

179
24



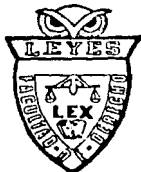
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS
GARANTIAS INDIVIDUALES Y EL ARTICULO
4o. CONSTITUCIONAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE MARIO CORONA CAUDILLO



MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

" LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y EL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL ".

	PAG.
INTRODUCCION.	
CAPITULO PRIMERO.	
TEORIA GENERAL DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.	
A) POSTURAS EN TORNO A LA NATURALEZA DEL DERECHO SUBJETIVO.	1
a) Tesis de Ihering.	3
b) Tesis de Windscheid.	7
c) Tesis de Jellinek.	14
d) Tesis de Del Vecchio.	16
e) Tesis de Hans Kelsen.	19
f) Tesis de Recaséns Siches.	23
B) OPINION PERSONAL.	27
C) CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO.	37
D) CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.	41
CAPITULO SEGUNDO.	

NATURALEZA JURIDICA Y CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS
INDIVIDUALES.

A) GARANTIAS INDIVIDUALES Y DERECHOS DEL HOMBRE.	54
a) Derecho Natural y Iusnaturalismo.	66
b) Derecho Positivo y Iuspositivismo.	72
c) EL Texto del Artículo 1o. de la Constitución Mexicana del 1857 y la Postura que Adoptó el Constituyente.	80
d) El Texto Actual del Artículo 1o. de la Constitución General de la República y el Origen Formal de las Garantías Individuales.	86
B) DEFINICION DE GARANTIA INDIVIDUAL.	87
C) ELEMENTOS DE LA DEFINICION.	89
a) Sujetos de la Relación.	91
b) Sujeto Activo.	96
c) Sujeto Pasivo.	98
d) El Objeto.	99
e) La Fuente.	105
D) CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.	106
E) JURISPRUDENCIA.	110

CAPITULO TERCERO.

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES E HISTORICOS DEL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL.

- A) LA IGUALDAD JURIDICA ENTRE EL VARON Y LA MUJER.
- B) LA PROTECCION, ORGANIZACION Y DESARROLLO DE LA FAMILIA.

C)	EL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA SOBRE EL NUMERO Y ESPACIAMIENTO DE LOS HIJOS.	
a)	Fecha de la Reforma.	120
b)	Texto Derivado de la Reforma.	120
c)	Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.	121
D)	LA PROTECCION DE LOS MENORES.	
a)	Fecha de la Reforma.	127
b)	Texto Derivado de la Reforma.	128
c)	Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.	128
E)	EL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD.	
a)	Fecha de la Reforma.	133
b)	Texto Derivado de la Reforma.	134
c)	Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.	134
F)	EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA.	
a)	Fecha de la Reforma.	143
b)	Texto Derivado de la Reforma.	144
c)	Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.	144
G)	INICIATIVAS QUE NO PROSPERARON.	150

CAPITULO CUARTO.

ANALISIS EXEGETICO DEL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL.

A)	LA IGUALDAD JURIDICA ENTRE EL VARON Y LA MUJER.	
	a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.	152
	b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.	154
B)	LA PROTECCION, ORGANIZACION Y EL DESARROLLO DE LA FAMILIA.	
	a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.	155
	b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.	156
C)	EL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA SOBRE EL NUMERO Y ESPACIAMIENTO DE LOS HIJOS.	
	a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.	159
	b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional	159
D)	EL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD.	
	a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.	167
	b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.	174
E)	EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA.	
	a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.	179
	b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.	182
F)	LA PROTECCION DE LOS MENORES.	
	a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.	184
	b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.	186

G) LA PROTECCION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.	
a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.	189
b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.	192
H) COMENTARIOS CRITICOS Y PROPUESTAS EN GENERAL.	193
CONCLUSIONES.	198
BIBLIOGRAFIA.	201

I N T R O D U C C I O N

El presente trabajo tiene como finalidad determinar si el artículo 4o. constitucional consagra o no verdaderas garantías en favor del gobernado. Para ello habrá de insistirse en el hecho de que no basta la simple proclamación de determinados ideales, fines o propósitos humanistas.

Si pretender conciliar teorías contradictorias, aspiramos a esclarecer si en el artículo 4o. constitucional materia del presente trabajo, se establecen derechos subjetivos públicos en favor del gobernado que pueda éste válidamente - hacer efectivos ante la autoridad obligada a respetar o reconocer tales derechos que otorga el Orden Supremo.

Consideramos que si bien ha habido al respecto opiniones opuestas que han provocado polémica, en la mayoría de los casos tales comentarios respecto del artículo 4o. constitucional han adolecido de imparcialidad. Se incurre en muchas ocasiones en extremos que van desde nexos partidistas hasta - - cuestiones filosóficas y problemas de interpretación. Una ma la redacción, sin embargo, es menos deleznable que apócrifos derechos que pretenden ser la pauta de un orden estatal precario.

En el presente trabajo se pretende definir el concepto de "garantía del gobernado", determinar sus elementos sustanciales, su fundamento teórico y jurídico, para enseguida cuestionar la existencia de las disposiciones contenidas en el artículo a estudio, y en su caso, si trasciende en efectivas garantías en favor del gobernado.

Para ello nos basamos en la confrontación de diversas posturas y teorías por demás irreconciliables que se expondrán en forma sucinta, al proceso evolutivo de las propias disposiciones en diversos paises y en el nuestro, principalmente.

En el capítulo primero de nuestro trabajo se analizan las más destacadas teorías en torno a la naturaleza de los derechos subjetivos, se estudia el concepto y los elementos que entraña para posteriormente hacer una clasificación de tales derechos de conformidad a diversos criterios.

El capítulo segundo de nuestra investigación comprende en síntesis una breve diferenciación entre las garantías individuales y los derechos del hombre, los conflictos entre las posturas naturalista y positivista, tratando de encontrar la tesis adoptada por nuestra Carta Magna en lo relativo al origen formal de las garantías del gobernao, la definición del concepto "garantía individual", sus elementos sustanciales, con una breve explicación de cada uno de ellos para concluir con una clasificación de las garantías constitucionales y - el criterio que en cuanto a su naturaleza ha prevalecido en diversas tesis de nuestro Máximo Tribunal.

En el tercer capítulo del presente trabajo documental se analizan los antecedentes de las prescripciones contenidas en el artículo en estudio en diversos paises y ordenamientos.

El capítulo cuarto comprende brevemente la exposición de motivos de las respectivas iniciativas de reformas y adiciones

ciones que han dado su contenido al artículo en estudio. Asimismo, se analiza brevemente la naturaleza jurídica de cada prescripción constitucional para concluir con una breve propuesta.

Esperando que el contenido del presente trabajo cumpla en alguna medida con la finalidad de esclarecer ciertas cuestiones que han vivido de antaño en la mente de diversos juristas y que aspiramos haber captado en su esencia y exponer -- con imparcialidad, en aras de contribuir a fundar un criterio firme con el cual se juzgue la causa de diversas disposiciones y los criterios que las sustentan en el orden existente.

CAPITULO I

"TEORIA GENERAL DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS"

A) Posturas en torno a la Naturaleza del Derecho Subjetivo:

En reiteradas ocasiones se ha conceptualado al Derecho Positivo como sistema orgánico de preceptos y de disposiciones destinadas a los miembros de un grupo social en orden a la realización de sus finalidades comunes fundamentales.

Las normas jurídicas tienen siempre como destinatarios a las personas que integran la sociedad. Tenemos el problema de aclarar en qué consiste la posibilidad que tienen las personas físicas y jurídicas de ser, de pretender y de actuar con referencia al sistema de normas jurídicas que rigen en un lugar y tiempo determinado, tal es el problema del derecho subjetivo.

El concepto del derecho subjetivo se vincula con una distinción antigua de origen latino entre "facultas agendi" y "norma agendi" en el sentido de que la norma jurídica, delimita objetivamente el campo social, en el cual el sujeto de la relación se halla facultado para pretender y para hacer aquello que la norma le atribuye.

El mérito del vetusto planteamiento del tema en términos de "facultas agendi" y de "norma agendi", consiste a pesar de sus deficiencias, en presentar al derecho objetivo y al derecho -

subjetivo como complementarios uno del otro, como si uno no pudiera ser concebido sin el otro.

Al derecho objetivo se le asigna el contenido de un conjunto de normas jurídicas vigentes. La referencia de esa norma o conjunto de normas a las relaciones de conducta de los hombres, exhibe a estas últimas como relaciones jurídicas. En esa relación jurídica de conducta la norma es el esquema de interpretación que discrimina el derecho subjetivo o facultad y el deber jurídico.

La expresión derecho subjetivo admite un sentido amplio (relación jurídica) y un sentido restringido (facultad jurídica), y en resumen puede decirse que mientras el derecho objetivo es la regulación de la conducta, el derecho, en sentido subjetivo, es la conducta regulada.

Como corolario de lo anterior debe aducirse, que el derecho es norma, que define específicamente una conexión entre sujetos en el vínculo doble y correspondiente de obligación y facultad, de deber y de pretensión. Si a la norma en que encarna el derecho la llamamos derecho objetivo o "norma agendi", - podemos llamar "facultas agendi" o derecho subjetivo a la facultad o pretensión. Dos dimensiones del derecho que es preciso no dar de lado, sino que es preciso integrar, mediante un análisis crítico sobre ellas.

Así es como cabe enfocar el problema: el derecho objetivo y el derecho subjetivo, no se excluyen ni se autolimitan, sino -- que configuran dos dimensiones, que requieren ser integradas.

El término facultad no es sinónimo de derecho subjetivo, si no que designa las modalidades de su ejercicio, como cuando se dice que el titular del mismo derecho de propiedad tiene la facultad de disponer de su objeto, de alquilarlo, de donarlo, de legarlo, etc. La facultad en sentido estricto es una forma de ejercicio del derecho subjetivo.

Estas preliminares afirmaciones suscitan ya varias cuestiones, y entre ellas, el debatido tópico de la naturaleza de los derechos subjetivos.

Muchas teorías han querido dar respuesta a este problema, y a continuación se analizarán las directrices fundamentales de aquellas que han influido en el desarrollo del pensamiento jurídico.

a) El Derecho Subjetivo como Interés. Tesis de Ihering.

La tesis del interés es desarrollada por Rudolph Ihering en su obra titulada: "El Espíritu del Derecho Romano", según la cual el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. Ihering distingue el elemento interno o interés y el elemento externo o protección que da el derecho a ese interés.

El concepto del interés comprende no sólo los valores patrimoniales, sino también los de carácter moral o espiritual.

En esta tesis el interés que entraña el contenido del derecho subjetivo es de naturaleza objetiva, debiéndose considerar como un interés medio, y entendiéndose por tal el predominante

en determinada colectividad.

Rudolf Von Ihering, apoya su tesis en una torva crítica a - la teoría de la voluntad diciendo en su obra ya citada con anterioridad con gran acierto, que "si la voluntad fuese el objeto del derecho ¿Cómo vendrían a tener derechos las personas -- sin voluntad?, ¿... porqué todas las legislaciones del mundo, - no solamente reconocen y protegen en los niños y los locos la parte puramente humana de la personalidad, el cuerpo y la vida, sino además les señalan salvo ligeras modificaciones, la misma capacidad patrimonial que a las personas dotadas de voluntad?. ...Decimos que el verdadero derechohabiente es el que puede pretender no querer, sino aprovecharse; la voluntad puede en rigor ser entregada a un tercero y puede paralizarse; la utilidad real no puede someterse a un tercero sin que el derecho -- mismo le alcance. El sujeto del derecho es aquél al que la -- ley destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra cosa que garantizar esa utilidad... .. los derechos no existen de ningún modo para realizar la -- idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines... .. el contenido de todo derecho consiste, pues, en un bien a cuya idea se unen las nociones de valor e interés. Cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos - derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador, que merece y reclama su protección". 1)

La teoría del interés incurre en opinión de Enrique Aftalión,

1) Aftalión R. Enrique. "INTRODUCCION AL DERECHO". Ed. El Ate-
neo., Buenos Aires, Argentina., 1956, pág. 230.

en su obra "Introducción al Derecho", en el error de no proyectar más que una falsa claridad, para saber si en un caso determinado hay o no derecho subjetivo, siendo decisivo en cada caso no ya si hay interés del sujeto, sino saber si se ha estimado en tal caso procedente conferir protección jurídica.

Consiste pues el derecho subjetivo en opinión del mismo autor ya señalado, "no en el presunto interés, sino en la protección jurídica. Si no existe protección jurídica no hay derecho subjetivo; sí, por el contrario, existe protección jurídica, no es necesario que el jurista entre a investigar si, además, en el caso concreto hay interés. Para la existencia del derecho subjetivo basta, pues, la "protección" jurídica, es decir, la norma". 2)

Es de hacerse notar, que la palabra interés --- tal como la utiliza Ihering --- alcanza un sentido amplísimo, comprensivo de todo lo que puede impulsar la conducta humana.

No es un concepto puramente psicológico ni económico. La tesis de Ihering infiere que los derechos subjetivos son establecidos por el legislador teniendo en cuenta los intereses -- presumibles de los individuos.

La doctrina del interés ha sido agrestemente criticada en forma similar a la de la voluntad, en virtud de que el interés y la voluntad constituyen dos formas del deseo, de tal manera que si el sujeto carece de voluntad, forzosamente carece de interés, aún cuando carezca de interés y no de voluntad. Incluso en casos de carencia de voluntad o desconocimiento del dere

2) Idem., pág. 232.

cho, en forma l6gica desaparece el inter6s no obstante lo cual, ambas doctrinas fallan por existir el Derecho Subjetivo en todos estos casos.

"... Con esto, Ihering desemboca en una concepci6n que, al igual que Windscheid con la suya, s6lo puede suscribir hasta sus 6ltimas consecuencias, negando el punto de partida: diferenciar esencialmente el Derecho Subjetivo del Objetivo...

... En efecto, "frente a la irrelevancia del inter6s individual concreto respecto de la norma jur6dica objetiva", los "intereses medios" no pueden ser sino los intereses protegidos -- por el derecho positivo en una 6poca y en un lugar determinados, porque resulta imposible precisar universalmente, es decir, de manera objetiva, otra clase de intereses generales y constantes en una sociedad, y porque los sujetos concretos del orden no poseen otros intereses que los individuales.- En consecuencia, el derecho subjetivo como inter6s medio jur6dicamente protegido, es la propia norma positiva en cuanto 6sta determina y protege id6ntico inter6s que aqu6l". 3)

Por otra parte Kelsen demuestra que el inter6s jur6dicamente protegido a que alude Ihering, no es otra cosa que la finalidad del orden jur6dico positivo para proteger determinados intereses medios, es decir, aqu6 ya no se cuestiona por el derecho subjetivo, por el derecho de ciertos sujetos concretos, sino por el derecho objetivo y su fin.

S6lo as6 se puede comprender lo que es incomprendible desde el punto de vista de una teor6a que mantiene separados el derecho subjetivo y el objetivo, a saber: que la cuesti6n --

3) Vallado Berr6n, Fausto "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO". Ed. Herrero., M6xico, 1961, p6g. 122.

decisiva para el proceso --- de averiguar si ha habido infracción de un derecho subjetivo (sólo quien se estima dañado en su interés puede presentar querrela o demanda y originar un proceso) queda contestada de modo exhaustivo, y sólo de ese modo puede serlo, averiguando si ha habido infracción del derecho objetivo. Sólo un hecho contrario al derecho objetivo es antijurídico.

b) El Derecho Subjetivo como Voluntad. Tesis de Windscheid.

Windscheid define al derecho subjetivo como una voluntad jurídicamente protegida, como un poder de la voluntad que es autorizado, reconocido y al cual protege el derecho.

Es una facultad que ha sido sancionada por la norma y convertida en voluntad jurídicamente superior, traduciéndose la voluntad del sujeto en un poder jurídico que obliga a los demás, o a un sujeto pasivo personalizado.

Esta teoría ha sido sustentada y expuesta por Bernard - - - Windscheid principalmente, y también por Rogmanosi, Rosimini y Wendt.

El concepto de derecho subjetivo como "poder o señorío de - voluntad conferido por el orden jurídico" ha sido severamente criticado, siendo preciso aclarar que Windscheid por voluntad entiende "la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado", con lo que el derecho subjetivo viene a ser en este pensador el propio derecho objetivo, en cuanto otorga facultades al sujeto designado por la norma, por lo que sin incurrir en contradicción alguna, podemos suscribir la tesis anotada

da, máxime cuando su mismo autor acepta que "el derecho objetivo puede ir asignando diferentes contenidos de voluntad, a las autorizaciones o pretensiones que caracterizan los derechos -- subjetivos". 4)

Windscheid trata de dar un nuevo giro a su doctrina aduciendo que la voluntad que manda en el derecho subjetivo es la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado, negando en esta forma la teoría de la voluntad su propio punto de partida, que intenta distinguir entre derecho objetivo y derecho subjetivo fundándose en la oposición entre la voluntad real psicológica del facultado por una parte y el ordenamiento jurídico por la otra.

Además el nuevo punto de apoyo resulta notoriamente frágil ya que la expresión "voluntad del orden jurídico" no deja de ser una metáfora.

"El orden jurídico es un sistema de normas, y las normas no tienen voluntad. La voluntad pertenece al reino del ser, su estudio corresponde a la psicología; el Derecho pertenece al reino del deber ser y su estudio es obra de una ciencia normativa, la dogmática jurídica.

Cuando en esta última se habla de "voluntad" jurídica, de voluntad de la ley, de voluntad del Estado, de voluntad de los contratantes o del delincuente, etc., se alude a algo totalmente diverso a lo que constituye tema de estudio de la Psicología. Esta última se ocupa de un suceso real - psicológico, cuya investigación empírica emprende en cada caso; la ciencia -

4) Rojina Villegas, Rafael. "INTRODUCCION Y TEORIA FUNDAMENTAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO". Ed. El Nacional., México, D.F., 1943, Tomo II, pág. 97.

del Derecho; en cambio, alude con el término "voluntad" a pu--
ras relaciones de imputación normativa. En el plano de las --
normas no hay nada parecido a la voluntad; hay solamente impu--
tación". 5)

"Para abonar lo que decimos, analicemos lo que ocurre en al
gunos casos en que se habla de "voluntad" en el derecho:

1) Voluntad de la ley: con esta locución se sintetiza la difun--
dida concepción según la cual la ley "quiere" que no se mate,
que no se robe, que se paguen las deudas, etc.

La palabra "voluntad" encierra una visión antropomórfica y
sensible, que facilita el manejo de estos conceptos, pero que
es inexacta. Las leyes no "quieren" nada, pues los únicos ca--
paces de voluntad psicológica son, en todo caso, los legislado
res que las dictan y los órganos que las aplican. Las mis--
mas situaciones se describen correctamente diciendo que una -
consecuencia jurídica debe ser, es decir, se encuentra imputa--
da a un antecedente.

2) Voluntad del orden jurídico. Voluntad del Estado.- Si nos
representamos en una unidad sistemática el contenido de todas
las normas válidas en un tiempo y lugar determinados, tendre--
mos el orden jurídico que rige a la comunidad en cuestión. Alp
ra bien, únicamente incurriendo en un proceso de interpreta---
ción antropomórfica --- similar al que hemos visto recién al -
hablar de la voluntad de la ley --- se hace posible considerar
como la voluntad del orden jurídico a este conjunto de normas.

5) Aftalión R. Enrique, ob.cit., pág. 360.

En un grado aún mayor de visión antropomórfica, se atribuye a una especie de persona supraindividual, de "macroanthropos", esto es, al Estado, esta "voluntad" del conjunto de normas.

3) Voluntad individual.- En el lenguaje jurídico, se interpreta como voluntad lo que no es sino el término de una imputación normativa. La consecuencia jurídica (y frecuentemente -- también el antecedente) son hechos humanos. Estos hechos son imputados por la norma a un sujeto (sujeto del deber, sujeto - del derecho) y, en consecuencia, se interpreta antropomórficamente como frutos de su voluntad.

Los hechos que constituyen el contenido de la norma jurídica son interpretados como frutos de la voluntad real psicológica de un sujeto, siendo así que, en verdad, solamente se trata de hechos que le son imputados a ese sujeto por la norma jurídica.

Supongamos un contrato. ¿Cómo puede sostenerse que las partes "quieren" (voluntad) todas las consecuencias jurídicas que acarrearán ese acto jurídico, siendo así que apenas se las representan y que hasta un jurista puede encontrar dificultades en determinarlas? Sin embargo, la ciencia jurídica --- aunque no hay voluntad en sentido real --- no tiene ningún empacho en atribuir dichas consecuencias a la "voluntad" de los contratantes. Por ejemplo, en el caso de que una persona se haya obligado por contrato a entregar una cosa, aunque la hipótesis de la cosa a entregar no haya entrado para nada en sus previsiónes, la norma --- en este caso, el artículo 580 del Código Civil --- establece que ese deterioro corre por cuenta del deudor, -

como si hubiere sido "querido" por él. Se pone aquí de manifiesto lo que hemos dicho: que bajo el nombre de "voluntad" se engloba sencillamente el hecho de que la norma imputa ciertas consecuencias jurídicas a una persona determinada". 6)

Se debe concluir diciendo que la expresión "voluntad jurídica" tiene un simple sentido metafórico, detrás del cual existe siempre una imputación normativa, por ello al suplantar esta teoría la voluntad psicológica individual por la "voluntad" -- del orden jurídico, deriva primordialmente hacia una postura -- normativista.

Esta doctrina, independientemente de las críticas que Kelsen ha formulado para eliminarla, con anterioridad se le ha considerado inadecuada desde los siguientes puntos de vista:

"a) Puede existir el derecho subjetivo, aún cuando no se -- quiera ejercitar en un momento dado. Es decir, es independiente de la voluntad del titular; b) los incapaces y las personas morales que carecen de voluntad en sentido psicológico, tienen no obstante derechos subjetivos; c) el desconocimiento o ignorancia de los derechos en un momento dado, no impide su existencia, por lo que resulta absurdo pensar en derechos subjetivos como poderes de la voluntad sin tener conciencia ni conocimiento de los mismos; d) existen derechos subjetivos irrenunciables, y por consiguiente ajenos a la voluntad del sujeto!"⁷⁾

Kelsen considera que los conceptos innumerables del derecho subjetivo no son más que variantes de dos tipos básicos en -- esencia, y sostiene que el mismo se define como interés jurídico

6) Vallado Berrón, Fausto, ob. cit., pág. 121.

7) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pág. 95.

camente protegido o como querer jurídicamente reconocido. "En ambos casos, el acento recae sobre un momento de protección o garantía; por lo cual no es el derecho como contenido autónomo sino su realización psíquica lo que viene en cuestión". Si para admitir la existencia del derecho subjetivo de alguien, lo único decisivo fuese el que la manifestación de su voluntad -- fundamentase el deber de otro, habría que admitir que el obligado poseía "un derecho" semejante a su propia conducta debida, en tanto que también la manifestación conforme a su voluntad era establecida por la norma jurídica general como condición de su deber". 8)

Sin embargo, para Kelsen el contenido del derecho subjetivo no se determina por la voluntad, en este sentido, la voluntad psicológica de un sujeto no tiene asignado un valor jurídico - hasta en tanto la norma jurídica establece que la voluntad de un sujeto podrá motivar el deber jurídico de otro, debiéndose decir en todo caso que la voluntad del ordenamiento jurídico - coincide con la voluntad del titular.

Considera Kelsen que en rigor la teoría de la voluntad al - permitir que una determinada manifestación de un deseo, produzca ciertas consecuencias de derecho, en realidad no hace otra cosa que actualizar el deber jurídico establecido en la norma. Es decir que el "llamado derecho subjetivo en cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del deber ser y la voluntad psíquica real de los hombres situados frente al - orden jurídico (como ser), se vió compulsada progresivamente a reconocer que la voluntad de que se hace mención en el concepto de derecho subjetivo no podía ser otra que la voluntad del Estado". 9)

8) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pág. 95.

9) Idem., pág. 97.

Por cuanto hace a identificar el derecho subjetivo como una mera manifestación de voluntad, el connotado maestro Recaséns Siches expone que "... según hice notar ya, no se trata de una cualidad real fenoménica, sino de una proyección del precepto jurídico, de una calificación normativa, que se deriva de éste, respecto de una determinada situación real. Esta calificación consiste en atribuir normativamente a una determinada situación de un sujeto una conducta correlativa en otro u otros sujetos. Entre los elementos de esta situación previstos en la norma, como condicionantes del derecho subjetivo, puede figurar --- y figura muchas veces --- una declaración de voluntad del sujeto; en cuyo caso será preciso que se produzca tal declaración para que se actualice el derecho subjetivo. Pero, - en cambio, otras veces, la norma atribuye derechos subjetivos, sin requerir declaración alguna de voluntad, ni siquiera simple acto de voluntad, como elemento necesario de la situación que los condiciona o fundamenta". 10)

En estos términos el mencionado tratadista expresa que el - derecho subjetivo dimana de la norma y no de otra realidad, y que es voluntad objetiva contenida en la norma la que determina los supuestos de hecho que condicionarán la existencia del derecho subjetivo, y en todo caso, la voluntad es mero condicionante que determina la actualización del derecho subjetivo, pero también existen correlativamente deberes jurídicos cuyo cumplimiento se impone sin que medie voluntad que los actualice, es decir, no se requiere instancia de parte y existe aún - el caso de que algunos se actualizan en contra de la voluntad del titular.

10) Recaséns Siches, Luis. "TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. Porrúa., México, D.F., 1959, págs. 234 y 235.

c) El Derecho Subjetivo como Interés y Voluntad. Tesis de Jellinek.

Como fusión de las doctrinas anteriores se creó la tesis -- que podría llamarse de la voluntad e interés jurídicamente protegidos.

Se debe a Georges Jellinek la definición de que el derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.

Este concepto adoleció de los mismos defectos que las tesis precedentes y recibió acerbas críticas como la siguiente: "Y -- si no es exacto definir el derecho subjetivo, ni como fenómeno de voluntad ni como realidad de interés, claro está que tampoco es admisible definirlo como ambas cosas a la vez, pues con ello se sumarían los errores de esas dos características equivocadas". 11)

Roberto de Ruggiero establece la distinción de las tesis -- que se analizan en los términos siguientes: un elemento formal constituido por el poder de la voluntad del sujeto titular, y el llamado elemento material, que se constituye por el fin en cuanto que representa una utilidad y es garantizado por el derecho objetivo.

El mismo Ruggiero aclara que el poder de la voluntad que -- menciona como elemento formal, no es el querer efectivo en sentido psicológico sino el poder de obrar conforme a la norma, -- que tutela y protege el derecho. "Es decir, el poder de volun

11) Idem., pág. 234.

tad de la norma jurídica concretizándose en un sujeto determinado. Concepto que ya Kelsen demostró es equivalente a afirmar que el derecho subjetivo como poder de voluntad abstracta (de la norma), no es otra cosa que el derecho objetivo representado por la misma norma, al subjetivizarse". 12)

El mismo autor italiano al referirse al elemento material - consistente en el fin de utilidad garantizado por el orden objetivo, acepta que no se trata de intereses meramente individuales, sino de los intereses que en un país determinado y en un momento histórico considera el derecho para tutelarlos en - cuanto se refieren a la satisfacción de exigencias humanas o - necesidades reales reconocidas como tales por la sociedad jurídica organizada, no siendo en consecuencia intereses arbitrarios forjados por cualquier particular encaminados a un fin privado.

Kelsen explica "... que el interés objetivo variable según el país y el momento histórico, no es otra cosa que el interés que constituye el contenido de la norma jurídica, es decir, el mismo derecho objetivo que en cada caso se va concretando en - un sujeto determinado, para proteger un conjunto de intereses que no son individuales, sino generales, que no son subjetivos sino objetivos, que en suma, son la misma norma jurídica imputada o referida a un sujeto determinado". 13)

"Por tanto, no tenemos por qué ver con repugnancia alguna - que el derecho subjetivo sea a un mismo tiempo voluntad normativa e interés jurídico, máxime si, como hemos visto, ambas - cualidades se disuelven íntegramente en la norma positiva, en

12) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pág. 99.

13) Idem., pág. 100.

el derecho objetivo, contemplado a través del sujeto facultado por el mismo, en el primer caso, y del interés objetivo, por el otro". 14)

Estas teorías contemplan en forma más adecuada, los casos de los incapaces (el feto, el menor y el insano), ya que en ellos se da por un lado, el titular del derecho a quien se atribuye el interés, y por otra parte el sujeto de la voluntad (el representante del incapaz) que debe poner su gestión personal, consciente y voluntaria, al servicio del incapaz, y en defensa de su interés.

d) El Derecho Subjetivo como Facultad Jurídica. Tesis de Del Vecchio.

Del Vecchio señala una cierta identidad entre derecho objetivo y derecho subjetivo, afirmando que no puede haber facultad como derecho subjetivo, sino en tanto que sea declarada en una norma, la que a su vez es para él una limitación de esa facultad.

"... La subordinación a la norma (o sea, el derecho objetivo) es pues, condición del derecho subjetivo: en cuanto la actividad de un sujeto está jurídicamente limitada, en tanto está protegida". 15)

Para este autor el derecho tiene dos momentos: el objetivo, como imposición o mandato, y el subjetivo, como garantía de libertad.

14) Vallado Berrón, Fausto, ob. cit., pág. 123.

15) Del Vecchio, Jorge. "FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. Bosch., - Barcelona, España., 1953, pág. 405.

"En el derecho subjetivo se encuentran siempre dos elementos: uno, es la posibilidad de querer y de obrar conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento interno, el otro, está constituido por la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Existe, pues, una posibilidad de exigir de otros el respeto, elemento al cual podemos denominar externo, porque se desenvuelve frente a los demás. Ambos elementos son necesarios para el concepto del derecho subjetivo, el cual no consiste simplemente en una posibilidad de hacer, porque no se confunde con la posibilidad física. Esta (la llamada libertad natural) es más amplia que la posibilidad jurídica, la cual, aunque más restringida, tiene, sin embargo, un valor infinitamente mayor, por cuanto que va acompañada de la existencia de respeto. Podemos, por tanto, definir el derecho subjetivo, teniendo en cuenta estos varios elementos que le son propios, como la facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros". 16)

"Ahora bien, no tenemos por qué oponer reparo alguno a la concepción de Del Vecchio acerca del derecho subjetivo, por cuanto lo considera como una facultad atribuida al sujeto designado por la norma, ya que lo primero sigue siendo aquí el derecho objetivo, que configura y aún limita tal facultad". 17)

Del Vecchio continúa exponiendo que mientras el derecho se respeta predomina el elemento interno, positivo, esto es, la facultad de hacer o de querer, la pretensión frente a los de--

16) Idem., pág. 406.

17) Vallado Berrón, Fausto, ob. cit., pág. 126.

más, existe en forma latente, en potencia. Pero consumada una violación o la amenaza de ella, que perturbe la esfera jurídica del sujeto, la exigencia que compete a éste, se afirma contra aquél que amenaza o comete la violación.

El derecho se hace valer, es decir, se defiende contra aquél que lo vulnera y la facultad que implica el derecho subjetivo de exigir como posibilidad jurídica, se actualiza.

El instrumento técnico del derecho en esta fase, consiste - en la posibilidad de poner en marcha el mecanismo de la protección judicial, o sea, en la acción o derecho armado que se defiende por sí mismo y se reafirma contra su negación.

"Concluyendo, reafirmamos que el derecho subjetivo es algo íntimamente conexo con el derecho objetivo. El derecho como facultad no existe sino en relación con una norma, pero la norma, a su vez, no es más que una delimitación de la facultad. - Así se supera la contradicción aparente por la cual el derecho, en su aspecto inmediato, se presenta como una composición, como un mandato, mientras que en sus efectos intrínsecos representa una garantía de libertad. Aquél es el momento objetivo, éste es el subjetivo. Pero ambos momentos se unen en la realidad y constituyen una sola cosa.

Después de todas estas consideraciones podemos definir más brevemente el derecho como: la coordinación de la libertad, bajo forma imperativa". 18)

18) Del Vecchio, Jorge, ob. cit., pág. 126.

e) El Derecho Subjetivo como Norma. Tesis de Hans Kelsen.

Sostiene Kelsen que el derecho subjetivo es en realidad la norma jurídica referida a un sujeto determinado. "Es decir, - que es el mismo derecho objetivo subjetivado; que como facultad, no es otra cosa que el reverso del deber jurídico del sujeto pasivo. O en otras palabras, que el derecho subjetivo es en realidad el deber jurídico contemplado desde el punto de -- vista del obligado". 19)

Atentos a la diferenciación entre derecho a la propia conducta y derecho a la conducta ajena, así como entre el derecho que se tiene sobre una cosa determinada, se deriva la distinción entre "jus in rem" (derecho a una cosa), y "jus in personam" (derecho de exigir que otro se conduzca en determinada -- forma), cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona implica necesariamente el deber jurídico de --- otra.

