

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPCIONES PRELIMINARES

I. ¿QUÉ ES LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL?

1. *Concepto de migración internacional*

Cuando se habla de migración humana en el contexto de las ciencias sociales, no podemos olvidar la multidisciplinariedad con la cual se aborda su estudio, dado que sus causas, efectos y desarrollo pueden ser observados desde distintas perspectivas científicas. Tanto la antropología, como la sociología, politología, historia, la economía, o incluso el derecho le conciben de diversas formas, de ahí que la variedad de autores citados no sólo se adscriba a la investigación jurídica. Dicho lo anterior, conviene en este momento, para lograr el objetivo del presente acápite —que es obtener un concepto de migración internacional *in generae*— tomar en cuenta tres elementos básicos a partir de los cuales se observará en qué consiste la migración humana (ya que la de tipo internacional es una de sus clases), los cuales acompañados de otros tantos con carácter contingente, pueden ir especificando los contenidos hasta construir un concepto de migración internacional. Los tres elementos básicos son: “ser humano”, “espacio” y “movimiento”.

Así pues, podríamos decir que la migración humana es, *prima facie*, el movimiento de un ser humano o de un grupo de seres humanos que van de un espacio sobre la tierra a otro¹ (de un punto A a un punto B). Hasta este momento no hemos rebasado los tres elementos básicos ni hemos adicionado factores como “tiempo”, ¿cuánto duraría el movimiento, o bien la estadía en el punto B luego de que el primero fuese concluido?, o “modo” en que se da el movimiento ¿fue forzoso o voluntario, con el permiso estatal o sin él? Ni siquiera hemos observado las condiciones geográficas, históricas, psicológicas o políticas en que pueden desenvolverse los tres. Pareciera un concepto que por su propia sencillez abarca una gran cantidad de subconceptos y variaciones, incluso puede resultar vago.

¹ Dollot, Louis, *Las migraciones humanas*, España, Oikos-Tau, 1971, pp. 7-12.

Sin embargo, en este momento se pide que se guarden en la mente sólo el trío de elementos mencionados y se sigan en el ánimo de ir dibujando el concepto de migración internacional. Esto es fundamental, porque para dar el salto entre el trío de elementos básicos y un conjunto más complejo de elementos contingentes que enriquezcan al concepto primario de migración humana, dándole matices, y con los cuales podamos comprender en qué consiste al fin la de tipo internacional, necesitamos partir de otros contenidos ligados a los primeros elementos.

Con respecto al elemento “ser humano” desarrollaremos “ciudadanía”, con respecto al elemento “movimiento” “voluntariedad”, y por cuanto hace al elemento “espacio” haremos lo conducente con “frontera”.² Ahora bien, debemos tomar en cuenta que para darle cohesión verdadera a este ejercicio tenemos que sumar un último elemento: “Estado”, pues los tres primeros así como los tres contingentes se encuentran íntimamente relacionados con aquel al momento de formar los contenidos del concepto de la migración internacional desde una visión jurídica.

Abordemos el primer elemento ligado con su contingente, “ser humano-ciudadanía”. Giovanna Zincone comenta que la ciudadanía como término tiene diversos significados, se hace hincapié en el más pertinente para nuestro apartado: “En esta acepción «ciudadano» es lo contrario de extranjero; y para el caso concreto de estudio, *por ciudadanía se entiende pertenencia a un Estado*”,³ “como una membresía exclusiva, cuestionada por la reciente ola de migraciones”,⁴ sobre todo porque como bien apunta Miguel Carbonell: “Los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros ya no existen en la actualidad”.⁵

Dicha pertenencia tiene una dimensión cultural importante —nos comenta Zincone— regida por dos aspectos: la *autopercepción* y la *heteropercepción*; así, puede el sujeto percibirse como parte del grupo aunque éste no lo acepte bajo esa condición. Esta situación con importantes implicaciones politológicas y jurídicas, así como ya apuntábamos, culturales, fomenta la

² Cabe aclarar desde este momento que los nuevos tres elementos contingentes son de origen jurídico y politológico.

³ Zincone, Giovanna, “Los cuatro significados de la ciudadanía y las migraciones: Una aplicación al caso italiano”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, p. 202.

⁴ Escobar, Cristina, “Migración y derechos ciudadanos: el caso mexicano”, *El país transnacional; migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales-Instituto Nacional de Migración, 2010, p. 231.

⁵ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 25.

diferenciación entre quien es ciudadano y el “otro”, extranjero. Por ejemplo, desde la dimensión jurídica —atinenta a este trabajo de investigación— la ciudadanía se erige como un medio a través del cual, quien la posee, adquiere derechos consignados en la Constitución y leyes de su Estado; sin embargo, cuando sale de su jurisdicción e ingresa a una distinta, su ejercicio permanece latente —con ciertas excepciones— en tanto retorna.⁶

La ciudadanía entonces “lejos de presentarse como un principio universalista, usualmente funciona como cláusula de cierre [sic] de la comunidad política”,⁷ erigiéndose, con referencia a la migración internacional, en una condición que promueve un criterio diferenciador entre seres humanos, no justificada en realidad, pero que en los discursos normativo y político aún goza de una relevancia importante, la cual debe ser observada para poder ver el fondo de la norma jurídica. No se comparte el criterio, sin embargo, desde nuestra línea de estudio resulta fundamental tomarlo en cuenta.

En este orden de ideas los *sujetos* de la migración internacional son seres humanos, que gozan o gozaron del estatus de “ciudadanos” pero que al moverse del Estado A al Estado B y mantenerse fuera del espacio geográfico donde el sistema jurídico-político del Estado A tiene validez, le ven suspendido, pues la ciudadanía es un criterio territorializado ligado a la pertenencia, no tan solo como ideal de grupo relacionado con las “identidades” sino al espacio geográfico, en pocas palabras, no se liga tan solo con el sujeto sino también con el objeto, el Estado.⁸ Así pues, los sujetos de la migración internacional son extranjeros o desde un tratamiento más específico no-ciudadanos (se abordará este último término en apartados subsecuentes) quienes realizan movimientos de un Estado A a un Estado B.

Ahora bien, recapitulando, tenemos que el elemento humano y la ciudadanía, para efectos de la migración internacional, resultan en el concepto de “extranjero”; sujeto que de acuerdo a los parámetros del Estado “B” es un no-ciudadano y cuyo movimiento a través suyo se encuentra subordinado a fórmulas y protocolos específicos. Pasemos ahora al elemento “movimiento” con su contingente “voluntariedad” para observar cómo se unen entre sí acercándonos capitalmente al concepto deseado.

⁶ Escobar, Cristina, “Migración y derechos ciudadanos...”, *cit.*, pp. 246 y 247.

⁷ Velasco, Juan Carlos, “Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global”, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, julio-agosto de 2010, p. 595.

⁸ Castillo, Manuel Ángel, “Migración, derechos humanos y ciudadanía”, *El país transnacional; migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, Instituto Nacional de Migración-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2010, p. 277.

El movimiento y la voluntad entendida como características fundamentales en el desarrollo del hombre⁹ se unen para dar forma a la migración humana como acto, mismo que, previa fase de determinación interna por parte del sujeto que le realizará, surge al fin convirtiéndose en el ánimo de salir de un lugar para llegar a otro, siendo los fines y causas del acto variadísimos. Justamente en este sentido cabe abordar los diversos grados de “voluntariedad” que el sujeto migrante contempla a lo largo de la fase de determinación anotada y la cual incide directamente en la selección de los fines mencionados. Esto es en razón de que para cierto sector de la doctrina conviven dos tipos de migración: la “voluntaria” y la “forzada”. Así, resulta necesario ver ambos términos como contradictorios, o desde una descripción más gráfica, como los extremos de una relación en la que la migración voluntaria se inscribe dentro de un marco de actuación donde reina la capacidad plena para decidir sobre el propio movimiento, capacidad que, conforme nos acercamos al otro extremo, se va difuminando hasta llegar a un grado en el que se ve tan reducida que no incide en la decisión, pues son otros factores los que empujan al sujeto a moverse.

No es propicio ahondar demasiado en lo anterior ya que todavía no es el momento idóneo. Sin embargo, conviene decir que dichos factores se encuentran causalmente relacionados con las condiciones de vida que se experimenten, por ejemplo la guerra, la oferta de un mejor empleo, los desastres naturales, un mejoramiento en la calidad de vida, los cambios identitarios y por supuesto la pobreza. Por tal motivo, los *fines* de la migración humana: pueden ir desde salvar la vida y la familia hasta conocer un determinado lugar del globo para efectos recreativos.

Resulta medular entonces, no perder de vista que 1) el “movimiento” como elemento unido a su contingente, nos muestra un amplio abanico de causas, por las cuales puede surgir la migración, y 2) que dicha capacidad volitiva en realidad jamás desaparece del ser humano a lo largo de este proceso aunque sí, debido a los factores mencionados, puede ir variando gradualmente hasta anular sus efectos —si bien no su existencia— o, contrario al extremo recién mencionado, encontrarse plena en su ejercicio.

⁹ El hombre como ser histórico, necesita de la trascendencia, para poder ir más allá de su finitez y del contexto que le constriñe, por tanto el cógito (pensar) el volio (querer) y el agro (caminar, seguir, ir adelante) se convierten en características necesariamente humanas. Que le ayudan a emprender la gran empresa de continuar hacia el cambio. Véase Zamora Salicrup, José Luis, “El cambio una necesidad del ser”, *Memoria del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. IV, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 210 y ss.

Deseo anotar antes de pasar a otro aspecto importante, que la doctrina hace un esfuerzo —un tanto desafortunado desde la perspectiva del autor, pero aún dominante— por relacionar la voluntad plena y la falta de voluntad en las migraciones, con factores económicos y políticos respectivamente. Así, las migraciones económicas son voluntarias y las migraciones políticas forzadas. Al momento de llevar a cabo la clasificación programada en el siguiente acápite veremos esta división con mayor detenimiento.

En tal orden de ideas, aun cuando económicas o políticas, voluntarias o forzadas, al movimiento le afectan los factores mencionados en las primeras líneas de este apartado, “tiempo” y “modo”. Las migraciones voluntarias y las migraciones forzadas podrán ser, indistintamente, temporales o permanentes, dependiendo del caso concreto; asimismo podrán darse bajo el permiso estatal o sin él. Con respecto al “tiempo” las migraciones temporales son más aceptadas e incluso legítimas, pudiendo desembocar en las permanentes, en tanto que las permanentes tienen que enmarcarse dentro de una estructura determinada, tanto ontológica como social, para gozar de legitimidad. Por cuanto hace al “modo” y al criterio de: “con permiso estatal” y “sin permiso estatal”, sencillamente estamos frente a la polémica y anatemiada distinción entre migraciones regulares —o “con permiso”— y migraciones irregulares —o “sin permiso”— sobre las irregulares nos centraremos en este trabajo; sin embargo, conviene seguir construyendo el concepto de migración internacional para llegar en su momento a ellas.

Pasemos al tercer par de elementos, “espacio-frontera”. Hagamos una analogía práctica, todo cuerpo se encuentra delimitado en su estructura por un perímetro, en el caso de los espacios geográficos y más aún de los estados; dicha función es desempeñada por las fronteras. Son invisibles a excepción de aquellas que como construcción simbólica son representadas por medio de elementos naturales (cascadas, cadenas montañosas, etcétera), sin embargo, gozan de una preeminencia especial cuando hablamos de migración humana, siendo mayor cuando pasamos al terreno de la de tipo internacional.

La función de las fronteras es proteger los territorios —apunta Carbonell—,¹⁰ marcar su diferenciación con el vecino, en un sentido territorial. Sencillamente hacen una separación entre lo propio y lo ajeno. El mismo investigador, citando a Kymlicka, comenta que además son “un ámbito de

¹⁰ Carbonell, Miguel, “Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI”, Valadés, Diego *et al.* (coords.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 107.

delimitación de los sujetos incluidos en una comunidad nacional y su trazo actual y futuro”.¹¹

Así pues, las fronteras se erigen bajo dos caras de una misma moneda, como puertas abiertas o como muros inexpugnables a través de los cuales seres humanos en movimiento transitan con fines diversos (algunos mencionados antes). Sin embargo, lo destacable del “espacio” y la “frontera” con respecto a la migración internacional son dos aspectos, el primero, que cuando hablamos de este tipo de migración humana los espacios, reitero, son Estados o lo que en algún momento gozará de ese estatus; quienes de acuerdo a sus propias normas y consensos políticos permitirán el movimiento a través suyo para que éste desemboque en una migración temporal o bien permanente. En este sentido, el factor “modo” también goza de un peso sustancial para comprender la interacción entre espacio-frontera y migración internacional; pues el cruce de los límites sin ir de acuerdo al decir estatal; da pie a la mencionada migración irregular. Como controlarla, paliarla o sobrellevarla es tarea de las políticas públicas llevadas a cabo por el Estado en cumplimiento de una de sus funciones sustanciales.

El segundo aspecto a remarcar es una dicotomía clásica: lo interno no es igual a lo externo; así pues las fronteras marcan la diferenciación, desde una perspectiva geográfica, política, jurídica y sociológica entre el espacio del Estado A y del Estado B. Sin embargo, dentro de sus espacios propios también pervive el fenómeno de la migración humana que, retomando la dicotomía y partiendo de un eje central simbolizado aquí por la frontera, se contrapondría a la de tipo internacional en el sentido de que para la primera el movimiento se observa a través de espacios diversos limitados por fronteras y para la segunda —es decir la migración interna— el movimiento nace y concluye dentro del espacio limitado de un estado.

En los planos teórico y práctico de estudio de las migraciones no existe una contraposición entre los fenómenos citados; pues es, la de tipo interno, un estadio previo a la internacional en la mayoría de los supuestos —sobre todo cuando se habla de migración por motivos económicos—; sin embargo, desde la perspectiva que nos brindan los tres conceptos básicos con sus contingentes en relación con el elemento “Estado”, la migración interna reporta otras implicaciones. Para el *policy maker*, ésta resulta una cuestión doméstica, en tanto que la de tipo internacional sale de este parámetro pues implica, incluso, una imbricación de políticas públicas de diversos Estados entre sí.¹² Desde un ámbito jurídico-político la migración interna se regu-

¹¹ *Ibidem*, p. 108.

¹² Escobar, Cristina, *Migración y derechos ciudadanos...*, *cit.*, pp. 240 y 241.

la por un marco normativo único, y se legítima o deslegítima, controla y subyace en la estructura de un poder político con un discurso específico, en tanto que la internacional reporta una zona de influencia y de decisión forzosamente colectiva, ya no en el ámbito interno sino en el de las relaciones internacionales¹³ y el derecho internacional, en sus distintas vertientes.

Agotados los tres elementos contingentes y estableciendo una relación sistemática entre ellos, podemos decir que la migración internacional resultaría del movimiento de seres humanos (individual o en grupo) quienes gozan o gozaron del estatus de ciudadanía en su Estado pero que, al momento de iniciar el movimiento, ya voluntario o forzoso, en primera instancia a través de las fronteras de su propio Estado para luego cruzar las de otro distinto al suyo, buscan la realización de diversos fines ya económicos, de supervivencia, de recreación, de trabajo, ideológicos, culturales, etcétera; pudiendo hacerlo de forma temporal o permanente, regular o irregular, una o varias veces.

Ahora bien este concepto construido a partir de las ideas anteriores tiene que ser complementado con otros más aportados por diversos autores. Javier Saravia y la Organización de las Naciones Unidas en un documento de trabajo dicen que la migración internacional es:

La acción de salir de un lugar para establecerse en otro, dentro o fuera de la misma región... proceso [que] incluye al emigrante, aquél que sale de su tierra; al migrante, que se traslada de un lugar a otro; y al inmigrante, quien entra a otra localidad...¹⁴ así como aquel ser humano que regresa al Estado de origen o al Estado de Residencia habitual.¹⁵

Bajo esta perspectiva que engloba los distintos momentos a través de los cuales pasa el sujeto migrante se puede observar que las dos fuentes aportan nuevos contenidos al concepto hasta ahora esbozado de la migración inter-

¹³ A este respecto comenta Najib Abu Warda que “la migración internacional se transforma en un vínculo básico del sistema internacional... como un elemento en la configuración de las relaciones internacionales, formando parte de una estructura compleja de interacciones internacionales”. Abu Warda, Nahib, “Las migraciones internacionales”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, Universidad Complutense de Madrid, anexo XXI, 2007, p. 41.

¹⁴ Saravia, J., *La solidaridad con los migrantes en la vida y en la biblia*, México, Obra Nacional de la Buena Prensa, 2007, p. 12.

¹⁵ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias, documento de trabajo CMW/C/2/L.1, segundo periodo de sesiones, 22 de marzo de 2005, Suiza, p. 2.

nacional. Estos son el sujeto “transmigrante” y el “migrante en retorno”; con ellos, ya no sólo el sujeto sale de un Espacio A para trasladarse a otro Espacio B, sino que puede ir a través de este último a un Espacio C o bien regresar del Espacio B al A. El primero cruza fronteras, sin embargo, su movimiento obedece a un paso continuo, por el deseo de arribar a un tercer Estado, lo que perpetúa su movimiento hasta el instante en el cual alcanza las fronteras del Estado deseado, en tanto que el migrante en retorno simboliza el fin de la cadena iniciada con el movimiento hacia un Estado ajeno, es la culminación de un ciclo. El transmigrante tiene una relevancia muy particular en el desarrollo de este trabajo.

Asimismo, Robert Sutcliffe comenta que la migración internacional es “el abandono por determinadas personas de su lugar de residencia y la adopción de uno nuevo durante un periodo relativamente largo, aunque no sea necesariamente permanente”.¹⁶ A este aporte un tanto vago, considero prudente adjuntar lo que en 1927 dijera L. Varlez, citado por Abu Warda, sobre la migración internacional, al decir que el movimiento es “con objeto de satisfacer las necesidades que juzga esenciales”.¹⁷

Analicemos los aportes recién plasmados. Lo relevante aquí es, en primer lugar, el hecho de que Sutcliffe no encasilla al elemento humano con el que construye su concepto dentro de los muros de la ciudadanía y por lo tanto no limita la visión de la migración a un evento que provoca la salida del elemento humano de su lugar de nacimiento; justamente su idea permite observar que la migración internacional puede darse en distintas ocasiones a lo largo de la vida de un sujeto, y bajo diversas circunstancias o dentro de diversos espacios en los cuales no necesariamente se tiene que gozar del estatus de ciudadanía. A este respecto, opina Sarrible que en circunstancias tales se “es migrante [sencillamente] porque el lugar de nacimiento y de residencia son diferentes”.¹⁸ Por tal motivo conviene dejar muy claro que actualmente la ciudadanía guarda con la migración internacional, más que una relación causal, una de tipo factorial donde se convierte en un elemento relevante pero ya no sustancial, que incide para que el elemento humano en movimiento goce de los derechos y los mecanismos para ejercerlos en los Estados donde se encuentren aun cuando no gocen del estatus de ciudadanos.

¹⁶ Sutcliffe, Bob, *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*, España, Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, en www.hegoa.ehu.es/dossierra/migracion/Nacido_en_otra_parte.pdf, 2010, consultado el 7 de febrero de 2011 p. 19.

¹⁷ Abu Warda, Nahib, *Las Migraciones Internacionales*, cit., p. 35.

¹⁸ Sarrible, Graciela, “Propuesta de Cambios en el concepto de Migración Internacional”, *Revista Scripta Nova*, núm. 94, agosto de 2001, p. 1.

Por esta razón la ciudadanía ligada a un criterio de nacimiento, aún subsistente en los discursos que permean los marcos normativos de algunos Estados, influyendo en sus políticas públicas, no goza de legitimidad, sobre todo porque la condición de nacimiento no resulta argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos.¹⁹ Justo en este mismo sentido se inscribe el aporte que hace L. Varlez ya que las necesidades de las cuales habla, no solo se limitan a fines utilitaristas, sino de supervivencia, dado que la migración internacional florecida entre países desarrollados y subdesarrollados no obedece a una paridad o reciprocidad entre éstos, sino a desigualdades estructurales importantes, por lo que sus fines son sencillamente el anhelo de alcanzar un mejor nivel de vida para sí y para la familia, no puede haber nada más legítimo que esto.

Ante tal panorama —complejo ciertamente, por la diversidad de elementos incluidos en el discurso— conviene construir un concepto simple de migración internacional, mismo que se ofrece en las siguientes líneas en el ánimo de continuar la configuración de nuestro marco teórico-conceptual. Así pues, para fines de esta investigación se entenderá como *el movimiento voluntario o forzoso, de seres humanos (quienes pueden o no gozar del estatus de ciudadanía) que se da al cruzar las fronteras de dos o más Estados, con él se busca la realización de diversos fines.*

2. Clasificación de la migración internacional

Así pues, observados los aportes de los autores citados, considero que es el momento idóneo para pasar (finalmente) a la clasificación de la migración internacional. Resulta necesario hacer una advertencia terminológica: si antes hablábamos de una migración internacional y con esfuerzo dibujamos un concepto, en este momento abordaremos algunas clases de migraciones internacionales existentes, pues recordando el concepto primario y siguiendo criterios clasificatorios se le dará tintes al primero, especificando y diversificándolo en algunos otros atinentes a nuestra investigación.

