyer (comp.), *México-Estados Unidos 1987*, México, El Colegio de México, pp. 175-213.

su residencia legal en Estados Unidos. Sin embargo, esta misma ley, junto con otro nuevo proyecto de ley, ya aprobado por el Senado estadounidense,⁵ parecen señalar el fin a la bienvenida que la Estatua de la Libertad ofrece al extranjero. Si bien es cierto que estas leyes no afectan únicamente a mexicanos, no se puede dudar que respondan al aparente miedo del público norteamericano frente al incremento en el número de mexicanos que viajan a Estados Unidos en años recientes.

Por su parte, México se enorgullece de una tradición de ofrecer hospitalidad al refugiado político. Entre tales refugiados se han destacado los españoles, argentinos, chilenos, y más recientemente, los centroamericanos. Sin embargo, las leyes mexicanas ofrecen sólo una bienvenida parcial al extranjero. Además, en años recientes, algunos funcionarios mexicanos han acusado al centroamericano de provocar en México los mismos tipos de problemas que se le atribuyen al indocumentado mexicano en Estados Unidos. Por otra parte, algunos norteamericanos señalan los reportes del maltrato del centroamericano por parte de las autoridades mexicanas como pretexto para esquivar el problema del maltrato del mexicano por las autoridades de ese país.

Debido a estas consideraciones de la coyuntura política e histórica, es un momento particularmente apto para estudiar los derechos del extranjero tanto en Estados Unidos como en México. El presente trabajo pretende comparar las leyes, los fallos judiciales y las tradiciones jurídicas en México y en Estados Unidos con respecto al extranjero. Se pretende evaluar y comparar la postura jurídica del extranjero en ambos países en varios contextos: frente a las autoridades migratorias, en el centro de trabajo, y en el foro político.

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Las diferencias entre las leyes migratorias de México y Estados Unidos se deben en gran parte a las distintas experiencias históricas que los dos países han vivido con respecto al extranjero. Para entender hasta qué punto las leyes de ambos países han ofrecido una bienvenida al extranjero, conviene hacer un resumen breve de estas experiencias históricas.

1. *Estados Unidos*

En el presente tomo se publica un trabajo del profesor James Smith en que se hace un repaso detallado de la legislación migratoria en Estados Unidos. Por lo tanto, aquí se presenta un resumen más breve que toca sólo los puntos de interés general e histórico.

⁵ *Interpreter Releases*, publicación semanal de Federal Publications Inc. Washington, D.C., tomo 66, núm. 27, 17 de julio de 1989, pp. 765-768.

Durante el primer siglo de su vida como país independiente, el gobierno federal de Estados Unidos hizo poco o nada para regular o controlar la inmigración hacia ese país. Durante ese periodo, sólo se aprobaron dos leyes federales sobre la inmigración, y esas duraron poco en vigor. En la ausencia de una política federal, las entidades federativas tomaron el liderazgo en el campo de la inmigración. Varias de éstas buscaron activamente promover la inmigración a través del envío de enganchadores a Europa y la oferta de terrenos a quienes aceptaron colonizar las regiones despobladas.⁶

Sin embargo, el flujo más importante de inmigrantes a Estados Unidos durante su periodo colonial y su independencia temprana fue la importación forzosa de esclavos negros de África, acontecimiento histórico que ha dejado un legado doloroso tanto para los descendientes de tales esclavos como para la sociedad estadounidense en general. La asimilación completa de estos migrantes y sus descendientes en la sociedad norteamericana todavía no se ha logrado.

Entre personas libres, los grupos más importantes que llegaron en la primera mitad del siglo pasado fueron los alemanes y los irlandeses. Sin embargo, inclusive en aquella época de la historia norteamericana, generalmente conocida como la época de la "puerta abierta",⁷ el inmigrante no recibió una bienvenida incondicional. Benjamín Franklin describió la inmigración de alemanes a Pennsylvania, halagándolos por su laboriosidad, pero a la misma vez quejándose del hecho de que no aprendieron el inglés ni se asimilaron con la sociedad norteamericana en general.⁸ El uso de palabras despectivas para referirse a los irlandeses data desde antes de la Guerra de Sucesión (1860-1864).

Una de las primeras leyes federales sobre la inmigración fue la abiertamente racista Ley de Exclusión de Chinos (*Chinese Exclusion Act*) de 1882.⁹ Desde la aprobación de esta ley hasta 1965, la raza o el grupo étnico del extranjero fue una consideración importante para su admisión a Estados Unidos. En 1917, después de un debate nacional que duró diez años, algunos grupos restrictivistas ganaron la aprobación del requisito de alfabetismo para el extranjero que solicitara su internación a Estados Unidos.¹⁰ Sin embargo, esa ley no detuvo el flujo de inmigrantes considerados como indeseables como se había esperado. Por lo tanto, en 1921 el Congreso estadounidense aprobó la Ley de Cuotas (*Quota Act*)¹¹ de ese año. Por medio de esa ley se impuso una "cuota"

⁶ Bernard, William S., "A History of U.S. Immigration Policy", en Thernstrom, Stephan, *op. cit.*, pp. 75-105.

⁷ *Idem.*

⁸ Bennett, Marion T., *American Immigration Policies: A History*, Washington, Public Affairs Press, 1963.

⁹ 22 Stat. 58 (1882). Ley de Inmigración de 1917.

¹⁰ Immigration Act of 1917, 39 Stat. 874. (1917).

¹¹ 42 Stat. 5 (1921).

o limitación numérica anual al número de visas para inmigrantes. Las cuotas establecidas por esa ley fueron calculadas para mantener el balance étnico y racial que existía en aquel entonces en Estados Unidos. Principalmente, por medio de esta ley se pretendía limitar la entrada de italianos y judíos, quienes habían empezado a llegar a Estados Unidos después de 1910. En 1924 se modificaron las cuotas¹² para reducir aún más el flujo de esos extranjeros, a quienes Estados Unidos supuestamente no podía ni quería asimilar. Mientras tanto, la prohibición absoluta de la inmigración china se extendió para incluir a los hindúes, los japoneses y demás asiáticos.

Como resultado de lo anterior, después de 1924 únicamente las personas originarias de los países de las Américas podían inmigrar a Estados Unidos sin restricción de importancia. De esas, el grupo más grande constaba, por supuesto, de mexicanos. Aunque durante los años veinte se presentaron proyectos de ley en el Congreso estadounidense para restringir la inmigración mexicana mediante una extensión de la Ley de Cuotas a este continente, los agricultores, señalando el carácter temporal de la migración de este país, evitaron que tales proyectos se convirtieran en Ley. En el lugar de leyes de corte restrictionista, desde el fin de la década de los veinte los mecanismos principales de control de la migración desde este país al vecino han sido la toma de medidas administrativas y campañas de deportación.¹³

En 1952, Estados Unidos promulgó su actual ley orgánica sobre el tema, la Ley de Inmigración y Nacionalidad (LIN).¹⁴ En 1965 Estados Unidos finalmente eliminó los últimos vestigios de la ley de las cuotas.¹⁵ De acuerdo con la reforma a la ley migratoria aprobada en ese año, a cada país del hemisferio oriental le tocaba veinte mil visas de inmigrante cada año. Ciertos parientes del ciudadano norteamericano podían entrar sin límite numérico alguno. Asimismo, con esta reforma se consagraron dos metas como los propósitos principales de la ley migratoria: la reunificación de familias y la protección del mercado laboral norteamericano mediante disposiciones que prohíben la admisión del trabajador previamente enganchado, entre otras.¹⁶

Sin embargo, a partir de esa ley, todas las medidas migratorias norteamericanas, con la posible excepción de la LRCM,¹⁷ han implicado una restricción

¹² 43 Stat. 153 (1924).

¹³ Bustamante, Jorge, "Espaldas mojadas: materia prima para la expansión del capital norteamericano", en *Cuadernos del CES*, 9, México, El Colegio de México.

¹⁴ De acuerdo con la ley de aquel entonces, el hemisferio oriental abarcaba los países de Europa, Asia y África y sus islas vecinas.

¹⁵ 79 Stat. 911 (1965).

¹⁶ Véase Gordon, Charles y Stanley Mailman, *Immigration Law and Procedure*, Revised Edition, Nueva York, Matthew Bender, 1989, tomo 1, pp. 2-18, 2-23.

¹⁷ Debido al éxito inesperado del programa de legislación, la LRCM ha resultado ser una apertura, tal vez no intencionada, por parte de los Estados Unidos.

en la inmigración legal desde las Américas en general, y desde México en particular. Con la ley de 1965 se impuso por primera vez un límite en el número de inmigrantes que se podía recibir de los países americanos. Por otra parte, un año antes de la aprobación de esa ley, Estados Unidos dio por terminado el acuerdo bilateral con México por medio del cual algunos trabajadores mexicanos recibieron visas para laborar en la agricultura norteamericana.

Se dio otra restricción en 1968, con una modificación de la LIN en que se estableció el requisito de que todo inmigrante que no tuviera familiares que fueran ciudadanos norteamericanos o residentes permanentes de Estados Unidos contara con un dictamen del Departamento de Trabajo para que su admisión no perjudicara las condiciones laborales del trabajador norteamericano.¹⁹ Debido a la imposibilidad para la mayoría de los mexicanos de obtener el dictamen mencionado, esta reforma limitó la inmigración legal de este país exclusivamente a familiares. Asimismo, estas modificaciones significaban el cierre parcial de las vías legales para el flujo migratorio de mexicanos al país vecino. Con el cierre de esas vías legales, no debe sorprender que el flujo de indocumentados mexicanos empezó a incrementarse, como se puede notar a través del incremento rápido en el número de mexicanos expulsados de Estados Unidos por el Servicio de Inmigración y Naturalización (SIN) entre 1965 y 1974.¹⁹

En 1976 se aprobó otra ley en Estados Unidos que limitó el número de mexicanos que podían recibir una visa para inmigrar legalmente a ese país.²⁰ En aquel año, se hizo el límite anual de veinte mil visas aplicable a los inmigrantes de los países americanos. Antes de aprobarse esta reforma, dichos países habían compartido ciento setenta mil visas anuales entre ellos, y los mexicanos se habían aprovechado de aproximadamente sesenta mil de tales visas. Por lo tanto, esta reforma significaba una reducción sensible en el número de visas para inmigrantes de este país y representaba otro cierre a la inmigración legal.

Además, con dicha reforma se modificó la ley para eliminar la posibilidad de calificar para una visa de inmigrantes por el hecho de tener un hijo menor nacido en Estados Unidos. Antes de 1976, el nacimiento de un hijo en ese país había sido una de las principales vías mediante la cual el mexicano indocumentado podía alcanzar una residencia legal. Asimismo, se cerró otra vía legal a la inmigración mexicana a Estados Unidos.

¹⁸ Pub. L. 89-236, 79 Stat. 91.

¹⁹ Departamento de Justicia de Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Naturalización, *Statistical Yearbook of the Immigration and Naturalization Service*, Washington, D.C., Government Printing Office, 1986.

²⁰ Act of Oct. 20, 1976, P. L. 94-571, 90 Stat. 2703.