"No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin - el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del - 'deber de otro sujeto". 20)

Debemos afirmar de acuerdo con Hans Kelsen que el derecho - subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en - su relación con un determinado individuo designado por la misma norma, designación que es al mismo tiempo facultamiento en

19) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pág. 100.

20) Kelsen, Hans. "TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO". - Ed. UNAM., México, D.F., 1988, pág. 88.

cuanto hace depender su declaración de voluntad, la aplicación de la norma coactiva. Prosigue diciendo el maestro vienes que el denominado derecho subjetivo en cuanto facultad no es más - que una modalidad o una forma peculiar del derecho objetivo, - es norma, consistiendo esa modalidad en que el derecho pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada -- conducta ajena, como condición del deber de realizar la conducta que se exige, y en especial, como condición de realización del acto coactivo, y finalmente, quien está autorizado por la norma a manifestar su voluntad en tal sentido es, por solo esa razón, el titular del derecho subjetivo.

A mayor abundamiento, Kelsen responde a la interrogante de cuáles son las condiciones en que una persona tiene un dere-- cho subjetivo en los términos siguientes: "El contenido de la norma jurídica debe ofrecer la respuesta a tal interrogante, - así como a la cuestión precedente, que consiste en saber en -- qué condiciones una persona tiene un deber jurídico. El dere-- cho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma jurídica en relación con un individuo designado por la misma norma. El hecho de que ésta obligue a alguien a conducirse de cierta manera frente a otro, no implica que el último tenga derecho a la conducta del primero, es decir, la facultad jurídica de exigir le el cumplimiento de su obligación. Para poder constituir un derecho subjetivo en el sentido técnico de la palabra, aquella norma debe tener un contenido enteramente específico. El de-- ber jurídico ha sido definido como la norma jurídica en rela-- ción con el individuo cuya conducta constituye el acto violato río. Este individuo es el mismo contra el cual la sanción se dirige, o una persona que tiene cierta relación con el primero.

El derecho subjetivo debe ser ahora definido de acuerdo con un procedimiento análogo". 21)

Kelsen se opone tajantemente a la teoría que proclama la -- preexistencia del derecho subjetivo al derecho objetivo, y en su exacta opinión es incongruente afirmar que históricamente -- los derechos subjetivos existieron antes de que apareciera el Estado con un orden jurídico establecido, y que derivaban de -- la personalidad del individuo tanto como del respeto que era -- capaz de imponer, de tal manera que considerar el hecho de que el orden jurídico garantiza y configura derechos subjetivos pe ro no los crea resulta ambiguo porque al decir del maestro de Viena "... allí donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica". 22)

"... La definición de un derecho subjetivo como interés jurídico protegido, o como voluntad reconocida legalmente, vagamente expresa la intelección de este hecho. Mientras un -- derecho subjetivo no ha sido "garantizado" por el orden jurídico --- para usar la frase de Dernburg --- no es todavía tal de recho subjetivo. Llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico. Ello significa que el derecho -- objetivo y los subjetivos existen concomitantemente". 23)

El dar validez a la afirmación contraria conlleva necesariamente un enfoque político y no disgrega en la naturaleza del -- derecho positivo.

De total necesidad resulta traer a examen lo expuesto en la obra del autor analizado al tocar el tópico de la sanción y el

21) Idem., pág. 91.

22) Idem., pág. 93.

23) Idem.

derecho subjetivo como mecanismo de movimiento, al decir que - el derecho subjetivo es por lo tanto, la norma jurídica en conexión con el individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que se ejecute la sanción, siendo el sujeto de una - facultad jurídica el individuo cuya manifestación de voluntad encaminada hacia la imposición de la sanción constituye una -- condición de la sanción misma. Si se llamara al individuo a - quien el orden jurídico concede la posibilidad de presentar -- una demanda, actor potencial, habrá que decir que es al mismo tiempo el sujeto del derecho, y generalmente el otorgamiento - de esta posibilidad atiende al individuo en quien se presupone cierto interés en la sanción.

Si se concede tal posibilidad por el orden jurídico a un in dividuo, éste tiene en todo caso un derecho subjetivo, aún --- cuando en su caso concreto no exista tal interés, y por lo tan to no se desee la ejecución de la sanción.

"El derecho subjetivo no es el interés o la voluntad de la persona a quien pertenece, así como el deber jurídico no es el temor a la sanción o una constricción que pese sobre la mente del obligado. El derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, o sea el actor potencial ... o el indivi-- duo que éste jurídicamente representa". 24)

Por su parte el doctor García Máynez al comentar esta postu ra sostiene que Kelsen incurre en el error de identificar las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo, pues afirmar que el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en deter

(24) Idem., pág. 56.

minada relación con un sujeto, equivale a confundir los conceptos de norma y facultad.

El derecho subjetivo es una facultad de acción de acuerdo con el precepto y la regla normativa es el fundamento de tal facultad.

No debe confundirse el derecho subjetivo con el deber jurídico, que aunque siendo generalmente correlativos, tal correlatividad no es absoluta, y puede existir el deber jurídico sin el derecho subjetivo, rechazándose por consiguiente que todo derecho subjetivo sea el reverso de un deber jurídico y trayéndose como ejemplo a las obligaciones naturales, en las cuales existe el deber jurídico y el derecho subjetivo es relativo. - Es decir, por ejemplo, que el deudor tiene el deber de realizar la prestación o la abstención, como tal existe, supuesto que debe pagar, en cambio la facultad del acreedor es relativa, ya que tiene la autorización legal de recibir el pago, pero no la facultad de exigirlo coactivamente.

f) Postura de Recaséns Siches.

Para este eminente tratadista son tres "los distintos tipos de situaciones que suelen designarse con el nombre de derecho subjetivo: a) Conducta propia, jurídicamente autorizada y protegida, que viene determinada por el deber que los demás tienen de no realizar ningún acto que pueda perturbarla o hacerla imposible; b) Facultad de exigir una conducta de otro; c) Poder jurídico de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas". 25)

25) Recaséns Siches, Luis, ob. cit., pág. 230.

El derecho subjetivo para el citado autor no es un fenómeno de voluntad porque incluso se atribuyen tales derechos a personas que carecen de voluntad efectiva; y porque incluso a veces se otorgan dichos derechos subjetivos aún en contra de la voluntad de su titular.

No define al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido porque la esencia de tal derecho no radicaría en la realidad del interés sino en la especial protección jurídica otorgada al mismo.

En rigor rechaza eclecticismos y trasciende su criterio en considerar que "no se trata de una cualidad real, fenoménica, que se deriva de éste, respecto de una determinada situación real. Esta calificación consiste en atribuir normativamente a una determinada situación de un sujeto una conducta correlativa en otro u otros sujetos. Entre los elementos de esta situación previstos en la norma como condicionantes del derecho subjetivo, puede figurar --- y figura muchas veces --- una declaración de voluntad del sujeto; en cuyo caso será preciso que se produzca tal declaración para que actualice el derecho subjetivo. Pero, en cambio, otras veces, la norma atribuye derechos subjetivos, sin requerir declaración alguna de voluntad, ni siquiera simple acto de voluntad, como acto necesario de la situación que los condiciona o fundamenta". 26)

El derecho subjetivo no dimana de una especial realidad --- voluntad o interés --- sino de la norma, la cual puede establecer en cada caso los supuestos de hecho que determinen la existencia de un derecho subjetivo.

26) Idem., pág. 231.

Cabe señalar que los derechos subjetivos correlativos a los deberes jurídicos cuyo cumplimiento se impone oficiosamente no se hallan condicionados ni en su existencia ni en su actualización a declaración alguna proveniente del titular, y en suma, todas las manifestaciones del derecho subjetivo tienen un elemento común, en atención al cual, por virtud de la norma, una situación o conducta de un sujeto (el titular del derecho subjetivo) es un supuesto determinante de la existencia o actualización de deberes jurídicos en otros sujetos.

Las tres formas del derecho subjetivo son:

1) El derecho subjetivo como simple reverso material de un deber jurídico de los demás, impuesto por la norma con independencia de la voluntad del titular del derecho.

Equivale a decir que dentro de los límites que señala el orden jurídico se tiene el derecho a obrar libremente, sin ser impedido ni molestado por los demás.

" Para la actualización de estos derechos no precisa una especial declaración de voluntad por parte del titular, porque se hallan protegidos y garantizados activamente por la misma norma, mediante la acción del representante de la Ley, esto es, del Ministerio Público; ya que todo ataque contra tales derechos (sancionados penalmente) será perseguido, reprimido y responsabilizado de oficio sin necesidad de instancia de parte, y, en todo caso, aunque la parte interesada no quiera ejercer la reclamación, e incluso cuando quisiera que los entuertos no fuesen sancionados (por ejemplo, los ataques delictivos con-

tra la integridad física y contra la propiedad, son reprimidos y, en su caso, penados aunque la víctima perdona al agresor).

Si la persecución contra el ataque depende de la voluntad de la víctima, entonces ya el derecho subjetivo no pertenece a esta primera figura, sino a la siguiente". 27)

2) El derecho subjetivo como pretensión. "Consiste en la situación que, por virtud de la norma, ocupa una persona en -- una relación jurídica, de tener a su disposición la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del Estado.

Una persona es titular de un derecho subjetivo como pretensión, cuando el último grado de la actualización de un deber jurídico de otra persona está a disposición de la primera; es decir, cuando depende de la voluntad de la misma el imponer o no la coerción jurídica del Estado, o el no hacerlo.

La norma jurídica respecto de ciertas situaciones determina un deber para algunas personas, pero pone la ejecución forzada de este deber a la disposición de otra persona (a quien beneficia dicho deber), que es quien, por eso, figura como titular del derecho subjetivo como pretensión". 28)

El ejemplo al caso concreto sería el derecho que corresponde al acreedor prestamista para el caso de que no se cumpla el pago, de iniciar un procedimiento de imposición coercitiva contra el deudor.

27) Idem., pág. 236.

28) Idem., pág. 237.

3) El derecho subjetivo como poder de formación jurídica. "Consiste en la facultad que la norma atribuye a una persona - de determinar el nacimiento, la modificación o la extinción de ciertas relaciones jurídicas. En este sentido, se dice: que - el propietario de una cosa tiene el derecho de donarla, vender la, gravarla; que el acreedor tiene el derecho de traspasar su crédito a otra persona; que los mayores de edad o los emancipados legalmente tienen el derecho de celebrar todos los contratos lícitos; que a determinada edad y supuestas ciertas condiciones se tiene el derecho de contraer matrimonio, de otorgar testamento, etc., etc. En todos estos casos, la expresión derecho subjetivo se toma en el sentido de poder jurídico, es decir, de que la actividad del titular es determinante decisiva para el nacimiento de derechos de las especies anteriores que acabo de exponer o para la modificación o extinción de los ya nacidos. En tales casos, los actos del titular son un elemento productor de los preceptos jurídicos concretos, esto es, de los preceptos individualizados, que regularán la relación de - que se trate, que determinarán los deberes singulares de los sujetos pasivos, a los cuales deberes corresponderán unos derechos subjetivos (de los otros dos tipos anteriormente estudiados)". 29)

B) Opinión Personal.

A guisa de resumen, nuestro punto de vista según lo analizado en el presente capítulo nos brinda la posibilidad de reconocer que el derecho subjetivo tiene en su carácter fundamental ciertas aspiraciones, las cuales han sido merecedoras de ser reconocidas por la norma.

29) Idem., pág. 238.

Pero una vez aceptado el hecho de que el hombre como ser de colectividad tiene aspiraciones, éstas no se concretizan por - el simple contenido psicológico de la voluntad de un sujeto, - sino que esa voluntad psicológicamente existente para exteriorizarse y ser reconocida en el plano del derecho requiere que el mismo orden legal le otorgue el carácter de jurídica.

En este sentido, el hombre con aspiraciones e intereses manipula hasta cierto punto su voluntad en sentido figurado, es decir, su voluntad es correlativa a los intereses de toda índole que en un momento y en determinadas circunstancias puede -- identificar como acorde a su subjetividad.

Sin embargo tal voluntad consciente del hombre; no se desarrolla al margen del ordenamiento legal, es decir, no preexiste la voluntad ni antecede a la creación del derecho, porque - éste como tal existe desde que el hombre como ser de colectividad tomó conciencia de ello y decidió vivir en comunidad estableciendo para ello un determinado orden.

En nuestra hipótesis no puede hablarse del derecho subjetivo como "... el poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal, a una o varias voluntades, cuando quiere una - cosa que no está prohibida por la ley". 30)

Tampoco es admisible en nuestra opinión la postura que presupone la preexistencia del derecho subjetivo a la norma, pues - la misma implica razones de índole político y no de carácter - jurídico, en tal sentido, las tesis del interés y de la voluntad "jurídicamente protegidos", dejan una serie de interrogan-

30) Azcárate y Rosell, Carlos. "ESTUDIOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. F. Verdugo., La Habana, 1940, pág. 127.

tes sin respuesta y adolecen de ambigüedad.

Tales atributos, voluntad e interés, no determinan el nacimiento de la norma, ni ésta es un simple instrumento de realización psíquica, y en todo caso si el derecho subjetivo es derecho, nunca trasciende a la norma.

La facultad que otorga la norma a la voluntad, tiene el carácter de permitirle su desarrollo en forma autónoma, pero --- siempre conforme a la norma, sin hallar obstáculos de ninguna especie, y sin que otros puedan penetrar en su esfera de actividad legal para transgredirla.

Habría que distinguir en el derecho subjetivo tres momentos, los cuales son:

1^o Una potestad de obrar, la cual requiere de una esfera de acción garantizada por la norma. La "facultas agendi", es la posibilidad de actuar jurídicamente y adquiere su valor en virtud del impulso de los intereses.

2^o El acto jurídico, en este momento se puede apreciar el poder de acción, interviniendo aquí una tendencia que responde a causas psíquicas y sociales que hace imperativa la norma, o bien una tendencia determinada por las condiciones de la conciencia individual.

3^o Y lo que podríamos llamar prerrogativa, que es el momento en que se encuentran dos voluntades que actúan para ejercer su derecho. Es aquí donde se manifiesta y se hace evidente la ne

cesidad de respetar las demás semejantes y la de verse respetada por las demás en su poder.

La prerrogativa es el aspecto subjetivo de la garantía otorgada por la norma; ella supone por consiguiente, la posibilidad de recurrir a los órganos que garantizan el cumplimiento de la norma.

La tutela del propio derecho requiere también la actividad del sujeto y la vigilancia de sus propios intereses, incluso la ley prescribe tal intervención en ciertos casos, salvo el de la violación de la norma, en que la intervención del sujeto se excluye y la tutela de la norma se lleva a cabo en forma pública por el Estado mediante sus órganos judiciales.

La prerrogativa, en correspondencia con la norma que la garantiza implica una relación bilateral. Un poder jurídico existe en cuanto también existen deberes correspondientes y viceversa, los deberes jurídicos se relacionan siempre con cualquier poder subjetivo. A la prerrogativa corresponde la obligación, esto es, un deber jurídico que implica la abstención de ciertos actos y el cumplimiento de otros.

La prerrogativa y la obligación subsisten de esta forma en una relación de reciprocidad, en el individuo mismo, así como entre dos sujetos de derecho y nacen a la vez de la norma jurídica.

Tal reciprocidad, tal bilateralidad, implica que deber y poder sean correlativos e interdependientes, se suponen simultá-

neamente, y además poder y deber son coexistentes, nacen al mismo tiempo, no hay prelación de uno frente al otro, por lo cual no cabe suponer que en un momento dado uno podría subsistir sin el otro.

No obstante lo anterior debereconocerse que la norma tiene cierta prioridad sobre el derecho subjetivo, debido a que éste en la práctica sólo se da de un modo efectivo, cuando hay un precepto en vigor que lo otorga. Hecho que en nuestra opinión no es a lo sumo, sino una expresión mediante la cual, el propio derecho subjetivo se allega su propia subsistencia, es decir, que si aquello que involucra una "suma de intereses sociales" por decirlo de una forma no rigorista desde un punto de vista ontológico, pretende ser jurídico, debe tener por ende, un nacimiento formal, ajustado a la propia norma que lo materializa y faculta, resultando entonces el derecho como una aspiración al restablecimiento de la armonía social.

De manera simplificada, puede decirse que los derechos subjetivos se pueden manifestar en diversas formas:

a) Como derecho de libertad; en el cual el titular puede optar entre ejecutar o no, la conducta a que se refiere la facultad jurídica respectiva, por ejemplo, el derecho de casarse, de testar, etc.

Conviene precisar que el derecho de libertad es algo distinto a la libertad jurídica en general, que resulta el conjunto de derechos subjetivos que tiene una persona. A su vez, la libertad jurídica no es lo mismo que libertad de la voluntad, --

pues en esta última entra por ejemplo, lo ilícito, que evidentemente no integra la libertad jurídica.

b) Como poder de creación de derechos y deberes (o poder jurídico); en el cual el titular del derecho puede crear normas, - normas jurídicas, dentro de ciertos límites, puesto que todos los derechos están limitados.

c) Como pretensión; (derecho a exigir el cumplimiento del deber ajeno). Ejemplo, el derecho de exigir al deudor el pago - de lo debido.

El derecho de pretensión o facultad sólo se tiene contra -- una persona, y nace de una relación jurídica entre el titular del derecho y una cierta persona y que corresponde al deber de ésta con respecto al otro, en contraposición a lo que podría - denominarse como derecho de disposición, que puede conceptuarse como el que sin hallarse fundado en una relación jurídica - frente a otra persona, autoriza al titular en forma inmediata a un uso y goce directos o a ejercer un poder directo sobre -- una cosa, en todos los aspectos o en aspectos determinados.

Deriva de lo transcrito una diferencia en los efectos jurídicos entre ambos derechos toda vez que el derecho de disposición es un derecho sobre una cosa como tal, y no contra otra - persona, vale frente a cualquiera o mejor dicho, es absoluto.

El derecho de pretensión o facultad es un concepto puramente jurídico expresando únicamente la posición jurídica y dejando de lado cualquier otra visión especulativa.

En cambio, el derecho de disposición es un concepto de sentido psicológico y define una situación jurídica en conexión con el efecto económico, la utilización real de un beneficio como efecto práctico de una posesión jurídica.

A la luz de su función jurídica, todo derecho subjetivo consiste en las facultades jurídicas que el titular puede ejercer y hacer valer procedimentalmente. La facultad expresa solamente una condición fundamental provisional para que se promueva una acción; y únicamente los sucesos posteriores le otorgarán un sentido definitivo.

Puede hacerse una distinción entre facultades exigibles y no exigibles, designando las primeras situaciones jurídicas en las cuales el titular del derecho puede iniciar un procedimiento civil y obtener sentencia, o cuando menos indicar a través de una conducta definida la forma de llegar a ello; entre tanto, las segundas designan situaciones jurídicas en las que está presente una condición fundamental para los procedimientos jurídicos, pero hasta ese momento sólo se puede indicar sin de finición formal el curso de la conducta que dará lugar a la efectiva potestad de iniciar un procedimiento.

En apoyo a esta base puede definirse el derecho de disposición como un derecho que consiste únicamente en facultades no exigibles, y el derecho de pretensión o facultad como a un derecho con facultades exigibles.

En conclusión, la distinción entre derechos de disposición y derechos de pretensión o facultad se vincula con algo dinámico

co, o sea, el desarrollo temporal de una situación jurídica.

Un derecho de pretensión o facultad se convierte en un derecho de disposición, y un derecho de disposición puede, atendiendo a las circunstancias, transformarse en un derecho de pretensión o facultad.

El derecho subjetivo viene a ser el poder, pretensión, facultad o autorización que conforme a la norma jurídica tiene un sujeto, frente a otro u otros sujetos, ya sea para desplegar su propia actividad o determinar la de aquellos, debiendo reconocer a los términos utilizados en la definición el contenido y alcance a que se hizo referencia al analizar las formas en que se manifiestan tales derechos.

La condición fundamental de existencia de la norma en la cual se crean determinadas relaciones jurídicas, es en todo caso, un mínimo de eficacia, o dicho en otros términos, debe prevalecer la forma para garantizar su observancia.

En el derecho romano se reparó en esa parte de la ley que contenía las disposiciones encaminadas a asegurar su observancia, pero que podía faltar sin que la ley dejara de ser tal, en el término de "sanctio".

De acuerdo con la "sanctio", las leyes se dividían en "lex imperfecta", "lex minus quam perfecta" y "lex perfecta", la primera cuando la ley carece de sanción; la segunda cuando el transgresor era castigado, pero quedaba el mal causado; la última cuando se anula el acto violatorio de la ley.

En este sentido, la norma jurídica como fórmula imperativa de lo que es derecho, enlaza en su estructura formal un supuesto o hipótesis y una consecuencia, pero no es exacto que la consecuencia de que se trata sea siempre un acto coactivo, y el supuesto, un hecho condicionante del ejercicio de la coacción. "Es fácil distinguir en la norma jurídica su función directiva y su función coercitiva. La norma prescribe, ante todo, lo que es preciso hacer para alcanzar un determinado fin (no se olvide que toda norma es de medios a fines); así podemos decir que la norma jurídica es fundamentalmente dirección, orientación. Dirección que dada la naturaleza del fin a que tiende, es indispensable imponer —en caso necesario— por medio de la fuerza. La función coercitiva es consecuencia de la función directiva, y no a la inversa; de manera que una norma jurídica puede carecer de sanción coercitiva, y no por esto pierde su carácter de norma; en cambio resulta un absurdo, algo impensable, una norma jurídica que no implique una dirección para alcanzar un fin determinado. Ni la misma coercibilidad del derecho —que es cosa distinta de la coacción— puede considerarse como una nota esencial, sino como una propiedad de lo jurídico". 31)

Los anteriores argumentos, son válidos para resolver una serie de problemáticas que pudieran surgir en un momento dado, cuando la norma jurídica involucra meras proposiciones directivas, no imperativas, que sin embargo conllevan una relación jurídica, y por ende, su carácter de verdaderas normas.

Una premisa fundamental es la de considerar, como muchos tratadistas lo hacen, al derecho subjetivo como un conjunto de

31) Preciado Hernández, Rafael. "LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. UNAM., México, D.F., 1986, pág. 117.

normas jurídicas vigentes, de tal forma que la referencia de esa norma a la conducta de los hombres, exhibe a estas como relaciones jurídicas. En esta relación jurídica de conducta la norma es el esquema interpretativo que determina el derecho subjetivo o facultad y el deber jurídico.

Si se analizara cualquiera de los estados de las cosas tenido por derecho, como por ejemplo una resolución parlamentaria, o un delito, habrían de distinguirse dos elementos; uno de ellos es un acto perceptible sensorialmente, y el otro, una terminada significación.

El sentido jurídico que se adhiere a ese acto perceptible, es decir, lo que convierte a ese suceso en acto jurídico o anti-jurídico, no es su ser natural, esto es, su ser causalmente determinado y contenido en el sistema de la naturaleza, sino el sentido objetivo que se encuentra vinculado a ese acto, la significación que él tiene.

El hecho en cuestión recibe el sentido específicamente jurídico, su peculiar, significación jurídica, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le confiere la --significación jurídica de suerte que el acto puede ser interpretado de acuerdo con esta norma.

Afirma la doctrina que si el derecho objetivo lo constituye el ordenamiento jurídico, o el conjunto de normas, el derecho subjetivo deberá integrarse por el conjunto de relaciones jurídicas. Pero sucede ---aclaran--- que la doctrina tradicional a acuñado la expresión "derecho subjetivo" refiriéndola solamen

te a uno de los elementos que forman la relación jurídica: la facultad jurídica.

La expresión derecho subjetivo admite un sentido amplio (relación jurídica) y un sentido restringido (facultad jurídica). En definitiva, puede concluirse diciendo que mientras el derecho subjetivo es la regulación de la conducta, el derecho en sentido subjetivo, es la conducta regulada. Por eso Kelsen ha podido decir que, en esencia, el derecho subjetivo es la norma en relación al individuo o sujeto, es en resumen, el mismo derecho objetivo.

C) Concepto y Elementos del Derecho Subjetivo.

Debe advertirse que la definición depende en cada caso, de la postura y del autor, siendo sin embargo en su mayoría convergentes en reconocer en esencia los elementos que son constantes en la relación jurídica en que tales derechos subjetivos se -- traducen, y aún en sus diversas manifestaciones, puede decirse entonces que la variante depende del alcance en que el orden -- jurídico posibilita la efectividad y no sólo la existencia de los derechos subjetivos.

"El derecho subjetivo se ha considerado como una facultad -- que la norma jurídica objetiva concede a cualquier sujeto, de -- donde deriva su denominación. Esta facultad no entraña simplemen -- te un poder de obrar, sino una potestad de exigencia. Ahora -- bien, es evidente que esta potestad debe ejercitarse frente a otro sujeto distinto del titular de dicha facultad, el cual -- es obligado a cumplir o acatar las pretensiones que reclamen al

través del ejercicio de ésta. En otras palabras, todo derecho subjetivo implica necesariamente una obligación correlativa, - la cual corresponde lógicamente a otro sujeto". 32)

Una definición más del derecho subjetivo es la que nos proporciona el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra Universidad Nacional, en -- términos de reconocerlo como la "Facultad que dá la norma; posibilidad que contiene el orden jurídico de hacer u omitir lícitamente algo. Tradicionalmente se habla de que el derecho - subjetivo es correlativo de un deber jurídico, es decir, si A está obligado a dar H a B, luego entonces B tiene el derecho - de recibir H de A". 33)

Se puede afirmar que la suma de derechos subjetivos de un - individuo es igual a su libertad jurídica, es decir, a toda serie de actos que pueda hacer o dejar de hacer lícitamente.

En sus orígenes, el derecho subjetivo significaba lo que le pertenecía al individuo y que, por lo tanto, podía legitimamente defender.

Grocio y Puffendorf, siguiendo esta línea de pensamiento -- consideraron al derecho subjetivo como una "facultad moral" -- fundamentada en el individualismo y el contractualismo social; si el hombre tuvo que dar parte de sus derechos a la sociedad para que se pueda convivir en ella, se reserva ciertos derechos que lo facultan moralmente a exigir se abstengan de perturbarlo.

32) Burgoa Orihuela, Ignacio. "DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, GARANTIAS Y AMPARO". Ed. Porrúa., México, D.F., -- 1984, pág. 140.

33) I.I.J., "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO". Ed. Porrúa., México, D.F., 1985, pág. 206.

Nuestra particular definición consistiría en reconocer al -- derecho subjetivo como la pretensión o facultad protegida por -- el orden jurídico que autoriza al titular a gozar de un bien -- o a exigir la conducta debida de otro.

El concepto tiene los siguientes elementos, los cuales constituyen la estructura del derecho subjetivo.

a) El sujeto del derecho. Es menester distinguir en las diversas relaciones en particular la posición del sujeto del interés, de los procedimientos y de la disposición.

b) El contenido del derecho. Incluye en sentido amplio la facultad del poseedor del derecho contra otros como la potestad -- para hacer valer esa facultad mediante la iniciación de procedi-- mientos y la potestad para disponer del derecho..

El contenido específico de un derecho subjetivo es la res-- tricción de la libertad de acción de otra persona o la correlativa facultad del titular del derecho. El contenido del derecho "in personam" es el deber de cumplir del deudor o la facultad del acreedor respecto del cumplimiento.

El contenido específico de un derecho "in rem" designa la li bertad de acción privilegiada del titular del derecho, que es -- resultado económico al que señala su facultad jurídica.

c) El objeto del derecho subjetivo. El contenido determinado -- plenamente de un derecho "in rem" concreto incluye a su vez el objeto físico en relación con el cual el titular del derecho --

tiene una facultad de goce exclusiva, y a este objeto físico se le llama objeto del derecho subjetivo.

d) La protección del derecho subjetivo. Puesto que una facultad equivale con respecto a su función jurídica a la posibilidad de obtener sentencias contra la persona obligada, la protección procesal de un derecho es otro aspecto del contenido del mismo.

Una facultad no significa nada sin la tutela del orden jurídico.

"...En el derecho subjetivo se distingue un elemento formal y un elemento material. El elemento formal es el poder otorgado a la voluntad por la norma. El elemento material es el fin garantizado que constituye un bien y por consiguiente, un interés. Estos dos elementos son inseparables e íntimamente se corresponden y se integra: no se puede, por consiguiente considerar como fundamento del derecho subjetivo sólo la voluntad (Windscheid), o sólo el interés (Ihering).

En efecto, si por una parte la garantía no puede ser otorgada a la voluntad abstracta, sino en cuanto que ella se desenvuelve para el alcance de ciertos fines y por el impulso de ciertos intereses, por otra, el interés no está garantizado por sí mismo, sino en cuanto que compete a alguien, y se refiere a la voluntad que la actividad desenvuelve para la satisfacción del interés". 34)

Una definición simplificativa sería la de enunciar al derecho subjetivo como "la facultad de exigir la protección estatal en defensa de aspiraciones", o "el poder, pretensión, facultad o autorización que conforme a la norma jurídica tiene un sujeto, frente a otro u otros sujetos, ya sea para desarrollar su propia actividad o determinar la de aquellos". 35)

34) Azcárate y Rossell, Carlos, ob. cit., pág. 64.

35) Preciado Hernández, Rafael, ob. cit., pág. 122.

D) Clasificación de los Derechos Subjetivos.

Respecto a la clasificación de los derechos subjetivos es necesario en primer lugar hacer explícito el "criterium divisionis". Conviene para ello partir de la base de que el derecho - subjetivo consiste en la pretensión jurídica de que el obligado cumpla su prestación. Según esto, el criterio más aceptable para una división de los derechos será la prestación. La prestación consiste siempre en el acto (comisión u omisión) de un hombre (el obligado).

Significa ello que en la prestación aparecen siempre en forma inseparable las cuestiones de quién se obliga y el acto a -- que se obliga.

Por la primera cuestión se determina el sujeto pasivo de la relación jurídica, por la segunda los actos que éste deberá realizar.

Los derechos subjetivos pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios:

a) Por la eficacia del derecho y determinación del sujeto pasivo: derechos absolutos y derechos relativos.

Absolutos: son aquellos que tienen eficacia contra todos -- (erga omnes); y relativos, los que se dirigen sólo contra personas individualmente determinadas.

Los primeros garantizan contra una o varias personas determinadas, el poder para exigir de ellas una cierta conducta.

Pertenecen al grupo de los derechos absolutos: los derechos de la personalidad, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales y el derecho hereditario, y al grupo de los relativos, los derechos de crédito. No siempre la distinción es clara y tajante y presenta dudas, por ejemplo la patria potestad, y las relaciones entre cónyuges.

No debe descartarse la posibilidad de que la prestación correspondiente a un derecho absoluto pueda consistir en actos positivos de los obligados. Así por ejemplo, ante una calamidad pública --- terremoto, inundación, etc. --- podría imponerse a todos los habitantes la obligación universal de albergar a las víctimas de la catástrofe.

Sin embargo, la prestación correspondiente a un derecho absoluto consiste en un deber general de abstención o de omisión.

Respecto del planteamiento del problema de delimitar el ámbito de esa abstención universal correspondiente a los derechos absolutos, debe argumentarse en primer lugar el hecho de que todos están obligados a no interferir en la persona misma del derecho-habiente, en su integridad física, en su libertad y en su personalidad moral: éste es el contenido de los derechos que denominaremos de la personalidad.

En segundo término, en un régimen en que se acepta la propiedad privada todos están obligados a no interferir en la posesión de sus bienes en que se encuentra el derecho-habiente. --

A partir del derecho de propiedad, este grupo de derechos absolutos por extensión abarca el conjunto de los derechos reales, en los cuales una cosa material, concreta, sirve de base para delimitar el ámbito del deber general de abstención.

Por último, en la actualidad se advierte en los Estados de Derecho que el descubrimiento, la creación o la invención colocan al creador o inventor en una peculiar relación con el objeto de su creación y se impone a todos los miembros de la comunidad la obligación de respetar dicha relación, prohibiéndoseles la reproducción de ese objeto, tratándose en este caso de los derechos intelectuales.

En los derechos relativos el sujeto pasivo de los mismos no es un miembro cualquiera de la comunidad en su carácter de tal, sino uno o varios individuos determinados.

b) Por la adherencia al titular: derechos transmisibles y derechos intransmisibles, y se dividen en esta forma según que admitan o no la posibilidad de ser transferidos del titular hacia otra persona. Los intransmisibles se llaman también personalísimos por ser intransferibles de su titular.