Para tal fin describiré lo que Najib Abu Warda considera a este respecto, glosando lo que a mi consideración resulta importante sobre esta temática. Para Abu Warda, la migración internacional puede clasificarse siguiendo los siguientes criterios:

- Criterio geográfico o espacial, que distingue entre migraciones intercontinentales e intracontinentales. Las primeras se refieren a movi-

¹⁹ De Lucas, Javier, *cit.*, por Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio...*, *cit.*, p. 24.

miento de seres humanos de un continente a otro, en tanto que las segundas se refieren a movimientos regionales suscitados en la geografía de un mismo continente. Entre ambas clasificaciones se encuentran las de tipo mixto: “Son aquellas que realizándose de un continente a otro, no suponen el traspaso estricto de fronteras de un país, pues se dirigen a las colonias del mismo... el cambio geográfico es suficiente para que se le considere migración internacional”.²⁰

- Criterio de tiempo. Sería un tanto redundar en lo mencionado sobre las migraciones permanentes y temporales, Abu Warda denomina a las primeras definitivas. Lo interesante sería el elemento de intencionalidad con el cual complementa este criterio clasificatorio pues menciona que “en las primeras existe la intención de no regresar al país de origen. Las migraciones temporales suponen el abandono del país de origen durante un periodo definido pues existe la firme voluntad de regresar”.²¹

En este sentido conviene decir que nuestro autor olvida el elemento que hace algunas líneas se destacó siguiendo a Sutcliffe sobre que la migración no tiene que darse de manera forzosa, desde el lugar de origen hacia otro distinto, pues como acto humano puede repetirse en innumerables ocasiones de un espacio a otro sin necesidad de partir desde la patria para recomenzar el ciclo.

- Criterio de iniciativa del desplazamiento, “que distingue entre migraciones autónomas y migraciones políticas. Las primeras tienen su origen en la voluntad espontánea de trasladarse a otras tierras. Las migraciones por iniciativa política son el resultado de graves situaciones políticas, sociales o ideológicas”.

Abu Warda concibe una diferenciación mayúscula entre las migraciones internacionales causadas por voluntad propia y las políticas. Esta clasificación se acerca mucho a lo dicho por Sutcliffe aunque él denomina a las autónomas como económicas, de hecho esto tiene lógica si se observa que en la construcción del lenguaje usada por Abu Warda no incluye en la nómina de causas por las cuales surgen las políticas a los factores económicos, aunque sí a los “sociales” francamente ligados a los anteriores.

Considero, como se dijo antes, que esta clasificación no es del todo afortunada por dos razones. En primera instancia porque ligar el aumento o disminución de la capacidad de decisión para migrar con la incidencia de

²⁰ Abu Warda, Nahib, *Las migraciones internacionales*, cit., p. 37.

²¹ *Ibidem*, p. 38.

factores económicos o políticos, no puede verse como una relación universal, pues sea cual sea la situación en la que se encuentre el ser humano, la capacidad volitiva existe, por lo que, ya en migraciones autónomas o bien en aquellas de tipo político, el sujeto decide el movimiento de una u otra forma, para las primeras con un mayor margen de libertad en tanto que para las segundas su voluntad se encuentra subordinada a condiciones o circunstancias que guían la decisión desembocando en el movimiento.

Y porque además las migraciones internacionales no pueden observarse como una generalidad, reitero, que permita la división entre autónomas y no autónomas. Si seguimos a Sutcliffe en el sentido de que cuando la migración internacional se ve motivada por un móvil económico, es el ánimo material el que impulsa al sujeto a salir de su entorno, podría pensarse que tanto el sujeto cuyos ingresos anuales superan la barrera de los cincuenta mil dólares como aquel que no percibe más que dos dólares diarios, deciden libremente sobre su movimiento a otro Estado en búsqueda de una mejoría económica. Sin embargo, puede acontecer, como de hecho pasa, que el segundo no decida de forma libre, pues de ser así poseería distintas opciones para que, al decantarse por alguna, la autonomía esgrimida viera plena su existencia. En este sentido, como lo reconoce el propio Sutcliffe la migración del segundo sujeto será forzosa pues se encuentra inmerso en un ciclo de pobreza donde la migración se erige como una última posibilidad para mejorar su calidad de vida. Tendrá entonces que decidir entre salir o quedarse, aunque las condiciones y el fin planteado, como afirmara antes, le empujarán a tomar la decisión de iniciar el movimiento.

Sutcliffe comenta a este respecto que todas las migraciones causadas por la pobreza como patología social son forzadas aunque en diferentes grados dependiendo de la voluntad que impulse el inicio de este proceso vital. Así pues, la migración internacional planteada en el segundo caso tendría por fin el de satisfacer las necesidades más ingentes para la supervivencia humana, siendo entonces de cierto modo forzosa en virtud de que el desempleo y la pobreza así como la psicología social de la comunidad en que se desenvuelve el migrante, hacen que se constituya en el medio para subsistir de mejor forma que aquella en la que se vive dentro del país de origen. Nuestro autor comenta tajante que, en estos casos “la migración es la escapatoria de una suerte que parece todavía peor... en un extremo el migrante... No tiene ninguna elección real y la única alternativa puede ser la muerte”.²²

Sin embargo, la división comentada por Sutcliffe, ya desde un plano teórico, sí tiene una relevancia específica, sobre todo porque la migración inter-

²² Sutcliffe, Robert, *Nacido en otra parte...*, *cit.*, pp. 16 y ss.

nacional y sus estudios contemporáneos, hacen la división entre migrantes económicos y políticos. En los razonamientos anteriores se sostiene aquí, en efecto, que la voluntariedad nunca desaparece del ser humano, que se mueve aunque tampoco se encuentra plena en todos los casos, con lo cual por un lado se niega que las migraciones económicas sean totalmente voluntarias y por otro lado se afirma que según los casos concretos en que ésta se dé la voluntad se mantendrá, crecerá, decrecerá, o —como en el caso planteado, relacionado causalmente con el desempleo y la pobreza— se encontrará subordinada a las condiciones de vida del migrante. Sin embargo, dejando atrás el elemento de “voluntariedad”, cuyo desarrollo y relación con lo antes planteado provocará la discrepancia del suscrito con Abu Warda; en un plano legal y político, así como teórico (esto se verá en el siguiente apartado), la división obedece al tratamiento con el cual se distingue al migrante político del económico.

Así pues, el primero será visto en la figura del refugiado, del desplazado o del apátrida por ejemplo. En tanto que el segundo será migrante y punto. Esto en un plano práctico implica diversos efectos porque las migraciones políticas gozan de una legitimación mayor a diferencia de las económicas y porque además sus estatutos, la protección que se les brinda, así como la permisividad en el movimiento es mayor para éstos. Con esto no se quiere decir que los refugiados vivan en un mundo de “color rosa”, dado que sus condiciones de vida son muy duras y aun cuando en el discurso normativo se les protege de forma especial, no siempre son respetados ni garantizados sus derechos; sin embargo, lo que se pretende resaltar es que la postura que divide a la migración internacional en dos corrientes (económica-política), reviste una importancia capital en este trabajo porque el tipo de migración que se analizará será la de tipo económico, orientándola a los sujetos que por fines económicos salen de sus países. De ahí que el análisis teórico siguiente se refiera a esta clase de migración internacional.

- Criterio que toma como referencia la finalidad de la migración. “Aquí se pueden distinguir entre migraciones con finalidades económicas, políticas sociales, ideológicas, culturales, etc.”.²³

Aunado a lo anterior nuestro autor hace notorio que, con base en los anteriores criterios, las migraciones internacionales pueden observarse actualmente, en cuatro categorías: clásicas, temporales de trabajadores, forzadas y clandestinas. De las anteriores interesa aquí conocer las temporales de tra-

²³ Abu Warda, Nahib, *op. cit.*, p. 37.

bajadores y las clandestinas, pues su análisis reviste una importancia capital para el desarrollo de este trabajo. Sobre las primeras, Abu Warda hace un trabajo de subcategorización en el cual según el grado de profesionalización del trabajador pueden observarse diferencias entre unas u otras; para él existen migraciones de trabajadores poco o nada cualificados, migraciones de trabajadores de grado medio y migraciones de trabajadores altamente cualificados.

Aquí interesan las migraciones de trabajadores poco o nada cualificados, quienes emigran en busca de oportunidades de empleo fuera de sus países de origen. Son —dice Abu Warda— “migraciones... motivadas por razones económicas y en menor medida por situaciones políticas de su país de origen. Las migraciones de países menos desarrollados y de regímenes políticos dictatoriales son claros ejemplos de esta categoría”.²⁴ Siguiendo los argumentos vertidos antes sobre la discrepancia respecto a la autonomía con la cual Abu Warda identifica a las migraciones económicas y lo dicho por Sutcliffe en este sentido; es evidente que dichos movimientos son en cierto modo forzados, dado que, por la poca cualificación que goza, el trabajador no logra colocarse en los mercados laborales de su país, migrando como salida a la problemática del desempleo y la pobreza acarreada por él. En este sentido comenta Lin Leam Lim, que, curiosamente, los migrantes menos cualificados son aquellos que encuentran pronto un trabajo en las naciones receptoras dado que:

Existe una demanda de mano de obra barata y con bajas calificaciones en los países industrializados... un número considerable de países, han ampliado el número de puestos de trabajo en la base de la escala ocupacional... Este tipo de empleos, son satisfechos en escasa medida por trabajadores nativos, aún los desempleados... [Entonces] la demanda resultante de trabajadores migrantes le otorga una significativa intensidad a los flujos de mano de obra y facilita la incorporación de migrantes al mercado de trabajo... los trabajadores extranjeros —incluidos los no autorizados— encuentran puestos de trabajo con facilidad.²⁵

Esto hace visible que la migración internacional de raigambre económica, no tan solo obedece al ánimo subjetivo de superación planteado por la clasificación de Abu Warda, sino a la estructura prevalente en las naciones

²⁴ *Idem.*

²⁵ Lean Lim, Lin, “Growing Economic Interdependence and its Implications for International Migration”, *United Nations, Population Distribution and Migration*, Estados Unidos, 1998, p. 230.

industrializadas capitalistas, donde la mano de obra sin cualificación es demandada; aun cuando resulte paradójico, no es obstáculo para que se creen políticas migratorias restrictivas, el caso actual más claro es Estados Unidos de América.

Continuando con Abu Warda, él aborda la temática de las migraciones clandestinas de la siguiente manera:

Son personas que se encuentran en una situación ilegal en el país de residencia, bien porque han entrado clandestinamente, o que habiendo llegado legalmente, han decidido continuar en situaciones de ilegalidad tras concluir los plazos de residencia. La inmigración clandestina se ha visto ampliamente incrementada en las últimas décadas como resultado de las restricciones a la entrada en los países de destino... y la agravación de las situaciones económica y política de muchos países de procedencia.²⁶

Abu Warda no pierde de vista los motivos de la migración clandestina, por situaciones económicas ligadas de forma importante con las migraciones laborales mencionadas *supra*. Justo la demanda de mano de obra en naciones receptoras junto con factores económicos y de falta de seguridad social en las naciones de procedencia hacen que el fenómeno crezca en número, a un grado tal que sus efectos primarios se han diversificado dado que los flujos de migrantes ya no responden tan solo al trabajo y por tanto a una superación económica legítima, sino a factores relacionados con la criminalidad y el sicariato. Al día de hoy las migraciones clandestinas, adjetivo calificativo en la perspectiva de Abu Warda, son un tema pendiente de resolución en las agendas nacionales y que goza de una imbricación singular con el ejercicio de derechos humanos.

Se decidió destacar ambas clasificaciones porque justo sobre ellas se desarrollará el análisis posterior de este trabajo, dado que ambos tipos de migraciones internacionales, observadas desde distintas perspectivas —la primera con una visión netamente económica en tanto la segunda analizada desde la perspectiva politológica y jurídica, respectivamente— se unen entre sí dado que sus causas y fines, en realidad suelen ser los mismos: el ingreso a un espacio B para trabajar y mejorar la condición económica, individual, familiar o comunitaria inclusive.

Aunado a este fenómeno, con una vigencia internacional relevante, se hará el análisis desde la perspectiva de la figura del transmigrante descrita someramente hace algunos párrafos, ya que para México y su sistema jurídico-político, el tránsito de trabajadores migratorios económicos, y ade-

²⁶ Abu Warda, Nahib, *op. cit.*, p. 38.

más irregulares —o desde la perspectiva de Abu Warda clandestinos— es una problemática aún inconclusa. En tal orden de ideas, de acuerdo a la clasificación hasta aquí aportada podemos concluir lo siguiente:

- 1) Hay diversas clases de migración internacional.
- 2) Según estos criterios, pueden estudiarse: de acuerdo al espacio, el tiempo, la voluntad y los fines del movimiento.
- 3) Asimismo pueden categorizarse, interesando a nuestro estudio: la migración de trabajadores sin calificación y la migración clandestina.
- 4) Ambos fenómenos se ven imbricados para el caso concreto de estudio en el sistema jurídico-político mexicano.

Ahora bien, dicho lo anterior, les pido que retornemos a aquella clasificación abordada hace algunas páginas sobre la diferenciación teórica que se hace entre las migraciones económicas y las políticas. Si pido esto es porque a continuación describiré algunas de las muchas teorías contemporáneas existentes sobre la migración internacional de tipo económico, repito, de acuerdo a la primera clasificación. No se piense que el abordar enfoques teóricos hará farragosa la lectura e infructuoso cualquier posicionamiento.

Lo interesante y lo relacionado de ese análisis con nuestro estudio jurídico de la migración internacional económica, irregular (vaya nombre), es que los enfoques teóricos influyen con sus comentarios y argumentos sobre los creadores y aplicadores de normas. Así las cosas, estas teorías fomentan la formación de políticas públicas en la materia así como, por supuesto, normas jurídicas; que al momento de ver la luz siguen el discurso político dominante con lo cual, en la mayoría de los casos, afectan a los migrantes internacionales dentro de su esfera de derechos. Sin duda, el enfoque teórico goza de relevancia para el desarrollo de nuestro trabajo.

Dicho lo anterior, conviene decir que para efectos de la presente investigación se comprenderá que *la migración internacional económica, es aquella que se distingue de la de tipo político por un componente de intencionalidad en el movimiento entre fronteras; sin embargo, la que es causada por la pobreza resulta forzosa. Se da por un fin enfocado al mejoramiento en la calidad de vida del migrante y su familia mediante el trabajo y puede ser regular (cuando el Estado receptor permite el ingreso) o irregular (cuando el migrante ingresa sin permiso alguno del Estado).*

3. Enfoques teóricos de la migración internacional

Antes de iniciar la exposición teórica planteada conviene dar a conocer la limitación de las teorías actuales para abarcar y explicar la migración in-

ternacional económica. Lo anterior no es obstáculo para afirmar, sin embargo, que en un plano práctico y desde luego en casos concretos, cada teoría encuentra convergencia con realidades nacionales o regionales donde su estructura discursiva política e incluso jurídica se ve reflejada en los postulados de las teorías. Esto, como dijera antes, convierte al manejo básico de las teorías contemporáneas en una necesidad para observar más objetivamente las políticas migratorias de naciones expulsoras o receptoras, y para poder hacer una crítica válida a los cuerpos normativos que regulan dichos procesos.

Ahora bien, respecto a la limitación antes enunciada, diversos autores comentan que debido a la incidencia mayor del fenómeno en estudio, resulta más difícil explicarlo bajo un solo esquema de pensamiento o bajo un solo planteamiento teórico, pues las variables y los universos sobre los que pueden construirse han variado y se dinamizan constantemente. Así, “el surgimiento de la migración internacional como un rasgo estructural básico de casi todos los estados industrializados da testimonio de la solidez y coherencia de las fuerzas subyacentes... Aún la base teórica para entender estas fuerzas es bastante débil”.²⁷ Aunado a lo anterior comentan que al día de hoy no hay teoría única de migración internacional económica, “sino sólo un conjunto de teorías fragmentadas que han sido desarrolladas de forma aislada entre sí y a veces, pero no siempre, segmentadas por los límites propios de cada disciplina”. Lo anterior no es para extrañarse ya que como podrá observarse durante las líneas siguientes, las teorías son más cercanas al estudio de la economía, la demografía y la sociología; sin embargo, su imbricación con la política y —de forma particular— con el derecho resulta innegable ya que “las consideraciones políticas y los Estados intervienen de manera tan destacada en las migraciones laborales... que los mayores flujos resultan del reconocimiento de títulos habilitantes”.²⁸

A este respecto, es destacable comentar que al día de hoy, en materia jurídica, no existe una teoría que estudie el fenómeno migratorio como sí sucede con otras disciplinas. Podría resaltarse, por ejemplo el hecho de que la filosofía del derecho cercana a algunas escuelas de pensamiento jurídico la observan con relación a la ley, al devenir social e incluso a la propia naturaleza humana, buscando su legitimidad en la estructura de las normas o bien

²⁷ Massey, Arango *et al.*, “Teorías de las migración internacional; una revisión y Aproximación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 5, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p. 1.

²⁸ Arango, Joaquín, “Explicación teórica de las migraciones”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, núm. 1, octubre de 2003, p. 22.

pugnando porque se convierta en un acto legítimo jurídicamente, dada su importancia dentro de la vida del hombre. Asimismo, desde la teoría de los derechos humanos —analizada más adelante— se observa a la migración, como acto volitivo humano, en consonancia con diversas construcciones de pensamiento, donde puede verse justificado en mayor o menor medida, pero siempre —tanto en el caso de la filosofía del derecho como en el de la teoría jurídica— visto a la luz de cuerpos normativos o de valores, acciones sociales y consecuencias enmarcadas en la disciplina jurídica.

Entonces es sencillo concluir que la migración internacional económica es estudiada desde muy diversas posturas teóricas y disciplinarias. Esto es en razón quizás a que, como Castles y Miller afirman, la migración internacional es parte de una revolución transnacional que está reconfigurando las sociedades y la política en todo el mundo, recreándose como fenómeno social en respuesta a los cambios estructurales en las economías nacionales (e incluso regionales) así como en los discursos políticos y en los conflictos sociales.²⁹

Pasemos pues a la descripción de cuatro de las teorías contemporáneas que estudian la migración económica internacional (teoría neoclásica, teoría de la nueva economía de las migraciones, teoría de los mercados de trabajo duales, teoría del sistema mundial); en ellas puede verse los diferentes tratamientos que se le otorgan, yendo desde una herramienta de equilibrio económico, pasando por una forma de marcar aún más las distancias entre países desarrollados y subdesarrollados; hasta tocar el extremo de verle como un medio de dominación utilizado por los países capitalistas para que continúe el *status quo* que les privilegia. Se escogen tan solo cuatro, porque desde la perspectiva del autor se constituyen como las más sólidas y en las que más pueden influir en la explicación de los fenómenos que durante el desarrollo de este trabajo se describirán, relacionándoles con diversos cuerpos normativos.

Se considera oportuno comentar que aunados a estos enfoques teóricos, existen otros como la teoría de la dependencia planteada en las antípodas de la teoría neoclásica, con marcada influencia marxista; la teoría de las redes y la institucional, ambas inscritas en la corriente de perpetuación de los flujos migratorios donde se analizan las razones para que éstos se hagan permanentes, así como, *v. gr.*, la teoría de la causalidad acumulada o la de los sistemas relacionadas con la migración. Todas aportan elementos importantes a los estudios de las migraciones, para el caso concreto de la migración internacional económica; sin embargo, desde el estudio plan-

²⁹ Castles, Stephen *et al.*, *La era de la migración: movimientos internacionales de población*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, p. 18.

teado en este trabajo las más pertinentes para desarrollarlo son las cuatro mencionadas.

Comencemos por la teoría neoclásica, según Joaquín Arango es el aporte real —en el sentido de bien logrado y consistente— más antiguo, ya que “el resto de las contribuciones anteriores presentan hoy tan solo un interés histórico”.³⁰ Es observable desde dos niveles: el modelo macro y el micro. El modelo macro surge a partir de las diferencias geográficas en la oferta y demanda de mano de obra. Los Estados con amplia demanda de trabajo ofertan salarios bajos, mientras que los Estados con una dotación laboral limitada respecto al capital se caracterizan por salarios de mercado altos, las diferencias provocan el desplazamiento de los trabajadores. En este sentido, y siguiendo la presente teoría, es observable que “la razón de las migraciones ha de buscarse en las disparidades entre los niveles salariales de los distintos países... las migraciones traerán consigo la eliminación de las diferencias salariales y ello, a su vez, implicará el fin de aquellas”.³¹

Dicho lo anterior sobre el nivel macro de la teoría, conviene abocarnos al nivel micro. En él se privilegia el ámbito individual —orientado a esta idea heredada del liberalismo donde el sujeto es dueño de sus acciones y de su voluntad— sobre el ámbito estructural económico observado por el nivel macro a través de los mercados laborales en distintos países. En él la racionalidad humana es una condición *sine qua non* para que surja el movimiento, donde el sujeto mediante un cálculo del coste-beneficio que lo conduce a expectativas de un beneficio monetario, se define por comenzar el periplo o por continuar en su tierra. Ante todo el móvil para esta propuesta teórica es la obtención de ganancias en los países receptores, que en el país de origen se asimilaban imposibles o difíciles.³²

Si recordamos ahora lo dicho apenas sobre la importancia que las teorías tienen en la creación de políticas públicas, resulta pues que “la sencilla explicación ofrecida por la teoría neoclásica en su modelo macroeconómico ha marcado profundamente el pensamiento público y ha proporcionado las bases intelectuales para muchas de las políticas de inmigración”,³³ afirmando que: 1) la migración internacional de trabajadores es causada por diferencias salariales entre países; 2) la eliminación de tales diferencias salariales terminará con la migración; 3) los mercados de trabajo tienen una marcada

³⁰ Arango, Joaquín, *Explicación teórica de las migraciones*, *cit.*, p. 24.

³¹ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

³² Massey, Arango *et al.*, *Teorías de la migración internacional; una revisión y aproximación*, *cit.*, pp. 4 y 5.

³³ *Ibidem*, p. 6.

influencia sobre la migración internacional; 4) la forma de regular los flujos es mediante la regulación en los mercados de trabajo de los países emisores o receptores. El nivel micro quizá no ha gozado del mismo impacto *per se* porque en líneas generales se explica bajo los mismos parámetros que el modelo macro, sólo que privilegiando —en la explicación— el ámbito subjetivo y no tanto el estructural.

