

259
29



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

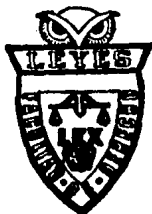
**EL ORIGEN CONSENSUAL DEL ESTADO
Y LOS DERECHOS DEL HOMBRE**

T E S I S

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

MARIA GUADALUPE FERNANDEZ RUIZ

ASESORA DE TESIS: LIC. LOURDES GARCIA RUIZ



FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA DE ACADIA
EXAMEN DE TESIS

1994



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO
U. N. A. M.

México, D. F., 29 de agosto de 1994.

OFICIO APROBATORIO.

C. DIRECTOR GENERAL DE SERVICIOS ESCOLARES
FACULTAD DE DERECHO
U. N. A. M.
P R E S E N T E .

La Pasante de Derecho señorita MARIA GUADALUPE FERNANDEZ RUIZ, ha elaborado en este Seminario, bajo la dirección de la C. LIC. LOURDES GARCIA RUIZ, la tesis titulada:

"EL ORIGEN CONSENSUAL DEL ESTADO Y LOS
DERECHOS DEL HOMBRE"

En consecuencia y cubiertos los requisitos -- esenciales del Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito a usted, tenga a bien autorizar los trámites para la realización de dicho examen.

A T E N T A M E N T E .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

LIC. MARIA DE LA LUZ GONZALEZ GONZALEZ
DIRECTORA DEL SEMINARIO.



SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
SEMINARIO
DE
TEORIA DEL ESTADO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

LIC. MARIA DE LA LUZ GONZALEZ Y GONZALEZ
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE TEORIA GENERAL
DEL ESTADO
P R E S E N T E

La señorita MARIA GUADALUPE FERNANDEZ RUIZ ha elaborado la tesis de licenciatura titulada "EL ORIGEN CONSENSUAL DEL ESTADO Y LOS DERECHOS DEL HOMBRE" bajo mi dirección. Al respecto, considero que la misma cumple con los requisitos metodológicos y reglamentarios, de una tesis profesional.

Por lo anterior, solicito a usted atentamente, de considerarlo procedente, autorizar los trámites pertinentes para la titulación de la señorita FERNANDEZ RUIZ.

Sin otro particular por el momento, reciba el testimonio de mi respetuosa consideración.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., 15 de Julio de 1994

Lourdes García Ruiz
LIC. LOURDES GARCIA RUIZ

A MIS PADRES:
JORGE FERNANDEZ RUIZ
Y
GRACIELA RUIZ DE FERNANDEZ

A MI ESPOSO:
HORACIO ARELLANO DIAZ

A MIS HIJAS:
MARIA GUADALUPE Y MARIA RAQUEL ARELLANO FERNANDEZ

A MI TIA:
JULIA FERNANDEZ RUIZ

INTRODUCCION

Las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial sacudieron la conciencia del hombre y motivaron a la comunidad internacional a realizar acciones encaminadas a proteger a las futuras generaciones del flagelo de la guerra, y a reconocer y proteger los derechos humanos. Tales propósitos dieron origen a la Organización de las Naciones Unidas en 1945. y a la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

La preservación y defensa de los Derechos Humanos requiere de una lucha constante por la protección de la esencia misma del ser humano en la que radica su propia dignidad, tarea que a su vez requiere de un amplio y profundo conocimiento de tales derechos fundamentales; de ahí nuestro interés por este tema que viene a ser el central en la presente investigación.

Para la elaboración de este trabajo partimos de la hipótesis de que el contractualismo socio-político se encuentra fuertemente imbricado con los Derechos Humanos, lo cual resumimos en el rótulo mismo de esta tesis: "El origen consensual del Estado y los derechos del hombre".

El tema de este estudio académico lo hemos desarrollada en cuatro capítulos denominados respectivamente:

EL CONSENTIMIENTO

EL CONTRATO SOCIAL

LOS DERECHOS DEL HOMBRE. Y

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL PODER
PUBLICO.

Al ocuparnos del consentimiento, analizamos sus aspectos filosóficos, políticos y jurídicos. Al estudiar el contrato social, lo hacemos a la luz de las tesis de quienes, desde la antigua Grecia

hasta el siglo XX, han creído encontrar en el pacto social el origen de la sociedad o del Estado. En el capítulo correspondiente a los derechos del hombre, tras de hacer una breve disertación, con pretensiones filosóficas, de los derechos y de la personalidad del ser humano, analizamos los aspectos principales de las Declaraciones de Derechos más importantes del siglo XVIII, así como de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En el capítulo cuarto y último, relativo a la defensa de los derechos humanos frente al poder público, procedemos a efectuar un análisis de los aspectos principales del juicio de amparo, del *hábeas corpus*, de los recursos administrativos, del proceso administrativo y del *ombudsman*.

No podríamos concluir estas líneas introductorias sin expresar mi profundo agradecimiento para la licenciada Lourdes García Ruiz por su paciente orientación y valiosa dirección en la realización de la presente investigación que aspira a contribuir, aun cuando muy modestamente, en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Cuajimalpa, D. F., mayo de 1994.

CAPITULO PRIMERO

EL CONSENTIMIENTO

Se nace y se vive dentro del Estado y es difícil imaginar la vida fuera de él, porque, hoy en día, el hombre precisa del Estado. De ahí la pregunta: ¿Es el hombre para el Estado o es el Estado para el hombre?, a lo que Agustín Basave Fernández del Valle responde: "En absoluto no es el hombre para el Estado, sino el Estado para el hombre; pero el hombre debe trabajar y sacrificarse tanto cuanto lo requiera la existencia y el perfeccionamiento del Estado. bajo la pena de que muera éste y también el hombre mismo." (1) Y es que para llegar a realizar los fines humanos no basta el empeño de los individuos, se requiere el funcionamiento del Estado; por ello conviene conocer cómo surge y qué o quién lo crea.

El término Estado fue desconocido en la antigüedad; aparece en Italia en la segunda mitad del siglo XIII y su empleo se propaga en el siglo XV para aludir al conjunto de funciones permanentes de un gobierno: más tarde con este vocablo *Stato* se hacía referencia al territorio en que ejercía su poder un gobierno; surgen así, en la Italia renacentista el *Stato di Firenze*, *Stato di Genova*, y el *Stato di Napoli*, entre otros. Acorde con este significado el florentino Nicolás Maquiavelo inicia el primer capítulo de "El Príncipe", con la frase: "Cuantos Estados, cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son Repúblicas o principados." (2) De esta forma, precisa que el Estado es el género y la forma de gobierno, la especie. Si bien es cierto que la voz Estado data apenas de finales del siglo XVI, como institución representativa de la mayor organización política que los hombre hayan conocido, el fenómeno estatal proviene de miles de años atrás, como lo acredita la máxima institución política de los sumerios o la *polis* griega, esto es, la ciudad Estado de los helenos.

Antes de entrar al desarrollo del tema que nos ocupa, conviene analizar, cuando menos someramente, el origen del Estado; al respecto existen una gran cantidad de teorías susceptibles de clasificarse en tres grandes grupos:

1. Basave Fernández del Valle, Agustín. Teoría del Estado. Fundamentos de Filosofía Política. 1a. Ed., México, Editorial Jus. 1985. p. 71.
2. Maquiavelo, Nicolás. El Príncipe. 3a. Ed., Buenos Aires, Espasa Calpe Argentina, S.A. 1943. p. 11.

- Las que atribuyen el origen del Estado a la voluntad divina:
- las que lo radican en el consentimiento humano;
- las que lo ubican como resultado ineluctable de la convivencia social

Por lo que concierne a las teorías del origen divino del Estado, las mismas tienen numerosos expositores, entre ellos recordamos al orador sagrado Francisco J. Senault, quien inspira a Luis XIV para pronunciar su célebre frase EL ESTADO SOY YO, al afirmar "el rey tiene su poder en Dios: la providencia le hace dueño de la vida y de la muerte y ha puesto a todos los súbditos en sus manos, **El rey es el Estado**, que se resume todo en él, en su persona." (3)

Para otros autores, el origen del Estado radica en el consentimiento humano manifestado en un pacto social: son los defensores del origen consensual del Estado, corriente teórica iniciada con Protágoras en la antigua Grecia, retomada en la era moderna por Thomas Hobbes y luego por John Locke, Jean Jacques Rousseau y Emmanuel Kant.

Protágoras de Abdera, destacado exponente de los sofistas, tal vez haya sido el primero en esbozar la teoría del contrato social al sostener que en épocas muy remotas los hombres se vieron en la necesidad de agruparse en comunidades para defenderse de las fieras y elevar su nivel de vida, hasta entonces no habían estado sometidos a normas jurídicas, sin embargo, la convivencia social resultó irrealizable bajo la ley de la selva y evidenció la necesidad de leyes jurídicas, gracias a las cuales los más fuertes se comprometieron a no atacar ni robar a los más débiles. Sin embargo, como señala Antonio Truyol y Serra "...Protágoras no incurre en el individualismo de sofistas posteriores, que fundaron la sociedad en un simple pacto concertado en vistas a la utilidad de cada cual."(4)

Por su parte, entre quienes explican el origen del Estado como el resultado ineluctable de la convivencia social, destaca Federico Engels, para quien el ente estatal viene a ser un producto social surgido cuando la sociedad, llegada a un cierto grado de desarrollo, se sitúa en una grave e

3. Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada, Espasa Calpe, S.A. Tomo 55, p. 218.

4. Truyol y Serra, Antonio. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, 2a. Ed. Madrid. Revista de Occidente, S.A. 1956. T. 1. p. 96.

irreversible contradicción consigo misma, dada su profunda división derivada de los intereses antagónicos irreconciliables de sus clases integrantes. Para evitar el mutuo exterminio de las clases en pugna, con intereses económicos encontrados, se hace indispensable la existencia de un poder al cual se someta toda la sociedad y maneje el conflicto o lo mantenga en un *Stato quo*, de tal manera Federico Engels sostiene: que "... ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se le hace cada vez más extraño, es el Estado".(5)

En el desarrollo del presente trabajo analizaremos fundamentalmente el segundo grupo de teorías, es decir, aquellas que atribuyen el origen del Estado al consentimiento o a la voluntad del hombre.

Este capítulo lo dedicamos al estudio de los aspectos filosóficos, políticos y jurídicos del consentimiento.

1.1. ASPECTO FILOSOFICO DEL CONSENTIMIENTO.

Derivada de la voz latina *consensus*, la palabra consentimiento viene a significar el acuerdo consciente, reflexivo, deliberado y libre de la voluntad, acerca de un acto externo, propio o ajeno.

En el proceso que conlleva al consentimiento, según señala Arturo Corbella, (6) participan la inteligencia, la conciencia y la voluntad. La primera delibera, la segunda juzga y la última resuelve. Sin alguna de tales participaciones, en rigor, no puede haber consentimiento, pues para tal efecto se requiere que quien consiente sepa lo que hace, lo cual exige la deliberación: ¿por qué lo hace?, esto lo determina la conciencia y, además, es necesario que quiera hacerlo, lo cual supone su libre voluntad para ello.

Entendemos por inteligencia la facultad de conocer, de entender o de comprender, gracias a la cual podemos examinar, meditar y deliberar en nuestro yo interno sobre un asunto, con base en el entendimiento y comprensión logrados.

5. Engels, Federico. El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. México. Editores Unidos Mexicanos. 1977. pp. 195 y 196.

6. Corbella, Arturo. "Consentimiento". Enciclopedia jurídica Española 1a. Ed. Varios autores. Francisco Seix. Editor, Barcelona 1910. Tomo VIII, P. 186.

Nuestro entendimiento, según se afirma en la Enciclopedia Universal Ilustrada, (7) está aletargado durante los primeros años, sin embargo, con el correr del tiempo se empieza a hacer uso de la razón hasta lograr en el ámbito moral su total aprovechamiento, en el desarrollo de un proceso de reflexión o raciocinio, efectuado mediante el ejercicio de cuatro funciones diferentes: la sindéresis, la razón práctica general, la razón práctica particular y la conciencia.

La sindéresis es la función por la cual el entendimiento conoce los principios fundamentales del orden moral, tales como: haz lo que como ser racional te está bien, evita lo que te está mal; haz el bien, evita el mal; respeta el orden y actúa conforme a él.

La función de la razón práctica general, estriba en aplicar los principios fundamentales del orden y la ciencia moral, asimilados mediante la sindéresis, a los casos concretos generales. Por lo que respecta a la función de la razón práctica particular consiste en resolver los conflictos registrados en casos concretos especiales, por contraposición de dos o más principios generales.

1.1.1. CONCIENCIA.

Por último, la conciencia viene a ser la función o acto de la razón humana que pone término, mediante un dictamen, a un proceso de reflexión o raciocinio, cuyo punto de partida fue el conjunto de principios fundamentales de la moral, asimilados mediante la sindéresis. Así, la conciencia puede considerarse como: "El juicio o dictamen de la razón práctica por el cual conocemos la licitud de una acción que ahora hemos de poner, o juzgamos de la honestidad o inhonestidad de la acción que hemos ejecutado." (8) De esta suerte, la conciencia puede considerarse como una manifestación del sentido moral que juzga acerca de la bondad o maldad de nuestras propias acciones. Considerada de esta manera, la conciencia, según se apunta en la citada enciclopedia, puede ser víctima de distintas degradaciones o perversiones, tanto por impulsos patológicos como por obnubilaciones que producen una pérdida importante en el sujeto, en el consentimiento de su actuación. (9)

7. Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada. Op. cit. T. 14 p. 956.

8. Enciclopedia Universal Ilustrada. Op. cit. Tomo 14 p. 956.

9. *Ibidem*.

Por conciencia, también entendemos un tipo de sensibilidad gracias al cual podemos juzgar nuestra propia actuación; viene a ser, en este sentido la conciencia, el conjunto de nuestras propias representaciones que nos proporcionan la imagen de nuestra personalidad, tanto en el aspecto físico como en el moral; ese conjunto de representaciones constituye la esencia de nuestra vida espiritual. En relación a la conciencia, en el Diccionario Marxista de Filosofía, de I. Blanberg, se afirma: "el materialismo comprende la conciencia como reflejo de la realidad y la vincula a mecanismos de la actividad nerviosa superior". (10)

En cambio, en el Diccionario de Pedagogía, publicado bajo la dirección de Luis Sánchez Sarto, se apunta que la palabra conciencia "designa la ciencia o el conocimiento de los fenómenos de la experiencia interna, especialmente en su aspecto moral." (11) Para el autor no identificado de esta definición sobre la conciencia, contenida en el referido diccionario de Pedagogía, existe una conciencia moral que engloba a la potencial y a la actual, la potencial equivale a la facultad de juzgar, la actual viene a ser el juicio práctico: así la conciencia moral resulta ser la facultad de juzgar y el juicio práctico acerca del mérito o demérito moral de los actos de la propia voluntad. Distingue, el autor de este artículo, entre conciencia antecedente, consonante y consiguiente, la primera advierte o previene antes de ejecutar el acto, la segunda lo atestigua y la última lo juzga. (12)

"El dictamen de la conciencia -se agrega en esta definición-, que versa acerca de lo bueno o malo, permitido o prohibido, es un juicio de la razón, pero se traduce en movimientos de la voluntad, de la fantasía, del sentimiento o del cuerpo, como fenómenos sucesivos. A determinados actos de la voluntad impone la conciencia una norma imperativa o prohibitiva, convirtiéndola entonces en conciencia obligatoria y originando el conocimiento del deber. Por esto la conciencia es la ciencia de los deberes." (13) En este orden de ideas, en su Epístola a los Romanos, San Pablo expresa: "Cuando los paganos, que no tienen ley, cumplen naturalmente con lo que manda la ley, se están dando a sí mismos una ley; muestran que las exigencias de la Ley están grabadas en su corazón.

10. Blanberg, I. Diccionario Marxista de Filosofía, México, D.F. Ediciones de Cultura Popular, 1978. p. 54.

11. Diccionario de Pedagogía, publicado bajo la dirección de Luis Sánchez Sarto. Barcelona. Editorial Labor, S.A. 1936. p. 680.

12. Diccionario de Pedagogía. Op. Cit. pp. 680 y 681.

13. Diccionario de Pedagogía. Op. Cit. p. 681.

Lo demuestra también la conciencia que habla en ellos, cuando se condenan o se aprueban entre sí. "(14) En nuestro concepto, la conciencia es la facultad humana de representar mentalmente los propios actos y dictaminar acerca de su licitud o ilicitud.

Por otra parte, se puede diferenciar entre conciencia natural y conciencia de educación. la primera proviene de nuestra personal forma de ser, como seres dotados de inteligencia; la segunda en cambio, deriva de la influencia de la sociedad en la que actuamos, sus modas, tradiciones y costumbres. Obviamente el ámbito de la segunda es mucho mayor que el de la primera.

1.1.2. VOLUNTAD.

Ahora bien, sin la participación de la voluntad no puede darse la función de la conciencia, porque no puede haber vida consciente humana, ni tan sólo el inicio de un acto consciente, sin la intervención, en mayor o menor medida, de la voluntad, esa facultad humana que mueve a hacer o no hacer una cosa.

Al término "voluntad" se le atribuyen dos significados distintos, el primero como principio racional de la acción; el segundo como principio de la acción en general. En su segundo significado como intención, resolución o ánimo de hacer una cosa, la voluntad equivale a un apetito o tendencia; al respecto, el autor del artículo relativo a la voluntad, publicado en la Enciclopedia Espasa Calpe, S.A., recuerda que un apetito se manifiesta en todos los seres, consistente en la tendencia hacia todo aquello que les perfecciona o conviene. "Hay un apetito vital, que se da en las plantas, manifestado, entre otras formas, por los tropismos y un apetito sensitivo, ya de mayor complicación, en los animales. "(15) Sin embargo, en la voluntad humana apreciamos no sólo un apetito natural, vital y sensitivo, sino también racional, por lo cual conlleva motivos o impulsos de carácter superior al apetito estrictamente orgánico. Esta interpretación de apetito racional es la de

14. De Tarso, Pablo. "Carta a los Romanos" 2. 14 y 15. en: La Biblia; Madrid. Ediciones Paulinas. 1972. Nuevo Testamento. p. 290.

15. Enciclopedia Universal Ilustrada. Op. Cit. Tomo 69. p. 1096.

la filosofía clásica, de la que G. Murphy, nos da la siguiente versión moderna: "La voluntad es el nombre que se da a un complejo proceso íntimo que influye en nuestro comportamiento de tal modo que seamos menos fácilmente presa de la pura fuerza bruta de los impulsos. Discurrimos con nosotros mismos, introducimos modos diferentes para expresar nuestra situación, nos imaginamos las consecuencias de los diferentes tipos de respuesta e intentamos valorizar cuando alguno de ellos nos complace."(16)

José Ferrater Mora, en ese mismo sentido, apunta: "Al examinar la voluntad descriptivamente y desde un punto de vista psicológico, se advierte que puede concurrir en todos los actos volitivos una mayor o menor conciencia, una mayor o menor intensidad o, si se quiere también, una mayor o menor profundidad. De acuerdo con ella, la voluntad es concebida, por lo pronto, como impulso, es decir, como aquella tendencia sin finalidad previamente establecida o comprendida, la vinculación de los impulsos con la vida orgánica hace de ellos la parte menos psíquica de los fenómenos volitivos, pero no pueden eliminarse en ninguna fenomenología de la voluntad como fenómeno total. Junto con los impulsos se encuentran los instintos, que son como impulsos que han experimentado un proceso de mecanización o que se originan directamente de la vida psicofísica sin haber pasado por el plano de la conciencia. Cuando al impulso se agrega la conciencia del fin aparece la tendencia o la inclinación, que puede tener diversos grados según el conocimiento de la finalidad. Por último, la plena conciencia aparece en lo que se llama voluntad propiamente dicha, esto es, en aquel fenómeno en el cual tiene lugar una previa presentación o, mejor dicho, la aprehensión de un pensamiento a la cual sigue una acción de acuerdo con el fin propuesto."(17)

La voluntad, al decir de Max Muller y Aldis Hadler, en consonancia con la filosofía clásica, es "La facultad que posee la persona humana de fijarse deliberadamente un fin, de mantenerlo firmemente con libre decisión frente a otras posibles finalidades y de poner en juego todas las energías de que dispone para el logro de dicho fin."(18) En este sentido la voluntad se diferencia del apetito o tendencia porque no sólo tiende a un fin, sino que se resuelve y opta por él. El optar por ese fin entraña el acto libre y espiritual del pensar que constituye la decisión valorante, implícita

16. Murphy, G. Introduction to Psychology, citada por Abbagnano, Nicola. Diccionario de Filosofía. México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. Ed. 1ª reimpresión p. 1196.

17. Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía, México. D.F. Editorial Atlante, 1941. p. 582.

18. Muller, Maxy Holder. Alis Breve Diccionario de Filosofía. 1ª Edición Editorial Atlante, 1941. p. 452.

en la voluntad, la cual, como poder de las personas sobre sí misma, se ubica por arriba de sus demás potencias y facultades.

En su segundo significado que le identifica como causa o principio de la acción en general y por consiguiente no se diferencia de la apetencia animal. Demey, siguiendo a Hobbes, sostiene: "La voluntad no es algo opuesto a las consecuencias o separada de ellas. Es la causa de las consecuencias; es la causación, en su aspecto que inmediatamente precede a la acción."(19) En nuestra opinión personal, compartimos la interpretación de la voluntad, formulada por la filosofía clásica, y la entendemos como la tendencia que, condicionada por la razón, da lugar a una acción deliberada.

1.1.3. CONSENTIMIENTO.

Entendido como el acuerdo consciente, reflexivo, deliberado y libre de la voluntad, acerca de un acto externo, propio o ajeno, el consentimiento se vicia o imposibilita por dos tipos de impedimentos; unos internos, nacidos del sujeto, otros externos, originados fuera del sujeto. Los impedimentos internos del consentimiento, representan las incapacidades personales, entendiéndose por incapacidad la carencia de aptitud de una persona para otorgar su consentimiento, por una causa interna. En las personas normales la incapacidad puede derivar de su estado, edad o sexo; y en las anormales puede provenir de la locura, imbecilidad, sordomudez y prodigalidad, según veremos en el apartado relativo al aspecto jurídico del contrato. Se registran como impedimentos externos del consentimiento: el error, la violencia, el dolo y la mala fe; el primero ataca la inteligencia, el segundo la voluntad y los dos últimos a ambos - inteligencia y voluntad -, como también se detalla en el apartado siguiente.

La interpretación filosófica o esencial del consentimiento en ocasiones se refiere al entendimiento, aún cuando, por lo general, atañe a la voluntad. La referencia al entendimiento se da en dos formas; con relación a los demás en primer término, mediante la coincidencia en un mismo sentir o punto de vista de ellos; en segundo lugar respecto de sí mismo, aceptando el desdoblamiento del conocimiento en entendimiento y voluntad, el primero se aviene a lo que la segunda resuelve.

19. Citado por Abbagnano, Nicola. Op. Cit. p. 1197.

confirmándolo, con lo cual evidencia la determinante intervención de la voluntad, al grado de que, en muchas ocasiones, el consentimiento de las inteligencias viene a ser su obra.

En el análisis de lo que el consentimiento significa en la voluntad, habida cuenta que tal relación, en opinión de diversos pensadores, se ubica en el ámbito de la libertad, resulta aconsejable examinar las tesis de las diferentes corrientes de interpretación, según que acepten o rechacen la libertad. Unas y otras mencionadas, en la Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa Calpe, S.A., en el artículo relativo a la voz **consentimiento**.