La transmisibilidad es la regla general de los derechos patrimoniales, sean reales o personales.

c) Por la relación de unos con otros: derechos principales y derechos accesorios. En modo opuesto a los derechos principales, que existen por sí mismos, de modo autónomo, se llaman accesorios a los que se hallan subordinados a otros por su misma na-

turalidad, de tal modo que no pueden nacer sino por su conexión con otro derecho principal, por ejemplo; los derechos de garantía: fianza, prenda, hipoteca, etc.

d) Por el contenido tenemos: derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales. Se conciben los primeros como aquéllos que forman parte del patrimonio de las personas, esto es, los que garantizan al titular bienes (cosas o servicios) que son estimables pecuniariamente, frente a los no patrimoniales, que en cambio garantizan intereses ideales, posiciones o estados no susceptibles de una estimación pecuniaria, como son los derechos de familia, y los de la personalidad.

Los derechos patrimoniales abarcan los derechos reales y creditorios y los extrapatrimoniales comprenderán a derechos de la personalidad y los potestativos.

Los derechos intelectuales tiene la peculiaridad de que responden a un doble interés, patrimonial y extrapatrimonial simultáneamente. Corresponde al primero el derecho del autor a percibir una cuota como "derecho de reproducción" por cada ejemplar de su obra: al segundo, el derecho de impedir que se introduzcan en su obra alteraciones; a exigir que se mencione su nombre en la obra, etc.

e) Finalmente, por la condición de los sujetos e intereses protegidos: derechos públicos y derechos privados. En esta clasificación se atiende a la posición o carácter de los sujetos en la relación jurídica. Derechos subjetivos públicos son los que nacen de aquellas relaciones en las que figuran los particula--

res con los entes públicos investidos de imperio o autoridad y derechos subjetivos privados, son los que forman parte de aquellas relaciones que sostienen las personas individuales o colectivas, en su carácter de particulares.

Puede decirse en términos generales que hay un derecho subjetivo público cuando entre los sujetos de la relación jurídica --- ya sea como sujeto pasivo o sujeto activo --- se encuentra el Estado (o un órgano del mismo) que actúa en su carácter de tal.

Debe advertirse que el Estado actúa jurídicamente con una doble personalidad: en la mayoría de los casos, como persona de derecho público, como centro de imputación del orden jurídico mismo. En estos casos subordina la conducta de los particulares a sus propias determinaciones. Es factible también que --- ciertos órganos permanentes del Estado entren en diversas relaciones con los particulares, estableciéndose en este sentido -- una relación jurídica entre el particular por una parte y el Estado a través de sus representantes por la otra, relación jurídica en la cual la conducta del particular queda subordinada a la determinación que sobre ella establezcan el órgano o el conjunto de órganos estatales.

En otras ocasiones el Estado actúa frente a los particulares como persona de derecho privado, titular de un patrimonio y contrata, compra, vende o alquila en un plano de igualdad con los particulares.

Esta diferenciación en la actuación del Estado como persona de derecho público y como persona de derecho privado ofrece to-

da la relatividad de la distinción entre derecho público y derecho privado.

Como el Estado no es sino una abstracción, un centro de imputación normativa, sucede que en los derechos subjetivos públicos siempre hay un órgano del Estado que resulta facultado y obligado. Si para hacer efectivo ese facultamiento u obligación se encuentra previsto un determinado procedimiento, una instancia ante otro órgano del Estado para que haga efectiva la sanción contra el otro obligado que incumplió su deber, entonces debe concluirse que existe un derecho subjetivo público en sentido estricto. Del mismo modo hay un derecho subjetivo privado en sentido estricto cuando el facultado se encuentra autorizado para acudir mediante una acción ante los tribunales a efecto de que se aplique la sanción al transgresor.

Así tenemos por ejemplo el derecho subjetivo (privado) de crédito, en el cual ante la resistencia del deudor puede hacerse efectivo reclamando ante el tribunal de la deuda.

Del mismo modo el derecho subjetivo (público) de un ciudadano a la libertad personal puede hacerse mediante el correspondiente juicio hecho valer ante el juez competente.

La forma común de estos derechos subjetivos es entre otros, la invocación de la inconstitucionalidad de la medida estatal que vulnera los mismos, pudiendo hacerse tal invocación, ante el mismo órgano para que la revoque considerando su inconstitucionalidad; o bien interponiendo el recurso extraordinario correspondiente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, -

si la resolución inconstitucional hubiera sido confirmada por la autoridad superior de última instancia y no hubiera contra la misma en dicha instancia ordinaria recurso alguno.

En cuanto tienen los particulares la oportunidad de invocar la inconstitucionalidad, estos derechos subjetivos absolutos -- (y por ello, también públicos), se aproximan a la técnica del derecho subjetivo en sentido estricto.

La asimilación no es con todo, absoluta, ya que en el derecho subjetivo en sentido estricto (civil), la actuación de la norma contra el obligado se halla a disposición del facultado, quien puede o no usar de ella, en tanto que en estos derechos subjetivos públicos que se estudian, el órgano del Estado se encuentra obligado a acatar la norma constitucional, sin tener que esperar para ello la acción del facultado.

Para afianzar la protección, se atribuye también al facultado un medio procesal (acción o recurso) de invocar su derecho y de hacerlo valer de este modo ante el órgano estatal competente.

Surge así la acción procesal como derecho subjetivo Público en virtud de que el Estado monopoliza la coacción y de este modo se ocupa de hacer efectivos contra el obligado los derechos del facultado, paralelamente al derecho subjetivo del facultado debe reconocerse, el derecho de éste a solicitar la intervención de los órganos estatales a efecto de aplicar la norma en el caso concreto y hacer efectiva la acción contra el obligado (derecho de acción).

Mientras en el derecho subjetivo de fondo el obligado es --- cualquier miembro de la comunidad, en el derecho subjetivo de acción resulta específicamente obligado el órgano estatal, consistiendo tal obligación en ejercer su jurisdicción.

Surge así la acción como el hecho de peticionar a las autoridades, en el que se encuentra reglamentada la prestación de la jurisdicción por el Estado.

El derecho de acción no es otra cosa que el medio técnico -- procesal de hacer valer un derecho subjetivo sustancial preexistente.

Además de los derechos absolutos, en el que el Estado aparece obligado a respetar la esfera de libertad personal, los "derechos del hombre", y del derecho de acción procesal, que también asiste a todos los habitantes, existe un tercer grupo de derechos que corresponde sólo a los ciudadanos.

Estos son los derechos políticos, es decir, aquellos que corresponden a los individuos para intervenir en la formación de la voluntad estatal.

Jellinek enuncia una clasificación de los derechos subjetivos públicos que no agota a juicio del egregio jurista Argentino Enrique Aftalión el campo de tales derechos, sosteniendo que las diversas situaciones que enumera el primero de los citados de "Status libertatis", o derechos de libertad garantizados modernamente por las constituciones contra el avance de los poderes públicos, "Status civitatis" u orden en virtud del cual los

particulares pueden reclamar la intervención del Estado para -- la protección de sus intereses, y "Status activae civitatis", -- cuya denominación corresponde a los derechos políticos, es decir, de la comunidad política, resultando que tal enumeración, en el criterio del citado autor Argentino no agota la gama de -- los derechos subjetivos públicos, en virtud de que "Además de -- los derechos subjetivos públicos constitucionales de libertad, de acción procesal y de los políticos es menester tener en cuenta numerosos derechos subjetivos públicos creados por leyes especiales. Así por ejemplo una ley que organiza un servicio público determina normalmente el derecho de los usuarios a la --- prestación del servicio por los órganos estatales o por la empresa concesionaria y prevee también el medio técnico procesal (solicitud, inscripción, etc.) adecuado para que el particular haga valer su derecho.

El campo de estos derechos subjetivos públicos administrativos es, como se comprende, indefinido "a priori", ya que surgirá de lo que positivamente consagran las leyes, reglamentos y resoluciones administrativas. Así a título exclusivo de ejemplo, enumeraremos algunos: el derecho a concurrir, previos ciertos trámites o pago de una cuota, a parques, museos, bibliotecas, el derecho del servicio público de aguas corrientes; el derecho del empleado público a la remuneración que determina el presupuesto, etc". 36)

Por cuanto hace a la clasificación de los derechos subjetivos privados es necesario traer a cita el criterio y opinión de diversos autores.

36) Aftalión, Enrique, ob. cit., pág. 376.

En primer lugar, la Instituta de Gayo, los clasificaba en derechos de las personas, derechos de las cosas y derechos de las acciones.

Esta clasificación presentaba el inconveniente de no colocar a las obligaciones con precisión, creyendo algunos jurisconsultos que debían colocarse en el derecho de las cosas y otros se oponían a ello.

Las acciones no se encuentran evidentemente en el mismo plano que los derechos de las cosas y de las personas, constituyen do el modo de hacer valer los derechos en justicia, pues en rigor, no son más que una nueva expresión de los derechos originarios sobre las cosas o las personas, una nota integrante de los mismos y no una nueva clase de derechos que se encuentre en una clasificación en un mismo plano con aquellos.

Savigny, dividió por su parte los derechos en dos grandes ramas: derecho de bienes y derecho de familia.

Subdividió el derecho de bienes en derecho de las cosas y derecho de las obligaciones, agregando consciente de lo relativo de su clasificación que separados rigurosamente en la abstrac--ción estas tres clases de derechos, en la realidad viva se co--nectan en diferentes puntos, originando estos contactos una multitud de modificaciones y de acciones recíprocas.

Ernest Roguín ha formulado una teoría general de la clasifi--cación de los derechos, atendiendo su criterio clasificatorio - el objeto del derecho en el sentido verdadero y filosófico del

término, es decir, el fenómeno exterior que el sujeto pasivo - debe crear o mantener, de su acción o inacción, de la situación en el sentido amplio del término que él está obligado a respetar o producir.

La cosa física misma en ocasión de lo cual el derecho se -- despliega, el objeto en el sentido material y popular de la ex presión, carece de influencia sobre la naturaleza del lazo. - Esto se demuestra perentoriamente considerando que el mismo - cuerpo puede dar lugar a derechos bien distintos, por ejemplo ser poseído bajo diversos títulos, o aún sin título alguno.

De acuerdo con este criterio clasificatorio se retoma la -- clasificación que Windscheid propuso en su obra "Pandekten" di vidiendo los derechos en absolutos y relativos.

Roguín observa que esta clasificación no comprende a los de rechos intelectuales, pues estos, no siendo equivalentes a la propiedad, tampoco son relativos pues se tienen contra todos.

Propone agregar a la clasificación de Windscheid lo que -- él denomina "monopolios de derecho privado" o reconocidos gene ralmente como "derechos de propiedad intelectual".

La clasificación de Roguín se concreta en cinco grupos: - -
1) Absolutos, que se dividen a su vez en derechos a) "iura in - persona ipsa" (autopersonales); b) iura in persona aliena" (po testativos); y c) "iura in re" (reales);
2) Relativos, que son derechos referidos a las obligaciones; y
3) Ni absolutos, ni relativos, que son monopolios de derecho - privado, (derechos intelectuales e industriales).

Los derechos autopersonales son los que posee cada hombre sobre su individualidad física y psíquica. Son derechos de carácter absoluto imponiendo una abstención como deber del sujeto -- obligado. Ejemplo: el derecho de legítima defensa.

El Estado es el origen y límite de los derechos autopersonales, pudiendo en consecuencia restringirlos o suprimirlos para satisfacer necesidades políticas o proveer la defensa social. -- Cuando se dice que son absolutos se alude a la obligación de -- respeto que se impone a todos y no solo a ciertas personas determinadas, sin referirse a su ejercicio.

Los derechos potestativos son los que se ejercen en forma de autoridad de un individuo con respecto a otro y a la administración de los bienes que le pertenecen. En este rubro se encuentran la patria potestad, la tutela, la curatela, etc.

Los derechos reales se definen como aquellos que se ejercitan sobre las cosas directamente; o mejor dicho son aquellos -- que crean una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de él. Ejemplo: el derecho de propiedad.

Contra ésta definición tradicionalista se ha esgrimido la crítica de que un derecho siempre es una relación entre sujetos y no entre un sujeto y una cosa: por lo tanto, el contenido propio de un derecho real estaría constituido por la obligación de los demás de no perturbar al derecho-habiente en el ejercicio.

Los derechos relativos, genéricamente llamados obligaciones, y con más propiedad derechos de crédito o creditorios, se definen como aquellos que se tienen contra una o varias personas de terminadas y que nos autorizan a exigir de ellas la entrega de una cosa, el cumplimiento de un hecho o de una abstención.

Son esencialmente derechos contra otro u otros en particular a quien le corresponde el vínculo jurídico de dar, hacer o no hacer.

Los derechos intelectuales e industriales son aquellos que corresponden a los autores, inventores y fabricantes sobre sus obras, inventos y marcas de fábrica para impedir su reproducción, copia o falsificación. La noción de estos derechos emana de la idea de que cada quien es dueño del producto de su trabajo.

Constituyen tales derechos una especie de monopolio de derecho privado, no deben confundirse con el derecho de propiedad o dominio ya que no garantizan como los derechos absolutos un poder sobre una cosa determinada individualmente, sino que obstruyen el derecho de disponer individualmente de todo un género de cosas, otorgando la facultad de impedir a otro el tener una especie dada, es decir, es un derecho de no imitación que no atañe a una cosa material en particular, sino a la producción de un género de cosas; no es un derecho de uso, goce y libre disposición de un determinado bien, sino que importa la facultad de producir de una manera exclusiva e impedir, en consecuencia, -- que los demás reproduzcan.

C A P I T U L O I I

" NATURALEZA JURIDICA Y CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES. "

A) Garantias Individuales y Derechos del hombre.

Debemos partir del dato real de que el derecho es siempre y en todo lugar la regulación de determinadas relaciones humanas. Para que podamos reconocerlo como derecho justo será necesario que satisfaga las exigencias corpóreo-espirituales y morales del hombre. Ya en los grandes filósofos de la antigüedad, Platón y Aristóteles, se encuentran algunas referencias a esa idea: en "Las Leyes" el fundador de la Academia escribió que los hombres prefieren soportar con paciencia las mayores calamidades antes que pertenecer a un Estado cuyas instituciones signifiquen una degradación moral de la persona. Platón sostuvo que sólo son obligatorias aquellas leyes que emanan de la razón, rectora suprema de la justicia. Aristóteles se ocupó más a fondo del problema, enseñando que la finalidad del Estado es cuidar del bienestar de sus ciudadanos: para que el Estado cumpla su función en armonía con el principio aristotélico de la entelequia, será indispensable que su acción no se limite a cuidar la vida y los bienes de sus ciudadanos, sino además a procurar el desenvolvimiento de sus aptitudes naturales.

La filosofía estoica profundizó aún más en la idea, al considerar al hombre como un ente que participa, por medio de su razón del orden universal.

El pensamiento de la unidad universal de los hombres adquirió en el cristianismo una realidad concreta, pues la Iglesia Católica contrapuso a la pluralidad de los Estados la Unidad de la Iglesia Universal, la que si bien es cierto vive en la tierra, tiene no obstante un fundamento trascendente. Esta -- nueva concepción de la Iglesia produjo un cambio radical en la realidad política, ya que, en tanto el Estado antiguo era a un mismo tiempo una comunidad sacra, el nuevo Estado se convirtió en una organización terrestre temporal, cuyo poder quedó limitado por la Iglesia. Además el hombre dejó de ser un simple ciudadano del Estado, elevándose a la categoría de un peregrino del reino de Dios en la tierra; el hombre, miembro del reino de Dios, posee una especial dignidad.

Del principio de la "dignidad humana" se desprenden algunas consecuencias jurídicas importantes: si el hombre pertenece al reino de Dios, resulta evidente que posee determinados derechos de los que no puede ser despojado por ninguna comunidad terrestre. En esta idea se encuentran las raíces de la doctrina que afirma la existencia de derechos humanos incondicionados e inviolables; esos derechos no podían existir si el orden jurídico del Estado no estuviera limitado por un orden suprapositivo, si por el contrario, se considera a los Estados particulares o a la misma comunidad internacional como el orden jurídico supremo, los derechos humanos serán más o menos difíciles de modificar, pero nunca se podrá hablar de derechos humanos inviolables.

Tradicionalmente, de acuerdo con las ideas de Santo Tomás, la supremacía del bien común sobre el bien particular sólo sub

siste cuando se trata de bienes de una misma naturaleza, pero la subordinación del bien particular al bien del Estado desaparece en el caso de los valores espirituales que necesariamente se refieren a un ente dotado de espíritu y que, por tanto, no corresponden ni pueden corresponder a una asociación jurídica de personas; es así que Santo Tomás escribió: "Bonum animae non ordinatur non melius bonum." Según el pensamiento Tomista el hombre puede estar obligado, si concurren determinadas circunstancias, a ofrendar su vida y sus bienes para salvar a su patria, pero no puede ser nunca constreñido a ejecutar una acción contraria a la moral, pues la dignidad humana es un bien superior que en forma alguna puede ser violado por el Estado.

En oposición a esta concepción tradicional, con Maquiavelo y Hobbes hizo su aparición una doctrina del Estado realmente inhumana, en la que se oscureció considerablemente la imagen del hombre. Según el pensamiento de Maquiavelo, el hombre es cobarde y perjuro; aún los príncipes más diligentes y justos poseen ciertos rasgos animales, pues necesitan para gobernar ser conjuntamente como el león y la zorra. Para Hobbes, los hombres son semejantes a los lobos; de ahí que deben ser gobernados por un poder estatal absoluto.

Dentro de estas ideas no queda lugar alguno para los derechos del hombre, pues éstos pierden todo su sentido cuando se desconoce la dignidad de la persona humana.

La antropología humana encontró no obstante un nuevo sostén en el humanismo de la Epoca Moderna, que supo reunir diversas manifestaciones del pensamiento de la antigüedad y del

Cristianismo: una reacción humanista en contra de las corrientes antihumanas a que acabamos de referirnos apareció en la doctrina laica del derecho natural que representan Fernando Vázquez de Menchaca, Hugo Grocio, y John Locke; todos estos pensadores reconocieron una vez más la limitación del poder del Estado. Fernándo Vázquez de Menchaca y Samuel Puffendorf colocaron en el centro de sus sistemas el concepto de la dignidad humana y lo fundaron sobre las ideas de libertad e igualdad de los derechos del hombre.

El humanismo laico fué asimismo la base de la filosofía práctica de Kant: el pensador de Koenisberg enseñó a este respecto, en las consideraciones finales de la "Crítica de la Razón Práctica", que la ley moral es revelada a los hombres por un "ser" que habita más allá del mundo de nuestros sentidos. Ente moral, el hombre no vive, sin embargo, encerrado en una moneda, sino sumergido en el reino de la ética, esto es, unido a todos los seres racionales.

Kant denominó a este mundo ético "corpus mysticum de las criaturas racionales", pero dentro de él conserva el hombre su dignidad propia. El filósofo de Koenisberg partió del dato de que todos los hombres son poseedores de la misma dignidad, por lo que en su doctrina del derecho exigió que el orden jurídico positivo no limite la libertad de cada hombre, sino en la medida estrictamente indispensable para asegurar la libertad de los demás. Con estas ideas, Kant confirmó que sólo puede hablarse de auténticos derechos humanos fundamentales si se admite la existencia de un orden jurídico superior al derecho positivo, capaz de inducir al legislador a dejarse guiar en la elaboración del derecho positivo por el principio de la dignidad humana.

La primera estructuración jurídica de los derechos del hombre se dió en la Constitución de Virginia de 17 de junio de 1776, así como en la Declaración de Independencia de las antiguas colonias inglesas, que sirvieron posteriormente de modelo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789; proyectada por Mirabeau para la Francia. La declaración francesa fué discutida previamente en la sesión de 4 de agosto del año de 1789, misma reunión en la que se suprimieron los privilegios feudales. Particularmente es importante la Declaración de Independencia de Norteamérica, pues -- principia con las siguientes palabras: "Tenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inviolables..."

También el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se remite a la idea de la dignidad humana: los Estados miembros ratificaron en él su creencia en los derechos del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana. Este mismo -- pensamiento quedó expresado con mayor claridad aún en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre votada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuyas primeras palabras son: la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad -- intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos -- los miembros de la familia humana. Y por sí no fuera suficiente, el artículo primero expresa que "todos los seres humanos -- nacen libres e iguales en dignidad...., y dotados como están -- de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los -- unos a los otros".

Pero a diferencia de esta Declaración, que es solamente una recomendación dirigida a los Estados, el tratado europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, obliga a las partes contratantes a reconocer a todos los hombres que se encuentren dentro de sus respectivos territorios los derechos en él contenidos; y no debe olvidarse que el mismo tratado -- introdujo un procedimiento para asegurar la aplicación efectiva de sus disposiciones.

Todas estas normas tienen su raíz en la idea de que el hombre posee una especial dignidad derivada de su naturaleza espiritual y moral.

De las distintas formas utilizadas a lo largo de la historia para referirse a los derechos humanos que son: derechos naturales, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, del ciudadano y del trabajador, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, libertades públicas, la expresión más adecuada es la de derechos fundamentales del hombre.

Con ello se quiere manifestar el conjunto de prerrogativas que permiten al individuo desarrollar su personalidad. Estos derechos imprescriptibles, inalienables, inherentes a todos los miembros de la familia humana, son el fundamento de la libertad, de la paz y de la justicia en el mundo.

Enunciar que el individuo tiene derechos inherentes a su calidad de persona humana y que el ejercicio de estos derechos

asegura el desarrollo de su personalidad, implica prerrogativas y poderes de acción que el individuo va a sostener frente al poder público.

Hoy en día se hace clásicamente una división tripartita de los derechos humanos: primero, los derechos civiles o derechos individuales "stricto sensu" (libertad, igualdad, seguridad, -- propiedad, etc.); segundo, los derechos políticos, cuyo ejercicio pertenece a los ciudadanos (sufragio, elegibilidad, petición), y, tercero, los derechos sociales, que aparecieron en -- las Leyes Fundamentales desde hace medio siglo y que se resuelven en prestaciones del Estado.

Los derechos del hombre no pueden identificarse con las garantías individuales e inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de que deben ser reconocidos por el Estado, protegidos y respetados mediante el orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas de conformidad con su propia y natural vocación individual y social, pues aún en el caso de aceptar la existencia de derechos naturales del ser humano, que al reconocerse por el orden jurídico positivo se convierten en derechos públicos subjetivos, esos derechos se asegurarían o preservarían por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley.

El vocablo y el concepto "garantía" surgieron en el derecho privado, teniendo entre sus diversos significados y en sentido amplio el de "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguarda" o "apoyo".

El término garantía proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa acción de defender, asegurar, proteger, o salvaguardar.

En el derecho público el concepto "garantía" implica diferentes tipos de seguridad o protección en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho.

En algunos textos constitucionales se dice "garantía de los derechos", y en otros "garantías individuales", sin embargo, como ya se dijo, la palabra "garantía" en general se usa como declaración de un derecho o de un principio y se proclama su vigencia desde el punto de vista constitucional.

El concepto garantía pertenece al derecho privado de donde toma su acepción general y su contenido técnico-jurídico.

En principio, "garantizar" significa "asegurar de un modo efectivo", con lo que se conserva y respeta la acepción primigenia del vocablo, y aún cuando en el derecho público, el sustantivo "garantía" ha llegado a adquirir jerarquía de carácter institucional por sí mismo, empezó siendo una forma especial de las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano aplicadas siempre a estos derechos.

En la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se encuentran las disposiciones siguientes:

"ARTICULO 12. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública, esta fuerza, pues, se halla instituida en beneficio de todos, y no para la particular utilidad de aquellos a quienes es confiada.

ARTICULO 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

Los artículos transcritos de la declaración de 1789 son el primer caso de empleo de la palabra "garantía" con aplicación al derecho público en documentos constitucionales, y la encontramos en su acepción de respaldar, asegurar, consagrar o salvaguardar los derechos del hombre y del ciudadano, mediante una protección eficaz, que nace de la sociedad y que se lleva a cabo por el Estado y sus órganos.

La palabra " garantía " y el verbo " garantizar " son creaciones institucionales de los franceses, y de ellos fueron tomadas por los demás pueblos. En los Estados Unidos, los autores del " El Federalismo " no consignan la palabra "garantía" y Marshall, el gran " chief justice ", que fijó en jurisprudencia los caracteres del constitucionalismo, no la empleó cuando en uno de sus fallos dijo que el gobierno de los Estados Unidos " es el de las leyes y no el de los hombres, y cesaría de merecer tal denominación si las leyes no establecieran un remedio contra las violaciones de los derechos reconocidos". Precisamente, ese remedio institucional es lo que los franceses llamaron " garantía ".

En la mayor parte de las constituciones del siglo XIX se advierte que el verbo garantizar es empleado en la acepción de reconocer y proclamar derechos cuya existencia se considera anterior a la Constitución y al Estado mismo. Lo único que los constituyentes se creían autorizados a hacer, respecto de ello, era reconocerlos y darles estado jurídico mediante disposiciones escritas en las cuales se les consignara expresamente.

La misma expresión clásica del derecho revolucionario frances, "declaración de derechos", empleada ya por la Declaración de Virginia de 1776, y con la cual se corrige el enunciado inglés "bill of rights", significa que los derechos no los crea la Constitución, sino que, simplemente los reconoce o proclama o declara por escrito, como corresponde a las concepciones del derecho natural.

La Constitución del Estado de California de 1849, contenía ya la palabra "garantía" con la acepción primigenia que le da la Declaración de 1789, pero mucho más concreta, porque se aplica el "habeas corpus" como remedio, amparo o protección efectiva de la seguridad individual.

Su artículo 10. Sección 5a., decía:

"El privilegio de la garantía de Habeas Corpus no será suspendido sino cuando, en casos de rebelión o de invasión, la seguridad pública exija la suspensión".

En resumen, la acepción generalizada de la palabra "garantía" extendida a todas las formas constitucionales que tienden a cualquier forma de protección --- en forma teórica o práctica --- de la libertad individual, es la preferida por la mayoría de los tratadistas.

Suele hablarse de "garantías constitucionales" como medios de protección de "ciertas instituciones" creadas por la "regulación constitucional" para hacer imposible su suspensión en la vía legislativa ordinaria. En esta idea existe la iden-

tividad entre la garantía y la Constitución misma, o en igual forma con los preceptos constitucionales protectores de "-----
" ciertas instituciones ", lo que resulta depurable, ya que no se trata de entender lo que es " garantía " en general, -- sino de dar una exacta definición del concepto específico de " garantía individual o del gobernado ".

Don José Natividad Macías, habla de garantías distintas a las individuales, identificando a ciertas clases de garantías sociales y políticas que se ubican dentro de la estructura y funcionamiento de los poderes del Estado.

Sostiene al efecto que la nación tiene el derecho electoral, la manera de decir como y en que forma expresa su voluntad soberana, lo que es una garantía política no protegida -- por el amparo.

Otra manera que la nación soberana tiene de imponerse para obligar al gobierno a seguir determinada política u obligarlo a cumplir sus deberes con la nación constituye una garantía social o nacional que se manifiesta por medio de la opinión pública, de la prensa, las asociaciones, las confederaciones, con el fin de hacer efectivo el derecho de impedir que exista ley alguna que no esté sujeta a la resolución suprema de la nación.

Para Fix Zamudio no existe más garantía que los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales, y aclara que en su opinión hay dos especies de garantías, las que denominan fundamentales (individuales, sociales e ----

institucionales, y las de la Constitución (los métodos procesales, represivos y reparadores, que dan efectividad a los man datos fundamentales, cuando son desconocidos, violados o - - existe incertidumbre en cuanto a su forma o contenido).

Como garantías fundamentales entiende dicho autor las previstas en los primeros veintiocho artículos de nuestra Carta Magna, de las cuales al lado de las individuales existen otras sociales y aún determinadas instituciones como es el caso de las previstas en los artículos 14 y 16 que pueden ser designadas como " garantías de justicia ".

En cambio agrega que las garantías de la Constitución Mexicana son los procesos establecidos por los artículos 103 y 107 (amparo), 105 (Conflictos de la Federación y los Estados o éstos entre sí) y 111 (proceso de responsabilidad de Funcionarios), que son normas en estricto sentido procesales, de carácter represivo y reparador.

Incorre el mencionado autor en el error de demarcar tan solo el alcance del concepto sin desentrañar su significado, resultando que lo que califica como "procesos constitucionales" no implican una idea pertinente y es distinto por completo a la noción de garantía individual o del gobernado.

" En atención a las diversas acepciones del vocablo y de la idea de "garantía" dentro del campo del derecho, nosotros prescindiremos de los múltiples significados que tienen, para contrarrestar el concepto respectivo a la relación jurídica de supra a subordinación de que vamos a hablar, y de la que surge el lla-

mado 'derecho público subjetivo' del gobernado y que equivale, en cierta medida al derecho del hombre de la Declaración Francesa de 1789 y de nuestra Constitución de 1857".³⁷⁾

En el contexto de nuestra Ley Fundamental, las garantías individuales implican los derechos del gobernado frente al poder público y no los complicados mecanismos para la seguridad y - eficacia del Estado de derecho.

La relación entre garantía individual y derechos del gobernado se dió desde la Constitución Mexicana de 1857, cuando el constituyente pretendió reconocer los derechos que hasta entonces se proclamaban provenientes de Dios, y ante la imposibilidad de enmarcarlos en un catálogo, se instituyeron las garantías que aseguraron el goce de esos derechos, de tal manera -- que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas.

"Podemos concluir que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías que son su medida, son ideas individuales y concretas".³⁸⁾

a) Derecho Natural y Iusnaturalismo.

"La concepción tradicional ---aristotélico-tomista--- del -- derecho natural resuelve satisfactoriamente el problema que -- consiste en determinar cual es el fin propio, específico del derecho. De acuerdo con esta concepción, el derecho natural -- no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de -- normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales

37) Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., pág. 165.

38) "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO". tomo II . Ed. Porrúa., -- México, D.F., 1985., pág. 206.

---supremos, evidentes, universales--- que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico."39)

El derecho natural pretende ser lo justo permanente como encarnación del ideal de justicia que inspira unos y otros derechos naturales. Todo derecho natural pretende alcanzar normas justas, absolutas y permanentes que establezcan el criterio para la creación del derecho positivo.

" Tal es el concepto tradicional del derecho natural. Queda por completar tal concepto con la referencia a lo natural de ese derecho. Lo natural de él está en que no interviene la voluntad del hombre y en la espontaneidad o necesidad de su establecimiento y de su modo de existencia. No está en los hombres optar o no por los principios del derecho natural, sino que les es impuesto y forzoso ese derecho".40)

Lo natural significa validez permanente y objetiva de los principios en cuestión, y no lo natural en el sentido de los fenómenos naturales, sino en el sentido de la certeza de su existencia. Cuando decimos "argumentar en contra de lo natural" queremos decir: es lo verdadero o efectivo; o cuando para calificar de errónea una tesis se dice " eso es antinatural" se toma el vocablo "natural" como lo válido objetivamente.

39) Preciado Hernández, Rafael, ob. cit., pág. 235.

40) Terán Mata, Juan. "FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. Porrúa., México, D.F., 1964, págs.227 y 228.

En conclusión, "...El problema del derecho natural consiste en postular un orden universal permanente y forzoso frente al orden histórico, contingente y concreto, del derecho positivo... El concepto tradicional acerca del derecho natural ha sido ofrecido así como aquí derecho que tuviese validez universal y necesaria para todo lugar y tiempo...Requiriendo justificación la presencia y la existencia o postulación del derecho natural, se encuentra la raíz de su valuación en la significación misma de las palabras o de los conceptos implícitos en su denominación; contraponiendo lo jurídico natural con lo jurídico positivo, se descubre que lo jurídico en el derecho natural es lo justo y no lo impositivo y efectivamente coercible".⁴¹⁾

No debe indentificarse al derecho natural con el iusnaturalismo, ya que el segundo tiene en su significado el concebir o pensar y sostener, como todo "ismo", que lo determinante, o fundamento último de la vida jurídica es el derecho natural; es decir, lo jurídico natural.

Las múltiples doctrinas conocidas a lo largo de la historia con el nombre de iusnaturalismo, constituyen en rigor una actitud estimativa frente al derecho, y postulan la existencia de un orden jurídico cuya validez depende exclusivamente de su justicia. A pesar de la denominación común, las concepciones iusnaturalistas están muy lejos de coincidir entre sí, no hay una, sino múltiples teorías sobre el derecho natural. Las discrepancias no sólo atañen a aspectos secundarios, sino que a menudo radican en puntos de capital importancia.

41) Idem.

La única coincidencia entre tales doctrinas estriba en la afirmación de que existe un derecho que vale por sí y en sí, es decir, de manera objetiva. La misma tesis se formula diciendo que la obligatoriedad del derecho no depende de elementos formales o sociológicos, sino del valor intrínseco de sus preceptos.

Una primera causa de desacuerdo procede de la actitud de los iusnaturalistas frente al derecho positivo.

Mientras algunos niegan a éste. categóricamente, el carácter de derecho, otros estiman que sólo tiene tal carácter en la medida en que realiza determinados valores.

La primera posición implica un monismo iusnaturalista, la segunda ha recibido el nombre de teoría de los dos órdenes.