En este sentido es observable que tanto en Estados Unidos, con los migrantes económicos, en su mayoría clandestinos —bajo la clasificación de Abu Warda y, desde este momento, denominados irregulares— venidos desde Centroamérica y México, o en Francia con las poblaciones gitanas venidas de Europa del Este y los flujos provenientes de África del Norte; se observa al migrante como un elemento que viene al país a desarrollar actividades que nativos podrían llevar a cabo, con lo cual provocan un mayor índice de desempleo viéndose reflejado el anterior en el incremento de la inseguridad pública y la pobreza. Si se hace una observación cuidadosa, el discurso de la teoría neoclásica, en cualquiera de sus niveles, es leído por estos países tan solo en la etapa de salida por causas económicas para promover, mediante una diferencia positiva en el salario, mejoras en su nivel de vida, sin embargo, no hacen propia la parte referente a que la migración debiera promover un equilibrio entre los países receptores y expulsores, por tanto se promueven políticas restrictivas e irrespetando derechos humanos de los migrantes económicos irregulares.

Aunado a lo anterior, se considera importante comentar que el gobierno mexicano también actuó bajo una interpretación parcial de los postulados neoclásicos, cuando en un determinado momento del devenir político durante el siglo XX, fomentó la salida de flujos migratorios, entendiendo que la migración constituía “una válvula de escape” necesaria para liberar la presión que el pueblo de México vivía en determinadas áreas a causa de la pobreza. Jorge Bustamante comenta a este respecto:

Durante varias décadas a partir de la presidencia de Miguel Alemán... el gobierno de México se caracterizó por encubrir las desdichas de los trabajadores migratorios en Estados Unidos a partir de la noción de que emigración era algo bueno para el país. Algo que había que alentar o preservar *porque aliviaba las presiones* sobre el gobierno y la sociedad que producían la pobreza, el desempleo y la *injusta distribución de la riqueza, sobre los sectores de la población y sobre las regiones del país de donde provenían los migrantes que se iban a buscar trabajo a Estados Unidos*³⁴ (énfasis añadido).

³⁴ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 39.

De lo anterior es sencillo concluir, que bajo la visión de la política de “válvula de escape” el gobierno mexicano tuvo un comportamiento permisivo hacia la emigración de población en condiciones de pobreza con el fin de paliar la diferencia salarial —en palabras de Bustamante “la injusta distribución de la riqueza”— con lo que no se pensó más que en aliviar una presión sobre los gobiernos actuantes antes que contribuir al desarrollo económico regional y a la incentivación del agro, pues por aquellos años se privilegió la implementación del modelo económico de sustitución de importaciones, que incentivaba la industria ligera antes que al sector primario, deviniendo como consecuencia un vertiginoso desplazamiento de migrantes campesinos.

Probablemente, como mencionan diversos teóricos, la crítica más fortalecida contra la teoría neoclásica es, justamente, que basa su intento por explicar los movimientos en una diferencia salarial. Lo anterior es criticado dado que el migrante no tan solo observa la diferencia enunciada sino el mejoramiento que ésta pueda traer aparejada a su economía. Asimismo, la crítica que aquí se considera mejor fundada es que “le resta importancia a factores distintos de los económicos, en especial a los de naturaleza cultural, necesariamente influyentes en una decisión tan existencial como es migrar”³⁵ pues reduce los factores determinantes de las migraciones, a únicamente procesos mecánicos y generalizados (diferencia salarial = flujo migratorio) al tratar de manera indiscriminada a todos los tipos de migrantes y a todas las sociedades implicadas en la migración como si fueran homogéneos.

Pasemos a la siguiente teoría, denominada *Theory of New Economics Migration* o teoría de las nuevas economías de la migración. Emanada de la tradición neoclásica, “pudiendo verse como una crítica interna de algunos detalles de la versión micro de la teoría neoclásica o como una variante, que la perfecciona y enriquece con enmiendas y adiciones”.³⁶ Esto es debido a que incluye a la familia como un elemento importante en su construcción; pues si bien la elección racional sigue vigente, la decisión individual se resuelve como decisión familiar, así pues el consenso desemboca en el movimiento de algunos miembros quienes migran, más que para aumentar los ingresos, para reducir riesgos como el desempleo o la pérdida de aquellos.

En este sentido, la familia absorbe los riesgos vividos en el entorno y busca erradicarlos enviando trabajadores al extranjero quienes pueden asegurar la subsistencia e incluso el mejoramiento en los niveles de vida del grupo familiar. A este respecto la teoría concibe, al situar su eje sobre el grupo familiar, que el ánimo de ésta no es tan solo la erradicación de la pobreza sino el mejoramiento grupal, de ahí que, como se esbozara en el párrafo anterior,

³⁵ Arango, Joaquín, *La explicación teórica de la migración...*, cit., p. 10.

³⁶ *Ibidem*, p. 11.

la familia influya certeramente dentro de la psicología social en diversas comunidades para mantener un flujo continuo de trabajadores migratorios.

En tal orden de ideas para la teoría de las nuevas economías de la migración, un elemento fundamental es el pensamiento de la familia con respecto al movimiento. De ahí que las diferencias salariales —claves en la teoría neoclásica— no gocen del mismo carácter necesario en la teoría de las nuevas economías de la migración pues bajo su razonamiento las familias pueden tener otros motivos para migrar.³⁷ Esto es notorio cuando se observa que la migración, tanto de tipo interno como internacional, se convierte en una herramienta de supervivencia para comunidades con una amplia tradición migratoria y donde en algún momento todos los miembros de la familia con una capacidad y edad determinada deben iniciar el periplo. Podríamos decir que se sacraliza el proceso al grado de convertirse en un parámetro común y aceptado de conducta.

En este sentido la familia se liga al migrante en la distancia mediante diversos medios. Son dos principalmente: de forma económica y de forma cultural. La primera se da por vía de las remesas, con las cuales se reduce la vulnerabilidad del grupo. Al respecto, comenta María Félix Quezada que:

Los hogares se encuentran en una posición en la que pueden controlar los riesgos para su bienestar económico al diversificar la ubicación de sus recursos... Esto puede observarse en el caso de que las condiciones económicas locales se deterioren y las actividades fallen para obtener suficientes ingresos, entonces los hogares pueden depender de las remesas de los migrantes.³⁸

Y de forma cultural, mediante redes familiares o amistades situadas en el otro extremo del viaje quienes reavivan la esperanza del retorno al núcleo y reafirman la identidad cultural del migrante con lo que en primera instancia —es decir en un momento inmediato a la llegada— disminuye la vulnerabilidad sufrida por el migrante para luego fortalecer un vínculo que provoca la priorización en la satisfacción de las necesidades familiares allende fronteras sobre la del propio migrante, pero sobre todo es una especie de garantía en la continuidad del ciclo, pues quien migró en algún momento arropará a otros más, o bien será arropado por otros a su regreso.³⁹

³⁷ Massey *et al.*, *Teorías de la migración internacional; una revisión y aproximación*, *cit.*, pp. 6-11.

³⁸ Quezada, María Félix, *La migración Hñähñu del valle del Mezquitil, estado de Hidalgo*, México, CDI, 2008, p. 32.

³⁹ Vásquez, José Dionicio, *La migración internacional como estrategia de reproducción familiar en la región oriente de Tlaxcala*, Tesis de Doctorado en Desarrollo Regional, Colegio de Tlaxcala, 2007, pp. 87 y ss., 147 y ss.

Si se observa con cuidado, será sencillo concluir que efectivamente la migración internacional económica, bajo el enfoque de la teoría descrita, responde a las decisiones familiares, situación que de hecho se da con notoriedad en diversas comunidades indígenas de México, al respecto existen estudios serios que avalan la relación existente entre la supervivencia familiar y el trabajo de migrantes internacionales, con lo cual se pone de manifiesto el peso que tiene la decisión familiar sobre el movimiento.

A pesar de lo anterior, Arango no la califica como teoría, “sino como una variante crítica y refinada de la teoría neoclásica”.⁴⁰ Además de lo anterior, el mismo autor considera que tiene fallas importantes pues los escenarios y contextos que describe se circunscriben a una región específica con alta tradición migratoria, por lo que no aborda otras hipótesis que pueden disparar la migración además del consenso familiar como la demanda de mano de obra, la aceptación del flujo en las naciones receptoras o la facilidad del movimiento por mencionar algunos, y además, no ve en su integridad el fenómeno migratorio pues tan solo se centra en el estado que la familia experimenta como causa de la migración, en tanto que pareciera olvidar causas estructurales fundamentales en el surgimiento del movimiento; pues si bien la familia goza de protagonismo en la migración internacional económica, sin duda no es el único móvil.

Pasemos a un tercer enfoque teórico, la teoría de los mercados de trabajo duales. En ella la migración internacional económica —divergiendo de la teoría neoclásica— “aparta la atención de las decisiones tomadas por los individuos [como motor de la migración]... y argumenta que la migración internacional económica radica en la demanda de trabajo intrínseca a las sociedades industrializadas modernas”, la demanda “obedece... a ciertas características intrínsecas de éstas (estructura financiera, estabilidad monetaria, fomento industrial, profesionalización limitada de capital humano, etcétera) y que a su vez, produce una segmentación en sus mercados de trabajo”.⁴¹

Dicha segmentación trae como consecuencia que no todos los trabajos gocen de las mismas calidades, explica que aún en las economías avanzadas hay trabajos inestables y de baja productividad rechazados por los trabajadores autóctonos, cuya reticencia a ocupar puestos de trabajo poco atractivos, no puede solucionarse tan solo con el aumento salarial, pues trasciende el ideario social al identificar, con el índice de poco valor adjudicado al tra-

⁴⁰ Arango, Joaquín, *La explicación teórica de las migraciones...*, cit., p. 16.

⁴¹ *Ibidem*, p. 14.

bajo, al actor que lo realiza, convirtiéndose en una especie de discriminado por realizar una actividad poco reconocida en su entorno social.⁴²

En este sentido, la teoría del mercado dual no se construye sobre la fase expulsora, como lo hace —desde el enfoque familiar— la teoría de las nuevas economías de la migración, sino que se centra en la importancia que la fase receptora posee en el proceso, situando toda la carga del movimiento migratorio sobre la demanda de trabajadores inmigrantes para llenar los vacíos en los mercados laborales de empleos con poca estabilidad, avalorados socialmente, pues aunque es necesaria su realización, el nativo no desea llevarlos a cabo.

Así pues, en tanto que para el nativo la realización del trabajo avalorado no atrae mejoría a su economía o a su estatus social —elemento importante para la teoría en análisis—, el migrante observa que mediante el movimiento y posterior realización de esa serie de trabajos poco productivos goza primero, de un aumento salarial —siguiendo aquí a la teoría neoclásica— y además de beneficios en su nivel de vida.⁴³

En tal orden de ideas, desde la perspectiva de esta tercera teoría, para las naciones subdesarrolladas con excesiva oferta de mano de obra resultan tentadores los empleos mencionados, dado que además promueven un mayor estatus social, no en el país receptor, sino en su propio país en razón de que su realización incentiva la migración desde la perspectiva de la teoría dual. Respecto a esto se observa un dualismo económico, referente a la nación receptora, donde existe una serie de actividades cuya realización reporta estatus social, buen salario y además estabilidad y otras con características contrarias. Así pues desde la visión del migrante venido de fuera, el segundo tipo de actividades, si bien dentro de la sociedad donde se inserta no reporta los beneficios mencionados; respecto a su nación, provoca una diferencia positiva en relación con las actividades que hubiera podido realizar en ella.

Ahora bien, si buscamos relacionar lo dicho antes con las políticas públicas sería prudente comentar el caso de “los convenios de braceros” establecidos entre México y Estados Unidos desde 1942 hasta el de 1964, quizá se piense que por el tiempo pasado no sea un ejemplo pertinente para este trabajo, sin embargo, “hacer un análisis histórico de [su época] no es sólo para entender el pasado sino para entender mejor el presente”.⁴⁴

⁴² *Ibidem*, p. 16.

⁴³ Massey *et al.*, *Teorías de las migración internacional; una revisión y aproximación*, *cit.*, pp. 12-16.

⁴⁴ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, *cit.*, p. 35.

Sobre todo porque a pesar de lo anatemizados que se encuentran los flujos migratorios irregulares de México hacia Estados Unidos, subsiste aún la idea de promover migraciones laborales, temporales, controladas y programadas;⁴⁵ de ahí que el caso de los braceros sea un ejemplo de política pública que buscaba el mismo fin, pero que debido a un mal control sobre las variables, a la pasividad de los gobiernos y una colusión indebida entre el capital y diversos actores políticos culminó como origen de flujos irregulares en la actualidad. Todo comenzó con un efecto de la Segunda Guerra Mundial en la demografía de los Estados Unidos que afectó su oferta de mano de obra, y además como un efecto en las relaciones bilaterales entre México y el vecino país del norte donde México no se encontraba en condiciones diplomáticas precisas para entrar en desacuerdos con él, dado que la afectación provocada a los intereses estadounidenses luego de la expropiación petrolera, era una herida aún sin cicatrizar para la opinión americana, situación que México necesitaba apaciguar. Así pues:

El 15 de junio de ese año el embajador George Messersmith, se reunió con el Canciller Ezequiel Padilla para pedirle en nombre del esfuerzo contra las potencias fascistas, se uniera el gobierno de México a los “aliados” aprobando la propuesta de enviar braceros.

Aun cuando el gobierno mexicano formó conclusiones sobre ella —siendo la más importante la consistente en la ausencia de garantías para que los mexicanos contratados no fueran discriminados— acusando las debilidades del proyecto, resultó irónico que a éstas “... no se les prestó ninguna atención seria que impidiera que el primer convenio ... se firmara mediante intercambio de notas diplomáticas”.⁴⁶

Lo anterior, concebido por el gobierno de Estados Unidos como una medida de emergencia de guerra, fue en realidad la forma en que éste respondió a su necesidad de mano de obra y a la interacción de esa demanda con las condiciones que creaban en ese tiempo la oferta laboral de México (“válvula de escape”), que lejos de traer una solución racional para los intereses de los trabajadores migratorios, los convirtió “en un aprovisionamiento de fuerza de trabajo de bajo costo y como un mecanismo institucionalizado al servicio de los intereses de los empresarios agrícolas de Estados Unidos”.⁴⁷

⁴⁵ Roldán Dávila, Genoveva, “Política migratoria y derechos humanos”, *Diversa. Revista de Cultura Democrática*, núms. 2 y 3, agosto de 2001, p. 72.

⁴⁶ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, cit., p. 43.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

Súmese a lo anterior, lo mencionado sobre el estatus, ya que el “bracero” observaba en el trabajo realizado allende su hogar, la posibilidad de crecer económicamente, el primer “sueño dorado”, que si bien distaba de la realidad,⁴⁸ por lo menos para su entorno doméstico se convertía en un ser valioso que realizaba —por el lado estadounidense— un trabajo denostado y sin productividad, que ni los propios nativos realizan, baste para comprender y concluir este ejemplo, una nota citada del *New York Times* (5 de abril de 1959) por R. B. Craig, citado a su vez por Patricia Morales, que mediante una parodia nos muestra esa realidad, la transcribo para su disfrute lector:

¿Qué están haciendo estas personas?, preguntó Alicia al contemplar un vasto y fértil valle al suroeste/ «Están cultivando más algodón y lechuga de los que necesitamos», contestó la Reina Roja/ «¿Quiénes son ellos?» preguntó Alicia, ignorando con tacto la cuestión de fondo sobre por qué alguien debe producir más algodón y lechuga de los necesarios./ «Son mexicanos importados a causa de la escasez de mano de obra», explicó la Reina Roja./ «¿Escasez de mano de obra?» preguntó Alicia, «yo pensé que teníamos 5,000,000 de desempleados y alrededor de un millón de trabajadores agrícolas que necesitan empleo»./ «Obviamente», replicó irritada la Reina Roja, «tú no entiendes el sistema agrícola americano».⁴⁹

Pasemos a un último y cuarto enfoque teórico, la teoría de los sistemas mundiales. Conviene comentar —para conectar esto con lo dicho *supra*— que comparte ideas de la teoría de la nueva economía de la migración, en el sentido de afirmar que los países receptores necesitan de mano de obra barata para satisfacer nichos laborales mal pagados desde su nivel salarial, aunque “su explicación de las migraciones internacionales no reside tanto en esta demanda de mano de obra, sino más bien en los desequilibrios generados por la penetración del capitalismo en países menos desarrollados”.⁵⁰

Así pues la teoría afirma —en palabras de Adela Pelegrino— “la visión de un mundo crecientemente interdependiente [de ahí su nombre] donde la penetración de la economía global en los mercados periféricos genera poten-

⁴⁸ A este respecto comentan, tanto Morales como Bustamente, que el “bracero”: 1) no ganaba el salario prometido, 2) se encontraba en condiciones de vulnerabilidad importantes 3) no gozaban del auxilio de autoridades mexicanas 4) si no terminaban el tiempo del contrato no se les pagaba ni un centavo. Cfr. Morales, Patricia, *Indocumentados mexicanos*, México, Grijalbo, 1981, pp. 114-130, y Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, cit., pp. 42-50.

⁴⁹ Morales, Patricia, *Indocumentados mexicanos*, cit., p. 141; “Parodia de Alicia en el país de las maravillas”, *New York Times*, 5 de abril de 1959.

⁵⁰ Arango, Joaquín, *La explicación teórica de las migraciones*, cit., p. 16.

cial emigratorio, que se traslada en el sentido inverso a los flujos de bienes y capitales”.⁵¹ La asimilación de dicho modelo económico “penetrante” desde la década de los ochenta, dio pie al surgimiento de factores que aún actualmente fomentan una diferenciación entre naciones con una mayor capacidad para competir en los distintos mercados internacionales y aquellas que sin gozar de fortaleza en sus mercados no tienen la suficiencia económica de las primeras; dicho de un modo más coloquial —parafraseando a Robert Reich— hay diferencias (estructurales) entre quienes circulan por la autopista del crecimiento económico y quienes no. Con ello se dio pie a la formación de un cinturón de países periféricos o satelitales en torno a los más fortalecidos, abriéndose entonces (cada vez más) la brecha entre sus economías y posibilidades de crecimiento económico, lo que trajo como consecuencia la polarización de los niveles salariales, incremento en los niveles de desempleo, pobreza, la incidencia de una población flotante sin oportunidades de empleo y por supuesto migración internacional económica en condiciones irregulares.

Bajo la concepción principal de esta teoría, “los orígenes de la migración internacional... [se deben] no a la bifurcación del mercado de trabajo en las economías nacionales [o regionales] sino a la estructura del mercado mundial desarrollado”.⁵² Así, la penetración de las relaciones económicas capitalistas en las periféricas sociedades —no necesariamente capitalistas— crea una población ambulante propensa a migrar al extranjero, como afirma Pelegrino. En este sentido se encuentra la crítica generalizada a la importación de modelos económicos exogenistas y subordinantes de las necesidades propias de un país periférico, dado que los esquemas del modelo capitalista no embonan con la realidad observada en este último, lo que fomenta “dislocaciones en los medios de producción y en la economía en general”.⁵³

Cabe decir a este respecto, sin embargo, que si bien el interés de su importación le pertenece en primera medida a los países del centro quienes necesitados de mano de obra barata y materias primas influyen en los de la periferia imponiéndose en este tipo de decisiones, son también los países de la periferia quienes un tanto forzados, otro tanto sumisos, aceptan la implantación del modelo, bajo condiciones donde no priva la reciprocidad entre Estados y donde no se tiene la infraestructura necesaria para encarar

⁵¹ Pellegrino, Adela, “Las tendencias de la migración internacional en América Latina y el Caribe”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 165, 2000, p. 178.

⁵² Massey *et al.*, *Teorías de la migración internacional; una revisión y aproximación*, *cit.*, p. 17.

⁵³ *Ibidem*, p. 18

cambios de semejante calado. Esto fomenta a su vez una mayor desigualdad acentuando las diferencias entre los países del centro y la periferia surgiendo la denominada “asimetría del poder”.⁵⁴ “Las migraciones funcionan pues, como un sistema de mano de obra a nivel mundial”.⁵⁵

En este sentido —así como sucedió con las anteriores teorías— se le observan debilidades relacionadas a lo dicho antes sobre los elementos estructurales en los países de recepción pues no contempla elementos micro sino tan solo elementos macro, y ve al migrante —según Arango— “como peones pasivos en el juego de las grandes potencias y de los procesos mundiales regidos por la lógica de la acumulación del capital”.⁵⁶

Por cuanto hace a las políticas públicas y su imbricación con la teoría en análisis, desde la perspectiva del sistema mundial, resulta fundamental entender que la globalización ha tenido un papel trascendente en su implementación a nivel de política migratoria y que bajo su visión existe una diferencia sustancial entre los tratamientos otorgados para el migrante calificado —o al estacional incluso— en comparación del recibido por los migrantes económicos sin calificación, que se mueven a través de las fronteras ya por vía regular, aunque mayormente, de modo irregular. Aguirre Moreno comenta lo siguiente sobre el papel de la globalización con respecto a la migración internacional económica:

En efecto si reconocemos que las grandes desigualdades en los niveles de desarrollo socio-económico son la causa fundamental de las migraciones, entonces la globalización real, la que hasta ahora existe, contribuye notablemente a aumentarlas, provocando un crecimiento en las desigualdades entre países ricos y países pobres.⁵⁷

Así pues, la extensión de redes de comunicación, flujos de bienes y servicios, exacerbó —y sigue haciéndolo— la demanda de mano de obra y materias primas, ya no tan fácilmente ostensibles en todas las regiones del mundo. Así pues, los países subdesarrollados se trocaron en minas de capital humano para el trabajo y para la extracción de recursos básicos. Por cuanto hace al primer elemento, el migrante cruza las fronteras en búsqueda de desarrollo aunque el país receptor haga clasificaciones respecto a la calidad y cantidad de los aportes y beneficios que pueda obtener con su entrada. De

⁵⁴ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, cit., pp. 136 y ss.

⁵⁵ Arango, Joaquín, *La explicación teórica de la migración*, cit., p. 16.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Aguirre Moreno, Judith, “La migración como exclusión de la globalización”, *Letras Jurídicas*, año 4, núm. 8, julio-diciembre de 2003, p. 113.

ahí que actualmente las políticas migratorias en países de la región, incluido México, privilegien la entrada de capital humano calificado en tanto que, se permite mediante omisiones la entrada de migrantes irregulares sin calificación quienes, paradójicamente, sí son utilizados para fomentar los ciclos productivos en el campo o en las ciudades, en tanto que el discurso se fortalece en torno al respeto irrestricto a sus derechos humanos, buscando que la libertad de movimiento se convierta en una realidad, no tan solo discutida en foros o impresa en documentos.