El límite de veinte mil visas de inmigrante por año ha tenido un impacto fuerte sobre la inmigración mexicana a Estados Unidos. Se impuso dicho límite con el motivo de terminar con la discriminación que fue el legado del sistema de las cuotas según el origen nacional del extranjero; es decir, se buscó establecer un trato igual para el inmigrante sin importar su país de origen. Sin embargo, el límite ha tenido un impacto más fuerte sobre los nacionales de países del tercer mundo que sobre los nacionales de los países europeos que tradicionalmente habían sido la fuente del flujo migratorio hacia Estados Unidos. Actualmente, como resultado de este límite, el aspirante de México, China, la India y las Islas Filipinas, a ser inmigrante a Estados Unidos, incluso aquel que tenga familiares que sean residentes legales o ciudadanos de ese país, enfrenta una espera de hasta diez o doce años para recibir una visa para irse legalmente a Estados Unidos. Dicha demora frustra uno de los propósitos básicos de la ley actual: la reunificación familiar. El aspirante europeo a ser inmigrante a Estados Unidos en situaciones semejantes rara vez tiene que esperar más de tres años.²¹ Asimismo, aunque el límite de veinte mil visas anuales de inmigrantes por país no es discriminatorio en su letra, tiene un impacto discriminatorio. Debido a este impacto discriminatorio, la Comisión de Estados Unidos sobre los Derechos Individuales (*United States Commission on Civil Rights*) recomendó que se estableciera un límite global, sin límite al número de inmigrantes de un país determinado.²²

En aparente continuación a este cierre paulatino de las vías para la inmigración legal, en julio de 1989 el Senado de Estados Unidos aprobó un proyecto²³ que, de convertirse en ley, implicaría otra reducción del número de mexicanos que puede obtener una visa de inmigrante, en particular para los cónyuges e hijos del extranjero con residencia legal en Estados Unidos.

Es importante señalar que para el mexicano la obtención de una visa de inmigrante, no sólo es una alternativa a la inmigración indocumentada, sino que para muchos, tales visas hacen posible la legalización de su calidad migratoria. La mayoría de los mexicanos que reciben una visa de inmigrante para ir a Estados Unidos estaban en ese país en forma indocumentada en el momento de solicitarla. Una indicación de lo anterior es el hecho de que en enero de 1989 estaban en listas de espera para recibir una visa de inmigrante 403,523 mexicanos,²⁴ más que cualquier otro país en el mundo salvo las Filipinas. Si el proyecto mencionado se convirtiera en ley, el impacto sobre la inmigración legal de mexicanos hacia Estados Unidos sería dramático. Se podría

²¹ Véase *Interpreter Releases*, febrero 22, 1988.

²² U.S. Commission on Civil Rights, *The Tarnished Golden Door: Civil Rights Issues in Immigration*, Washington, U.S. Commission on Civil Rights, 1983.

²³ *Interpreter Releases*, tomo 66, núm. 27, 17 de julio de 1989, pp. 765-768.

²⁴ *Interpreter Releases*, tomo 66, núm. 17, 1o. de mayo de 1989, pp. 500-503.

esperar que el número de mexicanos admitidos legalmente en Estados Unidos sería reducido severamente, tal vez en 52%.²⁵ Debido al número de mexicanos que ya se encuentran en las listas de espera, tardaría aproximadamente 53 años para que reciban visas de inmigrante tan sólo los que hasta la fecha la han solicitado,²⁶ y sería casi imposible para que el mexicano legalizado mediante las disposiciones de la LRCM tramitara una visa para sus familiares en México. Ninguna de las soluciones a esta situación es fácil. En algunos casos el inmigrante mexicano se vería obligado a nacionalizarse como norteamericano como la única forma de tener su familia a su lado en forma legal. En otros casos, la familia se irá en forma ilegal a Estados Unidos, así formando toda una nueva clase de indocumentados, o en su defecto la familia estaría separada.

2. México

México no ha sido inmune al racismo en su política migratoria. Algunos grupos de presión buscaron, y en buena medida consiguieron, la restricción de la migración china a este país. No obstante, la xenofobia en este país ha sido principalmente una reacción a amenazas que rebasan la mera presencia de extranjeros e incluyen el impacto de la interferencia de gobiernos extranjeros en los asuntos internos del país.

En los primeros años de su independencia, México, como Estados Unidos, buscó promover la inmigración para poblar sus regiones fronterizas. En 1824 México puso en vigor una medida que se podía considerar su primera ley sobre la inmigración, ofreciendo al extranjero que vino a establecerse en este país, seguridad en su persona y propiedad, y autorizando a las entidades federativas de la República a promulgar leyes de colonización.²⁷ En 1825 el estado de Coahuila se aprovechó de esta facultad para promover la inmigración norteamericana a Texas.²⁸ No obstante, en el caso de México estos esfuerzos para promover la inmigración llevaron al país al desastre. Tantos norteamericanos se aprovecharon de la oferta de terrenos en Texas, que México perdió el territorio en favor de Estados Unidos. Como resultado de esa experiencia dolorosa, en 1842 se aprobó una prohibición absoluta para que el extranjero que fuera nacional de un país que comparte una frontera con éste adquiriera terrenos

²⁵ *Interpreter Releases*, tomo 66, núm. 29, 31 de julio de 1989, pp. 833-837.

²⁶ La autora elaboró esta estimación en un trabajo inédito presentado en el "Seminario sobre la Migración Internacional en México; Estado Actual y Perspectivas", organizado por el Consejo Nacional de Población el 4-6 de octubre de 1989 en Cocoyoc, Morelos.

²⁷ Vallarta, Ignacio L., *La propiedad inmueble por extranjeros*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores 1883, republicada por la Secretaría de Relaciones Exteriores en 1986, pp. 26-27.

²⁸ *Ibid.*, p. 27.

baldíos en los estados fronterizos,²⁹ medida obviamente dirigida en contra del norteamericano.

Pese a esa experiencia, hasta el porfiriato el gobierno mexicano consideraba que la promoción de inmigración extranjera beneficiaba al país.³⁰ En 1883 se promulgó la Ley General de Colonización, misma que suprimió la restricción en la adquisición de bienes inmuebles por parte del extranjero y permitió que las compañías deslindadoras y colonizadoras —tanto extranjeras como nacionales— adquieran enormes extensiones de tierras baldías.³¹

Se reflejó esta actitud abierta a la inmigración en la primera ley orgánica sobre la cuestión, la Ley de Extranjería y Naturalización de 1886,³² también producto del porfiriato. Esa ley reconoció tanto el derecho del mexicano a emigrar como el del extranjero a inmigrar a este país como una condición necesaria para la libertad individual.³³ Se permitió la inmigración y naturalización del extranjero en términos muy generosos. El extranjero podía, sin perder su nacionalidad de origen, establecer su residencia en México por cualquier propósito lícito.³⁴ Después de tan sólo dos años de residencia en este país, con el requisito adicional de la buena conducta, el extranjero podía solicitar la ciudadanía mexicana.³⁵ Sólo se permitía la expulsión del extranjero por haber participado en un motín o si fuera considerado “pernicioso”.³⁶ Además, la ley concedió al extranjero los mismos derechos civiles que gozaba el ciudadano mexicano de acuerdo con la Constitución de 1857.³⁷

Esta ley sumamente abierta siguió en vigor hasta el principio de este siglo, cuando la llegada de inmigrantes chinos y japoneses, a quienes Estados Unidos ya había cerrado sus fronteras, causó la reconsideración de la política migratoria.³⁸ En 1908, con la aprobación de la Ley de Inmigración, México impuso los primeros límites significativos a la inmigración. Entre las disposiciones de esa Ley estaba la exclusión del inmigrante que padecía de una enfermedad contagiosa o a quien le faltaba una forma de sostenerse económicamente. Se les requirió a las empresas de buques a regresar al extranjero a quien se le había denegado permiso para entrar en el país. Contraria a la ley

²⁹ *Ibid.*, p. 30.

³⁰ González Navarro, Moisés, *Población y sociedad en México (1900-1970)*, tomo II, México, UNAM, 1974.

³¹ Ortega Noriega, Sergio, Prólogo a Vallarta, Ignacio L., *La propiedad inmueble por extranjeros*, pp. 13-15.

³² Esta ley se reproduce en Bravo Caro, Rodolfo, *Guía del Extranjero*, 9a. ed., México, Porrúa, 1983.

³³ Artículo 6, Ley de Extranjería y Naturalización de 1886.

³⁴ *Ibidem*, artículo 33.

³⁵ *Ibidem*, artículo 13.

³⁶ *Ibidem*, artículo 38.

³⁷ *Ibidem*, artículo 30.

³⁸ González Navarro, *op. cit.*

norteamericana de la misma fecha, esa ley mexicana reconoció la perfecta igualdad de inmigrantes de todos los países y de todas las razas.³⁹

No obstante el hecho de que la ley de 1908 reconocía el principio de la no discriminación, las presiones para prohibir la inmigración china crecieron. En 1906, el Partido Liberal de los hermanos Flores Magón abogó por la prohibición de la entrada de chinos.⁴⁰ Durante la Revolución, los inmigrantes chinos sufrieron numerosas agresiones, la más violenta de las cuales se dio en Torreón en 1911, misma que arrojó un saldo de 303 inmigrantes chinos muertos. Después de ese acontecimiento, el número de chinos que abandonaron al país excedió al que quería entrar.⁴¹ Por otra parte, mientras que fue gobernador del estado de Sonora en 1916, Plutarco Elías Calles prohibió la inmigración de chinos a ese estado. Desde aquel entonces hasta los años treinta, varios grupos abogaron por la prohibición total de la inmigración china. De hecho, se logró ese fin con la celebración de un tratado entre México y China en 1921. No obstante lo anterior, el gobierno mexicano supo resistir las presiones en favor de la toma de medidas punitivas en contra del chino.⁴²

La Revolución en este país reforzó las tendencias nacionalistas y la oposición al extranjero, sobre todo al chino y al norteamericano. El rechazo hacia el norteamericano se debió a numerosos factores, entre ellos la supuesta complicidad del embajador norteamericano en el asesinato de Francisco I. Madero, la intervención militar norteamericana en Veracruz, los numerosos reclamos norteamericanos por daños sufridos durante la Revolución y el tardío reconocimiento norteamericano para el nuevo gobierno. La oposición al chino se debió principalmente al racismo.

Estas tendencias nacionalistas se reflejan en la Constitución de 1917, que fue mucho más hostil hacia el extranjero que la Constitución de 1857. En el artículo 33 de la primera Constitución se garantizó al extranjero los mismos derechos que gozaba el nacional de ese país. Sin embargo, dentro de las disposiciones en contra del extranjero contenidas en la Constitución de 1917 se destacan el artículo 33, que permite la expulsión del extranjero sin recurso jurídico, y el artículo 27, que limita el derecho del extranjero a adquirir bienes inmuebles. Al terminar la Revolución, México había abandonado su política migratoria abierta.

Después de la Revolución, la primera ley sobre la materia fue la Ley de Migración de 1926. Entre las disposiciones de esa ley figuraba la exclusión de analfabetos, y una prohibición en contra de la admisión de trabajadores en tiempos de crisis económica. Dicha ley también buscó proteger al trabajador

mexicano que emigraba a Estados Unidos, proporcionándole autorización a la Secretaría de Gobernación para prevenir la salida de aquellos emigrantes que no cumplían los requisitos legales para entrar en el país a donde se dirigían.

Tal vez la disposición más importante de la ley de 1926 fue la que facultó al presidente de la República a tomar medidas en materia migratoria. El presidente utilizó dicha facultad para limitar o prohibir la entrada de inmigrantes de la India, Turquía, Polonia, Hungría y el Medio Oriente en general.⁴³ El primer mandatario de este país también utilizó esa facultad para prohibir la entrada de trabajadores durante la depresión de 1929-1934.