1.2. ASPECTO POLITICO DEL CONSENTIMIENTO.

En el ámbito político el consenso o consentimiento colectivo implica un acuerdo o resolución que adopta la mayoría o la totalidad de los integrantes de un conglomerado social respecto de principios, valores, normas o propósitos del mismo, así como de los procedimientos e instrumentos para su consecución. Evidentemente la existencia de un consenso unánime en una sociedad resulta utópico, dada la amplia gama de problemas a resolver, por cuya razón el consenso se toma en sentido relativo, aceptándose su existencia cuando un conjunto de creencias se comparte significativamente, en mayor o menor medida, por los integrantes de una sociedad, por lo cual, más que comprobar su existencia o inexistencia, conviene establecer el grado de consenso existente.

Asimismo, se estima conveniente distinguir entre el consenso referido a los puntos fundamentales de un sistema político determinado, designados por los anglosajones: *rules of the game*, y el consenso relativo a fines específicos.

Habida cuenta que el grado de consenso varía en el tiempo y en el espacio, conviene conocer los factores más influyentes en esa variación; Giacomo Sani (20) destaca cuatro en la integración y conservación del consenso en sociedades pluralistas.

20. Sani, Giacomo. "Consenso". Diccionario de Política, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, México, siglo XXI. Editores. T. I. pp. 367.

En primer término, Sani destaca el grado de homogeneidad del conglomerado social en el aspecto sociocultural, haciendo notar cómo la presencia de etnias y grupos lingüísticos y religiosos marginados del sistema nacional o débilmente incorporados a él, por contar con una cultura socio-política propia, constituye un serio obstáculo para la integración de un amplio consenso. porque la adhesión que otorguen esos grupos será meramente formal.

Un segundo factor, a juicio de Sani, más importante que el anterior, es la sustitución de un régimen político por otro esencialmente diferente en lo concerniente a los aspectos fundamentales del sistema político, como ocurre cuando se substituye un régimen autoritario por uno pluralista o viceversa, proceso durante el cual la población queda sujeta a nuevas experiencias y da testimonio de la derogación y entrada en vigor, en breve lapso, de principios y normas no sólo diferentes, sino hasta contrarias y contradictorias. Estas substituciones con frecuencia conllevan intentos de formación de nuevo consenso que puede desembocar en disenso si los residuos del sistema anterior son fuertes.

Un tercer factor viene a ser el conjunto de mecanismos para la creación y conservación de la adhesión a ciertos valores, por parte de los integrantes de la población; estos mecanismos, nos dice Sani, operan principalmente como transmisores del consenso a las nuevas generaciones, a condición de que funcionen en forma congruente, lo que se obstaculiza o impide cuando existen subculturas contrastantes entre sí o experiencias políticas discrepantes. Conviene tener presente que estos mecanismos junto con el consenso de las generaciones precedentes, transmiten también los elementos de disenso, especialmente en aquellas sociedades en que la cultura política se encuentra muy fraccionada y, por ende, el consenso es débil.

Un cuarto y último factor, en el esquema de Sani, lo constituye la presencia de ideologías cosmogónicas contrapuestas, cada una de las cuales rechaza a las demás y, cuando llegan a ser dominantes, pretenden lograr el consenso acerca de las reglas del juego, por medio del adoctrinamiento y la imposición.

Un consenso débil respecto de los aspectos fundamentales de un sistema político dado, trae por consecuencia que la conducta individual se ajuste a la norma jurídica tan sólo por el temor a la coerción o por la preservación de los intereses particulares. Por contra, un consenso de alto grado

representa un factor fundamental de solidaridad que evita el uso de la violencia como método para resolver las controversias, robustece al sistema político y apoya a la sociedad en momentos críticos.

El consenso , interpretado en el contexto político como consentimiento colectivo, como lo sugiere John P. Plamenatz, es la base de las dos formas más conocidas del gobierno popular, democracia directa y democracia representativa. (21) Sin embargo, la idea de basar la forma de gobierno en el consentimiento colectivo no es nueva ni se constriñe a las formas democráticas de gobierno. Hace cuatro siglos, Ricardo Hooker, en Inglaterra, atribuyó al acuerdo colectivo de los hombres el origen de la sociedad y del Estado, porque la sociedad, según el filósofo inglés, se formó por una "composición o acuerdo entre ellos, ordenando alguna especie de Gobierno público y sometién dose a él como súbditos."(22)

Evidentemente la teoría contractualista o voluntarista del origen del Estado se finca en el consentimiento, supuesto indispensable para la celebración del "pacto original" de que nos habla Locke, merced al cual "se unen en una sociedad"; tal es el propósito de "unirse en una sociedad política, que es el pacto que existe, o se supone, entre los individuos que ingresan en un república o la constituyen."(23) Sin embargo, Locke no llega a aclarar cuál es el producto del "pacto original", pues en algunas ocasiones puede interpretarse que lo es la sociedad, y en otros únicamente el gobierno.

Las ideas de Locke, acerca del "pacto" se nutren no sólo en el pensamiento de Hooker, sino también en los de Juan Altusio y Samuel Pufendorf; estos dos últimos autores de sendas teorías del pacto, señalan, dos contratos; el primero celebrado entre los individuos para crear la sociedad, y el segundo entre la sociedad y el gobierno, para establecer los alcances y límites de la autoridad del último. (24)

21. Plamenatz, John P. Consentimiento, Libertad y Obligación Política. México. Fondo de Cultura Económica, 1970. p. 14.

22. Tomado de: Carlyle, A. J. La Libertad Política. Trad. Vicente Herrero. México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 74.

23. Locke, John. Ensayo sobre el gobierno Civil. México. Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 20.

24. Sabine George H. Historia de la Teoría Política. Trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1970. p.393

La "voluntad general" expuesta por Jean Jacques Rousseau en **El Contrato Social**, viene a ser el producto del contrato que cada individuo celebra con todos los demás: "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos en cuerpo a cada miembro como parte individual del todo". (25) Conforme al esquema roussonianiano, la voluntad general viene a constituir un hecho singular en el ámbito de la comunidad, habida cuenta que ésta posee un bien colectivo, diferente a los intereses y bienes particulares de sus integrantes; por eso a juicio del filósofo ginebrino la comunidad tiene su propia vida y su voluntad propia: la voluntad general, la cual es el legítimo fundamento de la soberanía; siempre y cuando se cumplan tres condiciones esenciales: 1ª Que dicha voluntad atienda a un asunto de interés común, así considerado por quienes la sustentan; 2ª Que se adopte por la mayoría de los ciudadanos consultados previamente; y 3ª Que se tome haciendo caso omiso de las personas, habida cuenta que todo acto de soberanía, todo acto auténtico de la voluntad general obliga a favorecer por igual a todos los ciudadanos, porque el soberano únicamente es el cuerpo de la nación sin distinguir ninguno de sus integrantes. La voluntad particular, concluye el autor de **Emilio**, tiene por naturaleza a los privilegios, en tanto que la voluntad general, a la igualdad. (26)

En el fondo de muchas ideas contemporáneas acerca del consenso, dentro del marco político, subyacen resabios de la voluntad general del filósofo citado. Edward Shils, con su enfoque de la Sociología funcionalista, afirma que existe *consensus* cuando una gran proporción de sus miembros adultos, y más particularmente de aquellos a los que concierne la atribución de autoridad, *status*, derechos, riqueza e ingreso y otros importantes y escasos valores, sobre los que se puede producir conflicto, está de acuerdo, básicamente, sobre qué decisiones se deben tomar y tienen "... cierto sentimiento de unidad entre ellos y con respecto a la sociedad como conjunto." (27)

Encontramos en el esquema de Shils, tres elementos esenciales del consenso: a) la aceptación de las leyes, reglamentos y normas; b) la adhesión a las instituciones que las promulgan y aplican; y c) un sentimiento generalizado de identidad y unidad entre los individuos que forman la sociedad.

25. Rousseau, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Trd. Consuelo Berges, Buenos Aires: Aguilar Argentina, S.A. de ediciones. 7ª Ed. p. 66.

26. Rousseau, Juan Jacobo. *Op. Cit.* pp. 186 a 188.

27. Shils, Edward. *Consensus*. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Dirigida por David L. Shils, Edición Española, Madrid, Aguilar, 1977. Vol. 3 p. 48.

1.3. ASPECTO JURIDICO DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO.

El derecho, como norma obligatoria de la conducta externa de los hombres; no puede restringir, más allá de cierto punto, indispensable para conservar la convivencia humana en armonía, el libre desarrollo y la actividad individual, generadora de relaciones jurídicas. Necesariamente la ley debe respetar un ámbito de libertad, con el propósito de que la autonomía de la voluntad humana, valiéndose de la figura jurídica del contrato, engendre facultades y obligaciones que el derecho ha de reconocer.

Como dijera Sumner Maine "...la sociedad moderna se distingue principalmente de las que le precedieron, por el gran puesto que en ella ha obtenido el contrato."(28) Esto nos hace pensar que el desarrollo del Derecho Constitucional en buena medida ha logrado hacer realidad la milenaria aspiración del género humano condensada en la célebre frase de Montesquieu: "Por la propia naturaleza de las cosas, es necesario que el poder detenga al poder"; de esta suerte, las limitaciones impuestas por las cartas constitucionales al poder público, han propiciado la proliferación del uso del contrato que, como apunta José Castán Tobeñas, "...es la causa más frecuente, la única fuente ordinaria y normal de las obligaciones."(29)

A nadie escapa la importancia jurídica de la obligación, en cuya teoría general ubican el fundamento no sólo del Derecho Civil, sino del Mercantil, del Administrativo, y del Internacional tanto público como privado. por ser la obligación, desde la óptica de la ciencia moderna, "...una relación jurídica - a decir de Bonfante -, en virtud de la cual uno o más sujetos, por un lado, tienen derecho de exigir una determinada prestación, o sea ejecución de un acto o de una serie de actos a su favor, o en su defecto, una congrua satisfacción patrimonial, y otro u otros sujetos, por otro lado, tienen el deber de cumplirla o de responder con el propio patrimonio para su cumplimiento."(30)

28. Citado por: Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1941. Tomo Segundo, p. 574.

29. Castán Tobeñas, José. Op. Cit. Tomo Segundo, p. 574.

30. Castán Tobeñas, José. Op. Cit. Tomo Segundo, p. 440.

Una interpretación amplia del contrato le identifica con el convenio, con el acto jurídico bilateral. El concepto estricto, en cambio, distingue al convenio del contrato, al considerar al primero el género y al segundo la especie; el convenio en este esquema es todo acuerdo sobre un objeto de interés jurídico, en tanto el contrato viene a ser exclusivamente el acuerdo encaminado a establecer una obligación patrimonial. Una posición intermedia reconoce que el contrato siempre tiene un contenido patrimonial y por ello comprende tanto los acuerdos encaminados a establecer relaciones obligatorias, como los dirigidos a modificarlas o extinguirlas. Como puede apreciarse no corresponde a lo universal del contrato, un concepto preciso, generalmente admitido.

Es notable la transformación sufrida por el contrato, no digamos del Derecho Romano a la actualidad, sino del siglo pasado al presente; el viejo dogma que tenía a la voluntad de las partes por ley en los contratos ha quedado obsoleto, aún cuando actualmente se acunien muchos contratos en los antiguos troqueles. Hoy en día, el contrato escapa frecuentemente al acuerdo adoptado por las partes mediante una conjugación de las voluntades autónomas e iguales para convertirse en una acción dirigida, bien por uno solo de los contratantes, que impone sus condiciones y esquema al otro, bien por el poder público, representado por el juez o por el legislador.

La transformación del contrato tiene causas técnicas, sociales y éticas, entre las que destacan el descrédito del individualismo, la aceptación creciente de un concepto social de la vida, la mayor intervención del Estado en la actividad socio económica, así como la aparición del contrato normado, del contrato de adhesión, del contrato tipo, del contrato colectivo y del contrato automático. En fin la transformación del contrato, mediante su regulación y conducción por el Estado, nos lleva a la idea de que ha dejado de ser una oposición de intereses de las partes, para ser una colaboración de ellas con miras a obtener el objeto de las obligaciones que interesa no sólo a las partes, sino también a la sociedad. (31)

31. Cfr. Riera Aisa. Luis. "Contrato" Enciclopedia Jurídica Española. Barcelona. Francisco Saez, Editor, 1953. Tomo V. p. 313.

1.3.1. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

El fenómeno contractual entraña tres tipos de elementos: esenciales, naturales y accidentales. Esenciales son aquellos elementos sin los cuales el contrato no puede existir por ser parte indispensable del mismo y figurar tanto en su fondo como en su forma, a grado tal que la voluntad privada no puede subsanar su carencia. Los elementos naturales, en cambio son los que normalmente se derivan de la índole particular del contrato; respecto a ellos si resulta eficaz la voluntad de las partes, por cuya razón los puede excluir del contrato. Por último, los elementos accidentales son aquellos que no figuran en el contrato si las partes no los incorporan al mismo; se trata pues, de elementos tales como la condición, el término y el modo, entre otros, que de producirse modifican al tipo abstracto de contrato.

La teoría jurídica y el derecho positivo coinciden generalmente en la existencia de tres elementos esenciales del contrato: la causa, el objeto y el consentimiento. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1794, únicamente exige dos elementos para la existencia del contrato: I Consentimiento, y II Objeto, que pueda ser su materia.

Desde luego no debe confundirse la causa con el motivo del contrato; la primera es el móvil o fin inmediato, el fin esencial o más próximo que los contrayentes se proponen al celebrar el contrato, en tanto que el motivo es el fin psicológico, individual o puramente personal. Por tanto, como apunta Castán Tobeñas, "...la causa es siempre la misma en cada contrato determinado, mientras que los motivos son distintos para cada contrayente y variables hasta lo infinito."(32)

La teoría jurídica y el derecho positivo suelen coincidir en que para ser objeto del contrato, las cosas o servicios habrán de ser lícitos, determinados y posibles.

En cuanto a la licitud, suele interpretarse como el equivalente a no contrariar la norma jurídica vigente, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Obviamente la moral es difícil de precisar, sin embargo, la norma jurídica se atiene a la idea de moral imperante en el lugar del caso y a los principios universales de este concepto.

32. Castán Tobeñas, José. Op. Cit. Tomo Segundo, p. 608.

El objeto del contrato reclama también ser determinado en cuanto a cantidad, calidad y género, principalmente, sufriendo dificultades en algunos casos, como el de las cosas futuras. Desde luego, la carencia de determinación puede referirse a la prestación en general o sólo a una o algunas de sus partes. Las partes no son las únicas capaces de efectuar la determinación del objeto, pues también lo puede hacer la ley, el juez o un tercero, es este último caso en dos formas: por una declaración de voluntad o por una declaración de ciencia. (33)

Además de lícito y determinado el objeto del contrato habrá de ser posible, lo que descarta a las cosas y servicios imposibles, como objeto del negocio contractual. En algunos casos la imposibilidad es absoluta, objetiva y total, en otros, en cambio, se convierte en tal en razón de las circunstancias del caso; así mismo puede ser inicial o sobrevenir, y no debe confundirse con la dificultad extraordinaria.

Acorde con estas ideas, el Código Civil para el Distrito Federal dispone en su artículo 1825 que: La cosa objeto del contrato debe: 1ª Existir en la naturaleza; 2ª Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3ª. Estar en el comercio. Y en su artículo 1827 señala que El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible, y II. Lícito.

Doctrina y derecho positivo coinciden en señalar al **consentimiento** como elemento esencial, y por tanto indispensable, para la validez y existencia del contrato; por tanto, no podrá generarse el vínculo obligatorio, característico del negocio contractual, sin un consentimiento válidamente otorgado, de ahí la justificada reiteración de la idea de que el consentimiento es el alma del contrato.

En el marco contractual, el consentimiento es el acuerdo de dos voluntades, es decir la coincidencia de dos declaraciones de voluntad, provenientes de dos sujetos distintos, dirigidos a un fin común que los une. (34)

33. Riera Aisa, Luis. Op. Cit. Tomo V. p. 323.

34. Cfr. Carrillo, Francisco. "Consentimiento". Nueva Enciclopedia Jurídica Española. Op. cit. Tomo V. p. 80.

1.3.2. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento para ser eficaz en el contrato requiere de pluralidad de partes, capacidad de las mismas, y voluntad de los contratantes exteriorizada mediante la declaración.

La pluralidad de las partes es un requisito indispensable en el rubro del consentimiento, habida cuenta que se trata del encuentro o coincidencia de las voluntades de las partes; al efecto no debe confundirse su pluralidad con la de las personas, pues, en ocasiones, una parte se integra por varias personas; y otras veces, como en el llamado contrato consigo mismo, una sola persona puede representar a dos partes. (35)

El requisito de capacidad se refiere a la aptitud legal para otorgar consentimiento válido, de la cual carecen, en el contexto general del derecho positivo, los menores de edad no emancipados, los locos o dementes y en algunos casos las mujeres casadas, los sordo-mudos, los pródigos, los quebrados y los concursados, aun cuando en los últimos casos, algunos autores sostienen que no se trata de incapacidad sino de inhabilitación.

La voluntad es un requisito esencial del consentimiento, el cual configura la voluntad conforme, mejor llamada voluntad contractual, integrada mediante la conjunción de las voluntades singulares de las partes, las cuales habrán de ser conscientes o inteligentes y libres; la falta de estas características da origen a los vicios de voluntad que a continuación se tratan.

1.3.3. IMPEDIMENTOS DEL CONSENTIMIENTO.

Los impedimentos del consentimiento pueden ser internos o externos, los primeros se originan en el sujeto y vienen a constituir las incapacidades personales que pueden darse en las personas normales en razón de su sexo, edad, o condición de extranjero; y en las anormales, como consecuencia de locura, demencia, imbecilidad, sordomudez, prodigalidad o interdicción civil.

35. El contrato consigo mismo, también llamado autocontratación se da en el caso de una persona que reuniendo la facultad de disposición de dos patrimonios diferentes, bien sean dos ajeno, o uno ajeno y el propio, crea entre ellos relaciones jurídicas obligatorias. Cfr. Casian Tobeñas, José. Op. cit. Tomo Segundo pp. 595 y 596.

Los impedimentos externos se generan fuera del sujeto, por atentados contra su inteligencia o voluntad, siendo los principales el error -que ataca la inteligencia-, la violencia y la intimidación -atacan la voluntad-, y el odio -ataca tanto la inteligencia como la voluntad-, "El consentimiento no es válido si se ha dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo." (Art. 1812 del Código Civil para el Distrito Federal). El Código Civil Español en su artículo 1265 considera, además, la intimidación.

1.3.3.1. EL ERROR.

Al error, concepto equivocado de una cosa, suele equipararse la ignorancia, entendida como falta de conocimiento o carencia de concepto acerca de la misma; es decir, desconocimiento de ella. Porque a este respecto, la persona no se ha formado concepto por inadvertencia o distracción. La lógica más elemental apunta la imposibilidad de prestar un consentimiento válido para la formación de un negocio jurídico si se desconoce en absoluto el contenido y objeto del mismo negocio, pues se ignoran tanto la esencia como las obligaciones primordiales que entraña. Evidentemente tan sólo el error de hecho o la ignorancia de hecho vician el consentimiento. porque nadie puede alegar la ignorancia de derecho; así se dice que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento. (Artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal).

El error de hecho es el consentimiento falso o deformado de una cosa. y en relación con el contrato puede versar lo mismo sobre la declaración que sobre la conformación o contenido de la voluntad, en cuanto a este último error se puede distinguir *el error in negotio*, *el error in re*, y *el error in persona*.

El *error in negotio* se presenta cuando versa sobre la naturaleza o causa del acto celebrado. como sería el caso cuando un contratante creyese entregar una cosa en comodato y el otro entendiere recibirlas en donación. Evidentemente en tal caso no se da el acuerdo de dos voluntades dirigidas a un fin común, es decir. no hay consentimiento y. por ende. no existe contrato de comodato ni de donación.

El *error in re* o *error in corpore*, tiene lugar cuando recae sobre la cosa objeto del contrato, pudiendo diferenciarse tres modalidades; *error in substantia*, *error in qualitate* y *error in quantitate*.

El *error in substantia*, relativo a la esencia misma de la cosa objeto del contrato, da lugar a la anulabilidad del contrato.

El *error in qualitate*, referente a cualidades secundarias no tenidas en mayor aprecio por las partes, no vicia el consentimiento ni tampoco el contrato.

El *error in persona* que recae sobre el nombre, la identidad o la cualidad de la persona, no genera nulidad del contrato celebrado en atención a las cosas o prestaciones más que a las personas, pero sí debe invalidar cuando la causa principal de su celebración es la consideración de la persona como en el caso del matrimonio y de los contratos de mandato, comodato, donación, aparcería y otros celebrados en razón de las cualidades de las personas.

1.3.3.2. LA VIOLENCIA.

El Código Civil para el Distrito Federal incluye bajo la común denominación de violencia, que en estricto sentido significa la coacción física, tanto ésta como la intimidación, que en rigor configura la coacción moral o miedo, al establecer en su artículo 1819: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

En cambio el Código Civil Español distingue ambos tipos de coacción al señalar en su artículo 1267 "Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendiente o ascendientes".

Para que la coacción física o violencia resulte invalidatoria del consentimiento se requiere el empleo de una fuerza física irresistible para arrancarlo. Para que la coacción moral o intimidación

invalide el consentimiento se requiere: a) que el mal que se teme sufrir sea inminente y grave, b) que el miedo sea no sólo racional y fundado, sino también injusto o ilícito, por no cometer violencia quien usa de su derecho. El llamado temor reverencial, o sea el que se tiene a quiénes se debe sumisión y respeto no constituye violencia y por tanto no vicia el consentimiento. (Artículo 1820 del Código Civil para el Distrito Federal y 1267, apartado 4º del Código Civil Español). Para que la intimidación tenga eficacia invalidatoria no se requiere que provenga de quien o quiénes intervienen en el acto para el cual se pretende arrancar el consentimiento, sino que también puede realizarla un tercero no interviniente ni interesado en el acto de que se trata.

La violencia y la intimidación invalidan el consentimiento en el matrimonio, en el acto testamentario y en el contrato.

1.3.3.3. EL DOLO.

Comúnmente se identifica el dolo con la mala fe y, en rigor, la teoría lo interpreta como el artificio y maquinación empleados por uno de los contratantes para engañar a otro. El Código Civil para el Distrito Federal distingue el dolo de la mala fe, al establecer en su artículo 1815 que "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

Suele distinguirse entre dolo principal o causante y dolo incidental. El primero da lugar a la celebración del contrato, el segundo determina tan sólo las condiciones del mismo. El Código Civil para el Distrito Federal no reconoce tal distinción, lo cual nos parece atinado porque, en rigor, el dolo siempre se usa para influir en el ánimo del contratante, bien con el propósito de empujarlo a celebrar un contrato, ya con el fin de inducirlo a admitir condiciones diferentes a las que podría aceptar de no mediar el engaño, lo que en ambos casos debe producir la invalidez del consentimiento.

Si ambas partes proceden con dolo (Artículo 1817 Código Civil para el Distrito Federal), ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.

1.3.3.4. LA SIMULACION.

El error, el dolo, la violencia y la intimidación representan impedimentos del consentimiento por vicios de la voluntad. Pero existen también vicios de la declaración de la voluntad que afectan al consentimiento, destacando entre ellos la simulación.

Se entiende por simulación, en sentido jurídico, la declaración de voluntad irreal, deliberadamente emitida de común acuerdo por dos o más personas para producir con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o por lo menos diferente al celebrado en la realidad. (36) El Código Civil para el Distrito Federal dispone en su artículo 2180 que: "Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.