El monismo iusnaturalista es la antítesis del positivismo jurídico. De acuerdo con esta posición no hay más derecho - que el que efectivamente regula la vida de una comunidad en un momento dado de su historia.

Los partidarios del monismo iusnaturalista piensan, en cambio, que el derecho positivo, en cuanto tal, es una manifestación de fuerza.

La teoría de los dos órdenes admite la existencia del derecho positivo y del derecho natural, sin embargo, se subordina la existencia de dicho derecho positivo al derecho natural. A su vez, dentro de esta posición, cabe distinguir -- dos corrientes:

El iusnaturalismo extremado, que afirma la preponderancia completa del derecho natural. El jurista tiene por tarea el estudio de este derecho, ya que es el único que podrá darle verdadero conocimiento. El derecho positivo, mudable y transitorio, es un hecho despreciable como materia de conocimiento y cae junto a los hechos, y como uno de ellos, fuera de la atención del jurista. El estudio del derecho natural permite al jurista describir los principios más generales y, a partir de ellos, los más específicos y llegar de esta suerte al esclarecimiento del verdadero código de derecho natural, apto para regir por sí las relaciones entre los hombres. Esta es la vertiente seguida por la denominada escuela clásica -- del derecho natural.

El iusnaturalismo atenuado, sostiene que el derecho natural no basta por sí para regir las relaciones humanas y tiene un complemento necesario en el derecho positivo.

El conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo se hace así raro y los casos concretos son juzgados preferentemente por normas de derecho positivo. Esta es la posición del tomismo. Es una posición cautelosa pero, en cuanto corriente sostiene que, por raro que sea el caso de conflicto entre el derecho natural y el positivo, en caso de ocurrir debe darse prioridad al primero.

El derecho natural representa en suma lo permanente, lo constante, lo eterno, lo universal y lo absoluto, es como la naturaleza, como Dios y como la razón, inmutable y absoluto común a todos los tiempos y a todos los pueblos.

El derecho natural no es sólo una pauta para contrastar al derecho positivo, sino que tiene por misión sustituir a éste en todos los casos en que se halla en contradicción con él.

"... Supuesto que el derecho es un reglamento externo de la vida social, no puede tener, racionalmente, fines contrarios a los que rigen la convivencia humana. Se dirá: ¿ no se pueden considerar como fines de esa convivencia, el orden y la paz?. A esto debemos contestar que el orden postula en el campo de lo social un fin, implica una subordinación de medios a fines, fines que se reducen a la noción del bien común. Y la paz es un valor derivado, es el resultado de un orden jurídico eficaz y justo: es la tranquila convivencia que produce el orden del derecho. La paz social y el orden se resuelven, así en las nociones de seguridad, justicia y de bien común. Son éstas categorías los criterios racionales que presiden y rigen la actividad social; y como el derecho es regulación de la vida social, se impone como conclusión que no puede tener otros fines, ni mucho menos fines opuestos a los que racionalmente constituyen el término natural de la actividad social".⁴²⁾

El contenido del derecho natural no incluye un mínimo de normas que sólo representan una orientación, como tampoco -- cualesquier regla razonable de la actividad social, aún cuando no constituyan un principio necesario para organizar la convivencia humana de acuerdo con la razón.

El derecho natural no es un conjunto de normas deducidas en una noción abstracta de la naturaleza humana, pero tampoco es la sola idea de justicia o de finalidad en el derecho. Comprende el derecho natural los criterios rectores de la --

42) Preciado Hernández, Rafael, ob. cit., pág. 236.

vida social, así como aquellos principios necesarios para la organización de la convivencia humana, fundados en la naturaleza racional, libre y sociable del hombre. Lo natural no es -- aquello instintivo del hombre, no son impulsos espontáneos, -- sino la naturaleza humana es racionalidad y libertad traspasando los propios instintos, gobernando al hombre en un sentido armónico de facultades y fuerzas, de tal manera que el hombre descubre su propia ley en las manifestaciones espontáneas no sólo instintivas, sino de su tendencia, de su voluntad y su razón. Es la razón la que permite conocer las variadas potencias o facultades del alma, así como los actos que la perfeccionan, y establecer el orden jerárquico de los mismos, y sin embargo, la razón no es un criterio, sino el instrumento que descubre el orden y los principios que la presiden, a la vez -- que aplica esos principios.*

b) Derecho Positivo y Juspositivismo.

El concepto del derecho es a la idea del derecho lo que el ser al deber ser. El derecho es un hecho perteneciente al mundo del ser, sin que sea factible derivar el concepto del derecho inductiva y empíricamente de los fenómenos jurídicos, pues sería necesario para ello que tales fenómenos jurídicos empezaran a ser conocidos como tales, como fenómenos de derecho. Por tanto el concepto de derecho es un concepto "a priori", que sólo puede ser definido por vía deductiva.

* Conviene aquí precisar una definición de naturaleza. (lat. - natura, ingl. nature, fran. nature, alemán. natur, ital. -- natura). La sabiduría es el primer término, la naturaleza -- es el último. La naturaleza es la imagen de la sabiduría y es la última parte del alma y como tal no tiene en sí más -- que los reflejos últimos de la razón. La inteligencia tiene en sí toda cosa, el alma del universo recibe las cosas eternamente y ella es la vida y la eterna manifestación del intelecto, pero la naturaleza es el reflejo del alma en la materia. En ella o también antes de ella, la realidad termina ya que ella, es el término del mundo intelegible y, aparte de ella, no hay mas que imitaciones.

También el derecho es un fenómeno cultural; y lo es el mismo concepto del derecho, un concepto cultural. Ahora bien, los - conceptos culturales no son ni conceptos axiológicos ni puros conceptos ontológicos, son mejor dicho conceptos que se refieren "al valor". El derecho es en suma el conjunto de los hechos críticos cuyo sentido se cifra en realizar la justicia, - ya sea que la realicen o no, es derecho aquello que tiene como sentido poner en práctica la idea del derecho.

En resumen, el concepto del derecho debe comprender "1) - que el Derecho debe tener una realidad, presentar por ejemplo, la forma empírica de una ley o una costumbre; dicho en otros términos, que debe ser positivo; 2) que, en cuanto materialización de la idea del Derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad, es decir, que debe ser normativo; 3) que, por proponerse la realización de la justicia, debe regular la convivencia humana; debe tener por tanto, carácter social; 4) que por virtud de la justicia a que aspira, debe establecer la igualdad para todos - en cuanto afecte; debe tener, por consiguiente, carácter general.

El derecho puede, pues, definirse como el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social".⁴³⁾

Quando las manifestaciones de voluntad del Estado carezcan de estos requisitos no serán más que afirmaciones de poder carentes de significado jurídico.

El concepto del derecho es como ya se dijo, "a priori", no se deriva inductiva o empíricamente de los hechos jurídicos, sino que es más bien el que permite concebir estos hechos jurídicos como tales.

43) Radbruch, Gustav. "INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. F.C.E., México, D.F., 1955, pág. 47.

En resumen, por derecho positivo debe entenderse el derecho establecido y existente para un tiempo y lugar determinados, - es necesariamente histórico y por lo tanto no se trata de un - derecho derivado de la pura razón.

El problema del derecho natural frente al derecho positivo estriba en que para que exista el segundo no es necesaria justificación alguna, puesto que se encuentra en todas las comunidades, en contraste no es patente la presencia del derecho natural. Se podría afirmar que la existencia del derecho positivo es espontánea y naturalmente dada, se tiene experiencia de él en forma inmediata por las penas que se aplican, por las obligaciones que son impuestas, pero cuando se habla del derecho - natural, ya no resulta tan inmediata la experiencia. El derecho positivo no natural, es sentido espontáneamente, en cambio, el derecho natural requiere que se justifique su postulación.

El positivismo sostiene la prevalencia del derecho positivo, entendiéndolo por tal el establecido o "puesto" por los órganos - de la comunidad. A su vez, desde esta posición, cabe distinguir dos tendencias:

El positivismo extremado, que afirma la inexistencia del derecho natural: se trata de una hipótesis ideológica, mediante - la cual se pretende atribuir existencia objetiva o valoraciones que no existen subjetivamente en la mente del autor. Este positivismo crudo va siempre unido a un relativismo y escepticismo en lo que se refiere a la objetividad de la justicia y los valores jurídicos. Podemos mencionar como representante máximo con

temporáneo de esta tendencia a Hans Kelsen, llevando al extremo las consecuencias de dicha posición, quien sostiene que la creación normativa está sometida solamente a ciertas estructuras formales pero que, dentro de ellas, dicha creación es completamente libre y depende del completo arbitrio del órgano.

Por su parte el positivismo atenuado sostiene que hay que considerar como objeto propio de estudio en primer lugar, las creaciones de los órganos de la comunidad (en forma más simple: la ley), pero que admite, junto a ella y en forma complementaria, la presencia del derecho natural.

El iuspositivismo es "más que una exclusión del iusnaturalismo. Importa una adecuada aplicación al campo jurídico del principio positivista rectamente entendido como principio de la fundamentación científica.

"Significa que el jurista deberá controlar sus afirmaciones con los datos que le suministre la realidad, teniendo en cuenta que ésta presenta un carácter histórico-contingente, mudable en el tiempo y en el espacio. No interesa que en el desenvolvimiento de las ideas las diversas escuelas hayan sostenido cosas diferentes acerca de la realidad (para unos está constituida por las leyes; para otros, por la voluntad del legislador; para los demás allá, por las órdenes emanadas del soberano, o por el conjunto de normas que derivan de una autoridad, o por hechos sociales, o por los intereses en conflicto en el seno de la sociedad, o en fin, por la conducta humana).

"Estas variantes buscan una definición más precisa del iuspositivismo y del objeto de la ciencia jurídica, pero todas ---- ellas se mueven dentro de la idea fundamental que caracteriza al iuspositivismo en su conjunto --- idea que es la base de común entendimiento para los científicos de las escuelas más diversas, que sirve para constituir desde principios del siglo - XIX una ciencia jurídica --- y que podemos definir así: la ciencia jurídica moderna funda sus afirmaciones en los datos de una realidad histórica, mudable y contingente , variable en el ---- tiempo y el espacio ".⁴⁴⁾

" La positividad, como mera facticidad o expresión de una - voluntad arbitraria, e incluso como una regularidad impuesta - por medio de la fuerza, no constituye una positividad jurídica ya que ésta representa una técnica elaborada por un poder social, de acuerdo con los principios racionales que rigen toda convivencia humana, no es exacto por tanto, que el orden jurídico positivo sea autónomo, independiente, producto exclusivo de la voluntad de aquellos que logran imponerse de hecho a los de más miembros de una sociedad; por el contrario, quienes ejercen un poder social, así como las reglas que establecen, están sometidas a los principios antes mencionados, pues son tales - principios los que legitiman el poder dándoles el carácter de autoridad política, y los que hacen de las reglas sociales verdaderas normas jurídicas; esto significa que el derecho positivo no es un orden cerrado y completo, sino que participa de diversos órdenes: del orden social, del orden normativo, del orden ético, y a través de ellos, del orden universal; y como -- este orden universal es el plan de la creación en la mente divina, es en el autor de la naturaleza en quien encontramos el

⁴⁴⁾ Aftalión, Enrique, ob. cit., pág. 376.

fundamento último del propio derecho positivo. "Toda ley es, - en cierta medida, un pensamiento y don de Dios". 45)

La positividad del derecho no es otra cosa que la mayor o - menor eficacia poseída en cierto momento por una norma, eficacia que es variable en relación a determinados factores.

" Si la positividad consiste en la facticidad o eficacia de un ordenamiento jurídico, o en el hecho de que emane de un poder social, de una autoridad política, se trata de una nota -- más, que unida a otras notas implicadas en la noción del derecho integra este concepto complejo: derecho positivo. Lo positivo no es entonces, el derecho, sino uno de los ingredientes del derecho. Pero si por el contrario es la facticidad la que convierte en jurídica una regla de conducta social, lo positivo viene a ser, ya no una nota esencial o propia del derecho, - sino la esencia misma del derecho.

Por este camino lógicamente se llega a identificar los términos "hecho" y "derecho", y más adelante se afirma "el derecho de la fuerza" y se desconoce "la fuerza del derecho". 46)

En el pensamiento moderno se llega a distinguir al derecho vigente del derecho positivo, considerando al primero como el formalmente válido, y al segundo como el eficaz o fáctico, el pensamiento tradicional, refiere lo positivo del derecho a la intervención de la voluntad, individual o colectiva, preservando la noción de derecho natural para los principios o normas - que se fundan en la naturaleza racional, libre y sociable del ser humano. De acuerdo con este criterio hay diversos tipos - de positividad para el derecho, y no exclusivamente el de la -

45) Preciado Hernández, Rafael, ob. cit., pág. 157 y 159.

46) Idem, pág. 151.

eficacia o facticidad.

El derecho vigente, aún cuando no es fáctico o eficaz, es de recho positivo desde el momento que representa una aplicación de principios o normas de derecho natural. El derecho es positivo por diversas razones: por ser el derecho de una sociedad, por ser el derecho vigente, por ser eficaz o fáctico, por contar con medios coercitivos para imponer sanciones, y en fin, -- porque de algún modo la voluntad interviene en su formación -- eligiendo formas e instituciones sociales, que se convierten -- en jurídicamente obligatorias.

En la elaboración del derecho positivo, intervienen dos factores; el dato y la construcción.

El dato es toda realidad en cuanto es considerada como término de actividad intelectual u objeto de conocimiento.

Conocer es aprehender la esencia de las cosas y sus relaciones, en un fundamento real, este punto de partida de todo conocimiento científico no es producto del entendimiento humano, -- sino que éste lo descubre, lo contempla, lo aprehende, siendo el dato el objeto por ende de todo conocimiento científico.

La construcción ya no es estrictamente objetiva y trascendente, sino que tiene mucho de convencional y de subjetiva. -- Viene a ser la técnica o procedimiento de que se vale el hombre para lograr un conocimiento organizado y especialmente para aplicarlo a un fin práctico.

Podemos distinguir cuatro tipos de datos: 1) el dato real, que abarca el conocimiento de las realidades físicas, biológicas y psicológicas, y de las leyes que las rigen; 2) el dato histórico, que consiste en la historia misma de las instituciones jurídicas, el conocimiento de su desarrollo o evolución; 3) el dato racional, o sea el derecho natural, los principios que rigen la humanidad; y 4) el dato ideal o aspiraciones humanas que influyen en las instituciones jurídicas positivas.

El dato es punto de partida del conocimiento teórico, y la construcción es la base del conocimiento práctico, ya que éste aplica esa verdad a la dirección de nuestros actos. En el orden teórico reina la necesidad, en el práctico lo contingente, siendo aquí donde cabe la elección, puesto que se puede llegar al mismo resultado poniendo en práctica múltiples procedimientos. La construcción es por eso, subjetiva y convencional.

La positividad y la racionalidad son dos notas fundamentales del derecho. El derecho es positivo, porque se refiere necesariamente a una sociedad de hombres que supone una autoridad concreta que supone a su vez, una técnica, un cuerpo o conjunto de medios ordenados a la realización de los fines fundamentales de la convivencia humana.

El derecho es racional, porque consiste en una regla de razón que se ajusta a los datos materiales y espirituales antes mencionados, derivando de ese ajustamiento su eficacia, desde el punto de vista deliusnaturalismo.

" Todo derecho humano es, insistimos, positivo y racional - al mismo tiempo; por esto consideramos errónea la teoría de -- los dos órdenes que distingue realmente el orden del derecho - positivo del orden del derecho natural. La distinción es co-- rrecta conceptualmente; pero en la realidad todo derecho es po sitivo, según explicamos antes ---puesto que siempre es el de-- recho de una sociedad humana concreta---, y racional o natural, dado que son los principios de la razón práctica los que dan - validez normativa a las reglas jurídicas, distinguiéndolas de las reglas impuestas por la fuerza ".47)

c) El Texto del Artículo 1o. de la Constitución Mexicana de 1857 y la Postura que Adoptó el Constituyente.

El citado artículo estableció que:

" El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre - son la base y el objeto de las instituciones sociales. En - consecuencia, declara que todas las leyes y todas las auto- ridades del país deben respetar y sostener las garantías -- que otorga la presente Constitución".

Conlleva el citado precepto la tesis iusnaturalista que con vehemencia defendió Don José María Lozano diciendo: " Notemos que nuestro artículo constitucional no dice que el pueblo mexi- cano declara o establece, sino que reconoce. Anterior, pues a la Constitución e independiente de ella, es el hecho que se li mita simplemente a reconocer como tal.

"Los derechos del hombre son la base de las instituciones so ciales y son al mismo tiempo su objeto. Una institución en -- que se desconozca como base los derechos del hombre será vicio

47) Preciado Hernández, Rafael, ob. cit., pág. 156.

sa. Además el insigne tratadista extremaba su acendrada devoción por los derechos humanos a tal punto, que llegó a considerarlos superiores al interés general, aseverando al respecto que: " en el conflicto entre el interés social y el interés individual hay que sacrificar éste; pero en el que pueda haber entre el interés general y el derecho de un solo hombre, guardémonos de creer que en algún caso sea lícito sacrificar el derecho individual, el derecho de un hombre, por más que se trate del último, del más oscuro y miserable de los habitantes de la República". 48)

Dicha consagración de lo que se llamó derechos del hombre - implantó un régimen individualista que respetaba los derechos concedidos al hombre por su Creador para el logro del bienestar.

Considerando que los derechos del hombre son "todos aquellos que en esta calidad necesitan para llenar las condiciones de su desarrollo físico, moral, doméstico y social, que le son inherentes, que atacarlos, es atacar la conservación física o moral del hombre en el terreno doméstico, social y político",⁴⁹⁾ puede decirse que el pueblo mexicano vino a contraer una obligación sagrada con los hombres, sin distinción de nacionalidad, que esta obligación consistía en dar todo género de garantías para todos los derechos del hombre que reconocía como base y objeto de sus instituciones sociales, siendo que a éste solemne compromiso de guardar y hacer guardar todos los derechos del hombre, se agregó de una manera explícita, y por vía de consecuencia, la obligación de que todas las autoridades y las leyes respetarían y sostendrían las garantías que otorgaba la Constitución de 1857.

48) Citado por Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., pág.191.

49) Montiel y Duarte, Isidro. " ESTUDIOS SOBRE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES". Ed. Porrúa., México, D.F., 1979, pág.26.

Los derechos del hombre que nuestra Constitución reconocía como base de toda institución social, son aquellos que indistintamente corresponden a todo hombre.

"Mas debe decirse todavía, y es que reconocido un derecho como de los primitivos, inalienables e inalterables del hombre y verificada alguna contradicción entre él y la prescripción de alguna ley, deberá ésta ser reformada por el legislador, en consecuencia práctica del principio establecido en el artículo 10.

"Después de constituida esta obligación, relativa al legislador, impónese otra más general, declarando:

Primero. Que el legislador y todas las autoridades del país tienen obligación de respetar las garantías que otorga la Constitución, es decir, que no deben contrariarlas con sus actos.

"Segundo. Que no solo deben respetar, sino sostener además tales garantías, en cuyos términos se impone a todas las autoridades el deber de procurar en su línea el remedio adecuado al mal en que consista el ataque dirigido a aquellas.

"Los de la primera consisten en los medios que debe emplear el legislador para atender el derecho del hombre, que por omisión no esté atendido en la ley y reformar aquellos que contraríen algún derecho de este género.

"Los de la segunda consisten en las abstenciones a que está obligado todo funcionario público, incluso el legislador, de -

todos aquellos actos que sean atentatorios contra las garantías constitucionales, así como en reparar con leyes, con providencias administrativas o autos y decretos judiciales los daños -- causados a la sociedad o al individuo por medio de atentados -- contra las garantías constitucionales".⁵⁰⁾

También el precepto en comentario implantó el liberalismo como régimen de relaciones entre el Estado y los gobernados, - al estimarse como base de toda prosperidad a las instituciones como un medio seguro para establecer armonías, procurando alejar cuanto pudiera producir choques y resitencias, colisiones y conflictos.

El artículo 10. de la Constitución de 1857 contiene una de claración de carácter dogmático en el sentido de que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones - sociales, fijándose de esta manera, el fin del Estado.

La segunda parte del precepto en comentario indica que es la Constitución la que otorga garantías, las cuales deben ser respetadas y sostenidas por todas las autoridades del país.

Una pertinente observación es que la Constitución de 1857 no declaró cuáles eran los derechos del hombre considerados - específicamente, sino que considerándolos como una verdad incontrovertible, se contrajo a enunciar las garantías concedidas al individuo para asegurarlos.

50) Idem, págs. 25 y 26.

Al mencionar en sus veintinueve primeros artículos dichas garantías, por su simultaneidad lógica reconoció los primordiales derechos humanos, identificando así a éstos con aquellas.

" Sin embargo, no se debe dejar de advertir que varias de las garantías consignadas en tales preceptos no corresponden a un auténtico "derecho del hombre", según la idea respectiva -- del jusnaturalismo, o sea, a un "derecho del ciudadano", esto es, a un derecho que el hombre tiene, no en su calidad de tal, sino como miembro de la colectividad dentro de cuyo concepto se comprenden, por lo general, las llamadas "garantías de seguridad jurídica". Es importante subrayar que esta distinción -- la hacía en el fondo la Declaración Francesa de 1789, al referirse a los "derechos del hombre y del ciudadano", como conceptos jurídico-políticos diferentes".⁵¹⁾

Don Mariano Coronado al efecto nos dice que: "Al asentar el primer artículo de nuestra Constitución que 'el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales', no hace mas que acatar las verdades que someramente hemos enunciado. La nación, efectivamente, afirma la existencia de esos derechos que no son manifestaciones múltiples de la libertad, considerándolos como caracteres distintivos de la personalidad humana, como creaciones de la naturaleza que el hombre no puede desconocer ni destruir. Son base de las instituciones sociales, porque sin ellas sería imposible el Estado, tal como la ciencia moderna lo concibe, realizando y sosteniendo el derecho; y objeto de las mismas instituciones, porque, como hemos dicho, los órganos y las funciones del Estado deben tener por mira el bienestar general, en su más amplio y elevado sentido; y no podría --

51) Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., pág. 147.

lograrse ese ideal del bien público, desconociendo o sofocando la libertad, que es facultad esencial para que el hombre se -- conserve y progrese....

" ... la segunda parte del artículo 10. preceptúa que las -- leyes y las autoridades de toda clase y categoría deben res-- petar y sostener las garantías que afianzan los repetidos dere-- chos, para evitar que la ley disponga algo en contra de ellos que los desnaturalice o desconozca, y que una autoridad ejerza actos con el mismo propósito. Mas no solo se veda el atentar -- contra aquellos, sino que se ordena a las propias leyes y auto-- ridades que sostengan las mencionadas garantías; esto es, como manifestó la Comisión respectiva del Congreso Constituyente, -- debe hacerse por medios pacíficos y legales, en la medida de -- las facultades que correspondan a cada autoridad, más no de un modo violento y subversivo".⁵²⁾

Del artículo en comento, cabe resaltar la tendencia positiva que en el fondo arraigó el constituyente al reconocer la nece-- sidad de consagrar positivamente los derechos humanos para ase-- gurar su cumplimiento y eficacia mediante el establecimiento -- de medios procedimentales con los cuales garantizar su ejerci-- cio, haciéndose evidente la distinción entre derechos del hom-- bre y garantías individuales, al considerarse aquellos como -- inherentes al hombre y concedidos por su creador, y a las últi-- mas como restricciones consignadas en la propia Ley Fundamen-- tal a la actividad de las autoridades con el fin de garantizar el desarrollo de tales derechos; criterios que asimismo enmar-- can dentro de su inspiración jusnaturalista el reconocer la -- necesidad de origen formalista de consagrar en el derecho posi

52) Coronado, Mariano. "ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL ME-- XICANO". Edit. UNAM., México, D.F., 1977, pág. 15.

tivo tales derechos del hombre, y con ello, admitir que esos derechos no son supraestatales ni anteriores al ordenamiento jurídico positivo.

d) El texto actual del Artículo 1o. de la Constitución General de la República y el Origen formal de las Garantías Individuales.

Nuestra vigente Constitución se aparta de la doctrina individualista, dejando de considerar a los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales, y concibiéndolos como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los gobernados, considerando que el pueblo constituido políticamente en Estado es el único depositario del poder soberano, por lo cual expresa que las garantías individuales son creadas o instituidas por el orden jurídico constitucional.

El mencionado precepto textualmente dice:

" En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará - de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Nuestra actual Ley Fundamental se inclina hacia la teoría "rousseauiana" que afirma que las garantías de que gozan los individuos frente al poder público se otorgan a éstos por la propia sociedad, titular singular de la soberanía, en virtud de la renuncia hecha por los miembros de dicha sociedad a sus prerrogativas las cuales son posteriormente restituidas a los sujetos como una gracia o concesión y no como una necesidad.

Por otra parte y a diferencia de la Constitución de 1857, que consagraba únicamente garantías individuales como medios protectores de los derechos del hombre, la vigente Constitución consigna además las llamadas "garantías sociales"; las cuales integran un conjunto de derechos otorgados a determinadas clases sociales con el fin de equilibrar su situación socioeconómica y que están contenidas en los artículos 27 y 123 constitucionales, que se refieren a las materias agraria y laboral, respectivamente.

En resumen, la actual Constitución al abandonar la tesis iusnaturalista, no alude a la distinción fijada por el Código Político de 1857 entre "derechos del hombre" y "garantías individuales" nuestra vigente Ley Fundamental según lo declara en su artículo primero "otorga" garantías al individuo, pero no como consecuencia de "derechos naturales", sino en su calidad de "gobernado", es decir, como sujeto cuya esfera jurídica puede ser afectada -- por actos de las autoridades estatales realizados en el ejercicio del poder de impero.

En consecuencia, y con fundamento en una tesis iuspositivista los derechos del gobernado para la Constitución de 1917 no equivalen a los derechos del hombre, esto es, no son anteriores ni -- necesaria o ineludiblemente reconocibles por ella, sino que derivan de la relación jurídica en que se traduce toda garantía -- individual como veremos posteriormente.

B) Definición de Garantía Individual.

Una somera definición sería la de enunciarla como "conjunto

de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos ⁺ o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen".

Nosotros sin embargo, por garantía individual entendemos - "la relación jurídica de supra a subordinación que vincula en sus extremos al gobernado como sujeto activo y a los gobernantes como sujetos pasivos, y que da origen a un derecho subjetivo público y correlativamente a una obligación consistente en respetar el contenido de tal derecho".

Concurren en el concepto los elementos siguientes:

1. Relación Jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).
2. Derecho público subjetivo que emana de la mencionada relación en favor del gobernado (objeto).
3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades consistente en respetar tal derecho, así como de observar y - cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).
4. Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Suprema (fuente).

⁺ Individuo: Como adjetivo, individual o indivisible. En cuanto sustantivo, hombre, persona física.
Individual: Perteneciente al individuo; a uno de ellos exclusivamente.

C) Elementos de la Definición.

Las garantías individuales se traducen siempre en una relación de derecho entre el gobernado, persona física o moral -- por un lado, y el Estado por el otro, como entidad jurídica y política con propia personalidad y sus autoridades, cuya actividad se desarrolla en ejercicio del poder y en representación estatal.

La relación jurídica que implica la garantía individual -- tiene en sus extremos al gobernado, por una parte y las autoridades del Estado, por la otra, en razón de que la conducta -- de estas es la que de modo directo se halla limitada por dicho vínculo jurídico, sin embargo, como una autoridad no es -- una entidad que traduzca una voluntad propia en el desempeño de su actuación pública, debe considerársele como representante del Estado, ya que tal vínculo jurídico no se traduce sino en el ejercicio o desempeño de la propia garantía.

En las condiciones de vida de cualquier Estado o sociedad existen tres tipos fundamentales de relaciones:

1°. Las de coordinación, que son aquellos vínculos que surgen entre dos o más sujetos físicos o morales en su condición de gobernados. Estas relaciones se pueden encontrar previstas y reguladas en el derecho privado, pudiendo también ser im-- puestas integrando el derecho social.

2°. Las relaciones de supraordinación se establecen entre diversos órganos de poder o gobierno de un Estado o sociedad, --

regulando la actuación de cada uno de ellos; y si tal norma--ción se consagra por el derecho positivo, la rama de éste que la instituya configura tanto el derecho constitucional como - el administrativo en sus diversos aspectos orgánicos.

3°. Las relaciones de supra a subordinación surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano a diferencia de las explicadas anteriormente, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado, por el otro.

En este tipo de relaciones, la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado una actividad soberana o de gobierno, la cual se traduce en actos autoritarios - que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Un acto de autoridad es unilateral porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que se dirige o frente al que se realiza, es imperativo porque se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado, quien se encuentra obligado a obedecerlo, y es coercitivo, en virtud de que - si no se acata por rebeldía u oposición de la persona contra - quien se pretende ejecutar, puede realizarse coactivamente, me diante el empleo de la fuerza física.

La concurrencia de estos tres elementos integran los llamados actos de autoridad y de gobierno.

Cuando las relaciones de supra a subordinación se regulan

por el orden jurídico, su normación forma parte tanto de la Constitución como de las leyes administrativas, implicando en el primer caso las llamadas garantías individuales, por tanto, éstas de acuerdo con lo apuntado anteriormente, se traducen en relaciones jurídicas que se establecen entre el gobernado, por un lado y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro.

a) Sujetos de la Relación.- La relación jurídica de supra a subordinación en la cual se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.

Una primera dificultad en torno a la delimitación del sujeto activo de la garantía individual se originó cuando en las Constituciones que rigieron el destino de nuestro país durante el siglo pasado, se concibieron las garantías individuales como medios sustantivos constitucionales para asegurar los derechos del hombre. De la teleología de la Ley Fundamental de 1857, que impuso a los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales, se evidencia que las garantías constitucionales consignadas se establecieron para tutelar los derechos del individuo frente a los actos del poder público.

Atendiendo al sujeto como singular centro de imputación -- de las garantías se justificó con plenitud el término de "individuales".

Aún durante la vigencia de la Constitución de 1857 surgió el problema de determinar si las personas morales podrían -- ser titulares de las garantías individuales que como se dijo, se establecieron para tutelar los derechos del hombre, es decir, tal problema se suscitó en torno a la cuestión de si las personas morales o corporaciones que no son individuos ni tienen derechos del hombre, podrían hacer valer frente a cualquier acto de autoridad, la violación que en su perjuicio se cometiera de los preceptos en que las citadas garantías se consignaban.

Se arguyó que las personas morales por carecer de sustantividad humana carecían por ello de los derechos del hombre, y menos aún podían ser protegidas por los medios sustantivos -- que tutelaban esos derechos.

Fue Don Ignacio L. Vallarta, quien resolvió el problema de jando asomar un principio de extensión de las garantías individuales desde el punto de vista subjetivo, en cuanto al titular de las mismas, dejando de considerar a las garantías como individuales exclusivamente, para refutarlas susceptibles de disfrute por entes que no eran individuos, como las personas morales o jurídicas, argumentando en términos precisos el hecho de que aún cuando las personas morales no son seres humanos, sino ficciones de la ley, y de que en consecuencia no gozan de derechos del hombre, como entidades sujetas al imperio del Estado, sí podían invocar en su beneficio las garantías individuales, cuando éstas se violaran por algún acto de autoridad, lesionando su esfera jurídica.

En virtud de la dinámica social que vive nuestro país, se amplió aún más el radio de disfrute o de titularidad de las garantías individuales, y de modo especial se registró tal ampliación primordialmente a partir de la Constitución de 1917.

Surgen en el ámbito económico y social sujetos o entidades distintas de las personas morales de derecho privado. Se reconoce en la esfera laboral la existencia de organismos o asociaciones laborales o patronales, que se convierten en centros de imputación normativa.

En materia agraria surgen como entidades propias, "sui generis", las comunidades ejidales, y aún en el derecho administrativo y merced a la política económica del Estado, surgen con personalidad propia empresas de participación estatal y organismos públicos descentralizados.

En consecuencia, los sujetos como centro de imputación normativa bajo la vigencia de nuestra actual Constitución son los siguientes:

El individuo o las personas físicas, las personas morales de derecho privado, así como las personas morales de derecho social, las empresas de participación estatal y los organismos públicos descentralizados.

Dentro de la condición de gobernado, como centro de imputación normativa en la relación jurídica de supra a subordinación, se encuentran las personas físicas o individuos, las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, las empresas de participación estatal y los organismos -

descentralizados, en virtud de que todos estos sujetos pueden verse afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad.

Los preceptos constitucionales que demarcan y encauzan el desempeño del poder público frente a los gobernados se han --conceptuado como "garantías individuales" a consecuencia de --las teorías individualistas que han sobrevenido a lo largo de to--da nuestra historia política y jurídica.

El adjetivo "individuales" se traduce en entenderlas con--signadas sólo en favor del individuo, y no de todo sujeto en --posición de gobernado.