En 1930 se aprobó una nueva ley migratoria mexicana. Esa ley declaró que el interés público sería beneficiado por la admisión de aquellos inmigrantes saludables, dispuestos a trabajar y de razas asimilables. Se continuó la prohibición a la inmigración de aquellos que carecían de los medios económicos para sostenerse. Dicha ley también dispuso que el extranjero que vivía en territorio nacional debía registrarse con las autoridades, requisito que sigue en vigor hasta la fecha.⁴⁴

En 1936 entró en vigor la Ley General de Población, la antecesora de la ley actual,⁴⁵ con el propósito de resolver los problemas de población del país. En aquel entonces se consideró que el país requería una mayor población, pero la Ley de 1936 propuso la promoción del matrimonio y de familias numerosas como solución a ese problema, en lugar de la inmigración. Cuando fue promulgada, la Ley permitió que la Secretaría de Gobernación estableciera cuotas para los inmigrantes, de acuerdo con su nacionalidad y raza.⁴⁶ Por otra parte, la Ley buscó frenar la emigración de mexicanos y promover la repatriación de los mexicanos en el exterior.

III. LAS BASES CONSTITUCIONALES

En ambos países la legislación migratoria es una facultad del gobierno federal y no de las entidades federativas. En Estados Unidos la base constitucional para el control federal de la inmigración no es clara. En el artículo I de la Constitución de ese país se otorgan al Congreso de la Unión las facultades para establecer una ley uniforme de naturalización y para legislar sobre el comercio exterior, pero no menciona específicamente la facultad para dictar medidas sobre la inmigración. La única referencia explícita a la inmigración en la Constitución de Estados Unidos prohibió al Congreso de ese país que

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Esta Ley se reproduce en Echánove Trujillo, Carlos A., *Manual del extranjero*, 2a. ed., México, Editorial Derecho Nuevo.

⁴⁶ Ley General de Población de 1936, artículo 7º, frac. III.

tomara medidas para prohibir la importación de esclavos antes de 1808.⁴⁷ No obstante esta falta de una base constitucional explícita cuando el Congreso empezó a legislar sobre cuestiones de inmigración en 1882, la Suprema Corte no tuvo dificultades en encontrar autoridad para las medidas federales en esta materia implícita en las facultades del Congreso con respecto a la naturalización, el comercio exterior o como un aspecto inherente de la soberanía de la nación.⁴⁸

En México, la Constitución hace mucho más clara la facultad federal de regular la inmigración. El Congreso de la Unión está facultado para "dictar leyes sobre la nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República".⁴⁹ Además, la Ley de Nacionalidad y Naturalización aclara que sólo la Federación puede dictar medidas que afecten los derechos del extranjero.⁵⁰ En Estados Unidos, quizá debido a la falta de una disposición constitucional explícita al respecto, algunas medidas que afectan los derechos del extranjero se han considerado como dentro de la competencia de las entidades federativas,⁵¹ mientras que otras no.⁵²

Salvo las disposiciones sobre la importación de esclavos y la promulgación de una Ley de Naturalización, la Constitución de Estados Unidos no tiene disposición alguna que mencione explícitamente al extranjero. Sin embargo, el Poder Judicial norteamericano ha fallado que varias disposiciones constitucionales son aplicables tanto al extranjero como al ciudadano estadounidense. Entre éstas se encuentran las garantías individuales contenidas en la primera, cuarta, quinta, sexta, octava y decimocuarta enmiendas a la Constitución.

La Constitución mexicana es mucho más explícita con respecto al extranjero. Primero, define la manera en que la nacionalidad y ciudadanía mexicanas pueden adquirirse o perderse.⁵³ La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento en territorio nacional o en el extranjero de padres mexicanos.⁵⁴ La decimocuarta enmienda a la Constitución de Estados Unidos dispone, de ma-

⁴⁷ Constitución de Estados Unidos, artículo I, fracción 9.

⁴⁸ Véase *The Passenger Cases (Smith v. Turner)*, 48 U.S. 283 (1849); *The Head Money Cases*, 112 U.S. 580 (1884); *Henderson v. Mayor of New York*, 92 U.S. 259 (1875); *The Chinese Exclusion Case (Chae Chan Ping v. U.S.)*, 130 U.S. 581 (1889). La autora ha seguido las formas acostumbradas para citar fallos jurídicos en Estados Unidos.

⁴⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), artículo 72, fracción XVI.

⁵⁰ Ley de Nacionalidad y Naturalización, artículo 50.

⁵¹ Véase *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978). *De Canas v. Bica*.

⁵² *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971). *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

⁵³ CPEUM, artículos 30 y 37.

⁵⁴ CPEUM, artículo 30, fr. I.

nera semejante, que toda persona nacida en territorio norteamericano, inclusive los hijos nacidos en Estados Unidos de padres indocumentados,⁵⁵ son ciudadanos de Estados Unidos. Sin embargo, la Constitución de Estados Unidos no define la nacionalidad de los hijos de norteamericanos nacidos en el extranjero. Este concepto se ha definido en estatutos, mismos que han sufrido varios cambios. Por otra parte, la Constitución de Estados Unidos no tiene disposición alguna sobre la pérdida de la ciudadanía norteamericana y no distingue entre los conceptos de ciudadanía y nacionalidad.⁵⁶ En general, el Poder Judicial norteamericano ha permitido la pérdida de la nacionalidad estadounidense bajo circunstancias más limitadas, que es el caso de acuerdo con el derecho mexicano. Por ejemplo, se puede contrastar el artículo 37, fracción IV de la Constitución mexicana que priva al ciudadano naturalizado de su ciudadanía si permanece más de cinco años fuera del territorio nacional, con el fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Afroyim v. Rusk*,⁵⁷ en que se dictaminó que la ciudadanía estadounidense, sea por naturalización o por nacimiento, sólo puede perderse por renuncia explícita y voluntaria. El alcance de este fallo se puede observar en un fallo reciente que trata sobre una norteamericana que había renunciado a su ciudadanía en favor de la mexicana. El tribunal de apelaciones en materia migratoria dictaminó que su renuncia no había sido voluntaria, ya que se dio por tener la necesidad económica de trabajar, permiso que no podía conseguir sin adquirir la nacionalidad mexicana.⁵⁸

En ambos países se considera que la inmigración es un asunto delicado que compete a los ramos políticos del gobierno. Por lo tanto, el Poder Judicial pisa este terreno con más cuidado que lo acostumbrado en otras áreas. En Estados Unidos se refiere a este tipo de asuntos como una “cuestión política”, que implica que es un asunto impropio de una resolución judicial. En ese país el Poder Judicial difiere del Ejecutivo y del Legislativo al punto que acepta como conformes con la Constitución medidas que de tratarse de otras áreas serían claramente anticonstitucionales.⁵⁹ También en México la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia establece que “la sociedad está interesada

⁵⁵ *U.S. v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898).

⁵⁶ La Constitución de Estados Unidos hace referencia sólo a ciudadanos. El término “nacionales” sólo se utiliza con referencia a ciertas personas nacidas en territorios de Estados Unidos en ultramar. Véase Gordon, Charles y Harry Rosenfield, *Immigration and Nationality Law*, Nueva York, Matthew Bender, 1989, tomo 4, pp. 11-8.

⁵⁷ *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967).

⁵⁸ *Matter of Randall*, File A 11 644 708 *Interpreter Releases*, tomo 66, núm. 29, p. 843. 31 de julio de 1989. La autora no considera que el fallo fuera correcto con respecto a su caracterización del derecho mexicano, sino simplemente aquí resume el contenido del mismo.

⁵⁹ *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Kliendienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972); *The Chinese Exclusion Case (Chae Chan Ping v. U.S.)*, 130 U.S. 581 (1889).

en que se cumplan con toda exactitud las disposiciones de la Ley de Migración, por lo que contra la aplicación de tales disposiciones no procede la suspensión".⁶⁰ Como resultado de esta actitud, los gobiernos de ambos países cuentan con un amplio margen dentro del cual pueden formular su política migratoria. No obstante lo anterior, en forma congruente con la tradición del derecho común, han sido los tribunales norteamericanos quienes han trazado los límites principales de los derechos del extranjero en ese país.

La Constitución mexicana hace referencia al extranjero en varios puntos. Como ya se mencionó, en el artículo 27 se limita el derecho del extranjero a adquirir bienes inmuebles en este país. De acuerdo con dicho artículo, se prohíbe absolutamente al extranjero la adquisición de propiedad dentro de una franja de cien kilómetros de las fronteras y cincuenta kilómetros de los litorales.⁶¹ En todo el resto del territorio nacional, el extranjero sólo puede adquirir bienes inmuebles con el permiso de las secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, y si renuncia a la protección de su gobierno con respecto a la propiedad. Además, se limita el derecho de adquirir bienes inmuebles al extranjero que tenga residencia en el país.⁶² No hay disposición equivalente en la Constitución de Estados Unidos ni tampoco en las leyes federales de ese país. Han sido anuladas como anticonstitucionales o son letra muerta aquellas leyes estatales que prohibieron la adquisición de bienes inmuebles por parte del extranjero.⁶³ Por lo tanto, en Estados Unidos, el extranjero, incluso aquel que no tenga residencia en el país, puede adquirir bienes inmuebles en cualquier parte del territorio norteamericano, derecho que muchos extranjeros efectivamente ejercen.

La Constitución mexicana también limita el derecho del extranjero a la libertad de expresión sobre asuntos políticos,⁶⁴ el derecho de presentar peticiones al gobierno con respecto a cuestiones políticas,⁶⁵ y el derecho de participar en asambleas políticas.⁶⁶ Se trata este tema más a fondo en el apartado V del presente trabajo.

Finalmente, en el artículo 33 de la Constitución de este país se permite la expulsión del extranjero por orden del Ejecutivo sin recurso jurídico alguno. La Constitución de Estados Unidos no tiene disposición alguna sobre la expulsión del extranjero. Sin embargo, la Suprema Corte de Estados Unidos anuló como violatoria de la garantía constitucional del debido proceso legal

⁶⁰ Suprema Corte de la Unión *Tesis de ejecutorias 1917-1985*. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte, Tercera Sala.

⁶¹ CPEUM, artículo 27, fracción I.

⁶² Reglamento de la Ley General de Población, artículo 127.

⁶³ *Ayama v. California*, 332 U.S. 663 (1948).

⁶⁴ CPEUM, artículo 33.

⁶⁵ *Ibidem*, artículo 89.

⁶⁶ *Ibidem*, artículo 99.

aquellas disposiciones semejantes de la Ley de Exclusión de Chinos que permitieron la expulsión del extranjero sin recurso jurídico.⁶⁷

IV. EL MARCO LEGISLATIVO

1. *La admisión de extranjeros*

En México la ley vigente actualmente en materia migratoria es la Ley General de Población (LGP). Esta ley trata las cuestiones de población en forma general: sus propósitos, en su forma actual, incluyen: el desarrollo económico, la planificación familiar y la reducción de la mortalidad, además del control de la inmigración y emigración.⁶⁸

Actualmente la LGP no establece cuotas o limitaciones numéricas para los inmigrantes ni tampoco condiciona la admisión del inmigrante de acuerdo con su raza. La ley sí autoriza a la Secretaría de Gobernación a tomar una determinación sobre el número de inmigrantes que puede ser admitido.⁶⁹ Al contrario de la ley norteamericana en la cual los límites de inmigrantes obedecen más bien a factores políticos e históricos, la LGP de este país requiere que tales límites se establezcan de acuerdo con estudios demográficos. En la práctica actual, este país no tiene límites específicos. La LGP también faculta a la Secretaría de Gobernación a suspender o prohibir completamente la admisión de extranjeros si el interés nacional así lo requiere.⁷⁰ La ley norteamericana no contiene disposición semejante, asimismo, la prohibición total de la inmigración a ese país sólo se podría efectuar mediante una ley aprobada por el Congreso.

Salvo lo anterior, la LGP carece de un marco general para la admisión del extranjero. La ley divide a los extranjeros en las categorías de inmigrante y no inmigrante. El extranjero que establece su residencia en este país tiene la calidad provisional de "inmigrante" durante cinco años, después de los cuales puede adquirir la calidad de "inmigrado", lo cual le proporciona mayores derechos y más seguridad sobre su estancia en el país.