A pesar del discurso, las tasas de crecimiento del comercio o de movimientos de capital a nivel mundial en los años recientes son superiores a las de movimientos de personas. Lo anterior se explica en gran medida porque las políticas migratorias, sobre todo en países desarrollados tienden a ser más restrictivas, en comparación con una mayor apertura al comercio y las inversiones. “Es suficiente observar las recientes reformas legislativas en algunos países europeos o en los Estados Unidos... las cuales endurecen cada día más las medidas contra los inmigrantes ilegales”,⁵⁸ para darnos cuenta en primera instancia del trato diferenciado a los migrantes y, en seguida, de la incongruencia gubernamental con respecto al respeto de sus derechos humanos.

Entiéndase pues, que el migrante regular calificado se convierte en un paradigma de ciudadano del mundo quien empoderado y desarrollado en un sistema económico donde goza de un lugar privilegiado tiene la capacidad para poder entablar los movimientos que desee dado que para él, efectivamente, las fronteras no significan más que un trámite de mérito al momento de moverse. Esto por ejemplo, es causado en una parte por el crecimiento de empresas transnacionales, la descentralización de sus servicios y la necesidad que la inclusión de dicho capital humano reporta para las primeras.⁵⁹ Sin embargo, la demanda de mano de obra barata que lleve a cabo funciones en la base de la pirámide ocupacional, —bajo el esquema postulado por la teoría del sistema mundial— resulta asimismo fundamental para el sostenimiento de la vida económica en las sociedades industrializadas.⁶⁰

En vista de lo dicho antes, es posible percatarse de que aquí aparece “una de las características más marcadas de las políticas migratorias que

⁵⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁵⁹ Skoczek, María, “Globalización y Migraciones a caballo de los siglos XX y XXI”, *Actas Latinoamericanas de Varsovia*, t. 27, integración versus globalización, efectos sociales, económicos y especiales, Universidad de Warsawa, Instituto de Países en Desarrollo 2004, pp. 45-53, <http://www.wzsr.uw.edu.pl/pub/uploads/actas04/04-skoczek.pdf>, p. 50.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

pretenden establecer los estados en cualquier parte del mundo: no siempre lo que consideran como «los flujos migratorios que convienen al desarrollo del país» coincide con lo que los propios actores sociales, individuales o colectivos, deciden hacer en la práctica”.⁶¹ Para América Latina, las cosas no son muy diferentes, aunque sí se han intentado otras estrategias enfocadas a la solución de las diásporas indocumentadas, más específicamente:

En el caso del Cono Sur, predominan factores de expulsión de los países de emigración, en donde existe un exceso de oferta de fuerza de trabajo que no puede ser absorbida por los mercados de trabajo nacionales, particularmente en los casos de Bolivia y Paraguay... lo anterior coexiste con mayores posibilidades de empleo y mejores salarios, históricamente a favor de Argentina.⁶²

A pesar de lo anterior se ha propendido en Argentina a la creación de una política migratoria integral donde si bien se privilegia el retorno de argentinos, también se promueve el retorno en condiciones dignas de inmigrantes paraguayos o bolivianos, sobre todo porque son nacionales de países limítrofes, lo que hace menos grave la diferencia cultural y la distancia con el hogar.⁶³

4. *El Estado del arte de la migración en México*

Luego de describir las cuatro teorías planteadas y de ver sus postulados a la luz de ejemplos que consideré didácticos para ver su relación con las políticas públicas de países expulsores y receptores de flujos migratorios, es momento de hablar sobre el caso mexicano, parecido a un mosaico donde confluyen diversas realidades: la de un Estado receptor, la de un Estado de tránsito y la de un Estado emisor. En este apartado tan solo buscaré delimitar aún más nuestro objeto de estudio y de esbozar el estado en que se encuentra la política migratoria en México. Para tal efecto hablaremos en primer lugar de la *vis* que México goza como Estado receptor, pasando

⁶¹ Carrillo Castro, Alejandro, “La migración en América Latina”, De Olloquí, Jose Juan (comp.), *Estudios en torno a la migración*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 115.

⁶² Maguid, Alicia, “Migración internacional, factores socioeconómicos y políticas migratorias en el Cono Sur de América Latina”, en González Gutiérrez, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-diáspora: la perspectiva de América Latina y el Caribe*, México, SRE-UAZ-IME-ANUIES, t. II, p. 239.

⁶³ Buira, Rubén, “Políticas de Estado-diáspora en Argentina”, en González Gutiérrez, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-diáspora... cit.*, pp. 315-319.

luego a la *vis* de tránsito, dado que la de Estado emisor, si bien se relaciona y en algunos momentos se mencionará, no es objeto del presente estudio.

Si buscamos observar a México como un país receptor, sería infructuoso plantearnos en los antecedentes más remotos de flujos migratorios, ni siquiera convendría profundizar en los cambios demográficos decimonónicos cuando México tenía una política migratoria abierta que en realidad no era eficaz dadas las condiciones políticas internas durante la segunda mitad del siglo XIX.⁶⁴ Sin embargo, debemos comentar que en un plano de relaciones internacionales México expande sus redes y comienza a promover flujos tanto de entrada como de salida durante el gobierno de Porfirio Díaz, ejemplos de esa política son las comunidades chinas de Mexicali radicadas en el estado de Baja California desde inicios del siglo XX, la comunidad de Chipilo formada por emigrantes italianos y el poblado de Manuel González configurado por españoles. Aunado a lo anterior se promovió la inversión extranjera sobre todo inglesa, holandesa y estadounidense con lo cual un gran número de extranjeros con capital y rentistas arribaron a México. Con la llegada de la Revolución mexicana y las hostilidades surgidas con diversos miembros de la comunidad internacional, la migración continuó aunque no en el mismo grado, destacaron por ejemplo la llegada de barcos japoneses en los albores del gobierno constituyente, así como de embarcaciones chinas quienes arribaron pidiendo asilo o sencillamente buscando apertura de horizontes económicos.

En tal orden de ideas México se caracterizó por ser un país anfitrión ameno para el extranjero. Ya entrado el siglo XX, tanto la Guerra Civil española en los treinta como la dictadura de Pinochet en Chile durante los setenta, así como el surgimiento de otros regímenes dictatoriales en países centroamericanos, caribeños y sudamericanos alrededor del *intermezzo* que va desde la década de los cuarenta hasta la de los ochenta fomentaron flujos migratorios, bajo diversas hipótesis, ya que entraron al país tanto asilados, como desplazados, refugiados y por supuesto un sinnúmero de migrantes económicos.

Así, México hasta el día de hoy, se imprime en la mentalidad de aquel capital humano que llegara a su territorio como un país afable y de brazos abiertos. Del otro lado de la moneda, como país receptor de flujos, México —pareciendo un reflejo de su vecino norteamericano— utilizó la mano de obra venida de países centroamericanos, de forma subrepticia sobre todo porque casi a mediados del siglo XX, los patrones tenían la obligación de seguir parámetros de seguridad social para sus trabajadores, por lo que mediante

⁶⁴ Carrillo Castro, Alejandro, *op. cit.*, p. 121.

el uso del capital humano centroamericano evitaban ese obstáculo pagando además bajos salarios. El flujo migratorio centroamericano hacia México “se trató de un fenómeno básicamente interregional, temporal y permanente, entre poblaciones fronterizas guatemaltecas y chiapanecas, ligado a ofertas laborales estacionales”.⁶⁵

Sin embargo, ya desde la década de los ochenta con la importación de modelos económicos, la fractura de economías nacionales en la región y la inestabilidad política, el fenómeno migratorio en la frontera sur del país, se transforma en cierta medida, ya que desde entonces el fin no era ingresar estacionalmente a México para trabajar, ganar un mejor salario y regresar al hogar, sino transitar a través suyo para arribar a los Estados Unidos.⁶⁶ Es esta situación la que se analizará en el desarrollo de la tesis, antes de comentar sobre ella transcribo lo que Arámbula opina del fenómeno:

Empezó como migración estacional de trabajadores guatemaltecos en el corte de café del Soconusco, presente desde el siglo XIX, a fines de los años setenta empezó a perder esas características y se amplió a migrantes desde Nicaragua a Guatemala... En los años noventa [sic]? el patrón evolucionó de nuevo. La reactivación económica esperada como fruto de paz, no sobrevino. Las dificultades y fracasos de la integración económica centroamericana y la imposibilidad de una inserción en la economía globalizada, las tradicionales dificultades estructurales, las reducidas posibilidades de demanda, de mano de obra en las plantaciones tradicionales y la industria maquiladora, el exceso de oferta laboral asalariada, la abrumadora miseria, y la falta de opciones empujaron a grandes volúmenes de individuos y familias nicaragüenses, hondureños, salvadoreños y guatemaltecos a abandonar sus países de origen con destino final en conglomerados poblacionales latinos en Estados Unidos.⁶⁷

Comentaba que dicho fenómeno es fundamental en el desarrollo de esta tesis dado que México a pesar de erigirse como economía emergente, tanto por su modelo económico como por las influencias exógenas en su política financiera se ha convertido en un exponente de la teoría de los sistemas duales con respecto a Centroamérica, y peor aún se ha erigido en un actor cuya función sustancial es paliar los flujos de migrantes centroamericanos hacia

⁶⁵ Arámbula Reyes, Alma *et al.*, “El flujo migratorio centroamericano hacia México”, en González, Carlos (coord.), *op. cit.*, 103.

⁶⁶ Castillo, Dídimo, “Las políticas hacia la migración centroamericana en países de origen, de destino y de tránsito”, *Papeles de Población*, núm. 024, pp. 140 y 141.

⁶⁷ Arámbula Reyes, Alma *et al.*, “El flujo migratorio centroamericano hacia México”, *cit.*, p. 103.

los Estados Unidos,⁶⁸ no es agradable decirlo pero desde ese planteamiento cumple con funciones de esbirro. Lo anterior reporta graves consecuencias para los migrantes centroamericanos pues intensificada la migración en tránsito —como se mencionó antes—, la vulnerabilidad sufrida es más intensa, pues su finalidad principal es pasar inadvertidos hasta llegar a la frontera norte de México y cruzar. Alejandro Portes⁶⁹ menciona que incluso pueden utilizar dos o tres mudas de ropa sobre el cuerpo con el afán de no llevar aditamentos tales como maletas o mochilas que pongan en evidencia su carácter de migrantes, desean pasar desapercibidos en el país de tránsito.

México se erige entonces como un puente, aunque en realidad es un vacío, donde no se ven, ni se oyen los migrantes económicos irregulares en tránsito. Amnistía Internacional comenta, en un informe con un título muy sugerente “Víctimas invisibles: migrantes en movimiento”, que México —a pesar de las exigencias en el plano diplomático y en el político de respeto hacia sus migrantes en los Estados Unidos— desde la trinchera práctica no respeta los derechos humanos de sus propios migrantes económicos, dado que ni su política migratoria ni sus cuerpos legales son atinentes a la realidad vivida en materia migratoria, no sólo dentro de su territorio sino, en virtud del fenómeno de la mundialización, en toda la región latinoamericana.

Considero prudente citar lo dicho por Genoveva Roldán respecto de nuestra política migratoria, comenta:

La política migratoria de México se finca en el ejercicio de la soberanía y la defensa de la seguridad nacional, con respeto a los derechos humanos, apego a la legalidad y aliento a las corrientes migratorias que contribuyen a nuestro desarrollo. La magnitud y complejidad del fenómeno ha exigido renovar el marco jurídico y las estructuras administrativas dedicadas a su regulación y atención.⁷⁰

En realidad, y sin ánimo de herir susceptibilidades conviene desmenuzar este discurso para observar sus elementos y poder al final extraer conclusiones. En este orden de ideas al decir que la “política migratoria de México se finca en el ejercicio de la soberanía y la defensa de la seguridad nacional”

⁶⁸ “PRI busca modificar Ley de Migración”, *El Universal*, 7 de marzo de 2011, disponible en <http://economista.com.mx/sociedad/2011/03/07/pri-busca-modificar-ley-migracion>, consultado el 30 de marzo de 2011, y Roldán Dávila, Genoveva, “Política migratoria y derechos humanos”, *Diversa. Revista de Cultura Democrática*, núms. 2 y 3, agosto de 2001.

⁶⁹ *Migración y desarrollo: perspectivas desde el sur*, México, INM, OIM, 2007, pp. 45 y ss.

⁷⁰ Roldán, Genoveva, *op. cit.*, p. 77.

se pone de manifiesto una expresión del ánimo legitimador de las restricciones exacerbadas por parte del gobierno estadounidense como país receptor de flujos irregulares, ahora puesta en boca de mexicanos. En lo relativo al “aliento a las corrientes migratorias que contribuyen a nuestro desarrollo” es observable que México posee una política restrictiva que sólo privilegia el ingreso de extranjeros con capital o bien migrantes laborales calificados; no es prudente moralizar dicho aspecto diciendo si desde la perspectiva del autor es correcto o incorrecto, sin embargo, resulta innegable que mediante este tipo de estrategias ni disminuyen los flujos irregulares —tanto de migrantes a México como de transmigrantes hacia Estados Unidos— ni desaparecen.

Es notorio pues, que México como país receptor y de tránsito se ha transformado. La afirmación anterior resulta válida porque es comprobable observando datos duros y concepciones diversas, el modelo económico neoliberal por mencionar un factor económico, la falta de planeación sobre políticas públicas, por mencionar un factor de política doméstica, así como el debilitamiento de las funciones consulares en el exterior, la diversificación de recursos, y por supuesto la creación de normas jurídicas con base en un discurso gastado, que no redundan más que en la evidente transformación de México, que pasa de ser un país con amplísima y aneja tradición migratoria a un Estado violador de derechos humanos de sus migrantes, ya por omisiones, acciones o por factores diversos pero al fin y al cabo, partícipe de esta oleada de discursos grandilocuentes sin rumbo respecto a la protección de migrantes económicos.

Lo anterior se ve reflejado en su política migratoria, que siguiendo la cita de Roldán, se inscribe en el marco de la seguridad nacional donde se piensa que la migración internacional económica irregular se liga a factores delincuenciales, con lo que se busca su criminalización —como sucede en Estados Unidos—, aunque dentro del discurso parlamentario y ante los medios, se pretenda legitimar el carácter del Estado mexicano como protector de derechos humanos de sus migrantes. Esto puede observarse no tan solo en las acciones políticas planeadas, sino de forma más precisa en la arquitectura de normas jurídicas donde se regulan estos procesos; sobre su análisis versará el desarrollo de este trabajo.

Por tal motivo suplico al lector que guarde en la mente, al ir pasando a otros apartados de este trabajo, lo siguiente:

- 1) México es un país de origen, tránsito y recepción de migrantes.
- 2) México, desde los noventa se convirtió en un país con importantes flujos de tránsito.

- 3) La política migratoria mexicana es restrictiva, de cierto modo sigue los postulados de la teoría de los mercados duales.
- 4) México no tutela los derechos humanos de sus migrantes económicos irregulares, que van en tránsito, ni por medio de políticas públicas ni por medio de normas jurídicas atinentes.

II. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CON DERECHOS HUMANOS?

1. *Antes de empezar...*

Estimado lector, los dos principales elementos del lenguaje sobre los que se construirá este trabajo de investigación serán: migración internacional y derechos humanos. Sobre la primera ya abundamos lo suficiente como para obtener un concepto y una clasificación que nos permitió delimitar nuestro objeto de estudio a la migración internacional económica, concepto que con posterioridad, haciendo uso de teorías contemporáneas avocadas a su estudio, nos permitió decantar aún más sus elementos hasta arribar al fenómeno social que estudia esta tesis: la migración internacional económica de carácter irregular.

Conviene entonces dejar latente el desarrollo de lo relativo a este primer elemento, para acercarnos lo necesario al segundo y entonces poder, con mayores contenidos comenzar en forma este trabajo de investigación dirigido al análisis de los derechos humanos de los migrantes económicos irregulares en México, desde un plano jurídico. Así pues, el objetivo aquí planteado será el de tomar una postura teórica de fundamentación de los derechos humanos que nos permita lograr lo anterior. Para tal fin haremos una descripción del contenido de una de las dos partes de la teoría dualista de los derechos humanos que Eusebio Fernández —siguiendo a Peces-Barba— manifiesta comentando que es aquella construcción de pensamiento en la cual se da “el estudio de los derechos fundamentales desde dos niveles: el nivel axiológico o filosofía de los derechos fundamentales y el nivel jurídico o derecho de los derechos fundamentales”.⁷¹ Aquí tomaremos el primer nivel, es decir el filosófico.

Cabe dejar claras dos cosas en este momento: en primer lugar es importante comentar que para los efectos de este trabajo y de lo significado en la cita anterior por Peces-Barba, existe una diferencia importante, en un pla-

⁷¹ Fernández, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1952, p. 101.

no jurídico teórico y práctico, entre los derechos humanos como tales y los derechos fundamentales. La diferencia sustancial, para la escuela española, radica en que los derechos humanos si bien tienen contenidos éticos, socialmente legítimos, al no estar insertos en la estructura de una norma, y por tanto no formar parte del sistema jurídico, no gozan de la misma validez que la de aquellos, que sí poseen las características anteriores, sobre todo al momento de que a favor de quien su contenido existe, no tiene los medios reales para ejercerlo, de ahí la importancia de su positivación trocándose con ella en derechos fundamentales. Conforme usted vaya leyendo el texto se dará cuenta de la relevancia que dicha diferencia guarda en el desarrollo del trabajo.

Por otro lado, el uso del primer nivel de la teoría dualista, tan solo responde a un ánimo de claridad metodológica, dado que desde nuestra perspectiva fijar el contenido de lo que se va decir a lo largo de este apartado en el primer nivel permitirá delimitar de forma concreta nuestro objeto, que es observar una postura de fundamentación específica, para que luego con base en ella se observe el segundo nivel, planteado en el discurso de Peces-Barba, a lo largo del trabajo. Sin embargo, en puridad, además de este mencionado ánimo —pudiera decirse didáctico— no puede esgrimirse como justificación a su uso una supuesta separación real entre la filosofía de los derechos fundamentales y el derecho de los derechos fundamentales, dado que ambas se encuentran imbricadas, por la propia naturaleza de estos derechos.

Regresando a lo dicho por Peces-Barba, aquí abordaremos la primera etapa, es decir la fundamentación filosófica, en tanto que la segunda parte se verá a lo largo de este trabajo pero a la luz de una de las posturas filosóficas alegadas en líneas posteriores que será el positivismo jurídico. Consideré al positivismo sobre las fundamentaciones ius-naturalista, historicista, consensualista y de los derechos morales, no en virtud de una alegada superioridad inexistente, sino porque considero su uso metodológico como el más atinado en un nivel analítico para lograr el objetivo primario mencionado durante el inicio de este apartado —reitero desde un ámbito normativo— y porque además el argumento principal bajo el cual se sustenta esta tesis gira sobre la afirmación de que: una norma jurídica (en este caso en materia de derechos humanos) legítima en cuanto a su naturaleza, origen y desarrollo formal, goza invariablemente de validez jurídica debiendo ser respetada por los sujetos obligados en ella, mediante el cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas sin que exista justificación alguna —amparada por la norma misma— para que los mencionados sujetos dejen de consumir su deber.

En este caso las normas serían tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los miembros de la comunidad internacional, y los sujetos obligados serían los Estados —aquí analizaremos específicamente el caso de México— quienes por medio de la expresión de su voluntad la hacen nacer legítima en un sentido jurídico-positivo, obligándose con esto al logro del fin último del tratado, teniendo por tanto el deber ineludible de cumplir con las obligaciones internacionales que al respecto aceptaran cuando les suscribieron. En el caso de México —como más adelante se verá— estos tratados, de acuerdo a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, gozan de nivel constitucional, lo que sitúa a las obligaciones emanadas de ellos en un mismo nivel de exigibilidad para el Estado, que aquellas provenientes de la propia Constitución.

No conviene ahondar más, por el momento, en el anterior argumento pues para ver su validez sería necesario mostrar otros razonamientos que le fortalecieran, lo que resultaría prematuro dado que no hemos descrito la perspectiva del positivismo, ni las restantes fundamentaciones, por tal motivo considero preferible —sobre todo por un ánimo clarificador— abordar las fundamentaciones mencionadas, para que con posterioridad, en un acápite final, muestre argumentos que a mi consideración dan sustento a la elección del positivismo como corriente teórica para el desarrollo de este trabajo.

Antes de concluir, deseo comentar que el hecho de hacer uso durante esta ocasión, del positivismo en su *vis* metodológica, apegada a la teoría del derecho surgida bajo esta corriente, no significa que se esté de acuerdo con su *vis* ideológica ni con todos sus postulados, sin embargo, debido a que nuestro análisis se centrará en su momento sobre normas vigentes internacionales e internas, y en virtud del ineludible deber de respeto surgido a través de la expresión de voluntad del Estado mexicano al firmar tratados internacionales en materia de derechos humanos de los migrantes económicos irregulares, resulta atinente auxiliarnos de él.

2. *Fundamentación naturalista*

Hablar de derechos humanos desde una perspectiva de fundamentación iusnaturalista es, por tanto, tener en mente el concepto inicial de dignidad humana, entendida como parte inmanente del ser humano, atributo metafísico originario que permite el goce de estos derechos. Sin duda, la base de la cual parte esta construcción teórica radica en la existencia de un orden previo a cualquier fenómeno humano, similar o denominado como norma jurídica, que es superior a este último, independiente por completo de él y por tanto universal, inderogable y permanente. Sin embargo, abordar la temática del iusnaturalismo no es tan sencillo como afirmar que hay un

derecho superior, emanado de un *ethos* invisible —pero avasallante— sobrepuesto al fenómeno social dado que su comprensión es más compleja y amerita una empresa que por sus dimensiones sobrepasa este trabajo; por tal razón no se hará un análisis del iusnaturalismo a través de la historia, sino que se tomarán momentos históricos en razón de los cuales se pretende mostrar lo esencial de aquél como teoría de fundamentación de los derechos humanos. Ya que como construcción de pensamiento ha experimentado cambios de elementos dentro de su discurso, siendo aún hoy aceptada en círculos intelectuales, a pesar de que en un plano jurídico limitado —abocado a las normas positivadas— no basta para explicar la *raison d'être* de los derechos humanos.