Incluso cualquier institución pública, aún siendo un órga--no o entidad centralizada o persona moral oficial o de derecho público, en un momento dado puede situarse en una relación ju--rídica de supra a subordinación frente a otro órgano del Esta--do, en su condición de tal, como realizador de la función de --imperio en su respectivo ámbito competencial; existen relacio--nes jurídicas de supraordinación que regula y rige el derecho público, pero puede suceder que una institución pública centra--lizada o un órgano estatal no despliegue frente a otro una con--ducta imperativa, o sea, que no desempeñe un acto de autoridad propiamente dicho, sino que se sitúe en el plano de gobernado.

En esta hipótesis, dicha institución pública centralizada deja de ser autoridad, y entre ella y el otro órgano estatal que conserva su poder de imperio, se establece una relación ju--rídica de supra a subordinación, regida por las normas consti--tucionales que instituyen las garantías individuales.

El órgano estatal de imperio, puede en consecuencia, violar las disposiciones que norman dichas relaciones en perjuicio de la institución pública que como gobernado se encuentre colocada frente a él en virtud de una situación especial.

Estas consideraciones condensan el fundamento teórico del artículo 9o. de la Ley de Amparo que hace procedente el juicio de amparo en favor de las personas morales oficiales, -- cuando un acto emanado de cualquier otro órgano de Estado, le siona sus intereses patrimoniales.

A guisa de resumen debe concluirse que:

1° Cualquiera institución pública o persona moral oficial, es decir, cualquier órgano centralizado o descentralizado del poder, puede colocarse frente a otro órgano del Estado en una relación jurídica de supra a subordinación.

2° En esa relación, la institución pública o persona moral oficial deja de ser entidad autoritaria, subordinándose a las decisiones de otro órgano estatal, y que frente a ella desempeña el "jus imperii".

3° Tal ejercicio del "jus imperii" frente a la institución pública o persona moral oficial debe ser acorde a las exigencias constitucionales consignadas en los preceptos de nuestra Ley Suprema que expresan las garantías individuales.

4° La institución pública o persona moral oficial, dentro de esta relación jurídica de supra a subordinación, disfruta de

los derechos establecidos en tales preceptos constitucionales.

5° Cuando por cualquier acto de autoridad se violan dichos preceptos en perjuicio de la institución pública o de la persona moral, ésta puede promover en consecuencia el juicio de amparo.

b) Sujeto Activo.- Este concepto se vincula indisolublemente al de acto de autoridad, es decir, actos emanados de los órganos de autoridad que para existir no requieren del consentimiento de la persona frente a la que se despliegan (unilateralidad), se imponen a la voluntad contraria (imperatividad) y obligan coactivamente a su obediencia (coercitividad).

Por gobernado o sujeto activo de las garantías individuales se debe entender a aquella persona en cuya esfera operan o van a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de naturaleza unilateral, imperativa y coercitiva.

Entre los diferentes tipos de entes jurídicos que caben en la denominación de gobernado, están en primer lugar las personas físicas o individuos en estricto sentido, constituidas por todo individuo que viva en el territorio nacional y con independencia de sus condiciones personales de nacionalidad, sexo, estado civil, etc.

El término "individuo" equivale al de ser humano en sustantividad biológica, con independencia de atributos jurídicos o políticos.

En la situación de gobernado, se encuentran también las -- personas morales, cuya capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones es creada por la ley, resultando evidente que cuando actúan como gobernados son titulares también de -- garantías individuales. La titularidad de las garantías individuales en favor de las personas morales es lógicamente factible cuando no se trata de garantías cuyo contenido se integre por atributos de naturaleza biológica, sino cuando la prerogativa sea propiamente de índole jurídica.

Pero no solamente la titularidad de las garantías individuales corresponde a las personas físicas y a las morales de derecho privado, sino que alcanza a las personas morales de -- derecho social y aún a las de derecho público.

Como se dijo anteriormente, el concepto de "individuo" corresponde a la idea de "governado", o mejor dicho, al de sujeto físico o moral cuya esfera de derecho es susceptible de -- constituir el objeto de actos de autoridad imputables a órganos estatales.

Por tanto, si dicha esfera pertenece a una persona moral -- de derecho social (sindicato, comunidad agraria, etc.), ésta tendrá el carácter de gobernado frente a los actos autoritarios de afectación correspondiente, o sea de "individuo" para los efectos de la titularidad activa de las garantías que expresamente consagra la Constitución.

También las personas morales oficiales o estatales deben considerarse como sujetos activos de la relación jurídica de supra a subordinación que entraña la garantía individual, en lo inherente a los actos de autoridad que lesionen sus intereses patrimoniales conforme a lo dispuesto por el artículo 9o. de la Ley de Amparo.

Por cuanto hace a los organismos descentralizados debe concluirse analógicamente, porque si su esfera jurídica es susceptible de afectarse por algún acto de autoridad, en consecuencia y en virtud de tal afectación pueden ostentarse como entidades gobernadas, por lo cual también son sujetos activos o titulares de garantías individuales en razón de la equivalencia conceptual entre "individuo" y "gobernado" que implica al artículo primero constitucional.

c) Sujeto Pasivo.- La relación jurídica que implica la garantía individual vincula al Estado y a sus autoridades, tales autoridades estatales son las directamente limitadas en cuanto a su actividad frente a los gobernados por las garantías individuales como expresiones de la limitación jurídica del poder de imperio; constituyendo el Estado el sujeto pasivo mediato de la relación jurídica respectiva.

En consecuencia el gobernado como titular de las garantías individuales tiene el goce y disfrute de éstas inmediatamente frente a las autoridades estatales y mediata e indirectamente frente al Estado.

Los organismos descentralizados pueden ser sujetos pasivos de la relación jurídica cuando ésta es de las del tipo de su-
pra a subordinación, o sea, cuando el mencionado organismo --
realice frente al particular algún acto de autoridad, y siem-
pre que la legislación respectiva prevea esa posibilidad.

d) El Objeto.- Los derechos y obligaciones que implica la re-
lación jurídica que existe entre gobernados y gobernantes, gra
vitan en torno a las prerrogativas sustanciales del ser humano,
considerándose como tales, la libertad, la igualdad, la seguri
dad jurídica y la propiedad.

Para el sujeto activo de la relación jurídica en que se tra
duce la garantía individual, ésta implica en favor de dicho su-
jeto, un derecho, una potestad jurídica que hace valer en forma
obligatoria frente al Estado de modo mediato y frente a las --
autoridades de éste en forma inmediata, surgiendo para ambos su
jetos pasivos de la relación, una obligación correlativa.

Constituyendo las prerrogativas fundamentales del hombre, -
parte del objeto que tutelan las garantías individuales, el de
recho establecido por la relación jurídica en que éstas se ---
traducen consiste en una exigencia imperativa que el gobernado
hace valer ante el sujeto pasivo de la relación aludida, en -
el sentido de que se le respete un mínimo de actividad y de se-
guridad indispensable para el desarrollo de la personalidad --
humana.

La facultad de exigir o reclamar al Estado y a sus autorida
des el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre,

tiene la naturaleza jurídica de un derecho subjetivo público.

La aludida potestad es un "derecho", porque se impone al Estado y sus autoridades, quienes están obligados a respetar su contenido, el cual se constituye generalmente por las prerrogativas fundamentales del ser humano. Dicha potestad prevalece aún sobre la voluntad estatal expresada a través de -- las autoridades a las cuales se halle sometida obligatoriamente.

La potestad en alusión es un derecho "subjetivo", en razón de implicar una facultad que la ley (Constitución) otorga al sujeto activo (gobierno) para reclamar al sujeto pasivo de la relación (estado y autoridades) ciertas obligaciones.

Otro atributo de la citada facultad es que se trata de un derecho subjetivo "público", por hacerse valer frente a un sujeto pasivo de tal índole como es el Estado y sus autoridades.

El derecho público subjetivo no es sólo atribuible a los individuos personas físicas, sino a todo ente que esté en la situación de gobernado, variando el contenido o materia de ese derecho en atención a la propia índole del gobernado, pues en cuanto a las personas físicas o individuos, el contenido o materia consiste básicamente en las prerrogativas fundamentales del hombre, y en cambio respecto a las otras especies se manifestará en su correspondiente esfera jurídica demarcada por el régimen normativo a que su estructura y funcionamiento se hallen sometidos.

Los derechos subjetivos pueden ser originarios o derivados en cuanto a su existencia frente al gobernado.

Son derechos subjetivos originarios aquellos que corresponden a una particular situación jurídica concreta, sin que requiera para su formación el cumplimiento o realización de un hecho o acto jurídico determinado, resultando por el contrario de una imputación jurídica abstracta, imputación o referencia que personaliza o particulariza ésta.

Por otra parte, los derechos subjetivos derivados pertenecen a una situación jurídica concreta creada por un acto o hecho concreto previo, el cual reproduce entre sujetos y partes determinadas, una situación jurídica abstracta.

Los derechos públicos subjetivos nacidos de la relación jurídica que implica la garantía individual son eminentemente originarios, ya que existen para el gobernado desde su nacimiento o formación, es decir, desde el momento en que es persona, pues en efecto, la titularidad de los derechos que integran el objeto de las garantías individuales surgen por la imputación directa e inmediata que hace la Constitución a los gobernados respecto a las situaciones jurídicas abstractas -- que se contienen en los preceptos que las instituyen.

Otra peculiaridad de los derechos subjetivos públicos en cuanto a su validez y exigibilidad frente al sujeto de la obligación correlativa es que son absolutos, y no relativos, es decir no tienen un obligado particular concreto y determinado, sino absoluto, desde el momento en que los derechos subjetivos

públicos derivados de ellas pueden hacerse valer contra cualquier autoridad del Estado que los viole o incumpla, existiendo en consecuencia, un sujeto obligado universal que se traduce en todas las autoridades del país.

No debe identificarse a la garantía individual o garantía del gobernado con el derecho público subjetivo.

El derecho subjetivo implica siempre la existencia de una correlativa obligación a cargo de un sujeto diverso de su titular. Un derecho subjetivo siempre se tiene y se ejerce contra alguien que está obligado a comportarse conforme a él. Por tanto, ese derecho coercitivo y la concomitante obligación coercible son correlativos necesariamente, pues entre los sujetos respectivos existe una relación prevista por la norma jurídica objetiva, relación sin la cual no puede haber ni derecho subjetivo ni obligación, ya que ella constituye la fuente de ambos, resultando que la relación como nexo que jurídicamente vincula a dos sujetos, genera para uno el derecho y para otro la obligación, es decir, dicha relación comprende tanto al derecho subjetivo como a la obligación correlativa de éste.

La garantía individual como relación jurídica no puede confundirse con el derecho público subjetivo que en todo caso surge de aquél. La garantía en su carácter de vínculo jurídico establecido constitucionalmente impone una obligación a las autoridades del Estado en beneficio de todo gobernado. Esta obligación es derivada de la juridicidad de la relación en que dicha garantía se revela, misma que, por el propio elemen

to, crea al derecho subjetivo público. Sin la juridicidad no habría ni derecho subjetivo ni obligación, y estarían regidos por el arbitrio de los gobernantes los vínculos de supra a -- subordinación, sin asumir obligación alguna frente a los go-- bernados, quienes lógicamente tampoco serían titulares de nin-- gún derecho subjetivo público.

Resumiendo, si la garantía individual se traduce en una relación jurídica de rango constitucional entre el gobernado y el gobernante, que genera al derecho público subjetivo en favor de aquél y la obligación correlativa a cargo de éstas, no es dable admitir la identificación de que se ha hablado, -- pues no es posible confundir al todo con alguna de sus partes.

Al engendrar la relación jurídica que implica la garantía individual para el gobernado un derecho, a su vez implica pa-- ra el sujeto activo y autoridad estatal o Estado una obliga-- ción correlativa, la cual se traduce en el respeto que el su-- jeto pasivo deber observar frente a los derechos públicos sub-- jetivos del gobernado derivados de la garantía individual.

El sujeto pasivo en observancia de dicha obligación, debe en términos generales, y según el caso, llevar a cabo una conducta positiva (activa), o un hacer o abstención (pasiva).

La mencionada obligación a cargo de todos los órganos es-- tatales tiene como fundamento directo el principio de juridi-- cidad, que trasciende en la ineludible subordinación de todos los actos del poder público a normas pre-establecidas.

De lo anteriormente expuesto debe deducirse que tal derecho en favor del gobernado y la obligación correlativa a cargo de las autoridades estatales y del Estado mismo que surgen de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual, - existen unilateralmente, en decir que no hay derechos u obligaciones recíprocas entre los sujetos activos y pasivos de tal vínculo.

Atendiendo a la nitidez de la garantía individual, el sujeto activo o gobernado sólo es titular de un derecho subjetivo público en contra de las autoridades estatales y del Estado -- mismo sin que a su vez, estén obligados hacia el sujeto pasivo.

En virtud del carácter de unilateralidad invocado, el Estado y sus autoridades no tienen ningún derecho, ninguna facultad de imperio frente al gobernado en la relación que implica la garantía individual, siendo sólo titulares de la obligación ya anteriormente especificada.

El distintivo de la unilateralidad de la relación jurídica en que se revela la garantía individual, se manifiesta en la -causación de los derechos y obligaciones que de ella se derivan para ambos sujetos, carácter equivalente a la circunstancia de que los derechos sólo se generan para el sujeto activo y las -obligaciones exclusivamente para el sujeto pasivo.

La postura positivista expresada en el origen y reconocimiento de la esfera de derecho que la ley crea, es decir, al crear el Estado por conducto del orden jurídico las garantías individuales en beneficio de los gobernados, correlativamente

impone a éstos en casos especiales determinados deberes en aras de cumplir un bien para la sociedad. Así surgió el concepto de obligación individual pública, o conjunto de prestaciones positivas o negativas impuestas al gobernado en favor del Estado, y en vía de ejemplo tenemos la que encierra el artículo 5o. constitucional al consignar la garantía individual de la justa retribución por trabajos desempeñados, imponiendo correlativamente al gobernado la obligación de prestar servicios militares.

e) La Fuente.- La juridicidad del vínculo entre gobernantes y gobernados descansa en un orden de derecho, en un orden normativo que rige la vida social. Este orden de derecho puede ser en cuanto a su forma, escrito o consuetudinario, sin embargo, debe responder a una categoría especial de normas. En efecto, la Constitución en la generalidad de los casos instituye los derechos públicos subjetivos, siendo por ello la fuente formal de las garantías individuales, que no es otra cosa que la relación jurídica de supra a subordinación ya explicada anteriormente y de la que derivan los derechos también ya aludidos.

La Ley Fundamental es pues, la que regula dicha relación.- Por ello, los derechos públicos subjetivos que traducen uno de los elementos de la garantía individual o del gobernado, son de creación constitucional acorde al artículo primero de nuestra Ley Suprema, sin que agoten su contenido en los denominados derechos del hombre, aún cuando los comprendan efectivamente, aunque sólo en referencia a un singular tipo de gobernado, como es la persona física o individuo.

Los derechos públicos subjetivos son preservados en el sentido de no poderse afectar válidamente por ningún acto del poder público sin que éste observe o acate las condiciones cuyo contenido integran en conjunto la seguridad jurídica dentro de un régimen de derecho, asegurando al titular su goce y ejercicio.

D) Clasificación de las Garantías Individuales.

Se dispone para la clasificación de las garantías individuales fundamentalmente de dos criterios: uno nacido de la índole formal de la obligación estatal surgida de la relación jurídica que implica la garantía individual y otro que toma en cuenta el contenido mismo de los derechos públicos subjetivos emanados de la relación formada en beneficio del gobernado.

Desde el punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal surgida de la relación jurídica que denota la garantía individual, ésta puede ser negativa (por cuanto impone al Estado y a sus autoridades un no hacer, una abstención), o positiva (obligando al Estado y a sus autoridades a realizar en beneficio del titular del derecho subjetivo público una serie de prestaciones, de hechos, que implican un comportamiento activo).

Considerando la validez de estas dos especies de obligaciones aludidas, las garantías que se impongan respectivamente al Estado y sus autoridades, pueden clasificarse en garantías materiales y garantías formales, comprendiendo el primer grupo - las libertades específicas del gobernado (igualdad y propiedad) y el segundo las de seguridad jurídica (audiencia y legalidad), asumiendo respectivamente el Estado y sus autoridades un rol -

concomitante a la naturaleza diversa de las citadas garantías, correspondiéndole en el ámbito de la garantía material la obligación respectiva de no hacer o de abstención, en tanto que en el caso de las garantías formales le corresponde una obligación de hacer, o sea, positiva. Por su parte el Dr. Juventino V. - Castro expresa:

"Ya hemos hecho nuestra adhesión plena al principio de que - el ser humano es libre, como requisito necesario para realizar se vitalmente. También nos hemos pronunciado por la posición según la cual esa libertad de acción precede al Estado que precede el poder público, y cuya teleología es mantener el orden jurídico que le permita lograr el bien común. Finalmente, sabemos del enfrentamiento de la persona humana a la autoridad de ---libertad individual al orden jurídico---, que sólo se resuelve mediante instrumentos equilibradores como lo son procedimientos legales que el Estado establece, ---y a los cuales acepta someterse ---, antes de invadir al campo de las libertades humanas y de sostener el orden jurídico.

"Por lo anterior y porque del texto constitucional aparece claro el reconocimiento de estos factores esenciales del fenómeno humano y del político. Hemos adoptado ---y adaptado--- la siguiente clasificación para el asunto de las Garantías constitucionales: a) Garantías de Libertad; b) Garantías del orden jurídico; y c) Garantías de procedimiento".⁵³⁾

Las garantías de libertad se refieren en opinión del citado autor a la libertad personal, a la libertad de acción, a la libertad ideológica y a la libertad económica.

53) Castro, Juventino V. "LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO". - Ed. Porrúa., México, D.F., 1974, págs. 43 y 44.

Las garantías del orden jurídico comprenden diversas garantías de igualdad, de competencia, de justicia y de propiedad.

Las garantías de procedimientos aluden a la irretroactividad, a la legalidad, la exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales.

Finalmente, desde el punto de vista del contenido del derecho subjetivo derivado de la relación jurídica en que se manifiestan las garantías individuales, éstas pueden ser: de igualdad (arts. 1º, 2º, 4º párrafo primero); de libertad (arts. 2º, 3º fracción VII, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 16 penúltimo párrafo, 24 y 28 párrafos primero, segundo y tercero); de propiedad (Art. 27º); y de seguridad jurídica (Arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 29).

"Si recorremos el articulado Constitucional que consagra las garantías individuales y que está compuesto por los veintinueve primeros artículos de la Ley Fundamental, se llegará a la conclusión de que el gobernado tiene varias esferas jurídicas oponibles y reclamables contra las autoridades del Estado.

"Estas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de - su situación de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, y al de su propiedad y a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste.

Por ende, el contenido de exigencias de los derechos públicos subjetivos que emanan de la relación en que se traduce la garantía individual consiste precisamente en oponer a las autoridades estatales el respeto y la observancia de esas diferentes esferas jurídicas".⁵⁴⁾

La clasificación anterior ha sido reconocida y adoptada en diversos ordenamientos jurídico-políticos, como son por ejemplo la Declaración Francesa de 1789, que estableció como derechos naturales imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Haciendo referencia a la igualdad como condición humana natural el artículo 10. de dicha Declaración.

"En México, la Constitución de Apatzingán, de 22 de octubre de 1814, clasifica las garantías o derechos del ciudadano en garantías de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, según advierte en su capítulo V. En el Proyecto de la Mayoría de 1842 también se acoge dicha clasificación en el artículo 70., así como en el de la Minoría del propio año dentro de lo que se llamaba 'Sección Segunda', bajo el título de 'De los derechos individuales'.

54) Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., pág. 194.

"En el proyecto posterior que los grupos mayoritarios y minoritarios elaboraron en noviembre de 1842 se reitera la citada clasificación en el título III, con el rubro de 'Garantías individuales'. Por último en el Acta de Reforma de 1847 se establece que 'para asegurar los derechos del hombre que la -- Constitución reconoce, una Ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los -- habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas'". 55)

En suma, aún y cuando ni la Constitución de 1857 ni la de -- 1917 consagraron expresamente los citados cuatro tipos de garantías, éstas se pueden adscribir a cada uno de ellos, en razón del contenido del derecho público subjetivo correspondiente.

E) Jurisprudencia.

Puede afirmarse que nuestro Máximo Tribunal no ha sido claro para manifestar en forma categórica cuál es la naturaleza jurídica de las garantías individuales, tan es así, que no se ha establecido en jurisprudencia firme un parámetro con el cual definir inequívocamente una postura en torno a este tópico, pudiendo sostenerse que la tesis positivista que se expresa en nuestra Carta Magna consistente en sostener que es el Estado quien crea los derechos públicos subjetivos derivados de la relación jurídica en que se traduce la garantía del gobernado, habrá de prevalecer sobre cualquier interpretación en contrario, toda vez que en rigor la postura del cons--

55) Idem, Pág. 195.

tituyente originario no puede ser cambiada o corregida, ni aún cuando en reiteradas tesis jurisprudenciales nuestro Máximo Tribunal adolezca de ambigüedad, anteponiendo a las razones del constituyente criterios de orden naturalista; pues si -- bién es de reconocerse a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, nunca por razones de orden jerárquico, podrá sustituir la idea original que sobre las garantías individuales adoptó nuestra Constitución General vigente.

En este contexto y aunque los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia en algunas ocasiones discrepan de la naturaleza formal de índole positiva que el constituyente otorgó a las garantías individuales (a nuestro entender más por cuestiones de carácter justificativo y axiológico, y por heterogeneidad de criterios), debemos aceptar que en general atienden a los elementos que en el fondo caracterizan a lo que hemos definido como garantías del gobernado.

A guisa de ejemplificar que la Corte no ha sostenido un -- criterio uniforme en torno a la naturaleza jurídica de las garantías individuales, conviene traer a cita las tesis siguientes:

"GARANTIAS INDIVIDUALES. Son propias de los individuos y no de la sociedad; ésta, en su conjunto, no puede tener derechos particulares heridos y, por lo mismo, garantías violadas, por lo que el Ministerio Público, en su carácter de representante de la sociedad, no tiene derecho a pedir el amparo.

T.V., p.109, Amparo agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal del Noveno Circuito, 8 de julio de 1919."

"GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Por su naturaleza jurídica constituyen, en la generalidad de los casos, limitaciones al Poder Público. y entre ellas se encuentra el artículo 16 de la Carta Federal, que establece de rechos del hombre que no pueden ser vulnerados por las autoridades, y constituye limitaciones impuestas a aquéllas y no a los particulares, por lo cual éstos no pueden violar esas garantías, ya que los actos que ejecuten y que molesten en su persona, domicilio, familia, papeles y posesiones a otros particulares, encuentran sus sanciones en las disposiciones del derecho común.

T. XXVII, p. 1063, Amparo penal directo, Gutiérrez Peñalé Higinio, 16 de octubre de 1929, mayoría de 3 votos."

"GARANTIAS INDIVIDUALES. SUJETOS DE. Las garantías individuales, en cuanto protegen derechos patrimoniales, no se conceden exclusivamente a las personas físicas, sino en general, a las personas jurídicas, esto es, a los individuos, a las sociedades civiles y mercantiles, a las instituciones de beneficencia y a las instituciones oficiales, cuando actúan en su carácter de entidades jurídicas, y tan es así, que el artículo 60 de la Ley Reglamentaria del Amparo, clara y terminante lo dispone, indicando que deberán ocurrir ante los tribunales, por medio de sus representantes legítimos o de sus mandatarios debidamente constituidos, o de los funcionarios que designen las leyes respectivas.

T. XXXIV, p. 1205, Amparo civil directo 148/29, agente del Ministerio Público Federal, 18 de febrero de 1932, unanimidad de 4 votos."

"GARANTIAS INDIVIDUALES. Los derechos que bajo el nombre de garantías individuales consagra la Constitución, constituyen limitaciones jurídicas, que en aras de la libertad individual y en respeto a ella, se oponen al poder o soberanía del Estado, quien, por su misma naturaleza política y social, puede limitar la libertad de cada individuo, en la medida necesaria pa

ra asegurar la libertad de todos; y la limitación de que se habla, debe ser en la forma misma en que se precisan o definen en la Constitución las citadas garantías individuales, siendo las leyes generales y particulares, el conjunto orgánico de las limitaciones normales que el poder público impone a la libertad del individuo, para la convivencia social dentro de las mismas garantías individuales, so pena de ineficiencia absoluta en caso de rebasarlas, porque entonces, dado el régimen de supremacía judicial que la Constitución adopta, se consigue la protección de las mismas garantías, por medio del juicio de amparo.

T. XL, p. 3630, Amparo Administrativo en revisión - - 3044/33, Cfa. Cigarrera Mexicana, S.A., 19 de abril de 1934, mayoría 3 votos."

"NACION, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PEDIDO A NOMBRE DE LA. De lo dispuesto por los artículos 103, fracción I, - de la Constitución Federal, y lo. fracción I, de la Ley de Amparo, se advierte que para la procedencia - del juicio de garantías, es necesario que quien lo - promueva, sea capaz de gozar de tales garantías, y por mas que la Nación sea una entidad jurídica, no - puede equipararse al individuo, en lo que se refiere a los derechos protegidos por la Constitución Federal. Esta protege los derechos fundamentales del individuo, contra las arbitrariedades de los diversos órganos del poder público, y con el objeto de mantener intactos esos derechos, instituyó el juicio de - garantías. En tales condiciones, se desvirtuaría el primordial objeto de dicho juicio, si se llegara al extremo de equiparar el Estado a una entidad individual que fuere susceptible de sufrir la violación de los derechos que garantiza nuestro Pacto Federal. En consecuencia, si la Nación promueve juicio de garantías, éste adolece de la causa de improcedencia que prevé el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de - Amparo.

Tomo LXXIII."

Agente del Ministerio Público Federal, adscrito al Juzgado Primero de Distrito en Tamaulipas.....	162
Agente del Ministerio Público, adscrito al Tribunal del segundo Circuito.....	8721
Agente del Ministerio Público Federal, adscrito al Tribunal del Segundo Circuito.....	8721
Agente del Ministerio Público Federal, adscrito al Tribunal del Segundo Circuito.....	8721
Agente del Ministerio Público Federal, adscrito al Tribunal del Primer Circuito.....	8721

" La Constitución, para proteger a los individuos contra la acción del Estado, lesiva de las garantías individuales, creó el juicio de amparo. Siendo en esencia las garantías individuales restricciones al Poder Público que salvaguardan los derechos fundamentales del individuo, - queda al margen de toda discusión que el Estado no goza de garantías individuales y, por lo mismo, no puede promover el juicio de garantías. A esta regla general le ha opuesto una excepción el artículo 9o. de la Ley de Amparo que dispone: las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la ley que se reclama afecte los intereses patrimoniales de aquellos. El porqué de esta excepción radica en que el Estado puede obrar con un doble carácter: como entidad pública y como persona moral de derecho.

En el primer caso su acción proviene del ejercicio de -- las facultades de que se halla investido como Poder Público. En la segunda situación obra en las mismas condiciones que los particulares, esto es, contra obligaciones y adquiere derechos de la misma forma que los individuos. Esta equiparación en el obrar indujo al legislador a dotar al Estado de los mismos derechos titulares - que al individuo, cuando aquél obra como persona moral - de derecho privado, derechos tutelares entre los que --- principalmente se encuentran las garantías individuales - que están protegidas por el juicio constitucional.

Informe correspondiente al año de 1954, págs. 71 y 72. - Segunda Sala."

"ESTADO, CUANDO ES PROCEDENTE EL AMPARO PROMOVIDO POR EL. El Estado, cuerpo político de la Nación, puede manifestarse en sus relaciones con los particulares, bajo dos fases distintas: como entidad soberana encargada de velar por el bien común, por medio de dictados cuya observancia es obligatoria y como entidad jurídica de derecho civil, porque poseedora de bienes propios que le son indispensables para ejercer sus funciones le es necesario también entrar en relaciones de naturaleza civil, con los poseedores de otros bienes o con las personas encargadas de la administración de aquéllas. Bajo esta segunda fase, esto es, el Estado como persona moral capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, está en aptitud de usar de todos aquellos medios que la ley concede a las personas civiles, para la defensa de unos y otras, entre ellos, el juicio de amparo; pero como entidad soberana no puede utilizar ninguno de esos medios, sin desconocer su propia soberanía, dando lugar a que se desconozcan todo el imperio, toda la autoridad o los atributos propios de un acto soberano; además no es posible conceder a los órganos del Estado el recurso extraordinario de amparo, por actos del mismo Estado manifestados a través de otro de sus órganos, porque se establecería una contienda de poderes soberanos, y el juicio de garantías no es más que una queja de un particular, que se hace valer contra el abuso de un poder.

Quinta Epoca:

Tomo LXVI. Pág. 218.- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tomo LXVI. Pág. 2547.- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tomo LXVI. Pág. 2712.- Departamento de Impuestos del -- Timbre y sobre Capitales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tomo LXVI. Pág. 2712.- Departamento de Impuestos Especiales de la Secretaría de Hacienda.

Tomo LXVI. Pág. 2712.- Departamento de Impuestos Especiales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Apéndice 1917-1965, tercera parte, segunda sala, tesis 87 p. 108."

Habrá de aclararse en relación a las tesis apuntadas, que las garantías del gobernado no son medios a través de los --cuales se garantiza un derecho fundamental del individuo que preexista aún sobre el derecho positivo, y le confiera su --contenido. En este orden de ideas no habría órdenes "malos" o "perversos", siempre y cuando se reconociera al individuo como titular por sí de determinados derechos que lo definan, y que sean capaces ante todo de prevalecer sobre lo que aten--te contra su esencia. Pero al ser la idea de la justicia --ajena a un juicio de valor, se pretende hacer un orden "justo" reconociendo "derechos" que no son tales. No lo son porque jurídicamente les falta "efectividad" y a lo sumo quedarían en meras aspiraciones. Cuando la colectividad se organiza sus --componentes dejan de llamarse "individuos", y al definirse los grupos internos habrá "gobernados" y "derechos", no intereses o aspiraciones vacuos.

En contraposición a las tesis anteriores, y en relación a la naturaleza jurídica de las garantías del gobernado, nues--tro Máximo Tribunal ha asentado también lo siguiente:

- " GARANTIAS INDIVIDUALES. No pueden ser otorgadas sino por una Constitución o Ley Fundamental, y no se hacen efica--ces y prácticas sino por el medio que establece la mis--ma ley que las otorga.
- " GARANTIAS INDIVIDUALES. No pudieron ser violadas durante el período preconstitucional, porque, suspensa la obser--vancia de la Constitución de 1857, lo estuvieron tam--bién las garantías que ella otorgó.

Id. Id. Tampoco pudieron ser violadas durante el mismo período preconstitucional, las que reconoce la

Constitución de 1917, por que ésta aún no tenía el carácter de ley obligatoria.

Id. Id. Están condicionadas a la vigencia de la Constitución en que se otorgan.

T.I, p.337. Amparo penal en revisión, Montes Avelino, 26 de septiembre de 1917, mayoría de 7 votos."

"GARANTIAS INDIVIDUALES. ATAQUES A LAS. Las garantías -- constitucionales, por su naturaleza jurídica, constituyen en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público; por lo que, cuando se trata de un auto de formal prisión por el delito de ataques a las garantías individuales, se hace necesario que se mencione -- cual es el artículo constitucional cuyas garantías se han violado, para poder determinar si esas garantías -- son de las que un particular puede violar. Así es que cuando una autoridad declara la formal prisión de un -- acusado, por el delito de ataques a las garantías individuales, sin expresar cual es el artículo constitucional que éste ha violado, es indudable que no se cumple con la ley.

T. XXVII, p. 1891, Amparo penal en revisión, Beaven Luis F., 18 de noviembre de 1929, mayoría de 4 votos."

"GARANTIAS INDIVIDUALES. Conforme a nuestra Constitución Política, todo individuo que reside en México, cualquiera que sea su raza, origen o procedencia, disfruta de las garantías que la Constitución concede, y que, -- por tal razón se llaman individuales; entre ellas figuran, en primer término, la libertad, la igualdad y la propiedad, con otras de menor importancia; la situación jurídica fundamental de toda persona en México, -- es el goce de tales derechos; cuando alguna autoridad con sus actos afecta a esas garantías individuales, -- comete, en perjuicio del afectado, una violación constitucional, y si bien la Carta Federal establece algunas restricciones a las garantías individuales y faculta a las autoridades para que, en ciertas condiciones, las afecten, estas facultades son verdaderas excepciones, -- que no existen sino en determinados casos, cuando acon-

tecen algunas circunstancias de hecho, previstas por la misma Constitución. Así es que la persona jurídica no tiene que probar que se encuentra en el goce de las garantías individuales, porque este es el estado natural y general de toda persona en México, y el acto que restringe o afecta esas garantías, sí debe ser objeto de prueba porque hay que hacer patente -- que la restricción se realizó en las condiciones que la Constitución ha previsto. La autoridad, por el -- simple hecho de serlo, no tiene facultades de res-- tringir las garantías individuales; por tanto, se necesita que pruebe que existan las circunstancias que la Constitución prevé, para que la restricción que -- impuso no sea considerada como violatoria de garan-- tías. La carga de la prueba, incuestionablemente to-- ca a la autoridad, porque el que destruye un estado jurídico, el que alega una excepción, es el que debe probar los hechos; si la autoridad no rinde esa pruba y se limita a afirmar que obró con justificación, no puede fallarse a su favor y negarse el amparo, -- sino que, por el contrario, debe concederse.