Entre los inmigrantes que pueden admitirse, se cuentan rentistas, inversionistas, profesionales, personas que vienen a asumir cargos de confianza en empresas establecidas en la República, científicos, técnicos y familiares de mexicanos, o de extranjeros con calidad de inmigrante o inmigrado.⁷¹ A diferencia de la ley estadounidense, la LGP no privilegia a los familiares sobre

⁶⁷ *Japanese Immigrant Case (Yamataya v. Fisher)* 189 U.S. 86 (1903).

⁶⁸ Ley General de Población (LGP), artículo 3º

⁶⁹ *Ibidem*, artículo 32.

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 39.

⁷¹ *Ibidem*, artículo 48.

los demás extranjeros, pero no hay necesidad para tal preferencia ya que no existen límites numéricos para los inmigrantes. Por lo tanto, en vista de las demoras considerables que muchos familiares de norteamericanos encuentran para obtener una visa para irse a Estados Unidos, la ley mexicana cumple mejor con el fin de la reunificación familiar. Además, la ley mexicana define como familiar a un grupo más grande de personas que la norteamericana, ya que incluye a abuelos, nietos, tíos y sobrinos, tanto del mexicano como del extranjero con la calidad de inmigrante o inmigrado.⁷² La ley norteamericana no incluye como familiar a ninguno de los parientes mencionados, ni siquiera del ciudadano de ese país.⁷³ La única forma en que la ley mexicana es más restrictiva que la norteamericana con respecto a familiares tiene que ver con hermanos del ciudadano mexicano, mismos que deben ser menores de edad.⁷⁴ La ley norteamericana permite que el ciudadano norteamericano solicite la admisión de su hermano sin importar la edad del último.⁷⁵

La LGP faculta a la Secretaría de Gobernación a denegar la admisión o el cambio de calidad migratoria del extranjero por varios motivos. Entre éstos figuran la violación de la ley, conducta indebida en México o en el exterior, si así lo requiere el interés de los nacionales de este país o de acuerdo con las "demás disposiciones legales".⁷⁶ La Secretaría de Gobernación tiene la facultad de imponer las condiciones que considere convenientes para la admisión del extranjero.⁷⁷ Estas disposiciones flexibles permiten a las autoridades mexicanas tomar decisiones sobre la admisión del inmigrante de acuerdo con cada caso.

La ley norteamericana sobre la admisión del extranjero a Estados Unidos es la Ley de Inmigración y Nacionalidad (LIN).⁷⁸ Aunque esta Ley ha sido modificada varias veces en aspectos importantes, incluso su más reciente modificación por la LCRM, el marco general data desde 1952. Se ha comparado la LIN con un laberinto, con una complejidad que asemeja las leyes fiscales.⁷⁹ No abarca otras cuestiones de población tales como el desarrollo regional o la planificación familiar. La LIN, tal como la LGP, divide a los extranjeros en las categorías de inmigrante y no inmigrante. Reformas recientes, inclusive la

⁷² *Idem.*

⁷³ En algunos casos podría obtener una visa de inmigrante el sobrino del ciudadano norteamericano, ya que la ley permite que este último solicite una visa para su hermano y el hermano puede venir acompañado por sus hijos menores de edad. De forma semejante en algunos casos podría recibir una visa el nieto menor de edad del ciudadano norteamericano.

⁷⁴ LGP, artículo 48.

⁷⁵ Se han presentado en Estados Unidos un buen número de reformas que, de ser aprobadas, limitarían la admisión de hermanos a los menores de edad.

⁷⁶ LGP, artículo 37.

⁷⁷ *Ibidem*, artículo 34.

⁷⁸ 8 Código de Estados Unidos (C.E.U.) 1101 *et seq.*

⁷⁹ *Lok v. INS*, 548 F. 2d 37, 38 (2d Cir. 1977).

LCRM y la Ley de Fraudes en el Matrimonio de 1986,⁸⁰ han agregado una categoría de inmigrante condicional o temporal que es semejante a la categoría de "inmigrante" en el derecho mexicano.

La LIN permite la admisión de varios tipos de no inmigrantes, tales como turistas, periodistas, miembros del cuerpo diplomático y trabajadores agrícolas admitidos bajo las disposiciones conocidas como "H-2A". El inmigrante o bien puede ser "pariente inmediato" de un ciudadano norteamericano o puede obtener una visa de acuerdo con una de seis categorías. El "pariente inmediato", para quien no existe limitación numérica de acuerdo con las disposiciones actuales, incluye a los hijos menores de edad y conyugues del ciudadano norteamericano, así como los padres del norteamericano mayor de veintiún años de edad. Las seis categorías, que principalmente incluyen a otros familiares del ciudadano norteamericano y del extranjero con residencia legal en Estados Unidos, tienen una limitación numérica actual de 270,000 visas anuales a nivel mundial, con un límite de veinte mil visas anuales para los nacionales de un país determinado. Como se mencionó arriba, esta limitación no se basa en estudios demográficos o económicos, sino en factores históricos y políticos. La admisión de refugiados, aunque no sin limitación numérica, se gobierna por un procedimiento aparte que permite cierta flexibilidad en el número admitido.⁸¹

De acuerdo con la LIN, se puede denegar la admisión de todo extranjero, tanto inmigrante como no inmigrante, por uno de 33 motivos especificados por la Ley. Los motivos para denegar la admisión del extranjero pueden basarse en su salud, solvencia económica o moral, así como la falta de trámites migratorios en regla, y motivos relacionados con la seguridad nacional y las opiniones políticas del extranjero.⁸² Tales motivos pueden ser aducidos tanto por el cónsul norteamericano como por el oficial migratorio en la puerta de entrada. La LIN establece un procedimiento administrativo para denegar la admisión del extranjero en el puerto de entrada que generalmente incluye el derecho a una audiencia en la cual se deben establecer los motivos que justifiquen la postura del oficial.⁸³

Aunque algunos de los motivos mencionados por la Ley permiten algo de flexibilidad en su interpretación, a diferencia de la LGP, la LIN estadounidense no permite que se aduzcan motivos no mencionados en la Ley, de acuerdo

⁸⁰ Immigration Marriage Fraud Amendments of 1986, Pub. L. No. 99-639. 100 Stat. 3537.

⁸¹ 8 C.E.U. 1157 (a), (d), (e).

⁸² Martin, David A., *Major Issues in Immigration Law*, Washington, D.C. Federal Judicial Center, 1987.

⁸³ Véase *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982).

con un criterio *ad hoc* de las autoridades migratorias.⁸⁴ Por lo tanto, la ley norteamericana generalmente permite al extranjero saber si recibirá permiso para entrar, o si no por qué motivo se le prohíbe su admisión. A diferencia, la ley mexicana permite que se prohíba la entrada del extranjero por motivos no específicamente mencionados en la Ley, si la Secretaría de Gobernación lo juzga conveniente. Además, no existe recurso alguno en contra de tales determinaciones.

2. La expulsión del extranjero

Es notable que la LGP de este país no establece un procedimiento general para la expulsión⁸⁵ del extranjero. Aunque en el artículo 33 de la Constitución se faculta al presidente de la República a requerir que el extranjero abandone el territorio nacional, en la práctica rara vez ejerce dicha facultad. No obstante, la LGP carece de una enumeración de los motivos por los cuales se puede expulsar al extranjero en los casos no dictaminados por el presidente. Tampoco se establece el procedimiento para efectuar tales expulsiones. El reglamento de la LGP se limita a especificar que dicha expulsión será por acuerdo del secretario de Gobernación.⁸⁶ El procedimiento administrativo que actualmente utiliza dicha Secretaría consiste en una investigación del caso, y de proceder, un dictamen en el cual se especifican los motivos que justifican la expulsión del individuo. Sin embargo, dicho procedimiento no reconoce tales derechos como una audiencia, aviso de los motivos para la expulsión, ni la oportunidad por parte del extranjero de presentar una defensa. La ausencia de estas salvaguardias da al proceso jurídico la apariencia de arbitrariedad. A diferencia de la Ley norteamericana, la Ley mexicana no establece circunstancias en las cuales no se efectuará la expulsión del extranjero. Aparentemente, el residente de largo plazo podría ser expulsado por motivos de violaciones menores, mientras que en otros casos, si así lo determinan las autoridades, se podrían tolerar violaciones serias.

A diferencia de la LGP mexicana, la LIN norteamericana sí especifica las causales de la deportación⁸⁷ del extranjero y el procedimiento mediante el cual ésta se efectúa. Como ya se mencionó, la Suprema Corte de Estados Unidos ha fallado que por operación de la garantía constitucional del debido proceso

⁸⁴ *Gegiow v. Uhl*, 239 U.S. 3 (1915); *Stoma v. Commissioner*, 18 F2d 1 (2d Cir. 1927).

⁸⁵ En el presente trabajo se utiliza el término "expulsión" para referirse al proceso de obligar al extranjero a abandonar el territorio en que se encuentra, con proceso jurídico o sin él.

⁸⁶ Reglamento de la LGP, artículo 154.

⁸⁷ En el presente trabajo se utiliza el término "deportación" para referirse a la expulsión de un extranjero mediante un proceso jurídico.

legal es necesario ofrecer al extranjero una audiencia previa a su deportación. Además, la LIN dispone que en dicha audiencia el extranjero cuenta con varios derechos, entre los cuales se encuentran el derecho a la asesoría de un abogado y aviso con anticipación de los motivos por los cuales se busca su deportación.⁸⁸ Al respecto, la Suprema Corte ha fallado que para que proceda la deportación, el gobierno tiene la carga de presentar pruebas "claras, inequívocas y convincentes".⁸⁹ No obstante lo anterior, la carga de la prueba y otros aspectos de procedimiento jurídico no son tan exigentes como se requieren en casos penales,⁹⁰ y se puede deportar al extranjero por actos que no fueron ni delitos ni causales para la deportación en el momento de cometerlos.⁹¹ Si se tratara de una ley penal lo anterior sería claramente anticonstitucional.⁹²

La LIN enumera varias circunstancias en las cuales aunque pueda proceder la deportación, el extranjero puede solicitar que no le apliquen este castigo. Tales casos incluyen al asilado político⁹³ y al que tenga más de siete años de residencia en el país y cumpla ciertos requisitos adicionales.⁹⁴ Además, en ciertos casos el extranjero puede evitar su deportación si acepta salir voluntariamente del país.⁹⁵

Del análisis arriba detallado, parece claro que desde el punto de vista de las disposiciones legales sustantivas, el extranjero goza de una mejor protección contra la deportación arbitraria en Estados Unidos que en México. Sin embargo, en la práctica la diferencia puede ser menor de lo que aparenta. La gran mayoría de los extranjeros detenidos en Estados Unidos no son deportados como resultado de un procedimiento jurídico⁹⁶ sino mediante un mecanismo administrativo conocido como la "salida voluntaria", que es una de las excepciones a las deportaciones que se mencionaron arriba. Mediante este mecanismo, que se utiliza en particular con respecto al mexicano, el supuesto indocumentado renuncia a sus derechos constitucionales y legales y abandona los Estados Unidos "voluntariamente". Este mecanismo resuelve un gran número de problemas administrativos y jurídicos para el SIN y, por lo tanto, en

⁸⁸ 8 C.E.U., fracción 1252(b).

⁸⁹ *Wolby v. Immigration and Naturalization Service*, 385 U.S. 276 (1966).

⁹⁰ *Immigration and Naturalization Service v. López-Mendoza*, 468 1032 (1984).

⁹¹ *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952).

⁹² *Idem*.

⁹³ Ley de Inmigración y Nacionalidad (LIN), fracción 243(h) (1).

⁹⁴ LIN, fracción 244.

