



# uretec





Revista del Centro de Investigación Jurídica  
Juan José Royo Provencio

# CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

## DIRECTORES

CAROLINA LEÓN BASTOS  
ALEJANDRO WONG MERAZ



Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores  
de Monterrey, Campus Chihuahua

Primera Edición: 2008  
Año 1 Número 1

CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Escuela de Negocios y Humanidades  
ITESM Campus Chihuahua.  
Av. Heroico Colegio Militar 4700  
CP. 31300 Chihuahua, Chih.

Impreso y Hecho en México  
ISSN en trámite

## CONTENIDO

Las políticas públicas: disciplina sustentada en el derecho, la administración pública y la ciencia política .....	1
MARCELO GONZÁLEZ TACHIUÍN (México)	
La migración como un derecho de la persona .....	25
ADOLFO LÓPEZ BADILLO (México)	
La empresa multinacional y el pacto de la sumisión expresa en el comercio europeo y latinoamericano: un reto de la globalización en el marco del Derecho Procesal Comunitario .....	67
MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ (Venezuela)	
El sistema de precedentes en el control de constitucionalidad brasileño: un giro hacia el derecho norteamericano .....	101
MAURO VIVEIROS (Brasil)	
Las modificaciones a la Constitución Mexicana de 1917 .....	147
ALEJANDRO WONG MERAZ (México)	

-----

**LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA  
EN EL DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA**

MARCELO GONZÁLEZ TACHIQUÍN\*

SUMARIO: I. EL ESTUDIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. II. LA DIMENSIÓN  
CONCEPTUAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. III. PRINCIPALES ENFOQUES EN  
TORNO A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. IV. CONCLUSIONES

Las políticas públicas constituyen una disciplina académica que integra elementos tanto teóricos como prácticos, y que a estas alturas del siglo XXI ya no podemos considerar como novedosa, principalmente porque es un tema que generó sus primeras inquietudes desde los ya añejos estudios de finales del siglo XIX a cargo de Wilson (1887). El estudio de las políticas públicas ha llegado para quedarse como una rama que brota de la Administración Pública y encaminada al perfeccionamiento del actuar gubernamental, por lo mismo, su relación estrecha con el Derecho y la Ciencia Política, también constituyen una realidad. Por lo tanto, cuando fundamentemos teóricamente el fondo del concepto básico que nos ocupa, nos resultará obvio el no poder concebir a la

---

\* El autor es Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua, Especialista en Ciencia Política y Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia Española, Maestro en Estudios Políticos Aplicados por la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas en Madrid y Doctorando en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid.

## MARCELO GONZÁLEZ TACHIQÚN

política pública, sin una gran dosis de juridicidad y respeto a la Constitución, así como de un mínimo conocimiento de la estructura política o burocrática que se pretende impactar con ésta acción gubernamental, elementos estelares para la aparición de la normatividad y la doctrina de la ciencia política.

El estudio de la política pública ha llegado de unos años a la fecha con un deseo de desarrollo y expansión muy agresivo que está transportando a los investigadores mexicanos a tomarla con una formalidad mucho más activa que lo visto en décadas pasadas.

Más de medio siglo después de su formal surgimiento con los ya clásicos planteamientos de quién es considerado “el padre de las políticas públicas”, Harold Laswell (1951), las comenzamos a ver incorporadas estratégicamente como planes organizados en los programas académicos mexicanos de estudio, investigación, análisis y capacitación dentro del complejo proceso que envuelve a las mismas. En buena hora se han incorporado en los programas de estudio de algunas instituciones de la Ciudad de Chihuahua, dentro de los planes de estudios de la Licenciatura en Relaciones Internacionales y de la Maestría en línea de Gestión Pública en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (Campus Chihuahua) y en las Maestrías en Administración Pública (Facultad de Contaduría y Administración), así como próximamente en la de Derecho Político y Administración Pública (Facultad de Derecho), ambas en la Universidad Autónoma de Chihuahua<sup>1</sup>, programas que con visión han sido planeados y que buscan a la brevedad comenzar a cosechar generaciones de gestores públicos que por primera vez y con instrucción local de carácter jurídico y administrativo, egresen capacitados técnica y teóricamente con los elementos científicos mínimos requeridos para gobernar con arte el complejo mundo del poder público.

En la estructura de los planes de estudio ya referidos en el

---

<sup>1</sup> Los mencionados programas, objetivos y contenidos curriculares pueden ser consultados en las páginas de internet del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (<http://www.itesm.mx>) y de la Universidad Autónoma de Chihuahua (<http://www.uach.mx>).

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

párrafo anterior, el estudio de las políticas públicas ha sido considerado para tener el nivel en algunos casos de materia obligatoria y en otros optativa, lo que pensamos que debe de replantearse tomando en cuenta que es precisamente esta asignatura una de las piezas integrantes de mayor importancia dentro del mundo de las estructuras gubernamentales, y que requiere de un respaldo jurídico – intelectual de primer orden por parte de quién las diseña, lo que auxilia a evitar la improvisación administrativa y la equívoca utilización de la normatividad del sector público. Lo anterior, así como la revisión a nivel nacional e internacional de los más destacados posgrados en la materia, nos permite reflexionar en torno a que todo estudio de segundo y tercer ciclo y que busque la máxima eficiencia académica, debe de ponderar a las políticas públicas tanto en su estudio, como en el análisis y la hechura, como una materia obligatoria, estructurada y que signifique parte fundamental de la formación del gobernante.

Sirva esta modesta pero entusiasta publicación, para acercar al lector a una disciplina que ha tomado auge en los países de habla hispana y que constituye todo un campo científico en vías de expansión, principalmente entre los países anglosajones y en la nación nipona. Este estudio doctrinal que hoy ponemos a consideración, es una selección de temas que hemos desarrollado e integrantes del marco teórico conceptual de una tesis doctoral elaborada con el objeto de ampliar nuestro campo de estudio.

Como lo hago siempre que tengo oportunidad, agradezco infinitamente a mi profesor de políticas públicas y amigo, Dr. Luis Aguilar Villanueva quién fue el primer castellano- parlante con la visión de darse a la tarea de ilustrar en la materia a los interesados a través de su ya clásica compilación de antologías de política pública (2000a, b, c y d), y quién ha constituido una verdadera inspiración para muchos de los que en el andar académico hemos optado por ser fieles contribuyentes a esta bella y aún joven disciplina.

MARCELO GONZÁLEZ TACHIQÚIN

## I.- EL ESTUDIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

### A. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para iniciar delimitando significados, ofrecemos la precisión gramatical sobre el tema que hoy nos ocupa, por lo que mediante una breve aclaración iniciaríamos despejando la confusión que genera en el castellano el vocablo “políticas” correspondiente a la traducción dada al término en inglés *policies*, del que al parecer carecíamos (frente a la lengua anglosajona que también dispone de la locución *politics* y *polity*) y al que se anexionó “públicas” para una mayor concreción (Molina y Delgado, 1998).<sup>2</sup>

Una vez aclarado el que nuestro concepto de investigación será en lo particular las *policies* (plural de *policy*), nos encontramos frente a la dificultad de realizar una difícil tarea que nos lleve a analizar el estado de la cuestión sobre la situación actual de la disciplina a través de la lectura y síntesis de las diversas posturas que con frecuencia suelen asumir los más destacados autores. Para el bien de nuestro hoy objeto de estudio, Aguilar Villanueva (2000a, b, c y d) ha sido un estratégico pionero que para fortalecer y difundir la importancia sobre su estudio, ha logrado compilar algunos de los más destacados escritos, pilares clave en el origen, desarrollo y expansión de la materia, por lo que con la intención de desarrollar conceptualmente el campo de la política pública, partiremos desde los orígenes de la disciplina en donde uno de sus fundadores Harold Laswell (1951), al iniciar con el manejo de un término específico para la materia en el ámbito científico, se pronuncia sobre la necesidad de reorientar la ciencia política hacia las ciencias de políticas mientras Aguilar sucesivamente va recopilando a las

---

<sup>2</sup> Es común en la mayoría de los estudios sobre políticas públicas encontrar la aclaración que explica la carencia que en el castellano padecemos ante la imposibilidad de distinguir con vocablos distintos y específicos la palabra “política” frente la ventaja de la lengua anglófona que conceptualiza *politics*, *policy* y *polity*. Para una mayor referencia sobre el vocablo y fuentes para el debate consultar a González Tachiquín (2007),

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

nuevas voces que se han unido al llamado a la especialización, a través de diversos análisis que en múltiples casos se han convertido en verdaderos clásicos en la disciplina y que incluso han llegado algunos de ellos a formar parte de los cimientos fundamentales del estudio de las políticas públicas.

Más adelante comentaremos con mas detalle como los primeros con frecuencia se ubican dentro de la línea del racionalismo, también llamados a inicio de los sesentas pragmáticos, fríos, calculadores, cercanos a la precisión jurídica sin flexión, para luego surgir como suele suceder en toda postura purista, la otra opción, en este caso los incrementalistas, que con frecuencia se les ubica más en el ala de los políticos que de los técnicos. (Simon, 1957a; Lindblom 1959, 1979 y 1991; Lowi, 1964; Dror, 1971; Majone, 1978; Bardach, 1980 y 1999; Sabatier y Mazmanian, 1981; Jones, 1984; Hogwood, y Peters, 1985; Behn, 1986; Ascher, 1986; Meny & Thoenig, 1992; Subirats, 1989; Parsons, 1995; Pressman y Wildavsky, 1998; Bardach, 1999).

B. ORÍGENES DE LOS ESTUDIOS DE LAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS.

El origen de los estudios de políticas públicas puede encontrarse en los Estados Unidos (Fernández, 1999), debido a que es un país que ha estructurado su administración con fecha tardía, tras la reforma llevada a cabo por el Profesor y luego Presidente norteamericano Wildrow Wilson (1887), quien sostuvo la necesidad de desarrollar una doctrina científica aplicada a la administración a través del postulado defensor de la separación de la decisión política ante la ejecución burocrática, lo que frontalmente se oponía al tradicional modelo administrativo basado en el *spoil system*.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Dicho sistema, que literalmente se traduce en un sistema descompuesto o “echado a perder” o como también lo identifica Martínez Puón (2001) como un “sistema de patronazgo”, se caracteriza por la politización de la administración y la inexperiencia de sus empleados, los cuales son nombrados y removidos a partir de sus fidelidades y compromisos políticos por encima de su preparación y capacidad

## MARCELO GONZÁLEZ TACHIQÚIN

El impulso precursor de las ciencias de la política (Asher, 1986) fue una forma de conductismo multidisciplinario<sup>4</sup>, inicial pero fuerte y que se constituyó como reacción frente a los estudios jurídicos y sociales de los años veinte, cuyos análisis ponían más énfasis en los "diagramas organizativos antes que en como operan los individuos y las instituciones". Esta forma de inicial conductismo combinó su interés por el estudio de la conducta individual y social con la preocupación por los asuntos públicos, relacionados con la reforma política y del Estado, la democracia, la educación, el bienestar económico y social para lo cual creían necesario dotarse de instrumentos de análisis más afinados.

Los iniciadores de las políticas públicas consideraban fundamental que los aportes de los científicos sociales contribuyeran en el diseño de las políticas, para lo que partían de la selección de asuntos normativamente importantes que permitían clarificar las metas de los analistas sociales así como las que la comunidad esperaba, luego analizaban las tendencias existentes, las condiciones y los probables desarrollos futuros. De León (1997) nos indica que Laswell llevó a la práctica gran parte de sus ideas para lograr mayor calidad en la forma del gobierno y dedicó especial atención al proceso de las políticas, o de las etapas o fases funcionales por las que una política o proceso gubernamental determinado debería transitar.

En la década del 50, el mismo Laswell respondió con un conductismo de segunda generación al que denominaron Ciencia de

---

profesional. Para mayor referencia se recomienda el documento de Prats (1998) "Del clientelismo al mérito en el empleo público: Análisis de un cambio institucional."

<sup>4</sup> El conductismo es un enfoque politológico caracterizado por el estudio del comportamiento observable de los actores políticos a través de investigaciones cuantitativas. En la actualidad comparte un protagonismo científico con otros enfoques como la escuela del *public choice*, el institucionalismo o el análisis de políticas públicas (Molina y Delgado, 1998).

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

Políticas (Laswell, 1951), poniendo un énfasis mayor sobre las cuestiones de política, intentando que en la atención de los problemas y sus soluciones no se perdiera el análisis científico. Laswell parte de la preocupación de cómo utilizar los recursos intelectuales con la más sabia economía. En esa dirección sostiene que se ha desarrollado una mayor conciencia en el sentido de que el proceso de la política requiere de estudios con derecho propio, fundamentalmente con la esperanza de aumentar la racionalidad de las decisiones. La orientación hacia las políticas, como llamó nuestro autor en ciernes a su vanguardista investigación, tiene una doble causa, por una parte se ocupa del proceso de las políticas, es decir de la formación y ejecución de las políticas utilizando los métodos de las ciencias sociales y de la psicología, pero además, el proceso de las políticas se ocupa de las necesidades de inteligencia y reflexión más de fondo de este aspecto, con el objetivo de mejorar el contenido concreto de la información y de la interpretación disponibles para los creadores de la política.

Laswell nos propone que las ciencias de las políticas deben de incluir el estudio de los métodos de investigación del proceso de la política, los resultados de los estudios de las políticas y los descubrimientos de las disciplinas que pueden aportar contribuciones importantes para las necesidades de inteligencia del momento. Asimismo distingue las ciencias de la política de la materia de estudio de los politólogos (la ciencia política), que se ocupa del estudio del poder, en el sentido de la toma de decisiones. En cambio las ciencias de las políticas se ocuparían de la teoría general de la decisión. En este sentido considera que significativos aportes a la teoría general de las decisiones como la teoría de juegos<sup>5</sup> o la teoría de la elección racional<sup>6</sup> han sido realizadas por

---

<sup>5</sup> Según Molina y Delgado (1998) al hablar de la teoría de juegos, originalmente propuesta por Neumann y Morgestern en 1944, hacemos referencia al enfoque que permite un estudio formalizado del funcionamiento de la interacción política al aplicar a ésta presunciones propias de la conducta económica y pese a llevar en su nomenclatura la palabra "juego", es más bien un instrumento para replicar las situaciones políticas de interdependencia, idealizándolas numéricamente. Los juegos de situación asumen que los intervinientes en el proceso se comportan

## MARCELO GONZÁLEZ TACHIQUÍN

personas que no son politólogos.

En sus documentos, Laswell analiza la influencia de las dos guerras mundiales en las ciencias sociales y psicológicas, indicando que las ciencias que contaban con métodos cuantitativos fueron las que tuvieron mayor desarrollo, como lo fue con la economía y la psicología, por lo que el tema de la interdisciplinariedad (objeto del título de nuestra investigación) y los métodos cuantitativos son asumidos como método básico de las "ciencias de las políticas". Laswell retoma el criterio del profesor Lynd que en 1939 planteó la importancia de utilizar todos los medios posibles de adquisición de conocimientos para superar la "gigantesca crisis de nuestro tiempo". Lo central es recoger todos los recursos de la ciencia social para enfrentar los "conflictos básicos de nuestra civilización, tan vívidamente expuestos por los estudios científicos de la personalidad y la cultura".

De igual forma Laswell considera que resulta esencial la utilización de modelos, cuya elaboración permita al investigador tratar con situaciones institucionales complejas. Plantea que el

---

racionalmente, teniendo en cuenta los recursos de los demás, con el objetivo último de maximizar su poder. El resultado de la interacción es el conjunto de decisiones y, estudiando estas se pueden establecer las ganancias percibidas por cada jugador individual. Uno de los ejemplos más comúnmente estudiados desde este enfoque son los relativos al "dilema del prisionero". Para un más amplio desarrollo de las técnicas racionales del enfoque en cuestión, sugerimos consultar la obra de planteamiento original "*Theory of games and economic behavior*" (Neumann y Morgenstern, 1944).

<sup>6</sup> Para Molina y Delgado (1998) viene a referirse a un enfoque teórico que aspira a interpretar toda la ciencia política desde unos presupuestos relativamente novedosos que se derivan de la microeconomía y a partir de los cuales el comportamiento político del ciudadano opera como un maximizador de utilidad que se comporta de forma similar a un agente económico. Sugerimos la consulta de la obra "*understanding contemporary society: Theories of the present.*" (Browning et al, 2000).

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

Nuevo Trato (*new deal* de 1942) de Roosevelt<sup>7</sup> permitió superar la crisis económica en la década de los años treinta, utilizando los aportes de Hansen y Keynes, quienes demandaron la intervención del gobierno para eliminar el desempleo y para reactivar las fuerzas del libre mercado. Laswell aporta la importancia de las nociones de tiempo y espacio en la determinación de las políticas y señala que una de las tareas de las ciencias de políticas es seguir detalladamente los procesos de transformación social, difusión y reflujo a nivel mundial, para estimar el significado de acontecimientos específicos y concluir que las ciencias de políticas reconocen que los científicos sociales no son los únicos que pueden contribuir en la hechura de las políticas.

La inicial preocupación de Laswell recobra importancia a partir de la década del 60, cuando se incluyen a analistas y académicos encargados de la formulación y control de la eficiencia de programas de política pública. El gobierno por "políticas públicas" paulatinamente se ha ido convirtiendo en una preocupación para el mundo académico y una referencia para la acción gubernamental.

A comienzos de la década de 1980, una nueva concepción rompió la idea de considerar las políticas públicas como un resultado del sistema político. Esta visión considerará la política pública como un producto (*output*) y supondrá partir de la premisa de que son las políticas públicas las que definen la política, y de que éstas constituyen un medio para observar los cambios que se producen en el sistema. El enfoque permitió una nueva aproximación al estudio del Estado, de las instituciones y de los actores del sistema político, al tiempo que como señala Ashford (1989) constituyó una "saludable depuración de los apriorismos ideológicos" y cierto grado de consenso entre las distintas corrientes: "los partidarios de los cambios marginales lo encontraron compatible con su visión del Estado, los liberales clásicos lo utilizaron como medio para reintroducir el concepto de mercado en

---

<sup>7</sup> Para mayores detalles sobre el contenido del "nuevo trato" se recomienda consultar la obra de Leuchtenburg (1963) *Franklin D. Roosevelt and the new deal 1932 - 1940*.

## MARCELO GONZÁLEZ TACHIQUÍN

la política y los marxistas descubrieron numerosas posibilidades de unir la clase y el capitalismo a la política". Así pues, centrar el debate en si son los condicionamientos socio-económicos o políticos los que determinan las políticas públicas, parece a todas luces infructuoso; el resultado es más positivo si se parte de ellas y en términos de hipótesis se usan como indicadores de la naturaleza, el funcionamiento o la situación socio-económica del Estado.

Una vez que se produce en la *policy science* el rechazo contra el racionalismo abstracto y la vuelta a los modelos teóricos que ésta había rechazado en sus orígenes, las teorías de políticas públicas no se constituirán como modelos innovadores, sino que formarán parte de las propuestas de la filosofía política o del pensamiento económico ya existente. La originalidad de estos nuevos planteamientos vendrá dada por una división de las contribuciones al estudio de las políticas públicas: por un lado el científico que se preocupa por el progreso del conocimiento y del saber y, por el otro, el profesional que combina un objetivo social con el cuerpo del saber que proviene fundamentalmente de la ciencia. Tal diferenciación de funciones será consecuencia de la confusión entre investigación y perspectiva operativa que se produce en la década de 1960 y bien entrada la de 1970, y cuya expresión será el surgimiento de diferentes modelos teóricos dirigidos a un mejor conocimiento de las políticas públicas y a la utilización de instrumentos teóricos ya existentes. Tales modelos teóricos de políticas públicas pueden ser clasificados en tres grupos: el modelo pluralista-racional, el burocrático-estatal y el neocorporativista e institucionalista.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> El modelo pluralista-racionalista considera las políticas públicas como una respuesta a las demandas sociales que se generan, y las organizaciones administrativas como instrumentos que reaccionan ante las demandas, a través del suministro de políticas que satisfagan dichas necesidades. La contribución que la teoría pluralista realiza a la *policy science* es producto de la conjunción de las teorías racionalistas que provenían de la ciencia económica; de hecho, la racionalidad se convertirá en el criterio preeminente de la acción. Dos expresiones teóricas a destacar del enfoque pluralista lo constituyen la teoría del *public choice*, que presupone que los individuos se comportan y adoptan decisiones de forma racional, y la teoría de la racionalidad limitada que reconoce limitaciones en la

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

En cualquier caso, el estudio de las políticas públicas ha supuesto un nuevo enfoque en los estudios sobre la Administración Pública sin olvidar al Derecho Político (que incluye principalmente los estudios constitucionales, administrativos y parlamentarios), los cuales desde una perspectiva tradicional que acentuaba la legitimidad y la legalidad de la actuación pública, abre paso a una perspectiva que destaca los resultados de la actuación y los instrumentos o procedimientos que permiten mejorarla. Pero además este enfoque, descriptivo de la realidad política-jurídica-administrativa y prescriptivo en el sentido de que ofrece instrumental teórico, se dirige a la búsqueda de la eficacia y la eficiencia en la gestión de las organizaciones públicas. En su vertiente práctica, el estudio de nuestra disciplina ha hecho posible la inserción y la aplicación de métodos privados para mejorar determinados servicios de la gestión pública, incorporando a tales procedimientos la singularidad y la especificidad propia del sector público.

---

capacidad de conocimiento y de elección. Por su parte, el modelo burocrático-estatal centra su análisis en el papel de los burócratas y los expertos, ya que a éstos se le concibe como élites que controlan las estructuras estatales. Dentro de este enfoque, y a pesar de las divergentes aproximaciones filosóficas que suponen, podemos incluir el neomanagerismo o neweberismo, el neomarxismo y el estructuralismo. Tanto el modelo corporativista como el institucionalista vinieron a ofrecer una visión más completa de la relación entre el Estado y los demás actores del sistema. A diferencia del modelo pluralista en el que la relación fundamental se produce entre grupos que entran en conflicto y que necesitan alcanzar compromisos, en el neocorporativismo la relación se produce entre los grupos y el propio Estado. La reinscripción del Estado como elemento de análisis de las políticas públicas, que la revolución behaviorista había eliminado de su agenda de prioridades dentro de la *policy science*, y el interés suscitado por el estudio del Estado dará pie a la aparición del neoinstitucionalismo.

MARCELO GONZÁLEZ TACHIQUÍN

## II.- LA DIMENSIÓN CONCEPTUAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Sin duda, el estudiar las políticas públicas más que una disciplina teórica se refiere a una ciencia práctica para la acción, ya que como lo hemos venido exponiendo, su objetivo es proceder a un mejor entendimiento del proceso de adopción de decisiones públicas y acciones de gobierno con recursos públicos, de forma que permita establecer un diagnóstico más acertado de la situación y un mejor aprovechamiento de los recursos para la consecución de los fines establecidos.

Es pertinente recordar que en política pública y cuando menos desde la óptica científica occidental, al hablar de gobierno estamos haciendo referencia a un concepto que va más allá del mero poder ejecutivo. En reflexión de Ramos Peña (2006): “una parte de la doctrina considera a la administración como una actividad del estado equivalente a gobierno (...) este criterio no puede aceptarse en aquellos sistemas constitucionales como el nuestro, en los que el gobierno no sólo se ejerce por el Poder Ejecutivo sino también por los otros poderes”. Por lo anterior, consideremos gobierno a los tres poderes dentro del nivel federal y estatal, a los gobiernos municipales y por supuesto a los organismos autónomos (González Tachiquín, 2006).

Para fortalecer la comprensión del fenómeno del *public policy* conviene debatir acerca de algunas de las definiciones que sobre las políticas públicas han ido labrando los diversos autores que hoy nos ocupan. Curiosamente, como agrega Nelson (2001) hay más bien pocas definiciones de las políticas públicas como un campo en el seno de la disciplina. Mead (1995) capturó el alcance y el sentido de ese campo académico al escribir que una política pública es “una aproximación al estudio de la política que analiza al gobierno a la luz de los asuntos públicos más importantes.” Por su parte, Anderson (1990) definió a una política como “una secuencia intencionada de acción seguida por un actor o conjunto de actores a la hora de tratar con un asunto que los afecta... y son aquellas

---

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

desarrolladas por cuerpos gubernamentales y sus funcionarios.” De manera similar, Lynn (1980) define una política como “un conjunto específico de acciones de gobierno que producirán, por su diseño o por otras razones, una clase particular de efectos.”

Algunos, como Somit y Tanenhaus (1967) han considerado a la política pública como “la totalidad de la acción gubernamental” y Brewer y de León (1983) han considerado a estas como “las decisiones más importantes de una sociedad y que consta de un proceso conformado por sistemas y niveles, articulado en seis etapas: iniciación, estimación, selección, implementación, evaluación y terminación.”

Jean Claude Thoenig (1997) se ha referido a las *public policies* como “el trabajo de las autoridades investidas de legitimidad pública gubernamental y que abarca múltiples aspectos, que van desde la definición y selección de prioridades de intervención hasta la toma de decisiones, su administración y evaluación”. Agregáramos que unos cinco años antes, Thoenig ya había conceptualizado junto con Meny (1992) a nuestra disciplina como “un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico”.

Laswell también nos entrega su conceptualización y nos señala que “la política pública es un programa proyectado de valores, fines y prácticas” (En De León, 1997). Thomas R. Dye por su parte y al ser citado en el Manual de Ciencia Política (Caminal, 1997) señala que al hablar de política pública hacemos alusión “a todo aquello que los gobiernos deciden hacer o no hacer” debido a que el no actuar también se considera paradójicamente en determinadas ocasiones como “actuar del poder público.”

Baena del Alcázar (1999) las define como “toda decisión conformadora, en principio de carácter innovador, que va acompañada de las medidas necesarias para su seguimiento y ejecución” y Subirats (1989) no lleva a cabo una definición concreta y concisa, sino que va acotando sus características y cualidades para concluir considerando que estas “normalmente implican una serie de decisiones. Decidir que existe un problema. Decidir que se debe

## MARCELO GONZÁLEZ TACHIUÍN

intentar resolver. Decidir la mejor manera de resolver. Decidir legislar sobre el tema” para continuar diciendo que este proceso de elaboración “implica decisiones e interacciones entre individuos, grupos e instituciones, decisiones e interacciones influenciadas sin duda por las conductas, las disposiciones del conjunto de individuos, grupos y organizaciones afectadas”.

Aguilar Villanueva en una conferencia impartida en la Universidad Autónoma de Campeche en 1999 ofreció su definición consistente “en un proceso realizado por las autoridades legítimamente electas para resolver necesidades mediante la utilización de recursos públicos, mediante el cual también se vinculan las decisiones de gobierno con la administración pública, tendiendo siempre a la búsqueda de la racionalidad”. Por su parte Alcántara (1995) se refiere a éstas como “determinados flujos del régimen político hacia la sociedad, que son productos del sistema político y por tanto del uso estratégico de recursos para enfrentar los problemas nacionales”, o como lo planteó Peters (En Pallares, 1988), “son el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno que, actuando directamente o a través de agentes, van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos”. Oslak (1982) haciendo referencia a la región latinoamericana nos puntualiza que “son un conjunto de sucesivas tomas de posición del estado frente a cuestiones socialmente problematizadas” y Chandler y Plano (1988) las definen como “el uso estratégico de recursos para aliviar los problemas nacionales”.

En su capítulo sobre las políticas públicas, De Kostka (2004) nos entrega una serie de definiciones a cargo de Dror, Wildavsky y Dunn, comenzando con la del primero en donde nos expone a las políticas como “una supradisciplina orientada a la búsqueda del aprovechamiento (...) y caracterizada por una serie de diferentes paradigmas relacionados con las Ciencias Sociales contemporáneas”. Siguiendo con la línea conceptual, Wildavsky se refiere a el actuar público como “un problema sobre el cual algo pudiera o debería hacerse” y Dunn la materializa como “las soluciones a los problemas con los que se enfrenta el poder gubernamental”. Finalmente, Frohock (En Ruíz, 1999) nos describe

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

la política pública como “una práctica social y no un evento singular o aislado, ocasionado por la necesidad de reconciliar demandas conflictivas o, establecer incentivos de acción colectiva entre aquellos que comparten metas.”

Así pues, concluyendo con la óptica de quién esto escribe, una política pública implica el establecimiento de una o más estrategias orientadas a la resolución de problemas públicos así como a la obtención de mayores niveles de bienestar social resultantes de procesos decisionales tomados a través de la coparticipación de gobierno y sociedad civil, en donde se establecen medios, agentes y fines de las acciones a seguir para la obtención de los objetivos señalados (González Tachiquín, 2007). En nuestro concepto concurren los aspectos institucionales, los fenómenos participativos, las fórmulas de representación y otros elementos relacionados con las dimensiones y rendimientos efectivos de la democracia, pero ante todo predomina un elemento central para su existencia que es la presencia de la autoridad gubernamental y del peculio público.

### III. PRINCIPALES ENFOQUES EN TORNO A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

A partir del mismo Laswell, el estudio de la Política Pública ha suscitado diferentes enfoques y teorías dependiendo del énfasis que ponen en el método y la finalidad de las Políticas<sup>9</sup>. Así pues, el análisis de políticas públicas o *Policy Analysis* intenta determinar un conjunto instrumental que permita establecer la alternativa más adecuada para la ejecución de los objetivos y programas de la administración pública.

Según Subirats (En Lindblom, 1991), la llamada escuela del *public policy* ha sido clave para aportar un número significativo de estudios y análisis en los que subyace la preocupación por la

---

<sup>9</sup> Para un más amplio detalle del tema se sugiere leer el documento de Guerrero (1995) sobre el tema de los enfoques y las teorías en los países desarrollados.

## MARCELO GONZÁLEZ TACHIQÍN

formación de decisiones políticas y por su puesta en marcha. El estudio del mundo de las políticas ha permitido analizar la política en acción, conectando con otras disciplinas, como la economía, el derecho o la sociología, en la voluntad de explicar procesos de intervención pública de las sociedades pluralistas.

La diversidad de definiciones sobre políticas públicas (Aguilar, 1991a) refleja un pluralismo de escuelas teóricas y metodológicas que las abordan. Uno de estos enfoques es pues como lo mencionamos al inicio de este apartado el *Policy Analysis*, el cual se centra en hallar la solución óptima a cada problema público, mediante esquemas analíticos. Un segundo enfoque lo constituye el incrementalismo, cuyo argumento central es que las decisiones se adoptan bajo esquemas pragmáticos que buscan “salir del paso” (Lindblom, 1959), más que obtener una solución global, es un enfoque que renuncia a la racionalidad en la toma de decisiones. Una tercera opción de estudio es la escuela del *Public Choice*, la cual sostiene que el mundo de la política no tiene reglas diferentes al de la economía, por lo que en el terreno de la actividad pública los actores se atienen al principio de utilidad (cada lado busca sacar su propia ventaja) y actúan como lo hacen en el mercado los empresarios y consumidores.

El análisis de políticas públicas, enfoque más cercano a la ciencia política, representado por Lowi y Dye, sostiene que las políticas son el resultado de la acción de las élites y de la estructura del sistema político. Son las políticas las que determinan la política y son las características de cada política las que crean sus procesos decisionales específicos (Fernández, 1999). Otros autores de corte incrementalista, como Lindblom (1979) o Wildavsky (Pressman y Wildavsky, 1988), parten de criticar los métodos racionales porque éstos no toman en cuenta la complejidad que entrañan tanto las decisiones como el proceso de implementación. Sostienen de manera similar que cada uno de los actores consigue un resultado más ajustado a sus intereses, partiendo siempre de ajustes incrementales, sobre decisiones tomadas anteriormente.

Elementos centrales del incrementalismo dan la importancia que

-----

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

confieren el grado de consenso y la magnitud de cambio requerido. Plantean que los grandes cambios provocan consensos menores y los cambios menores concitan, por el contrario, grandes consensos. El incrementalismo es un enfoque que estipula que las decisiones políticas en curso dependen, en gran medida, de las decisiones previas. Por definición, las políticas incrementales desalientan la controversia, recurriendo a la estrategia de desviarse en muy pequeña medida de la ruta trazada por los arreglos y prácticas anteriormente establecidas (Braybrooke y Lindblom, 1963). Consideramos que en la actual dinámica política de México, el enfoque que con mayor frecuencia se aplica, y por mucho en la hechura de políticas públicas, es precisamente el incremental, ya que hoy en día son pocas las políticas públicas que vemos que en realidad son novedosas, nunca antes aplicadas y que representan una irrupción de vanguardia en el escenario de acciones gubernamentales, sino que más bien a las ya existentes, se les realizan frecuentes ajustes “marginales” como lo mencionara Lindblom, buscando adecuarla, año con año o sexenio con sexenio, a la realidad más próxima de la sociedad que sufre el problema público. Ejemplos cruciales lo constituirían el mismo presupuesto (principal política pública visto desde un todo) o la política educativa o social, la cual al ser observada con detenimiento a través del análisis, reporta pocos cambios de fondo desde 1990.

Como apreciamos, existen diversos enfoques de las políticas públicas. Unos, en los que se incorporan análisis sistémicos, reflexiones políticas, jurídicas y socioeconómicas; otros, los que enfatizan en los contenidos de las políticas y un grupo más, que han centrado sus estudios en el análisis de las diferentes fases o etapas de las políticas públicas, por lo que cobran importancia los actores y los estilos de decisión.

Nos expone Mayntz (1985) con relación a nuestra “nueva” disciplina, que su hermana mayor, la administración pública, en la práctica pierde su carácter de instrumental, ejecutora de la voluntad y consenso político y el conocimiento especializado se constituye en la base de su poder confiriendo a la administración la capacidad de

## MARCELO GONZÁLEZ TACHIQÚN

eludir las decisiones y objetivos políticos. El carácter instrumental guarda relación con el problema de legitimidad de la dominación política. Desde el análisis de la administración pública es importante más bien distinguir claramente entre el sistema administrativo como un complejo de formas sociales reales, por un lado, y la función administrativa por el otro.

De cualquier forma, los diversos métodos de estudio o de enfoque de nuestra disciplina, facilita el entendimiento y la eficiencia en la controvertida acción del gobierno en nuestro entorno social.

### IV. CONCLUSIONES

La política pública es una acción gubernamental que se encuentra plenamente investida de legalidad, es pues una consecuencia de la observancia del derecho y la operacionalización de la ciencia política.

Constituye el resultado de la acción del ente soberano a través de su representante intermediario que con fundamento constitucional, se apoya en la estructura estatal para cumplir con sus fines. Así pues, no concebimos la acción de la instancia oficial, sin la permanente presencia del teórico de la ciencia política, individuo depositario de conocimientos especializados en lo que implica la complejidad del aparato gubernamental.

Si bien las ciencias jurídicas y políticas resultan anteriores a la ciencia de políticas y nuestra posición ha ido encaminada a considerar a la tercera como una rama especializada de la segunda, no concebimos un hacedor de políticas públicas, ni mucho menos una analista o estudioso de las mismas, que no cuente con los conocimientos genéricos del derecho que obligadamente enmarquen la acción transformadora del ámbito social al fundamento constitucional, resultando la *policy* una contundencia materializada del Principio de Legalidad, sendero obligado para cualquier gobierno.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

Si el derecho crea a la administración pública y ésta se estructura en base a la ciencia política, los resultados de estos tres combinados darán luz de vida al *output* social que transforma realidades populares y que Laswell habrá tenido a bien encontrar un campo de estudio que a inicios del siglo XXI sigue constituyendo vanguardia en la investigación especializada del actuar público.

**BIBLIOGRAFÍA**

AGUILAR, L. (Ed.). (2000a). El estudio de las políticas públicas. Colección Antologías de Política Pública. México, Miguel Ángel Porrúa.

\_\_\_\_\_ (Ed.). (2000b). La hechura de las políticas públicas. Colección Antologías de Política Pública. México, Miguel Ángel Porrúa.

\_\_\_\_\_ (Ed.). (2000c). La implementación de las políticas. Colección Antologías de Política Pública. México, Miguel Ángel Porrúa.

\_\_\_\_\_ (Ed.). (2000d). Problemas públicos y agenda de gobierno. Colección Antologías de Política Pública. México, Miguel Ángel Porrúa.

\_\_\_\_\_ ([1991a] 2000) “Estudio introductorio”. En Aguilar, L. (Ed.). *El Estudio de las políticas*. México, Miguel Ángel Porrúa. 15 - 76.

ALCÁNTARA, M. (1995). Gobernabilidad, crisis y cambio. México, FCE.

ANDERSON, J. (1990). *Public policymaking*. Boston, Houghton Mifflin.

ASHER, W. ([1986] 2000). “La evolución de las ciencias políticas.”

AGUILAR, L., (Ed.). *El Estudio de las Políticas Públicas*. México, Miguel Ángel Porrúa. 181 – 196.

ASHFORD, D. (1989). La aparición de los estados de bienestar. Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

MARCELO GONZÁLEZ TACHIQUÍN

- BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1999). Curso de ciencia de la administración. Vol. I. Madrid, Tecnos.
- BARDACH, E. (1999). Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. México, CIDE – Porrúa.
- \_\_\_\_\_. (1980). *The implementation game*. Cambridge, Ma., MIT Press.
- BEHN, R. ([1986] 2000). “El análisis de políticas y la política.” Aguilar, L., (Ed.). *El Estudio de las Políticas Públicas*. México. Miguel Ángel Porrúa. 239 – 274.
- BREWER, G. Y DE LEÓN, P. (1983). *The foundation of policy analysis*. Homewood, The Dorsey Press.
- BROWING, G., Halcli, A. et al (2000). *Understanding contemporary society: Theories of the present*. Sage Publications.
- CAMINAL, M. (1997). Manual de ciencia política. Madrid, Tecnos.
- CHANDLER, R. Y PLANO, J. (1988). *The public administration dictionary*. Santa Bárbara, ABC-Clio.
- DAHL, R. (1961) *Who governs?*. New Heaven, Yale University Press.
- DE LEÓN, P. (1997). “Una revisión del proceso de las políticas: De Lawsell a Sabatier”, *Gestión y Política Pública*. 1. México, CIDE. (Primer semestre de 1997).
- DE KOSTKA, E. (2004). Políticas Públicas. En Reyes, R. *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales*. Consultado Electrónicamente el 16 de agosto de 2004 en:  
[http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/P/politicas\\_publicas](http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/P/politicas_publicas)
- DROR, Y. ([1971] 2000) “Prolegómenos para las ciencias de políticas”. En Aguilar, L. (Ed.). *El Estudio de las Políticas..* México, Miguel Ángel Porrúa. 119 - 148.
- EASTON, D. (1958). “*The perception of authority. a politica change*”. En Friedrich, J. (Ed.). *Authority*. New York, Octagon.
- FERNÁNDEZ, A. (1999). “Las políticas públicas.” En Caminal, M. (Ed.). *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Tecnos. 460 – 482.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

GONZÁLEZ TACHQUÍN, M. (2007). “El estudio, análisis y elaboración de las políticas públicas: Una introducción a la disciplina”. México, Colección Textos Universitarios (46), Universidad Autónoma de Chihuahua.

\_\_\_\_\_ (2006). “Introducción a temas básicos de la ciencia política y la administración pública” Apuntes para clase. México, Universidad Autónoma de Chihuahua.

GUERRERO, J.P. (1995). “La evolución de las políticas públicas: Enfoques teóricos y realidades en 9 países desarrollados”. Revista Gestión y Política Pública. Vol. IV. # 1. (Primer Semestre de 1995).

HOGWOOD, W. Y PETERS, B. (1985). *The pathology of public policy*. Oxford, Clarendon Press.

JONES, O. (1984). *An introduction to the study of public policy*. Monterrey, Ca., Brooks & Cole Publishing Company

LASWELL, H. ([1951] 2000) “La orientación hacia las políticas”. En Aguilar, L. (Ed.). *El Estudio de las Políticas Públicas..* México, Miguel Ángel Porrúa. 79 – 103.

LEUCHTENBURG, W. (1963). *Franklin D. Roosevelt and the new deal 1932 - 1940*. New York, Harper and Row.