Resulta pues que, el derecho natural como ordenamiento jurídico, nos remite al devenir histórico, en un sentido cronológico no científico (como más adelante se verá), que permite observar justamente eso, la evolución que el origen del derecho natural ha tenido, cambiando con él la propia concepción del origen de la dignidad humana. Observaremos tres momentos: la Edad Media —por marcar un punto de partida tentativo—, el Iluminismo europeo (alimentado por el Humanismo de dos siglos previos) y la etapa de la posguerra a mediados del siglo XX.

Veamos, durante el Medioevo se vive un “diario acontecer” sujeto forzosamente a la creencia de un orden inviolable e invariable con base en el cual las cosas son y las consecuencias de los actos serán, indistintamente de la voluntad humana; dicha fundamentación apegada a la escolástica y a una sociedad eminentemente teologizada, en un sentido jurídico, brindó los elementos que robustecieron al pensamiento en el cual se postulaba la universalidad de una legislación perpetua para el mundo humano, impuesta por Dios y observable en el mundo natural, con lo cual se crearon parámetros de conductas específicos y códigos de comportamiento basados en el mundo natural, donde el ser humano tendría el rol permanente de observador. Aunque ciertamente —como comenta Saldaña— para él:

Ius-naturalismo clásico, este derecho [natural, la legislación perpetua,] corresponde a la persona humana en virtud de que la naturaleza propia de este ser le otorga ciertas atribuciones, inmanentes a su propia naturaleza. Es la estructura ontológica del ser humano esencia básica irreductible que tiene su núcleo básico en la propia dignidad humana, base y sostén de los derechos que por poseerla tienen los seres humanos.⁷²

⁷² Saldaña, Javier, “¿Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,

Andado el tiempo y superados diversos dogmas teológicos, promoviendo entonces su separación del derecho,⁷³ con el Humanismo y posteriormente con la Ilustración, se llega a cambiar dicha concepción restrictiva de la voluntad humana, observándose un salto en el nivel discursivo del iusnaturalismo constituido por un cambio en la concepción de la propia naturaleza humana, en el cual ya no es la actuación divina la que la determina sino la potencia formada por la propia razón del hombre.

Dicha Naturaleza humana [para esta nueva vertiente] es la misma que identifica a la persona como tal y, desde una perspectiva aristotélica se integra por dos potencias propias del ser humano: su inteligencia y su voluntad, con cuyo concurso los actos del hombre pueden ser calificados como libres.⁷⁴

A este respecto es importante decir que uno de los fines del ser humano es, justamente, trascender. Esto es lo que, viendo la razón a la luz de la inteligencia y la voluntad, entendidas como potencias supra-sensitivas, hace al ser humano gozar de su propia naturaleza. Esta naturaleza es la que —desde la perspectiva en análisis— le atribuye una serie de cosas o bienes que le corresponden como elementos inalienables y ligados indefectiblemente a su propio ser, los derechos naturales, hoy denominados: humanos.

Así pues, autores clásicos como Vittoria, Puffendorf y Grotius, incluso Hobbes y Locke en cierto sentido, conciben que la razón humana como atributo humano, le permite al hombre trascender mediante el pensamiento, lo cual le hace pasar del estado natural (*status naturalis*) al civil (*status civilis*),⁷⁵ dado que el hombre es un animal racional, político y ético, y es justamente el sentido de esta ética en su existencia —sustentada en valores

núm. 90, 1997, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/90/art/art13.pdf>, p. 1209, consultado el 5 de octubre de 2010.

⁷³ Sobre esto, véase Alvarado Planas, Javier, “Fundamentación historicista de los derechos humanos”, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos humanos, 2004, p. 69, y en Fernández, Eusebio, “El ius-naturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII”, *Historia de los derechos fundamentales, tránsito a la modernidad* (s. XVI y XVII), t. 1, 1a. reimpresión corregida y ampliada, 2003, p. 574, Fernández cuenta que “El Derecho Natural racionalista como filosofía de los Derechos Naturales del hombre [comenta] ...para el humanista del siglo XVI el derecho natural es el que se deriva de la sola razón, es decir, que no difiere de la razón misma, al igual que las conclusiones, por lo mismo, no difieren de los principios de los que se deducen: así el derecho natural es, aun cuando Dios desde ahora decidiera que dejara de ser”.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 570.

⁷⁵ Véase Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura económica, 12a. reimpresión, 2006, pp. 35 y 36.

axiológicos “universales y mínimos”—⁷⁶ lo que le permite evolucionar. Así pues, la dignidad humana unida a la “luz de la razón” como base y permanentes necesidades en el devenir humano se convierten en el principal contenido axiológico y en el principal objetivo a alcanzar en esta variante del iusnaturalismo, denominada racionalista.

En este sentido, la revalorización del hombre, como elemento valioso y protagonista de su propio destino (dejando atrás el papel de mero observador) permiten a *grosso modo* observar la evolución histórica del iusnaturalismo en relación con los derechos humanos. Dado que es entonces cuando el propio hombre se percata de que por su valor inmanente como ser humano, más allá de elementos contingentes (como el origen, *v. gr.* para el caso concreto del derecho de sangre) le corresponde un núcleo de derechos esenciales para la convivencia social, que deben ser respetados, para continuar en la evolución y trascender en la libertad, si esto le suena similar al contractualismo, no se encuentra errado amigo lector, el iusnaturalismo influye grandemente sobre dicha corriente de pensamiento político, incluso Hobbes —como teórico de la soberanía y el absolutismo recalcitrante— afirma que el hombre aun cuando tiene que entregar el ejercicio de sus facultades, sacrificando su individualidad en pos de la colectividad, debe gozar para que se legitime el sacrificio “una vida digna de ser vivida”,⁷⁷ aprovecho la cita hobbesiana para poner desde ahora el acento sobre el deber estatal de garantizar una vida digna al ser humano.

Con el contractualismo propiamente, el derecho natural —con contenido axiológico y ontológico en relación con el hombre— pasa de ser “en vísperas de las revoluciones americana y francesa, [de una] teoría del derecho natural a una teoría de los derechos naturales”,⁷⁸ y en un sentido jurídico

⁷⁶ A este respecto Eusebio Fernández dice: “Universal porque sus principios se van a obtener de común razón humana, y mínima, porque se pretende su validez sin negar las diferencias culturales o religiosas... Consiste en un ética racional separada de la teología y capaz por si misma de garantizar la universalidad de los principios de la conducta humana”. Fernández, Eusebio, “El ius-naturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII”, *cit.*, p. 580.

⁷⁷ Comenta Vitale: “En el de cive, Hobbes —tratando de enumerar los casos en los que el individuo puede legítimamente intentar abstraerse de la decisión del poder político al que él mismo le ha autorizado —arroja la expresión cargada de consecuencias “vida digna de ser vivida” para explicar precisamente que un individuo pueda preferir morir a vivir una vida considerada indigna de vivirse”, Vitale, Ermanno, *Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

⁷⁸ Fernández, Eusebio, *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII*, *cit.*, p. 583.

se arriba a la positivación del derecho natural con lo que, desde la técnica, dichos derechos naturales gozan de una validez jurídica antes inexistente (desde la perspectiva del positivismo, pues para el iusnaturalismo este hecho era por completo contingente) muestra de lo anterior son tanto las enmiendas de la Constitución estadounidense como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia.

Así pues, en los dos párrafos precedentes intenté, y no dudo que sin éxito, concentrar siglos de pensamiento occidental que desembocaron en las revoluciones del siglo XVIII, parteaguas en lo que se conformaría —al pasar del tiempo, las guerras y las victorias— en el núcleo esencial de los derechos humanos. Aquí lo destacable es justamente el hecho de que el iusnaturalismo, como se ha visto, no pierde nunca el giro sobre el eje que sustenta sus argumentos: la dignidad humana, inextinguible y parte inseparable del ser humano. Pasemos a un tercer momento, el siglo XX, denominado por Erick Hobsbawm⁷⁹ como un siglo corto que corre de Sarajevo (1914) a Sarajevo (1991), destacó en el ámbito de los derechos humanos, por grandes picos de violencia y por la concentración en un documento internacional de los anhelos surgidos en el occidente luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial convertido en la base del actual derecho de los derechos fundamentales (abordado después).

Es en 1948 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas crea la Declaración Universal de los Derechos Humanos; misma que resulta sustancial para la teoría iusnaturalista dado que fue usada para fundamentar las razones de este documento. J. Maritain, quien tuvo mucho que ver en la redacción de este documento, durante la Conferencia de la UNESCO de 1948,⁸⁰ declaraba la importancia de resolver las problemáticas causadas por culpa de la guerra y sus atrocidades, reconociendo el valor de la dignidad humana —de forma total— como parte esencial en el ser humano, irreducible e imperecedera.⁸¹ Lo anterior —en palabras de Eusebio Fernández— “se ha denominado el renacimiento del derecho (sic)? natural”.⁸²

Ahora bien, dicho lo anterior y abordados los tres momentos prometidos pueden verse dos grandes corrientes iusnaturalistas: 1) la clásica apegada

⁷⁹ Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, Argentina, Grijalbo Mondadori, 1998, p. 15.

⁸⁰ UNESCO, “Maritain Pide Unidad de Acción”, *El Correo*, vol. 1, núm. 1, febrero de 1948, pp. 1 y 7.

⁸¹ Brandi Aleixo, José Carlos, “Los derechos humanos en la vida y obra de Jaques Maritain”, *Humanismo Integral*, año I, núm. 2, enero-abril de 2004.

⁸² Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 82.

al pensamiento aristotélico escolástico, donde se habla del derecho como único sistema jurídico integrado por dos tipos de factores: uno natural y otro positivo. Sin embargo, el natural inspira al derecho positivo, derivando este último del primero;⁸³ 2) el racionalista el cual basa la dignidad humana sobre la razón humana —*arjhé* de esta vertiente— como medio de reconocimiento de derechos naturales preexistentes, que la comunidad debe respetar ya reunida en un estado de seguridad: estado civil. La razón se erige como parte sustancial de la dignidad humana.

Además de las anteriores, Eusebio Fernández nos comenta “que el derecho natural es defendido... en la época contemporánea por la corriente neotomista”⁸⁴ cercana a una concepción del orden natural similar al tomismo clásico, donde el colectivismo y una fuerte carga axiológica se conjugan con una ética ortodoxa en cuanto a sus parámetros de acción, dando así un sentido más “puro” de la dignidad humana en un mundo globalizado.

Dicho lo anterior, a manera de resumen y antes de aportar algunas críticas contra la fundamentación iusnaturalista podemos decir que goza de tres características relevantes y específicas:

- 1) El origen de los derechos naturales no es el derecho positivo, sino un tipo de orden distinto al derecho positivo: el orden natural... estableciendo la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos. Ninguna consideración de utilidad social puede afectar su validez.
- 2) Los derechos son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. Justamente la inmanencia de estos derechos con relación al ser humano, es el *arjhé* de la teoría: la dignidad humana.
- 3) No importa si se reconocen por el Estado (mediante el derecho positivo) pues su construcción es tan valiosa y útil para la ética humana y para alcanzar la libertad que, sin importar su positivación, valen *per se*.

Ahora bien, dicho lo anterior pasemos a las críticas esgrimidas contra la teoría iusnaturalista. En primera instancia, Eusebio Fernández en el texto citado de forma recurrente en este apartado, intenta legitimar su posición a favor de los derechos morales en demérito del iusnaturalismo y del historicismo; en él comenta que un gran problema de la teoría iusnaturalista es

⁸³ Saldaña, Javier, “¿Derechos morales o derechos naturales?...”, *cit.*, pp. 1212 y ss.

⁸⁴ Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, *cit.*, p. 82.

que “funda su construcción sobre un concepto de naturaleza humana indefinido aún en la doctrina”.⁸⁵ Este concepto que la teoría considera universal y que, desde cualquier perspectiva, es así en cuanto al contenido ético, entendiéndolo como ideal, puede no serlo de acuerdo a la moralidad de una sociedad específica, e incluso ir variando en relación con el grado de aceptación que (en un tiempo determinado) pueda tener el discurso que justifique el concepto de dignidad humana. La dignidad entonces va cambiando de matices. Justamente el iusnaturalismo se cierra ante los movimientos históricos, la falta de contingentes históricos en su construcción desvirtúa sus argumentos pues la historia es un flujo. “Ya que no puede haber un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos”.⁸⁶

En este mismo sentido se le critica la inmutabilidad de contenidos; basta ver superficialmente el devenir histórico para encontrarnos que a lo largo de la historia de los derechos humanos se han presentado derechos naturales con contenidos a veces opuestos. El contenido y número de los derechos humanos, como la importancia concedida a cada uno de ellos ha variado. Ahora bien, si se menciona tanto la historia, no es porque se considere que la fundamentación historicista sea la respuesta absoluta para encontrar una fundamentación a los derechos humanos, de hecho diversos autores⁸⁷ comentan que no hay actualmente una teoría que brinde un concepto unívoco de los derechos humanos, ni tampoco que brinde una fundamentación universal de los mismos; sin embargo, el iusnaturalismo en un afán por fundar su filosofía en torno al concepto de dignidad humana, sin ver los entornos en los que ésta se desenvuelve cae en los extremos, dañando su discurso al pretender brindar respuestas a toda interrogante desde una sola perspectiva.

Ahora bien, nos comenta el mismo Fernández que en cuanto a admitir, como hacen los iusnaturalistas, que “los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo”⁸⁸ sin exigir su reconocimiento por parte de una norma de derecho positivo es una verdad a medias e insuficiente e ingenua desde el

⁸⁵ *Ibidem*, p. 90.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *DOXA*, núm. 4, 1987, en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/index.htm>, pp. 30-32.

Moreno Luce, Martha, “El fundamento de los derechos humanos”, *Letras Jurídicas*, vol. 15, enero-junio de 2007 p. 65, y Saldaña, Javier, “¿Derechos morales o derechos naturales?...”, *cit.*, pp. 1207-1210.

⁸⁸ Guastini, Riccardo, “Estudios de teoría constitucional”, México, UNAM y Fontamara, 2008, p. 218.

mínimo punto de vista de la necesaria efectividad y ejercicio de los derechos fundamentales. Dado que “mientras los derechos humanos no estén reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico su existencia plena, garantizada jurídicamente aún no habrá tenido lugar”.⁸⁹ Por tal motivo y por lo que respecta al término “derechos” en la expresión “derechos naturales”, hay que tener en cuenta que los derechos naturales solamente pueden ser considerados auténticos derechos en el sentido técnico-jurídico del término, cuando se encuentran reconocidos en una norma jurídica de derecho positivo, mientras esto no ocurra nos encontramos ante valores, intereses, objetivos y deseos humanos necesarios, importantes o fundamentales, pero que al no gozar de los medios técnicos para hacerse valer, sólo se quedan en el ideal y en un ejercicio nobilísimo pero que —haciendo una analogía muy burda— redundan en los mismos efectos que predicar en un desierto.

3. *Fundamentación positivista*

Pasada la exposición del iusnaturalismo conviene hacer lo propio con la fundamentación elegida para el desarrollo de este trabajo: el positivismo. El primero se constituye, sin duda, como la fundamentación más añeja —no en un sentido peyorativo sino cronológico— de lo que en un principio comenzarían siendo derechos naturales consustanciales al hombre (ya por voluntad divina ya por ministerio de razón) hasta convertirse modernamente —en las concepciones del ideario occidental— en derechos humanos; por cuanto hace al positivismo y su relación con estos mismos el nexo es de cuño antiguo gozando de lo que pudieran denominarse “crestas” y “valles”, según la visión que se pretenda de éstos con relación a un sistema jurídico.

Así pues, la “cresta” más contemporánea y con mayores repercusiones en la actualidad es la posterior a 1948 cuando el derecho escrito —en un plano internacional, y esto es importante— comenzó con la creación de una amplísima literatura al respecto⁹⁰ en razón de que como comenta Erick Millard:

La filosofía de los derechos humanos... aunque empieza por afirmar la existencia de derechos naturales... no se contentaría con esta simple afirmación... apunta también, y especialmente a la consagración de esos derechos por los sistemas de derecho positivo en otras palabras a hacer de los «derechos del hombre» derechos en el sentido de los positivistas... Sin eso, carecen de efi-

⁸⁹ Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 89.

⁹⁰ Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 68.

caía no son más que palabras, aunque mantengan todo el alcance político y simbólico del discurso.⁹¹

Ahora bien, dejando latente lo recién plasmado, considero importante ir afianzando detalles que nos permitirán comprender al positivismo como teoría fundamentadora para este trabajo, en primera instancia el positivismo no es unívoco pues observa —como afirma Moreno Luce—⁹² varias vertientes debido a que hay doctrinas positivistas heterogéneas (como el derecho anglosajón que considera al utilitarismo dentro del positivismo), otras como la teoría analítica descriptiva estrictamente avalorativa del derecho (más adelante se mencionará algo sobre esta vertiente), la teoría de la separación conceptual de la moral y el derecho o la teoría imperativa, cuyos postulados son tan variados que no permiten encontrar la esencia de lo que es el positivismo, por esa razón se habla más bien de positivismos.

Así las cosas, no se tiene el ánimo aquí de arribar a una definición de positivismo que englobe todas sus vertientes y sobre ella construir nuestros argumentos, sino afirmar *a priori* que como teoría fundamentadora de los derechos humanos el positivismo observa como *arhje* —si es correcta la expresión— a la propia ley, entendiendo así al lenguaje normativo que mediante ciertos procesos legitimados en normas superiores permite la concreción de un sistema, por medio del cual se forma el derecho. Ahora bien, lo anterior puede admitir numerosas divergencias, sin embargo, lo esencial para el caso concreto es tener en cuenta —como antes lo afirmara— que aquí considero al positivismo como herramienta idónea pero en un sentido metodológico por lo que, teniendo en mente lo anterior, es conveniente pasar a otro momento de este apartado para mostrarle que como teoría ligada al derecho goza de diversos niveles discursivos (entre los cuales se encuentra el metodológico) y que, según Pietro Sanchís⁹³ siguiendo a Norberto Bobbio, podrían dividirse en tres apartados, siendo los siguientes: positivismo jurídico como 1) *metodología* o forma de aproximarse al derecho, como 2) teoría o modo de ver al derecho, y como 3) ideología que supone un cierto punto de vista acerca de la justicia del derecho y de la obligación moral de obediencia al mismo. Para esta construcción se hará uso del primer nivel intercalando éste con relación al segundo.

⁹¹ Millard, Eric (trad.), R. Guibourg, “Positivismo y derechos humanos”, Argentina, Mesa redonda en la Universidad Nacional de Mar de Plata, mayo de 2008, *In totum*.

⁹² Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 69.

⁹³ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 2005, p. 11.

Ahora bien, como *metodología*, el positivismo nos ofrece una concepción de derecho, útil para este trabajo permitiéndonos encontrar una clarificación sobre el móvil de esta teoría al momento de fundamentar los derechos humanos, Prieto Sanchís comenta a este respecto que:

La tesis central del positivismo como metodología es la que Hoerster denomina de la neutralidad. Neutralidad significa una aproximación avalorativa al concepto de Derecho... por tanto con independencia de la valoración que merezca...; pues si bien éste presenta siempre determinado contenido ético susceptible de ser enjuiciado desde el punto de vista de la moralidad *lo que lo define no es aquello que manda o prohíbe sino la forma de hacerlo* (énfasis añadido).⁹⁴

En este sentido podemos concluir *prima facie*, que cuando hablamos de positivismo abordamos al derecho como norma y a la norma como parte de un sistema jurídico encuadrado en una realidad normativa específica, en tal orden de ideas cuando hablamos de positivismo nos acercamos capitalmente al tópico del lenguaje deóntico, en el cual mediante estructuras simbólicas y por medio de operadores deónticos es como (obligatorio, permitido o prohibido) podemos construir normas que culminan en la ostensión de derechos, prohibiciones o facultades a un sujeto determinado por la propia norma; a este respecto comenta Laporta que “la pretensión de que existan normas simplemente por «tener derecho a X»... es un notorio error conceptual [en el cual cae el ius-naturalismo, comenta el autor]. Tal error consiste en que no [puede atribuirse] un derecho sino cuando... va acompañad[o] de una presencia de normas”.⁹⁵

En este sentido, podemos observar la primera característica del positivismo metodológico, la cual, acompañada de otras dos, lo perfilan y nos permiten —al acercarnos a él— aproximarnos asimismo a la relación existente entre derechos fundamentales y positivismo jurídico y derechos humanos y positivismo jurídico. Carlos Santiago Nino⁹⁶ comenta que las tres esencialidades de esta teoría son: 1) que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; 2) que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del derecho; 3) que por tanto, la definición del derecho no dice nada —ni a favor ni en contra— acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia.

⁹⁴ *Ibidem*. pp. 11 y ss.

⁹⁵ Laporta, Francisco, *Sobre el concepto de derechos humanos*, cit., p. 24.

⁹⁶ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Argentina, Astrea, 1990, pp. 37 y ss.