Suplemento 1933, p.52, Amparo penal en revisión 2315/31, Valadez Miguel, 19 de noviembre de 1931, mayoría de 3 votos."

"GARANTIAS INDIVIDUALES. No son derechos públicos reconocidos sin limitación alguna. Por texto expreso de la Constitución Política, su uso, restricción y suspensión, se arreglan a los casos y a las condiciones que establece dicha Constitución dentro de los límites que la misma señala.

T. LXXIV, p.2535, Amparo civil en revisión 7499/41, -- Piña Magdalena, 28 de octubre de 1942, unanimidad de 5 votos."

"GARANTIAS CONSTITUCIONALES, VIOLACION DE. Para la comprobación del cuerpo del delito previsto por la -- fracción IV del artículo 274 del Código Penal de Veracruz, que señala sanciones de tres días a un año y multa de diez a quinientos pesos, "Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General -

de la República en favor de las personas", es absolutamente indispensable precisar concretamente cuales son los derechos y garantías que se violaron, citando incluso, el precepto legal que los consagra. La Suprema Corte ha establecido en diversas ejecutorias, la tesis de que las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, son, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual éstos no pueden violar esas garantías, ya que los hechos que ejecuten y que tiendan a privar de la vida, la libertad... encuentran su sanción en las disposiciones del derecho común; razón por la cual la sentencia que se dicte condenando a un individuo por el delito de violación de garantías individuales no está arreglada a derecho y viola, en su perjuicio, las de los artículos 14 y 16 de la Constitución General.

Vol. LVII, Segunda Parte, p. 32 Amparo Directo 7290/61, - Josefina García Viuda de Carvajal, 29 de marzo de 1962, - unanimidad de 4 votos."

En resumen: nuestro Máximo Tribunal no ha sustentado un criterio uniforme sobre la naturaleza jurídica de las llamadas garantías individuales, pues si bien en ciertos casos alude a -- que las mismas garantizan o salvaguardan derechos innatos al -- hombre que son reconocidos por el Código supremo, también ha -- llegado a desconocer tales derechos inherentes al individuo manifestando que no existen mas derechos que los otorgados y regulados por el orden positivo, tesis que a nuestro juicio nos parece la mas acertada, pues lo positivo implica darle vida -- al hombre más allá de su carácter ideal que lo justifica como tal, y lo dota de intereses mal llamados derechos.

Cuando la Ley Fundamental "otorga" efectivamente los derechos al sujeto gobernado, desconoce meros intereses, y amplía su capacidad jurídica dándole el carácter de imperativos a tantos derechos como reclame su personalidad.

C A P I T U L O I I I *

" ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES E HISTORICOS

DEL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL."

- A) La Igualdad Jurídica Entre el Varón y la Mujer.
- B) La Protección, Organización y Desarrollo de la Familia.
- C) El Derecho a Decidir de Manera Libre, Responsable e Informada Sobre el Número y Espaciamiento de los Hijos.

a) El artículo 4o. de la Constitución de 1917, tiene un texto distinto del que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 1974, fecha de publicación de las reformas en el Diario Oficial de la Federación. La reforma le dió su contenido actual, como resultado de la aprobación de una iniciativa presentada ante la Cámara de Diputados por el Presidente de la República, el 18 de septiembre de 1974.

Hasta entonces, la materia del artículo 4o. compuesta por las facultades conocidas como libertad de trabajo, la protección de su producto y la regulación de las profesiones, se trasladaron como resultado de la reforma al artículo 5o. constitucional.

b) Texto Derivado de la Reforma.

"Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.
Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos."

* La información contenida en este capítulo fue obtenida de la obra " LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO". Vol. I. Editada por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión., LII Legislatura, México, D.F., 1985.

Puede decirse fundadamente que este artículo 4o. inaugura un nuevo rubro del derecho constitucional mexicano, abarcando en sus disposiciones tres aspectos no contemplados con anterioridad como son la igualdad jurídica del varón y la mujer, la protección de la familia y la libertad de procreación.

c) Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.

Primer antecedente.

Ley 15, título 8, parte 7. Curia Phil. Mexicana de Hevia Bolaños.

" Se prohíbe a las mujeres, por razón de su inexperiencia, fragilidad y timidez, acusar, a excepción del caso en que persigan la muerte de su marido."

Segundo antecedente.

Bando del 22 de abril de 1799, en que incluyen varias reales órdenes, para que las mujeres --- puedan ser empleadas en cualquier trabajo compatible con el decoro de su sexo.

" Primer párrafo. El Congreso de diputados elegido por la nación mexicana, reconociendo que ningún hombre, tiene derecho sobre otro hombre si él mismo no se lo ha dado; que ninguna nación puede tenerlo sobre otra nación, si ella misma no se lo ha otorgado; que la mexicana es por consecuencia independiente de la española y de todas las demás, y por serlo tiene potestad para constituir el gobierno que asegura más su bien general, decreta las bases siguientes a la Constitución Política.

Tercer párrafo. Sus derechos son: 1°. El de libertad, que es el pensar, hablar, escribir, imprimir y hacer todo aquello que no ofenda los derechos - de otro. 2° El de igualdad, que es el de ser regido por una misma ley sin otras distinciones que las establecidas por ella misma..."

Tercer antecedente.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824:

" En efecto, crear un gobierno firme y liberal sin que sea peligroso; hacer tomar al pueblo mexicano el rango que le corresponda entre las naciones civilizadas, y ejercer la influencia que deben darle su situación, su nombre y sus riquezas; hacer reinar la igualdad ante la ley, la libertad sin desorden, la paz sin opresión, la justicia sin rigor, - la clemencia sin debilidad."

Cuarto antecedente.

Proyecto de Reformas de las Leyes Constitucionales del 30 de junio de 1840.

" Artículo 4o. En el territorio ninguno es esclavo ni noble o plebeyo por su origen. Todos sus habitantes son libres e iguales ante la ley, sin otras distinciones que ella establezca en consideración a la virtud, a la capacidad y al servicio público."

Quinto antecedente.

Declaración Universal de los Derechos humanos.-
París. 10 de diciembre de 1948. La Asamblea General proclama:

" La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los - pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, - por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación - universal efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1o. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinción alguna de raza, color, - sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o desagradables.

Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a -- igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Artículo 16.3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

Sexto antecedente.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 - - (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Artículo 10. "Los Estados parte en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible -- especialmente para su constitución y mientras -- sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.

Artículo 23. La familia es el elementos natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

Septimo antecedente.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal del 26 de febrero de 1973.

"Artículo 940. Todos los problemas inherentes a la familia se considerarán de orden público, -- por constituir aquella base de la integración -- de la sociedad.

Artículo 941. El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente trándose de menores y alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros."

Octavo antecedente.

Ley General de Población, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de enero de 1974, en vigor desde el 5 de febrero de 1974.

"Artículo 3. Para los fines de esta Ley, la Se-

cretaría de Gobernación dictará y ejecutará o en su caso promoverá ante las Dependencias competentes o entidades correspondientes, las medidas necesarias para:

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

III. Influir en la dinámica de la población a través de los sistemas educativos, de salud pública, de capacitación profesional y técnica, y de protección a la infancia, y obtener la participación de la colectividad en la solución de los problemas que la afectan."

En el ámbito internacional, algunos países han elevado a rango constitucional estos mismos derechos ya enumerados, pudiendo citarse entre ellos:

CUBA. Artículo 43. "la mujer goza de iguales -- derechos que el hombre en lo económico, político, social y familiar."

ESPAÑA. Artículo 14. "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de su nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Artículo 19. (Enmienda). "El derecho de sufragio de los ciudadanos -

de los Estados Unidos no será desconocido ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo.

El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas."

FRANCIA.- Artículo 2o. "Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Ella garantiza la igualdad ante la Ley a todos los --ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión."

VENEZUELA.- Artículo 61. "No se permitirán discriminationes fundadas en la raza, sexo, el credo o la condición social."

YUGOSLAVIA. Artículo 154. "Los ciudadanos son -iguales en sus derechos y deberes sin distinción social. Todos son iguales ante la Ley."

D) La Protección de los Menores.

a) El 18 de marzo de 1980 el artículo 4o. constitucional quedó formalmente adicionado con un texto que entonces figuró como -párrafo tercero. Este texto, adicionado en 1980, consagra el -deber de los padres para preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y men--tal. En esta forma, el Constituyente Permanente Mexicano, modifica mediante estas nuevas disposiciones la realidad existente por otra más acorde con los principios de justicia social que la propia Constitución exhalta.

b) Texto Derivado de la Reforma.

"ARTICULO 4o. El varón y la mujer son iguales -- ante la ley. Esta protegerá la organización y -- el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho de decidir de mane-- ra libre, responsable e informada sobre el núme-- ro y el espaciamiento de sus hijos.

Es deber de los padres preservar el derecho - de los menores a la satisfacción de sus necesida-- des y a la salud física y mental. La ley deter-- minará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

c) Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.

Primer antecedente.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

París, 10. de diciembre de 1948.

"Artículo 25.1 Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales - necesarios; tiene, asimismo, derecho a los segu-- ros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus - medios de subsistencia por circunstancias inde-- pendientes de su voluntad."

Segundo antecedente.

Decreto que crea el Instituto Nacional de Pro-- tección a la infancia del 10. de febrero de - - 1961.

"Artículo 2o. El Instituto Nacional de Protección a la Infancia tendrá por objeto suministrar a los alumnos de las escuelas primarias y pre-primarias del Distrito Federal, cuya situación económica lo amerite, servicios asistenciales complementarios, en especial mediante la distribución de desayunos, y extenderá estos mismos servicios a las demás entidades de la República en los términos de los convenios de cooperación que al efecto celebre con los gobiernos locales."

Tercer antecedente.

Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 1974, en vigor a los treinta días de su publicación.

"Artículo 1o. El Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento."

"Artículo 2o. el Consejo Tutelar intervendrá, en los términos de la presente Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los Reglamentos de Policía y Buen Gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actualización preventiva del Consejo."

Cuarto antecedente.

Acuerdo por el que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la familia y en cumplimiento de las disposiciones legales que le son

aplicables debe integrarse al Sector de la Salud, del 21 de diciembre de 1982.

"Artículo único. EL Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, entidad de la administración pública paraestatal, para los efectos de sus relaciones con el ejecutivo federal y para el cumplimiento de las disposiciones legales que le son aplicables, debe integrarse al Sector Salud, por lo que, el acuerdo por el que las entidades de la administración pública paraestatal se agruparán por sectores a efecto de que sus relaciones con el ejecutivo federal se realicen a través de las Secretarías de Estado o Departamento Administrativo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1982, se adiciona como sigue:

1) El sector que corresponda a la Secretaría de Salubridad y Asistencia y cuyo titular ejercerá las funciones de coordinador se integrará como organismo descentralizado."

Quinto Antecedente.

Decreto que reforma y adiciona la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 29 de diciembre de 1982.

" Artículo 39. A la Secretaría de Salubridad y Asistencia corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I. Establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general, con excepción de lo relativo al saneamiento del ambiente; y coordinar los programas de servicios a la salud de la administración pública federal, así como los agrupamientos por funciones y programas afines que, en su caso, se determinen.

VII. Normar, promover y apoyar la participación de asistencia médica y social a la maternidad y la infancia y vigilar la que se imparta por instituciones públicas o privadas.

Sexto antecedente.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1991.

Artículo 5o. El Consejo de Menores tendrá las siguientes atribuciones:

I. Aplicar las disposiciones contenidas en la presente ley con total autonomía;

II. Desahogar el procedimiento y dictar las resoluciones que contengan las medidas de orientación y protección, que señala esta Ley en materia de menores infractores;

III. Vigilar el cumplimiento de la legalidad del procedimiento y el respeto de los derechos de los menores sujetos a esta Ley;

IV. Las demás que determinen las leyes y reglamentos.

Artículo 6o. El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales..."

En el ámbito mundial, conviene a manera de ejemplo citar a algunos países que en igual forma que el nuestro, han elevado a rango constitucional el deber de protección de los menores.

ESPAÑA. Artículo 39.1. "Los poderes públicos -- aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia."

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, - la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

FRANCIA. Preámbulo de la Constitución de 1946.- "El pueblo francés proclama entre los principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo, los siguientes:

La nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo.

Ella garantiza a todos, especialmente a los niños, las madres y los viejos trabajadores, la protección de la salud, la salubridad material, el descanso y el recreo."

ITALIA. Artículo 30. "Los padres tienen el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a sus hijos aunque hayan nacido fuera del matrimonio.

En caso de incapacidad de los padres la ley provee el cumplimiento de estos cometidos.

La ley asegura a los hijos nacidos fuera -- del matrimonio la tutela jurídica y social -- compatible con los derechos de los miembros -- de la familia legítima.

La ley dictará normas y límites para averiguar la paternidad."

SUIZA. Artículo 64 bis. " Tiene igualmente el derecho a prestar su concurso a las instituciones de la infancia abandonada."

E) El Derecho a la Protección de la Salud.

a) EL 3 de febrero de 1983 por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación se introdujo, como reforma a este -- precepto, un nuevo párrafo para establecer el derecho a la -- protección de la salud, definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la -- Federación y las entidades federativas en materia de salud g neral.

El nuevo párrafo del artículo 4o. constitucional estableció que sería en la ley donde se definirían las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud.

Con ésto la legislación correspondiente adquiere el carácter de reglamentaria del precepto constitucional y tiene por objeto precisar, como parte del derecho a la protección de la salud, las formas como el Estado dará cumplimiento a la obligación que éste último le impone.

El mismo párrafo señala finalmente, que también incumbe a la Ley establecer la concurrencia de la Federación y de las entidades federativas en materia de salubridad local, que es de la competencia exclusiva de las entidades federativas, en los términos del artículo 124 constitucional, pero permiten, a la vez, que los aspectos de salubridad general puedan ser atendidos en cuanto a su conocimiento y a las acciones siguientes, por las entidades federativas y la Federación.

b) Texto Derivado de la Reforma.

"Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que disponga la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

c) Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.

Primer antecedente.

Decreto constitucional para la libertad de la -
América Mexicana, sancionada en Apatzingán el -
22 de octubre de 1814.

"Al Supremo Congreso pertenece exclusivamente:

Artículo 118. Aprobar los reglamentos que conduz-
can la sanidad de los ciudadanos, a su comodidad
y demás objetos de policía."

Segundo antecedente.

Bases Orgánicas de la República Mexicana acorda-
das por la Honorable Junta Legislativa estableci-
da conforme a los decretos de 19 y 23 de diciem-
bre, sancionadas por el Supremo Gobierno Provi-
sional con arreglo a los mismos decretos del --
día 12 de junio de 1843 y publicadas por el Ban-
co Nacional el día 14 del mismo mes y año.

Artículo 134. "Son facultades de las Asambleas -
Departamentales:

XI. Cuidar de la salubridad pública, y regla-
mentar lo conveniente para conservarla."

Tercer antecedente.

Reglamento del Consejo Superior de Salubridad de
la Secretaría de Gobernación del 14 de julio de
1879.

Artículo 5o. "Son obligaciones del Consejo:

I. Desempeñar las Comisiones relativas a la salubridad pública que le encomienden las autoridades por conducto de la Secretaría de Gobernación. En casos urgentes, dichas autoridades podrán entenderse directamente con el Consejo, dando cuenta desde luego a la referida Secretaría.

II. Proponer las condiciones higiénicas a que han de sujetarse los establecimientos peligrosos, insalubres e incómodos, y visitarlos cuando lo creyere conveniente, o lo ordene la autoridad respectiva, proponiendo en seguida al gobierno las modalidades generales y particulares que estime necesarias..."

Cuarto antecedente.

Adiciones y reformas a la Constitución de 1857 del 12 de noviembre de 1908.

Artículo 11. " Todo hombre tiene derecho para entrar y salir de la República, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto, u otro requisito semejante. El ejercicio de este derecho está subordinado a las facultades de la autoridad judicial y administrativa, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las limitaciones que imponga la ley sobre emigración e inmigración y salubridad general de la República."

Artículo 72. "El Congreso tiene facultad:

XXI. Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización emigración e inmigración y salubridad general de la República."

Quinto antecedente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Artículo 73. "El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración y salubridad general de la República.

1a. EL Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República sin intervención de ninguna Secretaría de Estado y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. En el caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y - sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país."

Sexto antecedente.

Reglamento General del Departamento de Salubridad Pública.

Artículo 1o. "Se considerarán como expresamente creados para la administración del servicio sanitario en el orden federal:

I. El Departamento de Salubridad Pública.

II. Los Delegados del mismo Departamento, en los estados, puertos y poblaciones fronterizas.

III. Los jefes de Servicios o Campañas, comisiones sanitarias, inspectores o agentes especialmente nombrados por el propio Departamento en cualquier punto de la República."

Artículo 2o. "Se considerarán como expresamente creados para la administración del servicio sanitario en el orden local del Distrito y territorios federales:

I. El Departamento de Salubridad Pública.

II. Los Delegados jefes de servicios o compañías, inspectores y agentes sanitarios nombrados por el propio Departamento, y los demás empleados que se requieran, según las atenciones y necesidades del mismo distrito y territorios federales.

Artículo 3o. Los funcionarios y empleados a que se refieren los dos artículos anteriores, tendrán entre sí la dependencia jerárquica que marca el orden en que se enumeran."

Artículo 5o. "Son atribuciones del Departamento de Salubridad Pública:

I. Vigilar el exacto cumplimiento de las prescripciones del Código Sanitario y sus reglamentos que no se encuentren en pugna con las disposiciones de la Constitución Federal y las contenidas en la Ley de Secretarías de Estado de 25 de diciembre de 1917.

II. Hacer uso de las facultades que el mismo Código Sanitario y sus reglamentos atribuyen al Consejo Superior de Salubridad, con la misma restricción señalada en la fracción anterior.

III. Practicar, por conducto de los inspectores, agentes sanitarios o empleados comisionados especialmente, las visitas que fueren necesarias a las habitaciones, escuelas, establecimientos

peligrosos, insalubres e incómodos, talleres, fábricas, industrias, enfermerías, veterinarias, establos, zahurdas, expendios de bebidas, comestibles, o drogas, establecimientos de elaboración o expendio de medicinas, hospitales, panteones, teatros, templos, mercados, rastros, terrenos, basureros, baños, peluquerías, y en general todos aquellos establecimientos donde haya aglomeración de personas, o animales, o respecto de los cuales el citado Código Sanitario y sus reglamentos señalen determinados requisitos que deban satisfacerse, como ubicación, acondicionamiento higiénico y sanitario, etc...

VIII. Dictar en los casos urgentes que la --- Constitución indica, las medidas que juzgue --- más adecuadas; a reserva de dar cuenta de --- ellas al Ejecutivo para obtener la sanción co --- rrespondiente.

IX. Dictar las medidas que sean necesarias -- frente a las enfermedades contagiosas, las -- que podrán ser distintas de las señaladas en el Código Sanitario, en cuyo caso, deberán so meterse con posterioridad a su expedición, al Ejecutivo, para el mismo efecto señalado en -- la fracción anterior..."

Séptimo antecedente.

Código Sanitario del 10. de marzo de 1955.

Artículo 10. "Conforme a lo dispuesto en los artículos 73, fracción XVI y 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde al Congreso de la Unión, al Ejecutivo Federal, al Consejo de Salubridad y a la Secretaría del mismo ramo, dentro de -- sus respectivas competencias, la expedición de normas generales y su ejecución en materia de salubridad general del país."

Artículo 2o. "En los términos de este Código las actividades en materia de salubridad general pueden ser de carácter federal, y por lo tanto obligatorias en toda la República, o de carácter local para el Distrito y territorios federales, conforme al artículo 73, fracción VI constitucional."

Artículo 3o. "Son actividades en materia de - Salubridad General del país, las relacionadas con:

II. Prevención y lucha contra las enfermedades transmisibles y las exóticas; control y vigilancia de laboratorios, fábricas, almacenes, expendios, droguerías y farmacias en los que se produzcan, distribuyan, almacenen y vendan medicamentos, sueros, vacunas o substancias para la prevención o curación de enfermedades transmisibles, así como de los sanatorios o clíni-cas para el tratamiento de dichas enfermedades;

III. La campaña general contra el alcoholismo y la producción, venta y consumo de substancias que envenenen al individuo y degeneren la especie humana."

Artículo 4o. "Compete la acción sanitaria federal:

I. Al Presidente de la República;

II. AL Consejo de Salubridad General; y

III. A la Secretaría de Salubridad y Asistencia."

Artículo 8o. " El Consejo de Salubridad General es una entidad que depende directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna otra Secretaría de Estado, y es competente para dictar disposiciones sanitarias generales - de aplicación obligatoria en todo el país."

Octavo antecedente.

Ley del Seguro Social en vigor desde el 10.
de abril de 1973.

Artículo 2o. "La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo."

Artículo 233. "Las prestaciones sociales tienen como finalidad fomentar la salud, prevenir enfermedades y accidentes y contribuir a la elevación general de los niveles de vida de la población."

Artículo 234. "Las prestaciones sociales serán proporcionadas mediante programas de:

I. Promoción de la salud difundiendo los conocimientos necesarios a través de cursos directos y del uso de medios masivos de comunicación;

II. Educación higiénica, materno infantil, sanitaria y de primeros auxilios;

III. Mejoramiento de la alimentación y de la vivienda;

IV. Impulso y desarrollo de actividades culturales y deportivas y en general de todas aquellas tendientes a lograr una mejor ocupación del tiempo libre;

V. Regularización del estado civil;

VI. Cursos de adiestramiento técnico y de capacitación para el trabajo a fin de lograr la superación del nivel de ingresos de los trabajadores..."

Entre los países cuyas Constituciones han destacado también el derecho de la protección a la salud, pueden citarse:

BOLIVIA. artículo 164. "EL servicio y la asistencia sociales son funciones del Estado, y sus condiciones serán determinadas por la ley. Las normas relativas a la salud pública son de carácter coercitivo y obligatorio."

FRANCIA. Preámbulo de la Constitución de 1946. "(La nación) garantiza a todos, especialmente a los niños, las madres y los trabajadores viejos, la protección de la salud."

INDIA. Artículo 47. "El Estado considerará dentro de sus obligaciones prioritarias la elevación del nivel de nutrición, del nivel general de vida del pueblo y el mejoramiento de la salud pública, por lo que realizará esfuerzos especiales para imponer la prohibición del consumo, salvo para fines médicos, de bebidas tóxicas y de drogas nocivas para la salud."

YUGOSLAVIA. Artículo 62. "El trabajador tiene derecho a la seguridad de la salud y a otra - seguridad personal y de trabajo."

Artículo 163. "Los derechos inherentes a los seguros sociales para los hombres de trabajo y ciudadanos que no están abarcados por el - seguro social obligatorio, se regulan con arreglo a la ley, según los principios de mutualidad y de solidaridad."

Artículo 186. "Cada persona tiene derecho a la protección de la salud."

La ley determinará los casos en los que los ciudadanos no asegurados tendrán el derecho a la protección de la salud asegurada a base de los fondos sociales."

Artículo 192. "El hombre tiene derecho a un medio ambiente salubre.

La comunidad social asegura las condiciones para el ejercicio de ese derecho."

F) El Derecho a la Vivienda Digna y Decorosa.

a) El 7 de febrero de 1983 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de Reformas al artículo 4o. Constitucional para incorporar un nuevo párrafo que establece el derecho -- que toda familia tiene para disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

La política estatal sobre vivienda ha ido variando en el transcurso de las diferentes etapas históricas del país. A partir del Congreso Constituyente de 1917 la vivienda fué considerada como parte de la relación laboral. Posteriormente, en el año de 1962, el Estado establece la alternativa de establecer viviendas en propiedad a la población como recurso para abatir el grave déficit habitacional derivado principalmente del alto índice de crecimiento demográfico que afecta al país, promovándose para tal efecto la canalización masiva de ahorro en instituciones bancarias para el otorgamiento de créditos para la vivienda.

En esta forma encontramos como motivación y fundamento jurídico y social del derecho a la vivienda, un profundo sentido de justicia social, que pugna por el constante mejoramiento de las condiciones materiales de vida de todos los mexicanos.

b) Texto Derivado de la Reforma.

"Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la -- Federación y las entidades federativas en ma--
teria de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de - vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públi--
cas."

c) Principales Antecedentes Constitucionales e Históricos.

Primer antecedente.

Acuerdo presidencial publicado en el Diario Ofi--
cial de la Federal de 19 de noviembre de 1941 -
que forma el Comité Intersecretarjal de la Habi--
tación para los trabajadores.

" Fines del Comité:

a) Construir colonias para trabajadores con casas agrupadas o aisladas, para rentar o vender a plazos;

b) Promover el mejoramiento de las zonas habitadas por trabajadores;

c) De manera especial se tendrá en cuenta, - al formarse las colonias para trabajadores, - hacer reservas amplias para vías de comunicación, para obras sociales como: jardines de niños, escuelas primarias, bibliotecas, clínicas, casas hogares, campos deportivos, salo--nes para espectáculos y conferencias, locales para cooperativas y sindicatos."

Segundo antecedente.

Ley del Seguro Social de 1943.

Artículo 128. "Las reservas se invertirán:

II. Hasta un 80 por ciento en la adquisi---ción, construcción o financiamiento de hospita--les, sanatorios, maternidad, dispensarios, almacenes, farmacias, laboratorios, casas de reposo, habitaciones para trabajadores y demás muebles e inmuebles propios para los fines del instituto y,

III. el 5 por ciento restante y todas las demás cantidades disponibles para inversión, que resulten por no haberse completado los - máximos señalados, en las fracciones anteriores, se invertirán en préstamos hipotecarios que se sujetarán a los requisitos señalados en el artículo 130 y en los valores consignados en la fracción I y en acciones, bonos, - títulos de instituciones nacionales de crédito o de sociedades mexicanas en los términos

del artículo 131 y sin que en ningún caso esta última inversión exceda del 5 por ciento del total de las reservas."

Tercer antecedente.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, fechada en París el 10 de diciembre de 1948.

Artículo 25.1. "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, -- así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez -- u otros casos de pérdida de sus medios de -- subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

Cuarto Antecedente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 123. ...A) ...XII. "Toda empresa -- agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias, a proporcionar a los trabajadores, habitaciones cómodas e higiénicas. Esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones que las empresas hagan a un fondo nacional de la vivienda, a fin de constituir depósitos en favor de sus trabajadores y estable-

cer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad tales habitaciones."

Quinto antecedente.

Ley Federal del Trabajo.

Artículo 136. "Toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, está obligada a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Para dar cumplimiento a esta obligación, las empresas deberán aportar al Fondo Nacional de la Vivienda el cinco por ciento sobre los salarios de los trabajadores a su servicio."

Artículo 137. "El Fondo Nacional de la Vivienda tendrá por objeto crear sistemas de financiamiento que permitan a los trabajadores obtener crédito barato y suficiente para adquirir en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas para la construcción, reparación, o mejoras de sus casas habitación y para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos."

Sexto antecedente.

Nueva Ley Federal del Trabajo, que entró en vigor el 10. de mayo de 1970.

Artículo 136. "Están obligados a proporcionar habitación a sus trabajadores:

I. Las empresas agrícolas, industriales, mineras, o de cualquier otra clase de trabajo, situadas fuera de las poblaciones. Se entiende

que las empresas están situadas fuera de las poblaciones si la distancia entre - unas y otras es mayor de tres kilómetros o cuando, si es mayor no existe un servicio ordinario y regular de transporta---ción para personas; y

II. Las mismas empresas mencionadas en la fracción anterior, situadas dentro de las poblaciones cuando ocupen un número de trabajadores mayor de cien."

Séptimo antecedente.

Ley del Instituto del Fondo Nacional de - la vivienda para los trabajadores - - - - (INFONAVIT), del 24 de abril de 1972.

Artículo 3o.. "El Instituto tiene por objeto:

I. Administrar los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda;

II. Establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores obtener crédito barato y suficiente para:

- a) La adquisición en propiedad de habita--ciones cómodas e higiénicas.
- b) La construcción, reparación, ampliación o mejoramiento de sus habitaciones, y
- c) el pago de pasivos contraídos por los - conceptos anteriores;

III. Coordinar y financiar programas de construcción de habitaciones destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores; y

IV. Los demás a que se refiere la fracción XII del apartado A del artículo 123 constitucional y el Título Cuarto, Capítulo III de la Ley Federal del Trabajo, así como lo que esta Ley establece."

Por último, de entre los países que han consagrado en el Orden Supremo el derecho a la vivienda, pueden destacarse:

CUBA. Artículo 8o. "El Estado socialista:

C) Trabaja para lograr que no haya familia - que no tenga vivienda confortable."

ESPAÑA. Artículo 47. "Todos los españoles - tienen derecho a disfrutar de una vivienda - digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización - del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación."

ITALIA. Artículo 47 "(La República) favorece el acceso de ahorro popular a la propiedad - de la vivienda, a la propiedad rústica y a - la directa e indirecta inversión en acción - de las grandes empresas productoras del país."

YUGOSLAVIA. Artículo 164. "Al ciudadano se le garantiza adquirir el derecho de inquilinato en la vivienda en propiedad social, con el - que se le asegura en las condiciones establecidas por la ley, el uso duradero de la vivienda de propiedad social para satisfacer -- las necesidades de vivienda personales y familiares."

El derecho del ciudadano al uso de la vivienda sobre la que existe el derecho de propiedad, se regula por la Ley."

G) Iniciativas de Reformas que no Prosperaron.

Con fecha 13 de diciembre de 1979, se presentó por el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional ante la Cámara de Diputados, una iniciativa de reforma al artículo 4o. constitucional para adicionarlo con un párrafo tercero, siendo el texto de la aludida reforma el siguiente:

"Artículo 4o. Todo ser humano, por su dignidad, gozará de protección jurídica desde su concepción hasta su muerte.."

Asimismo, con fecha 12 de noviembre de 1981, la fracción parlamentaria del Partido Revolucionario Institucional propuso ante la Cámara de Diputados una iniciativa de reformas al artículo 4o. en los términos siguientes:

"Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales - ante la ley.

Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Todo ser humano tiene derecho a la salud, la cual se concibe como el estado de bienestar físico, mental y social que le permite un desarrollo integral.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

La ley determinará la forma en que el Estado prestará, coordinará y garantizará los servicios para la salud; y los apoyos para la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

Una última iniciativa de reforma la constituyó la propuesta por la fracción del Partido Demócrata Mexicano, ante la Cámara de Diputados con fecha 30 de diciembre de 1990, siendo el texto de la reforma propuesta al artículo 4o. párrafo tercero, el siguiente:

"Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales - ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

El Estado otorgará gratuitamente los beneficios del régimen de seguridad social a las madres embarazadas y al infante durante los primeros siete meses de existencia.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

C A P I T U L O I V

"ANÁLISIS EXEGETICO DEL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL."

A) La Igualdad Jurídica Entre el Varón y la Mujer.

a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.

En la aludida iniciativa de reformas al artículo en comento, se consideró que ha consecuencia de los grandes cambios económicos y sociales, se debería proceder a una completa revisión de los ordenamientos que en una u otra forma contemplaban la participación de la mujer.

Se dijo que la iniciativa enriquece la ideología libertaria y de solidaridad social, recogiendo una demanda precisa e inequívoca de las mujeres, toda vez que:

"La elevación a norma constitucional de la iniciativa presentada, servirá de pauta para modificar leyes secundarias, federales y locales, que incluyen para las mujeres modos sutiles de discriminación, congruentes con las condiciones de desigualdad que éstas sufren en la vida familiar y colectiva. De ahí que el gobierno de la República esté empeñado en elevar la calidad de la vida de sus hombres y mujeres de igual manera y formar en la conciencia de cada mexicano el sentido pleno de su responsabilidad histórica frente a la existencia cotidiana. En ello las mujeres deben ser factor determinante, para alcanzar junto con los varones la máxima capacidad para la aplicación de su inteligencia y la previsión racional de su porvenir".

Esta acción del Estado mexicano fué la respuesta a un vasto movimiento mundial, en el cual se hizo patente la necesidad de valorar cabalmente el papel de las mujeres en el desarrollo colectivo.