⁹⁵ 8 Código de Reglamentos Federales (CRF), fracción 242.5(a), 8 C.E.U. 1252(b), 8 CRF, fracción 242.17(b).

⁹⁶ En el año fiscal 1986 el Servicio de Inmigración y Naturalización detectó a 1,767,400 extranjeros. Tan sólo 22,927 fueron deportados mediante el proceso jurídico antes mencionado. Departamento de Justicia de Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Naturalización, *Statistical Yearbook of the Immigration and Naturalization Service*, 1986, *op. cit.*

ocasiones ese organismo utiliza tácticas muy persuasivas para convencer al individuo que firme el formulario de salida voluntaria. Tales tácticas en ocasiones logran convencer hasta a ciudadanos norteamericanos y extranjeros con residencia legal a “salir voluntariamente” del territorio norteamericano.⁹⁷

Aunque las tácticas del SIN pueden, en algo, hacer más igual el balance de la calidad de justicia que se otorga al extranjero en ambos países, opino que el extranjero en Estados Unidos goza de una condición más segura. Lo anterior se demuestra por el hecho de que algunas personas abiertamente conocidas como indocumentadas han buscado y en algunos casos han logrado la protección de sus derechos en los tribunales norteamericanos.

V. LOS DERECHOS INDIVIDUALES DEL EXTRANJERO

1. La garantía del debido proceso legal

Como ya se mencionó, el extranjero en Estados Unidos goza de la protección de la garantía constitucional del debido proceso legal durante el proceso de deportación. De acuerdo con el derecho mexicano, no sólo puede el presidente de la República requerir la expulsión del extranjero sin recurso jurídico, sino además la LGP no especifica las causales de deportación en la ausencia de una orden presidencial. Fuera del contexto migratorio, el extranjero en ambos países goza de manera semejante de la garantía del debido proceso legal.

Hace más de un siglo la Suprema Corte de Estados Unidos falló que el extranjero a quien se le acusaba de un delito gozaba de las mismas protecciones constitucionales que la Constitución de ese país ofrecía al nacional.⁹⁸ Lo anterior incluye tales derechos fundamentales como representación por un abogado, inclusive pagado por el gobierno si es necesario, el derecho de no ser obligado a dar declaraciones en su propio perjuicio y el derecho de interrogar a los testigos en su contra. El hecho de que tales derechos se otorgan al extranjero, inclusive al mexicano indocumentado, se indican por varios fallos de la Suprema Corte.⁹⁹

No obstante lo anterior, la práctica norteamericana de negociación de una declaración de culpabilidad (*plea bargaining*) tal vez haya limitado estas ga-

⁹⁷ Véase Crewdson, John, *The Tarnished Door: The New Immigration and the Transformation of America*, Nueva York, Times Books, 1983. También véase *Otherson v. U.S.*, 637 F. 2d 1276 (9th Cir. 1980), una de las pocas consignaciones penales de un oficial de la Patrulla Fronteriza por la violación de los derechos de un indocumentado.

⁹⁸ *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 328 (1896).

⁹⁹ Ejemplos bien conocidos incluyen *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 1966; *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Valenzuela-Bernal*, 458 U.S. (1982) y *Almeida-Sánchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973).

rantías constitucionales. La negociación de una declaración de culpabilidad es un proceso mediante el cual el acusado acepta declararse culpable de un delito menor al que se le acusa o el mismo delito con un castigo menor. Una aproximación de la utilización extensiva de este mecanismo se percata en el hecho de que más del 80% de las demandas penales en materia federal se resuelven a través de una declaración de culpabilidad.¹⁰⁰ Desgraciadamente, un buen número de extranjeros acepta declararse culpable de algún delito sin entender completamente los cargos en su contra y sus posibles consecuencias.

El extranjero a quien se le acusa de un delito en México también goza de la protección de la garantía del debido proceso legal. En el artículo 33 de la Constitución de este país específicamente se menciona que el extranjero gozará de los derechos individuales enumerados en el primer título de la magna carta. Entre los derechos que dicho título garantiza al acusado destacan: el derecho a ser juzgado por tribunales imparciales y expeditos,¹⁰¹ el derecho a libertad bajo fianza en ciertos casos,¹⁰² el derecho a no dar testimonio en perjuicio suyo,¹⁰³ el derecho de careo¹⁰⁴ y el derecho a contar con la asesoría de un abogado, pagado por el Estado si es necesario, desde el momento de su detención.¹⁰⁵

En México, como en Estados Unidos, hay una diferencia entre estas garantías constitucionales y la realidad. Las demandas penales son sumamente tardadas y la calidad de justicia que reciben las personas que pueden contratar a su propio abogado parece ser mejor en ambos países. No obstante lo anterior, con respecto al extranjero, el derecho mexicano garantiza que el extranjero recibirá el mismo trato que el nacional, ya que este principio se menciona específicamente en la Constitución. Ya que la Constitución de Estados Unidos no menciona los derechos del extranjero en forma explícita, ha sido necesario reconocer tales derechos caso por caso por operación de la jurisprudencia.

2. *La protección igualitaria de las leyes*

La decimacuarta enmienda a la Constitución de Estados Unidos prohíbe la privación de la protección igualitaria de las leyes por parte de las entidades federativas de la Unión americana en favor de cualquier individuo por motivo de su raza, religión u origen nacional. Hace mucho la Suprema Corte determinó que esta disposición es aplicable tanto al extranjero como al ciudadano norte-

¹⁰⁰ Bond, James E., *Plea Bargaining and Guilty Pleas*, Second Edition, Nueva York, Clark Boardman Co. Ltd., 1983, pp. 1-3.

¹⁰¹ CPEUM, artículo 17.

¹⁰² *Ibidem*, artículo 20, fracción I.

¹⁰³ *Ibidem*, artículo 20, fracción II.

¹⁰⁴ *Ibidem*, artículo 20, fracción IV.

¹⁰⁵ *Ibidem*, artículo 20, fracción IX.

americano.¹⁰⁶ Como resultado, han sido anuladas como anticonstitucionales un buen número de leyes que discriminaban al extranjero.¹⁰⁷ Sin embargo, no toda ley que discrimina a un extranjero es anticonstitucional. En fallos recientes, la Suprema Corte ha aceptado como conformes con la Constitución aquellas leyes que reservan ciertos empleos en el sector público al nacional del vecino país.¹⁰⁸

Mientras que generalmente se ha anulado por anticonstitucional la discriminación en contra del extranjero en Estados Unidos por parte de las entidades federativas de la Unión, aquellas leyes federales que privilegian al ciudadano norteamericano sobre el extranjero generalmente han sido aceptadas como conformes con la Constitución.¹⁰⁹ No obstante lo anterior, existen límites a la facultad del gobierno federal a discriminar en contra del extranjero.¹¹⁰ Por ejemplo, en un fallo reciente la Suprema Corte determinó que se prohíbe al gobierno federal a discriminar en contra del extranjero por motivo de su raza.¹¹¹

Aunque la Constitución mexicana no contiene una disposición semejante a la cláusula de protección igualitaria de las leyes, mandato principal de la decimacuarta enmienda a la Constitución norteamericana, en el artículo 1º se establece que todo individuo gozará de las garantías provistas por la misma Constitución. Los derechos individuales tales como la libertad de conciencia, libertad de la esclavitud, y los derechos del acusado en un juicio penal son específicamente extendidos al extranjero.¹¹² Además, la Constitución de este país establece el derecho al pago igual por trabajo igual, sin importar la nacionalidad del trabajador.¹¹³ No obstante lo anterior, en ciertos renglones la Constitución mexicana autoriza la discriminación en contra del extranjero. No sólo se limita el derecho a adquirir bienes inmuebles, sino además la carta magna de este país dispone que bajo circunstancias iguales se privilegiará el empleo de nacionales de este país.¹¹⁴

En México la Ley de Nacionalidad y Naturalización específicamente prohíbe la discriminación en contra del extranjero por parte de las entidades federativas, ya que establece que sólo la Federación tiene la facultad de alterar los

¹⁰⁶ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356.

¹⁰⁷ Véase *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973), *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973), *Takahashi v. Fish & Game Comm.*, 334 U.S. 410 (1948), *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) y *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 (1984), entre otros.

¹⁰⁸ Véase *Cabell v. Chávez-Salido*, 454 U.S. 432 (1982), *Ambach v. Norwick*, 411 U.S. 68 (1978), *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978).

¹⁰⁹ Véase *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976).

¹¹⁰ Véase *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976).

¹¹¹ *Jean v. Nelson*, 105 S.Ct. 2992 (1985).

¹¹² CPEUM, artículo 33.

¹¹³ *Ibidem*, artículo 123, fracción VII.

¹¹⁴ *Ibidem*, artículo 32.

derechos civiles del extranjero.¹¹⁵ Sin embargo, las disposiciones de la Constitución y las leyes federales son adecuadas para asegurar que la discriminación en contra del extranjero sea bastante sistemática.

3. *La libertad de expresión*

Es con respecto a la libertad de expresión donde se encuentra la diferencia más marcada entre los derechos del extranjero en Estados Unidos y en México. La primera enmienda a la Constitución de Estados Unidos garantiza esta libertad y además de las de la prensa, conciencia y asociación. No se puede dudar que el extranjero también disfruta de este derecho inclusive con respecto a cuestiones de una naturaleza política.¹¹⁶ Los límites más importantes a la libertad de expresión del extranjero en Estados Unidos se encuentra en aquellas disposiciones de la LIN que permiten la deportación del extranjero que se haya afiliado al Partido Comunista o grupos asociados con ese partido.¹¹⁷ Aunque fracasaron varios litigios que buscaban anular estas disposiciones como anticonstitucionales,¹¹⁸ la interpretación que la Suprema Corte ha adoptado sobre ellas impone varias barreras jurídicas a la deportación del extranjero por motivo de su asociación con el Partido Comunista.¹¹⁹ Como resultado, rara vez se efectúa la deportación del extranjero por este motivo.¹²⁰ Con la excepción de las disposiciones con respecto al Partido Comunista, no se permite la expulsión del extranjero del territorio norteamericano por el hecho de haber manifestado sus opiniones sobre cuestiones políticas y éste goza de la libertad de expresión en la misma forma que el nacional.¹²¹

En años recientes, varios grupos norteamericanos que desean invitar a extranjeros con opiniones o afiliaciones políticas inaceptables al gobierno de su país, han presentado litigios en que buscan la derogación de disposiciones semejantes de la LIN que prohíben la admisión del extranjero con tales opiniones políticas.¹²² Aunque la Suprema Corte ha aceptado como conforme con

¹¹⁵ Reglamento, LGP, artículo 50.

¹¹⁶ Inclusive se ha determinado que el indocumentado tiene el derecho relacionado de acceso a información conservada por el gobierno bajo la Ley de Libertad de Información. *Doherty v. U.S. Dept. of Justice*, 596 F. Supp. 423 (S.D.N.Y. 1984).

¹¹⁷ 8 C.E.U. 1251(a)(6) y (7).

¹¹⁸ *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952).

¹¹⁹ *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135 (1945), *Gastelum-Quiñones v. Kennedy*, 374 U.S. 469 (1963).

¹²⁰ Entre 1980 y 1986 tan sólo quince extranjeros fueron deportados por este motivo. Departamento de Justicia de Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Naturalización, *Statistical Yearbook of the Immigration and Naturalization Service, 1986, op. cit.*

¹²¹ *American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Meese*, 714 F. Supp. 1060 (C.D. Cal. 1989).