De lo anterior es posible concluir, en primera instancia, algo importante: que a diferencia del iusnaturalismo en cualquiera de sus vertientes, para el positivismo el derecho que priva no es el natural sino —válgase la tautología— el derecho positivo; lo anterior sitúa al uno en las antípodas del otro, y da pie a ver que para el segundo la ley es la propia fundamentación de cualquier derecho en un sistema jurídico; de ahí la necesidad de que el lenguaje normativo construya una estructura deóntica que incluya en su cuerpo al derecho para que pueda esgrimirse como tal, en tanto esto no suceda, el derecho —jurídicamente— es un ánimo acorde a la moralidad pero no un derecho técnicamente. A este respecto comenta Peces-Barba que:

En el propio ius-naturalismo racionalista. En efecto, estos derechos para ser efectivos necesitan incorporarse al Derecho positivo... pues los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse a éste [sic]?. Anteriormente son pretensiones morales y no Derecho.⁹⁷

Lo anterior también permite ver un rasgo del positivismo pero como teoría del derecho en la cual justamente se perfila contra una de las características fundamentales del iusnaturalismo que es la universalidad de los derechos humanos. Esto en razón de que el positivismo se erige como un fruto nacido del pensamiento europeo decimonónico donde los conceptos de “Estado-nación” y “derecho subjetivo público” como prerrogativa estatal otorgada al ciudadano era un paradigma infranqueable por lo que la idea de universalidad de estos derechos nacida en 1948 y posteriormente en otra realidad política y social en 1966 promovió que el positivismo tuviera que afrontar un discurso internacional distinto donde este valor ya no sólo era para aquellos sujetos que gozaban de un derecho porque el sistema jurídico interno se los otorgaba sino sencillamente por el hecho intrínseco de su humanidad, y porque, desde un sentido positivista, se había erigido dicha voluntad —independientemente de su contenido axiológico— en un contexto jurídico-político de legalidad mediante documentos internacionales signados por los Estados voluntariamente.

Así pues, el positivismo como teoría fundamentadora de los derechos humanos, concibe al sistema jurídico positivo y a la norma vigente como los vehículos esenciales a través de los cuales los derechos humanos —y aquí traigo a colación la aclaración terminológica hecha en el principio de este apartado— se convierten en derechos fundamentales.

⁹⁷ Peces-Barba, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, *DOXA*, 1994, núms. 15 y 16), en http://www.lluisvives.com/servelet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_07.pdf, pp. 621 y 622.

Sin embargo, el positivismo, según Guastini, tiene el objetivo de promover los medios jurídicos necesarios para que esos derechos puedan trocarse en la realidad, asequibles, a través de mecanismos o instrumentos útiles, buscando ante todo que no queden en la norma como letra muerta, aunque nunca saliendo del ámbito normativo. En este sentido conviene decir que el positivismo decimonónico con respecto a los actuales positivistas⁹⁸ muestra una clara evolución teórica donde ya tan sólo el derecho no es una estructura avalorativa, “un instrumento de dominación”⁹⁹ sino un medio a través del cual los derechos, en un sentido jurídico se convierten en verdaderos derechos —exigibles y tangibles— de acuerdo a la propia maquinaria estatal y al sistema jurídico.

Y es en este sentido, que viene a ver la luz la principal crítica al positivismo, resulta pues que si esta teoría confiere al derecho positivo el peso de lograr la eficacia de los derechos fundamentales, desafortunadamente se cae en un vacío no resuelto por los positivistas recalcitrantes y que justamente su coprotagonista en el escenario teórico del siglo XX —el realismo escandinavo—¹⁰⁰ le viene mostrando con crudeza pues “la crítica realista que pone de relieve la dimensión fáctica de efectividad y la imposibilidad de un normativismo que prescindiera de los factores culturales, sociales y económicos tiene especial incidencia en el tema. “[Su ejercicio y garantía]... se verá[n] condicionad [os] por el analfabetismo, la escasez, la pobreza, el hambre y desde luego por la inexistencia real de sistemas políticos democráticos únicos que asumen e impulsan la cultura de los derechos fundamentales”.¹⁰¹

De ahí que como afirma Millard, para el positivismo metodológico el problema de la eficacia tenga tres aristas, la que por antonomasia se resuelve en sede de teoría del derecho positivista, mediante la construcción de los *derechos en forma* de *derechos* bajo el esquema de un sistema jurídico, y las otras dos —que extraen a los positivistas de su zona de confort— donde las acciones políticas son fundamentales para que éstos se hagan efectivos. En tal orden de ideas aunque los derechos constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos construyan con minuciosidad de relojero los dere-

⁹⁸ Prieto Sanchís comenta que actualmente existe la corriente del positivismo ético moderado que por demás —al decir de nuestro autor— es una tesis muy poco positivista, al menos si se considera que el aspecto metodológico es el central del positivismo, véase, Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 26.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁰ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Las generaciones de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, septiembre-diciembre de 1991, p. 204.

¹⁰¹ Peces-Barba, Gregorio, *La universalidad de los derechos humanos*, cit., p. 624.

chos humanos de diversos grupos vulnerables; resulta que en tanto no exista la voluntad política para resolver dicha problemática la norma se convertirá en un artículo sin utilidad. De ahí la importancia de crear normas jurídicas atinentes a las problemáticas sociales de actualidad.

El positivismo metodológico en ese sentido puede auxiliarnos, dejando atrás —claro está— el fetiche de la ley que tanto critican los realistas a los positivistas y que se encuentra en el discurso de la *vis* ideológica en el positivismo, para observar que la ley es una herramienta útil en la defensa de los derechos humanos, de ahí que el Estado deba cumplir con las obligaciones internacionales consignadas en instrumentos internacionales que en efecto tienen validez jurídica y que como se verá más adelante forman parte de su sistema jurídico.

Dicho lo anterior, a manera de resumen podemos decir que el positivismo goza de tres características relevantes y específicas:

- 1) La preeminencia del derecho positivo sobre el derecho natural, entendiendo el término preeminencia no como un criterio de comparación que determine la superioridad intelectual o técnica del primero sobre el segundo sino en un sentido eminentemente metodológico, para que un *derecho* se declare como tal, tiene que encontrarse positivado, de lo contrario sólo resulta una pretensión —cuyo valor puede ser trascendental— pero que no goza de exigibilidad jurídica, de ahí que la universalidad de los derechos, en su *vis* espacial como comenta Peces Barba¹⁰² sea un problema irresuelto para el positivismo.
- 2) La estructura de la norma es fundamental para que un derecho humano se convierta en tal cosa, o siguiendo un comentario anterior, realizado al inicio de nuestro apartado, para convertirse en un derecho fundamental válido dentro de un sistema de normas, así pues es necesario el uso de lenguaje deóntico en su construcción para que el derecho quede plasmado como tal en el sistema jurídico o bien en la norma internacional; en este sentido el uso de símbolos y operadores así como la estructuración que se haga de los términos traerá como consecuencia la plasmación del derecho y por tanto, junto con las acciones políticas atinentes, el logro de su eficacia o ineficacia en un plano práctico.
- 3) El positivismo se centra sobre el aspecto eminentemente técnico y pudiéramos decir “jurídico” de los derechos humanos, de ahí su importancia cuando buscamos la eficacia de su protección en la correcta

¹⁰² *Ibidem*, pp. 625 y 626.

construcción de normas jurídicas y su poca influencia al momento de salir del mundo jurídico e inmiscuirse en el real (politológico, psicológico social, sociológico).

4. *Fundamentación historicista*

Luego de los dos momentos anteriores y con un afán más moderado, conviene abordar someramente la tercera postura de fundamentación, el historicismo. Para la descripción de esta corriente el ánimo no será igual que para las anteriores en el sentido de exponer lo más posible en el menor espacio, ya que sólo se busca destacar una idea principal respecto a su visión de los derechos humanos, la evolución que los mismos han experimentado a lo largo de un tiempo histórico específico.

Así pues, mientras que para el iusnaturalismo los derechos humanos son atributos connaturales al hombre, que trascienden a su paso por el mundo (y lo digo sin rubores religiosos) siendo su origen un poder metafísico, su propia razón o su dignidad, y en tanto que para el positivismo el derecho humano, para ser declarado como tal necesita formar parte del sistema jurídico y erigirse entonces como un atributo del sujeto, que puede hacerse exigible, a través de la ley. En el caso del historicismo el derecho humano subyace en el devenir social como una construcción no tan solo filosófica, teológica ni eminentemente de técnica jurídica, sino histórica; pues el grupo social satisface —de distintas formas, a través de distintos medios y con distintos fines— las necesidades concretas que van surgiendo.

En este sentido comenta Pérez Luño que:

La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas generaciones de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas que tan solo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII.¹⁰³

El anterior comentario nos permite observar dos situaciones ampliamente ligadas con la postura historicista de los derechos humanos; el primero sería el uso tan amplio de la teoría generacional de Karel Vasak en la cual destaca tres valores en torno a los cuales —desde el iluminismo francés hasta la caída del bloque socialista y más allá— giran las concepciones de los derechos humanos en sus distintos momentos histórico-temporales; en

¹⁰³ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Las generaciones de derechos humanos*, cit., p. 205.

un primer momento la libertad (primera generación), luego la igualdad (segunda generación) y por último la solidaridad (tercera generación). Incluso hoy día se habla de generaciones posteriores que reportarían derechos relacionados a un momento social donde paradigmas antes imperdibles hoy se encuentran a punto del colapso. Y además de lo anterior es destacable la “temporalidad” de los propios derechos humanos, especificados en relación al hecho histórico que los hace surgir.

Sobre la aportación de Vasak —en un sentido histórico— ahondaremos un poco, pues nos permite estructurar una línea del tiempo que con base en estos tres valores, hace visible una marcada evolución, o bien (si no se quiere ver de este modo) los cambios en el nivel del discurso de la filosofía de los derechos humanos, desde esta perspectiva. Para el contexto en el que se desenvuelve la primera generación, tomando como referencia el momento de la “libertad”, se hablaba del individuo (entendido como lo privado) visto en una relación dicotómica¹⁰⁴ respecto del Estado (visto como lo público). Así, entre más espacio ganara la esfera del primero la correlativa se encontraría reducida y *viceversa*, siendo destacable que el sujeto como individuo racional y con voluntad propia, se encontraba en posibilidad de ir en contra de la opresión¹⁰⁵ y buscar la libertad como valor máximo, en virtud de que el monarca no había cumplido su misión de salvaguardar el bien común. De ahí que el Estado pasara de ser *ex parte principii* a *ex parte populi* siendo ahora el pueblo y no el rey en quien reside la *summa potestas*, es decir el poder de decisión sobre sus destinos, el tiempo de las greyes ya es cosa del pasado.

Así pues la libertad se erige como una reivindicación, y como una acción reivindicatoria de otras prerrogativas establecidas a favor del sujeto en relación al quehacer del Estado en un sentido negativo; en este sentido Locke, en su carácter de contractualista, afirma que una sociedad que se jacte de civilizada debe gozar de cuatro derechos: a la propiedad, a la vida, a la seguridad y a la resistencia (rebelión). Es entonces la idea de la libertad la que permea el espíritu de los derechos civiles y políticos a lo largo de la historia moderna, ¿por qué no antes?, Pérez Luño responde diciendo que “los derechos humanos son un concepto histórico propio del mundo moderno, impensable desde categorías pre-modernas”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad...*, cit., pp. 11-38.

¹⁰⁵ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 16-30.

¹⁰⁶ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 500.

La libertad encumbrada en el pensamiento político del liberalismo, y en economía con los fisiócratas y capitalistas como Adam Smith y Bentham, hacen que los derechos civiles y políticos sean una *conditio sine qua non* para que la sociedad evolucione; sin embargo, la trampa se encuentra finamente escondida en su discurso: sólo es hombre aquel que tenga propiedad, sea de “raza blanca”, sea libre y siga los postulados sociales básicos (esto último es norma no escrita pero influyente en el propio derecho y en las acciones políticas). En este contexto la democracia se convierte luego del liberalismo en el régimen político por excelencia, y de ser —con anterioridad— una plaga contraria al bien del Estado,¹⁰⁷ se transforma en el medio idóneo para lograr la mayor equidad entre los “iguales”. He ahí el centro de la discusión que daría paso al siguiente nivel discursivo, la igualdad.

Los iguales entonces (y aún ahora) eran los mencionados hombres blancos, letrados, con propiedades y en libertad (cuando la esclavitud era un mercado en pleno auge) y en este sentido la democracia sirvió para mantener cúpulas de poder sostenidas por burgueses, quienes una vez desplazados los nobles y los clérigos de la sociedad antaño estamentada, secularizaron el poder y afirmaron que mediante la paridad entre los de su clase el bien común se vería garantizado. Esto desde la perspectiva del autor sería —interpretando el discurso rousseauiano— un medio para que la aristocracia “como el gobierno de los *optimates*” fuera el gobierno de los burgueses en tanto se relegaban del ejercicio del poder a las capas sociales “bajas” en un sentido de pobreza económica.

La igualdad nace en un discurso distinto al anterior, cuando ya el individuo no tan solo reivindica su calidad frente al Estado, sino que el grupo humano busca reivindicarse entre sí teniendo el ideal de garantizar mínimos necesarios para el goce universal de una vida digna. En este sentido, la vida digna no sólo se entiende como la medida que el Estado debe dar al sujeto y que de no ser satisfecha provoca que el sujeto inicie la revolución y cambie el poder (fundamento de las revoluciones norteamericana, francesa e hispanoamericanas), sino que se convierte en la medida necesaria para que el sujeto logre una paridad real frente a otros en condiciones diversas.

A esta etapa contribuyeron eventos históricos importantes, a manera de ejemplo tómese en consideración el fin del colonialismo que promovió el respeto al derecho a la autodeterminación de los pueblos, que andado el tiempo se convierte en un derecho humano a la autodeterminación; la preservación de bienes culturales —una vez brincado el valladar del eurocentrismo— dio

¹⁰⁷ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 57 y ss.

entrada al ejercicio de los derechos culturales y sobre todo —esta es la parte medular del salto en el nivel discursivo de la “libertad” a la “igualdad”— el Estado ya no es la fuerza cuya expansión reporta un descenso en el goce de los derechos del hombre, sino que se erige en el medio para poder garantizarlos, no mediante una plácida actitud sino como una obligación por cumplir. En ellos se pretende que la universalidad en un sentido racional, espacial y temporal (como la clasifica Peces-Barba) se vea plena, sin embargo, son “las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas del tránsito a la modernidad las que precipitarán y explicarán la idea de derechos humanos. Se ha reconstruido la propia noción de las libertades, que dejan de ser ideas abstractas que se agotan en y para sí mismas, para devenir derechos humanos que se realizan con los demás en un contexto social e histórico determinado”.¹⁰⁸

De ahí que hoy en día, los derechos económicos, sociales y culturales, o de “igualdad” no hayan visto pleno su ejercicio, en realidad ni siquiera los primeros (de libertad), pues para que estos puedan ser ejercitados necesitan forzosamente el respeto y garantía mínimos de los segundos. Ahora bien, el último nivel discursivo, el de la “solidaridad”, busca la visión de la humanidad agrupada por el mismo afán, una vida digna, pero ahora no sólo la de un individuo que proyecta aquella a todo su grupo social, y por tanto a la humanidad *in totum*, ya que se pretende que cada mínimo eslabón en la cadena, cada ser humano, goce de diversos derechos pero proyectados en el colectivo, de ahí que los derechos de solidaridad, reitero, no vean en el ser humano sino en la humanidad su motivo de existencia.

El derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, están basados en el consenso de la humanidad, junto —y esto es interesante— con otros basados en el disenso, ejemplos ilustrativos son los derechos humanos a la objeción de conciencia y los derechos humanos sexuales; en este sentido, son muestra de que las condiciones sociales juegan un rol determinante en el surgimiento de estos derechos (idea que nos hace reforzar el centro de este apartado). Esto es visible si se piensa que en el siglo XVIII era impensable un derecho a un medio ambiente sano dadas las condiciones económicas e industriales de los países europeos, o por ejemplo el derecho humano a la objeción de conciencia no podía ser en España para la época franquista, una posibilidad legítima de evadir el ejercicio castrense debido al desacuerdo individual o grupal contrario al régimen, cuando hoy incluso existe un tribunal especializado en esa materia que permite a la juventud expresar su desacuerdo con relación a este extendido fenómeno cultural del servicio militar, mediante labor voluntaria.

¹⁰⁸ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Las generaciones de derechos humanos*, cit., p. 211.

Regresando a los primeros párrafos del presente apartado, en torno al rasgo de la “temporalidad” de los derechos humanos, es que se esboza la crítica sustancial contra el historicismo, en virtud de que la universalidad como valor fundamental en la teoría de los derechos humanos, y la cual determina que estos “tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia... reduciendo (sic)? el factor histórico hasta hacerlo irrelevante”.¹⁰⁹ Nos permite observar que, como afirma tajante Javier de Lucas siguiendo a Laporta: “En punto a la argumentación dirigida a proporcionar justificación a fundamento de los derechos, la historia no puede ser razón justificativa para esto”.¹¹⁰

En relación con esto conviene decir que si bien es verdad que no podemos caer en el relativismo, pensando que existe una nómina escrita con tiza cuyos elementos, bajo el nombre de derechos humanos, pueden ser borrados sin problema alguno en virtud del tiempo en que se viva. No es menos verdad —como de hecho Peces-Barba reconoce— que existen fundamentos sólidos que brindan importancia a la historicidad de los derechos humanos como productos sociales, dinámicos y “dinamizables” en un contexto global como el nuestro, resultando “un sustrato permanente, con variabilidad sólo de matices”.¹¹¹

Para el historicismo la construcción que la sociedad haga de sus propias necesidades y de los medios para resolverlas entre los que se encuentran las normas jurídicas y las instituciones, tienen que ver con este afán de satisfacción de lo que es necesario. Así pues y teniendo claro que los derechos humanos *per se* no solucionan las problemáticas —independientemente de su positivación o valor axiológico— sino que en conjunción con otros elementos en los discursos políticos, económicos e incluso culturales permiten o al menos intentan darle solución a los temas más álgidos para el momento en que se promueven, nos permiten observar que aunque sean calificados bajo el carácter de elementos contingentes e innecesarios según para las otras dos posturas, para la escuela histórica como para la realista, hacen fuerte la idea de que las condiciones sociales en efecto inciden en el ejercicio y garantía de derechos humanos.

A pesar de esto, y destaco las críticas que realiza Eusebio Fernández al historicismo como teoría fundamentadora de derechos humanos, en este

¹⁰⁹ Peces-Barba, Gregorio, *La universalidad de los derechos humanos*, cit., pp. 615 y 622.

¹¹⁰ De Lucas, Javier, “Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la polémica sobre los derechos morales)”, *DOXA*, 1991, núm. 10, en http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_13.pdf, p. 311.

¹¹¹ Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 94.

tenor, la variabilidad histórica de todos los derechos no puede ser total pues no todos los derechos humanos tienen un contenido variable. Asimismo, los derechos humanos no pueden ser vistos tan solo como exigencias basadas en necesidades humanas, sino como postulados que van más allá de necesidades contingentes (económicas, políticas, sanitarias) y, por tal motivo, son necesarios, es decir, no es el devenir social quien los hace o no de tal carácter sino que ellos resultan así para un devenir social correcto y deseado. A pesar de estas objeciones, el mismo Fernández reconoce que la tesis historicista “ofrece una visión general acerca de cuáles fueron las condiciones históricas que motivaron la aparición de estos derechos y el subsecuente reconocimiento de los mismos en textos jurídicos”.¹¹²

En tal orden de ideas y antes de concluir mencionemos dos características principales de la fundamentación histórica de los derechos humanos, éstas son obra de Moreno Luce:

- 1) El historicismo “sostiene que los derechos humanos están basados en las necesidades sociales y en la posibilidad de satisfacerlas”.¹¹³
- 2) “Niegan absolutamente la fundamentación en la naturaleza humana, basándose en la evolución que se ha ido dando a través de la propia historia de los derechos humanos, los cuales van ampliando su catálogo y han ido variando de acuerdo a las propias necesidades del hombre”. Van cambiando conforme cambian las necesidades del hombre.

5. Otras fundamentaciones

Tan solo para completar lo dicho en este apartado, conviene tener una idea fundamental de que, aunadas a estas teorías fundamentadoras, existen otras posturas específicas que, más allá de la aceptación y críticas esgrimidas a favor y en contra de sus postulados, son relevantes. Éstas son el consensualismo y los derechos morales.

Sobre el primero comenta Saldaña que su fundamento es el consenso al que intersubjetivamente se llegue respecto a la validez de los derechos humanos. Saldaña cita a Bobbio, quien opina en su obra *L'Età dei diritti* que, desde la óptica consensualista, los derechos humanos ya alcanzaron un consenso, de modo que buscar un fundamento absoluto carece, a su vez, de fundamen-

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 72.

to pues con el hecho de haberse logrado la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 ya tuvo solución aquella problemática.¹¹⁴

Sin embargo, con toda proporción guardada tiene deficiencias lo dicho por Bobbio. Es evidente que el argumento consensualista jamás podrá invocar ninguna realidad objetiva para la defensa de estos derechos; más bien lo contrario, encontrará su fundamento en un dato que se hace depender del común acuerdo entre los miembros de una sociedad, relativizando los derechos y considerándolos como una simple ideología, personal o de grupo. De hecho las cuestiones relativas a la validez de un argumento, sustentada sobre el consenso universal se han enfrentado —en numerosas ocasiones y dentro de disciplinas de estudio distinto a las relaciones internacional y al derecho internacional de los derechos humanos— a su irrealizabilidad debido a que es imposible alcanzarlo.

En este sentido, la teoría consensualista se encuentra influida por Habermas respecto a su teoría de consensual de la verdad¹¹⁵ en la cual centra la validez del argumento que sustentará el concepto de verdad (en este caso de verdad sobre los derechos humanos) sobre un consenso universal de todos los seres humanos en las mismas condiciones para poder argumentar y con los mismos elementos de discurso para poder afirmarlos o crearlos; lo anterior es irrealizable en virtud de su amplitud, sobre todo si se habla de derechos humanos.¹¹⁶

Ahora bien, si hablamos de la fundamentación realizada por los derechos morales, nos encontraremos con el postulado de que los derechos bajo dicha connotación no pueden verse como algo solamente jurídico, entendiendo esto como si se afirmara que nacen en la ley pues son previos a lo jurídico porque definen su existencia, aún en el caso de que no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico, en este supuesto su existencia es parcial e incompleta pero también es cierto que si no aceptamos esa existencia moral previa, desde la perspectiva de esta teoría, no es posible, ni siquiera criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no los reconoce ni garantiza, ni defiende la necesidad de su incorporación al derecho positivo.