Con la iniciativa se propuso también la reforma del artículo treinta de la Constitución Política, con el propósito de establecer una estricta igualdad entre varones y mujeres para adquirir los beneficios de la nacionalidad mexicana. De este modo se reconoce el derecho de la mujer mexicana a transmitir su nacionalidad por efectos del matrimonio y del domicilio.

La reforma sobre la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer implicaba además consecuencias de trascendental importancia en el ámbito del derecho laboral. De ahí que también se solicitó la modificación del artículo 123 constitucional en sus apartados "A" y "B".

Se concibió a las mujeres como un potencial humano capaz de concurrir en forma directa con su capacidad y aptitudes en la organización y enriquecimiento de la vida económica, social, cultural y política del país, así como en su propia superación personal, profesional y ciudadana, siendo menester para ello, desterrar el proteccionismo hacia las mujeres en materia laboral, consecuencia del industrialismo. Los principios y las disposiciones de la ley debían adecuarse a las circunstancias y requerimientos del desarrollo, especialmente con relación a la equiparación jurídica entre el varón y la mujer, y con la participación de éstas en las grandes tareas nacionales.

b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.

Tal disposición constituye una declaración explícita de igualdad que entraña una garantía específica, reiterándose a nuestro modo de ver, en forma inútil, algo que ya se establece en otras garantías consagradas en la Constitución.

En efecto, la reforma constitucional resultó innecesaria -- puesto que ya en el artículo 1o. de nuestra Carta Magna se estableció que en México "todo individuo" gozará de las garantías otorgadas por la propia Constitución; no obstante, la mujer encontraba para su desenvolvimiento algunas limitaciones en diversas normas, las cuales en un principio tendían a protegerla con ciertos visos de paternalismo, pero luego, vinieron a propiciar en muchos casos una sutil discriminación.

De acuerdo con este punto de vista se ha opinado que la igualdad jurídica absoluta entre el varón y la mujer nunca podrá darse. Desde el punto de vista político, civil, administrativo y cultural, la mujer ha tenido los mismos derechos y obligaciones que el varón, sin embargo, por cuanto hace a la materia laboral y penal, la legislación respectiva ha sido protectora de la mujer en su carácter de trabajadora y de víctima dentro de los llamados delitos sexuales, incluso la propia iniciativa presidencial del 18 de septiembre de 1974, respecto a las reformas al artículo 123 constitucional expuso que:

" En las circunstancias actuales de nuestro avance la única diferencia que puede establecerse válidamente entre los derechos del varón y la mujer, será aquella que se derive de la protección social a la maternidad, preservando la salud de la mujer y del producto en los períodos de gestación".

En suma, la igualdad jurídica absoluta entre el varón y la mujer no puede existir y resulta innecesaria su proclamación, pues en su carácter de gobernado, las mujeres son titulares de las mismas garantías que los varones, ello por disposición expresa del artículo 10. de nuestra Ley Suprema, que al usar la expresión "todo individuo", consagra la idea de no discriminación, extendiéndose la tutela de las garantías constitucionales a todo ser humano con independencia de factores congénitos o adquiridos. El artículo 10. simplemente estatuye un derecho subjetivo público de igualdad consistente en el goce para todo individuo de las garantías que otorga la Constitución.

B) La Protección, Organización y Desarrollo de la Familia.

a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.

Para incrementar el nivel de desarrollo de los más diversos órdenes, concomitantemente a la igualdad entre hombres y mujeres, la iniciativa para incorporar a la Constitución un nuevo artículo 40. ordena al legislador proteger la organización y - el desarrollo de la familia.

"Se considera a la familia como el origen de las más puras aspiraciones y transformaciones, siendo que al definirnos como una nación revolucionaria tenemos que proponer las bases - para que en el seno de cada familia se opere sustancialmente la revolución de las conciencias, de las actitudes y de las acciones. La agudización de las tensiones disgregadoras de la familia en las que concurren la marginación y viejas tradiciones, junto con la urbanización y la industrialización, aunadas al ascenso

de la conciencia ciudadana acerca de la importancia de la familia, son el trasfondo que explica este nuevo compromiso constitucional para la protección de la familia".

b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.

Se trata de una declaración relativa al llamado "derecho familiar", que comprende un conjunto de disposiciones que tienen como núcleo y fin esencial tutelar a esta organización primaria entre los individuos, célula fundamental de la sociedad.

La consideración de que este derecho corresponda a las garantías sociales no se justifica con plenitud, por no referirse a un derecho del gobernado como sujeto de una clase social que -- por diversos factores se encuentre colocada en una situación de desigualdad frente a otros grupos sociales.

A la luz de la disposición constitucional debe entenderse a la "familia" como el resultado fundado en la pareja integrada -- por padres e hijos, dentro de un contexto social.

Por "organización" debemos entender un proceso de diferenciación de las partes, en la cual cada una de ellas desempeña un -- rol específico, estableciéndose al mismo tiempo un complejo de -- relaciones funcionales en todos, es decir, un conjunto de deberes recíprocos entre padres e hijos, con el fin de acrecentar la cohesión de la familia.

El concepto "organización" comprende y facilita la cohesión, y si el concepto de desarrollo debemos entenderlo en el sentido

de dar incremento cualitativo a la familia; esas familias que carecen de elementos para poder desarrollarse habrán de perfeccionarse hasta formar una familia con educación, con salubridad, en fin, con todos los elementos necesarios para su desenvolvimiento.

En nuestra opinión, la prescripción relativa a la protección de la organización y el desarrollo de la familia no consagra garantía alguna en favor del gobernado, pues no se dan los elementos de la relación jurídica de supra a subordinación en que se traduce ésta, y se habla genéricamente de la "familia", es decir, de un núcleo formado por la aveniencia de una pareja y demás componentes.

La anterior afirmación puede explicarse elocuentemente si -- consideramos que en algunos ordenamientos fundamentales como el nuestro, se contienen diversas disposiciones, entre las cuales se encuentran las que podemos llamar "preceptivas", por generar derechos y obligaciones recíprocos, las "organizativas" porque dan el arreglo de las instituciones constitucionales, y las disposiciones "programáticas", que establecen directivas de acción para los poderes constituidos.

Estas disposiciones directivas y programáticas no se llegan a perfeccionar de manera automática ni modifican la realidad social, para ello se requiere que el Estado se esfuerce en establecer las condiciones necesarias para que progresivamente tales disposiciones adquieran efectividad.

Conviene precisar al efecto que los derechos sociales y los derechos individuales son diametralmente diferentes, siendo -- que estos últimos fundamentalmente imponen al Estado una obli-

gación de no hacer, le obligan a abstenerse de violarlos, en tanto que los derechos sociales conllevan obligaciones de hacer para el Estado, que debe procurar las condiciones necesarias para que el derecho pueda ejercerse.

Las disposiciones programáticas de una Constitución son - para los agentes estatales estímulos y guías de acción pública, y para el pueblo representan la esperanza de que algún día se acatarán.

Las normas programáticas son normas impropias, porque no están revestidas de coercitividad, ni pueden hacerse cumplir por la fuerza, como en el caso de las normas que otorgan derechos sociales.

"En lo que se refiere a su esencia jurídica, las garantías individuales son la consecuencia de un acto de autolimitación del Estado y adquieren realidad y vigencia cuando se les dota de sanción y se les consigna en el derecho positivo. Los derechos públicos individuales están determinados por las fórmulas que el Estado sanciona en el derecho positivo".⁵⁶⁾

A manera de corolario: la disposición en comento del artículo 4o. constitucional no obliga al Estado a una abstención, - sino a un "hacer" en pro de la "organización y el desarrollo" de la familia, dando pauta con ello a una política estatal, a una directiva o guía de acción para los poderes constituidos que en sí misma no entraña una efectividad propia, y que por - texto expreso no atañe a la persona física o moral en su carácter de gobernado, sino a un núcleo social, razón por la cual - no participa de los elementos que integran la relación jurídica de supra a subordinación en que se traduce la garantía del gobernado.

56) Noriega Cantú, Alfonso. "LA NATURALEZA DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCION DE 1917". Ed. Porrúa., México, D.F., 1937. pág.128.

C) El Derecho a Decidir de Manera Libre, Responsable e Informada Sobre el Número y Espaciamento de los Hijos.

a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.

En la respectiva exposición de motivos de la iniciativa de reformas, se adujo que en forma consecuente con la política li bremente adoptada por la nación mexicana, debe entenderse el - derecho a la procreación como una garantía personal de raigam- bre solidaria, que implica a su vez, libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres.

La actividad reproductiva, se dijo, merece el revestimiento cultural y un tratamiento responsable. Por la cultura el hom-- bre es responsable; su responsabilidad lo hace libre; por su - libertad se informa y educa.

" Poner en el vértice de los anhelos nacionales el bienes-- tar de la población, hacer de ésta el centro rector de los pro- gramas de desarrollo, acentuar los aspectos cualitativos de la política demográfica y promover la planeación familiar como un moderno derecho humano para decidir de manera libre, informada y responsable la estructura de la célula básica social, son -- los factores medulares que han orientado la tarea demográfica del país y que ahora inspiran la reforma que se consulta".

b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.

México ha asentado, frente a la tesis del control natal, - la tesis de la paternidad responsable al conceder a toda perso- na, en tanto progenitora el derecho a decidir sobre el número y el espaciamento de sus hijos, expresando la necesidad de --

que aquél que lo ejercite proceda de manera libre, responsable e informada.

"Libre", porque se trata de un privilegio natural ejercer - el derecho de transmitir la vida atendiendo a los instintos de la especie. Porque ese derecho puede ser, por exigencias sociales condicionado, pero no limitado.

El término "responsable" debe entenderse como la conciencia en el progenitor al incorporar a nuevos seres humanos del deber de proveerles de condiciones de vida tales que garanticen una expectativa para el hijo de una realización plena mediante la educación y la instrucción, y la posibilidad de gozar de -- una salud satisfactoria. En tanto que el progenitor sea incapaz de ministrar tales beneficios debe abstenerse de procrear, pero nada puede impedirselo, si por el contrario, está en aptitud para satisfacer tales exigencias de una vida higiénica y - con alimentación suficiente.

Se previene asimismo, que la planeación sea "informada", en virtud de que adquirir conciencia de las posibilidades requiere de un previo conocimiento acerca del hecho de que tener hijos - apareja una serie de responsabilidades, en primer término para los padres y seguidamente para la sociedad.

Acerca de la regulación específica de las declaraciones contenidas en el párrafo respectivo del artículo 4o. por cuanto -- que señala las directrices de la política del Estado Mexicano - en materia demográfica tiene significación particular en la Ley General de Población (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974), el artículo 1o. puesto - que define que "su objeto es regular fenómenos que afecten a -

la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social".

Conviene señalar que el Reglamento de la Ley General de Población, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 17 de noviembre de 1976, en forma inconstitucional prevalece sobre la ley que reglamenta al regular lo inherente a la --planeación familiar, definiéndola en su artículo 18 como "el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos y a obtener la información especializada y los servicios idóneos".

En relación al párrafo constitucional en comento, se han --escindido las opiniones de diversos juristas:

El Dr. Mora Bravo ha sostenido que "en este precepto se reconoce positivamente el derecho de los progenitores para plaanear, con entera libertad, el número y espaciamiento de sus hijos, pudiendo valerse informadamente, de los diversos procedimientos de la moderna tecnología anticonceptiva. Esto ocurre,-- en el contexto de la nueva política demográfica desalentadora del incremento desmesurado de la población, a efecto de estabilizar su crecimiento racionalmente.

"Por consiguiente, este segundo párrafo significa un aspecto de la nueva política demográfica que se aparta del población para que respetando la dignidad de la persona humana y la libertad de los progenitores, se le impide a la autoridad ejercer cualquier coacción para que solo tenga cierto número

de hijos y se le impide, también, obligarlos a que utilicen unicamente determinado método anticonceptivo". 57)

El Dr. Mora Bravo encuentra asimismo, una doble garantía - constitucional, la primera de carácter individual porque obliga a las autoridades a que respeten el derecho subjetivo público de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos. La otra de carácter social al obligar al Estado a proporcionar toda la información necesaria para ejercer tal derecho.

Juventino V. Castro, estima que este segundo párrafo del artículo 4o. constitucional expresa, en cuanto garantía individual, "la protección frente al Estado prepotente y significa el reconocimiento, al más alto nivel jurídico, de la libertad de procrear, lo cual está acorde con nuestro régimen democrático conforme al cual, en materia demográfica se ha optado por una planeación libre y no impuesta". 58)

Jesús Rodríguez y Rodríguez, comenta: en nuestra opinión, - dejando aparte la cuestión de la necesidad o no de la reiteración de la igualdad entre el hombre y la mujer, contenida en la primera frase del primer párrafo de este artículo, lo que si podemos afirmar es que so pretexto de la protección legal del desarrollo y organización de la familia a que se refiere - la segunda frase de dicho párrafo, y bajo una pretendida libertad de procreación, contemplada en el segundo párrafo, al señalarse que la libre decisión sobre el número y espaciamiento de los hijos debe ser responsable e informada, lo que en realidad

57) Mora Bravo, Miguel. "EL DERECHO A LA PLANEACION FAMILIAR". Ed. C.N.P., México, D.F., 1986, Pág. 253.

58) Castro, Juventino V. "LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO". Ed. Porrúa, México, D.F., 1983, pág.58.

se ha pretendido es convertir en nugatoria dicha libertad de decisión, pues ésta no existirá, a contrario sensu, en caso -- por ejemplo, de desinformación.

"Esto desde luego, abre paso a injerencias indebidas en la esfera de la vida privada del individuo, si se piensa que tales intromisiones pueden inscribirse y de hecho así ha sucedido en nuestro país, dentro de una política restrictiva de la natalidad, prueba de ello son las campañas nacionales de la "paternidad responsable" y "la familia pequeña vive mejor".⁵⁹⁾

Trueba Urbina estima que "al incluir a la planeación familiar en las garantías individuales se cometió un error, ya que la reproducción natural de los seres humanos se debe no a individuos en particular, aisladamente, sino que esto obedece a la unión del hombre y la mujer; en tal virtud hubiera sido más -- propio establecer que los progenitores tienen derecho a decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos",⁶⁰⁾ y estima, por otra parte, que esa garantía debió incluirse en la parte relativa al matrimonio, en el artículo 130 constitucional puesto que, considera se trata de una garantía social, del derecho familiar.

Ignacio Burgoa Orihuela ha criticado la terminología de eg te párrafo diciendo que en el supuesto no admitido de que los actos fisiológicos determinativos de dicho número y espaciamiento pudieren ser materia legislable otro debió ser el texto.

59) Rodríguez y Rodríguez, Jesús. "INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO". Ed. UNAM., México, D.F., 1981, pág.28.

60) Trueba Urbina. "DERECHO SOCIAL MEXICANO". Ed. Porrúa., México D.F., 1978, pág. 264.

"La Constitución en lo que atañe al régimen de garantías individuales que instituye, no debe prescribir, como no prescribe, lo que los gobernados pueden hacer, sino lo que las autoridades estatales no deben hacer o dejar de hacer en su detrimento. Creemos por consiguiente, que al redactarse el segundo párrafo del artículo 4o. constitucional que comentamos, no se tomó en cuenta la implicación esencial de la garantía individual, por lo que indebidamente se incluyó tal párrafo en el título correspondiente de nuestra Ley Suprema. Si se hubiere advertido la naturaleza jurídica de las garantías del gobernado el -- texto del multicitado párrafo se habría concebido en los siguientes términos: "No se podrá impedir a nadie el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de los hijos".⁶¹⁾

Emilio Margain Manatou opina que este segundo párrafo fue establecido por puristas del lenguaje, con la intención de que si a futuro la política demográfica del gobierno no produce -- los resultados esperados, el Congreso de la Unión, con base en este párrafo expida una ley para regular de manera restrictiva la natalidad. Se funda en el sentido gramatical de tres palabras: (Diccionario de la Real Academia Española).

Responsable: Capacidad de responder de alguna cosa o por -- una persona.

Informada: Informar, formar y perfeccionar a un individuo -- por medio de la instrucción y buena confianza.

Espaciamento: acción y efecto de espaciar, que significa -- separar o extender lo que está junto o amontonado.

61) Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., pág. 297.

Así pues, lo que realmente declara el párrafo en comento es que sólo podrá tener hijos quien los tenga en forma separada y pueda obligarse a responder de su educación o instrucción; y afirma que en un corto plazo para resolver el índice de la natalidad, está sentada la base constitucional para una acción más enérgica a través de una ley reglamentaria de este párrafo constitucional.

Nosotros opinamos que en efecto, el aludido párrafo del artículo 4o. constitucional, no impone al Estado ninguna obligación correlativa a algún derecho en favor del gobernado, en -- los términos que implica la relación jurídica en que se traducen las garantías del gobernado.

Tan es obvia esta afirmación, que la decisión que comprende el párrafo en comento se realiza entre una pareja y no ante algún órgano estatal, "la mera repetición normativa de lo que el hombre y la mujer puedan hacer desde el punto de vista físico y mental, no representa ninguna garantía en puridad jurídica".)

En resumen, cuando la Ley Suprema dispone que toda persona tiene derecho a decidir, simplemente está reconociendo una facultad inherente a la persona humana, facultad que con este reconocimiento o sin él, es consubstancial a su calidad de ente racional, y no constituye propiamente un derecho, porque la facultad de decidir, acto interno, no es materia de norma jurídica alguna, sino resultado del proceso de razonar que está sujeto a normas lógicas y morales.

Cuando se dice que se tiene el derecho a decidir de manera "libre", también se señala una condición natural de la persona, pero

cuando se agrega que el derecho a decidir debe ser además de manera responsable e informada, se está desconociendo el proceso racional de la persona humana, porque si bien es cierto que un acto moral requiere conocimiento y libertad por parte de quien lo realiza y que faltando una u otra condición el - acto estrictamente no es moral ni inmoral, también lo es, -- que en el presente caso no se trata de una norma moral, sino de una norma jurídica que está exigiendo que se ejercite el derecho de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos con conocimiento y responsabilidad, lo cual en realidad implica para la persona la obligación de instruirse y de regponder económicamente de la procreación de los hijos.

Además, la obligación moral que imponen esos deberes jurídicos se refieren a toda persona, es decir, a cada uno de -- los progenitores que por razones biológicas son dos, y obviamente esa obligación está condicionada a la voluntad de los dos, por lo que en este último caso es evidente que la decisión debería de ser de mutuo acuerdo.

En tal virtud, la garantía constitucional sólo debería consistir en el derecho a decidir de manera libre, esto es, de formarse un juicio definitivo sobre la procreación o no procreación de un hijo, sin condicionar la manera de hacerlo, - porque este es un proceso moral e interno que escapa a la -- normatividad jurídica, por tal razón, es inoperante que la - norma jurídica se refiera al orden interior de las personas y establezca que la facultad de decidir sobre el número y - espaciamiento de los hijos, sólo se garantiza si se ejercita libre, responsable e informadamente.

D) El Derecho a la Protección de la Salud.

a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.

Se consideró que no era novedoso el propósito de brindar a ca da mexicano las más amplias y mejores condiciones de existencia - destacándose el esfuerzo por elevar los niveles de salud del pueblo. Se reflexionó sobre el mejoramiento permanente y radical de la salud de los ciudadanos, el abatimiento de la mortalidad hasta quedar prácticamente erradicadas algunas enfermedades antaño im-- placables, como eran la poliomielitis, el paludismo, la difteria, la viruela, la tuberculosis, entre otras.

Figuraban como logros espectaculares los avances en los regí-- menes de seguridad social por lo que hace a los servicios de salud. El sistema que protege a los servidores del Estado desde -- 1925, uno de los primeros esfuerzos de aseguramiento en el mundo, a la fecha atendía ya a 6 millones de dependientes.

El Instituto Mexicano del Seguro Social, en poco menos de 40 años, ha ampliado su protección a 7 millones de trabajadores y a 26 millones de derechohabientes, sin incluir los servicios de seguridad social.

Los miembros de las fuerzas armadas se benefician del sistema especial que la Revolución estableció para proteger a esos - patriotas mexicanos.

La justicia social como proyecto revolucionario ha llevado a que los servicios de salud alcancen a la población abierta, que -

no es amparada por los sistemas de seguridad social, a través de programas asistenciales que lleva a cabo el gobierno de la nación.

La innegable vinculación que existe entre el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre, el incremento de la productividad y de la producción, es uno de los retos a que se enfrentan las sociedades que pretenden ser más igualitarias.

Por ello el Estado ha procurado destinar a la salud los mayores recursos posibles y a continuar la tarea permanente de modernizar la legislación sanitaria.

Los esfuerzos tendientes a suministrar a la población medicamentos a precios preferenciales han sido significativos, así como la operación aún ineficaz, de sistemas de control de calidad de fármacos, a efecto de garantizar sus propiedades curativas y su sujeción a las normas oficiales.

Las instituciones de educación superior, han venido formando los profesionistas médicos que han hecho posible que la expansión de la actividad sanitaria se sustente en recursos humanos de la mayor calidad.

La medicina preventiva y la educación para la salud, empiezan a encontrar en los medios de comunicación masiva el instrumento idóneo para penetrar en la sociedad y habilitarla para el buen caidado de su salud.

La custodia, restauración y mejoramiento de la salud no es tarea que pueda eficazmente atender el Estado, si no concurren los

propios interesados: se trata de una responsabilidad que atañe a todos y cada uno de los mexicanos y que está estrechamente vinculada a lo cultural.

En la década de los sesenta el Estado Mexicano empezó a asumir la responsabilidad de proteger y mejorar el medio ambiente. Se crearon dependencias y mecanismos administrativos y entraron en vigor ordenamientos legales de los que se carecía. Sin embargo, los resultados obtenidos están lejos de los propósitos: proteger el patrimonio ecológico y usarlo en sentido social para el bienestar de los ciudadanos.

En décadas de esfuerzo nacional, se dijo, se ha ido ampliando la infraestructura y equipamiento de la salud como resultado de la avanzada tecnología mexicana y del esfuerzo financiero de la sociedad.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que existen graves carencias que no por antiguas dejan de ser lacerantes: todavía no se alcanza el objetivo de la plena cobertura; en algunas áreas existe un manejo dispendioso de recursos y una operación desarticulada; más aún, se advierte una dolorosa discriminación en el campo de la salud; la calidad de los servicios varía radicalmente de una institución a otra y de región en región.

No ha habido capacidad suficiente para establecer un sistema nacional de salud que responda a la demanda popular de una vida sana. La sociedad con frecuencia ha señalado que no siempre ha privado una vinculación adecuada entre los requerimientos de la salud y las instituciones de educación superior que preparan a los profesionales que servirán a las instituciones.

Como la distribución territorial de esos profesionales a menudo no se guía por criterios de orden social, se separa cada vez -- más a los mexicanos.

Esta descoordinación ha conducido a que todavía no se operablemente ni se cumpla con uno de los elementos primarios de -- cualquier sistema de salud: el cuadro básico de medicamentos. -- Tal carencia lleva al menoscabo de la economía de los ciudada-- nos y de las finanzas públicas, provoca el rezago de la indus-- tria farmacéutica nacional y la dependencia con el exterior.

Se recalcó que por sucesivas reformas y adiciones el artículo 4o. de nuestra Carta Magna contiene derechos y principios de la mayor trascendencia para el bienestar de la familia; pudiendo afirmarse en consecuencia que la savia revolucionaria ha permitido el cambio que demanda la sociedad bajo la conducción del derecho, y ha ido ampliando el alcance y el ámbito de las garantías sociales tendientes a asegurar a los mexicanos las condiciones culturales, económicas y sociales que requiere su cabal desenvolvimiento.

El derecho a la protección de la salud es una vieja aspiración congruente con los propósitos de justicia social de nuestro régimen de convivencia y con los compromisos que en cuanto a derechos humanos México ha contraído con la Organización de Estados Americanos desde hace décadas.

Se consideró que si bien la garantía social que se propone es de contenido programático, su efectividad no será propósito ingenuo y por ello inalcanzable. Por el contrario, se dijo, los recursos que el Estado y la sociedad destinan a la salud; los trabajadores de la salud formados en décadas de política educativa;

el equipamiento y la infraestructura de salud acumulada y la madurez de las instituciones públicas que operan en el campo, muestran que es factible que en el mediano plazo los mexicanos tengan acceso a servicios institucionales que contribuyan a la protección, restauración, y mejoramiento de sus niveles de salud.

Se ha optado por la expresión "Derecho a la protección de la salud", porque tiene el mérito de connotar que la salud es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados. En particular debe llamarse la atención de que sin la participación inteligente, informada, solidaria y activa de los interesados no es posible que se conserve, recupere, incremente y proteja la salud: en este terreno no se puede actuar en contra de la conducta cotidiana de los ciudadanos.

Sin embargo, se acepta que el carácter social de ese derecho impone a los poderes públicos un deber correlativo al que se considera se puede hacer frente si existe solidaridad, responsabilidad pública, voluntad política y capacidad de ejecución.

El sector público deberá poseer esos atributos para que el reiterado propósito de disponer de un sistema nacional de salud, sea una realidad, sin que se trate de la creación de un aparato burocrático nuevo, forzosamente grande e inmanejable, sino de un sistema conducido por la autoridad sanitaria en el que las instituciones de salud, sin perjuicio de su personalidad jurídica y patrimonio propios y de su autonomía paraes-tatal se integren y coordinen funcionalmente, para evitar du-

plicidades y contradicciones; en suma, para dar un paso más eficiente a los recursos sociales y dotar de cabal efectividad al derecho social a la protección de la salud.

El perfeccionamiento del sistema nacional de planeación es condición para que el sistema nacional de salud se implante.

La planeación nacional dispondrá los procedimientos indispensables, a fin de que el programa de salud y los programas -- institucionales, cimentados en el plan nacional de desarrollo, resulten compatibles y complementarios.

La iniciativa de adición responde al propósito de revertir -- el proceso centralizador que desde principios de siglo se iniciara en materia de salud y que ha llevado a que la Federación tome responsabilidades que pertenecen por su naturaleza a las jurisdicciones local y municipal. La ley sanitaria ha desvirtuado el ámbito de la salubridad general, que concibió el Congreso constituyente de Queretaro, y con los convenios de servicios coordinados de salud pública tradicionales, prácticamente se ha li-- quidadado el carácter concurrente de la materia sanitaria.

Por estas consideraciones, --se recalcó--, en la adición se previene que la Ley distribuirá entre la Federación y las entidades federativas las responsabilidades que en cuanto a la salubridad tocan a cada uno de los niveles de gobierno, sin menoscabo de que cada estado, conforme a sus respectivas legislaciones y potencialidades, convenga con los municipios que éstos participen activa y gradualmente en las actividades de salud. El carácter concurrente de la materia sanitaria se ajus-

ta a lo dispuesto por el Constituyente de Queretaro, al prevenir el Consejo de Salubridad General y la dependencia del Ejecutivo encargada de las tareas sanitarias en el ámbito federal. El desempeño descentralizador ha de comprender la entrega paulatina a las jurisdicciones locales de funciones, programas y recursos hasta hoy manejados por la Federación.

Se previó asimismo que para lograr que la reivindicación federal que se propugna no se actúe en contra de los objetivos - de racionalización de los recursos sanitarios y coadyuve a dar efectividad al derecho a la protección de la salud, será necesario que tanto las entidades federativas como los municipios, decidan integrarse por la vertiente de la coordinación al sistema nacional de planeación y con ello, al sistema nacional de salud.

Otro aspecto saliente de la exposición de motivos de la iniciativa es el relativo al acceso a los servicios de salud: una ley reglamentaria definirá las bases y modalidades de ese acceso para que se tengan en cuenta las características de los distintos regímenes de seguridad social, que se fundan en los criterios de capacidad contributiva y de redistribución del ingreso; de los sistemas de solidaridad social, que usan recursos fiscales, la cooperación comunitaria y la colaboración institucional, y de los sistemas de asistencia, que descansan en el esfuerzo fiscal del Estado.

A esa ley secundaria tocará, en su caso, establecer los mecanismos, fórmulas y criterios para que los mexicanos obtengan servicios de salud.

b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.

Nos toca afrontar la cuestión imperativa de reconocer o no al párrafo en estudio como una verdadera garantía del gobernado.

En principio de cuentas, cabe señalar que no era necesario elevar a declaración constitucional el pretendido derecho a la protección de la salud de los mexicanos. Ello podemos atribuirlo a fin de cuentas a un "síndrome reformador del Ejecutivo" pues en tanto sigan así las cosas, el contenido del artículo constitucional de referencia llegará a ampliarse como tantas sean las necesidades del ser humano.

A nuestro modo de ver, no debió establecerse en nuestra Carta Magna el pretendido derecho que discernimos, si tomamos en cuenta que al reconocerse el derecho a la vida se presuponen otros tantos derechos.

Después del derecho a la vida, está el derecho a la libertad. Porque el derecho a la vida plena supone el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, a la alimentación, al sano esparcimiento, a la educación. El derecho a la vida es antes que el derecho a la salud, porque primero es el ser y luego el modo de ser. La vida es el bien en el cual se dan todos los demás.

Según la Organización Mundial de la Salud, ésta se define como el bienestar biológico, psicológico y social del individuo. El concepto salud en nuestros días no se constriñe ni se

limita a evitar o recuperarse de los quebrantamientos físicos, sino que comprende el disfrute de posibilidades de acción que permiten el bienestar e integridad físicos, así como el enriquecimiento intelectual y la superación en todos los órdenes.

La expresión "derecho a la salud" se ha originado como manifestación de un interés general para apoyar los derechos al bienestar. Entre las razones para manifestar esta preocupación se encuentran los costos crecientes de la atención médica y la certeza de que en muchos casos su falta representa la diferencia entre la vida y la muerte.

En este contexto se puede preguntar si el concepto de "derecho a la salud" significa que todo el mundo tiene derecho a no estar enfermo. El derecho a la salud también puede significar que el Estado tiene la obligación de garantizar la salud de sus miembros, pero se advierte que no existe programa, adelanto científico o técnico, que garantice que todas las personas no van a enfermarse.

En consecuencia, el concepto "derecho a la salud" no tiene un significado definido ni permite consolidar una base para las acciones que la sociedad o las instituciones de salud emprendan para promoverla y preservarla.

En este sentido, la expresión "derecho a la protección a la salud" implica el esfuerzo deliberado, orientado y planeado para desarrollar acciones congruentes con las políticas y los objetivos que favorezcan la implementación de programas específicos en que la protección a la salud significa un conjunto de acciones realizables con los recursos humanos, físicos y financieros disponibles.

Protección a la salud también significa entonces un conjunto de acciones que permitan evitar enfermedades o situaciones relacionadas con la capacidad de la pareja para decidir sobre el número y espaciamiento de la prole. En fin, el derecho a la protección de la salud implica pretendidamente el compromiso por parte del Estado para aumentar la accesibilidad a los servicios de salud existentes o definir una política de ampliación y de extensión de la cobertura.

Es laudable que con la iniciativa se tienda a ampliar la cobertura para la protección de la salud, mediante un sistema nacional. Sin embargo, no obstante que se declara que es un derecho social el de la protección de la salud, éste pretende establecerse como garantía del gobernado al prescribirse que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.

A la consideración de ningún jurista escapa la gran diferencia que existe entre las denominadas garantías del gobernado y los derechos sociales que reconoce la Constitución. Puesto que los derechos sociales se han consagrado para garantizar el disfrute de ellos a las clases desvalidas de la sociedad.

Ahora bien, la segunda parte de éste párrafo establece que la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo dispuesto por la fracción XVI del artículo 73 constitucional, con el fin estimamos, de abatir las iniquidades regionales y el manejo dispendioso de los recursos asignados a esta prioridad mediante la escrupulosa integración de las entidades federativas y municipios al sistema nacional de salud.

En el aspecto relativo al acceso a los servicios de salud -- es reglamentaria del párrafo aludido del artículo 4o. constitucional la Ley General de Salud, ordenamiento publicado en el -- Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

En esta ley se previenen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general; a la factibilización del derecho a la protección de la salud responde la institucionalización del Sistema Nacional de Salud constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y por las personas -- físicas y morales de los sectores social y privado que prestan servicios de salud, así como los mecanismos de coordinación de acciones.

En esta ley, el título tercero se refiere a la prestación -- de los servicios de salud y, los servicios se clasifican en: -- 1.- Servicios Públicos a la población en general, 2.- Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social a los que con sus propios recursos, o por encargo del Ejecutivo Federal, presten las mismas instituciones a otros grupos usuarios; 3.- Servicios sociales y privados, independientemente de la forma en que se contraten, y 4.- Los que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria.

De tal clasificación se desprende la calidad de los usuarios o sea, de quienes de alguna manera pagan por los servicios de salud, y la de quienes están exentos de tal pago, pues no se con-- signó la gratuidad del derecho a la protección de la salud.