LINDBLOM, CH. (1991). *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid, INAP.

\_\_\_\_\_ ([1979] 2000). “Todavía tratando de salir del paso”. EN AGUILAR, L. (Ed.). *La hechura de las políticas*. México, Miguel Ángel Porrúa. 227 – 254.

\_\_\_\_\_ ([1959] 2000). “La ciencia de salir del paso”. En L. F. AGUILAR, (Ed.). *La hechura de las políticas*. México, Miguel Ángel Porrúa. 201 - 226.

LOWI, T., ([1964] 2000) “Políticas públicas, estudios de caso y teoría política”. En Aguilar, L. (Ed.). *La hechura de las políticas*. México, Miguel Ángel Porrúa. 89 – 118.

LYNN, L. (1980). *Designing public policy: A casebook of the role of policy analysis*. Santa Mónica, Goodyear.

MAJONE, G. ([1978] 2000) “Los usos del análisis de políticas”. En AGUILAR, L. (Ed.). *La hechura de las políticas*. México, Miguel Ángel Porrúa. 341– 366.

MARCELO GONZÁLEZ TACHIQUÍN

MARTÍNEZ PUÓN, R. (2001). Retos y dilemas de la formación y profesionalización de recursos humanos para la administración pública en México. Ponencia presentada ante el VI Congreso Internacional del CLAD en Buenos Aires. Consultado Electrónicamente el 11 de agosto de 2004 en:

<http://cebem.com/biblioteca/vicongresoclad/martipuo.pdf>

MAYNTZ, R. (1985). Sociología de la administración pública. Madrid, Alianza.

MEAD, L. (1995). "Public policy: Vision, potencial, limits." Policy Currents. (february of 1995): 1 – 4.

MENY, I. Y THOENIG, J. (1992). Las políticas públicas. Barcelona, Ariel.

MOLINA, I. Y DELGADO, S. (1998). Conceptos fundamentales de ciencia política. Madrid, Alianza.

NELSON, B. (2001). "Políticas públicas y administración: Una visión general." En Goodin, R. y Klingemann, H. (Eds.). *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Tomo II. Madrid, Istmo. 795 - 860.

NEUMANN, J. Y MORGENSTERN, O. (1944). *Theory of games and economic behavior*. Princeton University Press.

OSZLAK, O. (1982). "Políticas Públicas e Regimes Políticos: Reflexões a partir de algumas experiências latino-americanas." *Revista de Administração Pública*. 16. Río de Janeiro. (jan/mar 1982) :17 - 60.

PALLARES, F. (1988). "Las políticas públicas: El sistema político en acción". *Revista de Estudios Políticos*. 62. México: 141.

PARSONS, W. (1995). *Public policy*. Great Britain, Cambridge University Press.

PRESSMAN, J. Y WILDAVSKY, A. (1998). Implementación. México, Fondo de Cultura Económica.

RAMOS PEÑA, L. (2006). Derecho administrativo. Primera parte. México, Tribunal Estatal Electoral.

SABATIER, P. Y MAZMANIAN, D. ([1981] 2000). "La implementación de la política pública: Un marco de análisis". En Aguilar, L., (Ed.). *La implementación de las políticas*. México, Miguel Ángel Porrúa. 323 - 372.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINA SUSTENTADA EN EL  
DERECHO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y LA CIENCIA POLÍTICA

- SIMON, H. (1957a). *Administrative behaviour*. Londres, McMillan.
- SOMIT, A. Y TANENHAUS, J. (1967). *The development of american political science*. Boston, Allyn and Bacon.
- SUBIRATS, J. (1989). Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración. Madrid, MAP.
- THOENIG, J. (1997). "Política pública y acción pública." *Revista de Gestión y Política Pública*. 1. México, CIDE (Primer Semestre de 1997).
- WILDAVSKY, A. (1980). *The self evaluating organization*. En Nachmias, D., *The Practice of Policy Evaluation*. New York, St. Marin's Press.
- WILSON, W. (1887). "The study of administration" *Political Science Quarterly*. (june of 1887): 197 – 222



## **LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA**

ADOLFO LÓPEZ BADILLO\*

SUMARIO: I. EL FENÓMENO MIGRATORIO EN MÉXICO Y EN EL MUNDO. II. LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III. ¿LA CIUDADANÍA HA CREADO UNA CRISIS EN LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS? IV. UBICACIÓN DEL DERECHO A LA MIGRACIÓN EN LAS DIMENSIONES DE LA PERSONA. V. EL DERECHO A LA MIGRACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS. VI. CONCLUSIONES

La migración internacional es un fenómeno de gran importancia, no solo por sus impactos demográficos y económicos, sino también por las implicaciones políticas que tiene al involucrar a diferentes países. Si bien sus efectos sobre la dinámica, estructura y distribución espacial de la población son cada vez más significativos en México, es en los ámbitos regional y local donde su manifestación es más notoria.

En particular, el flujo de los trabajadores indocumentados que se dirigen a Estados Unidos ha sido un tema de interés permanente que suscita amplias discusiones. Asimismo, la creciente inmigración de centroamericanos, tanto de carácter laboral como de refugiados, ha planteado nuevos retos políticos, sociales y económicos, sobre todo desde la década de los años ochenta del siglo pasado.

---

\* Alumno de Primer año de Doctorado en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Subdirector de Control y Gestión y Seguimiento en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

La migración de México hacia Estados Unidos, se trata, como es bien sabido, de un fenómeno que se ha arraigado profundamente en algunas regiones de México y que tiene su origen en las amplias posibilidades que parece ofrecer el mercado de trabajo en el vecino país, en comparación con las oportunidades laborales y las condiciones económicas y sociales que han prevalecido en el nuestro a lo largo de muchos años.

Este fenómeno migratorio no puede ser explicado sólo con base en consideraciones de tipo macroeconómico, que a la postre resultan insuficientes. Es importante tomar en consideración los cambios en la composición de la población migratoria a través de los años, así como algunos de los más notables y relevantes efectos detectados en relación a la legislación aprobada en el vecino país para reducir la migración de carácter indocumentado. De igual forma, es necesario tomar en consideración a la población norteamericana, cuyas características actuales y previsibles permiten suponer la existencia de una creciente demanda de mano de obra, lo cual podría introducir importantes variaciones en las relaciones futuras entre México y los Estados Unidos.<sup>1</sup>

El fenómeno migratorio es un tema muy vasto, por lo que tomando como base la experiencia laboral dentro del principal y más importante organismo nacional en México (CNDH) encargado de proteger los derechos humanos, me ha llevado a realizar esta investigación del fenómeno migratorio desde el punto de vista de los derechos humanos.

Recordemos que México es un país expulsor, receptor y de tránsito de trabajadores migratorios y en todas estas facetas, se cometen serias violaciones a derechos humanos en contra de este grupo vulnerable, sin embargo la solución integral a esta situación requiere de un mayor análisis y amplia dedicación

La experiencia personal de vivir en la frontera norte de México, en el punto álgido donde se da el cruce hacia los Estados Unidos de Norteamérica, me lleva a reflexionar que la violencia en

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ Y GONZÁLEZ, Alejandro, Sandoval Arriaga, Alfonso, "Migración internacional en las fronteras norte y sur de México", 1ª. ed., Ed. Consejo Nacional de Población, México 1992, pp. 1- 3.

---

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

los trayectos hacia la frontera y en la frontera misma, es uno de los efectos más negativos de la migración de mexicanos y centroamericanos. Los migrantes son víctimas de una variedad de delitos, desde el abandono del guía o “pollero”, hasta violaciones, robo e incluso la muerte.

Se tienen registro de violaciones a Derechos Humanos de los migrantes por parte de los funcionarios federales, estatales y locales en ambos lados de la frontera; sin embargo, hasta la fecha no han sido suficientes los esfuerzos realizados por los gobiernos de ambos países para reducir las violaciones a los derechos humanos de los migrantes, tanto por parte de particulares como de agentes oficiales. En este contexto, cabe reconocer la loable e importante labor en pro del fenómeno migratorio que realiza la Quinta Visitaduría General de la CNDH, cuyo titular es el Maestro Mauricio Farah Gebara.

La emigración mexicana de indocumentados, es el resultado de la interacción de factores situados en ambos lados de la frontera. Estos factores son conocidos por todos, por lo que en el presente trabajo de investigación no pretendemos proponer soluciones a las causas que originan el fenómeno, sino analizar una circunstancia más específica, basada en la cuestión de la ciudadanía.

Es inaceptable que una persona (en el caso de un mexicano) goce de ciertas prerrogativas, llamadas Derechos Humanos, dentro de un territorio, y más aún, goce de la oportunidad de acudir a un organismo protector de los Derechos Humanos (llámese Comisión Nacional o Estatal) en caso de necesitarlo, y que por el hecho de cruzar una frontera se desvanezca en el aire todo ese sistema que lo respaldaba, simple y sencillamente porque no goza de la ciudadanía del estado receptor.

Por tal motivo, en la presente investigación, analizaremos brevemente el fenómeno migratorio en México y el mundo; después una característica importante de los Derechos Humanos, me refiero a la universalidad; para entrar a estudiar la ciudadanía como una posible excepción de la misma; posteriormente ubicaremos el derecho a la migración en las diferentes dimensiones de la persona; para finalmente plasmar algunas reflexiones respecto al derecho a la

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

migración y los Derechos Humanos.

### I. EL FENÓMENO MIGRATORIO EN MÉXICO Y EL MUNDO

La migración es un fenómeno que ha acompañado al ser humano durante toda su historia; a lo largo de los años, hombres y mujeres han tenido la necesidad de abandonar sus lugares de origen con la finalidad de buscar mejores oportunidades en otras tierras que les permitan mejorar su calidad de vida.

La teoría sobre la migración internacional más antigua y mejor conocida tiene sus raíces en los modelos desarrollados originalmente para explicar la migración laboral interna en el proceso de desarrollo económico. De acuerdo con esta teoría y con sus extensiones, la migración internacional, así como su contraparte interna, está causada por diferencias geográficas en la oferta y la demanda de trabajo. Un país con una gran reserva laboral respecto al capital se caracteriza por un salario bajo; mientras que un país con una limitada reserva laboral respecto al capital se caracteriza por un salario alto. Los diferenciales salariales resultantes hacen que los trabajadores de los países con salarios bajos, o con exceso de oferta laboral, se muevan hacia los países con salarios altos o con escasez de oferta laboral.<sup>2</sup>

La historia moderna de la migración internacional puede dividirse, a grandes rasgos, en tres periodos: el mercantil, el industrial y el posindustrial. En el periodo mercantil, entre 1500 y 1800, los flujos migratorios fueron dominados por Europa, como resultado de los procesos de colonización y crecimiento económico. Durante aproximadamente 300 años, los europeos colonizaron y habitaron grandes extensiones de las Américas, África y Oceanía y, aunque se desconoce el número exacto de emigrantes, el flujo fue lo suficientemente grande como para asegurar el dominio de Europa

---

<sup>2</sup> DURAND, Jorge y Massey, Douglas S., "Clandestinos, Migración México – Estados Unidos en los albores del siglo XXI", Durand, Jorge y Massey, Douglas S., 1ª ed., Ed. Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 2003, p. 14.

---

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

sobre amplias regiones del mundo.

Durante el periodo de emigración industrial, el cual inició en el siglo XIX, tuvo sus raíces en el desarrollo económico de Europa y la paulatina industrialización de las antiguas colonias del Nuevo Mundo. Entre 1800 y 1925, más de 48 millones de personas dejaron los países industrializados de Europa en busca de una nueva vida en las Américas y en Oceanía. De estos emigrantes, 85% se desplazó hacia: Argentina, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos. Los emigrantes salieron principalmente de Gran Bretaña, Italia, Noruega, Portugal, España y Suecia, países que exportaron una producción considerable de su población durante el periodo de industrialización.

Por su parte, México, durante este periodo, era considerado el cuerno de la abundancia, que sólo requería de colonos para empezar a producir. Se llevaron a cabo diversos programas que fomentaron la inmigración europea, pero las corrientes de migrantes nunca llegaron a ser numerosas. Por el contrario, a finales del siglo XIX ya había iniciado la corriente emigratoria de campesinos mexicanos hacia Estados Unidos.

El periodo de migración posindustrial inició en la década de los sesenta, y constituyó una ruptura bastante clara con el pasado. En lugar de verse dominada por el flujo desde Europa hacia un número determinado de antiguas colonias, la inmigración se convirtió en un fenómeno realmente global, puesto que aumentó el número y la variedad tanto de países de origen como de países receptores. La migración posindustrial atrajo habitantes de países densamente poblados, hacia regiones industriales densamente pobladas y económicamente desarrolladas.

A partir de 1960 Europa ha contribuido con un muy pequeño número de emigrantes a los flujos mundiales, mientras que los flujos provenientes de África, Asia y Latinoamérica han aumentado considerablemente. Hacia 1990, la migración internacional se había convertido en un verdadero fenómeno global.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> DURAND, Jorge y Massey, Douglas S., *Op. Cit.*, pp. 11- 14.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

De acuerdo a datos arrojados por el informe sobre Derechos Humanos que emitió la Organización de las Naciones Unidas en el 2003, los flujos migratorios en el mundo muestran que la migración se ha incrementado en el último siglo, ya que actualmente 175 millones de personas viven fuera de sus países de origen, lo cual representa aproximadamente el 3% del total de la población mundial.<sup>4</sup>

Los motivos que obligan a las personas a dejar sus países de origen pueden ser multifactoriales, sin embargo, diversos estudios realizados sobre este fenómeno coinciden en señalar que la pobreza, la falta de oportunidades, el desempleo, la inseguridad, las guerras civiles y las persecuciones, son las causas principales que alimentan de manera directa la migración mundial.

De igual forma, los constantes conflictos políticos, étnicos y religiosos que se suscitan en el seno de una gran cantidad de países en el mundo, obligan a sus habitantes a emigrar; todo esto sumado a los constantes desastres naturales derivados del calentamiento global.

Como ejemplo de las persecuciones como factor que origina el fenómeno migratorio, podemos citar que en el año 2001, aproximadamente 900 mil personas solicitaron refugio en algún lugar del mundo, provenientes de países como Afganistán, Irak, Turquía, Yugoslavia, China, República Democrática del Congo, Somalia e Irán; y para el 2002, la cantidad ascendió a 12 millones.

No podemos olvidar que en la actualidad, la sociedad internacional esta experimentando un proceso de cambio que posee múltiples aspectos pero que, en lo esencial se caracteriza por una “globalización” tanto de los mercados como de las redes de comunicaciones, lo que desborda, en uno y otro caso, las fronteras estatales. Lo anterior da como resultado la evolución de conceptos que hasta hace unos años pensábamos eran inamovibles, como es el caso del término “Soberanía”.

O como bien lo apunta Ignacio Carrillo Prieto, “la incesante construcción y reconstrucción del concepto soberanía, como lo

---

<sup>4</sup> ONU-PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2003.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

atestigua la ingente bibliografía, se explica de admitir que equivale a la racionalización jurídica del poder, a la transformación del poder de hecho en poder de derecho”.<sup>5</sup>

Lo verdadero es que no podemos pensar en una integración global que trae aparejada una comunicación global, sin que se suscite una migración global.

La migración mexicana, al igual que las que se dan en el resto del mundo, es un fenómeno que se ajusta a las anteriores premisas, alimentado por la bilateralidad de la economía mas poderosa del mundo que precisa de una demanda de mano de obra, y la oferta laboral de un país con una economía emergente.

Al referirnos al flujo de mexicanos hacia Estados Unidos, el complejo fenómeno tiene además profundas raíces históricas y sostén de lazos familiares y sociales interconectados entre ambos países y muy probablemente es el flujo migratorio contemporáneo con mayor antigüedad en el ámbito mundial.

Durante el siglo XX, se pueden distinguir cinco etapas o fases de la emigración mexicana a Estados Unidos, con una duración aproximada de 20 a 22 años cada una. La primera se conoce como la fase del “enganche” (1900 – 1920) que arrancó con el siglo, en pleno esplendor del régimen porfiriano, y se caracterizó por la combinación de tres fuerzas que impulsaban y desarrollaron el proceso: el sistema de contratación de mano de obra privado y semiforzado, conocido como el enganche; la Revolución mexicana y su secuela de decenas de miles de “refugiados” y el ingreso de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, que limitó la llegada de nuevos inmigrantes europeos y demandó, de manera perentoria, mano de obra barata, joven y trabajadora, proveniente de México.

---

<sup>5</sup> CARRILLO Prieto, Ignacio, “Algunas tendencias actuales de la teoría del derecho”, 2ª. ed. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 83.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

La segunda fase, conocida como de las “deportaciones”, se caracterizó por tres ciclos de retorno masivo y uno de deportaciones cotidianas llevado a cabo por la entonces recién creada Patrulla Fronteriza (1924). Las deportaciones masivas fueron justificadas con el argumento de crisis económicas recurrentes.

La tercera fase se le conoce como el periodo “bracero” (1942 – 1964). Esta fase inició por la urgencia que tenía Estados Unidos de contar con trabajadores, dado su ingreso a la Segunda Guerra Mundial. Luego el programa se prolongó dos décadas mas debido al auge económico de la posguerra.

El cuarto periodo se conoce como la era de los “indocumentados” (1965 – 1986), cuando de manera unilateral Estados Unidos decidió dar por terminados los convenios braceros y optó por controlar el flujo migratorio con tres tipos de medidas complementarias: la legalización de un sector de la población trabajadora, bajo el sistema de cuotas por país; la institucionalización de la frontera para dificultar el paso y limitar el libre tránsito, y la deportación sistemática de los trabajadores migrantes que no tuvieran sus documentos en regla.

La última y quinta fase de este siglo inició en 1987 con la puesta en marcha de la *Immigration Reform and Control Act* (IRCA), y la hemos calificado como la etapa de la legalización y la migración clandestina.

Estas cinco fases ponen en evidencia un movimiento pendular de apertura de la frontera y reclutamiento de trabajadores, por una parte, y cierre parcial de la frontera, control fronterizo y deportación, por otra.<sup>6</sup>

La migración hacia los Estados Unidos de América va a seguir dándose mientras prevalezcan las diferencias salariales y no se estructuren las condiciones económicas que arraiguen al mexicano, traducidas en fuentes de empleo mejor remuneradas.

La migración ha sido el tema predominante en la agenda bilateral México – Estados Unidos, y todo apunta que como asunto

---

<sup>6</sup> DURAND, Jorge y Massey, Douglas S., *Op. Cit.*, pp.47 y 48.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

contencioso seguirá prevaleciendo durante la próxima década. Con tristeza vemos que este tema se encuentra subordinado a otros como la lucha contra el terrorismo y el combate al narcotráfico. El predominio de criterios de seguridad nacional sobre aspectos sociales, económicos y políticos, nos conduce irremediamente a la negación de los derechos fundamentales de los migrantes. Es innegable que después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, para los Estados Unidos de Norteamérica la seguridad se ha convertido en la prioridad nacional y las medidas instrumentadas para garantizarla trascienden de manera directa en la migración, confundiendo en algunas situaciones migrantes con terroristas.<sup>7</sup>

Como datos generales de la emigración de mexicanos hacia Estados Unidos, la cual es imprescindible que deje de ser considerada como un fenómeno y convertirse en una política de estado, basada en una cultura de respeto y protección a los Derechos Humanos, podemos mencionar que los recursos económicos enviados por los emigrantes por concepto de remesas es la segunda fuente mas importante para la economía nacional, después del petróleo.

Asimismo, se tiene registro de que en la actualidad más de 500 mil mexicanos emigran al año hacia los Estados Unidos de Norteamérica en búsqueda de mejores oportunidades de vida o simplemente reunirse con sus familiares, ya que en dicho país viven cerca de 22 millones de mexicanos, distribuidos en diferentes estados de la unión americana.

Derivado de la política de control de fronteras de EU, al año mueren cientos de mexicanos; en el 2006, en su intento por ingresar al país mas poderoso del mundo murieron 426 mexicanos y se llevaron a cabo mas de 920 detenciones por parte de las autoridades fronterizas de EU; durante los primeros meses del 2007 murieron en el desierto de Arizona 177 migrantes; lo anterior de acuerdo a

---

<sup>7</sup> ESCOBAR Valdez, Miguel, "El muro de la vergüenza", Ed. Grijalbo, México, 2006, pp. 10 – 12.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

información proporcionada por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México.

Es innegable la importancia que reviste el estudio de la emigración en México, con la finalidad de establecer las causas que la originan y presentar soluciones, pero resulta imprescindible analizar el fundamento filosófico de este fenómeno como un derecho de la persona, una facultad que tiene como ser “humano” a buscar mas y mejores oportunidades de vida, que le permitan desarrollarse plenamente dentro de una sociedad.

Aunado a lo anterior, la propia naturaleza traslaticia de la persona no le permite quedarse en un solo lugar y en uso de su derecho primario de la libertad, lo hace tener la necesidad de proyectarse hacia el exterior, convivir con otras personas, asociarse y convivir con sus semejantes, lo que a su vez desborda una gran cantidad de relaciones espirituales, económicas y sociales.

No obstante es importante hacer notar la vigencia, validez y alcance de este derecho, así como su negación, restricción y en algunos casos hasta la supresión de este derecho dentro de las políticas actuales y situaciones y *status* jurídicos reconocidos por todos los sistemas del mundo como es el caso de la ciudadanía, la cual en determinado momento merma los derechos humanos, como lo veremos a continuación.

## II. LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos humanos son considerados como innatos o inherentes a la naturaleza de la persona, primarios o fundamentales. De igual forma pueden ser considerados como inmutables, eternos, supratemporales y universales. Se les concedió todas estas características como si se hubiera querido a todo trance asignarles una consistencia y una definitividad que los sustrajera de toda discusión futura, y los resguardara para siempre, a favor de todos, en todas partes, y nada más por la sencilla, pero trascendente razón, de pertenecer a la persona. El ser humano, siempre fue, es, y será

---

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

persona. Y siempre le será debido el reconocimiento de los derechos que le son inherentes por ser persona, por poseer una naturaleza humana.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano, los derechos humanos son el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.<sup>8</sup>

Desprendiéndose de lo anterior que en la doctrina de los derechos humanos subyace una exigencia ideal; que la formulación de los derechos humanos se postula como universalmente válida; que los derechos humanos son superiores y anteriores al Estado y, por eso mismo, inalienables e imprescriptibles, y, que los derechos humanos significan una estimativa axiológica en virtud del valor justicia, que se impone al Estado y al derecho positivo.<sup>9</sup>

Hoy en día la universalidad de los derechos humanos es un extremo aceptado, que no puede ponerse en duda y respecto del cual no es posible echar marcha atrás. Esta característica de los derechos humanos encuentra su fundamento en diversas circunstancias propias de la persona como ser humano, como es el caso de la igualdad de todos frente al derecho; del concepto mismo de persona humana; de la dignidad y la proscripción de toda discriminación basada en cuestiones de nacionalidad, raza, religión, ideología, sexo, etc.

Esta universalidad resulta asimismo de un concepto, que está en el fundamento mismo de los derechos humanos: la dignidad, consustancial e inherente a la personalidad humana.

---

<sup>8</sup> DICCIONARIO DE DERECHO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; Ed. Porrúa, México 2007, p. 1268.

<sup>9</sup> BIDART Campos, Germán J., "Teoría General de los Derechos Humanos", 2ª. ed., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, pp. 29 y 30.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

La universalidad de los derechos humanos, quiere significar que le son debidos a la persona (a cada uno y a todos) en todas partes (es decir, en todos los Estados), pero conforme a la situación histórica, temporal y espacial que rodea a la convivencia de esas personas en ese Estado. La exigencia del valor no traza límites sectoriales, ni en cuanto a espacios territoriales, ni en cuanto a ámbitos humanos; pero se acomoda a los ambientes históricos que se circunscriben geográfica y poblacionalmente.<sup>10</sup>

La universalidad de los derechos humanos es posible asociarla con varias ideas propias de estos derechos, dentro de las cuales podemos citar las siguientes:

**a.** Encuentra una interrelación con la necesidad de conceptualizar éstos derechos con toda la humanidad y por ende, con la comunidad internacional en su conjunto.

**b.** Supone una idea de integridad de los derechos humanos, es decir que éstos derechos son de todas las esferas del derecho: civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y los denominados nuevos derechos, es decir, aquellos nacidos de los triunfos de la persona frente al Estado, que van siendo progresivamente reconocidos por el derecho.

**c.** Los Derechos Humanos deben ser respetados y garantizados por el Estado en relación con los demás individuos, sin perjuicio del respeto directo que el Estado debe asegurar, a través de la conducta de todos sus agentes.

**d.** Siguiendo a René Jean Dupuy, los derechos humanos son parte del patrimonio común de la humanidad. La idea del patrimonio común de la humanidad lleva en sí, necesariamente, el concepto de universalidad. Es otra vía, hoy muy importante, para arribar a la fundamentación de la universalidad de los derechos humanos.

**e.** La universalización de los Derechos Humanos encuentra relación con el fenómeno de la mundialización, la cual, conceptualizada positivamente puede reformar esa universalización de la que hablamos, acorde con la diversidad cultural existente en el

---

<sup>10</sup> BIDART Campos, Germán J., *Op. Cit.*, pp. 34.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

planeta.

f. Finalmente, es posible establecer que la idea de la universalidad de los derechos humanos y del contenido que ella implica, es algo consustancial con la civilización humana en su actual grado de desarrollo. Es la necesaria garantía del presente y constituye la seguridad del futuro. Sin la aceptación del principio de la universalidad es imposible avanzar en el proceso de la protección internacional.

### 2.1 LA UNIVERSALIDAD DESDE DOS PUNTOS DE VISTA.

Siguiendo a Ferrajoli, la universalidad de los derechos fundamentales puede ser estudiada desde dos distintos puntos de vista; el primero, desde la teoría del derecho, la universalidad tendría que ver con la forma en que están redactados los preceptos que contienen derechos. Si su forma de redacción permite concluir que un determinado derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas; lo importante es que esté adscrito a todas las personas que tengan la calidad establecida por la norma) entonces estamos ante un derecho fundamental. Si por el contrario una norma jurídica adscribe un derecho solamente a una parte de los miembros de un grupo, entonces no estamos frente a un derecho fundamental sino ante un derecho de otro tipo.

A partir de esa distinta forma de asignación del derecho, el propio Ferrajoli distingue entre los derechos fundamentales (asignados universalmente a todos los sujetos de una determinada clase) y los derechos patrimoniales (asignados a una persona con exclusión de los demás; así la libertad de expresión, al ser reconocida constitucionalmente como un derecho de toda persona, sería un derecho fundamental; mientras el derecho fundamental sobre un bien mueble (derecho que comprende su uso y disposición) excluye de su titularidad a cualquier persona.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi, citado por Carbonell, Miguel, "Los Derechos Fundamentales en México", 2ª. ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de

---

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

### 2.2 LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.

Ahora bien, la universalidad de los derechos humanos vista desde el punto de vista de los diferentes instrumentos internacionales de esta materia tan importante, encuentra su principal fundamento en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la cual es considerada por muchos como un instrumento con vocación de universalidad, ya que plasmó en su Preámbulo que "la fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana" y se construyó con el propósito de realizar la cooperación internacional para "el desarrollo y estímulo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión", esto último de acuerdo a lo establecido en su artículo 13.

Para la Carta de las Naciones Unidas, todos los seres humanos, sin ninguna exclusión o discriminación, son titulares de los derechos, a que ella se refiere. Naturalmente esta necesaria universalidad de los derechos humanos no significa desconocer la proyección en el tema de los derechos humanos de las diversidades culturales y las particularidades regionales.

No solo la Carta prevé la existencia de acuerdos cuyas actividades "sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas" (art. 52.1), sino que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia - anexo a la Carta y que forma parte integrante de ésta (art. 92 de la Carta) - hace referencia a "las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo" (art. 9). De tal modo se reconoce implícitamente que estas grandes civilizaciones y sistemas jurídicos pueden, en múltiples cuestiones, tener particularidades y singularidades que no han de afectar la universalidad, pero que no pueden olvidarse ni desconocerse.<sup>12</sup>

---

México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos; México, 2006, p. 14.

<sup>12</sup> Ideas tomadas de: GROS ESPIELL, Héctor, "Estudios sobre Derechos

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

### 2.3 LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 siguió el criterio universalista de la Carta de las Naciones Unidas.

Este carácter se reafirmó con la denominación de la Declaración de 1948 como "universal", y no como internacional, propuesta por René Cassin para destacar justamente el carácter universal. Se refiere a todos los integrantes de la comunidad internacional, incluidos la totalidad de los seres humanos, cualquiera que fuera su pertenencia estatal, su ideología, su religión o su sexo, otorgándole ese carácter universal. Esto la diferencia de un texto que fuera simplemente internacional por el acuerdo de los Gobiernos Representantes de los Estados que la adoptaron en la Asamblea General.

Con base en estas ideas la Asamblea General proclamó la Declaración "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", a fin de que se logre el respeto de esos derechos y libertades y "su reconocimiento y aplicación universales y efectivos".

Puede decirse que asegurar la universalidad de los derechos humanos fue una de las ideas fundamentales en las que se basó la Declaración y la voluntad de lograr la aceptación de esta universalidad constituyó uno de los objetivos esenciales que la Declaración buscó.

La Declaración proclama derechos iguales de todas las personas. Esto significa tomarlos en cuenta con sus identidades respectivas y con sus diferencias. Se reivindica así el derecho a la diferencia, que es esencial para que la identidad de todos los seres humanos, sea una realidad verdadera y cierta.<sup>13</sup>

Recordemos que aunado a la universalidad, como

---

Humanos" Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Jurídico Venezolano, Caracas 1985, pp. 125 y ss.

<sup>13</sup> Ideas tomadas de: GROS ESPIELL, Héctor, *Op. Cit.*, pp. 136 y ss.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

característica de los derechos fundamentales, éstos también son incondicionales e inalienables. Son incondicionales porque únicamente se encuentran supeditados a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de los propios derechos, es decir, hasta donde comienzan los derechos de los demás o los justos intereses de la comunidad. Son inalienables, porque no pueden perderse ni transferirse por voluntad propia, es decir, son inherentes a la dignidad humana.

### III. LA CIUDADANÍA HA CREADO UNA CRISIS EN LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Una vez analizada la universalidad de los derechos humanos, podemos afirmar que hasta esa época (1945) ésta característica se creía inamovible, sin embargo, diversos estudios realizados desde diferentes perspectivas, como es el caso del fenómeno migratorio, la globalización y la ciudadanía, se ha establecido que la universalidad de éstos derechos, puede llegar a encontrarse en una crisis dentro de los estados democráticos

Para estar en posibilidades de estudiar esta tendencia respecto a la crisis de la universalidad de los derechos humanos, partiremos del concepto de derecho fundamental que lo define como todo aquel derecho subjetivo que corresponde universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.<sup>14</sup>

Tomando como base la anterior definición, la cual presupone la existencia de una condición, situación o *status* de sus destinatarios, será necesario en un primer momento definir el término *status*; cabe recordar que históricamente en el lenguaje jurídico de los siglos XV y XVI, se muestra que el significado común del término *status* de situación, se dio mediante el

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y Garantías. La Ley del mas débil", 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 37.

---

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

aislamiento del primer término de la expresión clásica *status rei publicae*; empero, en la definición citada la palabra *status* hace referencia a la condición de un sujeto, prevista dentro de una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>15</sup>

Respecto a la universalidad, como ya lo hemos mencionada en párrafos anteriores, Ferrajoli ha establecido que ésta no es absoluta, sino relativa en base a los fundamentos en los que se basan o predicen. En la definición citada sobre derechos fundamentales, apreciamos que los destinatarios de los derechos subjetivos de los que se habla se encuentran predeterminados y catalogados ya sea como persona, ciudadano o simplemente como persona con capacidad de obrar.

En base a la definición multicitada tenemos como consecuencia que los derechos humanos o fundamentales se encuentran supeditados a condiciones jurídicas como es el caso de la ciudadanía y la capacidad. Desde el punto de vista del fenómeno migratorio, tema de estudio de esta investigación, podemos afirmar que los derechos que en determinado momento pudieran ser reconocidos por el Estado, encuentran una condicionante llamada ciudadanía, por lo que el Estado se limita a respetar derechos de carácter fundamental únicamente a aquellos que reúnen las características para ser considerados como ciudadanos o nacionales de ese Estado, quedando fuera aquellos que por necesidades extremas han inmigrado al Estado receptor.

Podemos observar que tanto la ciudadanía y la capacidad, son factores que en determinado momento marcan una diferencia que aún delimitan la igualdad de las personas dentro del mundo globalizado en el que nos encontramos actualmente<sup>16</sup>. Estos factores pueden asumir dos parámetros para clasificar los derechos fundamentales: los derechos de la personalidad y los derechos de la

---

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto, "Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política", ed. 6ª, Ed. FCE, México, 1998, pp. 36 y ss.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 40.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todas las personas y solo a los ciudadanos, dando como consecuencia la existencia de una crisis en la universalidad de los derechos humanos, contraviniendo esta postura a la generalmente aceptada de que los derechos humanos son eminentemente universales.

No obstante lo anterior, es importante resaltar, como lo menciona Carbonell, que la homogeneidad social ha dejado de ser el matiz que distingue a los ciudadanos de los extranjeros, y si en consecuencia se acepta que la convivencia de un número importante de grupos sociales estará marcada por el pluralismo social y étnico, se hace indispensable dejar atrás la teoría de la ciudadanía y acoger ese pluralismo bajo la protección de un ordenamiento constitucional que reconozca, en condiciones de igualdad derechos fundamentales para todos.

La ciudadanía como *status* necesario para ser titular de los derechos fundamentales se devela con todo su rigor cuando se opone a los inmigrantes (legales o ilegales), a los refugiados y a los apátridas.<sup>17</sup>

Ahora bien, la doctrina ha establecido diversas clasificaciones respecto al término derecho; una que lo clasifica en derecho subjetivo y objetivo; otra en derecho público, privado y social; una más en vigente, positivo y natural<sup>18</sup>; sin embargo, para efectos de la presente investigación analizaremos aquella que lo clasifica en cuatro clases de derechos; los humanos, los públicos, los civiles y los políticos.

Los derechos humanos son reconocidos a todas las personas; los públicos, solo son reconocidos a los ciudadanos; los derechos civiles a todas las personas capaces de obrar; y, finalmente los derechos políticos son reconocidos a los ciudadanos con capacidad de obrar.

Dentro de los derechos humanos podemos mencionar el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal,

<sup>17</sup> CARBONELL, Miguel, *Op. Cit.* p. 26.

<sup>18</sup> GARCÍA MAYNES, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", 14ª ed., Ed. Porrúa, México 2002, p. 86.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales.

Los derechos públicos abarca el derecho a la residencia y circulación dentro del territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo.

Dentro de los civiles encontramos la potestad de negociar, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio, y en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado.

Finalmente los derechos políticos abarcan el derecho al voto, el de sufragio pasivo, el derecho a acceder a cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.<sup>19</sup>

La teoría que presenta Ferrajoli en cuanto a la clasificación de los derechos es imposible su aplicación dentro del fenómeno migratorio ilegal, ya que los migrantes si bien en cierto no cuentan con la ciudadanía del Estado receptor, y por ende no se les reconocen sus derechos públicos, civiles y políticos, también lo es que los Estados receptores difícilmente les respetan sus derechos humanos, ya que no cuentan con una política de estado encaminada a la protección de dichos derechos, o tal vez la existencia de un organismo encargado de hacer cumplir esa universalidad de los derechos humanos de la que se ha hablado, por lo que en la mayoría de los casos los mismos sistemas estatales reducen a su mínima expresión la protección, reconocimiento y respeto de los derechos humanos única y exclusivamente a aquellos que tengan el *status* de ciudadano.

Bajo este esquema, es imprescindible que los Estados democráticos tendrán que trabajar arduamente para realizar las

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 40.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

reformas constitucionales necesarias y consagrar dentro de sus sistemas jurídicos, políticas de gobierno compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. Carbonell opina que deberá contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del status de los extranjeros en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

Es necesario dejar en claro que hoy en día la ciudadanía es una condición para determinar la titularidad de los derechos fundamentales; por lo que es indispensable avanzar hacia la superación de la visión estatista de los derechos y crear formas de adscripción y tutela de los mismos que puedan ir más allá de las fronteras y de las pertenencias nacionales.<sup>20</sup>

### IV. UBICACIÓN DEL DERECHO A LA MIGRACIÓN EN LAS DIMENSIONES DE LA PERSONA.

En los párrafos siguiente estableceremos una ubicación aproximada del derecho que tiene la persona de emigrar, de elegir el lugar ideal para desarrollarse en todos los aspectos de su vida, aunque eso implique en determinado momento dejar atrás su tierra, sus costumbres, su familia y su gente y hasta cierto punto el reconocimiento pleno de sus derechos humanos, ya que dentro del contexto global en el que estamos inmersos actualmente la migración se da comúnmente bajo un esquema de ilegalidad en el que los emigrantes al no contar con la ciudadanía del Estado receptor se encuentran vulnerados una gran parte de sus derechos que le corresponden por el simple hecho de ser humano.

---

<sup>20</sup> CARBONELL, Miguel, *Op. Cit.*, pp. 27 y 28.

---

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

Recordemos que el Derecho Romano definió el término justicia como “La constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde”, sin embargo, es necesario aclarar que la base filosófica de esta definición clásica del término es el valor propio de cada persona, de cada ente que por sus características propias de dignidad, raciocinio e inteligencia constituyen un ser "humano".

Los derechos de la persona han constituido siempre uno de los pilares fundamentales de la lucha por el Derecho, de igual forma constituyó un pilar imprescindible para el nacimiento y evolución del Estado Moderno en el siglo XVI; sin embargo, para estar a la altura de la dignidad humana, el Derecho reconoce y protege la libertad de las personas, como seres moralmente independientes y auto responsables.

Los derechos de la persona, basados en la exigencia moral de respetar la dignidad humana, parten del hecho ontológico de la autodeterminación del ser humano. Por eso las personas son capaces de Derecho, capaces de obrar y jurídicamente responsables.

La persona es un ser con un espíritu encarnado en la razón, que actúa en el mundo como una totalidad, pero abierto en todo momento a interrelacionarse con los demás seres, característica esencial que nos distingue de los demás entes vivientes.

En la persona podemos distinguir tres dimensiones espacio – temporales, dentro de las cuales se encuentran clasificadas todas y cada una de las necesidades más indispensables para su subsistencia, traducidas frente al Estado como derechos fundamentales:

En primer lugar tenemos la dimensión material de la persona, basada en la evidencia de que es un ser viviente y corpóreo, visible a la vista y palpable al tacto, de la cual se derivan las facultades fundamentales del Derecho a la vida, a la integridad física, a usar y disponer de los bienes materiales para la subsistencia, Derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, Derecho a la propiedad y derecho al trabajo.

En segundo lugar tenemos el aspecto personal, el cual se encuentra íntimamente ligado con cuestiones espirituales, culturales e históricas; en este aspecto encuentra su fundamento el derecho a

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

profesar libremente una religión, a buscar en todo momento la verdad de las cosas y de los fenómenos naturales, a expresar y difundir el pensamiento, a educar a sus hijos, a la legalidad y seguridad jurídica y a participar en la vida pública.

En tercer lugar tenemos el aspecto religioso, es aquel que hace alusión al Derecho de ir hacia Dios y de no entregar el alma al Estado; a la clase social o a la raza. Las sociedades políticas pueden pedir a los ciudadanos el sacrificio de la vida, pero jamás pueden pedir el sacrificio del alma.<sup>21</sup>

Bajo este esquema, estas tres dimensiones llegan a justificar filosóficamente el derecho y la inquietud de la persona de buscar mejores oportunidades de vida en un territorio distinto al que lo vio nacer, por lo que el ser humano bajo un esquema de universalidad tiene esa prerrogativa de emigrar a lugares que le permitan desarrollarse plenamente, sin embargo, debido a los paradigmas jurídicos basados en un *status* de ciudadanía, la persona encuentra grandes limitaciones en cuanto al respeto de sus derechos humanos, dejando al descubierto una clara contradicción entre los derechos de la persona y los derechos del ciudadano.