Existe la simulación cuando se pretende aparentar un negocio jurídico inexistente o cuando se disfraza un negocio invistiéndolo de la forma de otro diferente.

En el acto simulado encontramos los siguientes elementos:

- a) Una declaración consciente y deliberadamente desajustada con la intención, lo cual implica, como dice Francisco Ferrara, una "divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente." (37)
- b) Producto de un arreglo entre las partes;
- c) Formulada con el propósito de engañar a terceros.

La disconformidad entre la intención y la declaración del acto simulado "predetermina -a juicio de Ferrara- la nulidad del acto jurídico, y al mismo tiempo sirve para provocar una ilusión falsa de su existencia. Los que simulan pretenden que a los ojos de los terceros aparezca formada una relación que, en realidad, no debe existir, pero de la cual se requiere mostrar una exterioridad

36. Cfr. Casán Tobeñas. José. Op. Cit. Tomo Segundo p. 597.

37. Ferrara, Francisco. "Simulación". Diccionario de Derecho Privado. Directores Ignacio de Casp y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. Barcelona, Editorial Labor, S.A. 1954 tomo II, p. 3628.

engañadora mediante una declaración efímera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real. y es, por lo mismo, nula. destinada únicamente a deslumbrar al público." (38)

El Código Civil para el Distrito Federal distingue en su artículo 2181 entre simulación absoluta -cuando el acto nada tiene de real- y relativa: cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Y en el artículo 2182, el citado ordenamiento legal dispone: "La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.

1.3.3.5. LA LESION.

En el marco de la teoría de los vicios del consentimiento se suele estudiar la lesión, daño derivado de no recibir uno de los contratantes, en los sinalagmáticos, el equivalente de lo que da, por considerarse que, de alguna manera, suple y complementa a dicha teoría, al poner de manifiesto la lesión de un vicio en el querer, porque no hay plenitud del consentimiento cuando el daño es de gran cuantía, razón por la cual el Derecho positivo, con el propósito de proteger adecuadamente la libertad y cabal alcance del consentimiento, establece el remedio de la lesión, en ciertos casos y para determinados contratos, como un apartado subsidiario del error, de la violencia o del dolo. Así por ejemplo, el artículo 1674 del Código Civil francés concede acción rescisoria al vendedor que resulte perjudicado en siete duodécimas partes del precio de la cosa. A este tipo de lesión se le conoce como objetiva y como se puede observar, ya era reconocida en el Derecho romano, por aparecer, en la ley octava del libro IV, título XLIV del Código de Justiniano, disposición que permitía la rescisión de la compra venta cuando se pagara menos de la mitad del justo precio de la cosa.

En contraposición a la idea de lesión objetiva, se ha desarrollado la moderna teoría de la lesión subjetiva, recogida por el artículo 138 del Código Civil alemán y el artículo 21 del Código Federal suizo de las obligaciones, que al aceptar la lesión, señala como requisito la existencia de desproporción entre la prestación a que se obliga una parte y la contraprestación de la otra, sin fijar límite a la desproporción, más estableciendo un elemento subjetivo, consistente en que la lesión

38. Ferrara, Francisco. Op. Cit. Tomo II p. 3628

debe ser producto de la explotación de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la parte que la ha sufrido.

En opinión de Juan M. Farina "La lesión objetiva merece fundados reparos. El desequilibrio entre las prestaciones muchas veces puede ser el resultado de situaciones totalmente ajenas a un aprovechamiento o a ventajas injustas obtenidas por la parte beneficiada, pues puede responder a factores realmente queridos por ambas partes. Sin embargo, se sostiene en defensa de la lesión objetiva, que en casos de extremada desproporción entre las prestaciones emergentes del contrato, los jueces deben tener la facultad de reajustar o rescindirlo en homenaje a los principios de moralidad y buena fe en los negocios jurídicos, salvo que el demandado pruebe el *animus donandi* o justifique de otra manera razonable el desequilibrio de las prestaciones."(39) En cuanto a la idea moderna de lesión subjetiva, Farina apunta "Dentro de la posición subjetiva pura, la rescisión por lesión es el remedio dado a una persona colocada en situación de inferioridad, atacada en su derecho por hecho ilegítimo que comete la contraparte. El Derecho positivo deja al juez la determinación de si ha habido o no lesión frente al caso concreto. No constituye un vicio del consentimiento, ya que la víctima de la lesión obra con perfecta voluntariedad libre, pero actúa constreñida por la necesidad."(40)

1.3.4. OTRA RESTRICCIONES DEL CONSENTIMIENTO.

Además de los impedimentos del consentimiento antes analizados existen otras situaciones restrictivas del consentimiento, que lastiman en mayor o menor medida la libertad y espontaneidad de su exteriorización, como en los casos del contrato normado, del contrato tipo, del contrato colectivo, del contrato automático y del contrato de adhesión, en los cuales, como queda señalado páginas atrás, el contrato se realiza al margen de la conjugación de voluntades autónomas e iguales, por tratarse de actos dirigidos por el poder público en su afán de tutelar a los sectores débiles de la población, tal es el caso del contrato del trabajo, o por uno solo de los contratantes que impone sus condiciones al otro.

39. Farina, Juan M. "Lesión". Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires. Bibliográfica Omeba 1963. Tomo XVII. pp. 229 y 230.

40. Farina, Juan M. Op. cit. p. 229.

1.3.4.1. CONTRATO NORMADO.

En estos contratos se aprecia claramente la intervención estatal para reducir de manera importante la participación de la voluntad de las partes y por ende del consentimiento, en razón de que el poder público predetermina con carácter obligatorio algunos de sus aspectos o condiciones importantes; tal es el caso de la obligación que impone al concesionario de servicio público de contratarlo con todo el que lo solicite, o la obligación de aplicar una tarifa no fijada por las partes contratantes, sino dictada por el poder público, o la de sujetarse a determinados honorarios, situaciones que constriñen la voluntad de los contratantes y reducen significativamente el ámbito de su consentimiento en este tipo de contratos a veces llamados forzosos y en otras ocasiones dictados.

1.3.4.2. CONTRATO DE ADHESION.

El tratadista Rene Saleilles, en su libro publicado en París en 1901, bajo el título "*De La Déclaration de volenté*", fue el primero en usar la locución contrato de adhesión para referirse al negocio jurídico bilateral generador de obligaciones recíprocas para las partes, siendo una de ellas la que ofrece e impone sus condiciones a la otra, la cual sólo puede aceptarlas o rechazarlas íntegramente, sin tener la oportunidad de discutirías, por cuya razón, a juicio de este autor, una de las partes es quien dicta "la ley del contrato".

Las características del contrato de adhesión o por adhesión, pueden resumirse en las siguientes:

- a) Una oferta permanente formulada a un universo de personas.
- b) La oferta proviene de un presunto contratante generalmente en disfrute de un monopolio de hecho o de derecho, o cuando menos de una gran fuerza económica.
- c) En previsión de las posibles aceptaciones, el autor de la oferta redacta, sin intervención de la otra parte, las cláusulas del contrato, sin que haya lugar a discutirías, porque constituyen un paquete prefabricado de condiciones, al que sólo falta firmarlo y agregar el nombre y datos específicos de la otra parte.
- d) El contrato así preparado incluye cláusulas, frecuentemente leoninas, formuladas en exclusivo interés del oferente.

Como modalidades del contrato de adhesión se pueden mencionar al contrato tipo, al contrato colectivo y al automático, aun cuando algunos autores los consideren diferentes del contrato de adhesión. (41)

Contrato tipo: se suele denominar así al concluido por medio de formularios, respecto del cual el artículo 1342 del Código Civil Italiano dispone que "En los contratos incluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas". Así pues, el contrato tipo es el texto íntegro -redactado por una sola de las partes, con el propósito de celebrarlo reiteradamente con cuantas personas estén dispuestas a aceptarlo- de un contrato completo al que únicamente falta la firma de las partes y el nombre y datos generales de una de ellas.

Contrato colectivo: es una modalidad del contrato de adhesión en la cual uno de los contratantes pierde su perfil hasta reducirse prácticamente al elemento necesario para el pago de la prestación, se trata pues, de la contratación masiva que realizan algunas empresas, en la cual los otros contratantes adquieren carácter absolutamente fungible. Para estas empresas resulta intranscendente quiénes sean sus contratantes, lo que les importa es su crecido número porque con ello lograrán una utilidad importante; un ejemplo de este contrato colectivo es el referido al transporte colectivo urbano.

Contrato automático: viene a ser una forma extrema de la contratación masiva, en la cual los contratantes no se conocen ni llegan a conocerse, salvo el caso de incumplimiento, por lo que, de no haber contratado, el contrato se celebra y desarrolla entre personas desconocidas y no individualmente determinadas. El contrato automático es el que se realiza por medio de aparatos automáticos expendedores de bienes o de servicios.

41. Cfr. Goldstein, Mateo. "Contrato tipo". Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1962. Tomo IV p. 602.

El contrato de adhesión y sus diversas modalidades o figuras parecidas, genera una contratación estereotipada, en la cual el proyecto u esquema de contrato viene a ser el molde o troquel a utilizarse repetida e indefinidamente, y aunque la forma especial de otorgar el consentimiento no rompe, en rigor, los supuestos mínimos de la contratación entre partes, por corresponder a la oferta de una, la aceptación de la otra -quien tuvo la oportunidad de rechazarla-, resulta evidente la significativa reducción del principio de libertad de contratación, en razón de la gran dificultad práctica para obtener los bienes o servicios en cuestión, por medio diferente a la aceptación de las condiciones impuestas por el oferente.

1.4. RESUMEN.

El consentimiento, interpretado como coincidencia de voluntades encaminadas a un fin común, implica en su conformación el desarrollo de un proceso, en el yo interno de cada uno de los sujetos que participan en su elaboración, cuyas etapas quedan precisadas en tres acciones sucesivas: deliberación, juicio y resolución. La acción deliberante del consentimiento queda a cargo de la inteligencia que permite saber lo que hace; la acción de juzgar descifra por qué lo hace, función efectuada por la conciencia; y, finalmente, a cargo de la voluntad, resuelve si lo hace o no.

Las teorías que ubican el origen del Estado en la voluntad humana, conocidas como contractualistas o voluntaristas, tiene como soporte la idea del consentimiento, o sea en el acuerdo de voluntades exteriorizadas, provenientes de diversos sujetos, vinculados por un fin común: se trata de un consentimiento colectivo, es decir, de un consenso que entraña un acuerdo o resolución adoptada por la mayoría o la totalidad de los integrantes de un conglomerado social, con caracteres de convenio, por tratarse de la concordancia de voluntades de un grupo de sujetos, con miras a producir un efecto jurídico-político. (42) Tal convenio llamado contrato por unos, pacto por otros: y tratado por algunos más, subyace en las ideas de quiénes sostienen el origen consensual del Estado. Realizado este contrato, pacto o tratado, los sujetos celebrantes habrán de aplicar el principio de derecho *pacta sunt servanda*. (43) Por lo cual quedan obligados a respetar invariablemente el pacto social celebrado que dio vida al Estado.

42. Convenio "es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos tendiente a producir un efecto jurídico" Kelsen, Hans. El Contrato y el tratado. Trad. de Eduardo García Maynez. México, D.F. Editora Nacional. 1979. p.3

43. IDEM. Kelsen, Hans Op. cit. p. 3

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO SOCIAL

Para explicar el origen del Estado, desde tiempo inmemorial se ha pretendido dar a la tendencia social del ser humano, un sentido contractual, como se expone en la breve reseña histórica que, a la luz de la Teoría del Estado, se presenta a continuación.

2.1 LOS PRESOCRATICOS

La historia de la filosofía griega engloba en la denominación de presocráticos a los pensadores de diferentes corrientes o escuelas que preceden a Sócrates:

2.1.1 LA ESCUELA DE MILETO

Entre los cultivadores de la antigua filosofía jónica, absorta en la búsqueda de una explicación científica del universo que marca el inicio de la filosofía europea, destacan los de la escuela milesia, así llamada porque sus tres integrantes de que se tiene memoria: Tales (624-546 a.C.), Anaximandro (610-547 a.C.) y Anaxímenes (588-524 a.C.) eran de Mileto, fueron coetáneos y, al parecer, Anaximandro fue discípulo de Tales, a quien se considera el padre de la filosofía griega, y maestro de Anaxímenes. La preocupación fundamental de esta escuela fue: "¿De qué está hecho el mundo?"(44)

2.1.2 LA ESCUELA PITAGORICA

Están también entre los presocráticos, los integrantes de la escuela pitagórica o itálica, seguidores de las enseñanzas de Pitágoras de Samos (580-497 a.C.), para quienes todo lo que existe tiene una correspondencia numérica, siendo la unidad el punto, el dos la línea, el tres la superficie, y el cuatro el volumen.(45)

44. Cfr. Guthrie, William K. C.- Los filósofos griegos. Trad. Florentino M. Torner. México. Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 29.

45. Cfr. Copleston, Frederick - Historia de la Filosofía. Trad. Juan Manuel García de la Mora. México. Editorial Ariel. 6a. Ed. 2a. reimp. 1986, p. 47.

2.1.3 LA ESCUELA ELEÁTICA

También figuran entre los presocráticos, los eleatas o integrantes de la escuela eleática o de Elea, entre quienes destacan: Jenófanes de Colofón (560-478 a.C.) como antecesor, para quien no hay más que un solo Dios. Parménides de Elea (540-450 a.C.) como fundador efectivo de la escuela, quien sistematiza las primeras reflexiones metafísicas del ser. Y Zenón de Elea (490-? a.C.) a quien se conoce como padre de la dialéctica.

2.1.4 OTROS PRESOCRÁTICOS.

Asimismo, figura de manera importante, en la era presocrática, la llamada filosofía de la naturaleza, con expositores tan renombrados como Empédocles de Agrigento, cuya doctrina traslapa una física de nuevo cuño con una religión inmersa en la mitología. Anaxágoras (500-428 a.C.), promotor del espíritu, e iconoclasta que elimina a los dioses de su física. Leucipo (460-370 a.C.) fundador del atomismo. Y Demócrito (460-370 a.C.) uno de los iniciadores del materialismo.(46)

2.2 LA SOFÍSTICA.

En la Historia del pensamiento filosófico, los sofistas vienen a ser los últimos exponentes de la etapa presocrática de la filosofía griega, a la que imponen un giro importantísimo y trascendental al substituir al cosmos por el hombre, como su objeto principal. Como destaca Antonio Truyol y Serra: "El período cosmológico de la filosofía griega da paso al período antropológico. Como artífices de este cambio de perspectiva aparecen los sofistas."(47)

En la Grecia de los siglos V y IV a.C. los sofistas eran maestros itinerantes, profesionalmente dedicados a la docencia remunerada.

La sofística tiene méritos innegables en el desarrollo de la filosofía, así como en el ámbito de la instrucción retórica práctica y en el de la formal, pero tanto su individualismo y escepticismo, como su relativismo y pragmatismo excesivos le valieron la animadversión de Platón y de la

46. Ramnoux, Clémence.- Los presocráticos. Historia de la filosofía. Vol. 2. La filosofía griega. Bajo la dirección de Brice Parain. México. Siglo XXI editores 1986, pp 17 a 30.

47. Truyol y Serra, Antonio.- Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Madrid. Revista de Occidente. 2a. Ed. T. 1, p.93.

Academia, cuyos argumentos demoledores, le produjeron tal descrédito que le convirtieron en prototipo de toda pseudo filosofía. De esta suerte, su desprestigio subsiste hasta nuestros días, por ella, como expresa Hegel:

"la sofistería es una palabra mal afamada; y fue principalmente la oposición de Sócrates y Platón la que rodeó a los sofistas de esta mala fama, según la cual esta expresión significa, generalmente, que se trata de refutar o hacer vacilar arbitrariamente y por medio de falsas razones algo que se tiene por verdad o de probar y hacer plausible algo que se reputa falso..." (a pesar de lo cual) "eran el exponente de la cultura filosófica general de su tiempo."(48)

Protágoras, Gorgias, Hippias, Pródico, Trasímaco, Calicles, Clitón, Glaucón y Adimanto, fueron algunos de los más renombrados sofistas, a los que Platón se refiere combatiéndolos con la figura de Sócrates a quien atribuye voz, expresión y argumentos, principalmente en sus célebres diálogos, algunos de los cuales llevan los nombres de los sofistas mencionados.

2.2.1 CALICLES

Destaca en los Diálogos de Platón la figura de Calicles, quien en su defensa del derecho del más fuerte, presupone un contrato social suscrito por los más débiles que constituyen el mayor número, cuyo producto vienen a ser las leyes hechas para evitar precisamente el ejercicio del derecho del más fuerte.

Como observa Rodolfo Mondolfo, para Calicles, el derecho natural es el derecho del más fuerte y por tanto está opuesto a la legalidad que no es sino el producto del contrato social suscrito, como ya se dijo, por los más débiles.(49)

Hay quienes ven en Calicles tan sólo el personaje imaginario inventado por Platón, en tanto, otros lo identifican con Caricles, uno de los treinta tiranos, o con Critias, tío de Platón, o con Alcibíades; pero independientemente de su existencia imaginaria o real, Platón pone en su boca

48. Hegel, G. W. F.- Lecciones sobre la historia de la filosofía. Trad. W. Roces. México, F. C. E. 1979, pp.11 y 41.
49. Cfr. Mondolfo, Rodolfo.- El pensamiento antiguo. Trad. Segundo A. Tri, Buenos Aires. Editorial Losada. 1964, p. 146.

los argumentos encaminados a ubicar en la fuerza el origen del poder y del Estado: los débiles, dice. incapaces de defenderse a sí mismos, siendo la inmensa mayoría de la sociedad se han unido para acordar la creación de las leyes y ponerlas por encima de la naturaleza. Pese a ello, en toda sociedad, el papel más lucido está a cargo del más fuerte, del mejor. Por eso, además de presuponer de cierta manera un contrato social de los débiles, desestima el valor de los principios, reconociendo tan sólo la experiencia, en una postura evidentemente positivista. Acorde con este esquema discurre Calicles de la siguiente manera:

"Respecto a las leyes, como son obra de los más débiles y del mayor número, a lo que yo pienso, no han tenido en cuenta al formarlas, más que a sí mismos y a sus intereses. y no aprueban ni condenan nada sino con esta mira. Para atemorizar a los fuertes, que podrían hacerse más e impedir a los otros que llegaran a serlo. dicen que es cosa fea e injusta tener alguna ventaja sobre los demás. y que trabajar por llegar a ser más poderoso es hacerse culpable de injusticia. Porque siendo los más débiles, creo que se tienen por muy dichosos, si todos están por un rasero. Por esta razón es injusto y feo en el orden de la Ley, tratar de hacerse superior a los demás. y se ha dado a esto el nombre de injusticia. Pero la naturaleza demuestra a mi juicio que es justo que el que vale más tenga más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil. Ella hace ver en mil ocasiones que esto es lo que sucede, tanto respecto de los animales como de los hombres mismos. entre los cuales vemos Estados y naciones enteras. donde la regla de lo justo es que el más fuerte mande al más débil, y que posea más. ¿Con qué derecho Xerjes hizo la guerra a la Hélade, y su padre a los escitas? Y lo mismo sucede con muchísimos ejemplos que podrían citarse."(50)

2.2.2 PROTAGORAS DE ABDERA (480-410 a.C.)

Precursor del relativismo. "El hombre es la medida de todas las cosas. de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son",(51) el pensador de Abdera lo fue también de la democracia y de la teoría del contrato social, conforme a la cual, en los tiempos primitivos, se vio en la necesidad de agruparse en comunidades, porque las artes que poseían, aun cuando no eran suficientes para alimentarse, no bastaban para defenderse de los animales: las comunidades o ciudades así formadas, resultan por tanto, en el pensamiento de Protágoras. producto del consenso de sus integrantes que las pactaron. (52)

50. Platón, Diálogos. Gorgias o de la retórica. México. Editorial Concepto. S.A. 1976. pp 189 y 190

51. Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía. México Editorial Atlante. S.A. 1941, p. 438.

52. Platón, Diálogos. Hippias México. Pomia 1984. p. 231.

2.2.3 GLAUCON

Personajes importantes en la obra de Platón resultan ser los sofistas Glaucón y Trasímaco; así, en la Politeia atribuye al primero la exposición de la teoría del segundo de estos sofistas en relación con la existencia de un contrato, pacto o convención de los seres humanos, que viene a constituir el origen de la justicia, entendida ésta como lo impuesto por la ley. He aquí la exposición de Glaucón:

"Por naturaleza es un bien cometer injusticia y un mal el sufrirla. Pero es un mayor daño el sufrirla que el bien que se depara por cometerla. Por eso, después que los hombres cometieron injusticias y las sufrieron, ensayando ambos métodos, aquellos que no pueden evitar lo uno ni elegir lo otro, por su provecho acordaron recíprocamente no cometer injusticia ni recibirla. Y por ello comenzaron a dar leyes y a celebrar pactos entre sí. (53)

2.2.4 HIPPIAS DE ELIS

En el diálogo Hippias, Platón hace exponer a este sofista la idea de un pacto para organizar la sociedad entre los hombres, en oposición a una sociedad natural, y que lo bueno por naturaleza es distinto a lo bueno por convención. En desarrollo de esta idea dice Hippias:

"A todos los presentes os considero como parientes, hermanos, conciudadanos según la naturaleza, no según la ley. Pues lo igual es, por naturaleza, pariente de lo igual; pero la ley, tirana de los hombres, nos coacciona de muchas maneras frente a la naturaleza."(54)

2.3. SOCRATES (469-399 a.C.)

En su época, Sócrates fue considerado por muchos como un sofista destacado, a pesar de que su pensamiento rebasa con mucho el relativismo, el pragmatismo y el individualismo característicos de la sofística. El considerarlo en su tiempo como sofista se debió, en buena medida, al hecho de que, al igual que los sofistas, su estudio tuvo como objeto central los problemas del hombre, aun cuando con apego absoluto a la verdad e intachable probidad intelectual.

53. Platón.- Politeia. Libro II, párr. 358 y 359.

54. Platón. Diálogos. Hippias. México. Porrúa. 1984, p. 231.

Por no haber dejado obra escrita, el pensamiento de Sócrates puede conocerse sólo aproximadamente por medio de las referencias de otros personajes de la época, como Jenofonte y Aristóteles, pero muy especialmente a través de los Diálogos de Platón, en los que es el personaje principal. El problema de esta obra estriba en la dificultad de establecer cuánto de lo que Platón le atribuye, fue en verdad dicho o sostenido por Sócrates.

En el diálogo de Critón o del deber, Platón presenta a un Sócrates que sostiene la existencia de un pacto social celebrado entre la ciudad y los ciudadanos, quienes, en consecuencia, están obligados a cumplirlo, pese a que, como en el caso del filósofo, hayan de perder la vida.