A manera de corolario: el contenido del párrafo en comento no otorga ninguna garantía en favor del gobernado, porque en principio declara programáticamente lo que el Estado deberá hacer para proteger el derecho a la salud de los ciudadanos, sin que sea el único sujeto pasivo, pues están además obligados, a proveer a la protección de la salud la sociedad y los propios interesados.

La disposición que establece este párrafo señala simplemente directivas de acción para los poderes constituidos, por lo que entra dentro de las denominadas declaraciones programáticas de la Constitución, las cuales como ya se dijo anteriormente no se perfeccionan de manera automática ni cambian la realidad social por su sola promulgación. En efecto, la protección de la salud atañe a la Federación y a las entidades Federativas, toda vez que para hacer frente al programa sanitario habrán de concurrir estos dos niveles de gobierno, más el nivel municipal, puesto que las atribuciones de éste son fijadas por las legislaturas locales.

La suma de esfuerzos de la Federación, entidades federativas y municipios, responde no sólo a un sano Federalismo, sino también a un programático realismo, ya que sin su concurso, la acción sanitaria federal sería ineficaz.

El pretendido derecho que comentamos requiere que el Estado se esfuerce en poner las condiciones para que progresivamente vaya gozando de efectividad.

Nuevamente se hace menester recordar que los derechos sociales y las garantías del gobernado son esencialmente distin-

tos, pues mientras estas últimas obligan al Estado a abstenerse de violarlas, los derechos sociales conllevan obligaciones de hacer para el Estado que debe generar las condiciones necesarias para su ejercicio.

Las disposiciones programáticas de una Constitución son para el Estado y sus agentes, estímulo y guía de la acción pública, y para el pueblo representan la esperanza de que algún día se acatarán. El derecho social, podemos afirmar, es un derecho de integración.

E) El Derecho a la Vivienda Digna y Decorosa.

a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.

En cuanto a su alcance y contenido se adujo que:

El problema de la vivienda popular es un problema grave, el cual tiene diversos enfoques. El problema inquilinario es uno de ellos, pero no es el único ángulo de tal problema.

La lucha librada por el pueblo mexicano a lo largo de su -- historia ha tenido tres objetivos fundamentales: el logro de la cabal independencia de la nación, la ampliación del régimen democrático y la elevación del nivel de vida. En éste último aspecto se incluye la lucha por satisfacer las necesidades elementales: casa, vestido y sustento, así como conquistar el acceso a los bienes de la civilización y la cultura.

En el caso de la elevación del nivel de vida se reconoció --

que en favor de los pueblos no se ha alcanzado siquiera la satisfacción de las necesidades mínimas elementales. Elevados porcentajes de mexicanos sufren de subalimentación, carecen de servicios médicos y asistenciales y no tienen acceso a una vivienda decorosa.

El particular problema de la vivienda popular ha sido motivo de luchas concretas emprendidas por los trabajadores. Las acciones del poder público frente a esta urgente necesidad han carecido de continuidad.

Una mirada retrospectiva a las medidas jurídicas y actos administrativos que se han dado en este campo permite recordar que la Constitución de 1917 plasmó en la fracción XII del artículo 123, la obligación para los patrones de proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas a renta baja, lo que constituyó la primera acción jurídica en la materia. En 1925 se estructuró la primera dependencia pública que construiría viviendas, la Dirección de Pensiones, en 1932 se constituyó el Banco Nacional Hipotecario y de Obras Públicas y en 1934 se creó el Instituto Nacional de Vivienda que debía estudiar el problema habitacional de las capas populares; en 1954 el Instituto Mexicano del Seguro Social inició un importante programa de construcción de viviendas de renta muy baja para sus trabajadores y en 1956 hizo lo propio Petróleos Mexicanos. Vinieron luego las construcciones de grandes conjuntos de edificios para la habitación, como la Unidad Nonoalco Tlatelolco, que no siempre alcanzaron sus objetivos, y de extensas áreas de construcción de unifamiliares, como San Juan de Aragón y otras, en diversos lugares de la capital del país.

Surgió el FOVI (Fondo de operación y Descuento Bancario - de la Vivienda) que son fideicomisos creados para otorgar apoyo financiero para la vivienda popular. En 1970 se creó la Dirección General de Habitación Popular del Departamento del -- Distrito Federal, hoy desaparecido, y se creó también el ---- INDECO (Instituto Nacional para el Desarrollo de la Comunidad y la Vivienda Popular). En 1970 se modificó la Ley Federal - del Trabajo para fortalecer el derecho de los trabajadores a la habitación cómoda e higiénica, y en 1971 se reformó la --- fracción XII del apartado "A" del Artículo 123 de la Consitución para dar origen al INFONAVIT (Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores) cuya ley se expidió en 1972. En ese mismo año se establecieron el FOVISSSTE y el FOVIMI, fondos semejantes al INFONAVIT que atenderían a los - trabajadores del Estado y a los integrantes de las fuerzas armadas. Por último, en ese mismo año se formuló la Ley General de Asentamientos Humanos, previas reformas a la Constitución para facultar al Congreso de la Unión para legislar en - esa materia.

El balance de todos esos esfuerzos, no siempre congruentes entre ellos ni adecuadamente continuados, arrojan como resultado la necesidad de multiplicar esfuerzos de manera substancial en vista de atender las mayores necesidades.

Se estimó en consecuencia indispensable superar la etapa errática y zigzagueante y elevar el nivel del compromiso surgido del gran movimiento popular en cuanto a atacar con mayor firmeza y continuidad el grave problema de la carencia de vivienda digna e higiénica para el pueblo.

b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.

Podemos afirmar terminantemente que el párrafo en estudio no consigna garantía alguna en favor del gobernado, tan es así que en su redacción no involucra a la persona o individuo, sino a la familia, con el carácter de sujeto activo.

Esta adición al artículo 4o. constitucional continúa consagrando a la familia como base de la sociedad y al reconocerle tal carácter, se empeña en tutelarla mediante disposiciones de índole programática.

En este sentido se refuerza la posibilidad de que el Estado con base en instrumentos jurídicos y financieros pueda cumplir con sus cometidos de "justicia social".

En todo caso, en lugar de como dice el párrafo en comento de que "toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa", el concepto adecuado, la palabra obvia debería ser en lugar de familia, "toda persona", con la cual se determinaría al sujeto activo de la relación jurídica que pretende establecer dicho párrafo como derecho a favor del gobernado.

La familia en consecuencia, no es un gobernado, pero en cambio se compone de gobernados, que no es lo mismo.

Por otra parte, de los elementos que entraña la relación jurídica en que se traduce la garantía individual tenemos que esta impone al Estado y sus autoridades una obligación correlativa

de hacer o de no hacer, y no a procurar mediante una política social darle preferencia a determinados rubros que representan problemas sociales y en los cuales dicha política encierra un fin a largo plazo, mediato, carente de efectividad práctica e inexigible como derecho.

El derecho subjetivo que proclama tal declaración está subordinado en cuanto su goce y ejercicio, a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica, ya que sin ellas tal derecho se antoja onírico y quimérico.- No deja de ser un propósito sano por mejorar el nivel de vida de la población por carecer de efectividad práctica.

Esta declaración programática del derecho social encuentra su punto de apoyo en la Ley Federal de Vivienda, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Su artículo 1o. precisa que "El conjunto de instrumentos y apoyos que señala este ordenamiento conducirán el desarrollo y promoción de las actividades de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en materia de vivienda, su coordinación con las organizaciones de los sectores social y privado, conforme a los lineamientos de la política general de vivienda".

El referido carácter social de esta ley se aprecia en su artículo 2o. que establece los lineamientos generales de la política nacional de vivienda, pretendiendo ampliar en sus beneficios al mayor número de personas, y preferentemente a la población urbana y a la de bajos recursos.

Establece asimismo el Sistema Nacional de Vivienda, el - cual se define como "El conjunto integrado y armonioso de las relaciones jurídicas, económicas, sociales, políticas, tecnológicas y metodológicas que dan coherencia a las acciones, -- instrumentos y procesos de los sectores público, social y privado, orientándose a la satisfacción de las necesidades de la vivienda".

La gratuidad de la vivienda sin embargo, no está contemplada pero si se establecieron mecanismos de crédito y facilidades.

En realidad, este párrafo es una declaración de principios que no constituye en nuestra opinión un derecho público subjetivo. El cumplimiento de ese derecho no se puede exigir al Estado en forma absoluta, por consiguiente, no entraña un derecho subjetivo auténticamente.

F) La Protección de los Menores.

a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.

Se sustentó en la relativa exposición que ante la panorámica y evolución de las garantías sociales en nuestro país, era de destacarse que el artículo 4o. constitucional exigía se le complementara con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria - que al mismo propósito presten las instituciones públicas. - - Ello en virtud de aceptarse las declaraciones de carácter internacional que se han celebrado y que ha hecho propias el --

Estado Mexicano. En efecto, en 1924 la Sociedad de las Naciones se refirió a la necesidad de atender al más indefenso de la sociedad, como lo es el niño; consideración nuevamente adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, al proclamar el 20 de noviembre de 1959, su Declaración Sobre los Derechos del Niño. Después, a 20 años de distancia y con el interés de subrayar los alcances de aquella declaración, el 5 de agosto de 1976 la Asamblea General de las Naciones Unidas instituyó el año de 1979 como el Año internacional del Niño, y se solicitó a los países miembros se revisaran las acciones internas, la estrategia establecida y las disposiciones legales existentes, a fin de procurar nuevos programas a beneficio de la niñez, buscando su mayor bienestar.

Atendiendo a la citada solicitud, se integró en México con representantes de diversas Secretarías de Estado y de varias - instituciones públicas y privadas, la Comisión Nacional para - el Año Internacional del Niño, misma que sugirió el proyecto de adición al artículo 4o. constitucional. La reforma mantiene los principios de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, de que ésta proteja la organización y desarrollo de la familia; también se mantiene el de libertad de decisión, de manera responsable e informada acerca del número y espaciamiento de los hijos.

Conforme a la sistemática legislativa adoptada, quedan -- comprendidos los derechos del menor y los deberes de los obligados a darles protección, pero conservando el orden ya establecido que contempla la igualdad de derechos del hombre y la mujer, la protección de la familia y la libertad de procreación responsable.

Nuestro país ha observado con celo el cuidado de la niñez; y así consigna en sus disposiciones legales más importantes, normas que, como en el Código Civil, preservan su alimentación, educación y desarrollo y el reconocimiento de la paternidad.

El artículo 123 constitucional prohíbe el trabajo de los menores de 14 años y la Ley Federal del Trabajo, condiciona la prestación de los servicios de los mayores de esta edad y menores de 16 años, a la autorización de sus padres, al cumplimiento de la educación obligatoria y al certificado médico donde conste la aptitud para prestar sus servicios.

En plena identidad con los principios anteriores, México ha participado en reuniones internacionales y suscrito convenios y declaraciones que han culminado en la conveniencia de revisar las acciones internas, la estrategia establecida y las disposiciones legales existentes, a fin de procurar nuevos programas a beneficio de la niñez, buscando su mayor bienestar.

b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.

El texto invoca el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Realmente, el deber de los padres no sólo es "preservar" - los derechos de los menores, los padres tienen obligaciones - directas para con los hijos según se desprende claramente del Código Civil para el Distrito Federal.

En nuestra opinión, el párrafo en estudio del artículo 4o. constitucional no reúne los elementos que entraña la relación jurídica en que se traduce la garantía del gobernado, pues en efecto, esta supone un derecho en favor del gobernado y una obligación a cargo de la autoridad estatal o de sus órganos, siendo que como se puede observar de la redacción del referido párrafo, el deber u obligación correlativo del derecho de los menores, se impone a los progenitores, no a la autoridad, en consecuencia, de ser necesario que los menores demandaran la satisfacción de sus necesidades lo harían ante sus padres, no ante la autoridad estatal.

Tan es obvia la afirmación anterior, que la segunda parte del párrafo en comentario prescribe que la "ley determinará los apoyos", es decir, la obligación o deber que se impone a cargo de los padres, pretende aminorarse en cuanto carga, "apoyando" en su cumplimiento a los progenitores de manera complementaria e indirecta por el Estado, en la forma que la ley determine, empero, sólo dice la "protección" de los menores, sin especificar en que consistirá tal protección.

En consecuencia, el aludido párrafo del artículo 4o. constitucional contiene una simple declaración programática que considera al menor como miembro de una familia, y de ahí su inclusión dentro de lo que se ha venido a denominar "derecho social familiar", por estar constituido por una serie de disposiciones que pretenden proteger a la familia y a sus miembros, como obligación ineludible del Estado Mexicano.

Es indudable que la intención es loable, ya que se inspira en los anhelos de proteger a la niñez mexicana, en forma congruente con la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU, que en principio establece que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma normal, en condiciones de libertad y dignidad.

Ciertamente, los problemas sociales que existen en México, de ninguna manera van a resolverse con decretos y adiciones a la Constitución en forma declarativa, sin operatividad práctica propia, supeditada en todo caso a la legislación secundaria que establezca la manera de cumplir con las obligaciones en favor de los menores a cargo de los padres y de las instituciones.

Aquí tenemos entonces un derecho que escapa al concepto de las garantías del gobernado, pues los titulares del derecho no pueden exigir su cumplimiento al Estado sino a los padres, --- quienes son los que tienen el deber de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

G) La Protección de los Pueblos Indígenas.

Con fecha 7 de diciembre de 1990, el Ejecutivo Federal sometió a la consideración del H. Congreso de la Unión una iniciativa de adición al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que se adicionó un

párrafo, recorriéndose en su orden los actuales párrafos primero y quinto, para pasar a ser segundo a sexto, respectivamente.

El contenido de dicho párrafo se redactó en los términos siguientes:

"ARTICULO 4o. La Nación mexicana tiene una composición -- pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá al desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. - En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos -- sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley."

a) Exposición de Motivos de la Iniciativa.

En su exposición de motivos, el Ejecutivo resume la problemática de los núcleos indígenas que forman parte de la población de nuestro país, resaltando la situación de marginación y extrema pobreza en que se encuentran.

Se reconoce la trascendencia de las culturas indígenas que aportan las raíces más profundas de nuestra historia y nacionalidad y sin embargo, se van diluyendo ante el contacto y empuje de la cultura urbana.

La manifestación más clara de una cultura es el lenguaje. - La exposición alude a las 56 lenguas indígenas que se hablan en las distintas regiones del país, según el censo de 1980, y debemos tener en cuenta el importante grupo de indígenas monolingües, que no hablan español y que se encuentran principalmente en el centro y sur de nuestro país.

"Cada una de las lenguas indígenas está inscrita en un texto cultural más amplio. A través de él se manifiesta un sistema de conocimientos específicos sobre la existencia y la naturaleza que se expresa en tradiciones que lo transmiten y perpetúan. También se concreta en formas de organización social e instituciones solidarias características que ordenan, ofrecen protección y norman la vida de sus integrantes. Lenguas, culturas, organización social y otros factores cristalizan en identidades que conforman las relaciones entre quienes los comparten y respecto a otros grupos de la sociedad. La identidad se precisa de manera diversa y se modifica con el tiempo y circunstancias. Los indígenas mexicanos se transforman y redefinen sin que su identidad se disuelva o debilite".

La iniciativa se refiere asimismo a la marginación en que se encuentran los indígenas como consecuencia de dilatados procesos históricos. Las carencias se concentran desproporcionalmente en las comunidades indígenas, conformando un círculo en el que la pobreza se reproduce y perpetúa; la intermediación que medra con la desigualdad y se opone al progreso de los indígenas no ha sido erradicada, y la justicia encuentra barreras en las condiciones de aislamiento, pobreza y exclusión en que viven los indígenas mexicanos.

"En muchas zonas indígenas, la productividad de los sistemas tradicionales de cultivo se ha deteriorado y a veces también el suelo y la vegetación. La falta de apoyo para el desarrollo de esos sistemas o su sustitución, como también la explotación irracional de los recursos naturales por intereses ajenos a las comunidades, ha generado una permanente situación de restricción en

la producción. Esta se agrava por los injustos términos de intercambio que privan en casi todas esas zonas ".

El Ejecutivo analiza la consecuencia más grave de la marginación de los indígenas al no tener acceso a los beneficios que el Estado brinda a sus habitantes pues la ley no siempre se aplica a los indígenas con sentido de justicia y en ocasiones persisten resabios discriminatorios. Muchos de los detenidos indígenas - no hablan el español ni tuvieron acceso al conocimiento de las leyes, de ahí la necesidad de una defensoría adecuada.

Reclamos y demandas indígenas no son siempre atendidos oportuna y adecuadamente por las instancias de administración y procuración de justicia. En casos aislados, quedan impunes quienes ejercen violencia contra los indígenas. Por ello, hay una notable identidad entre los pueblos indígenas y la pobreza, con frecuencia extrema.

"La solidaridad entre los propios indígenas, que se expresa a través de su organización social, mitiga conflictos y ofrece protección que resulta insuficiente. Está sustentada en prácticas jurídicas arraigadas y respetadas entre ellos, que en la mayoría de los casos no sólo no contradicen sino que podrían complementar las normas del derecho positivo. Las instituciones tradicionales indígenas también contienen elementos para cam-biar determinadas situaciones, de tal forma que la solidaridad que aquellas protegen y defienden sirva para el desarrollo y el bienestar que los indígenas reclaman y merecen. Sin embargo, algunas de esas formas de organización social carecen de reconocimiento y sus principios no son tomados en cuenta. Es neces-

rio procurar la armonía entre las tradiciones jurídicas de los indígenas con las normas legales que coinciden en la aspiración de un estado de derecho".

b) Naturaleza Jurídica de la Prescripción Constitucional.

Podemos afirmar que nuevamente nos encontramos ante una prescripción que no otorga garantía alguna en favor del gobernado. En efecto, si atendemos a que la parte primera del párrafo en estudio refiere a los "pueblos indígenas", es dable sostener -- que en consecuencia no se involucra a los sujetos que integran la relación jurídica en que se traducen las garantías del gobernado. Los "pueblos indígenas" no pertenecen a los grandes núcleos sociales (obreros y campesinos), que la Constitución tutela mediante sus normas de contenido social.

Es innecesaria la proclamación que se hace en virtud de que en nuestro país, todo individuo, por disposición del artículo - lo constitucional, goza de las garantías que otorga la propia Ley Suprema, sin distinción alguna de índole social o económica.

Es no obstante, un laudable propósito el que la ley prevenga la protección y promoción de las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas de organización indígena, pues con ello se reconoce la precaria situación en que se encuentran los núcleos indígenas que componen gran parte de nuestra población nacional.

En lo que atañe al mandato constitucional para que la ley - prevea los instrumentos adecuados para garantizar a los pueblos indígenas el pleno e igualitario acceso a la jurisdicción del - Estado, conviene señalar que el mismo resulta repetitivo pues -

*Indígena: Originario del país; sinónimo; autóctono, nativo, natural aborigen. Establecido en un país desde tiempo inmemorial.

el Orden Supremo consagra expresas garantías de igualdad (arts. 1o., 2o., 4o. párrafo primero) y de seguridad jurídica (arts. - 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 29), en favor de todos aquellos que se encuentren en la situación de gobernados.

Por cuanto hace a la parte final del párrafo en comento, respecto a que en los juicios y procedimientos agrarios en que sean parte los pueblos indígenas se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas, no se trata sino de una disposición tendiente a lograr la igualdad ante la ley que por lo mismo, resulta repetitiva y oscura desde nuestro punto de vista, pues es de sobra conocido que la costumbre es una de las fuentes del derecho, siempre y cuando tenga ciertas características.

La prescripción contenida en el párrafo en estudio no entraña garantía alguna en favor del gobernado que pueda éste ejercitar efectivamente en contra del Estado, y por lo mismo su naturaleza entraña una declaración de índole programática que señala una serie de lineamientos tendientes a lograr por el Estado en favor de los "pueblos indígenas", el mejoramiento de su actual situación de pobreza y marginación.

H) Comentarios Críticos y Propuestas en General.

Desde nuestro punto de vista, el contenido del artículo 4o. constitucional no otorga derechos en favor del gobernado que pueda este eficazmente exigir al Estado. Se trata como se dijo anteriormente, de simples declaraciones de índole programática que han -- contribuido a la alteración del orden en la forma de nuestra Carta Magna.

En efecto, supuesta una Constitución escrita debemos encontrar en ella una parte dogmática y otra orgánica, la primera - dedicada a otorgar en favor del gobernado los derechos públicos subjetivos o garantías y la segunda destinada a establecer los lineamientos del orden estatal y de gobierno.

Podemos sostener que el contenido programático del artículo 4o. constitucional responde a intereses políticos y de campaña partidista que no debieran estar en la parte dogmática de nuestra Constitución, y dada la tendencia de incorporar tales disposiciones, por razones de técnica legislativa consideramos -- que estarían mejor ubicadas en un capítulo especial de nuestra Carta Magna.

Asimismo, es absurdo pensar que el artículo en comento crea un derecho "social familiar", pues la familia no pertenece en sí a los núcleos socialmente débiles que amparan las disposiciones que se dicen de contenido social, como es el caso de -- los obreros y campesinos.

Por lo que respecta a la igualdad del varón y la mujer ante la ley, ésta como ya dijimos, es una declaración intrascendente, pues como lo establece el artículo 1o. de nuestra Ley Fundamental, "todo individuo" goza de las garantías que otorga, y por lo mismo, sin distinción alguna, se señala a los sujetos activos de la relación jurídica en que se traducen las garantías - del gobernado.

En consecuencia, la prescripción sobre la igualdad ante la ley del varón y la mujer es una declaración irrelevante, cuya

ausencia no afectaría en nada su igualdad jurídica, toda vez - que tanto hombres como mujeres deben refutarse como individuos para efectos de las garantías constitucionales.

Por cuanto hace al mandato relativo a la protección y el desarrollo de la familia, cabe señalar que el concepto de la familia es ajeno a la idea de gobernado, pues la misma es un conjunto de gobernados o de individuos y en todo caso, debería decirse en este párrafo que el individuo o gobernado tiene el derecho de exigir al Estado los elementos necesarios para su desarrollo en los aspectos de índole social y económico porque entonces, se hablaría correctamente de las necesidades del sujeto activo o gobernado, quien requiere más que protección, apoyos y estímulos efectivos para disfrutar de las comodidades -- inherentes a su capacidad de sujeto de derecho.

Por lo que hace a la libertad de procreación contenida en el artículo en comento, aceptando que consagra una garantía -- constitucional, creemos sin embargo que la redacción idónea sería en el sentido de que: "A nadie podrá impedirse el derecho de decidir de manera libre el número y espaciamiento de los hijos", pues es obvio que en los términos de la redacción vigente, si bien se consagra un derecho cabe interpretar que su -- ejercicio está condicionado a que la determinación respectiva sea tomada de manera responsable e informada y si no es así, -- la libertad de procreación no se encontraría protegida por la Constitución.

En cuanto al contenido de las prescripciones relativas al -- derecho a la vivienda y a la protección de la salud, por carecer de exigibilidad jurídica tales disposiciones se traducen en

loables aspiraciones cuya ausencia en nada afectaría la situación del gobernado en lo que a garantías se refiere.

Asimismo, se vuelve a considerar erróneamente a la familia sujeto de una relación jurídica con el Estado.

En cuanto hace a la disposición inherente a la protección de los menores, se establece una obligación a cargo de los padres por lo cual no conlleva los elementos indispensables que entrañan las garantías del gobernado, en todo caso, el párrafo en cuestión debería establecer que "es deber del Estado" preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. Sin embargo, tal disposición seguirá siendo de índole programática, y por lo mismo, -- sin efectividad inmediata, en la inteligencia de que su inclusión formal no introdujo nada nuevo, pues como lo dijimos anteriormente, todo individuo sin distinción de edad, raza, sexo o condición económica, goza de las garantías que otorga la Constitución.

En lo relativo a la protección y desarrollo de los pueblos indígenas, es importante señalar que nuevamente se está incurriendo en el error de considerar con el carácter de gobernado a un núcleo social específico, atendiendo a factores sociales, económicos y culturales, trazándose lineamientos básicos al Estado para atender las demandas y necesidades de esos grupos que por su pobreza viven en la marginación y discriminación.

Sin embargo se traduce en una declaración ingenua, pues como se dijo anteriormente, todo individuo, sin distinción de -- ninguna especie, goza de las garantías que otorga la Constitu-

ción de igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica, incluyéndose en ellas el derecho al acceso a la administración de justicia en forma pronta y expedita en tribunales previamente establecidos y en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

CONCLUSIONES

- Primera: Son diversas las posturas que pretenden explicar la naturaleza del derecho subjetivo, de entre ellas destacan las expuestas por Ihering, Windscheid, Jellinek, Del Vecchio, Kelsen y Recaséns Siches.
- Segunda: El derecho subjetivo existe, podemos afirmar, por un acto normativo que lo crea y delimita, independientemente de la voluntad o del interés, en forma aislada o conjunta.
- Tercera: El derecho subjetivo asume formas distintas dependiendo de cada relación concreta.
- Cuarta: Al derecho subjetivo lo caracterizan, primero, una facultad reconocida por la norma, y segundo, la correlativa potestad de exigir su respeto.
- Quinta: Los derechos subjetivos se clasifican de conformidad a diversos criterios, sin embargo, una clasificación confiable sería aquella que atendiera a la forma en que se manifiestan tales derechos.
- Sexta: No debe identificarse a las garantías del gobernado con los derechos del hombre, por ser las primeras más amplias en su alcance y sentido, mas no ajenas a la idea de que el hombre tiene atributos inherentes a su calidad de ser humano que son el contenido de algunos de los derechos subjetivos públicos implicados en esas garantías.

- Séptima:** La relación jurídica de supra a subordinación vincula en sus extremos al Estado (sujeto pasivo), y al gobernado - (sujeto activo), en cuya esfera jurídica opera o va a -- operar un acto de autoridad.
- Octava:** El término acertado desde nuestro punto de vista para referirnos a la relación jurídica de supra a subordinación es el de "Garantías del gobernado", o en forma indistinta "garantías constitucionales".
- Novena:** Las garantías del gobernado son otorgadas y establecidas en la Constitución, así como su alcance y límites.
- Décima:** Nuestra actual Constitución en su artículo 10. sostiene la tesis positivista de que las garantías del gobernado las otorga o crea la propia Norma Suprema.
- Décima primera:** Las garantías del gobernado o constitucionales se integran por la concurrencia de los sujetos, en un vínculo jurídico que impone a la autoridad una obligación y --- atribuye al gobernado un derecho en forma efectiva.
- Décima segunda:** El sujeto activo de la garantía constitucional lo es todo aquél que tiene el carácter de gobernado.
- Décima tercera:** Las garantías del gobernado suelen clasificarse en cuatro grupos que son: igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica.
- Décima cuarta:** En la Norma Suprema existen disposiciones cuyo contenido no entraña la relación jurídica de supra a subordinación en que se traducen las llamadas garantías del gobernado.

- Décima quinta: Son garantías del gobernado aquellas disposiciones contenidas en la Ley Suprema que reúnen los requisitos -- inherentes a la relación jurídica de supra a subordinación en que aquella se traduce.
- Décima sexta: Las declaraciones de índole programática, son simples aspiraciones o ideales que conllevan intereses sociales y encauzan acciones gubernamentales a largo plazo.
- Décima séptima: Las garantías del gobernado implican que la obligación correlativa a la facultad del gobernado pueda exigirse coactivamente.
- Décima octava: La falta de una adecuada técnica legislativa origina - que en rigor no se tomen en consideración los elementos esenciales de las garantías del gobernado, y en algunos casos, las pretendidas garantías constitucionales sean tan sólo declaraciones programáticas.
- Décima novena: En términos generales el artículo 4o. constitucional - vigente tiene un amplio sentido de justicia social, pero no entraña garantías en favor del gobernado, por lo que sería aconsejable que parte de su contenido constituyera un capítulo especial de nuestra Constitución.
- Vigésima: La prescripción relativa a la protección de los pueblos indígenas es de índole programática por carecer de exigibilidad inmediata y su consagración era innecesaria, - pues se repiten derechos ya reconocidos por la Norma Suprema en favor de los gobernados.

B I B L I O G R A F I A

1. Aftalión R. Enrique. "INTRODUCCION AL DERECHO". Ed. El Ate neo., Buenos Aires, Argentina., 1956.
2. Alf Ross. "SOBRE EL DERECHO A LA JUSTICIA". Ed. EUDEBA, -- Argentina., 1963.
3. Azcarate y Rosell, Carlos. "ESTUDIOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. F. Verdugo., La Habana., 1940.
4. Burgoa Orihuea, Ignacio. "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES". Ed. Porrúa., México, D.F., 1989.
5. _____ "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO". - Ed. Porrúa., México, D.F., 1985.
6. Carpizo McGregor, Jorge. "CATALOGO DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL". Ed. Porrúa., -- México, D.F., 1987.
7. _____ y otros. "LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL". UNAM., México, D.F., 1975.
8. Carrillo Prieto, Ignacio. "RENOVACION CONSTITUCIONAL Y SISTEMA POLITICO". Ed. Porrúa., México, D.F., 1987.
9. Castro, Juventino V. "LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO". -- Ed. Porrúa., México, D.F., 1983.
10. Coronado, Mariano. "ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL -- MEXICANO". Ed. UNAM., México, D.F., 1977.
11. Del Vecchio, Jorge. "FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. Bosch., Barcelona, España., 1953.
12. "DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO". V. I. Editada por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión., LII. Legislatura., México, D.F., 1985.
13. "DICCIONARIO DEL ESPANOL MODERNO". Ed. Aguilar., México, - México, D.F., 1990.

14. "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO". Tomo II. Ed. Porrúa., México, D.F., 1985.
15. Herrera Lasso, Manuel. "ESTUDIOS POLITICOS Y CONSTITUCIONALES". Ed. Porrúa., México, D.F., 1984.
16. Kelsen Hans. "TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO". Ed. UNAM., México, D.F., 1988.
17. _____ "TEORIA PURA DEL DERECHO". Ed. UNAM., México, D.F., 1984.
18. Montiel y Duarte, Isidro. "ESTUDIO SOBRE GARANTIAS INDIVIDUALES". Ed. Porrúa., México, D.F., 1979.
19. Mora Bravo, Miguel. "DERECHO A LA PLANEACION FAMILIAR". Ed. C.N.P., México, D.F., 1986.
20. Noriega Cantú, Alfonso. "LA NATURALEZA DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCION DE 1917". Ed. Porrúa., México, D.F., 1967.
21. Pereznieto Castro, Leonel. "REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LA RENOVACION NACIONAL". Ed. Porrúa., México, D.F., 1987.
22. Preciado Hernández, Rafael. "LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. JUS., México, D.F., 1984.
23. Perez de León, Enrique. "NOTAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO". Ed. Porrúa., México, D.F., 1987.
24. Pérez Luño, Antonio. "DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCION". Ed. Tecnos., España., 1984.
25. Radbruch, Gustav. "INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. F.C.E., México, D.F., 1955.
26. Reale, Miguel. "INTRODUCCION AL DERECHO". Ed. Pirámide., España., 1977.
27. Recaséns Siches, Luis. "TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. Porrúa., México, D.F., 1959.
28. Rodríguez y Rodríguez, Jesús. "INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO". Ed. UNAM., México, D.F., 1981.

29. Rojina Villegas, Rafael. "INTRODUCCION Y TEORIA FUNDAMENTAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO". Ed. El Nacional., México, D.F., 1953.
30. Tamayo y Salmorán, Rolando. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCION". Ed. UNAM., México, D.F., 1987.
31. Terán Mata, Juán. "FILOSOFIA DEL DERECHO". Ed. Porrúa., - México, D.F., 1964.
32. Trueba Urbina.
33. Valadés, Diego. "LA CONSTITUCION REFORMADA". Ed. UNAM., - México, D.F., 1987
34. Vallado Berrón. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO". Ed. Herrero., México, D.F., 1961.
35. Varios Autores. "DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCION DE LA SALUD". Ed. Porrúa., México, D.F., 1983.

L E G I S L A C I O N .

36. "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". Ed. Porrúa., México, D.F., 1990.
37. "LEY GENERAL DE POBLACION". Ed. Andrade., México, D.F., - 1990.
38. "REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE POBLACION". Ed. Andrade., México, D.F., 1990.
39. "LEY GENERAL DE SALUD". Ed. Andrade., México, D.F., 1985.

J U R I S P R U D E N C I A .

40. Ezequiel Guerrero Lara y Enrique Guadarrama López. " LA - INTERPRETACION CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION". Ed. UNAM., México, D.F., 1986.

O T R O S D O C U M E N T O S .

41. Iniciativa de adición al artículo 4o. constitucional presentada por el Ejecutivo Federal con fecha 7 de diciembre de 1990. S.I.D. de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

41. Diario Oficial de la Federación de Fecha 28 de enero de 1992, Tomo CDLX., No.19.