El nacimiento de organizaciones internacionales como es el caso de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), dio como consecuencia que los estados que forman parte de ella reconocieran a través de los diferentes instrumentos internacionales, que los derechos humanos sean caracterizados como fundamentales, no solo dentro de los Estados constitucionales que los reconocen como dogmas, sino como derechos supraestatales a los que los Estados se encuentran obligados en el plano internacional, es decir, derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanía.

En la actualidad y debido a fenómenos como el de la globalización y de las migraciones ilegales masivas, nos damos cuenta que existe el riesgo de que se cumpla en la práctica, la tesis de los derechos de ciudadanía que hace años presentó Thomas Marshall (1950).

---

<sup>21</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, "Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, México 2001, p. 762.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

Las características de la teoría de Marshall las podemos resumir de la siguiente forma:

- 1.- Identificó a la ciudadanía con todo un conjunto de derechos civiles, políticos y sociales.
- 2.- Entendió el concepto ciudadanía como un presupuesto de los derechos fundamentales, incluyendo los de las persona.
- 3.- La ciudadanía ocupó el lugar de la igualdad.
- 4.- Quería fundamentar teóricamente los derechos sociales.<sup>22</sup>

Es evidente que dicha teoría encuentra una contradicción con las Constituciones modernas, ya que actualmente no es posible que un Estado garantice la protección de los derechos humanos dentro de su texto fundamental únicamente a sus ciudadanos, ya que éstos le conciernen a cualquier persona. Asimismo, pone en riesgo una de las características imprescindible de los derechos humanos y de la que ya hemos hecho mención con antelación, me refiero a la universalidad.

### 4.1 IMPACTO DE LA MIGACIÓN EN LA PERSONA

Cuando hablamos de migración, entendemos aquí no la mera movilidad de los individuos a través del espacio, sino la movilidad del lugar de residencia.

Una opinión muy difundida afirma que el alejamiento del lugar de origen equivale casi automáticamente a la pérdida del patrimonio cultural y, por ende, de la identidad que se nutre del mismo. De este modo, el destino de todo migrante sería la asimilación a la cultura de la sociedad receptora. Incluso, el migrante que retorna a su lugar de origen ya no sería el mismo que partió, sino casi un extranjero en su propia tierra, una especie de inadaptado social que por su sola presencia erosiona las costumbres locales y constituye un foco de innovación.

Los fenómenos migratorios no solo producen cambios

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p.55.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

considerables en los comportamientos culturales y en la autopercepción (identidad) de los actores sociales, dando como resultado obligado algún tipo o grado de aculturación.<sup>23</sup>; sino también, consecuencias graves como los impactos psíquicos y sociales, traumas recibidos en el proceso migratorio que a la larga pueden acarrear mayores problemas psicosociales y de salud, que significan cargas económicas que los países receptores no quieren pero sí fomentan con sus medidas de control; otras consecuencias son la marginalidad, los efectos económicos, demográficos y políticos, en lo estructural, tanto para el país de destino como para el de origen.<sup>24</sup>

### V. EL DERECHO A LA MIGRACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Bajo este esquema, es necesario reconocer que la migración ha existido desde que hay una organización social. Es una situación que se da en un contexto de interdependencia entre personas, capital, trabajo, vías de comunicación y oportunidades, y que se vuelve dramática por la enorme desigualdad que existe en el mundo.

Los flujos migratorios actuales se han caracterizado por los numerosos individuos que salen del Sur, es decir, de los continentes en vías de desarrollo hacia los países industrializados. Ellos, según el sentido común establecido a finales del siglo pasado desde las estructuras económicas, tratan de escapar de sus destinos de miseria cuando emprenden su camino a los “nortes” del globo terrestre. La

---

<sup>23</sup> CASTILLO, Manuel Ángel; Lattes, Alfredo y Santibáñez, Jorge, “Migración y Fronteras”, Ed. El Colegio de la Frontera Norte, 1998, pp.165 y 166.

<sup>24</sup> LUGO Garfias, María Elena, comentario bibliográfico a la obra “La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones”, México, Siglo XXI Editores, 2006. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 1, número 2, Ed. CNDH, México, 2006, p. 232.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

migración de mexicanos a Estados Unidos no es la excepción, pero se puede añadir un dato interesante que permite caracterizar mejor este fenómeno; la historia de la migración de México a Estados Unidos tiene mas de 130 años, aunque es hasta principios del siglo XX cuando el volumen del flujo migratorio que sale del occidente de México comienza a ser significativo. El aumento de migrantes de México coincide con el principio de la industrialización y el desarrollo del sur de Estados Unidos, factor que originó la oferta de trabajo en aquella nación.<sup>25</sup>

Se considera migración al cambio de residencia, sea permanente o semipermanente, sin importar la distancia, y que siempre tiene que ver con un destino, un origen y una serie de obstáculos que intervienen.

El concepto de migrante engloba a cualquier tipo de motivación para cambiar de residencia, sin embargo, las condiciones mundiales afectan de tal modo la migración contemporánea, que ésta se ha transformado en gran medida en económica. Eso significa que la causa de la movilización es la búsqueda de oportunidades de sobrevivencia, es decir, se migra para buscar trabajo.<sup>26</sup>

No obstante lo anterior, dentro de las causas de la migración de México a Estados Unidos, podemos citar las siguientes circunstancias:

a.- Los patrones migratorios son un fenómeno que tiene que ver con las desigualdades en los niveles socioeconómicos de las poblaciones emisoras – receptoras.

b.- La existencia de una población joven en el flujo indica la rapidez con la que los individuos del medio rural y semiurbano se

---

<sup>25</sup> NAVARRO SMITH, Alejandra, “Mirando el Sol. Hacia una configuración del proceso migratorio entre México y Estados Unidos”, Ed. ITESO y CONEICC, México, 2001, pp. 25 y 26.

<sup>26</sup> GALLEGOS TOUSSAINT, Ximena, “La migración contemporánea y la protección de los derechos humanos”, Revista de Derechos Humanos, número 3, Ed. Órgano Oficial de Difusión de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2004, pp. 50 y 51.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

enfrentan a la falta de expectativas en sus comunidades o en su región inmediata.

c.- El promedio de educación en las áreas rurales y semiurbanas de fuerte expulsión es de seis años (primaria).

d.- Una de las causas importantes es la diversificación de la estructura productiva de las comunidades de origen.

e.- La migración hacia Estados Unidos representa una estrategia de las familias para enfrentar los efectos de las crisis económicas.<sup>27</sup>

Empero, cuando un hombre, mujer, niño o familia toman la determinación de emigrar a otro Estado que les brinde la oportunidad de desarrollarse plenamente como personas, llevan consigo un cúmulo de derechos fundamentales que viajan con ellos, todo esto desde el punto de vista teórico de los derechos humanos, ya que éstos son universales, al menos desde la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789 en adelante, pasando por todas las Constituciones nacidas a partir de esa fecha (el denominado movimiento constitucionalista). Sin embargo, en la actualidad nos damos cuenta que los países de tránsito y destino de migrantes, simplemente no cuentan con una política encaminada a proteger los derechos humanos de este grupo vulnerable, lo cual es lógico pensar si tomamos en cuenta que estos países ni siquiera cuentan con una política de Estado que le permita garantizar la plenitud de estos derechos a sus propios ciudadanos.

Debemos recordar que teóricamente, los derechos humanos no deben estar condicionados a los circunstancias de residencia. El principio de no discriminación impide cualquier distinción entre personas por el hecho de ser nacional de un país. Las reglas de protección internacional de derechos humanos limitan el derecho de los Estados a excluir a los extranjeros. Además el carácter de universalidad de los derechos humanos, del que tanto hemos hablado en la presente investigación, no se debe a la pertenencia o no, de determinada comunidad o grupo, sino al carácter del derecho

---

<sup>27</sup> NAVARRO SMITH, Alejandra, Op. Cit., pp. 28 y 29.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

en cuestión. Para ser congruentes con el respeto a los derechos humanos, los Estados deben dejar de situar a la migración como un tema de seguridad nacional y entenderla como un proceso global que afecta positivamente a su economía.<sup>28</sup>

En la práctica, la migración esta creando discriminaciones y conductas xenófobas, las cuales aunadas a la violencia dan orígenes a crímenes raciales, todo en detrimento de los derechos humanos de los migrantes. Por lo que se hace imprescindible que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar la universalidad de los derechos humanos, lo cual es uno de los fundamentos filosóficos más importantes de nuestra especie en cuanto a su reconocimiento como persona.

La ciudadanía, caracterizada como un *status* de la persona esta siendo utilizada como una condicionante por los Estados receptores de migrantes para garantizar los derechos humanos, lo cual no solo se observa en las conductas xenófobas, sino también en su tarea legislativa, ya que existen cuerpos normativos que evidentemente son violatorios a derechos humanos por que contienen políticas de estado selectivas exclusivas para los ciudadanos.

La universalidad de los derechos humanos fueron proclamados universales cuando la distinción entre persona y ciudadano no constituía ningún problema, ya que era impredecible que los países en vías de desarrollo fueran expulsores a gran escala de personas en busca de mejores oportunidades y que éstas declaraciones de universalidad fueran tomadas literalmente.

En la actualidad el universalismo de los derechos humanos esta siendo probado por las políticas de seguridad fronteriza de los estados y por las acciones de gobierno anti inmigrantes, de tal modo que el hecho de ser humano ha dejado de ser una condición suficiente para seguir siendo titular de esos derechos, éstos se han convertido en derechos de la ciudadanía de acuerdo a la tesis de Marshall.

---

<sup>28</sup> GALLEGOS TOUSSAINT, Ximena, *Op. Cit.*, p. 53.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

Actualmente, la ciudadanía se ha vuelto el prerrequisito del derecho de entrada y residencia en el territorio de un Estado. De este modo, la ciudadanía ha dejado de ser el fundamento de la igualdad. Mientras internamente la ciudadanía se ha fracturado en diferentes tipos de ciudadanos desiguales correspondientes a nuevas diferenciaciones de *status*, que van de ciudadanos plenos a semiciudadanos con derecho a residencia, refugiados e inmigrantes ilegales; en lo externo funciona como un privilegio y una fuente de exclusión y discriminación respecto a los no ciudadanos.

Desgraciadamente, la violación a los derechos de los migrantes está tan generalizada que ya es un elemento que define a la migración. Los Estados son en gran medida responsables de la situación de invisibilidad de los migrantes por no respetar sus derechos humanos.

La situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes está constituida por prejuicios, intolerancias y discriminaciones debido a que son objeto de todo tipo de violaciones a sus Derechos Humanos, a pesar de que existan tantas declaraciones y tratados internacionales que pretenden impedirlos. La realidad es que los migrantes y sus familias están excluidas del goce de casi todos sus derechos, pues son objeto de discriminación y abuso por parte tanto de las autoridades y empleadores de las naciones anfitrionas como, lo que es peor, de las autoridades mexicanas.<sup>29</sup>

En una época en que los Estados están contruidos sobre principios y derechos universales emanados de la democracia, en que la defensa de la igualdad y la libertad es una constante, es inaceptable que los migrantes pertenezcan hoy a los grupos de población más drásticamente discriminados, olvidados por su Estado

---

<sup>29</sup> ALVAREZ DE LARA, Rosa María, "Transición Democrática y protección a los derechos humanos", Fascículo 6, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 41.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

de origen y negados por el lugar al que llegan.<sup>30</sup>

Hoy por hoy es impensable abatir totalmente la emigración de indocumentados mexicanos a los Estados Unidos, hay una serie de factores económicos, como el desempleo en México y la enorme diferencia salarial entre ambos países, sociales y culturales, como el atraso, la marginación rural, lazos familiares, la tradición ya establecida, etc., que es imposible anularlos en pocos o muchos años, o por un simple decreto.

Por otro lado, para los Estados Unidos la presencia de los trabajadores indocumentados es necesaria para su economía especialmente en ciertos sectores como el de la agricultura y servicios no calificados, y en ciertas regiones, en especial en los estados del Suroeste..

La emigración internacional en México ha llegado a ser tan institucionalizada, tan rutinaria y tan integrada en las estructuras sociales y económicas de ambos países, que probablemente los costos humanos y financieros para detenerla son prohibitivos.<sup>31</sup>

### 5.1 AVANCES LEGISLATIVOS EN MATERIA MIGRATORIA.

Uno de los aspectos importantes de los derechos humanos es precisamente su conocimiento, la educación y la cultura sobre ellos; es necesario desarrollar programas para dar a conocer estos derechos, tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo. Sin embargo, Estados Unidos, uno de los países más desarrollados, y actualmente esta cometiendo una gran variedad de violaciones a derechos humanos en contra de los migrantes, por lo que es posible observar que la sola cultura y educación no son suficientes para asegurar una apropiada protección de los derechos humanos. Por lo que es indispensable la formación de una cultura de

---

<sup>30</sup> GALLEGOS TOUSSAINT, Ximena, *Op. Cit.*, p.55.

<sup>31</sup> OROZCO, Juan Luis, "El negocio de los ilegales ganancias para quien", Ed. ITESO, México, 1992, p. 588.

ADOLFO LÓPEZ BADILLO

respeto a la dignidad humana, aunada a la aplicación de la ley y la lucha contra la impunidad. Cuando internamente ni estos principios ni estas leyes pueden parar su violación, entonces adquiere singular importancia el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>32</sup>

Recordemos que el derecho interno debe velar por la observancia de los derechos humanos excluyendo la razón de Estado. A su vez, el derecho internacional debe actuar eficazmente protegiendo dichos derechos fuera de las soberanías nacionales. Tales expresiones, lógicas en sí mismas, adquieren un valor paradójico cuando las normas de cada uno de estos sistemas se contraponen o de alguna manera entran en contradicción.<sup>33</sup>

Bajo este esquema, el derecho internacional de los derechos humanos, se ha preocupado por la situación vulnerable de los migrantes en todo el mundo, por tal motivo y teniendo en cuenta los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los principios y normas establecidas en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo y ante la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tuviera aplicación universal, se celebró bajo el marco de la Organización de Naciones Unidas, la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias”, la cual fue adoptada por

---

<sup>32</sup> CARPIZO, Jorge, “Los Derechos Humanos”, “Tendencias actuales del derecho” 2ª. ed. Ed. UNAM, México 2001, p. 277.

<sup>33</sup> GÓMEZ Pérez, Mara, “La universalidad de los Derechos Humanos y sus problemas”, “Derechos Fundamentales y Estado”. Ed. UNAM, México 2002, p. 803.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

la Asamblea General en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990.

Dicha Convención cuenta con 93 artículos y dentro de los derechos mas importantes que consagra a favor de los migrantes y sus familias podemos citar los siguientes:

<b>Derecho</b>	<b>Artículo</b>
1. No Discriminación en el reconocimiento de derechos.	1; 7; 43; 45
2. Libertad de tránsito y residencia	8; 39; 49
3. Vida.	9
4. Integridad y seguridad personal.	10
5. Libertad personal.	11; 16
6. Libertad de pensamiento y religión.	12
7. Libertad de expresión.	13
8. Trato digno.	14; 17
9. Propiedad	15
10. Igualdad ante la ley	18
11. Respeto a documentos de identidad	21
12. Protección consular	23
13. Reconocimiento a su personalidad jurídica	24
14. Reunión y asociación	26; 40
15. Seguridad social	27
16. Protección de la salud	28
17. Educación	30
18. Información	33; 37
19. Protección	44
20. Elegir actividad remunerada	52; 58 <sup>34</sup>

De acuerdo a lo establecido en la misma Convención, ésta tendrá vigencia a partir de que sea ratificada, al menos, por 20 países del mundo, desgraciadamente hasta la fecha (enero 2008) este

---

<sup>34</sup> “Convención internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”.

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

instrumento internacional no cuenta con vigencia, ya que solo ha sido ratificada por 19 países: Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, Filipinas, Ghana, Guinea, Marruecos, México, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Uganda y Uruguay.

Cabe apuntar que Estados Unidos de Norteamérica es uno de los muchos países que hasta hoy no han ratificado dicha Convención, México hizo lo propio el 6 de marzo de 1999, sin embargo, nuestro país cuenta con un considerable atraso legislativo en su derecho interno en esta materia, por lo que es necesario apostar por una producción legislativa a nivel local y federal, para lograr una armonización con los instrumentos internacionales firmados y ratificados.

Dentro de la legislación interna mexicana aplicable al tema migratorio desde el punto de vista de los derechos humanos, podemos citar las leyes que prohíben la discriminación, los Estados que cuentan con esta ley son los siguientes: Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Estado de México, Morelos, Nayarit, Tamaulipas y Zacatecas.

Dentro de estas leyes es posible encontrar la prohibición de discriminar dentro del territorio estatal de que se trate, a cualquier persona por cuestiones raciales, personas que cuentan con una raza, una cultura y una religión, entre otros matices, distintos a los nuestros.

En este estudio cabe mencionar la ley estatal publicada más recientemente respecto a este derecho humano, me refiero a la del Estado de Zacatecas, denominada “Ley para prevenir y erradicar toda forma de discriminación” del 29 de julio de 2006; la cual es la única ley estatal en materia de discriminación que consagra un artículo que aborda literalmente la discriminación en contra de los migrantes. A continuación cito textualmente dicho artículo:

“Artículo 17. Ningún órgano público, estatal o municipal, autoridad, servidor público, persona física o moral, realizará actos o desplegará conductas que

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

discriminen a cualquier persona por razón de su nacionalidad o calidad migratoria en la que se encuentre, ni efectuar entre otras, las conductas siguientes:

I. Extorsionar económicamente, abusando de su estancia ilegal en el país.

II. Explotar laboralmente sin proporcionarles las prestaciones sociales y laborales que establece la Ley Federal del Trabajo, de conformidad con la Ley General de Población;

III. Obligar a que laboren incondicionalmente para alguien, mediante engaños y amenazas de despido o denuncia ante las autoridades migratorias o con el pretexto de que se les vaya a normalizar su situación migratoria en el país;

IV. Hostigar sexualmente a los trabajadores migrantes, mediante engaños y amenazas;

V. Engañar y recibir dinero para trasladarlos hacia otro estado;

VI. Las demás que señalen las leyes locales y federales aplicables.”

Derivado de lo anterior, cabe mencionar la importancia que reviste este artículo, ya que es un avance importante en materia legislativa local en pro de la protección de los derechos humanos de los migrantes, tomando en consideración que quienes llegan a México (provenientes del sur) como trabajadores temporales o usan el país como zona de tránsito hacia su viaje a Estados Unidos, padecen abusos contra su dignidad y sus derechos, sufriendo

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

constantemente maltratos y extorsiones por parte de autoridades civiles, aprovechándose de su estancia ilegal en el país, abusando arbitrariamente de ellos.<sup>35</sup> En el 2006, el Instituto Nacional de Migración aseguró a 182,705 extranjeros que ingresaron a nuestro país de forma ilegal, de los cuales 84,523 fueron nacionales de Guatemala.<sup>36</sup> De enero a octubre de 2007, fueron asegurados en territorio mexicano 46,739 migrantes, de los cuales 21,863 fueron de origen hondureño.<sup>37</sup>

“Como si se tratara de una cadena de infortunios, cuyos eslabones son de arbitrariedad, dolor y muerte, la adversidad que enfrentan los migrantes mexicanos en Estados Unidos tiene su réplica en el sufrimiento de los migrantes centroamericanos en México. Como resultado de ello, una doble condición atrapa al país: en materia migratoria, México es víctima y victimario.

Al tiempo que los mexicanos irregulares en Estados Unidos padecen abusos y agresiones, los extranjeros indocumentados en México sufren circunstancias similares, como si un espejo reflejara automáticamente dos realidades que convergen en la tragedia: los migrantes son seres humanos con sus derechos amenazados y frecuentemente transgredidos.

México tiene el derecho de inconformarse y protestar por las acciones gubernamentales y civiles que inhiben o coartan los derechos fundamentales de sus connacionales en Estados Unidos; pero tiene la obligación constitucional y moral de salvaguardar la integridad, la vida y los derechos de todos aquellos que se encuentran en su territorio”.<sup>38</sup>

Los migrantes buscan trabajo, progreso y seguridad; sus

---

<sup>35</sup> Exposición de motivos de la Ley para prevenir y erradicar toda forma de discriminación en el Estado de Zacatecas, Decreto número 307, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 29 de julio de 2006, p. 8.

<sup>36</sup> <http://www.inm.gob.mx/paginas/estadisticas/enedic06/sintesis.mht>

<sup>37</sup> <http://www.inm.gob.mx/paginas/estadisticas/eneoct07/sintesis.mht>

<sup>38</sup> FARAH Gebara, Mauricio, “México también necesita su reforma migratoria”, opinión publicada en MX Sin fronteras, Arizona, EEUU, Número 42, junio de 2007.

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

decisiones en ocasiones son radicales y cruzan la frontera desprotegidos y arriesgando la vida por una esperanza de mejorar sus condiciones económicas. Constituyen mano de obra segura y a bajo costo en países que no se comprometen en el reconocimiento de sus libertades y derechos fundamentales.

Hoy en día los nacionalismos se exageran cada vez mas en las diferentes regiones del mundo, dando como resultado el aumento en la intolerancia étnica y racial alrededor de los migrantes; los países receptores y expulsos no han podido garantizar la igualdad y el respeto a los derechos de los migrantes.

Un ejemplo de lo anterior son los desagradables hechos ocurridos el pasado mes de diciembre de 2007, en el que se encontraron los cuerpos de 4 mexicanos, los cuales fallecieron a causa de los diversos golpes y heridas que les fueron propinados por desconocidos (hasta el momento). De acuerdo a los medios de comunicación, estos cuatro migrantes vivían en la localidad de Sharonville, Cincinnati, EEUU, en un departamento casi sin muebles, ya que dormían en el suelo; los cuatro fueron apuñalados metódicamente. En el interior de la vivienda, las autoridades policiales encontraron la cartera de una de las víctimas, la cual contenía en su interior la cantidad de 1,300.00 dólares. Las primeras investigaciones dieron como resultado que el factor para haber cometido este delito fue la discriminación racial.<sup>39</sup>

Tomando como base las anteriores consideraciones, es necesario que nuestro país avance en la tarea legislativa de proteger al grupo vulnerable de los migrantes, ya que mientras no estemos en condiciones de respetar los derechos humanos de las personas que vienen del sur, no estaremos en posibilidades de exigir el respeto de los derechos de nuestros connacionales que van hacia el norte.

---

<sup>39</sup> <http://www.elmanana.com.mx/notas.asp?id=31829>

ADOLFO LÓPEZ BADILLO

## VI. CONCLUSIONES

1. Se tienen registro de violaciones a Derechos Humanos de los migrantes por parte de los funcionarios federales, estatales y locales en ambos lados de la frontera (México – Estados Unidos); sin embargo, hasta la fecha no han sido suficientes los esfuerzos realizados por los gobiernos de ambos países para reducir las violaciones a los derechos humanos de los migrantes, tanto por parte de particulares como de agentes oficiales.
2. Hoy en día la universalidad de los derechos humanos es un extremo aceptado, que no puede ponerse en duda y respecto del cual no es posible echar marcha atrás. Esta característica de los derechos humanos encuentra su fundamento en diversas circunstancias propias de la persona como ser humano, como es el caso de la igualdad de todas las personas frente al derecho; del concepto mismo de persona humana; del carácter igualitario ante el derecho de todos los individuos; de la dignidad y la proscripción de toda discriminación basada en cuestiones de nacionalidad, raza, religión, ideología, sexo, etc.
3. Respecto a la universalidad de los derechos humanos, Luigi Ferrajoli ha establecido que ésta no es absoluta, sino relativa en base a los fundamentos en los que se basan o predicen. En la definición de derechos fundamentales citada por este autor en su obra “Derechos y Garantías. La ley del más débil” se advierte que los destinatarios de los derechos subjetivos de los que se habla se encuentran predeterminados y catalogados ya sea como persona, ciudadano o simplemente como persona con capacidad de obrar.
4. Las tres dimensiones de la persona (material, personal y religioso) justifican filosóficamente el derecho y la inquietud de la persona de buscar mejores oportunidades de vida en un territorio distinto al que lo vio nacer, por lo que el ser humano bajo un esquema de universalidad tiene esa prerrogativa de emigrar a lugares que le permitan desarrollarse plenamente, sin embargo, debido a los

---

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

paradigmas jurídicos basados en un *status* de ciudadanía, la persona encuentra grandes limitaciones en cuanto al respeto de sus derechos humanos, dejando al descubierto una clara contradicción entre los derechos de la persona y los derechos del ciudadano.

5. Teóricamente, los derechos humanos no deben estar condicionados a las circunstancias de residencia. El principio de no discriminación impide cualquier distinción entre personas por el hecho de ser nacional de un país. Las reglas de protección internacional de derechos humanos limitan el derecho de los Estados a excluir a los extranjeros. Además el carácter de universalidad de los derechos humanos, no se debe a la pertenencia o no, de determinada comunidad o grupo, sino al carácter del derecho en cuestión. Para ser congruentes con el respeto a los derechos humanos, los Estados deben dejar de situar a la migración como un tema de seguridad nacional y entenderla como un proceso global que afecta positivamente a su economía.

6. La ciudadanía, caracterizada como un *status* de la persona esta siendo utilizada como una condicionante por los Estados receptores de migrantes para garantizar los derechos humanos, lo cual no solo se observa en las conductas xenófobas, sino también en su tarea legislativa, ya que existen cuerpos normativos que evidentemente son violatorios a derechos humanos por que contienen políticas de estado selectivas exclusivas para los ciudadanos.

7. En la práctica, la migración esta creando discriminaciones y conductas xenófobas, las cuales aunadas a la violencia dan orígenes a crímenes raciales, todo en detrimento de los derechos humanos de los migrantes. Por lo que se hace imprescindible que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar la universalidad de los derechos humanos, lo cual es uno de los fundamentos filosóficos más importantes de nuestra especie en cuanto a su reconocimiento como persona

## ADOLFO LÓPEZ BADILLO

8. Es necesario dejar en claro que hoy en día la ciudadanía es una condición para determinar la titularidad de los derechos fundamentales; por lo que es indispensable avanzar hacia la superación de la visión estatalista de los derechos y crear formas de adscripción y tutela de los mismos que puedan ir más allá de las fronteras y de las pertenencias nacionales.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ DE LARA, Rosa María, “Transición Democrática y protección a los derechos humanos”, Fascículo 6, 1ª. ed., Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.
- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, “Filosofía del Derecho”, ed. 1ª, Ed. Porrúa, México 2001.
- BIDART Campos, Germán J., “Teoría General de los Derechos Humanos”, 2ª. ed., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
- BOBBIO, Norberto, “Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política”, ed. 6ª, Ed. FCE, México.
- Carbonell, Miguel, “Los Derechos Fundamentales en México”, 2ª. ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos; México, 2006.
- CARPISO, Jorge, “Los Derechos Humanos”, “Tendencias actuales del derecho” 2ª. ed. Ed. UNAM, México 2001.
- CASTILLO, Manuel Ángel; Lattes, Alfredo y Santibáñez, Jorge, “Migración y Fronteras”, 1ª. ed., Ed. El Colegio de la Frontera Norte, 1998.
- CARRILLO Prieto, Ignacio, “Algunas tendencias actuales de la teoría del derecho”, 2ª. ed. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- DICCIONARIO DE DERECHO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; Ed. Porrúa, México 2007.
- DURAND, Jorge y Massey, Douglas S., “Clandestinos, Migración

## LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

- México – Estados Unidos en los albores del siglo XXI”, Durand, Jorge y Massey, Douglas S., 1ª ed., Ed. Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 2003.
- ESCOBAR Valdez, Miguel, “El muro de la vergüenza”, 1ª. ed. Ed. Grijalbo, México, 2006.
- FARAH Gebara, Mauricio, “México también necesita su reforma migratoria”, opinión publicada en MX Sin fronteras, Arizona, EEUU, Número 42, junio de 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y Garantías. La Ley del mas débil”, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2006.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho”, 14ª ed., Ed. Porrúa, México 2002.
- GALLEGOS TOUSSAINT, Ximena, “La migración contemporánea y la protección de los derechos humanos”, Revista de Derechos Humanos, número 3, Ed. Órgano Oficial de Difusión de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2004.
- GROS ESPIELL, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos” Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Jurídico Venezolano, Caracas 1985.
- GÓMEZ Pérez, Mara, “La universalidad de los Derechos Humanos y sus problemas”, “Derechos Fundamentales y Estado”, 1ª. ed. Ed. UNAM, México 2002.
- LUGO Garfias, María Elena, comentario bibliográfico a la obra “ La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones”, México, Siglo XXI Editores, 2006. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 1, número 2, Ed. CNDH, México, 2006.
- Memoria del Seminario Internacional “Causas, efectos y consecuencias del fenómeno migratorio y la protección de los Derechos Humanos”, ed. 1ª, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006.
- NAVARRO SMITH, Alejandra, “Mirando el Sol. Hacia una configuración del proceso migratorio entre México y Estados Unidos”, Ed. ITESO y CONEICC, México, 2001.
- RODRÍGUEZ Y GONZÁLEZ, Alejandro, Sandoval Arriaga, Alfonso, “Migración internacional en las fronteras norte y sur de

ADOLFO LÓPEZ BADILLO

México”, 1ª. ed., Ed. Consejo Nacional de Población, México 1992.  
OROZCO, Juan Luis, “El negocio de los ilegales ganancias para quien”, Ed. ITESO, México, 1992.

### **LEGISLACIÓN CONSULTADA**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Ley estatal para prevenir y eliminar la discriminación del Estado de Baja California Sur del 14 de diciembre del 2006.

Ley estatal para prevenir, combatir y sancionar toda forma de discriminación en el Estado de Campeche del 4 de julio del 2007.

Ley para prevenir y eliminar la discriminación en el Estado de Chihuahua del 7 de julio del 2007.

Ley para promover la igualdad y prevenir la discriminación en el Estado de Coahuila del 24 de agosto del 2007.

Ley para prevenir y erradicar la discriminación en el Distrito Federal del 19 de julio del 2006.

Ley para prevenir, combatir y eliminar actos de discriminación en el Estado de México del 17 de enero del 2007.

Ley de igualdad de oportunidades con equidad de género del Estado de Morelos del 3 de septiembre del 2003.

Ley para prevenir y erradicar la discriminación en el Estado de Nayarit del 10 de diciembre del 2005.

---

LA MIGRACIÓN COMO UN DERECHO DE LA PERSONA

Ley para prevenir y erradicar la discriminación en el Estado de Tamaulipas del 29 de diciembre del 2004.

Ley para prevenir y erradicar toda forma de discriminación en el Estado de Zacatecas del 29 de julio de 2006.

**PÁGINAS WEB CONSULTADAS**

[www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx)

[www.inm.gob.mx](http://www.inm.gob.mx)

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

[www.elmanana.com.mx](http://www.elmanana.com.mx)

[www.un.org](http://www.un.org)



**LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA  
SUMISION EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y  
LATINOAMERICANO: UN RETO DE LA  
GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO  
PROCESAL COMUNITARIO**

MARÍA FLOR SEQUERA\*

SUMARIO: I. EL COMERCIO ENTRE LA UE Y LATINOAMÉRICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO. II. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 44/2001 EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE CARA A LA INTERVENCIÓN PROCESAL DE TERCEROS ESTADOS. III. NOCIÓN DE DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. IV. FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. V. LOS FOROS DE CJI COMO PRESUPUESTOS DE LA LITIGACIÓN ENTRE MULTINACIONALES EUROPEAS Y LATINOAMERICANAS. VI. CONCLUSIÓN

En los últimos tiempos, el término “globalización” ha adquirido una especial relevancia en el mercado internacional moderno debido a las innumerables transacciones que en el ámbito comercial se han producido como consecuencia de las alianzas estratégicas que protagonizaron algunos Estados independientes a mediados y fines del siglo XX, que han respondido a las necesidades y exigencias de una sociedad mucho más abierta y multipolar.

---

\* Abogada egresada de la Universidad Santa María. Caracas-Venezuela (1995). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela (2002). Magíster en Derecho Administrativo y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid-España (2003). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid-España (2005). Abogado de la Gerencia de Recursos Judiciales adscrita a la Gerencia General de Servicios Jurídicos del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), adscrito al Ministerio de Finanzas de Venezuela.

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

Gracias a la globalización, determinados países del mundo han logrado integrar sus economías o, al menos, una parte de aquéllas en la búsqueda de un interés común: crecimiento en el mercado y competitividad. Para el resto que aún no lo ha hecho, la globalización significa una posibilidad de incorporarse a futuras políticas de libre comercio en beneficio de la propia estabilización de sus economías.

Esta integración económica ha sido impulsada por la liberalización del comercio, la inversión de capitales, la privatización de empresas estatales, la estabilización de los sistemas políticos y por un significativo avance tecnológico. Todo ello ha generado un considerable tráfico contractual de carácter privado alrededor del mundo, en el que ha salido fortalecido el sector empresarial y que ha dado lugar a la necesidad de que dichas negociaciones se encuentren amparadas por un marco jurídico capaz de responder a las exigencias y dinamismo de este tipo de operaciones.

Procesos como el que experimenta Europa, bajo la forma de la Unión Europea<sup>1</sup>, en aras de establecer una economía sólida y uniforme con tendencia a que los mercados y el mundo empresarial se extiendan más allá de sus fronteras, han acelerado el flujo de inversiones no sólo a nivel intracomunitario, sino también

---

<sup>1</sup> La Unión Europea, antes, Comunidad Europea, tuvo su origen en Roma, con la firma de dos tratados que daban existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad de la Energía Atómica (EURATOM), el 25 de marzo de 1957. La Comunidad, fue creada para promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria, políticas o acciones comunes, para lograr el desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas de los países que formaban parte de esa Comunidad. Para la época de su constitución los Estados que formaban parte de esa Comunidad fueron: Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos. Hoy día, está conformada por 25 Estados parte.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

extracomunitario, lo que ha logrado traducirse en una apertura común al comercio exterior.

En este orden de ideas, considera ESLAVA RODRÍGUEZ<sup>2</sup>, que uno de los focos estratégicos de la UE desde el punto de vista comercial, tanto en lo que se refiere al campo de la inversión como en el de la cooperación al desarrollo, ha sido Latinoamérica. En esta parte del continente americano, se han visto intensificadas las inversiones extranjeras, sobre todo, las provenientes del bloque europeo que recientemente llegaron a alcanzar el 58% del total de inversiones directas, superando a los EE.UU. que hasta el momento habían sido líderes en ese sector, quedando atrás con el 38% y un 4% para Japón.

Revisando la historia, el período de 1991-1995 en el que se pusieron en marcha las directrices de cooperación de la Comunidad Europea con Latinoamérica coincidió con un cambio radical en América y en Europa. Casi todos los países de Iberoamérica restauraron regímenes democráticos, a la vez que las políticas económicas más rigurosas y sostenibles marcadas por una liberalización creciente y un deseo de mayor integración en los mercados internacionales condujeron hacia un crecimiento en esa parte del continente, naciendo así una economía regional "emergente"<sup>3</sup>.

El giro que experimentó la economía latinoamericana se debió a tres factores claves: la reducción de la deuda externa, el mejor funcionamiento de las finanzas públicas y el regreso de los inversionistas extranjeros. Europa, por su parte, participa en un proceso de crecimiento, de reformas, de reducción de riesgos de inestabilidad puesto en peligro por las fuertes tensiones sociales que

---

<sup>2</sup> Cfr. ESLAVA RODRÍGUEZ, M., "Relaciones comerciales y flujos de inversión entre la UE e Iberoamérica", en *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 240.

<sup>3</sup> RUESGA, S. M. y FUJII, G., *Europa e Iberoamérica: Dos escenarios de integración europea*, Colección Ariadna, Editorial Parteluz, Madrid, 1998, p. 219 ss.

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

genera un incremento significativo en el comercio intra-regional y trasatlántico. Además, la demanda generada por el desarrollo de nuevas infraestructuras hace más atractivo este espacio para los inversionistas y, en especial, para los inversionistas europeos<sup>4</sup>.

Resulta evidente que el incremento de la inversión europea en el mercado latinoamericano no se hubiera producido con tal entidad si no es por la especial protección con que tales inversiones han quedado garantizadas a través de la firma de los tratados de zona libre. En la actualidad, los tratados de libre comercio celebrados por la UE con Méjico y Chile y el Acuerdo Marco Inter-regional de Cooperación con el MERCOSUR<sup>5</sup> (período 1995-1997), han provocado un considerable incremento en las exportaciones entre ambos continentes.

Sin embargo, la inversión extranjera necesita estar amparada por un marco legal que sea capaz de promover y proteger la inversión. Por ello, en opinión de ESLAVA RODRÍGUEZ<sup>6</sup>, los países latinoamericanos han sumado esfuerzos para proteger la inversión extranjera, consolidando un marco jurídico óptimo para favorecer y promover el comercio internacional con la celebración de una serie de acuerdos bilaterales como, por ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), que permite un trato más favorable al extranjero que al nacional,

---

<sup>4</sup> RUESGA, S. M. y FUJII, G., *Op. Cit.*, p. 219 ss.

<sup>5</sup> El Mercado Común del Sur, mejor conocido como MERCOSUR, está conformado por: Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay –países miembros plenos-, quienes suscribieron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción, en el cual estos países se asociaron con el fin de ampliar sus mercados nacionales para a través de la integración, adoptar una política común, sin divisiones interiores, ni aduanas, con libertad de circulación de bienes y servicios, etc., que propiciaran la vinculación económica, política, social y cultural entre sus Estados miembros y los que en el futuro desearan incorporarse. Consúltese, para mayor información, la página web: <http://www.mercosur.org.uy>

<sup>6</sup> Cfr. ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *Op. Cit.*, p. 253 ss.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

defendiendo al inversionista del ejercicio del poder del Estado receptor, en temas como: expropiaciones, transferencias, trato y restricciones de las transacciones, garantizando así, la no modificación de su legislación.

Pues bien, ante la existencia de tales acuerdos o tratados, resulta lógico, que los operadores económicos internacionales de cada país o región, descén concretar un acuerdo de voluntades, en el cual las partes establezcan sus propias reglas del juego, esto es, que cada una fije sus intereses, proteja sus derechos y se garantice el cumplimiento de sus respectivos deberes, quedando así obligadas a respetar el contrato en los términos que lo hayan expresado.

Sin embargo, en el caso de que alguna de las partes incumpliera el contrato y se generare una controversia, ésta, por el hecho de contener algún elemento de extranjería, tendría matices que la harían jurídicamente más compleja que cualquier otra que pudiera suscitarse entre personas jurídicas de la misma nacionalidad, donde la discusión se circunscribe dentro de las fronteras del Estado en que ambas sociedades tienen su domicilio y los conflictos que surgieran como efecto del contrato se resolverían por las normas de su derecho interno.

En el caso de las negociaciones internacionales, los litigios que pudieran producirse por efecto de la interpretación o cumplimiento de los contratos generarían algunas incertidumbres acerca de cuestiones como: la ley aplicable al contrato, la jurisdicción competente para conocer y resolver el litigio y la posibilidad de que la sentencia que ponga fin al pleito pueda ser reconocida y ejecutada por otras jurisdicciones.

De ahí, que ante los retos de la globalización, el ideal de lograr cierta unificación de las normas procesales de Derecho internacional privado revele gran urgencia. Es, por ello, que ante la carencia de esa unificación, la teoría de la autonomía de la voluntad en este tipo de operaciones comerciales cobra vida con más fuerza porque otorga a las partes la libertad y el derecho de fijar no sólo entre sus cláusulas las típicas de elección del lugar de cumplimiento del contrato o del domicilio procesal, sino que, además, éstas pueden

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

disponer de elegir el tribunal o tribunales competentes del país donde más les convenga, o donde puedan proteger cada una sus intereses, llegando, incluso, a poder escoger una determinada ciudad independientemente de la nacionalidad o domicilio de las partes para dirimir la controversia. De esta manera, las partes logran concentrar sus litigios en los foros en que tengan interés, así como elegir el idioma por el que se regirá la negociación y un eventual proceso y la ley o las leyes a las que deba ceñirse el contrato, incluso, fuera de todo lo no previsto en aquél, entre tantas otras.