¹²² 8 C.E.U. 1182(a)(27); (28) y (29).

la Constitución que el Ejecutivo prohíba la admisión del extranjero por tales motivos, se ha determinado que dicha prohibición puede afectar los derechos constitucionales del ciudadano norteamericano que desea escuchar al extranjero.¹²³ Por lo tanto, ya no es posible denegar la admisión de tales extranjeros en la forma automática como antes sucedía,¹²⁴ aunque tales casos suceden con suficiente frecuencia para ser ampliamente difundidos por los medios de comunicación. El resultado de estas disposiciones es que, mientras la libertad de expresión del extranjero que ya está en Estados Unidos no puede ser limitada en forma significativa, el derecho de aquel que desea viajar a ese país sí lo es.

Como ya se mencionó, la Constitución de este país establece límites importantes a la libertad de expresión del extranjero con respecto a asuntos políticos,¹²⁵ el derecho de petición del extranjero con respecto a tales asuntos¹²⁶ y el derecho de tomar parte en las asambleas políticas.¹²⁷ En el artículo 33 se dice que “los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”. La violación de esta prohibición amplia podrá ser castigada con la expulsión del extranjero del territorio nacional mediante la orden presidencial mencionada en el mismo artículo, o por una determinación en este sentido por parte de la Secretaría de acuerdo con las disposiciones de la LGP.

Una de las dificultades con esta prohibición es la vaguedad sobre qué es un asunto político. Se ha sugerido que los asuntos políticos incluyen todo asunto relacionado con la elección de funcionarios políticos, la aprobación de leyes, la puesta en vigor de medidas administrativas, o la abogacía de o la oposición a leyes.¹²⁸ Ejemplos de participación política podrían incluir la expresión de opiniones con respecto a la política exterior del país, las relaciones diplomáticas o la expropiación de propiedad.¹²⁹ Si lo anterior es correcto, no cabe duda que los derechos del extranjero son significativamente más limitados en México en relación con los derechos de que gozan los extranjeros en Estados Unidos en este respecto. No obstante lo anterior, las leyes mexicanas no se dirigen a una ideología política en particular que puede o no estar relacionada con los asuntos políticos del país, como es el caso de las leyes norteamericanas relacionadas con el Partido Comunista y otros grupos “subversivos”.

¹²³ *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

¹²⁴ Véase *Allende v. Schultz*, 605 F. Supp. 1220 (D. Mass. 1985).

¹²⁵ *Ibidem*, artículo 33.

¹²⁶ *Ibidem*, artículo 8º.

¹²⁷ *Ibidem*, artículo 9º.

¹²⁸ Dávila Loaiza, Carlina P., *La personalidad jurídica de los extranjeros y la regulación jurídica de la inversión extranjera directa*, México, tesis para obtener el grado de licenciado en derecho, Universidad Iberoamericana.

¹²⁹ *Ibid.*

4. La educación

De acuerdo con la Constitución de este país, el derecho a la educación es una garantía individual de todos.¹³⁰ Además la carta magna dispone que la educación proporcionada por el Estado será gratuita.¹³¹ Por lo tanto, no cabe duda que de acuerdo con las leyes mexicanas, el escolar extranjero tiene el derecho de asistir a las escuelas públicas sin pagar colegiaturas, sin importar su nacionalidad o calidad migratoria.¹³² Cabe señalar que los programas educativos del gobierno han resultado en un incremento marcado en los niveles de alfabetismo.¹³³

Se puede contrastar estas disposiciones progresivas mexicanas con una ley tejana que prohibió el acceso a la educación pública gratuita en ese estado al escolar indocumentado.¹³⁴ La Constitución de Estados Unidos de 1787 no menciona la educación, y el derecho a la educación pública no se encuentra entre aquellos "derechos fundamentales" que, aunque no mencionados por la Constitución, son garantizados implícitamente por ese documento.¹³⁵ Sin embargo, el Poder Judicial es particularmente riguroso en la revisión de la constitucionalidad de leyes que afectan a la educación.¹³⁶ En 1982, por el voto de cinco ministros contra cuatro, la Suprema Corte de Estados Unidos anuló la ley tejana antes mencionada como anticonstitucional por violar la garantía de la protección igualitaria de las leyes. A la vez, la Corte sugirió que una ley federal sobre las mismas líneas estaría conforme con la Constitución.¹³⁷ Aunque hasta la fecha el Congreso no haya aceptado esta invitación implícita de la Suprema Corte a legislar sobre esta cuestión, el derecho del escolar indocumentado en Estados Unidos a una educación pública gratuita parece precario.

5. La salud

La Constitución de México establece que "toda persona tiene derecho a la protección de la salud".¹³⁸ Como es el caso de los demás derechos individuales, las disposiciones de los artículos 33 y 1º claramente extienden este derecho al

¹³⁰ CPEUM, artículo 3º.

¹³¹ *Ibidem*, artículo 3º, VII.

¹³² Lo anterior sugiere que es ilegal la práctica de la Universidad Nacional Autónoma de México de cobrar colegiaturas al extranjero por encima de las pagadas por los nacionales.

¹³³ Alba, Francisco, y Joseph Potter, "Population and Development in Mexico since 1940: An Interpretation", *Population and Development Review*, vol. 12, núm. 1 (1986), pp. 7-37.

¹³⁴ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

¹³⁵ *San Antonio Ind. School Dist. v. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973).

¹³⁶ Véase *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹³⁷ *Plyler v. Doe*, *op. cit.*

extranjero. Mientras que todavía hay campo para mejoras, en el curso de las últimas cinco décadas, los esfuerzos del gobierno mexicano sobre la cuestión de la protección de la salud han resultado en un decremento marcado en la mortalidad infantil y un incremento de casi diez años en la esperanza de vida en este país.¹³⁹ Es la experiencia personal de la autora que el extranjero efectivamente cuenta con acceso a servicios médicos públicos tales como el DIF, el IMSS y el ISSSTE, entre otros, sin que se le exijan la presentación de documentos migratorios, y en muchos casos sin cobro alguno.

En comparación, en Estados Unidos, el extranjero, sobre todo el indocumentado, tiene un acceso muy limitado a la atención médica.¹⁴⁰ Lo anterior se debe a varios factores. Primero: no existe disposición alguna de la Constitución norteamericana ni de estatuto federal que garantice el derecho a la atención médica. Tampoco existe requisito legal alguno para que el empleador ofrezca el seguro médico como prestación al trabajador. Además, la atención médica en Estados Unidos es sumamente cara, y el extranjero frecuentemente tiene un ingreso limitado. Como resultado, un buen número de trabajadores de sueldos bajos carece de un acceso a la atención médica. Aunque existen varios programas federales de atención médica para personas de bajos recursos que en algo remedian este problema, generalmente se excluye al extranjero quien podría aprovechar los servicios médicos que ofrecen tales programas. Por ejemplo, los beneficios del programa "Medi-Care" que pagan parte del costo de la atención médica para ciertos individuos, se limita al extranjero que tenga más de cinco años de residencia legal en el país.¹⁴¹

Estos factores, algunos que afectan a un buen número de ciudadanos norteamericanos, tanto como a la mayoría de los extranjeros, han resultado en una crisis en la atención médica en Estados Unidos. Uno de los síntomas de esta crisis es la práctica conocida como *dumping* de pacientes. Esta práctica resultó en la muerte de un menor mexicano al negarse dos diferentes hospitales a atenderlo, ya que su familia no tenía ni seguro ni suficiente dinero para pagar un adelanto de la cuenta. En el camino al tercer hospital el menor murió.¹⁴² Aunque el *dumping* de pacientes y otros aspectos de la crisis en la atención médica afectan tanto al ciudadano norteamericano como al extranjero, debido a las disposiciones legales que limitan los derechos del extranjero que ya se mencionaron, éste es más vulnerable.

¹³⁸ CPEUM, artículo 4º.

¹³⁹ Alba, Francisco, y Joseph Potter, *op. cit.*

¹⁴⁰ Véase Dallek, Geraldine, "Health Care for Undocumented Immigrants: A Story of Neglect", *Clearinghouse Law Review*, vol. 14, 1988.

¹⁴¹ Véase *Mathews v. Diaz*, *op. cit.*

¹⁴² Este caso obra en los archivos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General de Servicios Consulares. La autora agradece el permiso del cónsul general Edgardo Flores Rivas para citarlo.

6. *El derecho de libre tránsito*

En el artículo 11 de la Constitución mexicana se establece el derecho de libre tránsito por el territorio nacional como derecho fundamental tanto del ciudadano mexicano como del extranjero. Sin embargo, la Constitución permite que se limite este derecho con respecto a la inmigración y la emigración. Asimismo, en el artículo 78 de la LGP se requiere que el mexicano que abandone este país compruebe que puede entrar legalmente en el país al cual se dirige.

Como consecuencia, las leyes de este país sugieren que las autoridades mexicanas dispongan de una base jurídica para tomar medidas para reducir la inmigración indocumentada de mexicanos hacia Estados Unidos. No obstante, la historia ha demostrado que el gobierno mexicano no siempre ha interpretado esta disposición de la misma forma y frecuentemente ha tomado la postura de que falte la facultad de prevenir la salida de sus nacionales. Durante los años cincuenta, cuando el gobierno de este país tomó medidas para evitar la salida de sus nacionales bajo la autoridad del artículo 78, se provocaron serios problemas políticos.¹⁴³

Aunque el derecho de libre tránsito no se mencione explícitamente en la Constitución de Estados Unidos, varios fallos judiciales han determinado que el documento implícitamente garantiza este derecho.¹⁴⁴ En un caso reciente este derecho se extendió explícitamente al extranjero, ya que se anularon como anticonstitucionales los límites a este derecho que el gobierno había establecido para Yasir Arafat durante su visita a la ONU. Sin embargo, no son anticonstitucionales los puestos de revisión interna que se establecieron para detectar a indocumentados.¹⁴⁵

VI. LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

Hay una diferencia significativa entre Estados Unidos y México con respecto a la jerarquía del derecho laboral en la estructura jurídica. En México, el derecho al empleo es una garantía constitucional¹⁴⁶ y muchos aspectos de la relación entre empleador y trabajador se rigen por estatutos federales. En Estados Unidos, los derechos del trabajador no gozan de una protección constitucional, y muchos aspectos de la relación laboral no son controlados por estatutos fede-

¹⁴³ García y Griego, Larry Manuel, "The Bracero Policy Experiment: U.S.-Mexican Responses to Mexican Labor Migration, 1942-1955", tesis para obtener el grado de doctor, Facultad de Historia, Universidad de California, Los Ángeles, 1988.

¹⁴⁴ Véase *Slaughter House Cases*, 16 Wall, 36 (1873); *Corfield v. Coryell*, 4 Wash. C.C. 371, 6 F. Cas. 546 (C.C.E.D. Pa 1823); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); *Edwards v. California*, 314 U.S. (1941).

¹⁴⁵ *United States v. Martínez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976).

¹⁴⁶ CPEUM, artículo 123.

rales.¹⁴⁷ Estas diferencias fundamentales explican la disparidad en los derechos del trabajador de acuerdo con las leyes. Las diferencias en los derechos que el trabajador efectivamente haga valer pueden ser menos notables.

1. *Las sanciones a empleadores*

Como se ha notado, una de las disposiciones principales de la LRCM, aprobada por Estados Unidos en 1986, fue la imposición de multas al empleador que contrata al trabajador indocumentado. Aquí no se hace un análisis de tales disposiciones¹⁴⁸ sino que se plantea la preocupación de que la puesta en vigor de tales medidas recrudecerá las violaciones de los derechos laborales del trabajador indocumentado. Aunque existen varias maneras para esquivar las disposiciones legales con respecto a las sanciones por haber contratado al trabajador indocumentado,¹⁴⁹ principalmente se recurre a la utilización de documentos fraudulentos. Si el trabajador presenta documentos fraudulentos es éste y no el empleador quien será castigado. Además, dicho acto es un delito castigable con cárcel, mientras que en la mayoría de los casos, el empleador sólo corre el riesgo de una multa. La presentación de una denuncia sobre la violación de sus derechos nunca ha sido fácil para el trabajador indocumentado, ya que se expone al riesgo de expulsión. No obstante, en el pasado algunos indocumentados sí presentaron tales denuncias, y en casi todos los casos lograron hacer valer sus derechos mediante fallos de los tribunales norteamericanos. Sin embargo, el trabajador indocumentado ahora no sólo arriesga su expulsión, sino también la posibilidad de ser procesado y encarcelado por haber utilizado documentos fraudulentos. Estos castigos penales adicionales que enfrenta el trabajador indocumentado podrían hacerle aún más reticente a denunciar las violaciones de sus derechos laborales.