Truyol y Serra destaca la idea atribuida a Sócrates por Platón de que:

"hay entre la ciudad y cada uno de sus ciudadanos un convenio tácito por el cual debe el ciudadano obediencia, a cambio de protección; pero ambas partes no se hayan en el mismo plano, ya que la ciudad, que hace posible la vida del ciudadano, da en definitiva más de lo que recibe. Sócrates se somete a la ciudad que lo condena, aun reconociendo la injusticia de que es víctima."(55)

2.4 PLATON. (497-347 a.C.)

A título personal, el fundador de la Academia, hace referencia en Las leyes a la celebración de un pacto más que político, social, o sea un contrato de soberanía, en los siguientes términos:

"Los soberanos y los súbditos de estas tres ciudades sometidas al régimen monárquico juraron recíprocamente, conforme a las leyes acordadas entre ellos, regular la autoridad y dependencia de modo que los primeros no agravasen en lo futuro su dominio y que los segundos no emprendiesen, ni tolerasen que se emprendiera, nada contra los derechos de los monarcas, mientras estos fuesen fieles a su juramento, además, los reyes y los pueblos de cada una de las tres ciudades, juraron que, en caso de ataque, ayudarían a los reyes y los pueblos de cada una de las otras."(56)

Las Leyes y El Político son de las obras de Platón escritas en la etapa final de su vida, por cuya razón vierte en ellas su experiencia filosófica, la cual será aprovechada por Aristóteles como punto de partida de su desarrollo filosófico.

55. Tuyol y Serra, Antonio. - Op. cit. p. 106.

56. Platón. Las Leyes. Libro III. México, Porrúa, 1985, p. 58.

Las cinco formas de gobierno: aristocracia, timocracia, oligarquía, democracia y tiranía, descritas por Platón en *La República*, se substituyen por seis en *El Político*; tres legítimas y tres ilegítimas, producto de la corrupción de las primeras. Las formas legítimas son: la monarquía (gobierno de uno solo), la aristocracia (gobierno de una selecta minoría) y la democracia moderada (gobierno del conjunto de ciudadanos). Las tres formas corruptas de gobierno, son: la tiranía, la oligarquía y la demagogia.(57)

Finalmente, en *Las Leyes*, Platón agrega una séptima forma de gobierno, la forma mixta, en la cual se combinan las tres formas legítimas de gobierno para "asegurar la estabilidad social mediante el contrapeso de principios opuestos y complementarios.

2.5 ARISTOTELES (384 - 322 a.C)

El insigne estagirita no figura entre quienes dan un sentido contractual al origen del Estado, pues ni siquiera se ocupa de explicar su creación. Para él la polis, la ciudad-Estado griega significa una "comunidad de hombres libres aptos para realizar una vida autárquica y perfecta."(58)

La regla de oro para la convivencia social en el pensamiento aristotélico, consiste en garantizar la justicia entre los hombres, porque "lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto y de otras cualidades semejantes."(59)

Al igual que Platón, Aristóteles considera en principio al mixto como el mejor gobierno posible, aun cuando, en la práctica, el mejor será el que se adapte más a cada pueblo, dados su carácter y necesidades específicas.

2.6 HUGO GROCIO, JUAN ALTUSIO Y FRANCISCO DE SUAREZ

En la era renacentista y de reforma aparecen como iniciadores del iusnaturalismo moderno en su versión contractualista el alemán Johannes Althusius o Althaus, comunmente llamado Altusio,

57.- Cfr.- Trujol y Serra, Antonio. Op. cit., pp. 121-123.

58.- Trujol y Serra, Antonio.- Op. cit., p.136

59.-Aristóteles. Política.- Trad. Antonio Gómez Robledo.- México. Editorial Porrúa, S. A.- 1981. 9a. Ed. p. 161.

el holandés Huig de Groot, mejor conocido por su nombre latinizado de Hugo Grocio, y el español Francisco de Suárez, quienes para el desarrollo de sus teorías jurídico-políticas se apoyan en la antigua idea del contrato como origen del Estado, del poder y del derecho, idea que en la época de Altusio comparte el pensador inglés Richard Hooker y el autor del libro *Vindiciae contra tyrannos* publicado en Francia en 1759 y atribuido a Felipe Duplessis-Mornay escudado tras el seudónimo de Stephanus Junius Brutus, obra en la que se atribuye el fundamento del derecho y del poder político a un contrato doble que el rey celebra por un lado con Dios y, por otro, con el pueblo, quien sirve de garantía al monarca respecto de sus obligaciones con Dios. de esta suerte el poder real se ve constreñido al cumplimiento del contrato respecto del cual el pueblo queda solidariamente obligado, "parece que Dios ha hecho lo que suelen hacer los acreedores en los contratos de créditos inseguros, de modo que varias personas se obligan frente a la misma suma de igual forma que si constituyeran dos o más deudores, pudiendo requerir a cada uno por el total de la suma, como al deudor principal."(60)

2.6.1 CONTRATO Y SOBERANÍA EN LA OBRA DE JOHAN ALTHUSIUS (1557-1638)

Althusius hace radicar en el pacto expreso o tácito la base de toda comunidad u organización humana, entre las que distingue cinco grandes clases: la familia, el collegium o corporación voluntaria, la comunidad local, la providencia y el Estado. Cada tipo de comunidad corresponde, en el esquema de Althusius, a una necesidad humana específica, sin que la integración de una comunidad superior anule o derogue a la inferior, antes, al contrario, la constitución de la superior se da por pacto de varias inferiores cuyas existencias continúan. Así, la comunidad local no cancela las familias ni las corporaciones que la componen, su objetivo es diferente al de ellas, a cuyo acuerdo debe su existencia.

En su *Politica methodice digesta*, el profesor de la Universidad de Herborn, a la par que sostiene la existencia de diversos contratos sociales que dan origen a diversas asociaciones y comunidades humanas, entre las cuales sobresale el Estado, declara, también, la soberanía popular, porque para él la soberanía descansa invariable e inalienablemente en el pueblo, sin que por ello proponga la idea del gobierno directo del pueblo, sino que, mediante una ley basada en un pacto, el poder se delega en magistrados del Estado.

60. Tomado de Fassio, Guido *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid: Ediciones Pirámide, 1981. T. 2, pp. 50 y 51.

Althusius pensaba en un magistrado supremo, que no necesariamente hubiera de ser el rey, así como en unos éforos para cuidar la observancia de la constitución.

En el contrato creador del Estado, de acuerdo con el pensamiento althusiano, los suscriptores no son las personas físicas individualmente consideradas, sino las comunidades, por tener éstas la capacidad de alcanzar sus propios objetivos, no obstante tratarse de corporaciones no soberanas; por ello el pacto generador de la ley que da origen a los órganos de gobierno está más dirigido a restringir el poder del magistrado principal que a regular la unión de seres sometidos a un gobernante soberano.(61)

2.6.2 IUSNATURALISMO Y CONTRACTUALISMO DE GROCIO (1583 - 1645).

Huig de Groot es, a juicio de numerosos autores, el verdadero restaurador del derecho natural,(62) que a juicio del filósofo de Delft está fundado en la naturaleza del hombre, aun suponiendo sin conceder, por no poder aceptar, que Dios no existe, o existiendo no se ocupa de los asuntos de los hombres.

El autor de *De Iure Belli Ac Pacis* parte de la hipótesis de un estado de naturaleza previo al orden social que hace derivar de un contrato, origen de todas las instituciones civiles y políticas; así, en el pensamiento grociano, el origen del Estado es contractual, "El Estado -afirma Grocio- es una asociación completa de hombres libres, reunidos para el disfrute de derechos y para sus comunes intereses".(63)

Para Grocio, la forma de gobierno la determina la voluntad popular, "En efecto, quienes se habían juntado en alguna comunidad o se habían sometido a uno o varios hombres, o habían prometido expresamente -o por la naturaleza del acto hay que entender lo habían hecho de modo tácito- que se conformarían a lo que se determinase en un caso por la mayoría y en otro por aquellos a quienes se había conferido autoridad".(64)

61. Cfr. Sabine, George H. Historia de la Teoría Política. Trad. Vicente Herrero. México. F.C.E. 1970, pp.309 a 311.

62. Cfr. Ahrens, Enrique. Curso de Derecho Natural. Trad. P. Rodríguez. Braine-le Comte, Bélgica. Librería de A. Bouret. 1876, p. 35.

63. Tomado de: Copleston, Frederick, S. J. Historia de la Filosofía. Trad. Juan García. México. Ariel. 4a. Ed. 1983. V. III, p. 314.

64. Grocio, Hugo.-Del Derecho de la guerra y de la paz. Trad. Jaime Torrubiano. Madrid. Editorial Reus. Tomo I, p. 37

Así pues, el Estado, según Grocio, es el resultado de la acción consciente de los hombres y nace como consecuencia de un contrato. Esta idea del carácter contractual del Estado, habrá de convertirse en típica de la escuela moderna del iusnaturalismo; en aquella época representó un rol de vanguardia, por significar el arma ideológica de la naciente burguesía en su lucha contra las tesis feudales.

Grocio, educado en la República de Holanda, corporativa y burguesa, creada como resultado de la revolución registrada en ese país en pos de la libertad política y religiosa, contra el dominio español y los moldes feudales, es un pensador que trasciende su época, no sólo como fundador del iusnaturalismo y del contractualismo modernos, sino como precursor del Derecho Internacional, cuyos orígenes, según su parecer, son la naturaleza y el contrato de los pueblos.

2.6.3 FRANCISCO DE SUAREZ: ESCOLASTICO Y CONTRACTUALISTA (1548 - 1617)

Coetáneo de Grocio, el eminente escolástico jesuita discurrió sobre el origen de la sociedad y del poder, por la senda del contractualismo. En un esfuerzo por resumir su teoría en pocas líneas, diríase que la sociedad civil deriva de la naturaleza como de causa remota, pero próximamente de un pacto de familias como de causa determinante.

A la muchedumbre por este motivo reunida. Dios, autor de la naturaleza, confiere el poder necesario, transferido a su vez por la masa -aun cuando sólo sea tácitamente- a una o más personas de esta manera investidas del poder político; por eso su origen divino mediato. De ahí las limitaciones al ejercicio del mismo poder y aun la posibilidad de resistencia a su ejercicio, en caso de indebidas desviaciones.

Célebre fue la polémica del rector de la Universidad de Coimbra con el rey Jacobo I de Inglaterra, por el rechazo del jesuita a las doctrinas absolutistas fundadas en un pretendido derecho divino.

2.7 HOBBS, SPINOZA Y PUFENDORF

El pensamiento de Hobbes significa un hito en la historia del contractualismo social, pese a no haber tenido influencia en el poder político de su tiempo en Inglaterra, su país. Sus ideas, aun cuando no

despertaron gran entusiasmo entre los escritores de su época, fueron aprovechadas por algunos tan destacados como Spinoza en Holanda y Pufendorf en Alemania, quienes se sumaron al movimiento contractualista del siglo XVII registrado en Europa.

2.7.1 IUSNATURALISMO Y SENSUALISMO DE HOBBS (1588 - 1679)

En Westport, pequeño poblado inglés cercano a Malmesbury, nace el 5 de abril de 1588, Thomas Hobbes, quien desde joven es un reconocido humanista guiado en poesía por Homero, en historia política por Tucídides, en oratoria por Demóstenes y en filosofía por Aristóteles, a quien posteriormente, cuando puso a Platón por encima de todos los pensadores de la humanidad, habría de vituperar bajo la acusación de ser el maestro más pernicioso de todos los tiempos.

La obra política, jurídica y filosófica de Hobbes fue escrita entre 1640 y 1666, básicamente está contenida en el manuscrito titulado "*The elements of law natural and politic*" publicado en 1650 dividido en dos tratados independientes: "*The human natura*" y "*De corpore político*"; en el tratado "*Elementa philosophiae*" en el que analiza el orden de la naturaleza, del individuo y de la sociedad; en el "*Leviathan*" publicado en inglés en 1651 y reeditado en latín en 1668; y en un ensayo inconcluso escrito en 1666, publicado después de su muerte bajo el rótulo "*A dialogue between a philosopher and a student of de commonlaws of England*".

La obra de Hobbes debe estudiarse en el contexto de las guerras civiles de Inglaterra iniciadas en 1642 y concluidas en 1688, con la consolidación de la monarquía constitucional. Casi medio siglo de convulsiones socio-políticas, durante el cual se registran importantes acontecimientos como el del "parlamento largo", el éxodo al septentrión americano de numerosos grupos de puritanos, el proceso de democratización, en uno de cuyos exabruptos es decapitado el monarca Carlos I(65), la dictadura de Cromwell, en fin, época convulsa durante la cual Hobbes pasa largos años en el exilio, algunos de los cuales aprovecha para escribir el *Leviathan*, "criatura monstruosa de una mente que temía la guerra civil. Extrañamente ajeno a consideraciones de política inmediata, Hobbes ofendió a todos los partidos y no complació a ninguno";(66) en torno a esta situación, Sabine apunta:

65. Poco antes de su ejecución el rey preguntó en nombre de quién se le juzgaba: se le respondió "en nombre del pueblo que os ha elegido". Cita de Manuel Sánchez Sarto, en Prefacio al *Leviatán*. México. F.C.E. 1980. p. XV.

66. Crossman, R.H.S. El pensamiento político inglés en la tradición europea. Trayectoria del pensamiento político. Mayer, J. P. con la colaboración de Crossman y otros. México, F. C. E. Trad. Vicente Herrero. 1981. p. 125.

"... toda influencia inmediata que puedan haber ejercido en esta dirección los libros de Hobbes (y tiene que haber sido ligera) representa una fracción muy pequeña de su valor a largo plazo. Sus principios eran tan contrarios a las pretensiones de los Estuardo, a quienes trataba de apoyar, como a las sostenidas por los revolucionarios, a quienes intentaba refutar, y más contrarios a ambos de lo que eran entre sí monárquicos y parlamentaristas. Los amigos del rey podían creer con razón que la amistad de Hobbes era tan peligrosa como la enemistad de Cromwell".(67)

En el aspecto filosófico la obra de Hobbes, influida por Bacon, se desarrolla por las corrientes del empirismo, el sensualismo o sensismo y el materialismo metafísico. La teoría empirista del conocimiento pretende que todo conocimiento proviene directa e inmediatamente de la experiencia y, por ende, considera irreal o, al menos, incognoscible lo no experimentable. El empirismo deviene sensualismo o sensismo y desemboca en materialismo metafísico.

Proveniente del empirismo, el sensualismo -que sólo admite por conocimiento la experiencia de los sentidos externos- considera todo comportamiento humano -incluido el espiritual y moral- como función y resultado de estímulos fisiológicos.

El materialismo metafísico interpreta en forma materialista la totalidad de la realidad del hombre que, en su versión mecanicista moderna viene a ser como una máquina.

Sin discusión, la obra de Hobbes que produjo más comentarios por el atrevimiento de sus doctrinas fue el *Leviathan*, nombre de un monstruo marino citado en el Libro de Job: el cual, según la leyenda se tragaba el sol, provocando así los eclipses. En sus lamentos, Job invita a los magos a que con sus encantamientos hagan surgir al monstruo para que se trague la noche en que fue concebido "maldíganla los que saben despertar al Leviatán." (Job 3, 8) Hobbes lo usa con el fin de representar al Estado meramente civil, desligado de la iglesia.

En el estado de naturaleza, según el esquema de Hobbes, el derecho de los hombres no reconoce limitación, porque el individuo es todo y tiene derecho a todo, por tanto, el mejor derecho sería el del más fuerte, de donde deduce que el estado natural del hombre sea la violencia, o sea el *bellum omnium contra omnes*, "es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven

67. Sabine, George H. Op. cit. pp. 337 y 338

sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra, una guerra tal que es la de todos contra todos";(68) se trata, pues, de una lucha por la existencia, análoga a la vida animal: *homo homini lupus*.

Para el autor del *Leviathan* los hombres son iguales por naturaleza:

"si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él. En efecto, por lo que respecta a la fuerza corporal, el más débil tiene bastante fuerza para matar al más fuerte, ya sea mediante secretas maquinaciones o confederándose con otro que se halle en el mismo peligro que él se encuentra."(69)

De la igualdad procede la desconfianza, y de esta última la guerra, existiendo en la naturaleza del hombre tres causas fundamentales de discordia: la competencia, la desconfianza y la gloria; por eso, en el estado de naturaleza, fuera del Estado Civil, hay siempre guerra de todos contra todos y de cada uno contra todos

"Porque la guerra no consiste sólo en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente."(70) En semejante guerra, afirma Hobbes, nada puede ser injusto, y en tales condiciones "Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo. La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso."(71)

En el esquema hobbesiano, el derecho de naturaleza, o sea el *jus naturale* es la libertad individual de usar el propio poder como se quiera, para la propia conservación, entendiendo por libertad la ausencia de impedimentos externos para hacer lo que se quiere, conforme al dictado del juicio y la razón de cada quien.(72)

68. Hobbes, Thomas.- *Leviathan*.- Trad. Manuel Sánchez Sarto. México. Fondo de Cultura Económica. 1987.p.2.

69. *Idem*, p. 100.

70. *Idem*, p. 102.

71. *Idem*, p. 105.

72. Cfr. Hobbes, Thomas.- *Op. cit.* p. 106.

En el derecho de naturaleza, vigente en el estado de naturaleza, Hobbes percibe una ley fundamental, conforme a la cual "cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra", (73) o sea buscar la paz y defendernos a nosotros mismos por todos los medios posibles.

Una segunda ley de naturaleza desprende Hobbes de la fundamental, consistente en "que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo." (74)

La renuncia a un derecho, según Hobbes, significa despojarse a sí mismo de la libertad de impedir a otro el beneficio del propio derecho a la cosa en cuestión; en su concepto un derecho se abandona bien sea por renuncia, cuando el titular del derecho no se preocupa por quien se beneficia con ello, o bien por transferencia a otra persona, en cuyo caso el titular se propone beneficiar a una o varias personas determinadas.

"La mutua transferencia de derecho es lo que los hombres llaman contrato... Por otro lado uno de los contratantes, a su vez, puede entregar la cosa convenida y dejar que el otro realice su prestación después de transcurrido un tiempo determinado, durante el cual confía en él. Entonces, respecto del primero, el contrato se llama pacto o convenio." (75)

En el esquema de Hobbes, apunta Raymond G. Gettell, la sociedad política se crea con el propósito de garantizar la protección y el orden social, de forma artificial, mediante el contrato. "El egoísmo es el motivo determinante de la autoridad y la ley." (76)

Ya desde la introducción de su libro "*Leviathan*", Hobbes señala que el arte humano, en imitación del arte divino, o sea la naturaleza, puede crear un hombre artificial, es gran leviatán que llamamos república o Estado de mayor estatura y robustez que el natural, para cuya defensa

73. Hobbes, Thomas.- Op. cit. p. 107.

74. *Ibidem*.

74. Tomado de Copleston, Frederick.- Op. cit. Vol. IV, p. 241.

75. *Idem*, p. 10976.- Gettell, Raymond G. Historia de las Ideas Políticas. Trad. Teodoro González G. México, Editora Nacional. 1959. T.I, p. 356

76. Gettell, Raymond G. Historia de las Ideas Políticas. Trad. Teodoro González G. México, Editora Nacional. 1959. T.I, p. 356.

seguridad fue formado; en este gigantesco ser artificial la soberanía es el alma, los nervios se componen de la recompensa y el castigo, la potencia la da la riqueza y la abundancia de sus miembros, sus negocios son la salvación del pueblo, su memoria se integra con sus consejeros, su razón viene a ser la equidad, las leyes su voluntad, sus articulaciones los magistrados, su salud la concordia, su enfermedad la sedición, y su muerte la guerra; "los convenios mediante los cuales las partes de este cuerpo político se crean, combinan y unen entre sí, asemejarse a aquel fiat o hagamos al hombre, pronunciado por Dios en la creación."(77)

Así pues, la igualdad de los hombres da lugar, a juicio de Hobbes, a convertir al Estado de naturaleza en estado de guerra: es el principio de conservación el que conduce a los hombres a consagrarse y a someterse a un poder y leyes comunes: para alcanzar la paz los hombres constituyen la sociedad política por medio de un pacto, y transfieren sus derechos naturales a un poder común.

"El único camino para exigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento y concordia: es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, intuitiva por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transfiriérais a él vuestro derecho, y autorizáreis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquél gran Leviatán, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa: Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero.

77. Hobbes. Thomas. Op. cit. p. 107.

"Y en ello consiste la esencia del Estado que podemos definir así: Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que lo rodean es SUBDITO SUYO."(78)

Las teorías de Hobbes tuvieron poca resonancia en su época (1588-1679), pese a significar la primer gran teoría científica moderna del Estado y del Derecho; de esta suerte, el pensamiento de Hobbes no tiene mayor repercusión en la praxis política de su tiempo, ni dentro ni fuera de su país; apenas, sí, en algunos teóricos de su época, como Spinoza y Pufendorf. sin embargo, la universalidad y profundidad de su obra, la hacen trascender su tiempo, renaciendo sus ideas en los trabajos de Jeremías Bentham y de Benjamin Austin, en la segunda mitad del siglo XVIII.

A finales del siglo XIX Herbert Spencer, y a principios del XX, otros sociólogos retomaron su comparación del Estado con el organismo humano. Las aulas universitarias asignadas a las ciencias sociales, después de tres siglos de la muerte de Hobbes, siguen siendo testigos del análisis de su versión contractualista de la institución del Estado:

"Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra, debe autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres, lo mismo que si fueran suyos propios, al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegido contra otros hombres." (79)

De la interpretación hobbesiana del Estado se derivan algunos principios que en ocasiones han sido retomados por la teoría política posterior; entre otros recordamos los siguientes:

- No es dable a los súbditos variar la forma de gobierno.
- No es enajenable el poder soberano.
- Nadie tiene derecho a impugnar la designación del soberano hecha por la mayoría.

78. Idem, 140 y 141.

79. Idem, pp. 142.

- El súbdito carece de derecho para juzgar los actos del soberano y menos para castigarle por ellos.
- Los derechos que constituyen la esencia de la soberanía son indivisibles y no pueden ser cedidos sin renuncia directa del poder soberano.

2.7.2 RACIONALISMO Y SENSUALISMO EN LA TEORÍA CONTRACTUALISTA DE BARUCH SPINOZA (1632 - 1677)

El sensualismo influye también en Spinoza, para quien placer y dolor son emociones fundamentales explicables en términos del *conatus* o sea del esfuerzo realizado no sólo por el hombre sino por toda cosa individual para persistir en su propio ser, así en su Ética demostrada según el orden geométrico, afirma: "El esfuerzo por el cual una cosa se esfuerza en persistir en su ser no es sino la esencia actual de esa cosa".(80) De esta manera, en el esquema de Spinoza, toda cosa tiende a conservarse a sí misma y a incrementar su poder y actividad; esa tendencia es llamada *conatus* por el filósofo judío, *appetitus* cuando se refiere simultáneamente a mente y cuerpo, y habrá de llamarse *cupiditas* (deseo) cuando se trate de un apetito consciente, o sea cuando hay en el hombre consciencia de esa tendencia.

Laetitia (placer) viene a ser el reflejo en la consciencia de la transición a un estado de mayor perfección, en tanto que el reflejo en la consciencia de la transición a un estado de menor perfección es llamado *tristitia* (dolor).

De una familia judía portuguesa, nació en Amsterdam en 1632 este filósofo original, muerto en Aja en 1677 cuando aún no cumplía los 45 años. Su panteísmo y su interpretación de las Sagradas Escrituras le valieron en 1656 su expulsión de la sinagoga. Conforme a su doctrina panteísta "sólo hay una substancia, que es por sí y se comprende por sí misma, existe necesariamente y es infinita, en la que todo es y nada puede concebirse sin ella: Dios."(81)

Conforme a la moral y a la política de Spinoza, expuestas fundamentalmente en sus obras *Tractatus theologico - politicus* y *Ethica geometrico demonstrata*, bueno es lo que resulta útil al desarrollo de nuestro ser; malo lo que lo impide. El derecho se funda en la fuerza, pero abandonados

80. Tomado de Copleston, Frederick. Op. cit. Vol. 4 p. 226.
81. Tomado de: Copleston, Frederick. Op. cit. Vol. IV p. 226.

a sí mismos, los derechos de cada uno se encontrarían en conflicto con los demás: de ahí, como lo plantea Hobbes, surge el pacto y la cesión de derechos, origen del Estado.