En palabras de López López: "...mientras más predomine el mercado, más flexible será el ordenamiento jurídico que utilicen los particulares para la atribución o circulación de los bienes, más flexible en el sentido de que se tenderá a la validez de lo que su voluntad quiera, con sujeción a pocas o ninguna norma que no sean las de esa su voluntad: porque de ese modo se salvaguardará la esencia del mercado como un conjunto de decisiones de los particulares, en cuanto tales; ni que decir tiene la recíproca e inversa también es cierta: mientras más se tienda a salvaguardar las decisiones de la autoridad política que planifique la economía, menos margen se dará a la voluntad de los particulares a la hora de configurar los instrumentos jurídicos de la atribución y circulación de los bienes. Dicho de otra forma, y utilizando una terminología jurídica muy consagrada, a mayor protagonismo del mercado, mayor autonomía de la voluntad en los actos jurídicos; a mayor presencia de la planificación, menor"<sup>7</sup>.

Por lo tanto, en la actualidad el tema de la globalización y la integración va mucho más allá de un mero asunto político, económico, social o cultural y trascienden a lo jurídico. Es en el plano jurídico donde convergen la regulación de la transacción y sus efectos. Por otra parte, es indudable que, en estos tiempos en que el

---

<sup>7</sup> LÓPEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho de obligaciones y contratos*, (con BLASCO GASCÓ, CAPILLA RONCERO, MONTES PEÑADÉS, ORDUÑA MORENO, ROCA I TRIAS y VALPUERTA FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 32.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

Estado ha cedido parte de su poder y sus competencias al sector privado nacional e internacional en aras de una apertura hacia nuevos mercados, es menester propiciar la seguridad jurídica que esta índole de inversiones requiere para estimular el comercio exterior, así como también es evidente la necesidad de que los países latinoamericanos ofrezcan políticas más flexibles, capaces de atraer la inversión y crear un clima de mayor confianza para los inversionistas, pero, más concretamente, el auge de la futura inversión de las empresas o multinacionales europeas en Latinoamérica, dependerá de que en los contratos quede perfectamente garantizado que la resolución de un eventual litigio se podrá resolver en condiciones que proporcionen al inversionista, entre otras ventajas, ahorro de costes, celeridad procesal y seguridad jurídica.

I. EL COMERCIO ENTRE LA UE Y LATINOAMÉRICA EN EL  
ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO

Antes de abordar concretamente el punto de la actualidad del tráfico jurídico de los contratos en materia civil y mercantil, como eje central de este capítulo, es necesario hacer un breve comentario acerca de algunos antecedentes que han existido entre el mercado europeo (en adelante, UE) y el latinoamericano (en adelante, LA), en especial, sobre los últimos acontecimientos que han motivado el flujo de inversiones en ambas regiones y que han abierto un abanico de perspectivas muy favorables para los próximos años.

A. Antecedentes

El modelo tradicional de las relaciones en estas áreas, según afirma DEL ARENAL<sup>8</sup>, se limitaba hasta hace pocos años a un

---

<sup>8</sup> Cfr. DEL ARENAL, C., "Los acuerdos de cooperación entre la Unión Europea y

## MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

estricto plano de relaciones diplomáticas o políticas, en las cuales el interés de la UE en LA se traducían en el aporte de ayuda económica, tecnológica o científica a los países menos desarrollados: sin que esas relaciones birregionales significaran de modo alguno un interés comercial. No obstante, no eran desconocidas para aquél momento las exportaciones iberoamericanas al mercado europeo en el sector agrícola, donde la materia prima era transformada en productos industriales de consumo masivo en la zona europea. Pero, estas exportaciones se negociaron bajo la vigencia del llamado Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG), que sólo tenía por finalidad establecer rebajas arancelarias para ciertos productos agrícolas y manufacturados, si en contraprestación se garantizaba la lucha antidroga en el territorio americano.

Tal como comenta LOBEJÓN HERRERO<sup>9</sup>, es a partir de 1994, en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común(PESC), cuando la UE diseña una nueva estrategia para L.A a fin de adaptar las relaciones birregionales a un nuevo sistema multilateral y regional tras el impulso de los procesos de integración iberoamericanos. A esta nueva estrategia responden los acuerdos de “cuarta generación” firmados con Méjico, Chile y el MERCOSUR, entre 1995 y 1997, que pretenden establecer un nuevo modelo de asociación entre ambas regiones basado en el diálogo político, la cooperación económica reforzada y la apertura de negociaciones para la liberalización progresiva y recíproca de los intercambios comerciales.

### B. Perspectiva actual de las negociaciones

En los últimos años, se ha especulado mucho sobre el tema

---

América Latina (1971-1997). Evolución, balance y perspectivas ”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n.º 1, 1997, p. 110 ss.

<sup>9</sup> Cfr. LOBEJÓN HERRERO, L. F., ”El comercio México-Unión Europea ante la perspectiva de una zona de creación de libre cambio”, *ICE*, 2001, p. 71 ss.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

de las próximas alianzas económicas que se están negociando con países latinoamericanos. En lo que se refiere a una integración comercial americana, se proyecta para los próximos meses la definición de la firma de la Asociación de Libre Comercio de las Américas (ALCA) con algunos países de LA, o en su defecto, la firma de Tratados de Libre Comercio (TLC), independientemente, y, paralelamente a esto, se espera firmar un acuerdo entre la UE y el MERCOSUR sobre la creación de una zona de libre comercio, cuyas conversaciones ya han adelantado ambos bloques en las pasadas Cumbres del MERCOSUR-UE, celebradas en distintos países de LA, con lo cual para los próximos años se aspira a ver fortalecida la inversión entre ambas áreas de comercio<sup>10</sup>.

Sin duda, estos acontecimientos provocarán una reacción positiva en ambos mercados, procurando para cada uno de ellos muchas ventajas. En este contexto, estas ventajas ya han sido ampliamente aprovechadas por algunos países de Europa, como es el caso de España, que es el inversor directo de la UE que más ha contribuido al crecimiento del mercado latinoamericano desde el año de 1992 hasta los actuales momentos. Tal como así lo ha afirmado en otro momento la Comisión Europea, que llevo a cabo un estudio acerca de las inversiones que la UE había destinado para LA entre el período 1992-1998, el cual arrojó los siguientes resultados: España efectuó el 34% de sus inversiones en esa región, Alemania el 10%, Francia el 12%, Inglaterra el 11%, Portugal el 8%, Holanda el 17% y el resto de los países de la UE el 8%<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, la Comisión, en los últimos años, ha dirigido algunas comunicaciones al Parlamento y al Consejo Europeo, recomendando la asociación entre ambos bloques. Así, concretamente, dirigió una comunicación, el 07 de abril de 2004, y con el fin de participarles que con motivo de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE, Latinoamérica y el Caribe, que se

---

<sup>10</sup> [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid\\_3540000/3540063.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_3540000/3540063.stm)

<sup>11</sup> Cfr. COMISION EUROPEA, "European Union Forcing Direct Investments. Year Book 2000", *Eurostat*, Luxemburgo, 2001, p.59.

---

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

celebró en Guadalajara (Méjico), manifestarían a futuro su interés en desarrollar una asociación política con LA., que promueva la gobernanza en el ámbito mundial y potencie el multilateralismo. Esa intención radica en el valor de las exportaciones e importaciones que recíprocamente han alcanzado ambas regiones y que lograron duplicar el intercambio comercial en el período 1990-2002. En la comunicación también se afirmaba, que las importaciones de la UE procedentes de LA pasaron de 26.700 millones de euros a 53.700 millones de euros y las exportaciones de esta región a LA de 17.100 millones de euros a 57.500 millones de euros, ratificando la Comisión que la UE era para ese momento –y aún lo sigue siendo-, la fuente más importante de inversión directa extranjera en el área LA<sup>12</sup>.

C. El tráfico jurídico contractual en materia de derecho privado

Adentrándonos más en el tema en cuestión, la actualidad del tráfico jurídico de los contratos en materia civil y mercantil, consideramos que la iniciativa empresarial juega un papel protagónico en la internacionalización de estos asuntos, pues hoy día, las formas de penetración de las sociedades en territorio extranjero se pueden llevar a cabo por múltiples vías, desnacionalizando buena parte del sector empresarial local.

En lo que se refiere a la transición de empresas del sector público al sector privado, la intervención de multinacionales europeas en privatizaciones emprendidas en el área de LA ha sido muy usual, sobre todo, en sectores como el energético y el de las telecomunicaciones. Estas privatizaciones se han gestionado en procesos de licitaciones públicas, remates o venta de acciones en las Bolsas o mercados internos del país donde sea desea adquirir e, incluso, por ventas directas.

Así también, la apertura de filiales y sucursales ha hecho

---

<sup>12</sup> [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2004\\_022es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2004_022es01.pdf)

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

que las empresas matrices europeas puedan colocarse en distintos puntos de la región, abarcando, de este modo, diferentes sectores del comercio donde la inversión de capitales de la multinacional proveniente de la UE ha tenido una participación directa.

Para citar algunos casos prácticos de las negociaciones a las nos hemos referido, tomamos como muestra cuatro países miembros del bloque europeo que representan las inversiones más consolidadas en el mercado latinoamericano desde las últimas décadas. Ellos son: Alemania, Francia, Reino Unido y España, (habiéndose convertido este último, en el principal inversor en el área).

Sector energético e hidrocarburos: Las inversiones directas en este sector están representadas por los grupos empresariales franceses como: Electricité de France, Alstom Holding y el Grupo Schneider; ingleses como: El Grupo Shell, y españoles como: Endesa, Unión Fenosa, Gas Natural y Repsol, abarcando gran parte del territorio latinoamericano<sup>13</sup>.

Sector telecomunicaciones: En este sector la inversión europea se ha incrementado últimamente en la región, debido a que hasta la década de los noventa en muchos países se prestaba este servicio bajo la figura de la concesión pública, por lo que su prestación residía en muchas empresas estatales que por esa época estaban próximos a finalizar. La empresa francesa logró ubicarse en este sector con consorcios como: Telecom y Alcatel; por su parte, Alemania logró hacerse un puesto con Vodafone, El Reino Unido con British Telecom, y España con Telefónica<sup>14</sup>.

Sector manufacturero y automotriz: Alemania abarca gran parte del posicionamiento europeo en este sector dentro del área LA,

---

<sup>13</sup> Cfr. NIUBO BRUFAU, A., "El Grupo Gas Natural en América Latina", *ICE*, 2002, p.173 ss; PRIETO IGLESIAS, M. J., "El compromiso con el conocimiento. Clave para la expansión internacional de Unión Fenosa", *ICE*, 2002, p. 189 ss.

<sup>14</sup> Cfr. ALIERTA IZUEL, C., "Telefónica. De un operador local a un operador multinacional y multidoméstico", *ICE*, 2002, p. 147 ss.

## MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

gran cantidad de agencias sucursales como: BMW, Mercedes Benz, Opel, y Audi, entre otras, están disgregadas por la mayor parte del territorio; por su parte, Francia compite con Renault y Peugeot, y España con Seat, se está buscando un lugar en este mercado.

Sector bancario-financiero: Otra de las formas de penetrar el mercado LA ha sido a través del proceso de fusiones realizadas desde finales de la década de los ochenta. Este sector lo han liderado dos grandes grupos empresariales españoles, el Banco Bilbao Vizcaya (BBVA) y el Santander Central Hispano (BSCH). Ambos como inversionistas europeos, ocupan la mayor parte del mercado iberoamericano<sup>15</sup>.

Igualmente, la práctica comercial más reciente, ha dado paso a las denominadas “*joint ventures*”, que cuentan en la actualidad con amplia aceptación en el mercado LA, y que operan bajo la modalidad de constituir nuevas sociedades que tengan participación en filiales de empresas ya existentes. Este tipo de práctica comercial, responde a las exigencias de la cooperación empresarial entre las sociedades de países industrializados y países en vías de desarrollo<sup>16</sup>.

Es indudable que tras el acercamiento de las políticas birregionales UE-LA, se ha logrado estimular notablemente el tráfico comercial privado en las últimas décadas, que ha sido generado, insistimos, por una necesidad de apertura internacional de todos los mercados, siendo un buen ejemplo de ello, la inversión directa de la UE al MERCOSUR, Chile y Méjico que supera hoy en

---

<sup>15</sup> Cfr. CAMARERO, M. y TAMARIT, C., “La Unión Europea y las Américas: Consecuencias del establecimiento de un acuerdo de asociación interregional entre la UE y MERCOSUR”, *Papeles de Economía Española*, Edita. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas para la Investigación Económica y Social, Madrid, 2002, p.193.

<sup>16</sup> Cfr. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; BLANCO-MORALES LIMONES, P.; IRIARTE ÁNGEL, J. L.; ESLAVA RODRÍGUEZ, M. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000, vol. II, 2.ª ed., p. 252.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

día más del 50% de la inversión privada internacional, quedando el resto distribuido entre las provenientes de los EE.UU. y Japón.

Como se puede ver, no es despreciable la influencia de la inversión europea en el mercado LA. Por el contrario, en ambos mercados es importante el mantenimiento de estas negociaciones, que garantizan las importaciones y exportaciones recíprocas de bienes y servicios en aras de fortalecer las economías de ambas regiones. Es, por ello, que la tendencia a la expansión de las multinacionales europeas en países estratégicos de las Américas se concretará a la discusión de un proyecto de inversión en una mesa de negociación, lo cual, traerá consigo la formación de diversos contratos que actualmente se celebran y se seguirán celebrando en el marco del Derecho internacional privado y estos contratos, a su vez, tanto en su cumplimiento como en su interpretación serán susceptibles de generar controversias que, de no resolverse amigablemente o por medio de arbitraje, se resolverán en sede jurisdiccional; donde juega un rol importante la aplicación de las normas de CJI. A partir de este momento comenzaremos a proponer una alternativa distinta al arbitraje –ampliamente comentado en diversos trabajos de investigación y monografías-, como medio de resolución de controversias internacionales.

Así, la pretensión de este artículo de investigación no será la de ignorar la excelente alternativa que representa el arbitraje para dirimir las diferencias que pudieran surgir en las relaciones de comercio internacional, sino que más bien constituye una propuesta jurisdiccional para la resolución de este tipo de conflictos, en aras de obtener una sentencia que ponga fin a la disputa. En tal sentido, trataremos a continuación de desvelar una vía jurisdiccional, innovadora, práctica y adaptada a las exigencias de la globalización actual, que sea capaz de solucionar las controversias que a nivel internacional pudieran surgir entre operadores económicos europeos y latinoamericanos, aplicando las reglas de la Competencia Judicial Internacional (CJI), previstas en el Derecho procesal comunitario vigente.

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

## II. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 44/2001 EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE CARA A LA INTERVENCIÓN PROCESAL DE TERCEROS ESTADOS

### A. Consideraciones preliminares

Entre las funciones más importantes del Derecho procesal civil internacional, resalta quizá una: la de lograr armonizar los distintos ordenamientos jurídicos procesales internos de cada una de las partes que conforman determinada relación jurídica. De tal manera, si bien es cierto que la idea entraña algunas complicaciones de carácter legal, social, económico o cultural, difíciles de ajustar, no es menos cierto que la idea de lograr una armonización, cristalizada en la medida en que exista un cuerpo de unificación legislativa que tienda a regular diversas situaciones de carácter internacional, apuesta por una mayor seguridad jurídica en el mundo del comercio y de los contratos.

Así, tenemos que estas normas del Derecho procesal internacional, deben comenzar por basarse en dogmas y principios universales, que puedan hacer que su aplicabilidad se extienda a diferentes comunidades o fronteras. Esta ha sido precisamente la *ratio*, que ha predominado en la normativa legal comunitaria que desvelaremos en este capítulo, el Reglamento 44/2001 como norma atributiva de las reglas de competencia judicial internacional en el espacio comunitario pues, además de lograr engranar algunas normas con los diferentes sistemas jurídicos de los distintos Estados contratantes, ha logrado atribuir sus competencias entre todos y cada uno de ellos.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

B. El Reglamento 44/2001

El 22 de diciembre de 2000 el Consejo Europeo aprobó el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el DOCE L 012, del 16 de enero de 2001, tras el proyecto presentado por la Comisión y previo dictamen del Parlamento a los fines de unificar en un solo cuerpo legal todas las medidas necesarias para lograr una efectiva cooperación judicial entre los miembros de la UE<sup>17</sup>. Cabe recordar que *La Comunidad* estaba sólo integrada por seis Estados al momento de la firma del Convenio de Bruselas (CB) de 1968<sup>18</sup>, incrementándose a doce la cifra para el momento de la firma del Convenio de Lugano (CL) de 1988<sup>19</sup>, alcanzando los quince con la penúltima incorporación de Austria, Finlandia y Suecia, y que ahora asciende a veinticinco, por lo que se esperan en lo sucesivo, futuras reformas o adaptaciones.

Claro está que los objetivos de estos Convenios, hoy reunidos en el Reglamento 44/2001, no están divorciados del flujo comercial internacional que existe actualmente, entendiéndose por éste, el que traspasa las fronteras comunitarias, sino que, por el contrario, encuentra en él parte de su fundamento, pues la libertad de circulación de bienes y servicios bajo la consigna de la unificación aduanera comunitaria ha traído como consecuencia que haya más libertad, a su vez, para la apertura de las inversiones públicas y privadas hacia el exterior.

---

<sup>17</sup> Cfr. al respecto ABARCA JUNCO, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; GUZMÁN ZAPATER, M.; MIRALLES SANGRO, P. P. y VIRGOS SORIANO, M., *Derecho internacional privado*, Colex-UNED, Madrid, 2001, vol. I, 3.ª ed., p.322.

<sup>18</sup> Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, celebrado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968.

<sup>19</sup> Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

C. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001

Este punto sienta las bases que rigen el contenido de todos los postulados que se encuentran dispersos en el Reglamento y abarca su esfera territorial, personal, temporal y material, las cuales han servido para fijar las reglas de la CJI, que tuvieron su origen en el CB.

c.1. Ámbito de aplicación territorial

Inspirado en el artículo 299 del Tratado Constitutivo de la CEE, mejor conocido como Tratado de Roma de 1957, el Reglamento 44 se aplica en todo el territorio comunitario, salvo el caso de Dinamarca, que no participó de éste y, por tanto, respecto de él se siguen aplicando las normas contenidas en el CB<sup>20</sup>.

En el resto de los Estados comunitarios los jueces estarán obligados a aplicar el Reglamento en cuestión y la interpretación de éste queda sujeta a la jurisprudencia del TJCE.

c.2. Ámbito de aplicación personal

El artículo 2 del CB ha sido literalmente transcrito en el texto en referencia al consagrar que el criterio del domicilio prevalece sobre el de la nacionalidad, que recogía el artículo 220 del TCE.

En este sentido, y con las excepciones que contempla el propio Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cuál fuere su nacionalidad a los órganos de dicho Estado, siendo esta regla igualmente aplicable a las personas que no tengan la nacionalidad del país contratante en el que estén domiciliadas.

---

<sup>20</sup> En este sentido, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2003, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., p. 88.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

c.3. **Ámbito de aplicación temporal**

En esta esfera de aplicación del Reglamento, lo importante es precisar el carácter de irretroactividad de las normas que en él se contemplan.

En este contexto, el artículo 66 del referido instrumento establece con meridiana claridad, que las disposiciones del mismo serán sólo aplicables a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados tras su entrada en vigencia. De modo que, teniendo en cuenta que el Reglamento entró en vigencia a partir del 01 de marzo del 2002, debe entenderse que todas aquellas demandas interpuestas con anterioridad a la puesta en vigor del Reglamento se regularon por las disposiciones que al respecto se contenían en el CB y el CL, según el Estado que se tratase, por lo que, imperando el carácter de irretroactividad de la ley, su aplicación temporal comienza a regir a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

No obstante, tal regla comporta una excepción, y es que el mismo artículo 66, en su segundo numeral, prevé que las resoluciones dictadas después de la fecha de su entrada en vigor, a efectos del exequátur o reconocimiento de éstas y siempre que se produzcan como consecuencia de acciones ejercitadas en el Estado miembro de origen con anterioridad a esta fecha, serán reconocidas o ejecutadas de conformidad con las normas que al efecto establezca el Reglamento.

c.4. **Ámbito de aplicación material**

En lo que se refiere a la materia objeto de regulación del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se desprende de su propia denominación que su esfera de aplicación se circunscribe sólo a relaciones jurídicas de índole civil y mercantil.

Para delimitar el ámbito material del referido instrumento, la doctrina ha sido unánime en sostener que el legislador comunitario

---

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

al redactar estas normas quiso mantener su posición de interpretar los conceptos “civil y mercantil” de manera autónoma, es decir, con independencia de la interpretación que se hiciese sobre tales conceptos en los diferentes ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro. Posición que ha confirmado la jurisprudencia del TJCE (sentencias dictadas en fecha 14 de octubre de 1976, Caso: Eurocontrol<sup>21</sup> y 14 de noviembre de 2002, Caso: Steenbergen)<sup>22</sup>.

Al efecto, se excluyen del Reglamento las materias relativas al derecho de familia y al derecho sucesoral (estado y capacidad de las personas, regímenes matrimoniales, testamentos, sucesiones), e igualmente las que tengan como contenido la seguridad social, las relativas a la quiebra y al arbitraje.

En este mismo sentido, afirma la doctrina que el propio TJCE ha puesto en evidencia su clara intención de que se interpreten extensivamente las materias que regula el Reglamento y restrictivamente las materias que expresamente se excluyen de él.

### III. NOCIÓN DE DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CONVENIENCIA DE LA “TRIPLE IDENTIDAD DEL DOMICILIO” PARA LAS RELACIONES COMERCIALES BIRREGIONALES

El Reglamento, también conocido como Bruselas I, utiliza una definición autónoma e independiente de las acepciones que respecto al término “domicilio” contemplan los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, pues anteriormente el

---

<sup>21</sup> Cfr. ABARCA JUNCO, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; GUZMÁN ZAPATER, M.; MIRALLES SANGRO, P. P. y VIRGOS SORIANO, M., *Op. Cit.*, p.323 .

<sup>22</sup> En este sentido, véase esta sentencia, en *Recopilación de Jurisprudencia del TJCE y Tribunales de Primera Instancia. Parte I, Luxemburgo, 2002, t. II (B), p.10519 ss.*

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

Convenio de Bruselas al referirse al domicilio de las personas jurídicas, en su artículo 53, asimilaba éste al de sede social y dejaba la delimitación de ambos conceptos a la interpretación que de ellos hiciera el tribunal que conociere del asunto controvertido, aplicando sus reglas de derecho internacional privado. De este modo, el domicilio constituía una denominación de múltiples significados, que, lejos de aspirar a una utilización uniforme en torno al concepto, tendía a generar confusión e interpretaciones contrarias que yacían en las diversas sentencias que dictaban los tribunales competentes para conocer de un determinado litigio dentro del espacio comunitario.

Es, por ello, que este Reglamento con la inserción de la triple identidad del concepto de domicilio que consagra el artículo 60.1, amplía la gama de posibilidades de atribuir la competencia judicial internacional a cualquiera de los tribunales que ejerzan su jurisdicción en el territorio 44.

En concreto, el artículo 60.1 establece tres criterios alternativos de competencias para considerar que una sociedad o persona jurídica tiene su domicilio dentro del territorio 44, estos son: a) lugar donde se encuentra su sede estatutaria; b) su sede de administración central, o c) su centro de actividad principal<sup>23</sup>.

Desde este enfoque, al tratarse de "*criterios alternativos*"<sup>24</sup> u opcionales, no siendo necesario que concurren todos y cada uno de ellos de forma conjunta, es evidente que en caso de que no coincidan las tres sedes en un mismo Estado, el demandante podrá optar indistintamente por presentar su demanda por ante cualquier foro de los países donde se hallen las sedes alternativas predichas. Incluso, bajo la óptica del tema que nos ocupa, podría pensarse que en vista

---

<sup>23</sup> CORDÓN MORENO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales*, Aranzadi, Navarra, 2003, 8.ª ed., p. 1241.

<sup>24</sup> Cfr. ABARCA JUNCO, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.; GUZMÁN ZAPATER, M.; MIRALLES SANGRO, P. P. y PÉREZ VERA, E., *Derecho internacional privado*, Colex-UNED, Madrid, 2003, vol. I, 4.ª ed., p. 406.

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

de la proliferación de empresas transnacionales o multinacionales en el mercado internacional actual, podría ser perfectamente factible que una de esas sedes se encuentre localizada en un tercer Estado.

Por ejemplo, en caso de que un grupo multinacional decida demandar a otro que tenga como sede estatutaria la Ciudad de Méjico, siendo imposible presentar la demanda en ese país a los efectos de la aplicación del régimen de competencias previsto en el Reglamento *ut supra*, podría la empresa actora elegir como lugar de presentación de su demanda cualquier otra de las sedes u opciones restantes, siempre que alguna de éstas le atribuyan competencia a un juez o tribunal perteneciente a alguno de los Estados de *La Comunidad*, sin que éste último pueda declararse incompetente.

Al respecto, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>25</sup> sostienen que, el Reglamento 44/2001 contiene una “noción material” de domicilio de las personas jurídicas, ya que no hace falta recurrir a nociones derivadas de ningún derecho material y, además, su configuración así refuerza la tutela judicial efectiva e incentiva el comercio internacional entre empresas, pues, en el caso de que alguna de las partes no cumpla con sus obligaciones, la contraparte dispone de la posibilidad de demandarla en varios países con base al artículo 2 del mismo reglamento.

Finalmente, es necesario determinar en qué momento debe verificarse la condición del domicilio a los fines de fijar la competencia y los efectos procesales que dimanen de la misma.

En tal sentido, un sector de la doctrina ha sostenido que el momento de la verificación del domicilio es aquél en que tiene lugar la celebración del contrato. Con estas palabras SCHOCKWEILER<sup>26</sup>, en su ponencia de marzo de 1991 a propósito de un coloquio titulado “La interpretación del Convenio de Bruselas”, expresaba que siendo

---

<sup>25</sup> Cfr. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Op. Cit.*, p. 115.

<sup>26</sup> Cfr. SCHOCKWEILER, F., “Las cláusulas atributivas de competencia”, en *La competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Aranzadí, Navarra, 1993, p. 130.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

la cláusula atributiva de competencia una estipulación convencional, el momento en que se verificaba el domicilio debía corresponder al de la celebración del contrato, dicho de otro modo, aquél en que tiene lugar el acuerdo de voluntad de las partes. Sin embargo, esta afirmación contrasta con una segunda tesis que ha sido sustentada por buena parte de la doctrina, que considera que el domicilio del demandado se verifica en el momento de la presentación de la demanda<sup>27</sup>.

Ahora bien, comenta BERAUDO<sup>28</sup> en su obra “La Convention de Bruxelles”, que el TJCE falló a favor de la segunda tesis que aquí hemos expuesto (en sentencia del 13 de noviembre de 1979, Caso: Sanicentral), al sostener en un problema análogo referido a la aplicación en el tiempo del artículo 17 del Convenio de Bruselas -hoy artículo 23 del Reglamento- con motivo de una cláusula de elección de foro incluida en un contrato de trabajo concluido con anterioridad a su entrada en vigor, que la cláusula no surtía efectos jurídicos en tanto no se hubiera iniciado el proceso ante los tribunales y que sólo producía efectos a partir del día en que la acción judicial se hubiere ejercido.

#### IV. FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Los foros de CJI responden a las necesidades de justicia y seguridad jurídica a las que tiene derecho el justiciable, en cualquier parte del mundo. En especial, el Derecho procesal internacional se ha provisto de una serie de normas e instrumentos legislativos, que han garantizado la celebración de litigios internacionales bajo la mira o tutela de jueces legítimamente competentes para solventar los

---

<sup>27</sup> Cfr. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Op. Cit.*, p. 155.

<sup>28</sup> Cfr. RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994, p.128.

## MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

problemas o contiendas que tengan por característica la presencia de elemento extranjero.

Como bien los ha definido la doctrina española, los foros de competencia responden a una idea de “jerarquización de competencias”<sup>29</sup>. Se trata, pues, de colocar en un orden de prelación cada uno de los foros que originalmente se reunieron en el Convenio de Bruselas en atención a diversos criterios.

No obstante, dedicaremos nuestras próximas líneas a tratar exclusivamente el foro de la sumisión expresa, por ser el que se refiere al tema que nos ocupa, no sin antes mencionar que dentro del Reglamento se incluyen los foros siguientes: foro de domicilio del demandado, foro por razón de la materia, foros de conexión y los foros exclusivos.

### V. LOS FOROS DE CJI COMO PRESUPUESTOS DE LA LITIGACIÓN ENTRE MULTINACIONALES EUROPEAS Y LATINOAMERICANAS: LA SUMISIÓN EXPRESA COMO FORO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

#### A. La sumisión expresa o *prorrogatio fori*

El foro de sumisión expresa, tal como fue concebido por los negociadores del CB, con una transcripción casi textual en el Reglamento 44, da paso a la autonomía de la voluntad de las partes, para que con plena libertad contractual puedan prever el tribunal que tendría atribuida la CJI de un eventual litigio, que pudiera suscitarse en su esfera o ámbito de aplicación.

Opina ESPINAR VICENTE<sup>30</sup>, que los foros de sumisión suponen siempre que las partes, por un lado, atribuyan la competencia judicial a un tribunal o varios tribunales (*prorrogatio*

---

<sup>29</sup> Cfr. CALVO CARAVACA, A. L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Op. Cit.*, p.94.

<sup>30</sup> Cfr. ESPINAR VICENTE, J. M., *Op. Cit.*, p. 64.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

*fori*) y, por el otro, la abrogación de las competencias de otros tribunales que, de no existir el acuerdo o sumisión, tendrían normalmente la competencia (*derogatio fori*). Pues bien, para este autor, la prórroga de la competencia a favor de un tribunal, que *per se* carezca de ésta, implica necesariamente la derogación de la competencia del tribunal al que normalmente le debiere corresponder en caso de no existir la sumisión expresa.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TJCE, según sentencia del Caso: *Anterist*, en la que textualmente dice: "...las partes pueden atribuir competencia a tribunales que no la tendrían en virtud de las disposiciones generales o especiales del Convenio o excluir la de los tribunales que normalmente serían competentes en virtud de dichas normas..."<sup>31</sup>. Así también, alguna autora, comentando esta sentencia, advierte que la prórroga de la competencia descrita en el párrafo primero del artículo 17 del CB: "supone el doble efecto prorrogación-derogación para ambas partes"<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Véase esta sentencia, en *Recopilación de la jurisprudencia del TJCE*, Luxemburgo, 1986, t. 5, p. 1962.

<sup>32</sup> Véase, BORRAS RODRÍGUEZ, A., "La prórroga de la competencia en favor de una parte (art. 17.3 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968)", *Noticias CEE*, n.º 24, 1987, p. 120. Sin embargo, otros autores mantienen una opinión contraria a los criterios que acabamos de esbozar, en el sentido de que sostienen que no siempre la prorrogación de un foro produce como efecto colateral, la derogación a favor de otros que sean normalmente competentes, pues existen algunos casos en los cuales tras la declinatoria de incompetencia del juez designado, por sumisión expresa, en el supuesto de que la cláusula sea inválida, un tribunal puede resultar perfectamente incompetente en virtud de carecer de alguno de los foros de CJI según su ley interna, o que fuera de los casos de los foros exclusivos, previstos en el Reglamento 44, no existiere ningún otro por el cual fuere normalmente competente, y ello le impediría entrar a conocer de la causa. Téngase en cuenta que, incluso el foro de la sumisión tácita, como veremos más adelante, no es un foro que atribuye la CJI de manera incondicional, sino que su verificación depende de que se cumpla la condición de que el demandado acuda ante el tribunal que lo haya citado, con la intención de contestar el fondo de la demanda, y no, por el simple hecho de que trate de impugnarla, mediante la solicitud de la declinatoria por incompetencia, en cuyo caso la competencia del asunto podría quedar en el aire, mientras ésta pueda atribuirse a otro tribunal que, por el foro general o de domicilio

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

El artículo 23 *eiusdem*, exige, como primer requisito para que se verifique tal sumisión -conservando éste su tónica de fijar conceptos autónomos-, que una de las partes esté domiciliada en cualquier Estado miembro. Sin embargo, el tercer numeral de ese mismo artículo inserta la posibilidad de que puedan valerse de ese foro las partes de un proceso, aun cuando ninguna de ellas esté domiciliada en *La Comunidad*.

Por lo que respecta a la premisa de que aún los no domiciliados en *La Comunidad* puedan acordar la prórroga de la competencia a favor de un concreto tribunal con jurisdicción en la UE, la redacción del artículo 23.3 no ofrece ningún género de dudas, pues, a tenor de este artículo, también pueden valerse de este foro las partes no domiciliadas cuando expresamente hayan manifestado su voluntad de prorrogar la competencia a favor de los tribunales de un determinado Estado miembro.

a.1. Sumisión expresa opcional y alternativa: Es de suma importancia recalcar que la sumisión expresa puede pactarse de varias maneras: Por un lado, es posible que el acuerdo de sumisión sea opcional. En tal sentido, las partes pueden fijar como tribunal competente el de un determinado Estado u optar por acudir a los otros foros de competencia del Reglamento. Asimismo,

---

del demandado, sea el normalmente competente. Pues como se desprende de lo anterior, en estos casos la incompetencia de un tribunal designado por sumisión expresa, no siempre va aparejado de la competencia "normal" de otro tribunal. Cfr. RODRÍGUEZ BENOT, A., *Op.Cit.*, p. 131 ss. y CALVO CARCAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 111 ss.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

alternativamente pueden fijar varios tribunales que pudieran conocer indistintamente de la eventual contienda. Tomando en cuenta que los tribunales previamente seleccionados en la cláusula de sumisión serán los únicos que tendrán atribuida la CJ. Recuérdese que la prórroga de un foro produce forzosamente el efecto derogatorio de aquél o aquéllos que serían normalmente competentes.

a.2. Sumisión expresa con fraccionamiento de la cláusula: De la misma manera, pensamos que tal flexibilidad pueda extenderse al fraccionamiento de la cláusula de sumisión, es decir, las partes valiéndose de la autonomía de su voluntad en los términos aducidos por FERRI<sup>33</sup> “como el poder de crear normas jurídicas”, pueden fijar una o varias cláusulas según sea el caso, distribuyendo la competencia de este foro en los distintos tribunales de la UE.

a.3. Sumisión expresa acordada a favor de una parte: Cabe destacar también que la cláusula de sumisión expresa puede hacerse en favor de una sola de las partes, que es distinto a pensar que una sola de ellas pueda imponerla en contra de la voluntad de la otra. Ello, obviamente, no es posible ya que la cláusula de sumisión siempre requiere del mutuo consenso entre las partes. Lo que sí ocurre, en este caso, es que el sometimiento de la cláusula de sumisión tiene un efecto unilateral respecto de una sola de ellas, pues esta sumisión consiste en que una de las partes someta la posible controversia a la competencia con carácter exclusivo de los tribunales de un determinado Estado miembro, no pudiendo interponer sus demandas ante ningún otro tribunal, en virtud de ningún otro foro de competencia, salvo que la demanda verse sobre las materias objeto de los foros exclusivos, o que tácitamente el demandado conteste la demanda ante un tribunal distinto, del que previamente haya escogido la parte que se acoge a la cláusula. Sin embargo, la otra parte queda en libertad de presentar sus demandas ante cualquier

---

<sup>33</sup> En este sentido, FERRI, L., *La autonomía de la voluntad*, (trad. al español por SANCHO MENDIZABAL), Comares, Granada, 2001, p.54.

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

tribunal que pudiera resultar competente en virtud de cualquiera de los foros previstos en el Reglamento, tal como lo han afirmado el TJCE (en sentencia del 24 de junio de 1986, Caso: Anterist)<sup>34</sup> y la doctrina jurídica forense<sup>35</sup>. Es, por ello, que la unilateralidad del efecto de esta cláusula opera sólo respecto de aquella que haya limitado la CJI, expresamente a un determinado tribunal o tribunales de la UE.

B. Relevancia del foro de sumisión expresa ante una potencial controversia entre las partes en cuestión

Como hemos resaltado en líneas anteriores, la sumisión expresa, como acuerdo *inter partes*, dentro del cuerpo del contrato o fuera de aquél en que la sumisión tenga su origen, es el más frecuentemente utilizado a nivel del comercio internacional, pues, con su previsión, las partes logran asegurarse el tribunal que serviría de sede para llevar a cabo la resolución de una eventual controversia, con lo que ellas, en sí mismas, reconocen el poder de crear sus propias reglas de juego. Tal como señala DÍEZ-PICAZO, al referirse a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos: “Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines o intereses o un poder de autorreglamentación de las situaciones y relaciones jurídicas...”<sup>36</sup>

Sin embargo, como también expresamos en las páginas anteriores, esta libertad contractual de fijar el tribunal y, con ello, el lugar que serviría de sede para llevar a cabo la confrontación o litigación, como expresión de la autonomía de la voluntad de los contratantes, no es absoluta. En este sentido, apunta CASTÁN TOBEÑAS: “pertenece el contrato de una manera dominante

<sup>34</sup> Cfr. Sentencia del caso: Anterist, *Op. Cit.*, p.1951 ss.

<sup>35</sup> Cfr. BORRAS RODRÍGUEZ, A, *Op. Cit.*, p. 119 ss.

<sup>36</sup> Véase., en este sentido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, Introducción a la teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, vol. I, 4.ª ed., p. 127.

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

aunque no exclusiva, a la esfera del Derecho voluntario...”, pues, el Estado establece límites a esa libertad contractual, y continúa diciendo: “porque también el Derecho necesario despliega influencia sobre la contratación, limitando la potencialidad creadora de la voluntad privada”<sup>37</sup>. En este caso, el límite de la libertad con que las partes puedan prorrogar la CJI, está representado por las competencias exclusivas, que por imperio de la norma contenida en el artículo 22 del Reglamento son absolutamente improrrogables.

En fin, siempre que las partes deseen insertar una cláusula de sumisión expresa en su contrato, tendrán que descartar previamente que el objeto del mismo verse sobre aquellos que con carácter exclusivo correspondan a la CJI de un determinado juez o tribunal. Por tanto, una vez descartado este asunto, la sumisión se convierte en un foro prorrogatorio y abrogatorio de la posible competencia del resto de los tribunales que por algún otro foro u objeto vinculado con la causa, pudieren ser competentes.

Particularmente, en las relaciones trasatlánticas de comercio privado como se ha dicho a lo largo de nuestra exposición, sería más bien inconveniente o contraproducente no incluir una cláusula de sumisión expresa, pues, a diferencia de los contratos que puedan pactarse entre sociedades con domicilio comunitario donde la premisa general sería la atribución de la CJI por el foro de domicilio de la empresa demandada, aquí, en las relaciones bajo análisis, no podría ese foro ser el principio general. Decir lo contrario, conllevaría a asumir que siempre que se desee litigar en los tribunales de la UE sea condición indispensable que la empresa con domicilio comunitario ocupe la posición de demandada en el proceso, lo cual, limitaría muchísimo la estipulación de la atribución de la CJI en estas contrataciones, a la luz de la aplicación del Reglamento 44.

Contrarios a tal interpretación, consideramos que el foro de domicilio del demandado, así como el resto de los foros previstos en

---

<sup>37</sup> Véase, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Reus S.A, Madrid, 1992, 16.ª ed., p. 524.

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

el Reglamento, deben tener un carácter residual respecto de este tipo de controversias, mas concretamente, respecto del foro de la sumisión expresa, salvo, por supuesto, el caso de las competencias exclusivas.

La sumisión, sin duda, constituye una regla de competencia judicial internacional en toda la extensión de la palabra, más allá del ámbito personal que predica el propio Reglamento respecto de sus domiciliados.