Asimismo, la calidad jurídica del trabajador indocumentado con respecto a la ley es aún más marginada después de la aprobación de la LRCM, hecho que lo convierte en una víctima fácil de explotación por parte de su empleador. Por ejemplo, desde la puesta en vigor de la nueva ley, algunos empleadores han exigido, como requisito para el empleo, que el trabajador pague un "seguro" equivalente a la multa en que el empleador podría incurrir.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, *DeCanas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976).

¹⁴⁸ Véase Strickland, Bárbara, "Síntesis del Proyecto de Ley Simpson-Rodino", *Foro Internacional*, México, El Colegio de México, vol. 27, núm. 3, 1987.

¹⁴⁹ Para una lista de algunas posibles tácticas de evasión véase Strickland, Bárbara, "Immigration Reform and Legal Rights: A Critical Analysis of the Simpson-Mazzoli Bill", en Cornelius, Wayne A. y Ricardo Anzaldúa Montoya (comps.), *America's Nueva Immigration Law: Origins, Rationales and Potential Consequences*, Center for U.S. México Studies, University of California, San Diego, 1983, pp. 103-114.

¹⁵⁰ Para una descripción de ésta y otras prácticas semejantes por parte de empleadores bajo la fracción 2805 del Código Laboral del Estado de California, un antecesor de

Puede sorprender el hecho de que México no tenga una disposición sobre sanciones al empleador del trabajador indocumentado. No existe disposición alguna de la LGP que multe al empleador que contrata al extranjero que no tiene autorización legal para trabajar, aunque el Reglamento de la ley le impone la obligación de revisar los documentos migratorios de quien le solicite empleo y de abstenerse de contratarlo en caso de no tener los documentos necesarios.¹⁵¹ La LGP también establece multas para quien “auxilie, encubra o aconseje a cualquier individuo” para violar las disposiciones de la ley migratoria.¹⁵² Lo anterior es semejante a las disposiciones sobre el “albergue” de indocumentados en la LIN en Estados Unidos.¹⁵³ Sin embargo, no es claro si la disposición mexicana es aplicable al empleador. De cualquier forma, es evidente que el empleador fácilmente podrá evitar un castigo con el pretexto de desconocer la calidad migratoria del trabajador.

Por otra parte, la LGP establece un castigo severo para el extranjero que acepte empleo sin el permiso de las autoridades. Tales castigos pueden incluir hasta seis años de cárcel para el extranjero que realiza actividades para las cuales carece de autorización.¹⁵⁴ Esta disposición parece aplicarse al extranjero que acepta un empleo para el cual no tiene autorización. Lo anterior es aún más significativo en vista del hecho de que algunos extranjeros con residencia legal en el país, inclusive a algunos inmigrantes, tienen permiso para aceptar empleo con un solo empleador.¹⁵⁵ En Estados Unidos, con la notable excepción del trabajador que porta una visa H-2A, el extranjero con estancia legal en el país tiene la libertad de vender su mano de obra en donde desee. El trabajador que está atado a un empleador determinado es más vulnerable a la violación de sus derechos laborales, ya que no tiene la alternativa de irse a trabajar a otro lado. Se puede concluir que tanto en Estados Unidos como en México, es el trabajador indocumentado, y no el empleador, el que corre el mayor riesgo de sufrir sanciones por haber aceptado empleo para el cual no tiene autorización.

2. *Discriminación en contra del extranjero en el centro de trabajo*

Tanto en Estados Unidos como en México, la discriminación en contra del extranjero en el centro de trabajo es, en algunas circunstancias, perfectamente

la Simpson-Rodino, véase Calavita, Kitty, “Employer Sanctions Legislation in the United States: Implications for Immigration Policy”, en Cornelius, Wayne A., y Ricardo Anzaldúa Montoya, *op. cit.*, pp. 73-82.

¹⁵¹ Reglamento de la LGP, artículo 122.

¹⁵² LGP, artículo 95.

¹⁵³ 8 C.E.U. 1324(a)(3).

¹⁵⁴ LGP, artículo 99.

¹⁵⁵ Reglamento de la LGP, artículos 108 y 122.

legal. Como se mencionó arriba, la Constitución de este país garantiza que el nacional tendrá preferencia en el empleo sobre el extranjero bajo circunstancias iguales.¹⁵⁶ Además, la Ley Federal del Trabajo requiere que el 90% de los trabajadores contratados por cada empleador sean ciudadanos mexicanos.¹⁵⁷ Sólo se puede entender estas disposiciones restrictivas en el contexto del alto nivel de desempleo en este país y la tarea difícil que el gobierno enfrenta para crear empleos para aproximadamente un millón de jóvenes que entran al mercado laboral cada año. A la luz de estos hechos, no sorprende que exista discriminación en contra del extranjero. Sin embargo, cabe señalar que las leyes mexicanas tienen un mejor mecanismo para proteger al trabajador nacional: la prohibición de la admisión de extranjeros. Además, muchos de los extranjeros que son las víctimas de esta discriminación tienen como dependientes económicos a nacionales de este país. Finalmente, en México, tanto como en Estados Unidos, se permite la discriminación en contra del extranjero aun si faltan pruebas de que éstos desplacen al trabajador nacional.

En Estados Unidos, como se mencionó arriba, se puede reservar ciertos empleos en el sector público para el ciudadano de ese país.¹⁵⁸ Aunque existen pocos límites constitucionales a la discriminación en contra del extranjero por parte del gobierno federal con respecto a empleo en el sector público, generalmente es anticonstitucional la discriminación en contra de éste por parte de los estados de la Unión. Por otra parte, son más complicadas las leyes con respecto a la discriminación practicada por el empleador del sector privado. En 1915 la Suprema Corte anuló como anticonstitucional una disposición de una ley estatal que, de manera semejante a la Ley Federal de Trabajo mexicana, requirió que un mínimo del 80% de los trabajadores contratados por cada empleador fuesen ciudadanos norteamericanos.¹⁵⁹ Sin embargo, en 1977 la Suprema Corte falló que la política voluntaria de una empresa de contratar únicamente a ciudadanos norteamericanos no violaba la ley.¹⁶⁰ En otras palabras, no se puede exigir al empleador a discriminar al extranjero, pero éste tiene la opción legal de hacerlo como parte de su propia política. También cabe señalar que las disposiciones de la LRCM encaminadas a frenar la discriminación disponen que, en lenguaje semejante a lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política de este país, el empleador puede preferir al norteamericano sobre el extranjero con las mismas calificaciones.¹⁶¹ Sin embargo, la LCRM vuelve ilegal la práctica antes mencionada de contratar únicamente a

¹⁵⁶ CPEUM, artículo 32.

¹⁵⁷ Ley Federal de Trabajo, artículo 7.

¹⁵⁸ *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976).

¹⁵⁹ *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33 (1915).

¹⁶⁰ *Espinoza v. Farah Manufacturing Co.*, 414 U.S. 86.

¹⁶¹ Ley de Inmigración y Nacionalidad, fracción 274B(a)(2)(4).

ciudadanos norteamericanos. Asimismo, en el derecho mexicano el empleador debe discriminar al extranjero, mientras que en Estados Unidos lo puede hacer si así desea, pero no tiene la obligación de hacerlo. Aunque en ambos países la discriminación en contra del extranjero en el empleo es práctica lícita, no cabe duda de que las oportunidades reales para el extranjero son mejores en Estados Unidos, ya que no se permite que se le excluya totalmente de las profesiones y otros empleos semejantes. Aunque la discriminación en este país se explica en algo por su situación económica, la que se permite en Estados Unidos es más difícil de justificar.

Es menos fácil entender las disposiciones mexicanas que limitan los derechos del ciudadano mexicano naturalizado. Primero, la mayor parte de los cargos del gobierno, sin importar que se obtengan por elección popular o por nombramiento, se limitan al ciudadano por nacimiento. Tales cargos incluyen al presidente de la República, quien debe ser no sólo ciudadano nacido en el territorio nacional sino además hijo de padres nacidos en dicho territorio,¹⁶² senador,¹⁶³ diputado federal,¹⁶⁴ ministro de la Suprema Corte de Justicia,¹⁶⁵ gobernador de un estado,¹⁶⁶ y secretario de Estado.¹⁶⁷ Además, la Constitución limita varios otros cargos al ciudadano por nacimiento; tales como los pilotos, capitanes de barcos y de puertos y agentes aduanales,¹⁶⁸ así como los ministros de alguna secta.¹⁶⁹ Por encima de estas disposiciones constitucionales, varias otras leyes y políticas limitan los oficios que pueden ocupar los ciudadanos por naturalización.

En Estados Unidos, el único cargo para el cual es requisito ser ciudadano nacido en el territorio nacional es la Presidencia de ese país.¹⁷⁰ No se requiere que el presidente sea hijo de ciudadanos norteamericanos. Todos los demás cargos oficiales pueden ser desempeñados por el ciudadano por naturalización. De hecho un buen número de dichos ciudadanos han desempeñado cargos tales como secretario de Estado y ministro de la Suprema Corte. Salvo con respecto a la Presidencia, la discriminación en contra del ciudadano por el hecho de haber adquirido esa calidad por naturalización viola la decimacuarta enmienda a la Constitución de Estados Unidos.¹⁷¹

¹⁶² CPEUM, artículo 82, fracción I.

¹⁶³ *Ibidem*, artículo 58.

¹⁶⁴ *Ibidem*, artículo 55, fracción I.

¹⁶⁵ *Ibidem*, artículo 95, fracción I.

¹⁶⁶ *Ibidem*, artículo 115, fracción III, b.

¹⁶⁷ *Ibidem*, artículo 91.

¹⁶⁸ *Ibidem*, artículo 32.

¹⁶⁹ *Ibidem*, artículo 130.

¹⁷⁰ Constitución de Estados Unidos, artículo II, fracción 1.

¹⁷¹ Véase *Schneider v. Rusk*, 377 U. S. 163 (1964).

Del anterior análisis, se desprende que en algunos casos se permite la discriminación en contra del trabajador extranjero tanto en México como en Estados Unidos, aunque puede ser más sistemática la discriminación en México. Sin embargo, los derechos del ciudadano por naturalización en Estados Unidos son significativamente superiores a los derechos del mexicano por naturalización.

3. *El derecho al salario mínimo*

En México el derecho al salario mínimo se garantiza en el artículo 123 de la Constitución.¹⁷² Además, se extiende este derecho al trabajador extranjero por mandato de la fracción VII del mismo artículo que dispone: “Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.”