El fundamento ético, considera que los derechos humanos son de una naturaleza moral tal que su fundamentación no se encuentra inserta en la moral particular sino en la colectiva, constituida por las normas morales de

¹¹⁴ Saldaña, Javier, “¿Derechos morales o derechos naturales?...”, *cit.*, p. 1215.

¹¹⁵ Habermas, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular. Las concepciones liberal y republicana”, trad. de J. González Amuchástegui, *Derecho y Libertades*, núm. 3, 1994, pp. 217-221.

¹¹⁶ Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos*, *cit.*, p. 69.

la sociedad de cada época; sin embargo, la objeción a este punto de vista estriba en que la moralidad en una sociedad es tan variada y conflictiva como puntos de vista y momentos históricos pueden incidir en su desarrollo pudiendo chocar de forma importante y diversa, exigiendo entonces ponderaciones que con el tiempo resulten innecesarias o excesivas. Sin embargo, esta afirmación pierde fuerza cuando se ve que no tan solo se basan en la moral sino en la ética vista desde la filosofía analítica,¹¹⁷ donde la ética no es una razón dada *per se* en el hombre sino una construcción humana, beneficiosa y con la cual se construyen los derechos humanos.

En este sentido, los derechos morales conjugan en sí, quizás en razón de su actualidad como teoría fundamentadora, partes importantes del iusnaturalismo (en el contenido axiológico de los derechos humanos), del positivismo (en la parte relativa a la importancia que la positivación reporta para la eficacia de los derechos humanos) y del historicismo (en lo relativo a la temporalidad de las necesidades humanas y a su reflejo en relación con el surgimiento, de ciertos derechos).

6. Colofón

Visto todo lo anterior, es prudente, con el fin de concluir este apartado, dar ciertas razones sobre la elección del positivismo metodológico para el estudio jurídico en esta investigación. Ya se abordó la parte conducente a la filosofía de los derechos humanos correspondiendo este momento al estudio de la segunda parte de la teoría dualista de Peces Barba (citado con anterioridad). Ahora bien, en el apartado siguiente —final del capítulo primero— se abordará lo que Peces Barba denomina “derecho de los derechos fundamentales”; sin embargo, para poder entrar de lleno a él, deseo vivamente dejar más clara la razón por la cual he elegido el positivismo metodológico como teoría fundamentadora de los derechos humanos y como visión de la norma jurídica en este trabajo.

En el apartado de la fundamentación iuspositivista, describí lo que más pude respecto a su manera de concebir el derecho, y más específicamente los derechos humanos. Pudiera pensarse *prima facie* que el uso del positivismo bajo su vertiente metodológica, hija pródiga de la teoría de la neutralidad de Hoerster que observa al derecho como un producto avalorativo, resulta anacrónica y falta de criterio sobre todo en un tiempo donde el valor de los derechos humanos no radica en su positivación sino en su eticidad, defendida ápice por ápice cuando gran parte de la humanidad lo ha creído

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 12.

necesario. Por tanto, en este trabajo no deseo construir derecho (ni derechos) a partir de la visión positivista sino defender los ya existentes basándome en sus postulados.

Prieto Sanchís nos cuenta que el positivismo es una concepción a propósito del derecho ¿qué tipo de concepción? una técnica-normativa, apegada a un criterio homogeneizador del derecho bajo el esquema dibujado en la siguiente ecuación: derecho=norma; teoría que por su propia generalidad abre la puerta a la creación de razonamientos y argumentos planteados sobre los postulados formulados a partir de la visión del derecho que propone, ese es el objetivo del autor. Así, los argumentos que se irán vertiendo aquí se inscriben en un momento —temporal— de la norma y del sistema jurídico-político distinto a aquel sobre el cual el positivismo construye gran parte de su núcleo duro, esto es, *el instante en el que una norma pasa del ideal, buena intención o abstracción de pensamiento a un terreno jurídico, encuadrándose a través del lenguaje en una hipótesis jurídica con consecuencias definidas*. Lo anterior sufre de anacronismo pues la escuela de exégesis y la teoría de la subsunción se baten en franca retirada —y temo decir que junto con el positivismo— a causa de teorías jurídicas más *ad hoc* a los tiempos actuales; por tal razón el momento en el cual se forma mi argumento es otro, *precisamente aquel donde una vez creada la norma, positiva y legitimada, debe acatarse por el simple hecho de haber cumplido con los requisitos formales necesarios para surgir al mundo jurídico como fruto maduro del proceso legislativo*.

Se pide que antes de aventurar conclusiones sobre lo recién esbozado, se termine de observar el planteamiento. Entiendo claramente que aun cuando planteo un momento distinto del positivismo metodológico pareciera que todavía giro sobre la afirmación esencialmente positivista de que los derechos son únicamente válidos si una norma jurídica los reconoce y se inserta en un sistema jurídico positivo, constituyendo una obligación que debe ser acatada por los sujetos que ella misma enuncia, dicha visión del derecho resulta miope, por lo que para justificarla mostraré algunos razonamientos al respecto, con los cuales —considero— se fortalece mi postura y permiten además la construcción de este trabajo.

Antes de enunciarlos deseo reiterar que aquí lo importante no es la positivación de los derechos para considerarlos como tales (primer momento del positivismo) sino el hecho de obedecer la norma que los contiene, respetando, protegiendo y garantizando aquellos derechos que ya se encuentran positivados (segundo momento); lo anterior reporta una voltereta al argumento central del positivista recalcitrante que no respeta derechos humanos, porque, desde su perspectiva, no son derechos si no se inscriben en la ley (bajo este esquema se justificó por décadas la apatía estatal en el cumpli-

miento de obligaciones internacionales y en la garantía de los derechos humanos), sin embargo, cuando éstos se encuentran insertos en la ley, resulta —incluso para los propios positivistas— indubitable su validez y por tanto la exigibilidad de su cumplimiento, así las cosas ¿qué justificación jurídica puede haber para no obedecer la norma que contiene derechos humanos? Lo anterior permite ver la esencia de mi planteamiento (necesario para ir desarrollando el argumento central de este trabajo): *darle vuelta al positivismo para obligar al Estado a garantizar los derechos humanos de los migrantes* o como dijera antes *desde el positivismo... proteger derechos, no construirlos*. A pesar de lo anterior un positivista recalcitrante podría contraargumentar mi visión de la norma jurídica de derechos humanos.

A este respecto podría esgrimirse en mi contra que técnicamente puede darse el caso de que esa norma jurídica debido a un choque con respecto a otra dentro del sistema jurídico al cual pertenecen se invalide pudiendo, por tanto, ser desobedecida por el sujeto obligado. En esta línea argumentativa, puede suceder que dicha norma se encuentre en franca contraposición con una norma superior en el sistema jurídico —*v. gr.* la Constitución— por lo que de continuar vinculante podría causar un daño grave al mantenimiento de diversos valores y/o principios básicos para una sociedad democrática (soberanía, seguridad y certeza jurídicas, libertad, etcétera) tutelados por la propia norma fundante, siendo necesaria la invalidación de aquella para mantener coherente el sistema jurídico, esto traería como consecuencia la desobediencia legítima del sujeto obligado y la caída en picada de mi razonamiento, mencionado apenas.

Todo lo anterior resultaría contundente si aquél se basará sobre la validez sin cortapisas de normas internas, sujetas a un sistema jurídico nacional cuyos principios reguladores (jerarquía, coherencia y temporalidad) tendrían que ser respetados, para evitar antinomias entre normas, subsistiendo así el orden constitucional intocado, y por tanto el sistema jurídico coherente. Sin embargo, para el presente caso de estudio, las normas de las cuales se hablará a lo largo de éste son principalmente de derecho internacional y más aún de derecho internacional de los derechos humanos, con características específicas, que varían respecto a las normas de derecho interno en su estructura, medios de creación, ámbitos de validez, e incluso en sus fines y foros de aplicación, con lo cual las condiciones que daban vigencia al anterior contraargumento cambian, perdiendo fuerza. Aunado a ello, en México los tratados internacionales, desde junio de 2011, gozan de rango constitucional, más adelante abordaremos sucintamente este hecho.

La norma jurídica de derecho internacional de los derechos humanos, *prima facie*, no forma parte de un sistema jurídico nacional, incluso pretende

la formación de un sistema jurídico cosmopolita, aún inexistente. Estas se erigen como normas entre Estados que a través de su propia voluntad se obligan a cumplir con lo estatuido en su arquitectura convirtiéndolas, bajo los parámetros de su Constitución, en parte de sus sistemas jurídicos, obsérvese que dicha norma no nace desde dentro del sistema sino que se inserta en él a través del consentimiento estatal plasmado en norma fundante por lo que resulta “indiscutible que desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado que se haya obligado al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el tratado [debe acatarlas] independientemente de la jerarquía que éstos ostenten en el derecho interno”.¹¹⁸ En este sentido es importante comentar, que en la actualidad las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos, pueden incluso encontrarse jerárquicamente sobre la propia Constitución con lo cual, el contraargumento sería válido, pero no en contra de nuestra postura, pues si la Constitución fuese contraria a los derechos humanos consignados en norma internacional aceptada por el Estado, esta tendría —en casos específicos— que adecuarse a aquella, máxime porque el contenido de dichas normas no pone en peligro los valores y/o principios básicos tutelados por las Constituciones nacionales sino que les fortalece y permite una evolución jurídica en la protección del ser humano dentro de las fronteras espaciales de un sistema jurídico.

En este sentido, vale la pena acotar antes de proseguir la línea principal de este discurso, que en México los tratados internacionales gozan de nivel constitucional. Esto se logró con la reforma del artículo primero de su norma fundante en virtud del cual estos instrumentos —ya de por sí considerados por su artículo 133 de la norma suprema— tomaron carta de naturalización en el sistema jurídico nacional, al situarse dentro de su mismo nivel jerárquico. Con esto los derechos humanos contenidos en ellos son protegidos a través de un mecanismo técnico creado desde las entrañas del propio sistema: el bloque de constitucionalidad (o de acuerdo a la vena interamericana, bloque de convencionalidad para efecto de respeto al Pacto de San José). Así, las antinomias son superadas a través del principio pro persona, enfocado a aplicar la norma más benéfica para el ser humano, y las lagunas salvadas mediante interpretación, siempre ceñida a las cotas del camino marcado por los propios tratados. El positivista recalcitrante se quedaría sin argumentos.

¹¹⁸ Cfr. Ayala Corao, Carlos, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 40.

Asimismo, es útil observar que las normas internas surgen a partir de un procedimiento legislativo en donde los sujetos obligados, generalmente no tienen capacidad de elegir si se obligan o no a cumplir con lo estatuido en su arquitectura; en tanto que para las internacionales, son los sujetos —posteriormente obligados— quienes las construyen a través de consenso, obligándose voluntariamente y a través de un procedimiento a propósito. En este sentido el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, señala como fuente del derecho internacional público —entre cuyas ramas se encuentra la que tutela derechos humanos— a las “convenciones internacionales” creadas a partir del consenso alcanzado entre sujetos del derecho internacional público, como organizaciones internacionales o Estados.

Una vez creadas y acordados sus contenidos, los sujetos obligados —en este caso Estados soberanos— rigen su comportamiento bajo la máxima de *pacta sunt servanda*, obligándose a cumplir con lo pactado. Así, se pone de manifiesto que en materia internacional al no existir un imperativo superior (originado por una norma supranacional que obligue, aun cuando no haya voluntad de obedecer) es únicamente la voluntad de los sujetos, bajo la forma del consenso internacional, el medio a través del cual la norma jurídica se erige válida y por tanto vinculante para sus sujetos, debiendo con posterioridad armonizar su derecho interno con relación a la norma internacional. Lo recién dicho debilita el contraargumento plasmado previamente, ante todo porque el análisis hecho en líneas posteriores sobre los derechos humanos de los migrantes en México versará —como lo he dicho antes— sobre normas vigentes internacionales (denominadas “convenciones internacionales”), a través de cuya arquitectura serán analizadas normas nacionales.

Una vez obligados por su palabra, los deberes de los Estados —en el sentido enunciado por la Convención— se erigen como prioridad sobre sus atribuciones. Cabe aquí aclarar que esta característica es específica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pues a diferencia de otros convenios internacionales (*v. gr.* sobre condiciones de comercio y tráfico internacional o de doble tributación) el cumplimiento de los deberes estatales será recíproco entre las partes, pudiendo en caso de incumplimiento seguir la máxima *rebus sic stantibus* y por tanto, no cumplir con sus obligaciones respectivas en razón de que la otra parte no haya cumplido con las propias. Lo anterior —reitero— en materia de derechos humanos, no tiene validez dado que los Estados no poseen excusa alguna para dejar de cumplir con las obligaciones contraídas por ellos mismos, en ejercicio de su soberanía, pues si bien los seres humanos, tienen límites al momento de ejercerlos, esto no significa que el Estado tenga límites legítimos para no permitir o

garantizar su ejercicio, si se observa ambas hipótesis se plantean en niveles distintos de la obligación jurídica.

Así pues, tras este largo discurso, podemos extraer como conclusión que el contraargumento esgrimido no resulta válido y por el contrario, que el planteamiento primario de que la norma jurídica internacional de derechos humanos, una vez positivada obliga por este simple hecho al Estado a cumplir con lo pactado, sí resulta adecuado y válido para el presente análisis. Sobre todo porque aquí lo que se pretende es hacer uso de la postura iuspositivista para proteger los derechos humanos positivados por el Estado mexicano en ejercicio de su soberanía, convirtiendo a la positivación en herramienta útil para tal fin. En lo que resta del trabajo se seguirá desarrollando este razonamiento.

III. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Dos caras de una misma moneda: derecho de los derechos fundamentales*

Es momento de recordar la propuesta de Gregorio Peces-Barba para el estudio de los derechos fundamentales articulada en dos niveles discursivos, el primero en sede de filosofía de los derechos fundamentales, y el segundo, técnico y normativo por antonomasia, denominado el derecho de los derechos fundamentales. Antes analizamos el primer nivel, con lo cual obtuvimos una postura de fundamentación para este trabajo, la cual acaba de ser justificada apenas. Ahora es tiempo de analizar el segundo nivel siguiendo la teoría fundamentadora escogida (positivismo) y observando los instrumentos por medio de los cuales realizaremos este trabajo: normas jurídicas vigentes.

El segundo nivel de la teoría propuesta por Peces-Barba tiene una característica muy especial: su doble vertiente; dado que actualmente puede observarse bajo un par de perspectivas que si bien —a fuerza de roce continuo y para un mejor desarrollo de sus capacidades— se complementan multidisciplinariamente¹¹⁹ aún hoy en día se encuentran separadas técnica y jerárquicamente. Sus ámbitos de validez temporal y espacial difieren, pero ante todo su principal diferencia —a mi juicio— radica en sus vocaciones, una tendente a la territorialización de los derechos y otra al cosmopolitismo, todavía en construcción.

¹¹⁹ Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, cit., p. 38.

La primera de dichas vertientes se sitúa en la base del derecho público occidental desde hace siglos y disciplinariamente se inserta en el ámbito de estudio del derecho constitucional a través de la constitucionalización de los derechos humanos (trocándolos así a derechos fundamentales) y el segundo, nacido hace menos de cien años, cuya nota preponderante es la universalidad de estos derechos, se inserta en una rama del derecho internacional, específicamente en aquella que protege a la persona humana, bajo la denominación de derecho internacional de los derechos humanos. Es preciso apuntar que el primero se reduce a un nivel nacional cuya validez no puede extenderse allende sus fronteras debido a su pertenencia a un sistema jurídico específico. El segundo, por el contrario goza de características estructurales y me atrevo a decir ontológicas distintas al anterior, no limitadas a un sistema jurídico pero sí al consenso y más aún a la legitimidad de sus postulados, hoy aceptados universalmente.

Con el ánimo de comprenderlas en lo necesario, partamos siguiendo un hilo conductor: la positivación de los derechos humanos. Para tal fin deseo marcar dos momentos históricos de positivación de derechos humanos, temporalmente separados por casi dos siglos de diferencia pero unidos entre sí, el primero como el inicio y el segundo como un momento culminante ambos con relación al desarrollo del derecho de los derechos fundamentales, me refiero a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ambos instrumentos jurídicos nacen en momentos políticos y culturales específicos, en el primero se buscaba la reivindicación y emancipación del ciudadano poniendo un alto al poder ilimitado del monarca en tanto que para el segundo se deseaba el fin de las guerras que de forma consecutiva azotaran al mundo en general. Lo relevante en un sentido normativo en ambos casos es que la primera dio paso a la positivación de los derechos humanos pero en ámbitos jurídicos espacialmente delimitados (derecho constitucional), en tanto que la segunda abrió la puerta a la internacionalización de los derechos humanos, vistos más allá del limitado concepto de “derechos subjetivos públicos” (derecho internacional de los derechos humanos).

La Declaración de 1789 es, sin dudar, la obra máxima de una generación arraigada a un pensamiento político que de tiempo atrás venía gestándose en el continente europeo; tanto el racionalismo, el liberalismo y el contractualismo como doctrina de poder, enunciaban a tambor batiente el derrocamiento de paradigmas absolutistas donde el monarca gobernaba la vida y el alma de su pueblo (*rex in regno suo imperator* y *cuius regio eius religio*) dando paso a que el pueblo se convirtiera en dueño de sus decisiones. En este momento se da el choque de fuerzas entre el *ancien régime* y el nuevo

tiempo, de lo cual surgen tanto amalgamas como rupturas irreconciliables. Entre las rupturas se encuentra la desaparición de la sujeción del súbdito al monarca, quien ahora se convierte en ciudadano: hombre libre, pensante y capaz de actuar en conveniencia del colectivo y de sí mismo; bajo estos parámetros nacen los primeros derechos del hombre, la positivación de estas prerrogativas basadas en las cuatro libertades del discurso lockiano, se tradujeron 1) en la razón de ser de las revoluciones europeas, de entre las que destacó la francesa, y 2) en el sustrato de la nueva configuración de un Estado donde el coto ganado al monarca no podía perderse, y justamente la juridificación del discurso revolucionario a la luz de estas libertades ganadas mediante la lucha, se transformó en la esencia del Estado de derecho europeo.

En este mismo tenor, surge el movimiento jurídico cuasi sacralizado de considerar a la ley como la voluntad del pueblo, por tanto inamovible e inmodificable sin la voluntad de aquel, el pueblo entonces inserta sus anhelos en documentos cuyo simbolismo se transforma en el encumbramiento de los textos constitucionales, es en ellos donde el Estado de derecho europeo sienta sus bases jurídicas más sólidas y donde los derechos del hombre y del ciudadano encuentran tierra abonada para desarrollarse, y con esto me refiero, para afincarse en la ideología de los sistemas jurídico-políticos europeos dominantes. Esta temprana constitucionalización de los derechos humanos permitió la construcción de un primer paso hacia lo que sería en su momento el año de 1948 y todo aquello que devendría con su llegada. Sin embargo, el hecho de constitucionalizarlos no los hacía efectivos en el mundo sino tan solo en los límites de un sistema jurídico, siempre y cuando fuese conveniente para las posturas ideológicas en turno.

El hecho de la territorialización recién comentada tiene su origen en el ideal westfaliano (Paz de Westfalia 1648) donde las relaciones internacionales se dieron con base en el fortalecimiento de la soberanía, ya no como atributo sin limitantes del príncipe en sede interna sino como “medio de equilibrio entre los soberanos”;¹²⁰ esto reportó dos consecuencias importantes con relación a los derechos del hombre, en primer lugar el fortalecimiento del Estado nacional en el monopolio de aplicación y consagración de derechos del hombre, y segundo, la no intervención de otros Estados nacionales en estos menesteres; dicho de otra forma, se concibió a la soberanía como la no intervención de los miembros de la comunidad internacional en asuntos de

¹²⁰ Müller Uhlenbrock, Claus, “Del *ius publicum europeaeum* a la gobernabilidad global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación”, en Becerra Ramírez *et al.*, (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales*, México, UNAM, 2008, p. 17.

calidad doméstica (*domaine réservé*).¹²¹ Es Westfalia la que convierte a los Estados en “mónadas leibzianas”¹²² separadas entre sí en la aplicación de sus leyes internas, con la excepción de aquellas esferas de acción común, sobre todo enfocadas a la regulación de la guerra (como derecho y como procedimiento) y al logro de una paz posterior.¹²³

Pasados los siglos, la soberanía continuaba como nota preponderante en las relaciones internacionales. Ya en el siglo XX durante el periodo de entreguerras, preámbulo de 1948, se concretó el Pacto de Briand-Kellogg de 1928 con el cual se condenó la guerra en el mundo, pero para efectos de nuestro discurso, la positivación de los derechos del hombre seguía correspondiendo a los Estados en su esfera individual. A pesar de lo anterior Briand Kellogg supuso la primera piedra de lo que modernamente concluiría siendo un sistema universal de protección a derechos humanos, por el castigo que hiciera de la guerra como herramienta de dominación (lo que deviene en la obvia protección de los sujetos dentro de la jurisdicción de los Estados, al momento del conflicto armado). Sin embargo, fue necesaria otra guerra para que la protección de los derechos humanos, brincara el valladar de la soberanía interna para llegar al derecho internacional de los derechos humanos.

En 1948, el mundo observa una de las muestras más crudas y tangibles de que el hombre es en efecto el lobo del hombre. Es entonces cuando el respeto a la dignidad humana se encumbra como necesidad excepcional para la comunidad de Estados y cuando los derechos humanos —ligados íntimamente a ese término— ven la luz modernamente a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En este sentido el “movimiento en torno a los derechos va a ir acompañado de una superación del concepto mismo de soberanía. Ésta va a ser relativizada, admitiéndose así límites al derecho interno que van a derivar de compromisos internacionales y de principios universales que van a ser aceptados por los Estados”.¹²⁴ En este sentido se legitima el hecho “de que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”,¹²⁵ su implicación más

¹²¹ Herdeggen, Matthias, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 2005, p. 44.

¹²² Velasco, Juan Carlos, *Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global*, cit., p. 598.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, cit., p. 39.