Por último, no podemos dejar pasar la oportunidad de destacar la introducción novedosa del artículo 60.1, que está íntimamente relacionado con lo que hasta ahora hemos expuesto, pues, en nuestra opinión, es una de las ventanas que más se ha abierto a la multipolaridad de las partes en el proceso, donde a través de una triple acepción del término “domicilio”, se ha permitido incluso, que aquellas multinacionales que no funcionen en *La Comunidad* a través de su sede principal o empresa matriz, se incorporen al ámbito personal del Reglamento mediante sus sucursales, filiales o cualquier otro tipo de agencia con la que operen en el territorio de la UE, siempre que encuadren en alguno de los supuestos del referido artículo, sin que, entre ellos exista especial prelación de uno sobre otro.

En resumen, cualquier grupo multinacional o empresa de origen LA, incluso, aunque no tenga en la UE su establecimiento principal o su sede matriz, puede ser tratada o considerada como, “empresa con domicilio comunitario” a los efectos de la aplicación del Reglamento, sin que, su nacionalidad o lugar de constitución sean excluyentes o de alguna manera, condicionen su carácter de persona jurídica comunitaria.

Sin duda, no nos resta más que decir, que este novedoso Reglamento, en especial, en lo que se refiere a la sumisión expresa y al domicilio de las sociedades, los dos puntos donde pueden tener mayor oportunidad las empresas LA de litigar en los tribunales de la UE, han sido grandes aciertos de los negociadores comunitarios, producto, claro está, de su intención de aglutinar una mayor cantidad

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

de procesos con elemento extranjero y de estimular el tráfico del comercio transfronterizo.

## VI. CONCLUSION

En nuestra exposición, si se quiere, de eminente contenido práctico, más que teórico, hemos pretendido hilar algunas ideas en torno al fenómeno de la globalización, como eje promotor del tema.

En este sentido, consideramos que esta globalización no puede ni podrá sustraerse del campo de los contratos y de los efectos que en el ámbito jurídico ellos producen; entonces, resulta muy importante que éstos puedan ser previsibles antes de que se suscite un potencial conflicto entre las partes que conforman una relación jurídica. Por ello, preestablecer la competencia judicial a los fines de que los eventuales litigantes se garanticen la resolución de la controversia en un determinado lugar, incluso, ante un concreto juez o tribunal, ofrece la certeza y la confianza que exigen en la actualidad las transacciones del comercio internacional, logrando de manera definitiva, concentrar sus posibles litigios en un solo punto, en virtud del principio de la economía procesal.

Las relaciones comerciales entre la UE y los países de la América Latina, que han sido escogidas como ejemplos de estas contrataciones, sobre todo, en lo que al ámbito empresarial se refiere, no habían alcanzado antes, tanto como ahora, mayor protagonismo. Como se ha dicho de manera insistente, actualmente la mayoría de las inversiones directas de capital foráneo que se hacen en LA provienen de los países que conforman la UE. Por tanto, no cabe otra expectativa que, la de esperar que en los venideros años estas inversiones se incrementen; máxime, cuando la expectativa surge de ambos lados del continente.

Para Latinoamérica, la inclusión de los diez países que ahora forman la UE de los veinticinco, genera la confianza de que esta apertura comunitaria, a su vez, signifique la apertura de nuevos proyectos comerciales en el área, un mayor número de posibles

MARÍA FLOR SEQUERA MARTÍNEZ

exportaciones e importaciones, entre ambas regiones, el establecimiento de nuevas empresas a través de distintas vías (sucursales, filiales, fusiones, etc.) que colaboren en incrementar la economía interna de estos países. Todo ello, en aras de que el comercio latinoamericano tenga una participación de mayor entidad en el mercado mundial.

Para la UE, las expectativas respecto a LA se ciernen alrededor de dos grandes acontecimientos: el primero, la posible conclusión de las negociaciones para una zona de libre comercio con el MERCOSUR incluso, se ha hablado de un tratado de libre comercio birregional (que integraría al MERCOSUR con el resto de los países latinoamericanos y la UE). El segundo, se refiere a la posibilidad –cada vez más efímera– de la firma del ALCA y las repercusiones que esto pueda tener en las actuales exportaciones e importaciones trasatlánticas. Ante ambas expectativas, las probabilidades de éxito son muy amplias para este bloque, pues parece lógico, que a mayor amplitud del mercado, mayores puedan ser las ganancias y los ingresos que se perciban por tal ampliación; logrando así rentabilidad, productividad y competitividad en las economías de ambos bloques.

En este contexto, un tema como el que hipotéticamente hemos planteado acerca de la aplicación del Reglamento 44/2001, como medio capaz de regular la competencia judicial de cara a una mayor amplitud del ámbito de aplicación personal de estos foros, en especial, en lo referente a la sumisión expresa, por ser éste, el más característico de la autonomía de la voluntad de las partes y que eleva a la libertad contractual por encima de cualquier otro foro, respetando el orden público, no puede ser visto con indiferencia por los operadores comerciales internacionales, ni por sus asesores legales.

Por último, con este estudio condensado, se espera haber abarcado el tema con suficiente claridad; la que merece una situación jurídica tan compleja como la que hemos tratado, propia del Derecho internacional privado, o en este caso, del Derecho

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

procesal internacional; conscientes, de que el tema no se trata aquí y que sin duda, deberá ser motivo de sucesivas y significativas reflexiones.

### BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; GUZMAN ZAPATER, M.; MIRALLES SANGRO, P. P. y VIRGOS SORIANO, M., *Derecho internacional privado*, Colex-UNED, Madrid, 2001, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed.
- ABARCA JUNCO. A.; GONZÁLEZ CAMPOS. J.; GUZMAN ZAPATER, M.; MIRALLES SANGRO, P. P. y PEREZ VERA, E., *Derecho internacional privado*, Colex-UNED, Madrid, 2003, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed.
- ALIERTA IZUEL, C., "Telefónica. De un operador local a un operador multinacional y multidoméstico", *ICE*, 2002.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A., "La prórroga de la competencia en favor de una parte (art. 17.3 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968)", *Noticias CEE*, n.º 24, 1987.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2003, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed.
- CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; BLANCO-MORALES LIMONES, P.; IRIARTE ÁNGEL, J. L.; ESLAVA RODRÍGUEZ, M. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed.
- CAMARERO, M. y TAMARIT, C., "La Unión Europea y las Américas: Consecuencias del establecimiento de un acuerdo de asociación interregional entre la UE y MERCOSUR", *Papeles de Economía Española*, Edita. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas para la Investigación Económica y Social, Madrid, 2002, p.193.

- CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Reus S.A, Madrid, 1992, 16.<sup>a</sup> ed.
- COMISIÓN EUROPEA, "European Union Foreign Direct Investments. Year Book 2000", *Eurostat*, Luxemburgo, 2001.
- CORDÓN MORENO. F., *Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales*, Aranzadi, Navarra, 2003, 8.<sup>a</sup> ed.
- DEL ARENAL, C., "Los acuerdos de cooperación entre la Unión Europea y América Latina (1971-1997). Evolución, balance y perspectivas", *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n.º 1, 1997.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, Introducción a la teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed.
- ESLAVA RODRÍGUEZ, M., "Relaciones comerciales y flujos de inversión entre la UE e Iberoamérica", en *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003.
- ESPINAR VICENTE, J. M., *Derecho procesal civil internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universeidad de Alcalá. Facultad de Derecho, Alcalá de Henares, 1993.
- FERRI, L., *La autonomía de la voluntad*, (trad. al español por SANCHO MENDIZABAL), Comares, Granada, 2001.
- LOBEJÓN HERRERO, L. F., "El comercio México-Unión Europea ante la perspectiva de una zona de creación de libre cambio", *ICE*, 2001.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho de obligaciones y contratos*, (con BLASCO GASCÓ, CAPILLA RONCERO, MONTES PEÑADÉS, ORDUÑA MORENO, ROCA I TRIAS y VALPUESTA FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- NIUBO BRUFAU, A., "El Grupo Gas Natural en América Latina", *ICE*, 2002.
- PRIETO IGLESIAS, M. J., "El compromiso con el conocimiento. Clave para la expansión internacional de Unión Fenosa", *ICE*, 2002.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el Derecho comunitario*

LA EMPRESA MULTINACIONAL Y EL PACTO DE LA SUMISION  
EXPRESA EN EL COMERCIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO: UN  
RETO DE LA GLOBALIZACION EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL  
COMUNITARIO

*europo*, Eurolex, Madrid, 1994.

RUESGA, S. M. y FUJII, G., *Europa e Iberoamérica: Dos escenarios de integración europea*, Colección Ariadna, Editorial Parteluz, Madrid, 1998.

SCHOCKWEILER, F., "Las cláusulas atributivas de competencia", en *La competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Aranzadí, Navarra, 1993.

Páginas consultadas en internet:

[http://news.bbc.co.uk/1/spanish/business/newsid\\_3540000/3540063.stm](http://news.bbc.co.uk/1/spanish/business/newsid_3540000/3540063.stm)

[http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2004\\_022es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2004_022es01.pdf)

[www.eurlex.com](http://www.eurlex.com)



## EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO NORTEAMERICANO

MAURO VIVEIROS\*

SUMARIO: I. EL ACENTO EN LA AUTORIDAD DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: LA RESTRICCIÓN DEL CONTROL DIFUSO. II. EL PRINCIPIO *STARE DECISIS*. III. EL CONCEPTO Y TIPOS DE PRECEDENTES. IV. NOTAS ESTRUCTURALES DE LA DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES. V. EL DECISIVO CRITERIO JERÁRQUICO EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO. VI. POSTURAS IDEOLÓGICAS. VII. EL *RATIO DECIDENDI* Y LAS *OBITER DICTA*. VIII. LA REVOCACIÓN (*REVERSAL*) Y LA RATIFICACIÓN (*OVERRULING*) DEL PRECEDENTE JUDICIAL. IX. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL DERECHO JURISDICCIONAL VINCULANTE. X. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL DERECHO BRASILEÑO: PERSPECTIVAS

El hecho de que Brasil haya introducido tempranamente en su sistema constitucional el modelo de control difuso de constitucionalidad de leyes, puede sugerir que en nuestro país, donde tenemos también el control concentrado, el control norteamericano es lo que prepondera, habiendo además un conocimiento muy desarrollado de la teoría general de los

---

\* Licenciado en Derecho por la *Faculdade de Direito de Marília-SP*, en el año 1983; Procurador de Justiça del Ministerio Público de Estado de Mato-Grosso, Brasil, ingresado por oposición en el año de 1987; Especialista en derecho público por la *Escola Superior del Ministerio Público de Mato Grosso* en convenio con Universidade de Cuiabá-UNIC, en el año de 2000; Maestro en Derecho por *UNESP-Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho*, en el año de 2002; Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid.

MAURO VIVEIROS

precedentes entre los juristas, técnica esencial en el derecho del *common law*.

En verdad, Brasil empieza el control de constitucionalidad en su primera Constitución Republicana de 1891 y, pese haber sido esta la única vía de control judicial hasta mediados del siglo XX, nunca hemos tenido algo semejante al principio *stare decisis* como hay en Estados Unidos. Además, hemos acogido – así como ha ocurrido en muchos países latinoamericanos- elementos del control europeo, dicho Kelseniano, que han llevado a una hibridación considerable en el sistema, fenómeno que ha significado ya una inversión en términos de *status* a favor del control abstracto concentrado en el Supremo Tribunal Federal, órgano máximo del Poder Judicial y supremo intérprete de la Constitución Federal.

Esta acusada evolución hacia el control abstracto, que empieza en mediados de los sesenta, hasta ahora nos ponía de espaldas a Estados Unidos, ya que nuestro derecho de origen romano-germano impulsaba nuestra mirada siempre a Europa. A los juristas de formación positivista no se les exigía conocer la intimidad de la *common law*, en general entendida como una forma muy peculiar de realización del derecho, incompatible con los principios que fundamentan el derecho positivo, en el que la ley escrita sigue siendo la principal fuente del derecho<sup>1</sup>.

Pero, los últimos cambios en el sistema de control de constitucionalidad brasileño, como correcciones de rumbo en la jurisdicción constitucional, puede indicar la necesidad de nuevas reflexiones sobre estas concepciones teóricas tradicionales.

En el presente artículo intentamos ver en que medida tales cambios podrían nos acercar del conocimiento teórico del sistema de precedentes norteamericano. Pero nuestro propósito no es profundizar en este tema tan rico y tan fascinante; por ello haremos

---

<sup>1</sup> Para buena parte de nuestros juristas el precedente jurisdiccional vinculante, categoría central en el *common law* donde las normas resultan de la actividad de los jueces y tribunales, es impracticable en el Derecho dicho continental europeo, donde la jurisprudencia funciona de manera distinta en el ordenamiento jurídico.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

mención solamente a algunos aspectos más relevantes para el tema del control de constitucionalidad<sup>2</sup>.

El estudio se justifica en el hecho de que el sistema mixto de control de constitucionalidad sigue siendo el previsto en la Constitución Federal de Brasil. Y, por supuesto, la tarea de comprenderlo, describirlo y emprender esfuerzos de racionalización en la búsqueda de efectividad y de manutención equilibrada cobra todavía más sentido tras los cambios sobre los que se hablará en adelante.

I. EL ACENTO EN LA AUTORIDAD DEL SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: LA RESTRICCIÓN DEL CONTROL  
DIFUSO

Un hecho conocido es que el control de constitucionalidad brasileño fue construido de manera poco racionalizada, condicionado y determinado por circunstancias políticas muy peculiares. Por otra parte, la asimilación de institutos procesales del sistema de control abstracto practicado en los países más avanzados de Europa no viniera añadido del correspondiente mecanismo de vinculación de las sentencias natural en las Cortes Constitucionales<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> En este estudio nos valemos ampliamente, entre otras obras, de tres principales: *El Precedente Constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGrawHill, Madrid, 2001, de Ana Laura Magaloni Kerpel; *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, CEC, Madrid, 2005, de Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, y *Introducción al Derecho Inglés: la traducción jurídica inglés-español y su entorno*, in Colección Derecho, Discurso y Traducción, Edisofer, Madrid, 2005, de Miguel Duro Moreno.

<sup>3</sup> En Alemania, el efecto vinculante es previsto en el par. 31, 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Alemán; en España, el art. 38, 1, 40, 2, y 61, 3, de la LOTC, lo prevé; en Francia, esta en la propia Constitución, art. 62, 1 y 2; en el Tribunal Constitucional Portugués esta en el art. 282º/1, de la CRP y art. 66º de la LTC. (Cfr. Leal, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na Jurisdição constitucional*, Saraiva, 2006, p. 118-122 y Canotilho, JJ. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 1998, p. 898).

## MAURO VIVEIROS

Así que nuestro sistema de control de constitucionalidad ni se identificara con la matriz norteamericana, porque no seguimos la teoría de los precedentes vinculantes, ni tampoco alcanza el modelo eficaz dicho europeo, con sus Cortes Constitucionales<sup>4</sup>. Ello ha exigido reformas constitucionales y legales en la última década en el intento de superar graves incoherencias y incertidumbres<sup>5</sup>.

Un sistema de control híbrido y dual de constitucionalidad sin una articulación eficaz entre los dos métodos en la cumbre del órgano máximo del control, un elemento de cierre del sistema, producía, de una parte, el gigantesco aumento de demanda y multiplicación de cuestiones idénticas en la vía del control difuso con el crecimiento exponencial de recursos extraordinarios para el Supremo Tribunal Federal. De otra parte, la ausencia de mecanismo

---

<sup>4</sup> Ello porque, a lo que se refiere a Estados Unidos, el control difuso, pese a pertenecer a todos jueces y tribunales, en el Brasil el STF, a diferencia de la Suprema Corte, nunca ha tenido autoridad exclusiva para sacar la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico, pues esta autoridad la tiene, todavía hoy, el Senado (Art., 52, X, CF). Y en relación a las Cortes Constitucionales europeas, porque, a consecuencia del modelo difuso, todos los jueces y tribunales tienen potestad para desaplicar una ley inconstitucional, no habiendo, por tanto, concentración en un único órgano de control de constitucionalidad. Y, hasta el advenimiento de las reformas de 2004, mismo en el control concentrado, en las acciones directas de inconstitucionalidad, donde se enjuicia la ley abstracta – tal como en el modelo europeo- las sentencias del STF, aunque teniendo eficacia *erga omnes*, no tenían efecto vinculante.

<sup>5</sup> Las sentencias del Supremo Tribunal Federal dictadas en recursos extraordinarios en sede de control difuso de constitucionalidad, todavía hoy, no poseen efectos *erga omnes*, el que hace que otros jueces y tribunales sigan decidiendo libremente cuestiones jurídicas idénticas en otros procesos, pudiendo afrontar la resolución de la más alta Corte de Justicia del país. Tampoco produce efecto vinculante, el que permite que el poder público siga rediscutiendo una misma cuestión en contra del que ha decidido el supremo intérprete de la Constitución.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

que obligase a los poderes públicos a cumplir las sentencias proferidas en la vía del control abstracto de normas permitía una insubordinación de los poderes públicos a la Constitución y, por ende, la disminución de la propia autoridad de las resoluciones de la máxima Corte de Justicia del país y supremo intérprete de la Constitución Federal. ¡El sistema era “abierto”!

En la llamada “Reforma del Judiciario”, con la Enmienda Constitucional nº 45/2004, el control de constitucionalidad brasileño ha entrado en una etapa de corrección de rumbos y de perfeccionamiento. Se cumple un ciclo, empezado en 1988, y otro se abre ahora con la introducción de tres elementos nuevos: el efecto vinculante, las sùmulas vinculantes y la repercusión general de la cuestión constitucional, a los que haremos referencia.

Dispone la Constitución Federal:

Art.102 (....)

§ 2º Las decisiones definitivas de fondo, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judiciario y a la administración pública directa y indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal. (De acuerdo con la EC 45, de 2004).

Art. 103-A. El Supremo Tribunal podrá, de oficio o por provocación, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, tras reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar sùmula que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judiciario y a la administración pública directa y indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal, bien como proceder a su revisión o cancelamiento, en la forma establecida en ley. (Incluido por la E C nº 45, de 2004), Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º La sùmula tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciares o entre estos y a la

MAURO VIVEIROS

administración pública que conduzca a grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica.

§ 2º Sin perjuicio de lo que venga a ser establecido en ley, la aprobación, revisión o cancelamiento de súmulas podrá ser provocada por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad.

§ 3º Del acto administrativo o decisión judicial que contrariar la súmula aplicable o que indebidamente la aplicara, cabrá reclamación al Supremo Tribunal Federal que, juzgándola procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y determinará que otra sea proferida con o sin la aplicación de la súmula, conforme el caso." ([www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br))

Dos otros instrumentos procesales, originarios de la Carta de 1988, podrían considerarse como parte importante de la renovación del sistema de control de constitucionalidad brasileño: la reclamación para la preservación de la competencia y de la autoridad del STF<sup>6</sup> y la ADPF-argución de incumplimiento de precepto fundamental<sup>7</sup>, esta última todavía careciendo de mayor desarrollo práctico.

Ahora bien, el advenimiento de estos mecanismos agrega

---

<sup>6</sup> Prevé la Constitución Federal: "Art. 102. Compete al Supremo Tribunal Federal, precipuamente, la guardia de la Constitución, cabiéndole: (...) I) la reclamación para la preservación de su competencia y garantía de la autoridad de sus decisiones." ([www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>7</sup> Dispone la Constitución: "Art. 102 (...), par. 1º La argución de incumplimiento de precepto fundamental, decurrente de esta Constitución, será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, en la forma de la ley." La ley nº 9882/99 ha reglamentado el dispositivo constitucional. Se cuida de mecanismo procesal semejante al *Verfassungsbeschwerde* del derecho alemán, pero de finalidad más amplia, manteniendo puntos de contacto con otros instrumentos de tutela de derechos fundamentales, como el *writ of certiorari*, de los norteamericanos, de la *popularklage*, de la Baviera, del recurso de amparo de los españoles, de la auto-remisión de los italianos, del *beschwerde*, de los austriacos y de la acción popular de inconstitucionalidad de los venezolanos (Cfr. Bulos, Uadi Lammêgo, *Constituição federal anotada*, Saraiva, Sao Paulo, 2007, p.1023).

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

verticalidad en el sistema de control de constitucionalidad acentuando la autoridad de la Suprema Corte como guardia mayor de la Constitución. Al aumento de esa autoridad del máximo Tribunal corresponde una lógica disminución del poder político de los tribunales inferiores; y el incremento del control de constitucionalidad abstracto concentrado conduce también lógicamente a una disminución en la actividad de control por el modo difuso<sup>8</sup>.

Entre los previsible impactos que tales mecanismos habrán de producir -siempre dependientes de la intensidad de actuación de aquel alto tribunal-, es la disminución de la potestad de los jueces y tribunales inferiores en controlar la constitucionalidad de las leyes y actos normativos, habiendo de esperarse una reacción natural en el interior del sistema de control difuso de constitucionalidad, el que podrá conducir a una reflexión teórica frente a la necesidad de adopción de nuevas estrategias de argumentación por parte de los operadores jurídicos.

El STF, como órgano principal de la formulación de la jurisprudencia constitucional, adquiere mayor expresión también por la introducción, en el recurso extraordinario, como elemento que permite la articulación entre el modo difuso y el concentrado en la cumbre del sistema constitucional, una nueva condición de admisión. Para que una cuestión envolviendo la constitucionalidad de una ley ordinaria o de un acto concreto, en el ámbito del control difuso llegue al conocimiento del STF el recurrente tendrá que demostrar que la las cuestiones constitucionales discutidas en el proceso poseen repercusión general<sup>9</sup>. Es decir, obliga a demostrar

---

<sup>8</sup> “Toda vez que se otorga a uno Tribunal especial atribución para decidir cuestiones constitucionales limitase, explícita o implícitamente, la competencia de la jurisdicción ordinaria para apreciar tales controversias”, dijo Gilmar Ferreira Mendes en cita que hace a Gerhard Anschutz, (*in Controle concentrado de constitucionalidade: comentários a lei n. 9.868, de 10.11.1999*, Saraiva, Sao Paulo, 2ª ed., 2005, p. 77).

<sup>9</sup> “Art. 102 (...) par. 3º. En el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso,

## MAURO VIVEIROS

que la cuestión constitucional es relevante para el ordenamiento jurídico, o sea, que trascienda a los intereses subjetivos de las partes<sup>10</sup>.

Así que, al jurista brasileño, especialmente el abogado, se quiere seguir obteniendo tutela judicial efectiva e célere sobre problemas y conflictos de fondo constitucional por la vía ordinaria habrá que volver ojos y oídos hacia Estados Unidos. Es decir, para contrarrestar los efectos de tales restricciones, habrá que girar hacia al norte en búsqueda de un conocimiento perdido, que se presenta ahora como una poderosa herramienta de trabajo que les va permitir el manejo de nuevas técnicas argumentales.

Tales estrategias dependen, básicamente, de saber como se forman y cambian los precedentes, cuales son los criterios o posturas ideológicas que los fundamentan, el que efectivamente puede considerarse en un precedente como vinculante etc. Es lo que se va describir adelante.

## II. EL PRINCIPIO *STARE DECISIS*

El sistema jurídico norteamericano, que es esencialmente un derecho de configuración jurisprudencial, resultado de una lenta e histórica justicia casuística nacida y todavía vigente en el Derecho

---

solamente pudiendo rehusarlo por la manifestación de dos tercios de sus miembros.”

<sup>10</sup>La ley nº 11.418/2006, que ha reglamentado el artículo 102, par. 3º de la Constitución, prescribe: § 1º Para efecto de la repercusión general, será considerada la existencia, o no, de cuestiones relevantes del punto de vista económico, político, social o jurídico, que ultrapasen los intereses subjetivos de la causa. Puede advertirse la opción del constituyente reformador en reservar al STF cierta discreción en la admisión de los recursos extraordinarios a semejanza del *writ of certiorari* del derecho norteamericano. Pero, a fin de paliar los riesgos de no aceptación de cuestiones importantes se introdujo la exigencia de rehúsa sólo por el voto de dos tercios de los miembros del tribunal.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

ingles<sup>11</sup>, se asienta en una premisa básica: la idea de que el que fue decidido por tribunales superiores debe ser acogido en principio como bueno y valioso por otros jueces o tribunales para casos idénticos o similares. Es lo denominado principio *stare decisis*, cuya traducción es “estar en lo decidido” o, dicho en toda su extensión: *stare decisis et quieta non movere*: 'estar firmemente a lo ya decidido y no variar lo que tenga firmeza'.

Un sistema de control difuso de constitucionalidad, según el cual todos los jueces y tribunales disponen de competencia para juzgar la ‘validez’ de la ley frente a la Constitución, en casos concretos y de manera autónoma, exige, en nombre de los postulados de efectividad, igualdad y seguridad jurídica, un mecanismo procesal por medio del que se asegure la autoridad a la resolución judicial, no sólo en el interior del poder judicial en los casos posteriores, sino en el ámbito de todo el poder público y por los ciudadanos de forma general.

---

<sup>11</sup> El Derecho en Inglaterra ha sido durante ochocientos años no mucho más de lo que los jueces o los tribunales de justicia han dicho y hecho a lo largo de todo ese tiempo. Por ello, los historiadores consideran que la crónica y descripción sistemática deben basarse en el estudio de las sentencias. La doctrina *stare decisis* se formó originalmente en la rama del *common law* inglés, y es la regla general [...] conforme a la cual cuando un punto de derecho ha sido fijado por resolución judicial en un caso concreto sometido a la jurisdicción de un juez o tribunal, se convierte *ipso jure* en un precedente normativo que debe ser acatado, en casos similares subsecuentes, por el mismo tribunal que lo estableció y por cualquier otro de rango inferior que esté subordinado a la autoridad de aquél. Los historiadores del derecho inglés no se han puesto todavía de acuerdo sobre el momento exacto en que vino al mundo la doctrina del *stare decisis*: unos defienden que fue en el período de los *Year Books* (1290-1535) y otros, en cambio, que fue a finales del siglo XVI o principios del XVII, como consecuencia directa de la influencia ejercida por los admirables *reports* redactados por el egregio juez Eduardo Coke (Lévy-Ullmann, 1928, 134). (apud Duro Moreno, Miguel, *Introducción al derecho inglés, la traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 211 y 220).

## MAURO VIVEIROS

Es así que el principio *stare decisis* juega un papel esencial en aquel modelo, revelándose, por medio de los precedentes vinculantes, un mecanismo de cierre en el modo de control difuso al imponer a la resolución de los tribunales superiores, con énfasis a las de la Corte Suprema, un efecto obligatorio y *ex tunc* para todo el ordenamiento jurídico, aunque sea posible apartarse de la regla del precedente en el futuro.

### III. EL CONCEPTO Y TIPOS DE PRECEDENTES

Precedente es la expresión usada por los juristas anglosajones para identificar el principio de derecho (*ratio decidendi*) que ha sido aplicado por un juez para decidir en un caso análogo al que le corresponde ahora resolver otro juez, o incluso el mismo<sup>12</sup>.

Existen tres tipos de precedentes según el parámetro normativo utilizado: si el juez aplicó la Constitución como norma decisoria del litigio, su sentencia constituye un precedente constitucional; si acudió al derecho legislado, entonces el precedente es legal o *statutory precedent* y, finalmente, si se basó en las decisiones *common law*, su sentencia será un *common law precedent*. Pero importa esclarecer que un precedente no es igual a una decisión, pero resulta, en principio, de un conjunto de decisiones reiteradas en los tribunales. La excepción es el precedente constitucional en que el Tribunal Supremo declara la inconstitucionalidad de la norma que, dado el efecto vinculante, en este caso es inmediato.

Además, hay precedentes vinculantes y precedentes persuasivos; sólo los primeros tienen fuerza obligatoria, no los segundos; y el criterio distintivo de sus fuerzas radica en la propia jerarquía de los tribunales. Un precedente vinculante proyecta su fuerza vertical de arriba a bajo, del tribunal superior al inferior, pero también horizontalmente, pues los tribunales se auto-vinculan a sus propias reglas de decisión, aunque, como se verá, puedan apartarse

---

<sup>12</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional, Tomo II*, CEDC, Madrid, 1984, p. 403.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

de sus precedentes en situaciones especiales de cambios políticos, económicos y sociales.

IV. NOTAS ESTRUCTURALES DE LA DOCTRINA DE LOS  
PRECEDENTES

Importa señalar, desde luego, que en el ordenamiento jurídico norteamericano –como ocurre también en otros ordenamientos– dos son las funciones de los tribunales: la que es típica de todo órgano jurisdiccional, es decir, la de resolver litigios, disputas concretas, a través de un proceso contradictorio, y la de proveer a la sociedad reglas jurídicas. Esta facultad para crear derecho en forma casuística<sup>13</sup>, que se concretiza por medio del principio *stare decisis*, según la cual las decisiones judiciales que resuelvan alguna cuestión de derecho deban ser consideradas como parámetro normativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad, se denomina función institucional<sup>14</sup>.

Evidentemente, nuestra atención se centra en esta función institucional, en atención a los precedentes de naturaleza constitucional<sup>15</sup>. En un panorama general, siguiendo el esquema

---

<sup>13</sup> En el sistema de *common law*, la ley no tiene la misma dignidad que tiene en lo sistema continental o del *civil law*. Los *statutes* en el Estados Unidos sirven mucho más como guía, orientación a los tribunales que conservan su amplio poder de interpretación en los casos concretos, y el derecho es considerado el resultado de esta interpretación, no la disposición abstracta de la ley, pues de acuerdo con la cultura jurídica pragmática americana, el derecho es el que el juez dice que es: *Judge mad law*.

<sup>14</sup> “La tensión entre estas dos funciones que desempeñan los tribunales es inevitable. Como sostiene Eisenberg, ‘mientras que la función de resolver disputas va dirigida hacia las partes y hacia el pasado, la función de proveer reglas se dirige hacia la sociedad y hacia el futuro’. El equilibrio entre estas dos funciones, como veremos, será distinto dependiendo de cual sea el nivel jerárquico del tribunal que emite la decisión”. (Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, MacGrawHill, Madrid, 2001, p. 31).

<sup>15</sup> Es importante aclarar que en el sistema jurídico norteamericano el precedente puede formarse en cualquier ámbito del derecho de creación judicial. Un precedente constitucional sólo se diferencia en cuanto a su contenido de los otros tipos de precedentes, pero no en cuanto al método jurídico y el modo como opera su

## MAURO VIVEIROS

que hacen Beltran de Felipe y González García<sup>16</sup>, podemos decir que las notas estructurales de la doctrina de los precedentes son las que siguen:

a) El Tribunal Supremo nunca se ha considerado a sí mismo vinculado de forma absoluta por sus propias decisiones y, como es conocido, puede apartarse de una línea doctrinal o derogada expresamente (*overruling*). Este mismo planteamiento tienen los demás tribunales federales y estatales en relación con las sentencias que hayan adoptado de forma autónoma, esto es, que no resulte la consecuencia de aplicar la jurisprudencia de otros órganos. En el Tribunal Supremo es un principio claro, tal como se recoge, entre otras, en *Arizona v. Rumsey* (1984) o en el voto particular concurrente del juez *Souter en Payne v. Tennessee* (1991).

b) Una sentencia del Tribunal Supremo es obligatoria para todos los órganos judiciales siempre que se trate de un asunto que afecte a cuestiones federales. Es la consecuencia necesaria de que en relación con los asuntos federales es el Tribunal Supremo el que ocupa la cúspide de la pirámide.

c) Asimismo, la vinculación funciona en el otro sentido. El Tribunal Supremo está obligado por las sentencias de los Tribunales estatales de última instancia en los casos de ciudadanos de un Estado al que se le haya aplicado el derecho propio de ese Estado de acuerdo con las normas de conflictos de leyes<sup>17</sup>. De hecho, de acuerdo con lo

---

aplicación en la práctica judicial (Kerpel, Ana Laura Magaloni, ob. cit. p. 61).

<sup>16</sup> *Op. Cit.* pp. 30-31.

<sup>17</sup> Conforme veremos en su momento, también en el Brasil, en donde hay control de constitucionalidad de modo difuso y directo u abstracto, el Supremo Tribunal Federal queda vinculado a las decisiones de los tribunales estatales en acción directa en que declaren la inconstitucionalidad de ley o acto normativo municipal o estatal frente a la Constitución del Estado, caso no haya recurso a aquella instancia máxima (v. g. Recl. 383-STF).

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

afirmado en la sentencia *Erie v. Tompkins* (1938), en ausencia de una autoridad legislativa federal no existe un *common law federal*<sup>18</sup> general sino que el que resulta aplicable es el *common law* de los Estados.

d) Una sentencia de un tribunal federal tiene sólo efecto de orientación para un tribunal estatal en relación con materias federales. Ello supone que la línea jerárquica obligatoria sólo se mantiene en relación con las materias de competencia federal. En los restantes casos, la doctrina podría como mucho influir en el parecer del Tribunal. La única obligatoriedad que tienen los tribunales estatales es respecto de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en materias de competencia federal.

e) Una sentencia de un tribunal federal no es obligatoria para otros tribunales federales de igual o inferior rango, a menos que el tribunal deba obediencia al tribunal que aplica la sentencia.

j) Las sentencias de un tribunal estatal superior son vinculantes para todos los tribunales inferiores en virtud del principio de jerarquía<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En referido caso, el Tribunal Supremo anuló decisión proferida por la *Circuit Court of Appeal de Pennsylvania*, declarando el juez Brandeis, exprimiendo los puntos de vista de la mayoría, “el derecho que debe ser aplicado en todas las especies es el derecho de un determinado Estado en particular. Que el derecho de este tenga sido formulado por su parlamento en una ley escrita o por el Supremo Tribunal en una decisión, no interesa a las autoridades federales. No existe *common law federal general*”. Este principio, desde 1938 viene siendo aplicado por el Tribunal Supremo, aunque no de manera absoluta, ya que en algunas materias de competencia exclusiva del derecho federal, tales como las relativas a marcas y patentes, se entiende existir una *common law federal* (David, René, ob. cit. p. 374).

<sup>19</sup> En el Derecho inglés, en donde la organización judicial es más sencilla, dado no existir jurisdicción federal, la aplicación de los precedentes sigue el criterio jerárquico de acuerdo con cinco grandes proposiciones básicas: a) Todo juez y magistrado se halla obligado por (*is bound by*) las resoluciones tomadas por los tribunales de superior instancia al que él ocupa; b) Ningún juez ni magistrado se halla obligado por las resoluciones tomadas por los tribunales de inferior instancia al que él ocupa, pese a lo cual la cortesía judicial recomienda que las tenga en cuenta si las encuentra justas; e) El magistrado de cualquiera de las tres divisiones del *High Court of Justice* (*Queen's Bench Division*, *Chancery Division* y *Family Division*) no está obligado por las resoluciones tomadas por los demás magistrados de esas mismas divisiones, si bien es cierto que se deja persuadir por ellas si están correctamente formuladas; d) Las resoluciones tomadas por la jurisdicción del

## V. EL DECISIVO CRITERIO JERÁRQUICO EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO

Cada tribunal puede modificar libremente sus propias decisiones. Esta regla sólo cede en los supuestos en los que la decisión no sea propia en cuanto al fondo sino que derive de una decisión de un órgano superior. En este caso, el tribunal no puede apartarse del precedente.

Este dato es el resultado de la consideración del criterio jerárquico del órgano de que emane la resolución. Si un tribunal resuelve por vez primera un asunto, pero lo hace tomado el criterio de otro órgano jurisdiccional que es superior -desde el punto de vista jerárquico- en relación con esa materia, entonces la decisión no es realmente propia sino derivada de lo que haya decidido el órgano superior y, en consecuencia, no podrá modificar con posterioridad el criterio. Por el contrario, cuando hay una sentencia tomada de forma autónoma, sin un criterio que se imponga por razón jerárquica, el tribunal, motivando el apartamiento del precedente, podrá tomar la decisión que considere más justa.

Este primero aspecto, el criterio jerárquico del órgano judicial en la estructura organizacional de la justicia norteamericana, por tanto, es decisivo en la determinación de lo que vincula o no a las partes y a los tribunales posteriores.

---

*Court of Appeal* constituyen precedentes vinculantes (en inglés, *binding precedents*) para todos los tribunales inferiores e, incluso, para las tomadas por ella misma (salvo en materia penal); e) Las resoluciones tomadas por la cámara de los Lores obligan a todas las demás jurisdicciones inferiores y también, salvo excepciones (*when it appears right to do so*), a las tomadas por ella misma.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

Pero esas notas generales no bastan a la comprensión del tema de la formación y funcionamiento del precedente; es necesario conocer, aunque en ligeras líneas, las posturas o criterios que pueden adoptar tanto el Tribunal Supremo cuando resuelve la cuestión jurídica, cuanto los tribunales posteriores a partir del precedente firmado por la Corte Suprema.

VI. POSTURAS IDEOLÓGICAS: EL MINIMALISMO Y EL  
MAXIMALISMO EN LA TEORÍA DEL PRECEDENTE

Los tribunales norteamericanos crean ordinariamente el derecho mediante sus sentencias. En aquél sistema, desde hace muchos siglos, como ha dicho Hughes, el derecho es el que el juez dice que es; el mecanismo del precedente valoriza la experiencia de otros órganos; por medio de él se cultiva el pragmatismo –el proceso es un medio de solución de litigios<sup>20</sup>- y se permite una actualización permanente del derecho, ya que siempre existe la posibilidad de revisión de entendimientos asentados en precedentes, sea en razón de falta de identidad entre los supuestos de hecho, sea por diversidad de criterios o posturas de interpretación entre los órganos judiciales,

---

<sup>20</sup> Para los norteamericanos el derecho es un modo de resolver disputas jurídicas, más que una formalización normativa, abstracta y general. Es una disciplina práctica, más que una ciencia. Lo relevante es el método que se sigue para resolver controversias jurídicas, más que la sistematización abstracta de las normas. Lo que interesa es la manera como las normas se aplican a casos concretos, más que el examen abstracto de los enunciados normativos que conforman el sistema. Esta manera de comprender el derecho como instrumento representara una reacción de la llamada teoría instrumental del derecho al formalismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX y tendría consecuencias directas en em proceso de formación y funcionamiento del precedente; se abandonaba la concepción estática y rígida del *stare decisis* propia del paradigma formalista y se retoma el carácter dinámico y flexible del case law que había caracterizado a la doctrina del precedente de la primera mitad de aquél siglo. (cf. Kerpel Magaloni, Ana Laura, *Op. Cit.* p.21). y

sea, por fin, en virtud de cambios determinados por factores socio-político-económicos<sup>21</sup>.

Suele decirse, por tanto, que en el mecanismo del *stare decisis* subyace dos fuerzas antagónicas en permanente exigencia recíproca: la estabilidad versus cambio, y la propia historia del derecho norteamericano puede ser descrita a partir del estudio de casos jurisprudenciales, sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según las épocas en que tuvieron preponderancia una u otra de esas fuerzas en el escenario político-económico y social.

Dos doctrinas intentan describir posturas o criterios judiciales identificados en la construcción de un precedente. Según Llewellyn, en Estados Unidos coexisten dos doctrinas del precedente, o lo que es lo mismo, la doctrina del precedente tiene dos caras: la minimalista y la maximalista. Bajo los presupuestos de la primera, el *holding*<sup>22</sup> o *ratio decidendi* de un precedente debe ser establecido

---

<sup>21</sup> Siendo la realidad social cambiante y mutable por naturaleza, el derecho no puede ser visto como un producto terminado, sino que en cada acto jurídico, en cada decisión judicial, se está desarrollando, definiendo y transformando. Desde el punto de vista de los juristas norteamericanos, el derecho se comprende en movimiento, desde una óptica dinámica. Los hechos y la realidad son el motor del cambio, las normas generales son instrumentos dinámicos para resolver los problemas que la realidad plantea, y el derecho es el punto de interacción de esta realidad social con las normas generales, interacción que se queda plasmada fundamentalmente en el conjunto de decisiones judiciales que resuelven conflictos de intereses.