Sin embargo, la posibilidad del extranjero para efectivamente hacer valer este derecho está limitada:

Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos [...] están obligados a exigir al extranjero que tramite ante ellos asuntos de su competencia que previamente les compruebe su legal residencia en el país y que su condición y calidad migratoria le permite realizar el acto o contrato de que se trate [...].¹⁷³

Esta disposición limita seriamente los derechos del extranjero en varios aspectos. Por ejemplo, haría difícil para el extranjero la presentación de una denuncia con respecto a un delito del cual es víctima. Por lo tanto, convierte al indocumentado en un blanco perfecto para la delincuencia. Además, aun para el extranjero con estancia legal en el país, se le dificulta la presentación de tales denuncias, ya que los documentos migratorios deben ser renovados periódicamente y por prudencia no deben ser portados en la persona. Con respecto a los derechos laborales, esta disposición hace virtualmente imposible que el extranjero que haya aceptado empleo sin autorización denuncie la violación de los derechos que la ley le reconoce. Al denunciar dicha violación, el extranjero debe divulgar su calidad migratoria y por lo tanto asegura su expulsión del territorio nacional. Lo anterior tiene el resultado de convertir al indocumentado en este país en un trabajador de segunda clase, víctima fácil de todo tipo de abusos. Además, en la medida en que la contratación de tales trabajadores desplaza la mano de obra nacional, el hecho de que el empleador no tenga que reconocerles ningún derecho laboral podría aumentar dicho desplazamiento.

¹⁷² CPEUM, artículo 123, fracción VI.

¹⁷³ LGP, artículo 67.

En Estados Unidos el derecho del trabajador a recibir el salario mínimo no se menciona en la Constitución y no se garantizó por estatuto federal hasta 1939, año en que se aprobó la Ley de Normas Laborales Justas (Fair Labor Standards Act). El salario mínimo federal es obligatorio para casi todos los trabajadores en Estados Unidos, con una excepción importante con respecto a ciertos trabajadores agrícolas.¹⁷⁴ El texto de esta ley no incluye o excluye al trabajador por motivo de su nacionalidad o calidad migratoria. Sin embargo, durante por lo menos los últimos veinte años, los tribunales norteamericanos han fallado en forma sistemática que el trabajador indocumentado efectivamente tiene el derecho de recibir el salario mínimo.¹⁷⁵ La dependencia federal encargada de hacer cumplir el pago del salario mínimo ha mantenido durante muchos años la política de no denunciar a los indocumentados que reportan violaciones. Además, el Poder Judicial ha determinado que el trabajador indocumentado goza de otros derechos laborales tales como el derecho de recibir una indemnización en casos de accidentes laborales¹⁷⁶ y el derecho de organizarse en sindicatos.¹⁷⁷ Muchos de estos fallos han reconocido, como lo hizo la Suprema Corte, que el negar estos derechos al trabajador indocumentado sería incentivo para contratarlo, ya que serían más fácilmente explotados.

No obstante lo anterior, el miedo natural del trabajador indocumentado combinado con las nuevas disposiciones sobre sanciones a empleadores mencionadas arriba pueden llevar a un incremento en el número de trabajadores indocumentados que sufren violaciones en sus derechos laborales. Sin embargo, es inescapable la conclusión de que el trabajador indocumentado en Estados Unidos tiene a su disposición recursos más eficaces para hacer valer sus derechos que su compañero mexicano.

4. Conflictos entre el artículo 123 y la H2A

Desde su aprobación en 1952, la LIN norteamericana ha permitido la importación de mano de obra extranjera para la agricultura estadounidense.¹⁷⁸ Sin embargo, antes de la aprobación de la LRCM, rara vez se utilizó esta dis-

¹⁷⁴ 29 C.E.U. 213(g).

¹⁷⁵ Véase *Desfoi v. Jacoby*, 178 Misc. 851, 36 NYS 2d 672 (Nueva York, 1942); *Gates v. Rivers Const. Co.*, 515 P. 2d 1020 (Alaska, 1973); *Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret, Inc.*, 92 Misc. 2d 220, 399 NYS 854 (Nueva York, 1977); *Arteaga v. Literski*, 83 Wis. 2d 128, 265 NW 2d 148 (Wisconsin 1978). *Commercial Standard Fire and Marine Co. v. Galindo*, 484 SW 3d 635 (Texas, 1972); *Patel v. Quality Inn South*, 846 F. 2d 700 (11th Cir. 1988); y *In re Reyes*, 814 F. 2d 168 (5th Cir. 1987).

¹⁷⁶ *Commercial Standard Fire and Marine Co. v. Galindo*, 484 SW 3d 635 (Texas, 1972).

¹⁷⁷ *Sure-Tan, Inc., v. NLRB*, 467 U. S. 883 (1984).

¹⁷⁸ 9 C.E.U. 1101(h) (ii).

posición para importar a trabajadores mexicanos.¹⁷⁹ Como respuesta a la preocupación de los agricultores de que las sanciones a los empleadores podría frenar el flujo futuro de indocumentados, la LRCM buscó facilitar el proceso por el cual los agricultores pueden obtener visas de no inmigrante para importar a trabajadores extranjeros.¹⁸⁰ Esta nueva disposición de la LIN, conocida como la "H-2A", podría ser la base legal para un incremento en el flujo de trabajadores mexicanos para laborar en este sector.

Sin embargo, de acuerdo con las disposiciones de la ley norteamericana, se nas sobre el reclutamiento de nacionales de este país para trabajar en el extranjero y las de la H-2A. Primero, en el artículo 123 de la Constitución Política se establece que el contrato laboral entre el trabajador mexicano y el empleador extranjero debe ser legalizado por las autoridades del país en el cual va a prestar sus servicios y debe garantizar que el empleador pagará los gastos de la repatriación del trabajador mexicano.¹⁸¹ Además, la LGP dispone que el trabajador mexicano que viaje al extranjero para prestar sus servicios debe contar con la protección de un contrato laboral que le garantice un salario adecuado para sus necesidades, y que el contrato sea aprobado por las autoridades laborales locales de este país.¹⁸² Las personas que reclutan al trabajador mexicano en nombre del empleador extranjero deben registrarse con la Secretaría de Gobernación.¹⁸³

Sin embargo, de acuerdo con las disposiciones de la ley norteamericana, se puede autorizar la admisión del trabajador mexicano al territorio vecino aunque no se haya cumplido con ninguna de las disposiciones mencionadas de las leyes de este país. Como resultado, en la práctica los enganchadores no se registran con las autoridades mexicanas, no se aprueban los contratos laborales y el gobierno de este país carece de control sobre la emigración y las condiciones laborales en Estados Unidos de sus propios nacionales. Las autoridades mexicanas no pueden asegurar que se respetarán los derechos laborales de estos trabajadores, ya que en muchos casos ni tienen conocimiento del hecho de que hayan sido contratados ni su destino en Estados Unidos. Inclusive, en algunos casos, los agricultores norteamericanos le han negado permiso al cónsul de este país para entrevistarse con el trabajador mexicano con el pretexto de que el lugar donde labora es propiedad privada. Los cónsules de este país han reportado que en muchos casos es más fácil entrevistarse con el trabajador indocumentado que con el trabajador legal H-2A. El hecho de que el traba-

¹⁷⁹ Martin, David A., *op. cit.*

¹⁸⁰ Strickland, Bárbara, "Síntesis del Proyecto de Ley Simpson-Rodino", *Foro Internacional, México, El Colegio de México*, vol. 27, No. 3, 1987.

¹⁸¹ CPEUM, artículo 123, fracción XXVI.

¹⁸² LGP, artículo 79, Reglamento de la LGP, artículo 71.

¹⁸³ Reglamento de la LGP, artículo 135, fracción I.

jador mexicano H-2A no pueda comunicarse fácilmente con las autoridades consulares de su país obviamente aumenta el riesgo de abusos de sus derechos.

Por otra parte, en Estados Unidos algunos grupos laborales han presentado un gran número de litigios en que alegan que los agricultores discriminan en contra de éstos en favor del trabajador H-2A. Esta discriminación se debe al hecho de que el trabajador H-2A no tiene la libertad de vender su mano de obra en donde le convenga, y por lo tanto es un blanco más fácil para los abusos de sus derechos laborales. Han surgido tales litigios pese al hecho de que las disposiciones de la H-2A supuestamente protegen tanto al trabajador nacional como al extranjero. Aunque el análisis de los problemas presentados por la presencia en Estados Unidos de trabajadores agrícolas extranjeros rebasa el propósito del presente trabajo, el hecho de que se hayan presentado tales litigios sugiere que las disposiciones legales no ofrecen una protección adecuada al trabajador agrícola. Un incremento en el número de trabajadores H-2A, el aparentemente resultado que buscan las reformas agregadas por la LRCM, puede traer el recrudecimiento de estos problemas. El cumplimiento con las disposiciones de las leyes mexicanas encaminadas a proteger al trabajador migratorio podría frenar algunos abusos potenciales.

VII. CONCLUSIÓN: HACIA UN NUEVO ENFOQUE CON RESPECTO A LOS DERECHOS DEL EXTRANJERO

Generalmente se supone que el derecho internacional proporciona al Estado autoridad amplia para tomar medidas con respecto a la admisión del extranjero a su territorio y los derechos de éste mientras se presente en dicho territorio. Como explicó la Suprema Corte de Estados Unidos hace casi un siglo:

Es un principio aceptado del derecho internacional que toda nación soberana tiene la facultad, inherente en su soberanía y necesaria para su preservación, para prohibir la entrada de extranjeros a su territorio, o para admitirlos sólo en tales casos y bajo tales condiciones que considere propias establecer.¹⁸⁴

En años recientes, esta aparentemente absoluta facultad se ha limitado por la noción de que el Estado tiene la responsabilidad, inclusive hacia al extranjero, de respetar ciertos derechos humanos básicos.¹⁸⁵ Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, se han adoptado más de cincuenta documentos interna-

¹⁸⁴ *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 659 (1892).

¹⁸⁵ Gosain Frangie, Gerardo, *Las inalterables limitaciones del Estado frente a los derechos fundamentales del extranjero*, México, Universidad La Salle, tesis para obtener el grado de licenciado en derecho, 1978.

cionales sobre la materia de los derechos humanos.¹⁸⁶ La mayor parte de tales documentos no hacen distinción de importancia entre los derechos del nacional y los del extranjero.¹⁸⁷ No obstante, se debe agregar una nota de precaución en que varios países, incluso Estados Unidos, no ha ratificado tales instrumentos internacionales.¹⁸⁸ Por lo tanto, los derechos del extranjero en el derecho internacional en este momento están en duda.

Entre países vecinos tales como México y Estados Unidos, las cuestiones presentadas por la presencia de los nacionales del uno en el territorio del otro son particularmente sensibles. Históricamente el grupo de extranjeros más grande en este país ha sido de norteamericanos.¹⁸⁹ Por lo tanto, las consecuencias políticas de su presencia pudieron haber sido mayores. Sin embargo, el aumento del número de mexicanos presentes en Estados Unidos en años recientes ha llevado a algunos a considerarlos como una amenaza a su seguridad nacional.

La frontera más transitada en el mundo entre nuestros países garantiza que se presentarán diariamente casos que tratan de los derechos del extranjero. Las demandas legítimas presentadas por cualquiera de los dos países por un trato justo a sus nacionales son minadas en la medida en que el Estado reclamante no ofrece un trato justo al extranjero en su propio territorio. Como se ha demostrado en el presente trabajo, merecen admiración algunos aspectos tanto del derecho norteamericano como del mexicano con respecto al extranjero. No obstante, en otras áreas hay campo para mejorar en ambos países. Una política abierta y generosa con respecto al extranjero es una de las características de una sociedad civilizada y madura.

¹⁸⁶ Hull, Elizabeth, "The Rights of Aliens: National and International Issues", en Papademetriou, Demetrios G., y Mark J. Miller (comps.), *The Unavoidable Issue: U.S. Immigration Policy in the 1980*. Filadelfia, Pennsylvania, Institute for the Study of Human Issues, 1982, pp. 215-241.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ Véase Bracamontes, José A., "Human Rights, Sovereignty and the Migration of Mexican Workers", en *In Defense of the Alien*, Nueva York, Center for Migration Studies, vol. VIII, 1986.

¹⁸⁹ González Navarro, *op. cit.*