¹²⁵ Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 124.

importante fue la de justificar jurídicamente la intervención o injerencia de la comunidad internacional en aquellos asuntos “internos” asociados a la violación sistemática de los derechos humanos. Es en esta coyuntura donde surge la Declaración de 1948 como base del sistema universal de protección a derechos humanos, y donde los Estados pierden el monopolio en la juridificación de esta materia, sobre todo porque se erige la necesidad de proteger a la persona humana internacionalmente, sobre la jerarquía de los Estados nacionales, como una condición *sine qua non* para la obtención de la paz y la seguridad en el planeta.¹²⁶

Desde ese momento y con posterioridad, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional llevan a cabo una labor conjunta en la protección de la persona humana, el primero a través de una protección más amplia, interestatal, de los derechos humanos mediante la creación de normas jurídicas vinculantes, así como a través de organismos internacionales e incluso tribunales creados *ex profeso* para tal fin; en tanto que el segundo armoniza el sistema jurídico interno con relación al segundo, dándole a la vertiente internacional carta de naturalización mediante su jerarquización interna de acuerdo a cuatro fórmulas:¹²⁷ a) *supraconstitucional*, b) *constitucional*, c) *supra-legal* o d) *legal*, en virtud de lo que la Constitución ordene en el sistema jurídico interno. A pesar de lo anterior, el hecho de la armonización que haga o incluso no llegue a hacer el Estado con relación al derecho internacional de los derechos humanos no determina el cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas a través del consenso internacional, esto es que desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado que se haya obligado al cumplimiento de las obligaciones asumidas en tratados de derechos humanos, independientemente de la jerarquía que éstos ostenten en el derecho interno, debe acatarlas.¹²⁸

El anterior comentario se encuentra en franca relación con lo argumentado en el apartado denominado colofón, sobre la obligación del Estado de cumplir obligaciones internacionales; sin embargo, y siguiendo con el programa planteado, con el fin de obtener mayor claridad conforme se lea este trabajo, considero que es el momento idóneo para explicar en qué consiste el derecho internacional de los derechos humanos.

¹²⁶ Nikken, Pedro, “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, 1989, p. 18.

¹²⁷ Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, cit., p. 39.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 40.

2. *La otra cara de la moneda: el derecho internacional de los derechos humanos*

Ya que hemos comentado aspectos relevantes de ambas vertientes (teoría dualista Peces-Barba) considero que es el momento idóneo para abocarnos al estudio del derecho internacional de los derechos humanos, y más específicamente al de su rama convencional, dado que la mayor parte del análisis que se hará a lo largo de esta tesis será sobre tratados internacionales relativos a derechos humanos. Sin embargo, antes de iniciar deseo hacer una salvedad terminológica. Tanto las convenciones internacionales que enuncia el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional como el término de tratado internacional, se refieren al mismo objeto, es decir un *instrumento jurídico surgido a partir del consenso internacional, celebrado por escrito y regido por el derecho internacional*. La diferencia, quizá, radica en que el primer término se encuentra en el mencionado artículo —considerado como la fuente de las fuentes del derecho internacional público— en tanto que el término tratado se encuentra en el artículo 2o. de la Convención de Viena de 1969 analizada en lo necesario, más adelante. Con independencia de lo anterior, ambos términos son útiles para el desarrollo de este trabajo, porque como lo reconoce la Convención de Viena, sin importar cuál sea su denominación particular, un tratado es un instrumento jurídico surgido a partir del acuerdo internacional y regido por el derecho internacional, por tal motivo desde ahora utilizaremos ambos términos indiscriminadamente para designar el mismo objeto.

Aclarado el punto, comencemos por decir que el derecho internacional de los derechos humanos es una rama especializada del derecho internacional público, cuya validez no radica en el consenso internacional, en el respeto a la soberanía o en la reciprocidad entre partes iguales¹²⁹ (Estados), sino en la legitimidad de sus postulados y en la necesidad de su validez universal para garantizar un mínimo básico de protección al género humano. En tal orden de ideas, a diferencia del derecho internacional público clásico que regula las relaciones jurídicas entre los Estados siendo estos sus sujetos y principales destinatarios. Para esta rama especializada sus sujetos y *directos destinatarios*¹³⁰ son los seres humanos; esto redundará en su protección a través

¹²⁹ Herdegggen, Matthias, *Derecho internacional público*, cit., pp. 1-14.

¹³⁰ Dicho término responde a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que son los seres humanos, sin necesidad de intermediarios, acuerdos, declaraciones de voluntad o cualquier otro medio, sujetos y por tanto beneficiarios de los derechos humanos reconocidos en tratados y en otras fuentes de derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior básicamente surge de una interpretación sistemática del párrafo 77 del Informe núm. 47/96 del Caso 11.463, CIDH,

de sus fuentes, y en la búsqueda de su garantía —por parte del Estado— a través de los organismos internacionales creados *ex profeso* para tal fin, ya en sede regional (OEA, Corte IDH, CIDH) o en sede universal (ONU, CIJ, CorPI).

Visto lo anterior, resulta prudente abordar lo relativo a sus fuentes. Pedro Nikken comenta sobre este tema lo siguiente:

El derecho internacional de los derechos humanos es, en general, de fuente convencional. Aún [sic] cuando alguna doctrina ha sostenido que ciertas normas jurídicas internacionales han cristalizado como derecho consuetudinario o constituyen principios generales del derecho o hasta parte integrante del *ius cogens*.¹³¹

De lo anterior podemos concluir que existen fuentes de derecho convencional (convenciones internacionales), fuentes consuetudinarias y fuentes de *ius cogens*, así como aquellas que Daniel O'Donnell denomina “instrumentos no contractuales” que si bien no son fuente de obligaciones para el Estado en un sentido tradicional “sí se refieren al contenido de ciertas reglas y directrices que incumben al Estado al momento de proteger y garantizar derechos humanos”,¹³² tal es el caso de recomendaciones, observaciones u opiniones de organismos y cortes internacionales, declaraciones, reglas, protocolos, etcétera; todo lo anterior forma el “*corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos”.¹³³ En el presente trabajo nos abocaremos al estudio de las primeras fuentes, sin embargo, no está por demás mencionar de forma superficial algo relacionado a las relativas al derecho consuetudinario y al *ius cogens*.

En lo relativo a erigir derechos humanos como normas de derecho consuetudinario Fix-Zamudio comienza por marcar una cercanía entre el dere-

“Víctimas del Barco Remolcador 13 de marzo *vs.* Cuba”, del 16 de octubre de 1996, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Cuba11436.htm>.

¹³¹ Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos*, cit., pp. 21 y 23.

¹³² O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Colombia, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos, 2004, p. 58.

¹³³ Este concepto es una construcción que la Corte Interamericana hace en su opinión consultiva 16/1999; en su párrafo 115 afirma que se encuentra formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párr. 115.

cho convencional y el consuetudinario afirmando que su relación es “cada día más compleja y más delicada”,¹³⁴ lo anterior debido a que una regla inserta en un tratado, puede, llegado el caso, constituir precedente que a su vez propicie que se genere una regla consuetudinaria por la unión de la práctica reiterada... aparejada a una *opinio iuris* concordante y simultánea.¹³⁵ Para que la primera se observe en la comunidad internacional no puede partirse de un elemento psicológico —imposible de valorar en un Estado— sino en la conformación de una *communis opinio juris*, esto es un criterio concordante que se presentará como un acuerdo, aunque no de voluntades —dice Fix-Zamudio siguiendo a Haggemacher— sino a partir de una armonía de concepciones que no pueden reducirse a un consentimiento de orden convencional.¹³⁶ O dicho de otro modo, como una orientación proporcionada a los Estados para la puesta en marcha de los derechos humanos.¹³⁷

Con lo anterior puede verse que la costumbre bajo los parámetros de la *inveterata consuetudo et opinio ius sive necessitatis* se erige vigente en materia de derechos humanos por la armonía universal —*concordata omnium* dice Fix-Zamudio— alcanzada en torno al criterio de la importancia que su ejercicio y respeto reportan para sustentar la paz en el mundo. Desde luego que lo anterior no es absoluto y mucho menos de corte puramente teórico pues en la práctica puede reportar fallas. Tanto Nikken¹³⁸ como Fix-Zamudio¹³⁹ observan que el derecho consuetudinario tiene dos talones de Aquiles, el primero es que por más pulida que sea la regla y por más valiosos que sean sus contenidos si no se da la acción reiterada por parte de los sujetos obligados la costumbre no surge a la vida jurídica, así mismo puede darse que previo acuerdo los Estados decidan hacer uso exclusivamente de aquellas normas que son afines a sus intereses con lo que aquellas contrarias a sus pretensiones pueden verse nulificadas por falta de práctica, o por otra costumbre que la contrapuntee.

¹³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario”, en Gómez-Robledo, Alonso, *Derecho internacional. Temas selectos*, 5a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 648.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Fix-Zamudio, Héctor, “Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario”, *cit.*, p. 655.

¹³⁷ O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos...*, *cit.*, p. 66.

¹³⁸ Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos*, *cit.*, p. 21.

¹³⁹ Fix-Zamudio, Héctor, “Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario”, *cit.*, p. 660.

Por cuanto hace a nuestro discurso sobre el derecho internacional de los derechos humanos desde su *vis* consuetudinaria podemos decir, siguiendo a Herdeggen, que “los derechos humanos han logrado tener validez en el derecho consuetudinario, en una magnitud importante”.¹⁴⁰ Sobre todo porque es notoria una imbricación entre las fuentes de derecho convencional y las de derecho consuetudinario, como claramente explican O’Donell y Fix-Zamudio;¹⁴¹ el primero comenta que un Estado “puede codificar normas consuetudinarias existentes o reconocer normas de derecho consuetudinario en vías de formación acelerando así el proceso de vinculatoriedad de esa norma, o puede incluso servir su reconocimiento como punto de partida para un proceso de formación de una nueva norma consuetudinaria”,¹⁴² incluso afirma que “en la actualidad, gran parte del derecho internacional consuetudinario ha sido codificado, sobre todo en el campo del derecho internacional de los derechos humanos”,¹⁴³ el segundo afirma que el Estado que no se haya obligado a través de una norma de derecho convencional a respetar un derecho humano, sí puede resultar obligado, en la práctica, por otra norma jurídica, pero de derecho consuetudinario, que sea vinculante más allá del terreno del consenso. Un clásico ejemplo de lo anterior, son gran cantidad de normas de derecho internacional humanitario, primo hermano del que aquí estudiamos.

Ahora bien, en lo relativo a las fuentes de *ius cogens*, seguiremos a Gómez-Robledo, quien marca una relación necesaria entre éste y los derechos humanos al decir que aquellos, por su necesaria inderogabilidad, pertenecen a las normas imperativas de derecho internacional (*iure cogens*).¹⁴⁴ Sin embargo, no es tan sencillo delimitar hasta qué punto se da la relación entre ambos complejos normativos y más aún si todos los derechos humanos forman parte del *ius cogens*, para tal fin sigue nuestro autor a Erik Suy, quien marca tres métodos, de cuya posterior aplicación, puede saberse qué derechos humanos son *ius cogens* y no de derecho dispositivo, es decir, normas surgidas a través del acuerdo de las partes de cuya vigencia y vinculatoriedad pueden disponer las mismas bajo determinadas condiciones y momentos. Aplican-

¹⁴⁰ Herdeggen, Matthias, *Derecho internacional público*, *cit.*, p. 43.

¹⁴¹ Fix-Zamudio, Héctor, “Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario”, *cit.*, pp. 657-661.

¹⁴² O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos...*, *cit.*, pp. 66 y 68.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴⁴ Gómez Robledo, Alonso, *El ius cogens internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 168.

do el método de Suy y a la luz del derecho convencional¹⁴⁵ Gómez-Robledo concluye que existen instrumentos convencionales así como derechos humanos que por su propia naturaleza no deben ser derogados (*v. gr.* la Declaración Universal de 1948, el derecho a la vida), los cuales independientemente de su positivación valen para ser aplicados por los Estados, estando prohibida su modificación o derogación siguiendo intereses particulares o momentáneos. El *ius cogens* entonces, erige a diversos derechos humanos como principios fundamentales para mantener un estado armonioso de respeto a la persona humana que redunde en un estado de paz y desarrollo; teniendo que gozar de generalidad para poder tutelar ampliamente una esfera de protección independiente del derecho escrito. Tal es el valor del *ius cogens* que se erige como una fuente jurídica actual y valiosa —como lo reconoce la Convención de Viena de 1969— pero que de preferencia se utiliza cuando el derecho escrito o la costumbre no satisfacen la necesidad de protección.

Aclarado el punto anterior, es momento de abordar la rama convencional del derecho internacional de los derechos humanos. Ya hemos visto que el objeto de esta rama del derecho internacional no es otro más que la protección de la persona humana a través del derecho escrito, por lo que, para abocarnos a lo largo de las siguientes líneas en el análisis de uno de estos instrumentos (Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias), necesitamos conocer cuáles son sus características distintivas. Para tal fin veremos en lo necesario la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969) así como criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Sin embargo, deseo que, antes de pasar a la Convención de Viena, comencemos por definir cuando estamos en presencia de un tratado de derechos humanos, quizá sea reiterativo pero considero que el fin deseado justifica el ejercicio. La salvedad que marca la diferencia entre los instrumentos convencionales relativos a los derechos humanos y los tratados tradicionales es que, a diferencia de los segundos, aquellos “son un medio para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios”.¹⁴⁶

Habida cuenta de lo anterior, es lógico que pueda surgir la pregunta ¿cómo saber con exactitud cuando un tratado es de derechos humanos y cuando no? Dado que existen instrumentos internacionales que no abocados a su estudio y protección los tutelan en algunas de sus partes, ¿estos

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 168-170.

¹⁴⁶ Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos*, *cit.*, p. 20.

serían en puridad tratados de derechos humanos? Pues bien, un tratado se entiende que es relativo a derechos humanos cuando afecta o interesa a la protección de éstos.¹⁴⁷ Ello es cuando en definitiva su objeto y propósito es el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona humana; para lo cual es fundamental ver el tratado en su conjunto, al momento de interpretarlo, claro está bajo las reglas estatuidas en la Convención de Viena de 1969 (buena fe, interpretación literal del clausulado, contexto, etcétera). En un sentido distinto, pero relacionado al párrafo anterior, la Corte IDH en la opinión consultiva OC-2/82 dice que la diferencia fundamental entre los tratados de derechos humanos y demás instrumentos de derecho convencional de tipo multilateral es que los primeros:

No son concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad. Al aprobar estos tratados, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁴⁸

Lo anterior deja muy claro que un tratado es de derechos humanos cuando les protege de forma explícita, siguiendo además para tal fin la interpretación del tratado y cuando los Estados no se obligan recíprocamente entre sí, sino en relación con la protección del género humano. Considero que luego de esto, podemos pasar a la Convención de Viena.

La Convención de Viena de 1969, codificó, desde su entrada en vigor los procedimientos, instituciones y relaciones entre los Estados al momento de darle vida a un tratado internacional; si bien su vocación no se limita únicamente a los que aquí nos interesan (relativos a derechos humanos) sino por el contrario al derecho internacional en general; a pesar de lo anterior, por conjugarse en ella elementos jurídicos fundamentales para comprender la prosecución de un tratado internacional con independencia de la materia que regule, resulta necesario ver algunas de sus esencialidades para que en seguida pasemos a las características de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, lo anterior únicamente con un ánimo clarificador, dado que no podemos perder de vista —sobre todo por

¹⁴⁷ Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, cit., p. 50.

¹⁴⁸ Corte IDH, El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

la fundamentación de estas tesis— que los tratados de derechos humanos, son una especie de norma positiva con peculiaridades jurídicas específicas, reguladas ya por la Convención, por la jurisprudencia internacional, o por la misma arquitectura de los tratados. Por tanto veremos de la Convención lo siguiente:

- 1) *Capacidad estatal para obligarse al tratado*: en su artículo 6o. reconoce que todos los Estados pueden celebrar tratados, siendo la Convención el *corpus iuris* atinente para regular dichas relaciones, así mismo en su artículo 5o. (he aquí lo sustancial para nuestro estudio) la Convención afirma que será aplicada de igual forma a los tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, como es la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (ONU, 1990). Por tanto, las obligaciones que enuncia la Convención en materia de interpretación, y aplicación de sí misma también se encuadran, en lo necesario, a los tratados sobre derechos humanos en el ámbito de la ONU.
- 2) *Manifestación de obligación del Estado*: visto lo anterior, la Convención en su artículo 11 enuncia las formas de manifestación del consentimiento por parte del Estado que sea parte en el tratado (ya sea entre Estados o en el ámbito de algún organismo internacional); con ellas el tratado entra en vigor en el Estado parte. Aquí nos interesa la ratificación (artículo 14) pues México, por mandato constitucional, para convertirse en Estado parte en un tratado, necesita de la ratificación del Senado. México ya ratificó la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias recién mencionada.
- 3) *Cumplimiento de lo pactado por parte del Estado*: la Convención reconoce en su artículo 26 que la observancia de los tratados se rige bajo la máxima *pacta sunt servanda*, esto es, una vez parte del tratado el Estado debe cumplir con lo pactado por él en uso de su libre consentimiento. Máxime cuando el tratado es relativo a derechos humanos, pues como se dijera antes la obligación no tiene su correlato en el desenvolvimiento de otro Estado, sino en su inexcusable cumplimiento a partir de la garantía y la protección que se les dé a los seres humanos dentro de su jurisdicción.
- 4) *Interpretación del tratado internacional*: la Convención afirma, en su artículo 31, que la interpretación de los tratados deberá hacerse: *a)* de buena fe, *b)* siguiendo el objeto, contexto y fin del tratado, y *c)* buscando no afectar en derechos a los Estados partes; esta última parte no puede a

su vez interpretarse en el mismo sentido para un tratado relativo a derechos humanos, pues como se dijera antes la intención no es procurar la reciprocidad en las relaciones internacionales sino la protección de derechos humanos.

- 5) *No justificación legítima para incumplir con el Tratado, escudándose en el derecho interno*: la Convención estatuye en su artículo 27 que ninguna parte podrá invocar su derecho interno como justificación para incumplir con las obligaciones del tratado, esto se encuentra en plena relación con la imbricación entre las dos vertientes del derecho de los derechos fundamentales, pues debe existir una armonización entre ambos niveles normativos para cumplir con lo pactado en el tratado, de forma especial, cuando se trata de derechos humanos.

Pudiera pensarse que se quedó mucho en el tintero a la hora de describir la Convención de Viena (reserva, irretroactividad de la Convención, denuncia, terminación del tratado, etcétera), sin embargo, decidí destacar únicamente estos cinco puntos con el fin de observar las características esenciales de los tratados relativos a derechos humanos, con relación a ellas. En este sentido, si bien los Estados regirán su comportamiento con relación al tratado de derechos humanos siguiendo la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en lo sustancial, no podrán crear reservas o solicitar la terminación del tratado, ni hacer una denuncia del tratado cuando éste se contraponga a su derecho interno como lo reconoce la mencionada Convención, pues la naturaleza del propio tratado no lo permite.

Esto último da puerta para observar otra característica de los tratados de derechos humanos, ligada a la imposible justificación de obediencia al tratado esgrimiendo el derecho interno, la *autoejecutividad*. En este sentido, al ser los seres humanos los *directos destinatarios* de los tratados de derechos humanos, y los Estados los correlativos obligados ante la comunidad internacional y sus órganos atinentes de respetarles, los primeros tienen la posibilidad de exigir su respeto y garantía sin que medie procedimiento o recurso legislativo en el ámbito interno para que puedan dolerse de su violación, con lo cual el Estado parte en el tratado no tiene justificación para esgrimir su derecho interno al momento de incumplir con el tratado, dado que con independencia de aquel, el ser humano vulnerado tiene la capacidad para reclamarlos ante sede internacional, esto con algunas condiciones claro está (*v. gr.* artículo 44 de la Convención Interamericana).

Así pues, a diferencia de otros tratados que pueden someterse expresamente por los Estados parte al desarrollo de acuerdos posteriores o a medidas legislativas en el orden interno para ser cumplidos, los tratados de

derechos humanos no necesitan de tal medida para ser aplicados inmediatamente frente al Estado respectivo. Lo anterior da entrada a dos distintas hipótesis sobre la autoejecutividad: 1) el carácter de autoejecutividad de los tratados de derechos humanos en particular, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo, y 2) que “en materia de derechos humanos se ha concluido a favor de la admisión de una presunción a favor de la autoejecución o autoaplicabilidad de las normas sustantivas contenidas en los tratados respectivos, excepto si contienen una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes subsecuentes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas”.¹⁴⁹

Aunado a todo lo anterior, respecto a la forma de interpretación de los tratados internacionales, en materia de derechos humanos, veremos otra de sus características, el *principio pro hominis*, utilizado y reconocido por tribunales internacionales. Se basa en la elección de la norma más favorable a las personas al momento de proteger derechos humanos o de aplicar normas cuya correcta o incorrecta prosecución pueda afectar al ser humano en su esfera de derechos fundamentales. Esto contribuye a minimizar las posibilidades de conflictos entre instrumentos legales, así como una mayor coordinación entre ellos.¹⁵⁰ Así mismo, en materia de derechos humanos, destaca su característica *inderogabilidad*, ya que la terminación o suspensión de un tratado por determinación de una de las partes, siguiendo la cláusula de *rebus sic stantibus* aplicable para los tratados internacionales tradicionales, no es aplicable según el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.¹⁵¹ Como puede verse con lo anterior es la propia Convención la que marca una diferencia sustancial entre el derecho de los tratados y la rama convencional del derecho internacional de los derechos humanos, al decir que no son normas de derecho dispositivo aquellas en las que los Estados de *motu proprio* tutelan derechos humanos, sino por el contrario éstas rebasan dicho nivel consensual para ser inderogables en virtud de su importancia para el fortalecimiento de la paz y la dignidad humana.

¹⁴⁹ Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, cit., pp. 84 y 85.

¹⁵⁰ Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos*, cit., p. 24.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 20.