<sup>22</sup> En la estructura del precedente la doctrina identifica tres elementos: el *holding*, el *dicta* (en plural), *dictum* (en singular), como abreviación de *obiter dicta* u *obiter dictum* y el *rationale*. En términos prácticos el *holding* es la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la cuestión jurídica que el caso plantea, más conocido entre los españoles como *ratio decidendi*, es la regla que decide el caso y puede ser encontrada en la decisión revelando la opinión del tribunal. Ya la categoría llamada *dictum* se refiere a aquellas consideraciones jurídicas que elabora el tribunal y que, en su opinión, no son necesarias para fundamentar la decisión alcanzada y que, por tanto, sólo posee fuerza persuasiva. El *rationale*, por fin, son las razones o justificaciones que da el tribunal para llegar al resultado, se compone de juicios de valor extranormativos que los jueces hacen valer en sus sentencias y que constituye una pieza clave para poder imaginar hacia donde se mueve el derecho. (Kerpel, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* pp. 81-82).

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

en forma concreta, esto es, con un ámbito normativo limitado en forma estricta por las circunstancias fácticas del caso resuelto. En cambio,

bajo los presupuestos de la doctrina maximalista la regla o *holding* debe ser abstracto y general, de tal forma que abarque una clase completa de asuntos; el caso resuelto sólo representa una de las múltiples posibles individualizaciones de dicha regla.

Básicamente, mientras para los minimalistas<sup>23</sup> los tribunales federales no tienen competencia para establecer reglas abstractas y generales que comprendan con antelación una clase de posibles litigios, ya que el *case and controversy requirement* del artículo III constitucional les impide, tratándose, por tanto, de un problema de legitimidad, los maximalistas<sup>24</sup> entienden que los tribunales son

---

<sup>23</sup> Al sostener tal concepción, A. Goodhart entiende que el *holding* o *ratio decidendi* de una decisión judicial es el principio jurídico que de acuerdo con los 'hechos materiales' explica el resultado de la decisión judicial y estos hechos materiales son interpretados por el juez posterior en términos concretos, ya que el tribunal que establece el precedente sólo está legitimado para crear el derecho indispensable para dar solución a la controversia planteada (*Determining the ratio decidendi of a case*, Yale Law Journal, p. 169, *apud* Kerpel, *Op. Cit.* p. 92).

<sup>24</sup> A su turno Schauer, F., afirma que el *holding* de una decisión judicial no sólo rige los hechos que concretamente dieron origen a la disputa, como sostienen los minimalistas. Por el contrario, asume que los tribunales, al momento de decidir un caso, intentan establecer una regla general que abarque una clase completa de asuntos, lo cual les obliga a trascender los límites del caso concreto y resolver la controversia de modo más abstracto. Para él, "una visión común respecto del precedente es considerar que éste no solo consiste en la decisión que dio un tribunal respecto de ciertos hechos determinados, sino también es la descripción que realiza el tribunal respecto de tales hechos. Una vez que la descripción de los hechos forma parte integral de lo que es el precedente, entonces resulta que la argumentación jurídica a partir de un precedente es muy similar a la argumentación con base en reglas. La descripción de los hechos del precedente en realidad es una generalización y, como consecuencia de ello, esta descripción articulada constituye el supuesto normativo de la regla" (*Playing by the rules, A philosophical examination of rule-based decision-making in law in life*, Clarendon Press, Oxford-Nueva York, reimpresión, 1992, p. 185, *apud* Kerpel, *Op. Cit.* p. 94).

órganos legitimados para establecer normas generales. La regla del precedente no está circunscrita a las particularidades del caso concreto.

Tales posturas están reflejadas tanto en el tribunal que establece el precedente como en el que lo aplica a un caso posterior. Sin embargo, dichas opciones ni siempre coinciden, esto es, el tribunal anterior puede optar por un estilo de decisión maximalista (de un modo más abstracto), pero el tribunal posterior puede decidir determinar la regla del precedente en forma minimalista (enfocándose en las particularidades fácticas del asunto) y viceversa. La opción por una u otra de estas posturas indicará el alcance del poder normador de los jueces y dependerá de la concepción que tengan sobre su papel.

Todo ello origina diversos problemas en el proceso de interpretación del precedente. Dada la necesaria intervención de un juez posterior, que es libre para interpretar el precedente desde su perspectiva, con sus materiales ópticos, tendrá él un ámbito de discrecionalidad<sup>25</sup> bastante ancho que le permite, en la tarea de conocer el valor normativo del precedente, separar hechos relevantes de los irrelevantes que condicionan su aplicación a partir de la opinión del tribunal y elaborar el supuesto de hecho de la decisión

---

<sup>25</sup> El ámbito de discrecionalidad que tiene el juez posterior para elegir el nivel de generalidad de la regla del precedente que le vincula está en función de tres factores: 1) la amplitud de la cuestión que resuelve la sentencia con valor de precedente; 2) la profundidad o extensión del razonamiento que justifica la sentencia (*rationale*), y, 3) lo 'generalizables' que sean los hechos que dieron origen a la disputa de la que emanó el precedente. Tomando en cuenta estos límites, el tribunal posterior debe configurar el supuesto normativo de la regla que le vincula" (Kerpel, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* p. 86).

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

que le vincula. Pero un segundo problema es que, a consecuencia de lo anterior, el nivel de generalidad y abstracción de la regla que establece el precedente –que en ocasiones depende del lenguaje utilizado- podrá ser distinto<sup>26</sup> y, por lo tanto, también lo serán sus futuras aplicaciones, es decir, el juez o tribunal posterior debe decidir si la regla que establece el precedente debe ser aplicada, extendida o distinguida en el caso que resuelve.

En efecto, la elección del Tribunal Supremo por un estilo de decisión constitucional, maximalista o minimalista, por tanto, delimita el abanico de posibilidades que tienen los tribunales posteriores para establecer la regla del precedente marcándoles distintos tipos de directrices y trazándoles diferentes caminos en los que puede evolucionar la doctrina constitucional vinculante. Además, la fuerza normativa de las decisiones constitucionales dependerá: a) de la opción que lleve a cabo el Tribunal Supremo entre establecer el *holding* en forma de regla o estándar y; b) del nivel de consenso que exista en el Tribunal Supremo cuando emite su sentencia.

El Tribunal Supremo no se ha auto limitado a uno sólo estilo de decisión; en la práctica tanto se sirve de decisiones minimalistas<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Señala Oliphant: “Cada precedente se encuentra en el centro de un gran estadio. El ángulo y la distancia desde la cual sea observado depende del asiento que elijamos” (*A Return to stare decisis*, American Bar Association Journal, vol. 14, 1927, p. 73, *apud* Kerpel, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* p. 86). Complementa la autora: “El hecho de que los tribunales posteriores tengan la libertad de elegir la posición desde la cual determinar el nivel de generalidad de la regla del precedente – escoger su asiento, diría Oliphant- es lo que impide que exista una sola *ratio decidendi* o *holding* en una decisión judicial y un único método para determinarla”. (*A Return to stare decisis*, American Bar Association Journal, vol. 14, 1927, p. 73, *apud* Kerpel, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* p. 86).

<sup>27</sup> Ejemplo de decisión minimalista sería la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Hampton versus Mow Sun Wong* (426 U.S. 88, 1976). Este asunto cuestiona la constitucionalidad del reglamento de la Civil Service Comisión, según el cual los extranjeros con residencia en Estados Unidos no podían aspirar a ninguna posición en el servicio civil americano. Los demandantes son cinco residentes chinos, quienes argumentan que el referido reglamento viola el principio de igualdad de la Décima Cuarta Enmienda. El gobierno norteamericano argumenta que existe intereses nacionales que justifican este trato distinto entre residentes y ciudadanos

cuanto maximalistas<sup>28</sup>. Mientras en estas el Tribunal resuelve la

---

norteamericanos. La Corte no entra al análisis de tales intereses, ni tampoco aborda la cuestión del principio de igualdad. Más bien, se limita a elegir una cuestión muy concreta del asunto planteado: la facultad que tiene la Civil Service Comisión para emitir un reglamento de esa naturaleza. El Tribunal Supremo concluye que reglamento es inconstitucional, pues dicha Comisión no tiene facultades para regular asuntos en materia de residentes; ello, según el tribunal, es facultad exclusiva del Presidente y del Congreso. Hampton es una sentencia minimalista, ya que se limita a decir lo indispensable para resolver el asunto concreto y deja para futuras decisiones la cuestión constitucional de fondo, que es la de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del trato distinto entre residentes y ciudadanos en cuanto a su posibilidad de trabajar en el servicio civil norteamericano (Kerpel, *Op.Cit.* p. 121).

<sup>28</sup> *Roe versus Wade* (410 U.S. 113, 1973) y *Brown versus Board of Education* (347 U.S. 483, 1954) son prototipos de decisiones maximalistas. En ambas sentencias la Corte decidió de forma abstracta la cuestión constitucional, sin atender a las circunstancias fácticas particulares del caso. Por lo que toca a *Roe*, como es sabido, el Tribunal Supremo derivó del denominado “derecho constitucional de privacidad” el derecho de las mujeres a abortar, sin límites sustantivos importantes, dentro de los primeros tres meses de gestación. A pesar de que *Roe* era una mujer soltera, que argumentaba que su embarazo había sido producto de una violación y que comprobó que no tenía medio económicos suficientes para mantener a su futuro hijo, la Corte decidió en forma abstracta el asunto del aborto, sin hacer énfasis en esas circunstancias fácticas concretas que rodeaban el caso. Además, en su sentencia se pronunció sobre las principales cuestiones jurídicas que rodeaban la cuestión del aborto. Por ello, la sentencia de *Roe v. Wade* es una decisión maximalista. Lo mismo puede decirse de la decisión *Brown v. Board of Education*; el Tribunal Supremo buscó establecer una regla general en materia de segregación racial en las escuelas públicas que sustituyera la doctrina de “separados pero iguales” que se había gestado a partir de la sentencia de *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 1896). Para ello, la Corte abordó el problema desde una perspectiva abstracta e intentó resolver en una sola sentencia la cuestión de la segregación racial, al punto que el Tribunal Supremo resolvió a través de sentencias *per curiam* los asuntos posteriores que trataban el problema de segregación en otros ámbitos (baños públicos, playas, autobuses, hospitales, etc.). El fundamento jurídico de esas decisiones posteriores fue precisamente la sentencia de *Brown*. En tales sentencias, la Corte simplemente se limitó a citar su precedente sin elaborar una argumentación exhaustiva, lo cual indica el nivel de generalidad que caracterizó a la regla establecida en *Brown*. (cf. Kerpel, *Op. Cit.* p. 120).

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

cuestión de derecho de modo abstracto y general, sin atender de forma detallada las particularidades fácticas del caso, característica de la primera es que, por ella, el Tribunal se limita a decidir lo mínimo indispensable para dar una solución a la disputa que tiene enfrente y deja, por consiguiente, muchas preguntas abiertas para que futuras decisiones las respondan. Ello lo logra enfocando su atención a las particularidades fácticas del caso, o bien eligiendo un aspecto concreto y delimitado del problema planteado. En ambos casos, lo que busca la Corte es evitar dar una respuesta completa y general a la cuestión constitucional que resuelve.

Pero, las razones de la elección por una u otra de esas decisiones depende de los juicios de valor del tribunal, de las convicciones filosóficas de sus integrantes, estando directamente ligadas a motivaciones de carácter extra-normativo, es decir, tiene que ver con el contexto político, económico y social que rodea cualquier controversia jurídica. Cuestiones estratégicas y pragmáticas de índole política que afectan directamente el proceso de deliberación democrática son factores que influyen decisivamente en la elección del tribunal.

Así que, frente a cuestiones constitucionales de especial complejidad, sea porque no se tiene informaciones suficientes sobre el tema o porque existe un cambio constante o impredecible de circunstancias fácticas, o porque existe una incertidumbre moral legalmente relevante (e. g. el denominado “derecho a morir” o eutanasia), el costo de alcanzar una decisión, dada la dificultad

MAURO VIVEIROS

natural de consenso en estos asuntos, y el costo de una mala decisión, dada la dificultad de responder cabalmente a la complejidad fáctica o moral del asunto, es aconsejable una decisión al estilo minimalista. Se estima que el Tribunal debe decidir lo mínimo necesario y permita que la casuística judicial vaya resolviendo, a través de un proceso de ensayo y error, las distintas aristas del problema<sup>29</sup>.

Por otro lado, el maximalismo será una buena alternativa cuando haya consenso en el interior del tribunal y la solución a la cuestión constitucional esté exigiendo certeza y predictibilidad jurídicas extremadamente importantes, de tal modo que sea preferible una regla general imperfecta a intentar generar, por una metodología de caso-por-caso, un marco normativo ideal. Se puede sostener, conforme Kerpel, que en estos asuntos el costo de alcanzar una decisión no es muy alto y que, además, el minimalismo aumentaría los costos de una mala sentencia, pues dejaría en manos de los tribunales inferiores el desarrollo de la doctrina en una área en donde se requiere una mayor certeza jurídica<sup>30</sup>.

Frente a cuestiones de índole política, sobre todo aquellas en asuntos altamente conflictivos y que están en el centro del debate político, tales como las leyes que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo, el asunto del aborto o el derecho a recibir asistencia médica para morir, se entiende que una decisión maximalista puede impedir que el propio sistema de deliberación democrático logre alcanzar el consenso social y político mínimo que se requiere para establecer soluciones socialmente aceptables. La solución minimalista frente a asuntos tan polémicos es conveniente al tribunal, que puede, incluso, optar por no decidir la cuestión denegando el *certiorari* o estimando que el asunto no es justiciable.

Se piensa que ello, además de fortalecer e impulsar el proceso democrático, evitaría poner en riesgo la propia legitimidad social del Tribunal.

Sin embargo, ni siempre el minimalismo es la mejor opción

---

<sup>29</sup> KERPEL, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* p. 121-122.

<sup>30</sup> *Idem.*

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

en términos del proceso democrático. Al respecto, señala Kerpel que “existen determinadas cuestiones en donde el sistema político no funciona correctamente y excluye o dificulta la protección de determinados valores que se consideran condición del propio orden democrático. Una de las funciones más importantes del juez de la constitucionalidad debe ser la de garantizar que la regla de la mayoría, propia del debate parlamentario, no se convierta en una tiranía para las minorías. Esto es, el Tribunal Supremo tiene que corregir los defectos del sistema representativo, garantizando la eficacia de determinados valores sustantivos propios de una democracia, así como el acceso equitativo de las minorías al proceso de deliberación democrática<sup>31</sup>. Por ello, dice Sustain que, cuando el proceso democrático no funciona correctamente, el argumento a favor del minimalismo se debilita, y en estos casos es mejor una decisión maximalista que subsane los errores del sistema representativo y renueve los consensos fundamentales que sostienen a la Constitución”<sup>32</sup>.

Asociado al aspecto del estilo u extensión con la que se construye un precedente está la técnica de decidir en forma de reglas o estándares, cuya elección, igual que la del minimalismo o maximalismo, va trazar distintos patrones de desarrollo de la doctrina judicial vinculante. Una regla se caracteriza, básicamente,

---

<sup>31</sup> Tal como anota la autora, J. H. Ely es el más importante expositor del papel que debe desempeñar la justicia constitucional en corregir la discriminación política en contra de las minorías. Ely defiende la idea de Constitución como una cuestión de procedimientos y estructuras que caracterizan a todo gobierno democrático, más que como conjunto de valores sustantivos específicos. La tarea del Tribunal Supremo, desde esta perspectiva, será la de mantener en orden los mecanismos y procedimientos que aseguran que el proceso de deliberación democrática permanezca abierto para todos y que los que deciden tomen en cuenta a todos los afectados por su decisión. Algunas de las más importantes decisiones de la era del Tribunal Warren se pueden comprender bajo este paradigma (*Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980, *apud* Kerpel, ob. cit. P.124, nota 148).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 124.

MAURO VIVEIROS

por poseer contenidos específicos, lo que obliga al juez posterior a alcanzar un resultado específico ante la presencia de determinados hechos. El tribunal que establece la regla vinculante busca limitar los juicios de valor y el ámbito de discrecionalidad de los tribunales posteriores<sup>33</sup>.

Un estándar, de su vez, posee contenido más general, menos específico, proporcionando pautas generales para que el juez o tribunal posterior analice, a partir de las razones sustantivas o *background principles* que sustentan la sentencia con valor de precedente, las circunstancias fácticas y factores relevantes del caso que resuelve. El tribunal que lo establece busca conferir un amplio margen de libertad para que el tribunal posterior, a la luz de las circunstancias fácticas del nuevo asunto a resolver decida cómo ajustar su decisión al precedente que le vincula<sup>34</sup>.

Un ejemplo clásico de reglas y estándar es el ofrecido en el debate entre Holmes y Cardozo respecto de cómo había que regular el *common law* – a efecto de determinar la responsabilidad civil de las compañías ferroviarias en caso de accidentes- la conducta del automovilista que se encontraba con un cruce por donde podía pasar el tren. Holmes proponía una regla: “el conductor debe parar el auto y ver”. Cardozo, en cambio, planteaba un estándar: “el conductor debe actuar con razonable precaución”<sup>35</sup>.

Es claro que la opción por una decisión en forma de reglas al estilo maximalista restringe el campo de discreción del juez o tribunal posterior<sup>36</sup> constituyendo una técnica eficaz frente a casos en

<sup>33</sup> *Democracy and Distrust. A theory of judicial review.*, *Op. Cit.*, p. 138

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>35</sup> P. SCHLAG, *Rules and Standards*, University of California Los Angeles Law Review, vol. 33, 1985, pp. 379-380, *apud* Kerpel, *ob. cit.* p. 138.

<sup>36</sup> En principio una regla debe ser aplicada a todos aquellos litigios que entren dentro de su ámbito normativo y dicha aplicación es independiente de las razones sustantivas y los principios que sustentan la regla. Así, la regla que propone Holmes exige que todo conductor, con independencia de cuáles sean las circunstancias fácticas en las que se encuentre, pare su auto y vea antes de cruzar una vía de tren. En cambio, en el estándar propuesto por Cardozo es claro que cada tribunal posterior tendrá que valorar su el automovilista, al momento de cruzar una vía del tren, tomó o no las precauciones razonables, lo cual dependerá, evidentemente, de

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

relación a los cuales el Tribunal Supremo desea garantizar mayor seguridad y certeza jurídicas al futuro. Ya la opción por una decisión en forma de estándar al estilo minimalista, en cambio, deja que los tribunales posteriores ajusten y definan gradualmente el contenido de la doctrina constitucional, casuísticamente, no se comprometiendo con establecer una línea divisoria clara entre conductas permitidas y prohibidas, sino apenas con establecer un criterio sustantivo o un principio que va servir de base a una serie de otras decisiones judiciales, dando lugar a que su aplicación genere diversas reglas minimalistas en función de las particularidades de cada controversia<sup>37</sup>.

En las referidas técnicas de decisión se identifican, en general, dos posturas ideológicas que, por su turno, revelan el movimiento del *case law* determinado por las fuerzas del cambio versus estabilidad<sup>38</sup>. Y permiten ver cuanto puede ser relevante la elección del Tribunal Supremo por una y por otra de esas fórmulas a efectos de pronosticar la fuerza normativa de los precedentes. Pero lo más interesante es que la efectividad del derecho constitucional, siendo en grande parte dependiente de la experiencia judicial, es condicionada por el acierto de las elecciones que haga el Tribunal Supremo en determinados momentos históricos frente a casos

---

la ponderación que realice el juzgador del conjunto de factores y particularidades fácticas del caso que tiene enfrente (Cf. Kerpel, *Op. Cit.* pp. 139-140).

<sup>37</sup> KERPEL, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* p. 142.

<sup>38</sup> Esta elección pone de manifiesto la tensión entre las dos formas en las que se concibe el papel de los tribunales en cuanto creadores de normas: las reglas se identifican con el modelo de *rule-bound Justice*, mientras los estándares con la casuística. Ello significa, por tanto, que el debate entre reglas y estándares tiene como telón de fondo, una vez más, la dialéctica entre las dos fuerzas contrapuestas que rigen el movimiento del *case law*: continuidad vs. Cambio (KERPEL, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* p. 140).

## MAURO VIVEIROS

considerados emblemáticos.

También el nivel de consenso que exista en el seno del Tribunal Supremo cuando emite su sentencia es factor relevante a la predicción de la fuerza normativa del precedente. Y ello vale siempre, independiente del estilo maximalista o minimalista, de tratarse de regla o de estándar, ya que, sin lugar a dudas, conforme resalta Kerpel, “una decisión que se toma por unanimidad muestra que el Tribunal esta firme en su posición, que todos los *Justices* coinciden en que la solución propuesta es la correcta, no sólo con relación a las partes y el pasado, sino también, y sobre todo, para la sociedad y el futuro. Ello permite suponer que su precedente tendrá un alto grado de autoridad y estabilidad en la resolución de controversias similares o análogas”<sup>39</sup>.

El significado de ese alto grado de cohesión interna, aunque no sea un valor absoluto, dado que siempre es posible el cambio de entendimiento a la luz de los demás factores, en el caso de decisiones maximalistas denota la imperturbable intención del Tribunal de que su precedente rijan una clase entera de asuntos, pudiendo presumirse que los *Justices*, por lo menos en el corto plazo, serán poco propensos a intentar modificar o transformar su precedente en asuntos posteriores. Tratándose de decisiones minimalistas, el alto nivel de consenso entre los miembros del Tribunal puede ser un indicador de que la doctrina constitucional, a pesar de su flexibilidad y dinamismo, se irá desarrollando consistentemente caso-por-caso.

En contraposición, las decisiones adoptadas por mayoría simples indican cierta fragilidad y pueden ser más inestables<sup>40</sup>,

---

<sup>39</sup> KERPEL, Ana Laura Magaloni, *Op. Cit.* pp. 148-149.

<sup>40</sup> Esta es una regla que, evidentemente, tiene excepciones. Por ejemplo, la famosa sentencia de *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), a través de la cual la Corte, de modo verdaderamente maximalista, establece una serie de derechos para toda persona detenida por un policía, en su momento se tomó por una mayoría de 5 contra 4, sin embargo ha sido un precedente que hasta la fecha goza de una gran autoridad y estabilidad. Lo que indica que el nivel de consenso en el Tribunal al emitir su sentencia tiene que analizarse siempre en el contexto de otros factores para poder elaborar alguna predicción acerca de la fuerza normativa y estabilidad de

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

sugiriendo que el propio Tribunal intente, en decisiones posteriores, alcanzar consenso en la misma cuestión e esté dispuesto, por tanto, a transformar la regla de su precedente si ello le permite alcanzar una decisión que cuente con una mayor aceptación entre los miembros del Tribunal.

De esa exposición esquemática es posible percibir que el estilo minimalista de decisión y la dinámica de los estándares, dada su característica flexible, favorecen una adaptación paulatina y sin rupturas bruscas a las nuevas circunstancias sociales, contribuyendo para una evolución gradual de la doctrina del *stare decisis*, incluso con la colaboración de los otros tribunales, y al fortalecimiento de la concepción de que el propio Tribunal Supremo se halla vinculado horizontalmente a sus precedentes. Además, un pacto de mínimos y la definición de una sentencia en torno de un principio es tarea de más fácil consenso, aspectos relevantes para asegurar la transición al estado óptimo en la solución de la cuestión en el tiempo.

Una decisión maximalista definida bajo la técnica de reglas, con apoyo de una mayoría simple, por otra parte, tiende a parecer una imposición dogmática<sup>41</sup> que puede representar una ruptura abrupta con el pasado, sin justificativas convincentes. Decisiones de

---

un precedente constitucional. (Kerpel, *Op. Cit.* pp. 149-150, nota 198).

<sup>41</sup> El término "imposición" aquí es utilizado como resultante de mera suma aritmética de votos. Y el ejemplo de dogmatismo podría ser la tentativa de unos jueces que profesan el llamado originalismo o *original intent*, método de interpretación según en cual se debe interpretar el texto constitucional conforme a la intención de los constituyentes, esto es, de acuerdo con la forma en que los *Framers* originalmente concibieron cada uno de los preceptos constitucionales, de fijar decisiones maximalistas en forma de reglas. Tal propuesta, además de otros graves problemas, al olvidar la imposibilidad real de reconciliar toda historia de los precedentes del Tribunal Supremo a esa ideología, presentase como imposición dogmática en la medida que quiere reconducir la Corte a una ideología particular que significaría romper con la propia historia norteamericana, llevando a su deslegitimación social.

## MAURO VIVEIROS

esto tipo suelen durar poco, especialmente en momentos de cambio en la integración del Tribunal Supremo, cuando se forman nuevas coaliciones ideológicas<sup>42</sup> en su seno. Todo ello sumado podrá, al fin y al cabo, identificar el modelo de función judicial que se tiene en frente<sup>43</sup>.

### VII. LA *RATIO DECIDENDI* Y LAS *OBITER DICTA*

Una correcta comprensión del tema exige conocer el núcleo o partes de la resolución judicial paradigma que puede ser tenida en cuenta por el juez o tribunal que iban aplicarlo a un caso concreto

---

<sup>42</sup> Es común que, cuando el Tribunal Supremo se renueva y las coaliciones ideológicas se modifican, existan una revisión y transformación de la doctrina constitucional vinculante en algunas áreas importantes. Históricamente, como sostiene Chemerinsky, las tendencias ideológicas del Tribunal Supremo han oscilado en un péndulo que va del *judicial activism* al *judicial self-restraint* y viceversa. La importancia de los estándares, como forma de evitar rupturas bruscas, é mencionado por Kerpel, quien con apoyo en Sullivan, sostiene que fue precisamente el hecho de que el Tribunal haya optado por establecer *holding* en forma de estándar en algunos casos importantes lo que ha evitado que un tribunal “conservador”, como lo es el Tribunal Rehnquist, restrinja o transforme abruptamente la doctrina constitucional establecida por sus antecesores “liberales”. Esto es, el debate en el seno del Tribunal Supremo entre reglas y estándares ha permitido equilibrar la tensión entre las fuerzas del cambio (conservador) con la estabilidad y continuidad de la doctrina constitucional vinculante, en un momento en que la mayoría de los *Justices* se pueden considerar defensores del *judicial self-restraint* (*Op. Cit.* p. 144).

<sup>43</sup> En la historia del pensamiento jurídico se encuentran varias concepciones de modelo judicial; entre los más importantes: a) el modelo silogístico determinado por el formalismo jurídico; b) el modelo realista defendido por muchas corrientes antiformalistas; c) el modelo positivista de la discreción judicial. Ronald Dworkin propone el modelo de la respuesta correcta, según el cual el juez siempre encuentra la respuesta correcta en el derecho preestablecido; el juez carece de discreción y de poder político. (Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Prologo de A. Calsamiglia, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pp. 20-21).

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

que esté en sus manos. Por supuesto que, ni todas las consideraciones y argumentos utilizados por los jueces y tribunales sirven como fundamentos determinantes de la resolución. De ahí la necesidad de saber lo que es en el interior de la sentencia que vincula los jueces y tribunales posteriores.

Las razones por las que se decide, esto es, el *holding* o en inglés, la *ratio decidendi*, es precisamente el elemento de la sentencia que se considera dotado de fuerza capaz de obligar, cuyas razones están constituidas de las palabras que contienen la norma jurídica con la que el tribunal resuelve el litigio planteado. Todo lo que en una sentencia no es *ratio decidendi* es *obiter dicta* ('observaciones al respecto') y carece de fuerza vinculante. Según Walker, las *obiter dicta* pueden ser de dos clases: una primera que se basa en hechos inexistentes o irrelevantes a la causa enjuiciada; y una segunda que, pese estar basada en hechos existentes y pertinentes a la causa, no constituye la norma jurídica en la que se sostiene la resolución del juez. La parte dispositiva, o fallo, de la sentencia ni es vinculante ni puede dar un precedente<sup>44</sup>.

Pero, cómo ni siempre es sencillo distinguir el que constituye *ratio decidendi* y *obiter dicta*, es frecuente que esa labor sea desarrollada según la visión – y la propia postura ideológica - y capacidad argumentativa de los jueces y tribunales en proceder equiparaciones o finas distinciones<sup>45</sup> en relación a hechos del caso

---

<sup>44</sup> *Apud* Duro Moreno, Miguel, *Op. Cit.* p. 230.

<sup>45</sup> La tarea de distinguir lo que es y el que no es vinculante en el interior de una sentencia da lugar a los conocidos mecanismos de distinciones. Y, conforme Duro Moreno, "lo más llamativo de estas palabras de carácter decisorio es que no están identificadas con la etiqueta recién referida -*ratio decidendi*-, sino, antes bien, inmersas en un océano verbal del que han de ser rescatadas más tarde por un juez diferente del que las haya pronunciado: a éste, por lo tanto, a quien corresponde dotarlas de su verdadera naturaleza vinculante y a quien le compete convertir el caso juzgado en un nuevo precedente. La tarea no es fácil -al acometerla, el juzgador puede caer en el error de confundir la forma con la sustancia-, y sólo la posesión de una depurada técnica jurídica garantiza su éxito (ob. cit. p. 228).

paradigma y los del caso concreto en confronto.

### VIII. LA REVOCACIÓN (*REVERSAL*) Y LA RECTIFICACIÓN (*OVERRULING*) DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Es de todo evidente que ni todas las resoluciones judiciales se transforman automáticamente en precedentes. Asimismo, es preciso señalar, en conexión con ello, que cualquier precedente puede ser revocado (*reversed*) o rectificado (*overruled*) por el Tribunal en la medida en que éste lo repute injusto, erróneo, inexacto, engañoso, desacertado o incompatible con la realidad vigente. Ello tiene aplicación, como hemos apuntado, en relación a los tribunales federales y estatales en relación con las sentencias que hayan adoptado de forma autónoma, esto es que no resulten de la consecuencia de aplicar la jurisprudencia de otros órganos y, por supuesto, en el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, por su propia posición en la estructura del sistema de justicia como intérprete final del derecho constitucional, desempeña con mucho más entidad esta función correctora, trascendente para un derecho esencialmente dinámico, sobretodo cuándo deroga un precedente asentado por largos años. Pero, en realidad, quizá tan importante como la estabilidad que permite el precedente, o todavía más, es la posibilidad de modificación de la doctrina anterior con cierta flexibilidad a fin de permitir la actualización del derecho como consecuencia de las necesidades de cambio exigidas con el devenir social<sup>46</sup>. Como ha

---

<sup>46</sup> Este es una aparente paradoja, pues por un lado se afirma el carácter vinculante del precedente y, por otro se habla de adaptación o flexibilidad. Y sin embargo las dos cosas son ciertas: “Hay que concluir con Llewellyn, que ambas posturas reflejan una ‘doble verdad’, cuyo equilibrio hay que buscar”. De hecho, algunas de las principales escuelas del pensamiento jurídico norteamericano se oponían precisamente en este punto. Los formalistas de finales del XIX, encabezados por Langdell, vieron en el *stare decisis* una solución a los problemas del *case law*, pues permitía sistematizar y dotar de previsibilidad a las reglas jurídicas, y por el contrario poco después los pragmatistas, con Holmes, Pound o Dewey,

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

dicho Roscoe Pond, “la causa principal de éxito de los precedentes como fuente del derecho en el *common law* consiste en que ha combinado en sí mismo certeza del derecho y capacidad de desarrollo como ninguna otra doctrina ha sido capaz de hacerlo”<sup>47</sup>.

Las dos fuerzas antagónicas y en permanente tensión: estabilidad y cambio, es seguramente el que hace la vida y la historia de la doctrina del *stare decisis*. Benjamín Cardozo enseñaba ser una necesidad del sistema jurídico no estar replanteándose en cada ocasión los fundamentos de las resoluciones, y que hay que dar estabilidad al Derecho, siempre que tuviera cierta capacidad de adaptación al futuro. En tono poético afirmó: “...La posada que nos resguarda por la noche no es el fin del día. El Derecho, como el viajero, debe estar listo para el mañana. Debe poseer el principio del crecimiento”<sup>48</sup>.

La cuestión es ¿cómo, en que condiciones y con cuáles mecanismos los tribunales pueden apartarse de la jurisprudencia que les vincula? Haremos mención a algunos de esos mecanismos, no sin antes subrayar que en el campo del derecho constitucional, dado el carácter principal de su contenido, resulta más sencillo apartarse de un precedente; diríamos nosotros que es más natural y comprensible que así sea, frente a la naturaleza política, de estructura abierta o imprecisa de las normas constitucionales, pese a que los impactos sociales que a la jurisprudencia constitucional se producen aconseja siempre mayor prudencia y contención al voluntarismo de los jueces.

---

consideraban al *stare decisis* incompatible con el *case law*, en la medida que implica inmovilismo e inadaptación, y por ello defendían una aproximación casuística y liberada del corsé del estricto respecto al precedente (Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., ob. cit. p.28)..

<sup>47</sup> BELTRÁN de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Op.Cit.* p.29).

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 23-24.

## MAURO VIVEIROS

En primer lugar, el modo más sencillo de apartarse del precedente es la derogación expresa de la doctrina de las sentencias, lo que se llama *overruling* y surge de vez en cuando<sup>49</sup>. Ejemplo radical de esta hipótesis en la historia del Tribunal Supremo es la sentencia *Lawrence versus Texas*, del año 2003, que modificó la doctrina sobre los derechos de los homosexuales<sup>50</sup>. Pero aún más

---

<sup>49</sup> Conforme Victoria Iturralde Sesma, el número de casos resulta incluso discutido. Pero, para ver lo raro que son los casos en que ocurre, entre 1810 y 1980 se cifran en ciento sesenta (*El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995, p. 66, *apud* Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio, *Op. Cit.* p. 32).

<sup>50</sup> En este caso, dos varones adultos han sido sorprendidos en el interior de su casa practicando sexo, fueron detenidos, procesados y condenados por delito conforme ley del Estado del Texas. El Tribunal de Apelación del Texas, amparándose en los precedentes constitucionales (*Bowers*) y en las leyes estatales represoras de la sodomía, rechazó el recurso de los condenados. El Tribunal Supremo, no obstante, cambia la doctrina asentada en la sentencia *Bowers*, (1986) por juzgarla incorrecta. Dice la Corte: “El *stare decisis* es esencial para mantener la autoridad de las sentencias de este Tribunal y la estabilidad del Derecho. No es, sin embargo, una regla inexorable, tal como afirmamos en la sentencia *Payne versus Tennessee*... Al contrario, es un principio de política y no una fórmula mecánica de adherencia a la última decisión... Y al fin: “Los recurrentes deben ver respetada su vida privada. El Estado no puede degradar su condición, o controlar su destino, mediante la criminalización de sus conductas sexuales privadas. El derecho a la libertad, conforme a la cláusula del debido proceso, les garantiza el pleno derecho a tomar decisiones sobre su comportamiento sin la intromisión del gobierno. En la Constitución existe la promesa de que hay una esfera de libertad personal en la que el gobierno no puede entrar. El Código Penal de Texas no contiene ni promueve ningún valor o interés estatal que pueda justificar semejante intromisión en la vida personal y privada del individuo. Si aquellos que diseñaron y ratificaron la cláusula del proceso debido de las enmiendas 5ª y 14ª hubieran conocido los aspectos de la libertad en todas sus posibilidades, acaso podrían haber sido más explícitos. Pero no pretendieron tener una concepción tan visionaria. Sabían que en un momento dado las circunstancias pueden impedirnos ver y reconocer determinadas verdades, y que posiblemente las generaciones venideras vean que leyes que una vez fueron necesarias y adecuadas hoy son instrumentos de opresión. Mientras la Constitución permanezca, cada generación puede apelar a sus propios valores y principios para buscar la libertad. Anulamos la sentencia del Tribunal de Apelación del 4º Distrito de Texas, y devolvemos las actuaciones para que se dicte resolución no incompatible con el presente pronunciamiento” (Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Op. Cit.* pp. 652-654).

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

radical y curioso es lo siguiente: En los llamados *Legal Tender Cases* (un conjunto de sentencias dictadas entre 1870 y 1871 sobre los pagos de la deuda emitida para financiar la guerra civil), el Tribunal Supremo cambio de jurisprudencia en un año: *Hepburn versus Griswold* (1870) declaró la inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva de la obligatoriedad de aceptar como medio de pago ciertos títulos de deuda y billetes anulando la *Legal Tender Act* de 1862, pero el nombramiento por el Presidente Grant de dos nuevos jueces provocó que en 1871 en *Knox versus Lee y Parker versus Davis* se diera marcha atrás y se diera el visto bueno a la ley de 1862.

En esto caso, el poder de revocación del Tribunal llega al extremo de hacer revivir una ley antes considerada por él mismo ya muerta. El que para nosotros sería casi impensable, en el sistema de la *Judicial Review* se presenta como una posibilidad normal, aunque rara, y se explica fácilmente con la concepción de que la ley declarada inconstitucional no es anulada, sino desaplicada, juzgada ineficaz frente a la Constitución. De ahí que, no estando efectivamente muerta, pero solo sin eficacia, podría la ley recobrar fuerza activa y pasiva por resolución posterior del Tribunal Supremo, al considerar que el precedente se fundara en premisas falsas o equivocadas, o mismo porque lo justificarían los cambios políticos, económicos y sociales.

Tal posibilidad de reavivar la ley, por extraña que nos parezca, sin embargo no es inusitada en el control de constitucionalidad europeo.

MAURO VIVEIROS

Cabe recordar que la Constitución de Austria, tras el planteamiento del propio Kelsen, introdujo ya en 1929, en su artículo 140 (hoy 140.6) norma del tenor siguiente: “Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empiece a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciese otra cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la publicación de la anulación de la ley se mencionarán también si entran en vigor disposiciones legislativas y cuales”.

Ello revela que, si bien si considera, en general, que la declaración de inconstitucionalidad anula la ley, sin embargo sus efectos de hecho no operan sólo *ex nunc*, ya que se dirige para el pasado trayendo de volta al mundo jurídico normas antes revocadas, el que significa, al fin y al cabo, que el Tribunal Constitucional austriaco también dispone del poder de resucitar una ley antes considerada muerta, con la diferencia de que, mientras en el derecho norteamericano la ley hubiera sido solo desaplicada por el propio Tribunal Supremo, en Austria la muerte ocurriera por revocación hecha por la ley después anulada<sup>51</sup>.

Aunque es cierto que los tribunales jerárquicamente superiores – y el Tribunal Supremo en particular, en los asuntos

---

<sup>51</sup> En el derecho constitucional brasileño, la ley nº 9.882/1999, que regula el proceso de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad en el Supremo Tribunal Federal, en su artículo 11, par- 2º establece: “La concesión de la medida cautelar torna aplicable la legislación anterior acaso existente, salvo expresa manifestación en sentido contrario”. Y el artículo 27 faculta al Tribunal. “Al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, e teniendo em vista razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringer los efectos de aquella declaración o decidir que ella sólo tenga eficacia a partir de su tránsito em juzgado o de otro momento que venga a ser fijado”. Parece claro que la resolución que dé por inconstitucional una ley cuya eficacia haya sido suspendida, puede traer de volta al derecho una ley antes revocada por ésta ley objeto del proceso. Y los efectos *ex tunc* de la sentencia deberán retroagir a la data de la revocación.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

federales – puede apartarse del precedente, los cambios de jurisprudencia resultan *a priori* difíciles. A este respecto resulta explicativo el siguiente fragmento de la sentencia *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania versus Casey* (1992), donde se hace explicación del valor jurídico del precedente:

“Realmente, cuando el Tribunal reexamina una decisión anterior, la costumbre quiere que su resolución esté fundada sobre un cierto número de consideraciones prudentes y pragmáticas que permiten medir la compatibilidad del cambio de jurisprudencia con el ideal del Estado de Derecho, y calcular los costes de reafirmar y de modificar un caso anterior. De este modo, nos podemos plantear si la regla se ha transformado en indeseable simplemente por su inaplicabilidad práctica, *Swift & Co. v. Wickman*, 382 US 111,116 (1965), o si tiene un capital de confianza que obligue a una consideración especial sobre las consecuencias de la anulación de la doctrina y de añadir un coste suplementario por el repudio de dicha doctrina, como se señaló en *United States v. Title Ins & Trust Co.*, 265 US 472, 484 (1924), o si otros principios vinculados a dicha doctrina se han desarrollado tanto que han relegado a dicho planteamiento a un mero vestigio de una línea jurisprudencial, como ocurrió en *Patterson v. Mclean Credit Union*, 491 US 164, 173-174 (1989), o, finalmente, si los hechos han cambiado tanto o han devenido tan diferentes que han hecho que la regla anterior esté desprovista de toda justificación o de cualquier aplicabilidad, como en *Burnet*, supra, en la p. 412, voto particular de Brandeis”<sup>52</sup>.