Influído por Hobbes, al través del estudio de sus obras *Leviathan* y *De Cive*, Spinoza considera al ser humano empujado por la naturaleza a buscar su provecho personal, y trata de justificar, con base en el interés personal, racional o ilustrado, la integración de la sociedad política, con todas las limitantes que entraña a la libertad del hombre.

En el pensamiento de Spinoza, como en el de Hobbes, aparecen reiteradamente las ideas de Ley natural y Derecho natural. Sin embargo, Ley natural, en la interpretación de Spinoza, no significa, de ninguna manera, ley moral correspondiente a la humana naturaleza, que presiona moralmente al hombre, como ente libre, a actuar de una forma determinada; sino que, para él, Ley natural viene a ser el comportamiento que para cosa finita -incluido el hombre- determina la naturaleza. Así, afirma en su Tratado teológico-político: "Por el derecho y ordenación de la naturaleza entiendo meramente aquellas leyes naturales por las que concebimos que todo individuo está condicionado por la naturaleza de modo que viva y actúe de un modo determinado" (82). Por ejemplo, los peces están de tal modo condicionados por la naturaleza que, por soberano derecho natural, el mayor devora al menor. Este derecho natural que, según el filósofo judío, tiene el pez grande para comerse al chico, significa sencillamente que el pez puede devorar a sus semejantes menores y que, conforme a su naturaleza lo hará así cuantas veces se presente la ocasión. "Porque es cierto que la naturaleza, considerada en abstracto, tiene derecho soberano a hacer todo lo que puede hacer, en otras palabras, su derecho y su poder son coextensivos"(83). Por tanto, cada individuo ve limitados derechos por los límites de su poder y éstos están determinados por su naturaleza. Por ello, "como el hombre sabio tiene derecho soberano [...] a vivir de acuerdo con las leyes de la razón, así también el hombre ignorante y necio tiene derecho soberano a [...] vivir según las leyes del deseo", de donde, concluye Spinoza, no está más obligado a comportarse conforme a los lineamientos de una razón ilustrada "que lo que lo está un gato a vivir según las leyes de la naturaleza de un león." (84) . A diferencia de Hobbes, Spinoza no deriva el contrato social del temor

82. Breve Diccionario de Filosofía. Dirigido por Marx Müller y Alois Halder. Trad. Alejandro Esteban Jator Ros. Barcelona: Ed. Helder, 1976, p. 143.

83. Tomado de Copleston, Frederick. Historia de la Filosofía. Trad. J. C. García Barrón. México: Ariel, 1983. Vol. IV, p. 238.

84. Idem, p. 239

y del egoísmo natural del hombre. En su *Tractatus theologico-politicus* afirma: "Si consideramos que los hombres sin la recíproca ayuda y la observancia de la razón vivían de forma mísera, veremos claramente que, para vivir con seguridad y del mejor modo, debieron necesariamente unirse entre sí y, por consiguiente, hacer que el Derecho que por naturaleza todos poseían sobre todas las cosas, lo poseyeran colectivamente, y que estuviera determinado, no por la fuerza a los apetitos de cada cual, sino por el poder y la voluntad de todos [...] Por eso, establecieron y convinieron comportarse en todo según el dictamen de la razón [...], frenando los apetitos por los que se dañaban mutuamente, y no haciendo a nadie lo que no desearan se les hiciera y, en fin, defendiendo el derecho de los otros como propio." (85)

El pacto social se basa, por tanto, en el interés ilustrado, y para Spinoza, conforme a una ley universal de la naturaleza humana, nadie descuida lo que considera bueno, salvo con el propósito de obtener un bien mayor o por el peligro de un mayor mal; nadie acepta un mal si no es para evitar uno mayor o para alcanzar un bien más grande, por lo que nadie celebrará un pacto sino para conseguir un bien o evitar un mal. "Y podemos concluir, en consecuencia, que lo que hace válido un pacto es únicamente su utilidad, sin la cual es nulo y vacío."(86)

2.7.3 RACIONALISMO METODOLOGICO Y IUSNATURALISMO EN EL ESQUEMA CONTRACTUALISTA DE SAMUEL VON PUFENDORF (1632 - 1694)

Contemporáneo de Locke y de Spinoza -al igual que ellos, nació en 1632- vio la primera luz en Dorf-Chernnitz, Sajonia. En 1661 fue llamado por la Universidad de Heidelberg para hacerse cargo de la primer cátedra de derecho natural e internacional en Alemania, pasando más tarde a Lund, Suecia.

Entre su vasta obra publicada destacan *Elementa iurisprudentia universalls* (1660), *De statum Imperii Germanici* (1667), *De iure naturae et gentium* (1672), *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* (1673), *Eris Scandica* (1686), y *De habitu Religionis Christianae ad vitam civilem* (1687).

85. Idem p 239.

86. Idem p 240

Sostenedor del iusnaturalismo, Pufendorf afirma en su *Eris Scandica*, que el derecho natural "regula las acciones y relaciones entre los hombres no en cuanto cristianos, sino en cuanto hombres" (87). De esta suerte, el pensador de Dorf-Chemnitz postula, con mayor vigor que Grocio, la separación del Derecho natural de la teología característica del iusnaturalismo moderno.

El profesor de la Universidad de Heidelberg hace una tajante distinción entre el Derecho natural fincado en la razón y la teología moral basada en el dogma, pese a lo cual Pufendorf no es en rigor racionalista -si por racionalismo entendemos el movimiento intelectual de la ilustración de los siglos XVII y XVIII que tiene a la razón como la suprema facultad del intelecto y, por tanto, pensar lógica y racionalmente significa conocer propiamente y con certeza-, porque el racionalismo de este filósofo alemán es meramente metodológico.

Samuel Von Pufendorf espiga en el pensamiento de Hugo Grocio y en las ideas de Thomas Hobbes, para elaborar un sistema de filosofía política, cuyo primer supuesto es el ESTADO NATURAL al que los hombres llegaron movidos por su tendencia gregaria innata, es decir, por su instinto social, constituyendo un conglomerado social, una sociedad, donde impera el derecho natural y está ausente la autoridad política porque, a su juicio, la obligación que implica todo pacto no puede imponerse por la fuerza, sino será impuesta voluntaria y espontáneamente por los propios obligados, o sea, por los suscriptores del pacto. Así, en su gran tratado *De iure naturae et gentium* afirma:

"En efecto, para que una multitud, es decir, muchos hombres, sean una persona, a la que pueda atribuirse un acto y a la que correspondan ciertos derechos, a diferencia de los que tienen sus miembros particulares en cuanto tales, derechos que ningún miembro particular puede pretender atribuirse aisladamente, es necesario que hayan unido primero sus voluntades y fuerzas mediante pactos sin los cuales es imposible entender cómo pueda hacerse la unión [*conjunctio*] de quienes son iguales por naturaleza." (88)

87. Tomado de Fasso, Guido - Op. cit. T. 2, p. 117.

88. Tomado de Fasso, Guido - Op. cit. T. 2, p. 122.

2.8 LOS CONSTITUCIONALISTAS INGLESES

La teoría del contrato social encuentra en Inglaterra un fuerte apoyo por parte de una corriente que plantea y desarrolla a este respecto una tesis constitucionalista que, iniciada por el teólogo Anglicano Richard Hooker, alcanza su apogeo con el médico británico John Locke.

2.8.1. RICHARD HOOKER (1553 - 1600)

La conexión entre el pensamiento político de la parte final de la edad media y el de Hobbes y Locke se localiza en las ideas del filósofo y teólogo anglicano Richard Hooker expuestas, principalmente, en su obra *The laws of ecclesiastical polity*, que ocupándose, como lo indica su título, del gobierno de la iglesia, desarrolla en realidad un extraordinario tratado de filosofía del derecho y de política que permite incorporar, con algunos cambios, una parte considerable del pensamiento y tradición medievales a la filosofía jurídico política moderna.- Con rigor analítico, Hooker examina el origen y la naturaleza de la ley, tratando de desentrañar su fuerza obligatoria, tras lo cual, mediante una interpretación racional del derecho natural, concluye que, independientemente de su carácter civil o eclesiástico, las leyes son producto de la razón humana y son, por consecuencia, mutables, en contraste con los preceptos invariables del derecho natural, porque el teólogo anglicano - paradójicamente seguidor de Tomás de Aquino- entendía el derecho natural como el derecho de la razón. De esta suerte, el derecho civil se basa en el consentimiento popular, expresado al través de sus representantes.

En Hooker encontramos un partidario decidido de la teoría del contrato social entendido como un acontecimiento en verdad ocurrido en los inicios de la humanidad, en razón del deseo de suprimir las mutuas ofensas, propósito que conduce a los hombres a asociarse, pactando someterse a un poder común que garantice la paz y la tranquilidad.

"Por consiguiente -escribe Hooker en su referida obra. Las leyes de la constitución eclesiástica-", si cuando aun no existía en el mundo más que una familia, ningún medio de instrucción divino o humano pudo impedir la efusión de sangre, ¿Cómo podría evitarse que al crecer y multiplicarse sobre la tierra las familias, una vez separadas éstas y ocupándose cada una solamente de sí, se desarrollara entre ellas la envidia, la disputa y la violencia? [...] Para hacer desaparecer todos los agravios, injurias y daños mutuos, no habría otro remedio sino llegar a una composición y arreglo entre sí, estableciendo una especie de gobierno público y sometiéndose a él; aquel a quien dieran autoridad

regiría y gobernaría y el resto de ellos podría obtener la paz, la tranquilidad y la felicidad."(89).

Existen, a juicio de Hooker, diversos tipos de ley: la ley eterna, o la ley de la propia naturaleza de Dios; la ley natural, o conjunto de normas establecidas por Dios para gobernar las cosas según sus varias especies; y la ley de la razón, que el hombre como ser racional, está especialmente obligado a seguir.(90)

La idea del contrato social la esboza Hooker en Inglaterra en 1594 y habrá de cobrar fuerza hasta constituir, durante la Guerra Civil Inglesa, la base ideológica del partido democrático, contrapuesta a la tesis del derecho divino del monarca. Posteriormente la recogerá, entre otros, John Locke, para enriquecerla y ampliarla.

2.8.2. JOHN LOCKE (1632 - 1704).

"Jamás ha habido, tal vez, un espíritu más sabio, más metódico, más lógico y más exacto que el del señor Locke";(91) Así inicia su decimotercera carta filosófica el célebre pensador francés Francisco María Arouet, mejor conocido como Voltaire, cuyo elogioso comentario sobre el filósofo de Wrington condensa el juicio del pensamiento filosófico del siglo XVIII acerca del autor del Ensayo sobre el gobierno civil, cuyas ideas, según afirma Sabine, se convirtieron en fundamento de la Ilustración francesa.(92)

Hijo de un abogado político, de quien heredó las ideas liberales, nace en Wrington, dentro del condado de Bristol, el 29 de agosto de 1632, John Locke, sin duda uno de los más grandes filósofos ingleses de todos los tiempos. Sus estudios los realiza de 1646 a 1652 en el Colegio de Christ Church en Oxford, entonces a cargo de un grupo religioso defensor de la tolerancia, graduándose de bachiller en 1655 y de maestro de artes en 1658.

Profesor en el Christ Church, de griego, retórica y filosofía, de 1660 a 1662, abraza el estudio de la medicina en 1663, realizando, además, experimentos de química y meteorología, tratando a Sydenham y Roberto Boyle, promotores del método empírico en estas ciencias.

89. Mayer, J. P.- Trayectoria del pensamiento político. Trad. V. Herrero. México. Fondo de Cultura Económica. 1961, p. 100.

90. Cfr. Sabine, George H. Op. cit. p.325

91. Voltaire.- Décima tercera de las cartas.

92. Sabine, George H. Op. cit. p. 403.

En 1665 y 1666 acompaña, con el carácter de secretario, al embajador William Swan en un viaje a Alemania, durante el cual escribe su Ensayo sobre la tolerancia.

A su regreso conoce a Lord Ashley, más tarde Conde de Shaftesbury, con quien establece una larga relación política y de amistad que le permite intervenir en la vida política inglesa de su época, así funge como preceptor del hijo del futuro Conde de Shaftesbury y más tarde como su secretario privado, desempeñando con posterioridad a su lado diversos cargos de mediana importancia, en una carrera política desarrollada durante la turbulenta época de las guerras civiles inglesas de la segunda mitad del siglo XVII que le llevan al ostracismo durante largos años, primero en Francia de 1674 a 1679 y después, tras de una repatriación, en Holanda de 1683 a 1689 regresando al lar patrio después de la coronación del nuevo rey constitucional Guillermo de Orange, falleciendo en Oates, cerca de Londres, el 28 de octubre de 1704.

De la extensa obra de Locke, la que primero cobra fama es la filosófica, escrita con su sencillez y modestia características:

"Dejo a otros que saben más que yo el discutir si nuestra alma existe antes o después de la organización de nuestro cuerpo, pero confieso que me ha tocado en suerte una de esas almas vulgares que no piensan siempre, y que tengo la desgracia de no creer que sea más necesario al alma pensar siempre que al cuerpo estar siempre en movimiento."(93)

La obra de Locke, en su madurez, se ve fuertemente influida por la de su compatriota Richard Hooker, de quien habrá de tomar la idea de la racionalidad de la ley como expresión de la razón.

El pensamiento lockiano acusa una importante evolución que permite establecer una marcada diferencia entre las obras de la juventud y las de la madurez; así, en los Ensayos sobre el Derecho natural, obra escrita en 1660, Locke, influido por el calvinismo, se expresa en términos de la corriente voluntarista -que otorga primacía a la voluntad respecto del pensamiento racional-merced a la cual el orden de la naturaleza y en parte también el orden moral, brota del amor de la voluntad divina. Así, para el joven Locke, el principio y fundamento de la ley natural residen en

93. Tomado de: Voltaire. Op. cit

la voluntad de Dios, por ser una "ordenación de la voluntad divina cognoscible por la naturaleza."(94)

A la luz de las enseñanzas de Hobbes, el joven Locke establece una relación estrecha entre su voluntarismo y el absolutismo político; así, al inicio de su primer estudio sobre el magistrado civil, afirma:

"suponiendo al hombre por naturaleza en posesión de una completa libertad [...] la condición inalterable de toda sociedad y de todo gobierno es que cada hombre debe inevitablemente privarse de este derecho innato en su libertad originaria y confiar al magistrado un poder sobre sus acciones tan pleno como el que él mismo tiene."(95)

En cambio, en su madurez, Locke afirmará, influido por Hooker, en su séptimo Ensayo sobre el Derecho Natural, que la ley es "una regla de conducta fija y eterna, dictada por la razón misma."(96) Esto indica que la evolución del pensamiento de Locke le traslada de la corriente voluntarista de su juventud al racionalismo de su madurez, dentro del cual concibe a la ley natural no como un dictado de una voluntad suprema, sino como la manifestación de la razón.

Muy grande resulta ser la influencia de Locke en la filosofía moderna, particularmente en Inglaterra. Berkeley, Hume y muchos más abrevan en sus obras para el desarrollo de sus ideas.

Sin duda, su obra más importante en el ámbito filosófico es el Ensayo sobre el entendimiento humano, cuyo objeto, según manifiesta el autor, estriba en el estudio del origen, de la certeza y del alcance del entendimiento humano; exponer por qué procedimientos nuestro entendimiento llega a configurar las ideas que tiene acerca de las cosas.

Asimismo, la referida obra tiene por objeto precisar los límites de la certeza, determinar los que separan la opinión del conocimiento, analizar qué reglas se requiere atender para definir con exactitud los grados de nuestra persuasión respecto de aquellas cosas acerca de las cuales carecemos de conocimiento cierto.

94. Tomado de Fassó, Guido - Op. cit. T. 2, p. 135.

95. Idem, p. 136.

96. Idem, p. 137.

Hoy por hoy el prestigio político de Locke corre a la par de su fama en el ámbito filosófico, gracias a su célebre obra *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*, en el segundo de los cuales se refiere al estado de naturaleza, que no es el reino de la pura fuerza, ni anterior a cualquier regla de convivencia, como sostuviera Hobbes, sino que está sujeto a la ley que le dicta la razón, porque el estado de naturaleza es "... el de perfecta libertad para ordenar sus acciones, y disponer de sus personas y bienes como lo tuvieren a bien, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso o depender de la voluntad de otro hombre alguno."(97)

Previamente, en el capítulo I del segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil, en refutación a Sir Robert Filmer, se apunta la necesidad de encontrar otro origen del gobierno, otro prototipo del poder político, y otro estilo de designar a las personas que lo poseen, diferente al de la tesis de que todo gobierno en el mundo es producto exclusivo de la fuerza y violencia, y que los hombres conviven acordes con la norma de los brutos, según la cual el más poderoso se adueña del dominio, dando base a un desorden y agravio interminables. Contrario a este esquema, Locke se refiere al estado de naturaleza, como un estado de libertad y un "Estado también de igualdad, en que todo poder y jurisdicción es recíproco, sin que al uno competa más que al otro, no habiendo nada más evidente que el hecho de que las criaturas de la misma especie y rango [...] deberían asimismo ser iguales cada una entre todas las demás, sin subordinación o sujeción" (98); ello siguiendo a Grocio, merced a que "Tiene el estado de naturaleza ley natural que lo gobierne y a cada cual obligue; y la razón, que es dicha ley, enseña a toda la humanidad, con sólo que ésta quiera consultarla, que siendo todos iguales e independientes, nadie deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones."(99)

Aunque no lo cita por su nombre, Locke rebate en reiteradas ocasiones las tesis de Hobbes, con quien coincidió en dos puntos fundamentales: la concepción individualista y la teoría del pacto social. Así, por ejemplo, leemos en el referido ensayo:

"ésta es la obvia diferencia entre el estado de naturaleza y el de guerra, los cuales, por más que los hubieren algunos confundido, son entre sí tan distantes como un estado de paz, bienquerencia, asistencia mutua y preservación lo sea de uno de enemistad, malicia, violencia y destrucción mutua."(100)

97. Locke, John. Ensayo sobre el Gobierno Civil, México. Fondo de Cultura Económica, 9141. p. 3.

98. *Ibidem*.

99. *Idem*, p. 4.

100. *Idem*, p. 12.

Pese a ser el estado de naturaleza tan libre y atractivo, Locke explica las razones por las cuales se abandona, es decir, explica el motivo para renunciar a la libertad y al imperio sobre sí mismo e ir a someterse al dominio y dirección de otro poder. Afirma que ello resulta muy obvio:

"... pues aunque el estado de naturaleza le valiera tal derecho, resultaba su goce precario, y seguidamente expuesto a que lo invadieran los demás; porque siendo todos tan reyes como él y cada hombre su parejo, y la mayor parte observadores no estrictos de la justicia y equidad, el disfrute de bienes en ese estado es muy inestable. y en zozobra. Ello le hace desear el abandono de una condición que, aunque libre, está llena de temores y continuados peligros; y no sin razón busca y se une en sociedad con otros ya reunidos, o afanosos de hacerlo para esa mutua preservación de sus vidas, libertades y haciendas, a que doy el nombre general de propiedad."(101)

En rigor, el hombre, en el estado de naturaleza aparentemente idílico, carece de una norma vigente, conocida, recibida y aceptada por consentimiento común; tampoco tiene jueces reconocidos, imparciales, cuyas resoluciones funden en las citadas normas establecidas; en suma, carece de un poder coactivo con fuerza suficiente para garantizar la ejecución de las resoluciones dictadas. Todas las carencias señaladas en el estado de naturaleza se eliminan en el estado de sociedad. Esa transición de uno a otro estado no pudo realizarse sino por consentimiento. afirma Locke en la parte medular de su tesis contractualista:

"Siendo todos los hombres, cual se dijo, por naturaleza libres, iguales e independientes, nadie podrá ser sustraído a ese estado y sometido al poder político de otro sin su consentimiento, el cual se declara conviniendo con otros hombres juntarse y unirse en comunidad para vivir cómoda, resguardada y pacíficamente, unos con otros, en el afianzado disfrute de sus propiedades, y con mayor seguridad contra los que fueren ajenos al acuerdo." (102)

A diferencia de muchos otros iusnaturalistas, el autor del *Ensayo sobre el gobierno civil* sostiene que el contrato social es un hecho no hipotético o imaginario, sino real e histórico; así lo demuestra la fundación de Roma y también la de Venecia, surgidas ambas como resultado de haberse reunido hombres libres e independientes unos de otros, entre quienes no existían relaciones de superioridad o sujeción naturales:

101. Idem, p. 79. 01. Idem, p. 79

102. Idem, p. 61.

"De suerte que todas las sociedades políticas nacieron de unión voluntaria, y del mutuo acuerdo de hombres libremente obrando en la elección de sus gobernantes."(103)

En el esquema lockiano, los hombres acceden al contrato social, merced a los inconvenientes del estado de naturaleza. El mayor inconveniente consiste en la carencia de una ley conocida, fija, promulgada, recibida y autorizada por común consentimiento como patrón de bien y mal, y medida común para resolver cualesquiera controversias que entre ellos se produjeran.

Se carece, asimismo, de un juez imparcial que tenga a la mano y aplique esa ley natural en la controversia surgida entre dos hombres igualmente libres e independientes.

Tales inconvenientes guían a los hombres a salir de ese estado, y emigrar al estado de sociedad, al cual acceden privándose -aunque sea parcialmente- de su libertad y sometiéndose a un poder político distinto al propio, a cambio de afianzar la conservación de su propiedad, concepto en el que engloba la vida, la libertad y los bienes. De esta manera Locke, al igual que Hobbes, resigna en favor del Estado la libertad disfrutada en el estado de naturaleza, a cambio de garantías, sin conferir al ente estatal otra función que la de otorgarlas.

Las obvias contradicciones surgidas entre el Leviatán de Hobbes y el Ensayo sobre el gobierno civil de Locke, son producto, fundamentalmente, de la distinta circunstancia que vivieron sus autores, ambos, promotores -desde atalayas diferentes- de la tesis del contrato social.

Así, el Leviatán resume las incompatibilidades que dieron origen a la guerra civil inglesa, de ahí la impopularidad de sus conclusiones.

En cambio, el *Ensayo sobre el gobierno civil* no incurre en las contradicciones de su antecesor porque las élites inglesas, al término del ciclón de la Reforma y extinción del medioevo británico, habían logrado consolidar una posición social y económica que convirtió al despotismo ilustrado en un esquema obsoleto.

103. Idem, p. 65.

De ahí que, aun cuando los *whigs* y los *tories* mantenían su insalvable desacuerdo, sus mancomunados intereses económicos les evitaban reanudar la guerra civil. Por ello, a diferencia de Hobbes -que estimaba factible troquelar artificialmente un Leviatán que diese origen y mantuviese desde arriba el equilibrio social, evitando la anarquía-, Locke consideraba al Estado una herramienta apta para mejorar el entorno natural del hombre. Hobbes recurre al despotismo para extinguir la guerra de intereses; Locke, por el contrario, trata de preservar los derechos naturales contra el despotismo:

"Y es por ello evidente que la monarquía absoluta, que algunos tienen por único gobierno en el mundo, es en realidad incompatible con la sociedad civil, y así no puede ser forma de gobierno civil alguno."(104)

En el pensamiento de Locke el poder social es el resultado del consentimiento de los asociados, proseguido por las generaciones sucesivas y manifestado por la voluntad de la mayoría:

"Porque cuando un número determinado de hombres compusieron, con el consentimiento de cada uno, una comunidad, hicieron de ella un cuerpo único, con el poder de obrar en calidad de tal, lo que sólo ha de ser por voluntad y determinación de la mayoría, pues siendo lo que mueve a cualquier comunidad el consentimiento de los individuos que la componen, y visto que un solo cuerpo sólo una dirección puede tomar, precisa que el cuerpo se mueva hacia donde le conduce la mayor fuerza, que es el consentimiento de la mayoría, ya que de otra suerte fuera imposible que actuara o siguiera existiendo un cuerpo, una comunidad, que el consentimiento de cada individuo a ella unido quiso que actuara y prosiguiera." (105)

En el pensamiento lockiano, como queda dicho, el hombre accede a la sociedad para asegurar su propiedad, incluida en ella su libertad. El verdadero poder radica en el pueblo, quien en última instancia resuelve los conflictos surgidos entre el legislador y el encargado de la ejecución de la ley.

Para el caso de que las leyes constitutivas de una nación sean desatendidas, es decir, cuando la mayoría considera lastimados sus intereses y en peligro su conservación, el pueblo tiene la facultad de levantarse contra sus dirigentes, o sea de invocar al cielo, es decir, de recurrir a la revolución:

104. *Idem*, p. 55.

105. *Idem*, p. 61

"Porque hallándose todo poder confiado en vista de un fin por él limitado, siempre que el final objeto fuere manifiestamente descuidado o resistido, la confianza vendrá necesariamente a ser objeto de extinción legal. y el poder devuelto a las manos que lo dieran y que de nuevo podrán ponerlo en las que entendieren más aptas para su sosiego y seguridad. Y así retiene perpetuamente la comunidad el supremo poder de salvarse de intentos y designios de quien quiera que sea, y aun de sus legisladores, cuando tan necios o perversos fueren, que planearan y llevaran a cabo designios contra las libertades y propiedades del súbdito. Porque careciendo todo hombre o sociedad de hombres del poder de entregar su preservación y, por tanto, los medios de ella, al absoluto albedrío y dominio arbitrario ajenos, siempre que quien quiera que fuere se dispusiera a reducirles a tal condición esclava, tendrán el derecho de preservar aquello de que les es imposible separarse, librándose de los invasores de esa inalterable, sagrada, fundamental ley de la propia conservación, por la cual en sociedad entraran." (106)

En cuanto al poder político Locke estima que no es comparable al paterno, habida cuenta que el fin del primero consiste en alcanzar el bien común, de ahí su triple atribución de hacer la ley, aplicarla y proteger a la colectividad contra la violencia. En el esquema de Locke el poder por antonomasia es el del legislador (107), al cual se subordinan la justicia imparcial y la ejecución adecuada de las disposiciones legislativas.

El autor del Ensayo sobre el entendimiento humano sostiene la existencia de tres poderes en el Estado: el legislativo, el ejecutivo y el federativo.

Asimismo, defiende la necesidad de que el legislativo y el ejecutivo tengan distintos depositarios, pues de lo contrario, uno solo no exigiría a sí mismo el cumplimiento de la ley, o redactaría ésta acorde con sus particulares intereses, o:

"también porque podría ser sobrada tentación para la humana fragilidad, capaz de usurpar el poder, que las mismas personas a quienes asista la facultad de legislar, a ella unieran la de la ejecución para su particular ventaja, cobrando así un interés distinto del que al resto de la comunidad compitiera, lance contrario al fin de la sociedad y gobierno." (108)

106. *Idem*, pp. 97 y 98.

107. "El poder legislativo no sólo es el sumo poder de la comunidad política, sino que permanece sagrado e inalterable en las manos en que lo pusiera la comunidad". *Idem*, p. 85.

108. *Idem*, p. 94.

Locke no aclara su pensamiento en relación a la función judicial y, en lo tocante a los poderes ejecutivo y federativo, se pronuncia por depositarlos en unas mismas manos:

"Aunque como dije, los poderes federativo y ejecutivo de cada comunidad sean en sí realmente distintos, difícilmente cabrá separarlos y ponerlos al mismo tiempo en manos de distintas personas. Porque ambos requieren la fuerza de la sociedad para su ejercicio, y es casi impracticable situar la fuerza de la comunidad política en manos distintas y no subordinadas, o que los poderes ejecutivo y federativo sean asignados a personas que pudieren obrar por separado, con lo cual la fuerza del público vendría a hallarse bajo mandos diferentes, lo que bien pudiera en algún tiempo causar desorden y ruina". (109)

A juicio de Locke, el derecho de la personalidad es connatural al hombre y, por ende, la esclavitud se opone a la naturaleza. Por tanto, ni el Estado ni el poder público crean ni pueden suprimir el conjunto de derechos llamados individuales; su cometido se reduce a reconocerlos y ampararlos, porque el individuo ya los tenía en el estado de naturaleza y con ellos accede al estado de sociedad.

El filósofo de Wrington finca en la propiedad el origen y el destino de la vida en el orden socio-político, por cuya razón la propiedad -en el amplio sentido que él le confiere- viene a ser la causa final del contrato social y, en última instancia, del Estado:

"El fin, pues, mayor y principal de los hombres que se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas, es la preservación de su propiedad; para cuyo objeto faltan en el estado de naturaleza diversos requisitos." (110)

Las investigaciones de Locke no se limitaron al ámbito de la filosofía y de la política: su análisis se ocupó también de la religión, de la pedagogía, de la medicina y de la química. Además, sus ideas acerca del valor y de las cuestiones monetarias le significaron como el precursor de los economistas ingleses. En la obra de Locke, el derecho de propiedad encuentra su base en el trabajo del hombre, cuyos frutos le pertenecen, ya por obtenerlos del cultivo de la tierra, bien por transformarlos en productos industriales. En suma, todo valor económico encuentra su origen en el trabajo del hombre.

109. *Idem*, p. 96.

110. *Idem*, p. 79.

Las ideas universales del contrato social abrevan, en la era moderna, en gran frecuencia y medida, en el diáfano pensamiento de Locke, cuya influencia se aprecia lo mismo en Rousseau, Montequieu y Voltaire, que en Federico II, en las declaraciones de derechos formuladas en Norteamérica (111) y en Francia en la última parte del siglo XVIII y aun en los textos constitucionales de los Estados contemporáneos.

2.9 JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712 - 1778)

El contractualismo social alcanza su apogeo con las ideas expuestas por el ideólogo de la Revolución Francesa Jean-Jacques Rousseau, de quien Marcelino Menéndez y Pelayo expresara el siguiente juicio:

"Hoy hemos averiguado que Rousseau pasó en arrebatada locura la mayor parte de su vida; pero ni sus contemporáneos, ni mucho menos sus inmediatos sucesores, se percataron de ello, de tal modo empezaba a serles familiar el estado de ánimo que él describía con aquella lógica suya, tan sinceramente sofisticada. No hay ejemplo de mayor complicidad entre un escritor y su tiempo. Lo que hoy nos parece declamación insensata, sensiblería, paralogismo y mala retórica, fue para sus contemporáneos un torrente de lava hirviendo. Esos libros que hoy se nos caen de las manos tuvieron fuerza para desquiciar el orden social antiguo, para cambiar el sistema de educación, para crear un tipo nuevo de hombres, que duró por dos o tres generaciones y no sé yo si enteramente ha desaparecido. Porque Rousseau se ha sobrevivido a sí mismo: cuando no triunfa como socialista nivelador y tiránico, triunfa como individualista anárquico y feroz; cuando el ensayo de la Revolución ha desacreditado su doctrina política, se aprovechan de su Emilio los partidarios de la pedagogía real objetiva." (112)

El 28 de junio de 1712, en la republicana y calvinista ciudad de Ginebra: "Costé a mi madre su vida y mi nacimiento fue la primera de mis desventuras", habría de afirmar en sus "Confesiones Juan Jacobo", el hijo de Isaac Rousseau y de Susana Bernard.

111. En 1663, John Locke participó en la redacción de un proyecto de Constitución para la Carolina, cuya colonización concedió Carlos II al protector de Locke, Lord Ashley Cooper, futuro Conde de Shaftesbury, en unión de otros personajes.

112. Menéndez y Pelayo, Marcelino. En: Enciclopedia Universal Ilustrada. Espasa-Calpe, S. A. Madrid. 1926. T. 52, p. 535.

Por aquella época, en su ciudad natal, la forma de Gobierno era democrática: se decía que el pueblo era soberano, había una Constitución y, teóricamente, derechos igualitarios, pero la realidad registraba un esquema aristocrático, con el poder depositado en unas cuantas familias; se trataba, pues, de una oligarquía, porque la inmensa mayoría de la población carecía de la ciudadanía, sólo unos pocos eran elegibles para integrar el Consejo de los Doscientos, en tanto que para constituir el Consejo Menor únicamente unos cuantos ancianos, pertenecientes a las principales familias protestantes, satisfacían los requisitos correspondientes. Las familias Rousseau y Bernard no pertenecían a esa élite social.

Junto con su hermano Francisco, Juan Jacobo pasa su niñez con diversos parientes, por el semi-abandono de su padre. Adolescente, apenas, ingresa a trabajar con un escribano, pero sólo por breve tiempo, porque según el mismo esa ocupación era innoble, no iba bien con su carácter altivo. Luego, en plena época gremial, con el propósito de adquirir un oficio, se le incorpora como aprendiz con un maestro grabador, de quien huye a los pocos días. Vagabundo, sin recursos, logra la protección de la señora de Warens, quien le envía al Hospicio de los Catecúmenos de Turín, donde se convierte al catolicismo.

Lector infatigable y autodidacta tenaz, aunque carente de sistema, logra un vasto acervo cultural y filosófico. Radicado en París, se relaciona con Diderot, D'Alembert, Voltaire, Condillac, Helvecio y otros filósofos. Incursiona en la música, escribe varias óperas, así como su Plan para los nuevos signos musicales, la novela La Nueva Eloísa, precursora del romanticismo, y la comedia El Adivino de la Aldea. En respuesta a la convocatoria de la Academia de Dijon, publicada en 1749, para un concurso cuyo tema era: El progreso de las ciencias y de las artes, ¿ha contribuido a purificar o a corromper las costumbres? Escribe su Discurso sobre las ciencias y las artes, primero de sus grandes éxitos, que obtuvo la medalla de oro del certamen, sosteniendo que el hombre es naturalmente bueno y que únicamente nuestras instituciones lo hicieron malo; que la virtud ha sido desplazada por el talento y la erudición, causantes de la desigualdad, mientras que originariamente los hombres habrían llevado una vida feliz en la inocencia y pobreza naturales.

En 1753 publica su Carta sobre la música francesa y al año siguiente regresa a Ginebra y al protestantismo. Siete años antes había nacido el primero de sus cinco hijos habidos con Teresa Lavasseur; todos fueron abandonados en la Casa de Niños Expósitos de París.

También en 1753 se lanza nueva convocatoria de la Academia de Dijon, sobre el tema "¿Cuál es el origen de la desigualdad de los hombres? ¿Está ella autorizada por la ley natural?", contesta con su célebre *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad de los hombres*, publicado en 1755, en el cual atribuye al nacimiento de la propiedad la causa de la desigualdad política que conduce al pacto del Estado y a la total perversión del orden natural, a consecuencia de las acciones de tiranos sin ley.

"Mientras que los hombres se contentaron con sus rústicas cabañas, mientras que se limitaron a coser sus vestidos de pieles con espinas o aristas, a adornarse con plumas y conchas, a pintarse el cuerpo de diversos colores, a perfeccionar o a embellecer sus arcos y flechas, a construir con piedras cortantes algunas canoas de pescadores o toscos instrumentos de música; en una palabra, mientras se dedicaron a obras que uno solo podía hacer y a las artes que no exigían el concurso de muchas manos, vivieron libres, sanos, buenos y dichosos, [...] pero desde el instante en que un hombre tuvo necesidad del auxilio de otro, desde que se dio cuenta que era útil a uno tener provisiones para dos, la igualdad desapareció, la propiedad fue un hecho, el trabajo se hizo necesario y las extensas selvas transformáronse en risueñas campiñas que fue preciso regar con el sudor de los hombres, y en las cuales vióse pronto la esclavitud y la miseria germinar y crecer al mismo tiempo que geminaban y crecían las mieses." (113)

Ajeno a los convencionalismos de su época, Rousseau se erigió en crítico severo de la cultura de su tiempo y en arquitecto de una democracia abstracta. Carente de un hogar estable desde pequeño, habrá de reflejar esa inestabilidad de su vida en su actividad y en su obra; así, con frecuencia cambia de domicilio, de trabajo, de oficio, de religión, de nacionalidad, de amistades; y también de puntos de vista. De ahí la enorme brecha entre el ataque demoledor a la sociedad, el arte y la ciencia, formulado en el *Discurso sobre las artes y las ciencias*, y la construcción racional de una sociedad democrática, propuesta en *El Contrato Social*.

113. Rousseau, Juan Jacobo.- *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad de los hombres*. México. Porrúa. 1979. p. 3.

"Este tratadito -señala en la advertencia preliminar de dicha obra- ha sido extractado de una obra más extensa, emprendida sin haber consultado mis fuerzas y abandonada tiempo ha. De los diversos fragmentos que podían extraerse de ella, este es el más considerable y el que me ha parecido menos indigno de ser ofrecido al público. El resto no existe ya." (114)

El primer problema que plantea El Contrato Social es el siguiente:

"El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás. ¿Cómo se ha operado esta transformación? Lo ignoro. ¿Qué puede imprimirle el sello de legitimidad? Creo poder resolver esta cuestión".(115)

Conforme a este planteamiento, el ginebrino se coloca frente a una clara disyuntiva: condenar ese orden social carente de la libertad inicial del hombre y propugnar porque éste rompa sus cadenas cuanto antes o, por el contrario, encontrar la justificación de ese orden. La primer alternativa se cancela porque "el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás"(116). De esta manera, el autor del Discurso sobre el origen de la desigualdad, busca el contrato social.

En efecto, para encontrar la solución al problema planteado con la referida disyuntiva. Rousseau acude a la teoría contractual -para entonces ya bastante difundida- porque se resiste a reconocer la fuerza como base del orden social, habida cuenta que la fuerza no da derecho:

"La fuerza es una potencia física, y no veo qué moralidad pueda resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando más, puede ser de prudencia. ¿En qué sentido podrá ser un deber?" (117)

Evidentemente la asignación a los ciudadanos de un deber de obediencia, no puede fincarse, de manera alguna, en el hecho de que la persona a quien se tributa obediencia sea el depositario del poder. Tampoco existe un derecho natural para imponer leyes a la sociedad, habida cuenta

114. Rousseau, Juan Jacobo.- El Contrato social. México. Porrúa 1979. p. 3

115. Rousseau, Juan Jacobo.-El Contrato Social Op. cit.,p.4

116. Ibidem.

117. Idem, p. 5.

que la sociedad y el estado de naturaleza son incompatibles. En consecuencia, para justificar y legitimar el orden social habrá de recurrirse al acuerdo, a la convención.

Rousseau emplea el supuesto de hombres llegados al momento en el cual las trabas opuestas a su perseverancia en el estado de naturaleza son más fuertes que los elementos a su disposición para mantenerse en tal estado; llegados a ese momento habrán de unirse y formar una asociación. El problema no sólo estriba en encontrar una forma de asociación para protección de las personas y bienes de cada miembro, sino consiste también en dar con una asociación tal que permita a cada miembro seguir siendo tan libre como antes para obedecerse únicamente a sí mismo; "Tal es el problema fundamental cuya solución da el contrato social".(118)

La parte medular del Contrato Social la explica Rousseau en el siguiente texto:
"Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo."(119)

De esta forma, el pacto crea una persona pública: La república, denominada Estado cuando se le toma en su aspecto pasivo; soberano en su actitud activa; y Poder al compararse con los de su mismo género. Sus miembros reciben el nombre colectivo de pueblo e individual de ciudadanos como copartícipes del poder soberano, y súbditos por cuanto están sometidos a los dictados del Estado. Dicho en las palabras del autor del Contrato Social:

"En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de ese mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que se forma así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad, y toma ahora el de República o el de corporación política, la cual es llamada por sus miembros Estado cuando es pasiva, Soberano cuando es activa, Poder comparándola con sus semejantes. En cuanto a las

118. Idem. p. 9.

119. Ibidem.

asociaciones, toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos como participantes en la autoridad soberana, y súbditos como sometidos a las leyes del Estado" (120)

Obsérvese cómo Rousseau confiere al vocablo ciudadano su connotación de representante o integrante de la ciudad; al respecto aclara:

"La verdadera significación de esta palabra -ciudad- háse casi perdido entre los modernos: la mayoría de ellos confunden una población con una ciudad y un habitante con un ciudadano. Ignoran que las casas constituyen la extensión, la población, y que los ciudadanos representan o forman la ciudad".(121)

En el esquema russoniano, la vinculación de los individuos por medio del contrato social crea la persona pública denominada soberano cuando se le considera en su actividad; es decir: El soberano es el pueblo en su función de legislador, lo cual significa que la soberanía viene a ser el ejercicio de la voluntad general y el soberano es el pueblo, por radicar en él esa voluntad general; importa por tanto determinar el concepto de voluntad general. A este respecto, Rousseau distingue entre la voluntad general y la voluntad de todos al afirmar:

"Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: ésta sólo atiende al interés común, aquélla al interés privado, siendo en resumen una suma de las voluntades particulares; pero suprimid de estas mismas voluntades las más y las menos que se destruyen entre sí, y quedará por suma de las diferencias la voluntad general."(122)

Y añade, renglones después: "Importa, pues, tener una buena exposición de la voluntad general, que no existan sociedades parciales en el Estado, y que cada ciudadano opine de acuerdo con su modo de pensar." (123)

Sin discusión, las ideas fundamentales de Rousseau acerca del estado de naturaleza, la soberanía popular, la ley, el contrato social, la voluntad general, la unidad del Estado, así como la exclusión en éste de las sociedades parciales, tienen una influencia enorme en el pensamiento y la

120. Rousseau, Jean Jacques. El Contrato Social. Trad. Consuelo Berges. Buenos Aires, Aguilar, 1965, pp. 66 y 67. No uso en esta cita la edición Porrúa de 1979, por tener un error, al decir (p. 10) "el cual es denominado Estado cuando es activo"; he consultado otras ediciones y todas señalan como la transcrita de Aguilar: "el cual es denominado Estado cuando es pasivo".

121. Rousseau, Juan Jacobo. El Contrato Social, México, Porrúa, 1979, p. 10.

122. Idem, p. 16.

123. Ibidem.

praxis política a partir del Siglo Dieciocho, que no cesa en nuestros días, en beneficio de la libertad y la democracia, no obstante haber sido condenada y quemada su obra en 1762 en París. Ginebra y la Haya.

Los pro-hombres de la Revolución Francesa, lo mismo que los de las trece colonias americanas que se independizan de Inglaterra en el ocaso del siglo XVIII, al igual que los de la emancipación iberoamericana utilizan reiteradamente el troquel rusoniano para acuñar sus ideas republicanas de igualdad, democracia y libertad; por ello, el maestro Mario de la Cueva tiene razón al decir:

"Rousseau es el profeta, la palabra dirigida al sentimiento de los hombres más bien que a su razón; la voz que arrastró a las multitudes, la fuerza humana que despertó el amor por la libertad y que convenció a los hombres de que ellos son el corazón, el alma y la fuente de la libertad."(124)

2.10. EMMANUEL KANT (1724-1804)

El pensamiento del filósofo de Königsberg -la actual ciudad rusa de Kaliningrado-, significa un parteaguas en la historia de la filosofía occidental, expresado en el desarrollo de sus famosas críticas, publicadas en 1781, 1788 y 1790, a saber: Crítica de la razón pura, Crítica de la razón práctica, y Crítica del juicio, respectivamente.

A pesar de haber permanecido siempre en su ciudad natal, en cuya Universidad accede a la Cátedra en 1770, Kant (1724-1804) es uno de los filósofos de mayor influencia, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII.

El autor de la **Crítica de la razón pura** incursiona también, aun cuando con menor éxito, en el ámbito del derecho y la política.

La filosofía kantiana del Derecho se expone básicamente en sus "Principios metafísicos de la doctrina del Derecho", que constituye la primera parte de su *Metafísica de las costumbres*, conforme a un esquema que ubica al imperativo jurídico entre los hipotéticos, o sea, entre los que requieren de una acción adecuada para lograr un fin específico, y no entre los imperativos categóricos que reclaman inmediatamente de una conducta determinada "sin ponerle de fundamento como

124. De la Cueva, Mario. Prólogo a "Presencia de Rousseau en América Latina". México, UNAM, 1962.

condición otro fin a conseguir mediante ella" (125). Ello permite a Kant formular la moral del hombre en su imperativo categórico, pidiendo a toda conducta humana ser, a la vez, la ley moral de todo un orden universal.(126)

Inscrito en la corriente iusnaturalista, el pensamiento kantiano representa la manifestación más madura, más refinada y, especialmente, más filosófica del iusnaturalismo, que después de Kant entra en decadencia. Para el autor de la **Crítica de la razón práctica**, la definición del Derecho debiera servir para precisar lo justo y lo injusto, por ello su definición no determina tanto lo que el Derecho es, como lo que debiera ser.(127)

En el esquema kantiano, el Derecho como doctrina sistemática se divide en Derecho natural, apoyado solamente en principios a priori, y en Derecho positivo o estatutario, emanado exclusivamente de la voluntad de un legislador.

Por consiguiente, Derecho natural es el derecho vigente en el estado de naturaleza, el cual no es un estado de sociedad civil, sino apenas, un estado; no guarda una situación pre-jurídica, la cual origina al Derecho privado.

Según Kant, el paso del estado de naturaleza al de la sociedad civil no se da por motivos utilitarios, sino por una exigencia moral: "debes, en las relaciones de necesaria coexistencia con todos los demás, salir del estado de naturaleza para entrar en un estado jurídico."(128)

El pensamiento político de Kant está contenido principalmente en su libro intitulado **Sobre la paz perpetua**, publicado en 1795, en el cual sostiene que la llamada sociedad civil tiene su origen en la adhesión de todos y cada uno de nosotros a un contrato originario mediante el cual, desde el estado de naturaleza, accedemos al estado civil y legal, con "una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer."(129)

125. Tomado de: Fassó, Guido: Op. cit., T. 2, p. 269.

126. Por ello su definición del Derecho se aproxima más al concepto de justicia: El conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás. Tomado de Fassó, Guido. Op. cit. t. 2, p. 271.