Otro modo de apartarse del precedente es la técnica de aplicar distinciones dentro del marco delimitado por él, es decir, concretando dentro del principio general uno más concreto que justifica y permite al juez llegar a una solución diferente. Como dijo Alejandro Nieto, es el método más eficaz: Un juez que domine bien la técnica del *distinguishing* (de los distingos en buen castellano...) se libera fácilmente de la vinculación del precedente<sup>53</sup>. Así que, si

---

<sup>52</sup> *Apud* Beltran de Felipe, Miguel y Gonzáles García, Julio V., ob. cit. p, 34

<sup>53</sup> *Ídem*, pp. 33-34.

## MAURO VIVEIROS

se elige cuestiones de hecho nuevas en el caso que se tiene enfrente y que no fueron objeto de consideración en el caso paradigma y se les considera relevante a la causa, es posible argumentar que se esté delante un caso diferente y, por tanto, huir de la regla vinculatoria.

Es claro que, como dijimos antes, ello dependerá también de las posturas minimalista o maximalista con la que se trabaja y de una habilidad técnica de argumentación de cada uno.

Pero, ni siempre será posible o viable técnicamente proceder con distinciones en el campo fáctico. En esto caso sobra el recurso de promoverse una alteración de sentido en las palabras de las normas para englobar en ellas significados que modifican el sentido de la doctrina del precedente. Pero, hay límites para ello. La extralimitación anti-ética y enteramente reprobable es la práctica de torcer o alterar el sentido de la decisión tomada después de buscar un engarce en la argumentación, aunque resulte forzado, crear premisas falsas, fragmentarias, omitir cualquier regla etc., para llegar a una conclusión previamente elegida.

Debe decirse que referidos mecanismos visibles en la *praxis* de la *common law*, no es con todo una característica exclusiva de aquél sistema jurídico. El hecho del patrón normativo ser del *case law* o de ley escrita no tiene relevancia a efecto de poder apartarse el juez o tribunal del entendimiento en él fijado; tanto el juez norteamericano cuanto el juez español o brasileño suelen utilizar en la *praxis* judicial los mismos expedientes argumentativos; y estos últimos, muchas veces, no tienen dificultad en desplazar la ley en casos concretos o en olvidar la jurisprudencia incluso constitucional, utilizando las mismas técnicas de distinciones lícitas o ilícitas, aunque, dicen, sigan métodos opuestos de interpretación y aplicación.

---

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

IX. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL DERECHO  
JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Si se parte de la idea de que el valor de los precedentes radica en la seguridad jurídica que proporciona al sistema de *common law*, pero teniéndose en cuenta, por otro lado, la relatividad de la fuerza que poseen en la *praxis* de los tribunales, dada la aceptación de la flexibilidad como idea fuerza igualmente valiosa que asegura la discrecionalidad judicial parece lógico indagar ¿Cuáles las ventajas y desventajas de un derecho jurisprudencial vinculante?

En palabras de Toumin: “¿Cuál es, a fin de cuentas, el propósito esencial de ‘apelar a precedentes? Simplemente, ordenar la experiencia judicial del pasado para orientar la práctica judicial del presente. En los argumentos del *common law*, claro está, los enunciados fácticos nunca son igualados a los enunciados normativos. Nunca sería contradictorio decir: ‘se decidió así en un caso similar, pero no debe adoptarse tal decisión en el caso presente’. Más bien, el testimonio histórico de las decisiones pasadas crea presunciones vigentes para el futuro. Las comparaciones críticas con los dictámenes pasados establecen reglas presuntivas para futuras decisiones en casos similares; y estas reglas sólo son dejadas de lado cuando pueden aducirse razones específicas para refutar las presunciones así creadas. En realidad, en el foro de los tribunales es así como los argumentos del *common law* adquieren su fuerza obligatoria, cómo las consideraciones fácticas adquieren relevancia legal y cómo las decisiones históricas de tribunales anteriores sirven de precedentes judiciales”<sup>54</sup>.

Haremos a seguir un articulado en el intento de responder las cuestiones. Nos serviremos del estudio hecho por William Geldart, citado por Duro Moreno, de la jurisprudencia inglesa pero que tiene sustancial aplicación a la teoría del *stare decisis* norteamericana:

---

<sup>54</sup> STEPHEN Toumin, *La comprensión humana*, Ed. Alianza Univ. Madrid, 1977, p.105 y 106, *apud* Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Min. De Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, p. 206.

MAURO VIVEIROS

Entre las ventajas se cuentan las siguientes:

a) La seguridad y la certidumbre (*certainty*) jurídicas que se derivan de la realidad incontestable de que a litigios esencialmente similares siempre correspondan sentencias sustancialmente idénticas, sin que importe demasiado el lapso de tiempo transcurrido entre ellas -al derecho inglés le ha costado casi mil años excretar el adagio *it is better that the law should be certain than the law should be just* -. En otras palabras: al no haber en la justicia casos irrepetibles, lo que de veras importa en la relación particular que se establece entre unos y otros es el razonamiento general subyacente que permite al juez de turno resolverlos por equivalencia o analogía. (Esta primera ventaja ofrece, además, el valor añadido de hacer de la justicia un fenómeno estable y previsible).

b) La posibilidad de desarrollo (*possibility of growth*) del derecho, propiciada por la generación incesante de nuevos precedente -vinculantes o persuasivos- surgidos al calor de las necesidades cambiantes de la comunidad jurídica. (Esta segunda ventaja presenta la virtud de dinamizar la justicia.)

c) Una gran riqueza de detalles normativos de naturaleza jurisprudencial (*a great wealth of detailed case law rul"es*), favorecida por la adaptabilidad al caso concreto del derecho disponible. (Esta tercera ventaja posee el incentivo adyacente de contribuir a la exuberancia de la justicia).

d) El carácter práctico (*the practical character*) de las reglas jurisprudenciales aplicadas y aplicables por los jueces, sacadas en todas las ocasiones no de disquisiciones teóricas o reflexiones académicas, sino de casos verídicos sucedidos en el tráfigo jurídico diario de la sociedad. (Esta cuarta y última ventaja tiene el mérito complementario de salvar el abismo dogmático que separaría la justicia especulativa de su praxis efectiva).

Las desventajas son las que figuran a continuación:

a) La rigidez (*rigidity*) de las normas descendientes de la jurisprudencia, las cuales, una vez fijadas con la mediación de la regla del precedente, son difíciles de cambiar, aun cuando existan, y se sigan, los procedimientos de revocación (*reversal*) y rectificación.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

(*overruling*). (Esta desventaja se erige, a guisa de obstáculo imponente, en el centro justo de la potestad discrecional de los jueces, quienes ven cercenadas con ella sus ansias de conferir al derecho que deben interpretar y aplicar la elasticidad y flexibilidad que tuvo *equity* en sus primeros siglos de vida.) .

b) El peligro de las distinciones ilógicas (*the danger of illogical distinctions*) originadas por el ejercicio rutinario de la referida regla del precedente, el cual unas veces desemboca en callejones sin salida y otras tantas suscita conflictos normativos de engorrosa o inverosímil solución. (Esta desventaja es consecuencia de la desoladora atomización de la justicia inglesa en infinidad de causas enjuiciadas cuyas resoluciones obligatorias a veces divergen entre si en lugar de convergir con coherencia.)

c) El volumen y la complejidad (*bulk and complexity*) de la jurisprudencia, cuya riqueza de detalles -arriba indicada como ventaja- y prolijidad gráfica -en 1991 había más de dos mil volúmenes de casos repertoriados, y hoy en día son muchos más- hacen que el derecho sea, a ratos, una profesión hartamente ponderosa de aprender y aprehender y, a ratos, una empresa irrisoriamente plomífera de despachar y hacer valer. (Esta tercera y última desventaja suele abocar al jurista profesional a una asfixiante, por inmanejable, masa de datos que antes o después, de manera invariable, termina por engullirlo).

Según Geldart, las ventajas arriba mencionadas superan con creces a las desventajas, aunque ello no significa, ni mucho menos, que éstas sean insignificantes o indignas de tener en cuenta.

Para contrarrestarlas está la segunda gran fuente del derecho inglés: la ley<sup>55</sup>.

Cierto. Puede listarse ventajas y desventajas, pero la pregunta que sigue es: ¿ventajas en relación a qué? Si la pregunta pretende referirse al derecho europeo continental o de *civil law* la cuestión sobre la bondad o maldad de la doctrina de precedentes vinculantes habría de ser analizada con atención a las coordenadas jurídico-

---

<sup>55</sup> STEPHEN Toumin, *Op. Cit.* pp. 249-253.

## MAURO VIVEIROS

culturales de ambos sistemas<sup>56</sup>. La doctrina del *stare decisis* no es categoría jurídica parangonable con la jurisprudencia del derecho de origen legislativa por que, mientras en esta la fuente del derecho es la ley y no la jurisprudencia, que históricamente posee un valor complementario, en el *common law* el *stare decisis* es el centro de gravedad del derecho, aunque haya un derecho legislado que forma parte del derecho proveído por los tribunales.

Ahora bien, aunque sea así, ello no significa que la doctrina del *stare decisis* sea un método ontológicamente incompatible con el derecho continental; es decir, el efecto vinculante tanto puede quedar en la ley cuanto en la jurisprudencia. El que es relevante tener en cuenta es la diferencia - más teórica que práctica- en el modo construir la regla aplicable al caso, que nuestros juristas dicen deducirla, por sucesivas especificaciones, de las reglas y principios más generales escritos en los códigos, en las leyes etc., mientras el jurista anglosajón se orienta en el sentido de construir la regla de modo inductivo, partiendo de la relación entre el caso presente y otros semejantes y considerando, sobre todo, las soluciones dadas a éstos en el pasado<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Conforme ha dicho Leonor Moral, "las diferencias en la organización judicial, en la teoría de las fuentes, en la cultura jurídica y en la práctica judicial apuntan hacia una diferenciación y uno uso también diferente entre ambos sistemas. Es un error metodológico adoptar una teoría, la de los precedentes anglosajones, que es extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno como la referencia a sentencias anteriores. Y es un error porque difícilmente se podría así comprender (y menos reglar) una práctica que ha surgido al margen de una teoría (la del *stare decisis*) que es ajena a nuestros sistemas" (*El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 18, apud Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzáles García, Júlio V., ob. cit. pp. 21-22).

<sup>57</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, *Op. Cit.* p. 404. Esa diferencia puede significar, para el juez brasileño, una amplia libertad en la medida que tiene en frente un material normativo enteramente abstracto, libre de contactos con supuestos de hechos reales, el que le permite interpretar la norma de manera original y, muchas veces, sin atenerse a los resultados prácticos de dicha interpretación. Y, de hecho, no son raros los abusos en los que el juez, aunque lo diga haber aplicado una norma, lo aplica otra y, incluso, ninguna.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

X. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE  
EN EL DERECHO BRASILEÑO: PERSPECTIVAS

Ahora bien, si en nuestro sistema la fuente primigenia del derecho ha sido siempre la ley, la introducción de una jurisprudencia constitucional vinculante constituye un cambio importante. Es cierto que, a diferencia de lo que ocurre en la *common law*, donde los hechos activan los casos y producen el precedente judicial haciéndolo referencial normativo básico, en Brasil la ley seguirá siendo la regla externa y preexistente a la disputa, dotada de abstracción y generalidad, el parámetro sustancial de aplicación por jueces y tribunales, pero ahora compartiendo su posición de fuente exclusiva del derecho con la jurisprudencia vinculante del Supremo Tribunal Federal, impregnada de las valoraciones jurídicas y filosóficas del máximo intérprete constitucional y dirigidas a los más variados sectores de la vida nacional.

La central posición política del Supremo Tribunal Federal como órgano judicial de último grado en la interpretación y aplicación de la ley e actos normativos con carácter vinculante hará que sus sentencias pasen, al largo del tiempo, a la condición de fuente primigenia del derecho. Así que, cada vez más, la ley será el que el STF lo diga, y el protagonismo de aquel alto Tribunal será cada vez mayor entre nosotros, funcionando más como Corte Constitucional en la actividad institucional de proveer reglas y menos como tribunal de casación, tendencia derivada, entre otras razones, de la crisis de la representación política, de la alta complejidad social y de la baja funcionalidad del poder legislativo.

Es presumible que la falta de experiencia en el trato de lo tema de los precedentes por jueces y tribunales produzca dos tipos de posturas: una restrictiva, en la que casi nunca los tribunales se animarán a rever los precedentes del Supremo Tribunal Federal, incluso este mismo tribunal podrá evitar al máximo la creación de súmulas, y, otra postura, mas arriesgada, podrá consistir en una

## MAURO VIVEIROS

amplia producción de jurisprudencia vinculante.

En la primera hipótesis poco cambiaría el sistema de control difuso, ya que este seguiría su curso libre hasta la resolución de la cuestión por el STF; tampoco le impactaría mucho más las sentencias vinculantes proferidas por la Suprema Corte en el ámbito del control abstracto concentrado. Pero, es de esperar que la segunda postura sea implementada poco a poco, como una necesidad propia de los tiempos actuales que piden más seguridad jurídica al mercado del derecho<sup>58</sup> al menor costo posible.

En este supuesto, los problemas en los primeros tiempos quedarán dependientes de la opción que haga el STF por estándares o reglas, por una postura maximalista o minimalista en el control de constitucionalidad. Pero, todavía más, la seguridad jurídica de sus sentencias dependerá muy concretamente de la racionalidad con la que construya y identifique los fundamentos determinantes de los fallos (*ratio decidendi*), por medio de los cuales la comunidad jurídica, el poder público y los ciudadanos de manera general podrán conocer el que es y lo que no es constitucional para planear el futuro. De esta postura podrá depender, en grande parte, la necesaria armonía entre los tres poderes, soslayando los conflictos que suelen ocurrir en momentos de cambio o transferencia de poder político a órganos o instituciones, como el Poder Judicial, que no cuentan con la legitimidad de las urnas<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Pero el efecto de ello llegará cuando los conflictos de los hechos de la vida con las normas proveídas por la jurisprudencia vinculante del Supremo Tribunal ingresar en los tribunales de las instancias inferiores desafiando el sentimiento de justicia y de inconformismo de los hombres. Puede anticiparse que, a partir de ahora, el STF habrá de dedicar mayor atención al derecho vivo interpretado por los tribunales inferiores, donde la experiencia es muy más cercana a la realidad de las calles que en el tribunal de cumbre.

<sup>59</sup> El incremento de crisis entre los poderes judicial y legislativo que suele ocurrir en tales situaciones no es más importante que los internos. Entre los órganos del propio Poder Judicial, conforme ha demostrado las llamadas “guerra de las Cortes” en Italia y, más recientemente en España, a raíz de sentencias del Tribunal Constitucional, se han librados embates irracionales que han servido para demostrar el cuanto la vanidad de unos pocos hombres puede poner el peligro la seguridad jurídica.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

Quizá el propio modo de construcción de las sentencias (acordaos) del STF y de los tribunales en general habrá de cambiar algo – no solo en el lenguaje- para ofrecer mayor claridad a los consumidores del servicio de justicia, con especificación de los fundamentos que decidieran la cuestión constitucional, con declaración de los votos particulares que servirán, quizá, a los cambios futuros. El ofrecer la Corte premisas objetivas a la comunidad, cumple una función pública de someter a la crítica general el producto normativo sobre que actuaron las dos fuerzas que se mueven en el interior del derecho jurisprudencial vinculante: la estabilidad y el cambio.

En definitiva, es posible pensar en un sistema de justicia más confiable, más sencillo, igualitario, mas barato y más rápido, en el que se lleve en serio todos los derechos fundamentales, donde la arbitrariedad y las diferenciaciones carentes de razón en el proceso de aplicación de las leyes estén sancionadas, en donde, en fin, la certeza de que estamos sometidos a la normatividad de una única Constitución garantizada por la voz suprema del Supremo interprete de la Carta Magna valga para todos.

Pero nadie se engañe: la técnica es solo la técnica. La transferencia de más poder político al Judicial no garantiza nada; el progreso social no viene necesariamente por las manos del juez; no hay diferencias entre la arbitrariedad del legislador y la del juez, con la salvedad de que esta última, más intensa, inmediata, a veces es irreparable.

Puede que se cambie solo el problema de lugar, si no hay un fuerte deseo de Constitución y un alto sentido de responsabilidad. Es previsible, por tanto, que el aumento de racionalidad metodológica en el control de constitucionalidad ampliará todavía más el *status* político del Poder Judicial y, a resultas de ello, la creencia y el respeto a la autoridad de las decisiones judiciales dependerán, cada vez más, de una conciencia constitucional y de una ética funcional comprometidas con la realización de los principios y valores

MAURO VIVEIROS

constitucionales de manera permanente. Y ello puede, de hecho, hacer toda la diferencia, si aprovechamos bien esta gran oportunidad de progreso.

### BIBLIOGRAFIA

- BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição federal anotada*, Saraiva, Sao Paulo, 2007.
- DURO Moreno, Miguel, *Introducción al derecho inglés: la traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Edisoferl, Madrid, 2005.
- CANOTILHO, JJ. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 1998.
- DAVID, René, *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, Trad. Hermínio A. Carvalho, Martins Fontes, Sao Paulo, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.
- DE FELIPE, Miguel Beltrán, García, Julio V. Gonzáles, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, CEC, Madrid, 2005.
- HELY, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, trad: Magdalena Holguin, Santafé de Bogotá, 1997.
- KERPEL, Ana Laura Magaloni, *El Precedente Constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGrawHill, Madrid, 2001.
- LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na Jurisdição constitucional*, Saraiva, 2006.
- NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- El desgobierno judicial, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional, Tomo II*, CEDC, Madrid, 1984.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO: UN GIRO HACIA EL DERECHO  
NORTEAMERICANO

VARÓ, Enrique Alcaraz, Pardillos, Miguel Angel Campos y  
Miguélez, Cynthia, *El ingles jurídico norteamericano*, 2ª ed., Ariel  
Derecho, Barcelona, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudencia  
política*, 2ª ed., Malheiros, 2002.



## **LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917\***

ALEJANDRO WONG MERAZ\*\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.  
III. MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. IV. CONCLUSIONES

### **I. INTRODUCCIÓN**

La Constitución Mexicana de 1917 ha celebrado nueve décadas de vida, y frente a esto nos encontramos ante dos posturas. La primera es festejar esos 90 años, entendiendo que se requiere una reforma integral, con el objeto de que se actualice para su nueva realidad. La segunda y más radical, consiste en realizar una Carta Magna, ya que la actual se encuentra desfasada. Sin embargo, en cualquiera de las dos posturas, se requiere un acuerdo político donde los actores estén comprometidos para la realización de un proyecto de gran envergadura.

Al ordenamiento constitucional de 1917, en primer lugar, se le han venido haciendo modificaciones como técnica de libertad más que de poder, como en cierta medida lo fue en su origen. En este sentido, aunque ya la idea circuló por otros motivos cuando fue expedida Nuestra Carta Magna, en recientes estudios, se ha puesto de manifiesto el autoritarismo que ha prevalecido en el diseño constitucional de las instituciones políticas de México, o en otros términos, se ha considerado que la Norma Fundamental alberga dos modelos contradictorios, el autoritario y el garantista<sup>1</sup>. En dichos

---

\*Este estudio es parte de la investigación realizada para la obtención del Título de Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

\*\* Doctorando de Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Investigador de la Escuela de Negocios y Humanidades del

ALEJANDRO WONG MERAZ

modelos se confrontan los influjos de nuestra tradición política, con las instituciones que han surgido con las democracias modernas.

Sin desconocer el enorme valor que ha tenido la Constitución para la vida de los mexicanos, dichas opiniones, tienen el mérito de acentuar el gran reto que afronta nuestra Carta Magna<sup>2</sup>. Es a raíz de estos planteamientos, que el debate se centra en una Constitución renovada o una nueva Norma Fundamental, está hoy en la conciencia nacional. La posición que pretende que es posible hacerlo a través de la reforma Constitucional gradual y transformarla, y la otra, que se ubica en el imperativo de expedir otra ley Fundamental.

Por tal motivo, la preocupación del constitucionalismo mexicano en la época actual, es la de perfeccionar el papel de la Constitución como instrumento de control y por eso el estudio de los diferentes medios, con el objeto de limitar y controlar el poder<sup>3</sup>, y se ha tornado primordial para la transición democrática que venimos

---

Instituto Tecnológico de Monterrey campus Chihuahua, coordinador del Centro de Investigación Jurídica.

<sup>1</sup> FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, Y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 4ª ed., Porrúa, México, 2005. pag. 37.

<sup>2</sup> En este sentido, es interesante la recopilación *Hacia una nueva Constitucionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. En dicha obra, se encuentran las aportaciones de los más prestigiados constitucionalistas de México. Recomendamos los ensayos de CARBONELL, MIGUEL “La Constitución de 1917 hoy: Cinco retos inmediatos”; CARPIZO, JORGE, “México: ¿Hacia una nueva Constitución?”; FIX-ZAMUDIO, “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”; GONZÁLEZ SCHMAL, RAÚL, “¿Por qué una nueva Constitución?”; MUÑOZ LEDO, PORFIRIO, “Por una nueva Constitución para refundar la República”; y VALADÉS, DIEGO “México: Renovación constitucional o retroceso institucional”

<sup>3</sup> Recomendamos la lectura de VALADÉS, DIEGO, *El Control del Poder*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000.

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

experimentando<sup>4</sup>.

De este modo, en lo que se ha llamado la reforma del Estado, el tema esencial es el equilibrio del poder. La cual consiste en restaurar este equilibrio, resquebrajado por la supremacía del poder ejecutivo, sobre los demás poderes. De ahí las enmiendas a los Poderes Legislativo y Judicial, para convertirse como verdaderos contrapesos para el gobierno y la administración.

Sin embargo, nuestra Constitución ha experimentado también una apertura tanto en sus aspectos internos, como externos. En lo que se refiere al interior, la sociedad mexicana es mucho más plural, como se constata en los porcentajes de participación en los comicios electorales<sup>5</sup>. En este aspecto, ha sido significativo el esfuerzo que se ha denominado reforma política, que mediante sucesivas modificaciones al marco constitucional y legal en materia electoral<sup>6</sup>, está permitiendo transitar de un sistema de partido hegemónico a la construcción de un auténtico sistema de partidos políticos.

En los últimos años, en México se ha debatido en forma recurrente sobre la posibilidad o necesidad de formular una nueva Constitución que reemplace a la vigente. A este debate, se han incorporado diversos especialistas y actores, expresando sus posiciones y razones al tema<sup>7</sup>, con argumentos jurídicos, politológicos, sociológicos, económicos y culturales, que con mayor frecuencia se han vertido en la esfera pública nacional.

Por lo que se refiere al aspecto externo, las causas

---

<sup>4</sup> MERINO, MAURICIO, *La transición votada, Crítica a la interpretación del cambio político en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

<sup>5</sup> En las últimas elecciones en México, el porcentaje de participación ha sido: 1991 de 65.97%; 1994 de 77.16%, 1997 de 57.69%, 2000 de 63.97%, 2003 de 41.68% y ahora en el 2006 de 58.90%.

<sup>6</sup> En el próximo capítulo analizaremos las reformas que consideramos más trascendentales en esta materia, que se le han realizado a nuestra Carta Magna, como las reformas de 1977, 1994 y 1996.

<sup>7</sup> Consultar AA.VV., "¿México: Nuevo Constituyente o Reforma Constitucional?", en *Derecho y Cultura*, N° 2, México 2001.

ALEJANDRO WONG MERAZ

principales de la apertura han sido los efectos del orden internacional y el cambio del modelo económico, de uno cerrado a uno abierto. Antes, la influencia de los factores internacionales era bastante relativa, ahora se refleja en múltiples aspectos, como son, los tratados internacionales, particularmente en lo relativo al comercio, derechos humanos, medio ambiente o laboral, así como las repercusiones que se pudieran manifestar en la vida nacional, como los temas de observación electoral internacional, corrupción y narcotráfico.

No obstante, al analizar la realidad mexicana, después del pasado proceso electoral, que ha dado como resultado una sociedad dividida, polarizada, donde un sector importante de los ciudadanos no cree o desconfía en las instituciones y en los resultados de la elección de dicho proceso, resentida con el sistema, y lo peor aún desilusionada de la propia Constitución<sup>8</sup>. De acuerdo con la premisa de Jellinek lo que es imposible políticamente, no puede ser

---

<sup>8</sup> En este sentido, pueden consultarse *Gobernabilidad democrática: ¿qué reforma?*, coordinadores Manuel Camacho Solís y Diego Valadés, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. Es interesante esta recopilación, ya que cuenta con aportación de los más prestigiados académicos que cuenta el país; así también, la aportación de los principales actores políticos del pasado proceso electoral en México 2006. Entre los que destacan Felipe Calderón Hinojosa, candidato electo a la Presidencia de la República por el Partido Acción Nacional; Manuel Camacho Solís, coordinador de las redes ciudadanas de la Coalición por el Bien de Todos; Cuauhtémoc Cárdenas, fundador del Partido de la Revolución Democrática, y tres veces candidato a la presidencia de la República; Leonel Cota Montaña, Presidente del PRD; Santiago Creel Miranda, precandidato a la presidencia de la República por el PAN, hoy Senador y líder de la fracción parlamentaria; Dante Delgado, Presidente del partido político Convergencia; Andrés Manuel López Obrador, Candidato a la Presidencia de la República por la Coalición por el Bien de Todos; Porfirio Muñoz Ledo, fundador del PRD; Beatriz Paredes Rangel, candidata a la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal por la coalición por el Bien de México y ahora dirigente nacional del PRI; Luis Carlos Ugalde, Ex Presidente del Instituto Federal Electoral.

## LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

seriamente objeto de investigación jurídica<sup>9</sup>. Por tal motivo, creemos que la forma de adaptación de la Constitución no va a ser a través de su propio procedimiento de Reforma, si no que va a ser por medio de la mutación Constitucional. Con este panorama, consideramos que resultará difícil tomar cualquier de los dos caminos, ya sea una Constitución renovada o una nueva Constitución, y por tal motivo, nos queda transitar a través de la Mutación Constitucional. Pueden existir diferencias en el camino, en el procedimiento, sin embargo no en el fondo, se pretende que la nación tenga una Constitución a la altura de su tiempo.

### II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

En México, la reforma constitucional ha sido la forma principal en la cual se ha ido adecuando la Constitución a su realidad; no obstante, la interpretación o mutación constitucional, como en este trabajo la vamos a entender, ha desempeñado un papel importante en momentos críticos.

Al haber existido durante más de 70 años un partido político dominante en el poder (Partido Revolucionario Institucional), con amplias mayorías, tanto en el Congreso de la Unión como en el de las Legislaturas de las Entidades Federativas, se originó en la práctica, un procedimiento de reforma flexible, a pesar de estar éste regulado en la Constitución como rígido. Esto se debió principalmente a las aplastantes mayorías parlamentarias con que dicho partido contó y que logró superar cualquier requisito constitucional, por más rígido que éste pareciera.

La Constitución mexicana ha sido en la realidad tan flexible que ha sido objeto de más de 400 reformas; característico fue que las reformas aumentaron simultáneamente con la inestabilidad en la cual entró el sistema constitucional en la década de los años 70s. En esta etapa, los Presidentes de la República lograron aumentar al doble el número de Reformas que sus antecesores habían propuesto

---

<sup>9</sup> JELLINEK, GEORG, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. pag. 66.

ALEJANDRO WONG MERAZ

y logrado. En el Artículo 73 constitucional, se establecen las Facultades del Congreso de la Unión, y es precisamente el que más reformas ha sufrido en la historia de la actual Ley Fundamental, en virtud de que cuenta con 41 reformas en total. Lo notorio de esta realidad política, fue el predominio del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo, ya que el Presidente de la República, además de ser el Jefe de Gobierno, era en su momento, también el Jefe del Partido que se encontraba en el poder<sup>10</sup> y como ya se asentó, ese partido contó con mayorías aplastantes en el Congreso. Los legisladores debían, en gran parte, su candidatura a la decisión presidencial, de quien dependía su carrera política.

Esta situación cambió después de la elección presidencial del año 2000. En estos comicios, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) perdió las elecciones para Presidente de la República ante el Partido Acción Nacional (PAN). El panorama se ha transformado totalmente como consecuencia de la nueva conformación política del país; actualmente, el PAN cuenta con la mayoría en las dos cámaras del Congreso de la Unión; sin embargo no cuenta con la mayoría de las legislaturas de las Entidades Federativas, por tanto, no puede llevar a cabo ninguna reforma constitucional a menos que cuente con el apoyo de los otros partidos políticos, especialmente con el PRI.

Sin embargo, la primera ocasión en que un partido político no contó con la mayoría necesaria para reformar la Constitución, fue en el año 1988. Lo interesante es que durante este mandato presidencial 1988-1994<sup>11</sup>, se realizaron grandes reformas estructurales, entre ellas al Artículo 41 constitucional, en sus párrafos octavo, noveno, decimoséptimo y decimoctavo,<sup>12</sup> para la creación del IFE (Instituto Federal Electoral), organismo autónomo encargado de organizar elecciones transparentes, objetivas e imparciales y con resultados fiables. Dichas reformas estructurales

---

<sup>10</sup> CARPIZO, JORGE, *Estudios Constitucionales*, 3ª ed., Porrúa, México, 1991. Pag. 132

<sup>11</sup> Presidente de la República el Lic. Carlos Salinas de Gortari.

<sup>12</sup> CARPIZO, JORGE, *Temas Constitucionales*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003. Pag. 82

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

fueron determinantes para que se diera la alternancia política del año 2000.

La reforma constitucional de mayor trascendencia y de mayor impacto en la Constitución Mexicana es la que se denomina “Reforma Política Mexicana de 1977”. El objetivo de dicha reforma política de 1977<sup>13</sup> persiguió que todas las fuerzas sociales e ideológicas de la nación estuvieran representadas en la cámara de diputados; para ello se otorgan una serie de garantías a los partidos políticos. Es a raíz de esta Reforma Constitucional, que surge nuestra actual realidad política y la dificultad para modificar nuestra Carta Magna sino es con el consenso o acuerdo político entre partidos.

Con anterioridad a la elección federal de 1994, las elecciones mexicanas, tanto federales como locales, habían sido impugnadas como fraudulentas. Esta situación hizo verdadera crisis en la elección federal de 1988 para elegir presidente de la República, miembros del Congreso de la Unión y representantes a la Asamblea del Distrito Federal.

Por tal motivo, el presidente electo, convocó a los partidos políticos a llegar a un consenso para realizar una reforma electoral que diera certidumbre, imparcialidad y limpieza a las elecciones; esa reforma electoral se realizó en 1990 sin el consenso de todas las fuerzas políticas en el país.

Con esa legislación electoral, si se llegaran a realizar las elecciones de 1994, éstas iban a ser de antemano cuestionadas; por ello, el gobierno y los partidos políticos acordaron volver a la mesa de las negociaciones para que éstos pudieran llegar a un consenso y fijar normas que garantizan una elección limpia e imparcial en 1994. Después de varias semanas de negociaciones, entre los partidos políticos y el Secretario de Gobernación; el 8 de marzo de 1994,

---

<sup>13</sup> Los Artículos Reformados fueron el 41; 52; 53 se reforma el párrafo primero y se adiciona el párrafo segundo; 54 párrafo primero y fracciones I, II, III y IV; 60 se reforma el primer párrafo y se adiciona con cuatro párrafos; 73 se adiciona una base segunda a la fracción IV y se derogan las fracciones XXIII y XXVIII; y el 97 se reforma el tercer párrafo y se subdivide en dos párrafos, se corre el orden de los subsecuentes párrafos.

.....

ALEJANDRO WONG MERAZ

llegaron a un acuerdo, de los cuales resaltamos los siguientes puntos:

- 1) Estructura del Consejo General del IFE.
- 2) Equidad en el acceso a medios de comunicación masiva.
- 3) No utilización de fondos y programas públicos a favor de partido político o candidato alguno<sup>14</sup>.

Consideramos, que la Reforma de 1977, y la de 1994 son las dos reformas políticas estructurales más importantes que se le han hecho a la Constitución de 1917. Estas dos reformas se llevaron a cabo en momentos en los que el país se enfrentó a sus dos crisis políticas más importantes y, precisamente a través del mecanismo de reforma establecido en la Constitución, ésta logró adecuarse a la nueva realidad, evitando de este modo, su propia destrucción o graves conflictos político-sociales.

Estas dos modificaciones, aunque fueron apoyadas por un amplio sector de la población y casi todos los partidos políticos de oposición, que se encontraban en desacuerdo con el gobierno; no hubieran sido posibles estas, de no haber sido propuestas por el propio gobierno-partido dominante. Por otra parte, de no haberse realizado estas reformas, la Constitución de 1917, en la actualidad no existiría, puesto que los sectores políticos descontentos con el gobierno, habrían reaccionado, posiblemente de forma violenta para cambiar la realidad política del país. Por tanto, el procedimiento de reforma constitucional, ha cumplido cabalmente con el objetivo que ya mencionamos. Así, se adecuó la Constitución a la nueva realidad político-social, de una sociedad pluralista.

Por tal motivo analizaremos las dos formas en las cuáles se puede modificar la Carta Magna a su realidad, la Reforma y la Mutación Constitucional.

#### 1. Objeto de la Reforma Constitucional

Debemos comprender en el mismo sentido como lo hace Rudolf Smend las modificaciones constitucionales. La realidad de

---

<sup>14</sup> CARPIZO, JORGE, *Temas Constitucionales*, Op. Cit. Pag. 82

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

un Estado o de una Nación se encuentra en transformación permanente lo que se debe no sólo a la propia dinámica del conjunto, sino también al hecho de que las constituciones no responden a una situación de inmovilidad, sino a fines determinados y continuamente renovados que han de ser también continuamente actualizados<sup>15</sup>.

Lo anterior nos recuerda a Herman Heller, cuando en su obra "Teoría del Estado", sostiene que el Estado, implica procesos de cambios, a través de actos de decisión política constantemente renovados, en la lucha política entre poderes reales de voluntad<sup>16</sup>. México y su Constitución se han actualizado a través de los procedimientos de Reforma Constitucional que señala la propia Ley Fundamental, mismos que han respetado las decisiones políticas que estableció el Congreso Constituyente en aquella.

Loewenstein establece que debe existir un método, también establecido de antemano, para la adaptación pacífica de la Constitución a las cambiantes condiciones sociales y políticas, lo que él llama el método racional de la reforma constitucional, para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución<sup>17</sup>.

El objeto de toda constitución es la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. Este autor explica que el proceso de reforma constitucional es una cuestión de poder político, de *checks and balances* y, por tanto, lo que se busca es controlar el poder; y uno de esos mecanismos de control del poder es la reforma constitucional, con lo cual no lo deja en manos de los que ostentan el poder, a las personas a los que él denomina detentadores del poder sin control. Por tal motivo, desde esta óptica, son tan importantes las reformas políticas estructurales llevadas a cabo en 1977 y 1994; evitaron que en México se avasallara la Norma Fundamental por vías de hecho.

---

<sup>15</sup> SMEND, RUDOLF, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. Pag. 99

<sup>16</sup> HELLER, HERMAN, *Teoría del Estado*, 9ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1983. Pag. 71.

<sup>17</sup> LOWEINSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1986. Pag.153.

-----

ALEJANDRO WONG MERAZ

De acuerdo con Konrad Hesse, la Constitución no puede ser inmutable, requiere ser actualizada para estar acorde con la realidad que es dinámica, ya que no puede ser independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo<sup>18</sup>; la Constitución Mexicana no ha sido una excepción. La reforma política de 1977, tiene sus orígenes en los distintos movimientos sociales que se llevaron a cabo en México en las décadas de los años 60s y 70s, que exigían ser escuchados y participar en el devenir nacional; eran sectores de la población que se encontraban marginados o se encontraban en oposición al gobierno. Con esta reforma se les otorgó la posibilidad de participar y ser escuchados en la conformación de las decisiones políticas, evitando que actuaran por vías no jurídicas o de hecho. Por ejemplo, se legalizaron varios partidos políticos como el Comunista, se les abrieron las puertas del Congreso de la Unión y se admitió algunos mecanismos de representación proporcional para que los partidos de oposición reforzaran su presencia en el Congreso.

La otra reforma estructural importante que hemos mencionado es la de 1994, sus antecedentes los encontramos en la elección presidencial de 1988, cuando el resultado de esa elección no es aceptado por varios partidos políticos y se pone en duda la imparcialidad del organismo encargado de organizar las elecciones, organismo que dependía del Poder Ejecutivo. A raíz de la reforma de 1994 se creó un organismo autónomo denominado Instituto Federal Electoral (IFE), para garantizar así el buen desarrollo de los procesos electorales y la certeza de sus resultados.

Con la “Ley para la Reforma del Estado” aprobada por el Congreso de la Unión el pasado año, se pretende hacer otra modificación de gran calado al ordenamiento de 1917, como resultado de los nuevos factores que se suscitaron en la contienda electoral del 2006. Podremos no estar de acuerdo con la denominación<sup>19</sup>, sin embargo la importancia de este documento, es

---

<sup>18</sup> HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Pag.71

<sup>19</sup> Desde la perspectiva de una técnica jurídica, es errónea esta denominación. Primero, no se puede supeditar una Reforma Constitucional a una simple Ley

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

el establecer las bases para el consenso entre los partidos políticos para llevar a cabo las reformas estructurales que requiere nuestra Constitución. El antecedente de esta reforma constitucional (hasta este momento inconcluso), se encuentra en la guerra política que se originó en las pasadas elecciones presidenciales.

En resumen, entendemos que las reformas estructurales que hemos mencionado, se complementan. En la primera, se exigió ampliar los cauces de la participación política y, por medio de la reforma, se le concedió. En la segunda ocasión se solicitó la garantía que las elecciones iban a ser organizadas y calificadas de forma imparcial, con objetividad, transparencia y equidad, lo cual se fue consiguiendo con reformas constitucionales en 1990, 1993, 1994 y 1996. La tercera lo que pretende que exista una mayor equidad entre los contendientes y regular factores que no se habían tomado en cuenta en las modificaciones anteriores, pero que tuvieron una participación determinante en el resultado electoral. De todas ellas, como hemos afirmado, la de 1994 fue la más importante.

En todo caso, lo que resulta indiscutible es que el único Orden Jurídico que contiene previsiones acerca de los mecanismos a través de los cuales han de introducirse cambios, modificaciones o adiciones en su texto, es decir, que regula su propio procedimiento para transformarse a sí misma<sup>20</sup>, es la propia Constitución.

En México, consideramos que el mecanismo de adaptación de la Constitución a la realidad, que es la reforma ha funcionado adecuadamente.

Jellinek<sup>21</sup> se refiere a la reforma de la Constitución como la modificación de los textos constitucionales producida por actos

---

ordinaria, estamos creando una ley madre, que estaría por encima de la Constitución. Segundo, el Estado no se reforma, lo que se modifica son las Instituciones Políticas del país. Por cuestión de metodología, no podemos entrar a desarrollar a fondo esta reforma, ya que es análisis de futuras publicaciones de este servidor.

<sup>20</sup> PÉREZ ROYO, JAVIER, *La Reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. Pag. 9

<sup>21</sup> JELLINEK, GEORG, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Pag. 7

ALEJANDRO WONG MERAZ

intencionados; esto es lo que se ha hecho en la realidad político-constitucional de México, con la idea del partido predominante de modificar la Constitución, con el objeto de asegurar la estabilidad, la cual fue difícil de alcanzar debido a los constantes enfrentamientos armados que había padecido el país, desde su Independencia hasta el surgimiento de esta Constitución.