127. Tomado de: Mayer, J. P.- Op. cit. p. 208.

128. Tomado de: Fassó, Guido. Op. cit. T. 2, p. 276.

129. Kant, Manuel. La Paz Perpetua. Trad. F. Rivera Pastor. México. Editorial Porrúa. 1975. p.222

En el pensamiento kantiano la libertad exterior y jurídica viene a ser "la facultad de no obedecer a las leyes exteriores sino en tanto y cuanto he podido darles mi consentimiento. Asimismo, la igualdad exterior (jurídica) en un Estado consiste en una relación entre los ciudadanos, según la cual nadie puede imponer a otro una obligación jurídica sin someterse él mismo también a la ley y poder ser, de la misma manera, obligado a su vez." (130)

Para el autor de la Crítica del juicio, es irrelevante que el contrato originario fuese una ficción histórica o metodológica; lo verdaderamente importante es que la sociedad sea para el hombre, no el hombre para la sociedad, porque la idea moral medular de la ética de Kant es el respeto al ser humano, quien debe ser tratado con absoluta consideración por la dignidad que merece la responsabilidad moral. En el contrato originario "todos (*omnes et singuli*) confieren al pueblo su libertad externa, para recuperarla de nuevo rápidamente como miembros de un ente común, es decir, del pueblo considerado como Estado (*universi*), y no puede decirse, por tanto, que el hombre en el Estado haya sacrificado a un fin una parte de su libertad externa Innata, bien que haya abandonado totalmente la libertad salvaje y sin ley para volver a encontrar de nuevo íntegra su libertad en modo absoluto en la sumisión a la ley, es decir, en una situación jurídica, ya que esta sumisión deriva de su propia voluntad legisladora." (131)

Con Kant se cierra el ciclo de los grandes filósofos del contractualismo iusnaturalista. Como reflexiona Mayer, el clasicismo alemán no hará más que seguir el lineamiento cosmopolita del pensamiento kantiano, que logra su mejor expresión política en su libro Sobre la paz perpetua. (132)

2.11. EL CONTRACTUALISMO DEL SIGLO XX

La corriente contractualista no se ha extinguido y, con nuevos matices y orientaciones, continúa su desarrollo mediante las tesis de los filósofos, de los políticos y de los juristas contemporáneos. A manera de ejemplos, pueden citarse a los autores alemanes de la primera mitad de este siglo, Rudolf Smend y Hermann Heller, cuyas ideas contractualistas esbozaremos brevemente.

130. Idem, p. 217

131. Fassó, Guido. Op. cit. p. 277.

132. Cfr. Mayer, J. P.- Op. cit. p. 209.

2.11.1. RUDOLF SMEND.

La teoría del contrato social encuentra nuevas formas de expresión en el presente siglo, especialmente por medio de la llamada teoría de la integración, formulada por Rudolf Smend, conforme a la cual el contrato originario se mantiene en permanente proceso de renovación y reelaboración, para la subsistencia del Estado; procedimiento permanente, representado en el diario querer ser, en la actitud cotidiana de parte de sus miembros, por lo cual su existencia se cuestiona constantemente y se supedita a la aprobación de los ciudadanos y de los responsables de los órganos del propio Estado que, de esta manera, se refrenda día con día, mediante la conducta aprobatoria de quienes integran su población.(133)

2.11.2 HERMANN HELLER

Sin duda uno de los mejores expositores del contractualismo integracionista del Siglo XX es el alemán Hermann Heller, muerto el 5 de noviembre de 1933, cuando estaba por concluir su Teoría del Estado, obra en cuyo primer párrafo sostiene que la realidad social es efectividad humana, es realidad efectuada por el hombre. En este crearse a sí mismo, en este renovado engendrarse a sí mismo, consiste la realidad social.

Para Heller, la realidad social representa una unidad dialéctica inseparable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En el pensamiento helleriano todas las funciones de la vida humana vienen a ser funciones sociales si el hombre las tiene por vivir en sociedad con otros hombres, o si representan "momentos importantes del todo social que a sí mismo se sostiene y transforma."(134)

Un concepto genérico de sociedad viene a ser, al decir de Heller, el contenido abstracto de todas las formas de convivencia humana, en tanto que la sociedad civil no es otra cosa que la vida del ciudadano que no está sometida a ningún poder eclesiástico ni estatal.(135)

El contractualismo de Heller, como el de Smend, rebasa el ámbito de lo social para acceder

133. Cfr. Stein Ekkehart. Derecho Político. Madrid, Aguilar, 1973, pp. 5 y 6

134. Heller, Hermann. Teoría del Estado. Trad. Luis Tobío. México, Fondo de Cultura Económica, 1977. p. 117.

135. Idem, p. 125.

al de lo estatal; así mismo, la realidad viene a ser una pieza fundamental en su Teoría del Estado.

"Esa realidad existe sólo como un plebiscito de tous les jours. Ciertamente que en el seno del pueblo del Estado hay siempre una reducida minoría para la que el ser y el modo de ser del Estado desembocan constantemente en una decisión de deber ser, minoría que participa, pues, con actividad consciente, en la conservación y formación del Estado."(136)

Es evidente, pues, que en la Teoría del Estado de Heller, el contrato más que social es estatal, y es celebrado, más que por todos los hombres, por una reducida parte de ellos: "Para la minoría influyente, sin embargo, y con ella, la cuestión de la justificación jurídica se convierte en la cuestión de la existencia del Estado,... el problema de la conservación del Estado hay que plantearlo de nuevo, con carácter de necesidad psicológica, para cada generación."(137)

Así pues, en la tesis helleriana, el Estado es producto de un contrato refrendado cotidianamente mediante un plebiscito de todos los días, siendo una minoría la que determina el modo de ser del Estado, el cual habrá de ser revalidado por cada generación.

2.12 RESUMEN

En afán de condensar lo expuesto en el presente capítulo, es pertinente ubicar la idea del contrato social, desde la época de la sofística; así Calicles identifica la alianza de los débiles con el primitivo pacto social. Hipias habla de un pacto entre los hombres para organizar una sociedad que sustituya a la sociedad natural. Protágoras de Abdera, el sofista por antonomasia, detecta la necesidad humana de agruparse en comunidades con propósito de defenderse de las fieras y de elevar el nivel de vida del hombre; dotados entonces por Zeus, de pudor y de justicia, pudieron fundar poblaciones y pactar sociedades. En fin, otros sofistas como Glaucón y Trasímaco, tuvieron en mente la idea del contrato social.

Sócrates supone la existencia del pacto social, y Platón detecta un contrato de soberanía de carácter social, más que político.

136. Idem. p. 234.

137. Idem. p. 235.

Siglos después, en la época del renacimiento, Hugo Grocio, Juan Altusio y Francisco de Suárez se valen de la idea del contrato para dar origen y fundamento, en el desarrollo de sus teorías, al Estado, al poder y al Derecho.

Uno de los más notables contractualistas es Thomas Hobbes. para quien el hombre, antes de crear la sociedad política vive en el estado natural, o sea en el de la violencia, en el *bellum omnium contra omnes*, una guerra de todos contra todos, lo que le lleva a decir que el hombre es el lobo del hombre.

Según Hobbes, motivada por el egoísmo y el temor, se crea la sociedad política con el objeto de asegurar la protección y el orden social, por medio de un contrato, que no es sino la mutua transferencia de derechos que en determinadas ocasiones, como producto de un principio de conservación, conlleva el propósito de los contratantes de someterse a un poder y a leyes comunes para alcanzar la paz mediante la constitución de la sociedad política, transfiriendo sus derechos naturales a un poder común, lo cual significa elegir a un hombre o a una asamblea de hombres que represente a su persona, en forma tal como si cada uno dijera a los demás: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transfiriéreis a él vuestro derecho, y autorizáreis todos sus actos de la misma manera.

La anterior es, según Hobbes, la forma de generar el gran Leviathan al cual debemos nuestra paz y nuestra defensa, pues, por el terror que inspira, conforma la voluntad de todos en el interior del país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos en el extranjero.

Spinoza, Pufendorf y Hooker también atribuyeron al pacto social el origen del Estado. abonando el terreno de las ideas para que Locke y Rousseau llevaran al contractualismo a su apogeo.

Para John Locke, con anterioridad a la celebración del contrato social -que, según él, no es un hecho imaginario ni hipotético, sino real e histórico como lo demuestra tanto la fundación de Roma como la de Venecia-, el hombre vive en el estado de naturaleza en el cual tiene perfecta libertad para ordenar sus acciones dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de otro hombre. Pese a esa irrestricta libertad, se abandona tal estado de

naturaleza por ser muy inestable en él la posibilidad de disfrutar bienes, por carecer de una norma vigente, conocida, recibida y aceptada por consentimiento común, así mismo hay ausencia de jueces imparciales y reconocidos cuyas resoluciones se funden en normas predeterminadas.

En el esquema de Locke, la transición del estado de naturaleza al estado de sociedad es motivada por el deseo de los hombres de preservar sus vidas, libertades y haciendas, valores que engloba en su concepto de propiedad; tal transición sólo puede realizarse por consentimiento, pues siendo todos los hombres libres, iguales e independientes, ninguno puede ser sustraído y sometido al poder político sin su consentimiento; de tal suerte los hombres se unen en sociedad mediante común consentimiento para vivir cómoda, resguardada y pacíficamente, protegiéndose unos con otros contra quienes fueran ajenos al acuerdo.

De esta manera, en el esquema lockiano, la propiedad, en el amplio sentido que él le otorga, es la causa eficiente del contrato social y, en última instancia, del Estado.

El hombre ha nacido libre y, sin embargo, en todas partes vive encadenado; con esta idea en mente inicia **Jean-Jacques** Rousseau su célebre obra **El Contrato social**, en cuyo desarrollo el contractualismo socio-político alcanza sus niveles más elevados.

La esencia de dicho contrato, a juicio de Rousseau, radica en el hecho de que cada quien coloca su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, considerándose cada miembro como parte indivisible del todo; de esta manera el pacto da origen a una persona pública: la república, la cual en su aspecto pasivo se denomina Estado, llamándole soberano en su actitud activa, y poder cuando se le equipara con los de su mismo género.

Así pues, para Rousseau, la interrelación de los individuos mediante el contrato social configura la persona pública llamada soberano cuando se le aprecia en su actividad. El soberano no viene a ser otra cosa que el pueblo en su función de legislador, con lo cual equipara la soberanía al ejercicio de la voluntad general, distinguiendo ésta de la voluntad de todos, porque la primera atiende al interés común, en tanto que la segunda sólo ve por el interés privado.

Por su parte, Emmanuel Kant sostiene que la sociedad civil tiene su origen en la adhesión de todos y cada uno de nosotros a un contrato originario mediante el cual desde el estado de naturaleza accedemos al estado civil y legal, mediante una sociedad humana sobre la cual nadie, sino ella misma, dispone y manda.

Finalmente, en el presente siglo, Rudolf Smend y Hermann Heller postulan nuevas versiones del contractualismo; para el primero de ellos, conforme a su teoría de la integración, el contrato originario se mantiene en constante proceso de renovación y reelaboración para la subsistencia del Estado, procedimiento permanente representado en el diario querer ser. en la actitud cotidiana de la parte decisoria de su población que, mediante su conducta aprobatoria, refrenda día con día el pacto en que se sustenta el Estado.

Por último, para Hermann Heller el pacto social se detecta en la realidad estatal; esa realidad existe sólo como un plebiscito de todos los días. Ciertamente que en el seno del pueblo del Estado, afirma Heller, hay siempre una reducida minoría para la que el ser y el modo de ser del Estado desembocan constantemente en una decisión de deber ser. minoría que participa, pues, con actividad consciente, en la formación y conservación del Estado.

Así pues, en el esquema helleriano, el Estado viene a ser producto de un contrato refrendado día a día por medio de un plebiscito cotidiano, siendo una minoría la que determina el modo de ser del Estado; contrato que va revalidando cada generación.

Del análisis del contractualismo social de todos los tiempos, podemos concluir que en el trasfondo de toda tesis de pacto social subyace la idea de que los hombres suscriben o se adhieren a ese contrato para constituir o conservar una sociedad con miras a tener o mantener una mejor forma de vida; y mediante el sacrificio de algunas libertades tratan de garantizar con dicho pacto el disfrute de un cúmulo de derechos, los más importantes de ellos vienen a ser los llamados Derechos Humanos.

CAPITULO TERCERO

LOS DERECHOS DEL HOMBRE

La idea de los derechos humanos nos mueve a reflexionar acerca del hombre y del derecho. El hombre, diría Protágoras en sus discursos demoleedores, "... es la medida de todas las cosas; de lo que es, en cuanto es; de lo que no es, en cuanto no es." A diferencia de los demás elementos de su universo, el hombre no sólo se encuentra ahí, sino que está interrelacionado activamente con todo y también consigo mismo.

3.1 DERECHOS Y PERSONALIDAD HUMANA.

El hombre es el único ser viviente que puede ser sujeto del derecho, condición que le otorga superioridad sobre los demás seres de la creación. Como figura principal de cualquier ordenamiento jurídico, el ser humano tiene un cúmulo de derechos que se llaman subjetivos, unos adquiridos y otros consubstanciales a su propia naturaleza; los primeros pueden ser enajenables y renunciables, los segundos, en cambio, son inalienables e irrenunciables y se conocen como derechos humanos.

3.1.1 ASPECTOS FILOSOFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En razón de su corporeidad, el hombre está sujeto a las leyes espaciales y temporales de la materia y, dada su corporeidad humana, asimismo queda sometido a las leyes de la forma y del desarrollo y evolución de la materia orgánica.

Sin embargo, el hombre es también la representación de la libertad y se distingue de todos los demás seres del universo por el hecho de no estar vinculado totalmente a las leyes que gobiernan omnímodamente la naturaleza, y de no ser, por consiguiente, objeto de irrevocable determinación en su ser, sino que se ubica abierto ante el cosmos, con lo cual se enfrenta a la tarea ineludible de darse a sí mismo la conformación que corresponde a su ser y de forjarse por sí mismo sus posibilidades futuras, lo que representa la esencia de la libertad.

A tal grado es inalienable la libertad, que paradójicamente escapa a la decisión humana usarla o no, porque aun la misma renuncia de conformar su propio ser, significa ya una resolución sobre el sentido de la existencia y, por ende, una conformación del ser del hombre por él mismo.

Tal libertad entraña la espiritualidad humana, que al trascender, mediante el conocer, el querer y el obrar, da lugar a la personalidad, suma y compendio de los rasgos esenciales de la persona.

En la personalidad se halla implícita la referencia de la persona a la persona, por la cual el hombre ubica su esencia y realidad no como individuo particular, aislado o único, sino como integrante de la humanidad, en unión de sus semejantes, en un mundo común, no obstante lo cual como persona constituye su propio fin, jamás medio para otra cosa, lo cual significa que la persona como fin de sí misma viene a ser el respeto a la persona, o sea la dignidad de la persona.

Sin embargo, se insiste, la esencia del hombre no es algo inherente al individuo aislado, sino que se ubica en el conjunto de las relaciones sociales, porque el ser humano no sólo es una criatura, un ente biológico, sino que es el producto supremo de la creación, no obstante lo cual no nace con la conciencia, el lenguaje y las emociones humanas, ni siquiera con la capacidad para caminar erecto, a pesar de heredar de sus padres las premisas biológicas necesarias para ello.

El hombre se distingue del resto del reino animal gracias a un proceso de preparación y empleo de instrumentos para modificar el mundo exterior; así formó y desarrolló sus capacidades y propiedades humanas y configuró el mundo social peculiar en el que únicamente él puede existir.

El conjunto de relaciones sociales viene a ser el mundo social, y lejos de ser algo ajeno o externo al hombre, constituye su esencia al hacer de él un ser social, al que configura y determina la peculiaridad de su actividad, de su concepción del cosmos, de su percepción.

En razón de lo anterior, aun las funciones estrictamente fisiológicas del organismo humano sufren una metamorfosis con la sociedad, por la influencia de la cultura material y espiritual de la humanidad, razón por la cual cada hombre se ve obligado desde su nacimiento al aprendizaje de la cultura humana, del modo humano de actuar en la vida para llegar a ser hombre, entendido

como conjunción del alma y del cuerpo, definido como animal racional, porque, como lo considera Platón, es un animal "capaz de conciencia", o como señala Aristóteles, el hombre es el único animal que posee razón, porque:

"...lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto y de otras cualidades semejantes."(138)

La composición humana de alma y cuerpo ha sido señalada por diversos autores. Plotino, por ejemplo, afirma que: "El puesto del hombre está en el medio entre los dioses y las bestias y él se inclina unas veces hacia unos y otras hacia los otros; determinados hombres se parecen a los dioses, otros a las bestias y la mayoría se encuentra en un término medio.(139)

El parecido con Dios queda establecido en el Génesis (1, 26) "Dijose entonces Dios: hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza."

El estudio del hombre es doblemente filosófico, por ser el sujeto de la filosofía y, simultáneamente, el objeto de una de sus partes, por ello el estudio más propio de la naturaleza humana es el hombre mismo, por cuya razón, el hombre viene a ser simultáneamente sujeto y objeto de la filosofía.

En cuanto al derecho, en su aspecto objetivo es el ordenamiento coercitivo de la conducta externa humana; en tanto que el derecho subjetivo viene a ser la facultad de la persona, derivada del ordenamiento coercitivo. Acertadamente señala García Máynez: "... el derecho subjetivo es correlativo de un deber, general o especial, de una, de varias o de todas las personas."(140)

De esta suerte, el hombre, como persona, es el eje de todo ordenamiento jurídico y, como tal, es titular de un conjunto de derechos subjetivos; entre ellos figuran, como quedó dicho, los llamados derechos humanos, proclamados en las declaraciones de derechos y textos constitucionales que se han formulado desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta nuestros días,

138. Aristóteles. Política.- Trad. Antonio Gómez Robledo.- México, Editorial Porrúa, S.A. - 1981. 9a. ed. p. 161.

139. Tomado de Abbagnano, Nicola.- Diccionario de Filosofía.- México, Fondo de Cultura Económica. 1980. 2a. Ed. 1a. reim. p. 624.

140. García Máynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho. México, Editorial Porrúa, 34 Ed. p. 197.

"... si el Estado no puede hacer ciertas leyes. es porque el individuo tiene derechos subjetivos contra él, derechos inmutables en su esencia y que cuando las leyes los limitan, regulando el ejercicio de los derechos de cada uno para proteger los derechos de todos, permanecen fundamentalmente intangibles, conservando cada individuo sus derechos subjetivos contra el Estado mismo que los reconoce y proclama. Así, la libertad y la propiedad reconocidas y reglamentadas por la ley positiva. son y permanecen siendo derechos subjetivos del individuo, opuestos a todos, incluso al Estado mismo."(141)

Como queda dicho, el derecho objetivo, o sea la norma jurídica, regula coercitivamente la conducta externa humana; sin el derecho es impensable el Estado y la sociedad misma, aun cuando el Estado es, a su vez, indispensable para la vigencia del derecho; dicho de otra manera: Estado y derecho se necesitan indispensable y mutuamente.

Sin la coacción del Estado, el derecho pierde su coercitividad; sin el derecho. el Estado es incapaz de estructurar y regular el funcionamiento de sus órganos de gobierno. las relaciones de ellos entre sí, de ellos con los gobernados y de estos últimos entre sí, lo cual significa la anarquía y el caos.

Dada su coercitividad, la norma jurídica no puede abarcar toda la conducta externa humana. pues debe respetar un ámbito mínimo de irrestricta libertad del hombre considerado como persona. o sea, como ente con su propio fin cuyo cumplimiento pretende realizar por determinación propia. distinguiéndose así de las cosas y de todos los demás entes cuyo fin se ubica fuera de sí. por lo cual vienen a ser simples medios para fines ajenos, susceptibles de tasarse en un precio: en tal diferencia se localiza la dignidad humana.(142)

El referido ámbito mínimo de libertad se traduce en ciertas posibilidades de actuación; al respecto, Ignacio Burgoa explica:

"Dichas posibilidades o libertades específicas. como las llamaremos. que en su conjunto constituyen, repetimos. el medio general de la realización de la teleología humana. son. verbigracia. la libertad de trabajo. de comercio. de prensa. etc.. contenidas a título de

141. Duguit León.- Manual de Derecho Constitucional. Trad. José G. Acuña. Madrid. Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1926, 2a. Ed. p. 201.

142. Cfr. Recaséns Siches. Luis.- Filosofía del Derecho.- México. Editorial Porrúa. S.A. 1979 pp. 203 y 209

derechos públicos individuales en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los países civilizados y que, dentro de nuestra Constitución encontramos en los artículos 5, 7 y 28, bajo el nombre de garantías individuales."(143)

El telos o fin del hombre reclama la existencia del citado ámbito mínimo donde se desarrollan las libertades esenciales identificadas como públicas o como garantías individuales o derechos fundamentales del hombre, que el legislador debe reconocer y asegurar para propiciar el adecuado desarrollo de las actividades de los seres humanos.

3.1.2 ANTECEDENTES DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS.

El reconocimiento de tales libertades o derechos se registra en la Charta Libertatum o Charta Baronum, mejor conocida como Carta Magna que los barones ingleses obtuvieron el 15 de junio de 1215 del rey Juan sin tierra, quien la firmó en la pradera de Runnymede, cuando se vio obligado a reconocer y sancionar dichos derechos y libertades a perpetuidad, para todos los hombres libres de Inglaterra. Un artículo de ese documento viene a ser remoto antecedente de las declaraciones de derechos de nuestro tiempo, al establecer que:

"Ningún hombre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país."(144)

Muchos años antes, en la Península Ibérica, el Justicia Mayor de Aragón, al tomar el juramento a los antiguos reyes, aseveraba con arrogancia lo siguiente:

"Nos, que cada uno valemos tanto como vos, y que juntos valemos más que vos, os ofrecemos obediencia si mantenéis nuestros fueros y libertades, y si no, no."(145)

Siglos más tarde, en la segunda mitad del siglo XVIII se propaga el reconocimiento público

143. Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. - México. Editorial Porrúa. S.A 1986. 20a. Ed. p. 21.

144. Tomado de: Díaz Müller, Luis. - Manual de derechos humanos. - Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1991. p. 77.

145. Tomado de: Luque, Rodolfo N. - "Derechos individuales". Enciclopedia Jurídica Omeba. - Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. T VIII. p.348

de los derechos humanos en las declaraciones norteamericanas y francesas. En primer término aparece la Declaración de derechos de Virginia, cuyos representantes reunidos en Williamsburg, en "libre y completa convención" aprobaron el 12 de junio de 1776. "los derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento de gobierno" según reza el célebre documento redactado básicamente por George Mason que, a juicio de Jellinek, representa el origen de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.(146)

Después habrían de venir las declaraciones de Pensylvania -28 de septiembre de 1776-, de Maryland -11 de noviembre de 1776-, de Carolina del Norte -18 de diciembre de 1776-, de Vermont -8 de julio de 1777-, de Massachussets -2 de mayo de 1780-, y de New Hampshire -31 de octubre de 1783-.(147)

3.2 LA DECLARACION DE DERECHOS DE VIRGINIA. (1776)

Este documento, primero en su género, habría de influir en mayor o menor medida en los Instrumentos similares formulados a partir de entonces en diversos países del orbe; por ello, la Declaración de Derechos de Virginia, como expresa Luis Sánchez Agesta:

"... es un hito básico en la formación del concepto moderno del Derecho Constitucional. Pasados casi dos siglos tiene una frescura, una ingenuidad entusiasta e incluso una belleza en su enunciación escueta de los principios que los colonos norteamericanos creyeron que eran la base de un buen gobierno, que debe figurar como un texto histórico."(148)

Evidentemente el documento de Virginia recoge las ideas de diversos pensadores como Rousseau, Locke, Hooker, Hobbes, Grocio, Altusio, Pufendorf y Suárez. en fin, del iusnaturalismo universal, del constitucionalismo inglés y del naciente liberalismo europeo; así mismo se observa

146. "Las declaración del 28 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el contrato social. Sin duda las ideas de esta obra han ejercido cierto influjo sobre algunas fórmulas de esta declaración. Pero el pensamiento mismo de la declaración debe venir necesariamente de otra fuente... Y, sin embargo, estos principios habrían permanecido limitados a América, si Francia no los hubiera recogido y defendido". Jellinek, George. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. - Trad. Adolfo Posada. Madrid. Librería de Victoriano Suárez, 1908. pp 102 y 189

147. Cfr. Lucas Verdú, Pablo. "Derechos individuales". Nueva Enciclopedia Jurídica, publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas, Barcelona. Francisco Seix, Editor, 1974. T. VII. p. 40 (151).