Coincidimos, por tanto, con la expresión de don Pedro de Vega: “La Reforma Constitucional es una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y de su independencia”<sup>22</sup>. Es a través de este procedimiento que permite a la Constitución estar vigente y afrontar los momentos de crisis y de inestabilidad política.

La reforma constitucional es precisamente la institución que supera la contradicción entre la inclinación a la permanencia de las Constituciones y las exigencias de su adaptación al cambio social, de manera que este mecanismo se convierte en el eje central que posibilita el dinamismo constitucional.

Las Constituciones modernas y democráticas aceptan lo establecido en la Constitución francesa de 1793, en su artículo 28: “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Para Bryce las Constituciones son la expresión del carácter nacional; pero, a su vez, las Constituciones moldean el carácter de quienes se habitúan en ellas<sup>23</sup>.

En la relación entre el Poder y el Derecho o lo que es lo mismo, en las democracias constitucionales la vinculación entre Estado Democrático y Estado de Derecho es donde se produce la reforma constitucional, que es la máxima expresión de esta relación, y anuncia la importancia y complejidad del tema de la Reforma<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> VEGA GARCIA, PEDRO de, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2000. Pag. 64

<sup>23</sup> BRYCE, JAMES, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Pag. 4

<sup>24</sup> CABO MARTIN, CARLOS de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2002. Pag. 14

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

Herman Heller, acertadamente, establece que la reforma constitucional es el lugar donde el elemento político y el jurídico conviven en el Derecho Constitucional, y se mezclan con mayor intensidad, adquiriendo la norma producida por la reforma una carga política indiscutible, que tiene por finalidad política, la preservación y consolidación de la continuidad constitucional del Poder Constituyente.

No se trata de poner al ser un deber ser, sino de descubrir en el ser, el querer ser que ha de formar el futuro, el contenido de voluntad de la realidad social concreta que debe considerarse como tendencia válida de la evolución, como verdadera realidad<sup>25</sup>. La conducta política de un pueblo está determinada por una numerosa pluralidad de circunstancias naturales e históricas y sociales, entre las que, con certeza, figuran ciertos factores antropológicos heredados<sup>26</sup>. Sólo cuando un pueblo se esfuerza por mantener y extender su manera propia mediante una voluntad política relativamente unitaria, podemos hablar de una nación<sup>27</sup>. Aquí Heller es muy claro, en la medida en que participemos en la conformación de esa voluntad política, va a ser la medida en que nos vamos a unir e integrar. Creemos que este autor, indirectamente está atacando la falta de participación ciudadana en los procesos de reforma que establece la propia Constitución, mal que aqueja a muchas de las democracias modernas.

Smend establece que en esa integración dinámica es donde se encuentra la estructura unitaria, aún teniendo muy presente su solidificación, pues únicamente es real en la medida en que es actualizada permanentemente, o mejor en la medida en que es reproducida continuamente<sup>28</sup>.

La reforma constitucional es el mecanismo final, la garantía última de la efectividad constitucional, entendiendo que tal efectividad se realiza en la medida en que la Constitución despliega

---

<sup>25</sup> HELLER, HERMAN, Op. cit. Pag. 120

<sup>26</sup> Ibidem. Pag. 171

<sup>27</sup> Ibidem. Pag. 177

<sup>28</sup> SMEND, RUDOLF, Op. Cit. Pag. 57

ALEJANDRO WONG MERAZ

sus dos caracteres básicos: la normatividad y la supremacía, porque, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con la realidad, y esto impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica ninguna. La reforma de la Constitución, lejos de representar un instrumento de deterioro, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

Pérez Royo establece que la reforma constitucional es el mecanismo que logra que la Constitución se adapte a la realidad en la que se aplica, lo cual no ocurre de forma casual, sino que responde a la propia naturaleza del poder político estatal<sup>29</sup>.

Antes de abordar el concepto de reforma, estableceremos de qué tipo de Constitución estamos hablando. Siguiendo la clasificación de las constituciones elaborada por Bryce, en constituciones flexibles y rígidas, en virtud del procedimiento de su transformación; este autor establece que son Constituciones rígidas las que poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria<sup>30</sup>. Bryce, acertadamente, manifiesta que al momento de exigir las mayorías calificadas, la nación experimenta una sensación de seguridad, en virtud de que se apoya en forma de gobierno permanente, y no se alarma por las luchas partidistas en las Cámaras, toda vez que sabe, con certeza, que estos órganos están incapacitados para transformar las instituciones fundamentales<sup>31</sup>.

Emmanuel Sieyes, al ser uno de los más fervientes precursores del sistema de representación, y estar en contra de los privilegios, nos recuerda que los principales objetivos de la Revolución Francesa fueron la igualdad y la libertad como principios rectores; al diseñar su sistema de representación que el número de diputados debe ser igual al de las dos clases de privilegiados<sup>32</sup>. El autor explica que, entonces, la clase de

---

<sup>29</sup> PÉREZ ROYO, JAVIER, Op. Cit. Pag. 34

<sup>30</sup> BRYCE, JAMES, Op. Cit. Pag. 13

<sup>31</sup> Ibidem. Pag. 107

<sup>32</sup> SIEYES, EMANUEL J. *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989. Pag. 78

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

privilegiados por sí sola no contará con el número necesario de legisladores para Reformar la Constitución.

Carl Schmitt manifiesta que en el requisito de la reforma rígida, hay cierta garantía de duración y estabilidad<sup>33</sup>, porque constituye una protección hacia las minorías, ya que las mayorías no pueden cambiar los principios ya pactados. Es decir, las decisiones políticas fundamentales, que integran la sustancia de la Constitución, no pueden ser suprimidas o sustituidas por otras cualesquiera, a través de un procedimiento ordinario<sup>34</sup>. El hecho de que una Constitución para ser reformada o adicionada, requiera mayorías calificadas, es en sí la máxima garantía de los grupos minoritarios frente a los grupos mayoritarios, en virtud de que éstos por sí solos no pueden avasallar los derechos adquiridos por los primeros.

Pedro de Vega establece que lo que se pretende con la rigidez constitucional, salvar tanto el principio democrático como el principio jurídico de supremacía constitucional, un poder especial entre el poder constituyente originario y el poder constituido ordinario<sup>35</sup>, donde exista imposibilidad del poder constituyente de realizar funciones de los poderes constituidos, y viceversa, la inviabilidad para los poderes constituidos de ejercitar competencias constituyentes<sup>36</sup>.

Kelsen<sup>37</sup> sostiene que no hay inconstitucionalidad material, lo único que existe es inconstitucionalidad formal, porque las leyes no resultan inconstitucionales por contrariar los contenidos materiales de la Constitución, sino por ser aprobadas por el poder legislativo y a través de un procedimiento que no se encuentra facultado para derogar la Constitución. La ley ordinaria no sería declarada inconstitucional, si hubiera sido aprobada a través del

---

<sup>33</sup> SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982. Pag. 43

<sup>34</sup> Ibidem. Pag. 49

<sup>35</sup> VEGA GARCIA, PEDRO de, Op. Cit. Pag. 22

<sup>36</sup> Ibidem. Pag. 36

<sup>37</sup> KELSEN, HANS, *Teoría General del Estado*, 15ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1979. Pag. 403

procedimiento de la reforma constitucional.

Los primeros en analizar esta cuestión fueron los norteamericanos. El juez Marshall, en el caso *Marbury versus Madison* de 1803 se formuló la pregunta que si el Poder Legislativo modificaba una norma constitucional, el principio de supremacía constitucional debería ceder ante el acto legislativo. En esa sentencia el juez Marshall consagró, como coronación de todo el edificio constitucional, la *Judicial Review*, es decir la facultad del Tribunal Supremo de no aplicar las leyes contrarias a la Constitución con un argumento que hoy en día es clásico: “O la Constitución es una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Carta Magna no puede legal; si la segunda alternativa es válida, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable”<sup>38</sup>.

## 2. Concepto de Reforma Constitucional

La Reforma es el método que la misma Constitución establece para adecuarse a la realidad. Es Jellinek de los primeros en analizar las transformaciones a la Norma Fundamental, al estudiar la historia de las Instituciones políticas; define a la reforma constitucional como “la modificación de los textos constitucionales producidas por acciones voluntarias e intencionadas”<sup>39</sup>.

Entendemos que Jellinek se basa en un voluntarismo; no obstante, consideramos que su definición, en un primer momento pareciera limitada, sin embargo, propone el concepto de reforma constitucional de este modo para posteriormente referirse a la mutación constitucional; desde nuestra óptica, este ejercicio fue intencional. Siguiendo ese mismo método, nos referiremos a la

---

<sup>38</sup> VEGA GARCIA, PEDRO de, Op. Cit. Pag. 41-42

<sup>39</sup> JELLINEK, GEORG, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Op. Cit. Pag. 7

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

mutación constitucional y sus límites; esta cuestión respecto es decir, explicaremos los límites a la reforma constitucional para subsecuentemente estudiar a la Mutación, en virtud de que la segunda tiene como de referencia a la primera.

Por su parte Carl Schmitt define la reforma constitucional como la “Reforma del texto de las leyes constitucionales vigentes, hasta el momento; aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucional aislados”<sup>40</sup>. Complementa su definición estableciendo que la palabra de reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo revisión de las determinaciones legal-constitucionales, en virtud de que la Reforma Constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución, en virtud de que en ella se encuentran los principios fundamentales y estos no pueden ser suprimidos, por una ley ordinaria, ni por una ley de reforma de la propia Constitución, sino solamente por un nuevo acto del Poder Constituyente del pueblo alemán<sup>41</sup>.

El autor alemán hace una distinción entre los preceptos constitucionales, puesto que existe una jerarquía entre ellos, hay preceptos que pueden modificarse a través de la reforma constitucional (preceptos legal-constitucional), y existen otros que se caracterizan por plasmar una decisión política fundamental (principios jurídico políticos fundamentales). La única forma de transformación de estos últimos preceptos es por el poder constituyente que es el pueblo.

Karl Loewenstein establece un doble significado a la reforma constitucional, uno formal y uno material. En sentido material define a la reforma como la denominación de la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución<sup>42</sup>. Su definición en sentido material, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se

---

<sup>40</sup> SCHMITT, CARL, Op. Cit. 115

<sup>41</sup> Ibidem. Pag. 169

<sup>42</sup> LOEWENSTEIN, KARL, Op. Cit. Pag. 164

refiere o se ha referido<sup>43</sup>. Aquí el autor hace una distinción entre norma de reforma y la reforma misma. En su libro, se referencia de otra técnica de reforma, la denominada reforma constitucional tácita<sup>44</sup>, sin embargo, de esta técnica, no somos partidarios por su difícil entendimiento y reconocimiento, que origina normalmente confusión. En lo que respecta al procedimiento de reforma constitucional, sí coincidimos con el autor, ya que ésta debe ser tratada con máximo cuidado y reserva, y concensadas por los partidos políticos; de lo contrario, cuando estas reformas son impuestas, se daña el mismo sentimiento constitucional.

### 3. Fundamentación Jurídica de la reforma en la Constitución Mexicana de 1917

La reforma constitucional se encuentra regulada en nuestra Constitución en su Artículo 135; establece que para su reforma se requiere de las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión, y que éstas sean aprobadas por la mitad de las legislaturas de las Entidades Federativas.

---

<sup>43</sup> LOEWENSTEIN, KARL, Op. Cit. Pag. 165

<sup>44</sup> Con respecto a la reforma constitucional tácita, el autor señala “Como fue anteriormente señalado, la auténtica reforma constitucional supone siempre, a diferencia de la mutación, una enmienda del texto constitucional. En este proceso la regla debería ser que la modificación fuese hecha visible en aquel lugar de texto donde específicamente se ha efectuado la enmienda. Sólo de esta manera puede saber el lector del texto constitucional qué derecho constitucional está en vigor y cuál no. En los Estados Unidos, sin embargo, se escogió desde un primer momento el método de los artículos suplementarios (amendments), no favorecido en absoluto esta técnica la buena disposición y la claridad del texto constitucional. El artículo suplementario ni indica qué disposición constitucional ha sido enmendada, ni tampoco marca visiblemente la enmienda efectuada en el lugar del texto que ha sido modificado; así, pues, solamente se sabe si una proposición jurídica está en vigor cuando se tiene muy presente todos los artículos suplementarios, lo cual no es, en verdad, extremadamente difícil, ya que aparte del bien conocido Bill of Rights no existen más de trece”. LOEWENSTEIN, KARL, Op. Cit. Pag. 185

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

Ahora procedemos a analizar dicho precepto. En primer lugar, cabe mencionar que México es un sistema bicameral. El Congreso de la Unión se encuentra conformado por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores<sup>45</sup>, de acuerdo al Artículo 50. Siguiendo la hipótesis de que en ese momento se encuentren presentes todos los legisladores, en la Cámara de Diputados se requiere que 333 diputados voten a favor de la Reforma, y en la Cámara de Senadores, voten 85.

En un segundo momento, no menos importante participan las Legislaturas de las Entidades Federativas, en virtud de que México tiene un sistema Federal; su procedimiento de reforma se inspira en el procedimiento Norteamericano. Consideramos que es ésta la máxima garantía Federal para las Entidades, ya que es el momento en que ellas participan directamente en la transformación de su Constitución, y a la vez están ratificando su pacto, porque sería inconcebible una Constitución Federal, que en el procedimiento de reforma se les excluyera del mismo. En esta situación se encontraron los norteamericanos al momento de definir si constituían una confederación o una federación; al final, optaron por esta última, influenciados principalmente por Hamilton, Madison y Jay<sup>46</sup>, quienes en el año 1787 defendían esta forma de Estado en sus importantes publicaciones para un periódico en Nueva York. Los tres estaban de acuerdo en que ésa era la única forma en que podrían subsistir las colonias norteamericanas.

La base principal del sistema federal no es sólo la distribución de competencias, sino es el nivel de participación de las entidades federativas en la formación de decisiones, de manera que puede no importar que el gobierno federal o nacional, tenga más o menos competencias, lo importante es que en las decisiones más importantes participen en forma adecuada las entidades federativas.

---

<sup>45</sup> La Cámara de Diputados se encuentra compuesta por 500 diputados, 300 de elección directa y 200 por representación proporcional. Mientras tanto la Cámara de Senadores se conforma por 128 senadores.

<sup>46</sup> HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES, JAY, JOHN, *The Federalist*, University of Texas, Estados Unidos de Norteamérica, 1974.

## ALEJANDRO WONG MERAZ

Es en este momento de la reforma constitucional en el cual todas las entidades participan en un plano de igualdad, porque es en la Constitución el lugar en que reside el pacto y la voluntad de seguir unidos. De ahí, que es tan importante que participen directamente en la elaboración de esta voluntad política.

Carl Schmitt, en este mismo sentido, establece, la importancia de las entidades federativas en el procedimiento de reforma, ya que la Constitución se apoya en un acuerdo o pacto, y la base jurídica de su validez es la voluntad política de los federados y la existencia de la federación que descansa en esa voluntad. La federación es un status total que abarca el de cada uno de los estados miembros<sup>47</sup>. Para Schmitt lo importante es la posibilidad que tienen los Estados de elegir por virtud de decisión propia, el modo y forma de existencia.

En México, las entidades federativas cobran tal importancia que inclusive, en el momento en que van a ser objeto de una reforma que afecte su territorio, y ella no esté de acuerdo, el procedimiento de reforma se hace más rígido, en virtud de que será insuficiente el voto de la mitad de las legislaturas locales, en este caso para aprobación de la reforma<sup>48</sup> se requiere una mayoría calificada, esto de acuerdo con el artículo 73 fracción III de nuestra Carta Magna.

### III. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Como hemos comentado en la parte anterior, en México, la reforma constitucional ha sido el procedimiento más utilizado para adecuar la Constitución a su realidad. Sin embargo, la realidad política que se está viviendo en el país, nos hace pensar que la mutación constitucional va a cobrar gran importancia, en virtud de que actualmente, ningún partido político cuenta con el número de representantes requerido en las dos Cámaras del Congreso de la Unión ni en las legislaturas de las entidades federativas para la reforma constitucional. La falta de acuerdos y consensos entre los

---

<sup>47</sup> SCHMITT, CARL, Op. Cit. Pag. 87

<sup>48</sup> CARPIZO, JORGE, *Estudios Constitucionales*. Op. Cit. Pag. 129-130

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

partidos políticos, ocasiona que difícilmente se puedan llevar a cabo las reformas constitucionales estructurales que requiere la Constitución para ir adecuándose a su realidad.

A pesar de que la reforma constitucional ha sido el procedimiento predominante, la figura de la mutación no ha estado ajena al ámbito constitucional mexicano, puesto que la Constitución ha sufrido varias mutaciones importantes a lo largo de su historia.

Es necesario entender la realidad política que México está viviendo, para lo cual, seguimos a Herman Heller<sup>49</sup> cuando propone que toda descripción e interpretación de la realidad política, depende de criterios según los cuales se seleccionan los hechos adecuados e importantes para la descripción del fenómeno de que se trate.

Lucas Verdú afirma que las modificaciones constitucionales expresas, al exigir que se superen los obstáculos técnicos impuestos por la rigidez constitucional, impiden que realidades políticas se abran camino, a pesar de que cuando su necesidad es realmente apremiante, y que se retrasen los efectos que se buscan urgentemente. Por otra parte, el problema se agudiza cuando las fuerzas políticas se enfrentan, y anteponen sus intereses partidarios a las necesidades reales del país, lo cual provoca que prevalezca la permanencia al cambio, y se ignora “la perpetua dialéctica permanencia-cambio que caracteriza a toda Constitución vital que dura porque cambia y cambia para durar”<sup>50</sup>.

#### 1. Objeto de la Mutación Constitucional

La mutación constitucional, al igual que la reforma constitucional, obedece a requerimientos políticos y a urgencias históricas, donde se trata de producir el acoplamiento entre la normativa jurídica y la siempre cambiante realidad política.

Hsu Dau-Lin, en este sentido, afirma que es claro que la mutación constitucional y la reforma constitucional son términos, en

---

<sup>49</sup> HELLER, HERMAN, Op. Cit. Pag. 19-20

<sup>50</sup> LUCAS VERDÚ, PABLO, *Curso de Derecho Político, Volumen IV*, Tecnos, Madrid, 1984. Pag. 145

ALEJANDRO WONG MERAZ

cierta manera, complementarios y, a la vez, excluyentes, en virtud de que en la medida en que un ordenamiento se ve sometido a reformas continuas, la mutación no aparece; a la inversa, en la medida en que no se recurre a la reforma, inevitablemente aparece la mutación constitucional<sup>51</sup>.

La importancia de las mutaciones constitucionales se encuentra en que a la vez que respetan la letra, y aun el espíritu de la Constitución, se logra integrar al texto constitucional la realidad política cambiante. Así, la Constitución no se quebranta escandalosamente, se abrevia su modificación y con ello se resuelven, más eficaz y rápidamente, las exigencias político-sociales del momento<sup>52</sup>.

Es Herman Heller quien establece que no pueden analizarse por separado lo dinámico y lo estático, ni la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser<sup>53</sup>. La normatividad y la existencialidad (normalidad) no son para el Estado cosas opuestas, sino condiciones recíprocas<sup>54</sup>. La normatividad no se establece por sí sola, debido a que para su efectividad se requiere que exista necesidad de la misma. De acuerdo con este autor, las normas jurídicas exigen una normativa consciente, se busca el deber ser, porque la normalidad requiere ser reforzada por la normatividad<sup>55</sup>.

Para Heller, la Constitución normada no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado, sino que, para su validez, precisa siempre ser completada por elementos extra jurídicos, como la aceptación por parte de aquellos a quienes la norma se dirige y la observan<sup>56</sup>. Este autor asienta que los preceptos pueden sufrir una evolución gradual y, no obstante, permanecer inmutable el texto del precepto constitucional, a pesar de que su sentido experimenta una completa revolución. Tal cambio

---

<sup>51</sup> DAU-LIN, HSU, *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1984. Pag. 30

<sup>52</sup> LUCAS VERDÚ, PABLO, Op. Cit. Pag. 145

<sup>53</sup> HELLER, HERMAN, Op. Cit. Pag. 269

<sup>54</sup> Ibidem. Pag. 212

<sup>55</sup> Ibidem. Pag. 270

<sup>56</sup> Ibidem. Pag. 274

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

de significación del precepto jurídico se realiza gracias a los principios jurídicos cambiantes, que vienen a ser la puerta por la cual la realidad penetra a diario en la normatividad. Así se hace posible el permanente acoplamiento de la normatividad respecto a la normalidad, y puede, en esta forma, concebirse a la Constitución total del Estado como forma que en su existencia se desarrolla<sup>57</sup>. Esta es, en sí, la esencia de la mutación constitucional.

La Constitución normada jurídicamente es completada por normas no jurídicas, pero éstas, a la vez, se pueden encontrar en oposición a ellas, y esta normalidad se puede revelar más fuerte que la normatividad<sup>58</sup>, lo que constituiría una mutación constitucional. El orden normativo de un Estado por total que sea, nunca podrá absorber toda la realidad social y eliminar su fuerza productora de derecho. Es justamente en este aspecto en el cual la reforma constitucional y la mutación constitucional tienen muchas veces el mismo contenido, y sólo pueden ser diferenciadas por el carácter estatal de creación y aseguramiento que acompaña a la reforma constitucional<sup>59</sup>.

<b>Relación entre norma y realidad</b>				
El derecho constitucional y su validez				
Congruencia entre norma y Realidad: validez del Derecho Constitucional		Incongruencia entre norma y realidad: mutación de la Constitución		
La realidad sigue a la norma: validez normal del derecho constitucional	La norma sigue a la realidad: reforma de la Constitución	Realidad sin norma: practica que formalmente no viola a la Constitución	Norma sin realidad: imposibilidad de ejercer derechos estatuidos por las normas	Norma con realidad: relación incorrecta entre ambas

60

<sup>57</sup> HELLER, HERMAN, Op. Cit. Pag. 277

<sup>58</sup> Ibidem. Pag. 278

<sup>59</sup> Ibidem. Pag. 205

<sup>60</sup> DAU-LIN, HSU, Op. Cit. Pag. 31

## ALEJANDRO WONG MERAZ

En este mismo sentido, Smend considera que el Estado se encuentra enmarcado dentro de una realidad dinámica, con factores siempre cambiantes, y ordenamientos en constante flujo; el Estado es real en la medida en que se actualiza o se reproduce continuamente<sup>61</sup>. Este autor denomina integración a este proceso cambiante, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, en virtud de que éste existe únicamente a causa de y en la medida en que se halla en este proceso de auto-integración, que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo<sup>62</sup>.

Como consecuencia de que el Estado no limita su vida sólo a aquellos momentos de la realidad contemplados por la Constitución, para tener una vigencia efectiva en la vida política, la Constitución ha de tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente. Por su propia naturaleza, la Constitución no tiende a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y del proceso integrador<sup>63</sup>.

Las Constituciones tienen una comprensión global de la regulación y de los fines constitucionales, y estos fines son posibles por la capacidad transformadora y supletoria de la Constitución, que dejan libre el camino a la propia dinámica constitucional. Por tal motivo, consideramos que, como consecuencia de esta dinámica en la que se encuentra el Estado en sus procesos de integración, la normatividad de la Constitución no logra seguir el mismo ritmo que la normalidad; y da como resultado que la Constitución se encuentre en una mutación constante.

Para Kelsen, la referencia de la norma al hecho, del deber ser al ser, se encuentra implícita en el concepto de positividad<sup>64</sup>, ya sea que la realidad siga a la norma (validez del Derecho Constitucional), o que la norma siga a la realidad (reforma constitucional). Este autor entiende que una Constitución es el fundamento de las normas

---

<sup>61</sup> SMEND, RUDOLF, Op. Cit. Pag. 57

<sup>62</sup> Ibidem. Pag. 63-65

<sup>63</sup> Ibidem. Pag. 133

<sup>64</sup> KELSEN, HANS, *Teoría General del Estado*, 15ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1979. Pag. 327

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

jurídicas siempre cambiantes (por lo cual necesitan reformas). A diferencia de Smend, Kelsen considera que la interacción de la Carta Magna con la realidad, es dudosa; puesto que, aunque el procedimiento de reforma establecido en la Constitución sea muy rígido, éste es la única forma en que ella debe ser renovada para ponerla de acuerdo con las necesidades del tiempo<sup>65</sup>. Sin embargo, Kelsen sí acepta la mutación constitucional en lo referente a los distintos significados que se le deben dar a las palabras de la Constitución cuando entran en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible<sup>66</sup>.

Para Karl Loewenstein, la Constitución manifiesta el equilibrio entre las fuerzas sociales, en busca de una mutua acomodación de sus intereses<sup>67</sup>. No obstante, esta situación de equilibrio es temporal, ya que se encuentra en constante cambio. Por tanto este autor afirma, que un Ordenamiento constitucional ideal nunca ha existido y jamás existirá, porque una Constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras<sup>68</sup>.

Esta situación la tenemos cuando las relaciones políticas, sociales, económicas y culturales producen una transformación en la realidad de la configuración del poder político, sin que quede actualizada dicha transformación en la Constitución: el texto constitucional permanece intacto y nos encontramos frente a una mutación constitucional<sup>69</sup>. De esta manera la Constitución se adecua a las nuevas realidades en interés de un desarrollo del proceso político.

En este mismo sentido, Schmitt identifica a las mutaciones constitucionales, donde “todas estas tendencias pueden hacerse

---

<sup>65</sup> KELSEN, HANS. Op. Cit. Pag. 327

<sup>66</sup> Ibidem. Pag. 332.

<sup>67</sup> LOWEINSTEIN, KARL, Op. Cit. Pag. 163

<sup>68</sup> Ibidem. Pag. 164

<sup>69</sup> Ibidem. Pag. 165

ALEJANDRO WONG MERAZ

efectivas en la realidad política con diferente fuerza en las distintas épocas, y hacer aparecer a una nueva luz el texto de la ley constitucional sin modificar su letra<sup>70</sup>. Aquí Schmitt, a diferencia de Kelsen, establece que no puede haber cambio de significación, porque en la regulación constitucional están desde el comienzo, como posibilidad, las diversas significaciones. Schmitt establece que las mutaciones se pueden dar, pero no en el significado, ya que siempre va a ser la misma dirección política<sup>71</sup>.

Mortati, establece que el estudio de la Constitución sólo puede darse con referencia a un momento determinado del desarrollo histórico<sup>72</sup>; ya que la realidad jurídica no podemos estudiarla en dos planos distintos, que no se interfieren entre sí, sino que permite considerar esta realidad jurídica armónicamente, en su conjunto, en el momento preciso que se está evolucionando<sup>73</sup>. Es la Constitución, la que marcará el principio directivo a las fuerzas capaces de la acción de impulso, sin embargo este principio directivo no puede ser ni tan rígido como para impedir las adaptaciones necesarias al cambio de las situaciones de hecho, ni tan elástico como para prejuzgar el reconocimiento de su identidad en el mudar de las fases de su desarrollo; y, por tanto, debe ser capaz de reunir, armonizándolos, el elemento estático con el dinámico, el factor de creación con el de ejecución siempre con el mismo fin político de la Constitución<sup>74</sup>.

Es precisamente la correspondencia de esta acción con los valores que se encuentran en la Ley Fundamental, la que permite una organización en la adecuación de los comportamientos individuales, en busca del fin que persigue la Constitución, entendiendo el fin propio de toda forma histórica de Estado, es decir, la idea fundamental, la tendencia animadora del ordenamiento que precede las acciones concretas dirigidas a realizarlas, y condiciona

---

<sup>70</sup> SCHMITT, CARL, Op. Cit. Pag. 331

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> MORTATI, CONSTANTINO, *La Constitución en Sentido Material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Pag. 11

<sup>73</sup> Ibidem. Pag. 37

<sup>74</sup> Ibidem. Pag. 220

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

el desarrollo unitario<sup>75</sup>.

El fin político, en cuanto incorporado en una institución estatal, no sólo no pertenece a un estado prejurídico, sino que, formando la esencia misma de la Constitución, se convierte en la primera fuente del derecho del Estado<sup>76</sup>. Para Mortati, en relación con la mutación constitucional, ésta se encuentra justificada mientras esté en busca de ese fin político que establece la Constitución.

## 2. Conceptualización

En términos generales cabría entender como mutación constitucional a las modificaciones no formales del ordenamiento constitucional, aquellos cambios operados en el mismo conjunto normativo, sin seguir el procedimiento de reforma en la Constitución.

Fueron los alemanes a finales del siglo XIX y principios del XX<sup>77</sup>, establecen la distinción entre Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal. En este contexto, se formula el término de mutaciones constitucionales para describir el cambio de significado o sentido de la Carta Magna sin que vea alterada su expresión escrita.

Los primeros autores en analizar este fenómeno fueron Laband y Jellinek, realizando la distinción entre reforma constitucional (Verfassungsänderung) y mutación constitucional (Verfassungswandlung).

Laband, se plantea el problema de la mutación desde que constata que la Constitución puede transformarse fuera de los mecanismos formales de reforma a pesar de ser Ley (Gesetz) que debe dar continuidad y estabilidad al derecho en cuanto codificación

---

<sup>75</sup> MORTATI, CONSTANTINO, Op. Cit. Pag.102

<sup>76</sup> Ibidem. Pag. 122

<sup>77</sup> SÁNCHEZ URRUTIA, ANA VICTORIA, "Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto", en *Revista Española en Derecho Constitucional*, N° 58, Enero-Abril, Madrid, 2000. Pag. 105

ALEJANDRO WONG MERAZ

de lo más fundamental<sup>78</sup>.

Este autor destaca que aunque las Constituciones son normas jurídicas en sentido estricto, la acción del Estado puede transformarlas sin necesidad de su modificación formal. Así, observa que cuando se procura un conocimiento preciso y definido de la Constitución se encuentra por un lado, que contiene disposiciones numerosas de significado subordinado y pasajero, de escaso interés para la mayoría de la población, y por otro que, que la esencia real del derecho del Estado plasmada en la Constitución puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional altere su redacción inicial.

Jellinek, hace referencia a las mutaciones constitucionales después de observar que la rigidez constitucional, en muchos casos, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución<sup>79</sup>. Este autor, al igual que Laband, sostiene que una teoría sobre los factores creadores del derecho que existen juntos y que están por encima del legislador, es un medio para entender la problemática del derecho político, a esos factores o fuerzas creadores del derecho, hay que añadir las fuerzas que niegan o contrarrestan el derecho, de suerte que toda Constitución es resultado, tanto de factores creadores y al mismo tiempo es amenazada por fuerzas destructoras, es decir, está sometida a su interacción<sup>80</sup>.

El autor alemán<sup>81</sup>, indica que las leyes van perdiendo cierta efectividad como consecuencia de que la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que establece el legislador. En el momento en que este lado irracional no sólo significa una discordancia entre norma y realidad, sino que se puede volver en contra de la misma norma, el legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar, sin embargo frecuentemente se levantan, plenamente inadvertidos, contra el propio legislador,

---

<sup>78</sup> SÁNCHEZ URRUTIA, ANA VICTORIA, Op. Cit. Pag. 105-106

<sup>79</sup> *Ibidem*, Pag. 106

<sup>80</sup> LUCAS VERDÚ, PABLO, Op. Cit. Pag. 164

<sup>81</sup> JELLINEK, GEORG, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Op. Cit. Pag. 6

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

llegando incluso a sustituirle.

Jellinek logra dar su concepto de mutación constitucional, una vez que se ha logrado puntualizar que pueden existir distintos factores creadores del derecho. Para ello, define en primera instancia a la reforma constitucional como la “modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas; y a la mutación constitucional, como la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente y se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”<sup>82</sup>.

Para este autor, la reforma constitucional se da por la intención que contiene el acto, puesto que la forma en que la Constitución se adecua a su realidad, es por medio del procedimiento establecido en ella. Mientras tanto, la mutación constitucional, puede ser una modificación de la Constitución carente de la intención para modificarla, ya que tal modificación no se está realizando por el mecanismo propio de la Constitución.

Siguiendo con el significado de la mutación constitucional, Jellinek, afirma que ésta puede ser provocada por distintos actores, ya que puede ser por una práctica parlamentaria, administrativa, gubernamental o de los tribunales; como consecuencia de que los límites de la Constitución, así como los de la ley, son siempre inciertos y no hay garantía de que leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo un cambio de la Constitución no deseado o, por lo menos, no pretendido explícitamente<sup>83</sup>. Esto origina que lo que en un tiempo pareciera inconstitucional, surge mas tarde conforme a la Constitución y así ésta sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación constitucional.

El autor que más ha estudiado el fenómeno de la mutación constitucional, es Hsu Dau-Lin, discípulo de Smend. Este autor establece un concepto de mutación constitucional, diciendo que se

---

<sup>82</sup> Véase a JELLINEK, GEORG, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Op. Cit. Pag. 7

<sup>83</sup> Ibidem. Pag. 16

ALEJANDRO WONG MERAZ

trata de “la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro. La realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas, ya que existe una tensión entre la constitución escrita y la situación real”<sup>84</sup>.

Hsu Dau-Lin, analiza su concepto desde la doble naturaleza de la Constitución, al establecer que pueden existir mutaciones en sentido formal y material. La mutación constitucional en sentido formal, es cuando las normas positivas de una constitución escrita ya no guardan congruencia con al situación real, y surge una diferencia entre el derecho escrito y el efectivamente válido<sup>85</sup>.

La mutación constitucional en sentido material, es cuando esta realidad está en contradicción directa con ciertas normas de la Constitución, o cuando formalmente ni siquiera toma contacto con el texto constitucional.

Hsu Dau-Lin, al igual que Smend, afirma que la Constitución consiste en una regulación jurídica del Estado como totalidad vital y no significa la suma de normas jurídicas individuales y heterogéneas en una enumeración uniforme, entonces las mutaciones pueden surgir en diversas formas, puesto que el significado de la mutación constitucional ha de ser diferente en cada caso, la mutación constitucional en sentido material no es, necesariamente a la vez, una mutación en sentido formal.

Este autor finaliza con el concepto de mutación constitucional, al establecer que hay mutaciones constitucionales permitidas y exigidas por la Constitución, son, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por ella de manera ideal; y hay mutaciones constitucionales, que no son intencionadas por la Constitución, sin embargo éstas no pueden impedirse ni suprimirse ya que siguen sus propios caminos, son “constelaciones de la política y de la vida real del Estado”. La mutación constitucional no hace distinción entre normas o institutos jurídicos rígidos o flexibles, éstos siempre serán propensos a sufrir

---

<sup>84</sup> DAU-LIN, HSU, Op. Cit. Pag. 30

<sup>85</sup> Ibidem. Pag. 169 ss

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

mutaciones<sup>86</sup>.

La explicación de la mutación formal y material es idéntica: se apoyan en la peculiaridad axiológica del derecho constitucional; en la insuficiencia de las normas constitucionales frente a las necesidades vitales del Estado, en su normativización elástica, en la naturaleza teleológica del Estado, en la autogarantía de la Constitución y en la imposibilidad de fiscalizar los órganos supremos del Estado<sup>87</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

En México, la reforma constitucional ha sido la forma principal por la cual la Constitución se ha ido adecuando a su realidad, debido a que fue fácil reformarla en la realidad al contar un solo partido político con los votos necesarios para ello. No obstante, la mutación constitucional día con día cobrara mayor importancia.

Consideramos que las reformas constitucionales de 1977 y de 1994 son las dos modificaciones políticas estructurales más importantes que se le han hecho a la Constitución de 1917. Estas dos reformas constitucionales se llevaron a cabo en momentos en los que el país se enfrentó a sus dos crisis políticas más importantes y, esta logró adecuarse a la nueva realidad, evitando de este modo, su propia destrucción o graves conflictos político-sociales.

La reforma constitucional se convierte en una necesidad política porque la realidad de un Estado se encuentra en transformación permanente, lo cual se debe no sólo a la propia dinámica del conjunto, sino también al hecho de que las constituciones no son estáticos, responden a fines y valores que han de ser también continuamente actualizados. En otras palabras, tal y como se desprende de este ensayo, la Constitución constituye un duelo dialéctico entre el ser y el deber ser, entre la realidad y la norma.

La reforma constitucional conjuga el elemento político y el jurídico, es por medio de ella que se unen con mayor intensidad,

---

<sup>86</sup> DAU-LIN, HSU, Op. Cit. Pag. 175

<sup>87</sup> Ibidem. Pag. 176

ALEJANDRO WONG MERAZ

adquiriendo la norma producida por la reforma una carga política indiscutible, que tiene por finalidad la preservación y consolidación de la continuidad constitucional de la obra del Poder Constituyente.

Dicha institución es el mecanismo final, la garantía última de la efectividad constitucional, entendiendo que tal efectividad se realiza en la medida en que la Constitución despliega sus dos caracteres básicos: normatividad y supremacía, porque, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con la realidad, lo que impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica alguna. La reforma de la Constitución, lejos de representar un instrumento de deterioro, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

No obstante, la reforma no puede, de ninguna manera, modificar los valores básicos o principios fundamentales que componen la esencia política de la Constitución; si lo hiciera, implicaría no sólo la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional, esto sería un claro ejemplo del Fraude a la Constitución.

Las constituciones tienen una comprensión global de la regulación y de los fines constitucionales, y son solamente posibles por su capacidad transformadora y supletoria, que dejan libre el camino a la propia dinámica constitucional, por tal motivo debemos encontrar ese equilibrio.

Las figuras de la reforma constitucional y la mutación constitucional a la vez que complementan, a la vez se excluyen, ya que en la medida en que un ordenamiento se vea sometido a reformas continuas, la mutación dejara de tener sentido; y a la inversa, en la medida en que la reforma se contempla con recelo y no se recurre a ella, proliferan las mutaciones constitucionales. Estas van a ser las formas en que una constitución se adecua a su realidad.

En la actualidad la mutación constitucional tiene posibilidad de presentarse en el escenario político mexicano con más frecuencia debido a la actual conformación política del sistema de partidos políticos, que ha dificultado el consenso y acuerdos entre ellos. Esto

LAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN  
MEXICANA DE 1917

ha tenido como consecuencia el aumento de la tensión entre las normas constitucionales y la realidad constitucional. La realidad exige adecuaciones a situaciones nuevas para superar problemas presentes y futuros.

**BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV., *Gobernabilidad democrática: ¿qué reforma?*, coordinadores Manuel Camacho Solís y Diego Valadés, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- AA.VV., *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- AA.VV., “¿México: Nuevo Constituyente o Reforma Constitucional?”, en *Derecho y Cultura*, N° 2, México 2001.
- BRYCE, JAMES, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CABO MARTIN, CARLOS de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2002.
- CARPISO, JORGE, *Estudios Constitucionales*, 3ª ed., Porrúa, México, 1991.
- *Temas Constitucionales*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003.
- DAU-LIN, HSU, *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1984.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, Y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 4ª ed., Porrúa, México, 2005.
- HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES, JAY, JOHN, *The Federalist*, University of Texas, Estados Unidos de Norteamérica, 1974.
- HELLER, HERMAN, *Teoría del Estado*, 9ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- JELLINEK, GEORG, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALEJANDRO WONG MERAZ

- *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Estado*, 15ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1979.
- LOWEINSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1986.
- LUCAS VERDÚ, PABLO, *Curso de Derecho Político, Volumen IV*, Tecnos, Madrid, 1984.
- MERINO, MAURICIO, *La transición votada, Crítica a la interpretación del cambio político en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- MORTATI, CONSTANTINO, *La Constitución en Sentido Material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, *La Reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- SÁNCHEZ URRUTIA, ANA VICTORIA, “Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 58, Enero-Abril, Madrid, 2000.
- SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- SIEYES, EMMANUEL J. *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
- SMEND, RUDOLF, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- VALÁDES, DIEGO, *El Control del Poder*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000.
- VEGA GARCIA, PEDRO de, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

# Centro de Investigación Jurídica

Tecnológico de Monterrey

Campus Chihuahua



TECNOLÓGICO  
DE MONTERREY.