148. Sánchez Agesta, Luis. Los documentos constitucionales y supranacionales. Madrid. Editora Nacional. 1972. p 8

una marcada influencia del puritanismo que siempre existió en las colonias inglesas de América del Norte, desde el arribo a las costas de Massachussets, del legendario navío Mayflower con los peregrinos ingleses en 1620.

A continuación, pasamos a comentar algunas de las cláusulas de dicha declaración, en la versión contenida en el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas.(149)

"I. Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos propios de los que, al entrar en sociedad, no pueden ser privados, ni despojada su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de perseguir y obtener la felicidad y seguridad."

Como puede apreciarse, las ideas contenidas en la cláusula primera de la Declaración de Virginia no eran nuevas; en el Ensayo sobre el Gobierno Civil, de Locke, se afirma que: "... siendo todos (los hombres) iguales e independientes, nadie deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones."(Supra 81)

Mucho antes Hooker, Grocio y otros iusnaturalistas habían hecho apuntamientos en tales sentidos. El mérito de Mason y demás autores de la Declaración de Virginia, consiste en llevar a la praxis política los enunciados de la filosofía y de la teoría políticas, aun cuando la realidad esclavista de las colonias que se independizaban desvirtuase rotundamente los enunciados de libertad e igualdad connaturales al hombre, contenidos en la primera cláusula de este histórico documento de donde fueron tomados para incorporarlos a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776, al afirmar que todos los hombres han sido creados iguales; que están dotados de determinados derechos inalienables, entre los cuales figuran la vida, la libertad y el conato de felicidad.

"II. Todo poder corresponde al pueblo, del cual, por tanto, se deriva. Los magistrados son los comisarios y servidores del pueblo, responsables ante él en todo tiempo."

149. Cabanellas, Guillermo.- Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba. 1968 6a. Ed. Tomo I pp. 585 y 586.

Esta idea de la soberanía popular fue manejada por diversos iusnaturalistas desde el siglo XVI, así, por ejemplo, a juicio de Altusio, la soberanía descansa invariable e inalienablemente en el pueblo. (Supra 2.3.1)

"III. Todo gobierno ha sido o debe haber sido instituido para el beneficio común. protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los sistemas y formas de gobierno, el mejor es el que es capaz de producir la mayor suma de felicidad y seguridad, y ofrece más eficaces garantías contra el peligro de la mala administración. Cuando se ve que un gobierno no llena o contraría estos fines, la mayoría de la comunidad tiene derecho indudable, inalienable a reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que juzgue más conducente al bien publico."

En la cláusula anterior advertimos un trasunto del pensamiento de Locke:

"Porque hallándose todo poder confiado en vista de un fin, por él limitado, siempre que el final objeto fuere manifiestamente descuidado o resistido, la confianza vendrá necesariamente a ser objeto de extinción legal, y el poder devuelto a las manos que lo dieran y que de nuevo podrán ponerlo en las que entendieren más aptas para su sosiego y seguridad."(150)

Como se puede apreciar con toda claridad, esta idea de Locke, de regresar el poder a su titular original que es el pueblo fue aprovechada en la cláusula tercera. antes transcrita, del documento de Virginia.

"IV. Ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a disfrutar emolumentos o privilegios exclusivos o independientes del resto de la comunidad, a no ser en consideración a servicios públicos, no siendo aquéllos transmisibles, ni hereditarios los cargos de magistrado, legislador o juez."

Obviamente la primera parte de esta cláusula IV recoge el principio de igualdad postulado por los filósofos europeos del siglo XVIII, como Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, al señalar la igualdad de los hombres en el estado de naturaleza, misma que les arrebató la sociedad y recobran gracias a las leyes; principio de igualdad que también adopta nuestro artículo 13 constitucional. al

150. Locke. John.- Op. cit. pp. 97 y 98.

disponer: "Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley."

Además, la referida cláusula IV es, así mismo, un repudio al privilegio y al depósito hereditario del poder, al prohibir prebendas y canonjías y al cancelar el carácter hereditario de la titularidad de los cargos públicos; repudio expresado en consonancia con las ideas republicanas, democráticas e igualitarias que animaron las revoluciones de Norteamérica y Francia a fines del siglo XVIII, las cuales explicó Thomas Paine, hace dos siglos, en estos términos:

"No fue contra Luis XVI, sino contra los despóticos principios del gobierno, contra lo que se sublevó la nación. Y estos principios no tenían su origen en él, sino, muchos siglos antes, en su institución original... La natural moderación de Luis XVI no contribuyó en absoluto a alterar el despotismo hereditario de la monarquía. Todas las tiranías de los primeros reinados se ocultaban bajo ese despotismo hereditario, y siempre era de temer que resucitasen en manos de uno de sus sucesores."(151)

A partir de la Declaración de Virginia, el principio de igualdad ha sido una constante en las declaraciones de derechos y en las constituciones de los países que se precian de ser democráticos.

"V. Los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben estar separados y ser distintos; y para que los miembros de ellos se abstengan de oprimir, sintiendo y compartiendo las cargas del pueblo, serán reducidos en periodos fijos a la condición de particulares y volverán al cuerpo de donde originariamente salieron, siendo cubiertas las vacantes en elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las que todos los miembros que han cesado o algunos de ellos, serán reelegidos o no, según las leyes dispongan."

Un análisis somero de esta cláusula V pone de manifiesto la influencia de Locke, Montesquieu y Rousseau en su redacción y alcance institucional.

"Ningún edicto u ordenanza -dice Locke-, sea de quien sea, esté redactado en la forma que lo esté y cualquiera que sea el poder que lo respalde, tienen la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo."(152)

151. Paine, Thomas.- Los derechos del hombre, Barcelona, Ediciones Orbis, S.A. 1985. p. 35.

152. Locke, John.- Ensayo sobre el gobierno civil. Trad. Armando Lázaro Ros. México. Aguilar. 1983. p. 100.

Nótese en el párrafo anterior la presencia de los dos principios básicos de la separación de poderes y de la elección popular que inspiran dicha cláusula.

Por su parte Montesquieu sostiene:

"Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo ejerciera esos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar."(153)

Asimismo, se aprecia una influencia innegable de Rousseau en el texto de la citada cláusula V, porque las ideas de soberanía popular y de voluntad general, del ginebrino, se convierten en ella en un esquema de elección popular.

"VI. Las elecciones deben ser libres y todos los hombres que acrediten suficientemente tener interés y lazos comunes permanentes con la comunidad, gozarán del derecho de sufragio y no se les podrá exigir contribución, ni se les privará de su propiedad para usos públicos sin su consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni serán obligados, invocando el bien público, por ninguna ley que no hayan asentido en la forma expresada."

En esta cláusula VI se ubica una de las ideas de mayor originalidad de la Declaración de Derechos de Virginia, como es la relativa a la representatividad política moderna, base fundamental de la democracia indirecta, fincada a su vez en el sufragio que aspira a ser universal y pretende sustituir la representación política por clases, configurada en los comicios romanos, o la conformada corporativamente en el sistema feudal, o la de los estamentos de la Francia pre-revolucionaria, por otra en la que prevalezca la voluntad general, o sea, se sustituye en el ámbito político la representación estamental y corporativa, por la representación popular.

Otro aspecto muy importante de la cláusula VI, de esta primera declaración de derechos, es el relativo a su preocupación por asegurar la pulcritud del sufragio mediante elecciones libres, como base de una democracia indirecta y representativa, y como sustento fundamental del derecho electoral. Sin embargo, debe reiterarse la crítica al régimen esclavista en que se da esta declaración

153. Montesquieu, Charles de Secondant, Barón de la Brede y de.- El espíritu de las leyes. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid. Editorial Tecnos, S.A. pp. 107 y 108.

de derechos que obviamente eliminaba del proceso electoral a los esclavos al negarles no sólo el sufragio, sino hasta la libertad más elemental; de ahí la frase contenida en esta cláusula VI:

"... todos los hombres que acrediten suficientemente tener interés y lazos comunes permanentes con la comunidad, gozarán del derecho de sufragio..."

Para los autores de la Declaración de Virginia, los negros tenían la calidad de objeto y se tasaban en un precio, por tanto, jamás podrían acreditar tener interés y lazos comunes permanentes con la comunidad.

"VII. Todo poder de suspender las leyes o su ejecución, conferido a alguna autoridad sin consentimiento de los representantes del pueblo, lesiona los derechos de éste y no debe ser ejercido."

Como se desprende de esta cláusula, la suspensión de las leyes y, por ende, de los derechos fundamentales del hombre o de las garantías individuales, como también se les suele llamar, sólo puede darse válidamente mediante el previo consentimiento de los representantes del pueblo. Acorde con esta idea, el artículo 29 de nuestra Constitución en vigor, como lo hiciera el mismo artículo de la de 1857, establece los supuestos y requisitos indispensables para la suspensión de garantías, al prevenir:

"En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, sóloamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo."

Es evidente que la suspensión de las garantías individuales a que se refiere el numeral 29 constitucional, conocida en otros países como estado de sitio o régimen de excepción, encuentra un antecedente en la cláusula VII de la Declaración de Virginia y sólo puede efectuarse, como lo pensaron los autores del trascendental documento, mediante el previo consentimiento de los

representantes del pueblo; como lo dispone, en el caso de México, el precepto constitucional antes transcrito, con aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente.

"VIII. En todo procedimiento criminal, el acusado tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a aducir pruebas en su favor y a ser juzgado prontamente por un jurado imparcial de doce vecinos suyos, sin cuyo voto unánime no puede declararse culpable. Nadie será compelido a declarar contra sí mismo, ni se privará a nadie de su libertad sino con arreglo a las leyes del país o al fallo de sus pares."

Las garantías que en favor del acusado establece esta cláusula, en lo relativo a los juicios criminales, también fueron adoptadas, en lo esencial, por las constituciones mexicanas de 1857 y 1917, ambas en su respectivo artículo 20, con el evidente propósito de atender no sólo el interés de la sociedad, sino también con el de otorgar al acusado un mínimo de protección y seguridad jurídicas que le permitan organizar y realizar su defensa legal adecuadamente. Sin duda esta cláusula VIII de la Declaración de Virginia es de una trascendencia extraordinaria por contener las ideas básicas del derecho procesal penal de la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.

"IX. No deben exigirse fianzas excesivas, ni imponerse multas demasiado grandes, ni infringirse castigos crueles o extraordinarios."

Como muchos otros de los señalamientos de la Declaración de Derechos de Virginia, los contenidos en la cláusula IX han sido adoptados en la legislación de una gran cantidad de países: en México, los artículos constitucionales 20, 21 y 22 vigentes, limitan el monto de las fianzas, fracción I y el de las multas párrafo final prohibiendo, asimismo, los castigos crueles o extraordinarios.

"X. Son opresivos y tiránicos y no deben dictarse autos en que se ordene a un agente de policía a registrar lugares sospechosos sin haber pruebas de que se haya cometido un acto punible, o apoderarse de alguna o algunas personas que no se nombre o cuyo delito no se describa particularmente, y se demuestre con pruebas."

Como se puede observar a primera vista, el artículo 16 constitucional vigente, recoge los postulados de la cláusula X del documento de Virginia.

"XII. La libertad de imprenta es uno de los grandes baluartes de la libertad. y no debe ser restringida por gobiernos despóticos.

Obviamente esa restricción no deberían imponerla los gobiernos despóticos y mucho menos los que no lo son, so pena de convertirse en tales, porque la de imprenta es una de las libertades más preciadas del hombre y figura, por tanto, en las declaraciones y cartas constitucionales de corte liberal; en México desde 1811 en los Elementos Constitucionales circulados por don Ignacio López Rayón, cuyo punto 29 expresa:

"Habrá una absoluta libertad de imprenta en puntos puramente científicos y políticos, con tal que estos últimos observen las miras de ilustrar y no zaherir las legislaciones establecidas."(154)

Desde luego la libertad de imprenta a que se refería el señor Rayón, quedaba bastante limitada al circunscribirse a los asuntos puramente científicos y políticos.

El anterior análisis nos permite afirmar que la Declaración de Derechos de Virginia es el proemio obligado de todo estudio sobre derechos humanos y su influencia es innegable en los posteriores pronunciamientos acerca de este tema, formulados en diferentes latitudes.

3.3 DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. (1789)

El día 5 de octubre de 1789, Luis XVI firma la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, previamente aprobada por la Asamblea Nacional en ese mismo año. Este documento, como afirma Sánchez Agesta:

"... es el símbolo del nuevo régimen que iba a instaurarse como consecuencia de la revolución francesa. La libertad, la igualdad y la idea democrática de participación iban a aparecer en la magia de la ley, que era expresión de la voluntad general, norma de la libertad y regla de la igualdad. La división de poderes como instrumento de limitación del poder se identifica con la constitución. Durante cerca de dos siglos han servido estos criterios de modelo del orden europeo continental."(155)

154. Tomado de: Tena Ramírez, Felipe. - Leyes Fundamentales de México, 3a. Ed. México. Editorial Porrúa, S. A. 1991. p. 27.

155. Sánchez agesta, Luis. - Los documentos constitucionales y supranacionales. Op. cit. p. 9.

La declaración francesa de 1789 coincide parcialmente con la de Virginia de 1776 en la mención de los derechos individuales y resume las ideas del liberalismo individualista acerca del Estado, cuyo papel lo reduce a garantizar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, quien pacta su creación motivado precisamente por el disfrute y protección de esos derechos, según lo establece dicho documento, del que también utilizo la traducción contenida en el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, al afirmar:

"Art. 2o. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión."

Las ideas de Rousseau, Montesquieu y Locke, y en menor medida de Hooker, Voltaire y Diderot, entre otros, subyacen en el texto de la declaración de 1789, redactado a la luz del iusnaturalismo, del individualismo, del racionalismo y del constitucionalismo de la época.

Conforme a la libertad, los derechos humanos no tienen barreras en sí mismos, según esta declaración, que enuncia:

"Art. 4o. "La libertad consiste en la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada uno no tiene más límites que los que afloran a los demás miembros de la sociedad el goce de iguales derechos, solamente las leyes pueden determinar estos límites."

De acuerdo a este artículo 4º, la limitación de los derechos es externa y resulta de la asociación de los hombres; en este sentido, los límites son fijados por la voluntad general, o sea la ley.

El artículo 5º de la declaración francesa, abunda en cuestiones relativas a la libertad: en tanto que su artículo 10 se refiere a la libertad de expresión y a la libertad religiosa, mientras que la libertad de imprenta está contenida en su artículo 11.

El principio de isonomía o igualdad ante la ley queda establecido en la declaración de 1789, al disponer en su artículo 6. que la ley "debe ser la misma para todos". Con esto se trataba de cancelar todo privilegio estamental, incluida la diferente penalidad que por la comisión de un mismo

delito se aplicaba en el antiguo régimen, según al estamento al que perteneciese el delincuente. Asimismo se rompía el monopolio de las dignidades y funciones públicas establecido en favor de unos pocos, al ordenar la parte final del citado artículo 6:

"Todos los ciudadanos como iguales ante la ley, son del mismo modo admisibles a los cargos, dignidades y empleos públicos, según su capacidad y sin mas distinción que la de la virtud o el mérito."

El principio de seguridad jurídica quedó consagrado en la declaración francesa de 1789, en sus modalidades de legalidad, exacta aplicación de la ley e irretroactividad, por medio de varios de sus artículos, como se comenta a continuación.

Al disponer que "... ningún individuo puede ser acusado, preso o detenido sino en los casos y en la forma que determinen las leyes", el artículo 7 del documento en análisis, adopta el principio de la exacta aplicación de la ley.

El principio de legalidad, pieza fundamental e insustituible del derecho penal, condensado en el principio general jurídico "Nullum crimen, nulla poena, sine lege" queda incorporado, junto con el principio de irretroactividad, en el artículo 8º de esta declaración francesa, al disponer:

"... nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada."

A este respecto, Carlos R. Terrazas, expresa:

"Por lo que hace al principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege), consagrado en el artículo 14 constitucional, podría sin más afirmarse que, por la sola existencia de un catálogo de delitos, tanto en el Código Penal (parte especial) como en las llamadas leyes penales especiales, el principio de legalidad ha encontrado total observancia en la legislación penal sustantiva."(156)

Concluye la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con la consagración de la propiedad formulada en el artículo 17 de dicho documento:

156. Terrazas, Carlos R. Los derechos humanos y las sanciones penales en el Derecho Mexicano, México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1989 p. 53

"Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, no puede privarse de él a nadie, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, justificada por los medios legales, y previa una indemnización equitativa."

Véase cómo el espíritu de este artículo 17 es opuesto a la crítica de Rousseau a la propiedad, formulada en el Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres, cuya parte medular es la siguiente:

"El primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: esto me pertenece, y halló gentes bastante sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Qué de crímenes, de guerras, de asesinatos, de miserias y de horrores no hubiese ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o llenando la zanja, hubiese gritado a sus semejantes: guardáos de escuchar a este impostor: estáis perdidos si olvidáis que los frutos pertenecen a todos y que la tierra no es de nadie!"(157)

Esta contradicción evidente apoya en parte la teoría de Jellinek (Supra 146). en cuanto que la Declaración de 1789 se opone en ocasiones al pensamiento roussoniano: sin embargo, es indiscutible la gran influencia del filósofo ginebrino en otras muchas ideas y expresiones de los autores de este célebre documento.

La hipótesis de Jellinek de atribuir a la Declaración de Derechos de Virginia el origen de su homóloga francesa dio lugar en su tiempo a una acalorada polémica con el escritor francés Emilio Boutmy, para quien la declaración francesa no es una copia de la de Virginia. sino el resultado del manejo, por parte de los autores de ambos documentos, de las ideas de Rousseau y demás filósofos de la Francia pre-revolucionaria, caracterizados por su cultura y amor a la libertad y a la igualdad. A este respecto, Carlos Sanchez Viamonte afirma con toda imparcialidad:

"Hoy ya es imposible negar la importancia del influjo ejercido por la emancipación norteamericana sobre la Francia revolucionaria en el aspecto estrictamente institucional. Los Estados Unidos tienen el mérito indiscutible de haber creado las instituciones nuevas, incorporándolas a su derecho positivo y dándoles la vivencia de una aplicación inmediata, no obstante corresponder a los franceses la fundamentación filosófica y doctrinaria de los principios en que se apoyaban aquellas instituciones..."

157. Rousseau, Juan Jacobo - Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres - México: Editorial Porrua, S.A. 1979. p. 129

"Los Estados Unidos consagraron el constitucionalismo y los derechos del hombre y del ciudadano en su derecho positivo, pero se abstuvieron de darles un fundamento filosófico o simplemente racional. Los tenían como verdades indiscutibles, sin que ninguna duda acerca de ellas obligase al razonamiento y a la discusión. Francia tuvo a su cargo esa tarea, que había comenzado antes de la emancipación norteamericana, y que después de ella adquirió el carácter de una firme construcción doctrinaria."(158)

3.4. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. (1948)

Las declaraciones de derechos de Estados Unidos y Francia, formuladas en el último cuarto del siglo XVIII, influyen en mayor o menor medida en los textos constitucionales generados a partir del siglo XIX en otros países, con lo cual los derechos humanos empiezan a adquirir protección constitucional en diversas latitudes, aun cuando sea en medida muy modesta, como en los casos de los documentos constitucionales de Bayona y Cadiz. No obstante este avance en la protección de los derechos humanos, no se produce en su defensa, durante el pasado siglo, ningún documento importante en el plano internacional.

En cambio, en el siglo XX, con dos conflictos bélicos mundiales registrados en apenas tres décadas de su primera mitad, y con los aterradores y masivos atentados perpetrados contra los más elementales derechos de millones de personas, la comunidad internacional integrada en la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, cobró conciencia de la necesidad urgente, insoslayable e inaplazable de adoptar un ordenamiento internacional para el reconocimiento, protección y defensa de los derechos fundamentales del hombre.

Previamente en este mismo siglo, se habían celebrado algunas convenciones internacionales que constituyen importantes antecedentes históricos en la lucha por la protección mundial de los derechos humanos, como la Convención sobre la esclavitud (Ginebra 25-IX-26), la Convención sobre asilo (La Habana 20-II-28), el Convenio sobre el trabajo forzoso (Ginebra 28-VI-30), la Convención sobre asilo político (Montevideo 20-XII-33) y, muy especialmente, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Bogotá 02-V-48), así como el Convenio sobre la

158. Sánchez Viamonte, Carlos.- Los derechos del hombre en la Revolución Francesa. México Ediciones de la Facultad de Derecho. UNAM. 1956 pp. 13 y 19.

libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (San Francisco 09-VII-48), la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Paris 09-XII-48).

En su resolución 217 A (III) adoptada el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en el Palacio de Chaillot de París, proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo contenido está inserto en el iusnaturalismo, al considerar derechos humanos aquéllos que le son propios al hombre por el sólo hecho de serlo, razón por la cual no pueden adquirirse, ni alterarse, ni transferirse, ni renunciarse, ni perderse, pues son connaturales a todos los hombres.

Por tanto, el derecho positivo no crea los derechos humanos, sino se limita a reconocerlos, garantizarlos y protegerlos, según reza la parte final del preámbulo:

"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 educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción."(159)

En nuestra opinión, los derechos consignados en la Declaración Universal pueden clasificarse en dos grupos: los derechos humanos *stricto sensu* y los *lato sensu*.

3.4.1 DERECHOS HUMANOS STRICTO SENSU.

En sentido estricto los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de 1948 son, a juicio nuestro, aquéllos propios a la naturaleza del hombre, quien, por tanto, los tiene en todo momento y lugar por la sólo causa de su condición humana, trátase o no de ciudadanos, de nacionales o de extranjeros, de adultos o de niños, de capaces o de mentalmente incapaces. En este estricto sentido los derechos humanos de la Declaración Universal, son los siguientes:

159. Las citas de este documento se toman del texto publicado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Documentos y Testimonios de Cinco Siglos. Compilación. México. 1991. pp. 67 a 70.

3.4.1.1. DERECHO A LA VIDA

"Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a la vida..."

En el derecho a la vida se apoyan todos los demás derechos humanos que, sin él, carecerían de base y fundamento; no tendría sentido reconocer los demás derechos de la Declaración Universal de 1948 si no se admitiese el derecho a la existencia, correlativo a un deber natural del Estado y de todas las personas, que les obliga a respetar la vida de todo ser humano, independientemente de su voluntad, habida cuenta de su carácter irrenunciable, por lo que nadie puede quitar la vida a otro, ni siquiera a petición del propio afectado.

En rigor este artículo 3o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos reclama la abolición de la pena de muerte para que el derecho a la vida cobre plena vigencia. La abolición de la pena capital debiera ser universal para que los Estados miembros de la ONU fuesen fieles observantes del deber que les impone éste que es el soporte de todos los demás derechos humanos. Resulta paradójico que el derecho positivo de la mayoría de los países del mundo prohíba imponer como pena el cortar la falange de un dedo o el lóbulo de una oreja y no proscriba cortar la cabeza o la vida de un ser humano.

En la última década de este agonizante siglo XX, la reiterada aplicación de la pena de muerte, tanto en Cuba como en Estados Unidos, en Irak y en otros países, ha vuelto a desatar una ola de protestas por la violación de éste que debe considerarse el derecho humano por antonomasia, mediante una pena que, además, en repetidas ocasiones se aplica con base en un error judicial, por el cual lo mismo se condena a un inocente, que se desestiman los atenuantes, o indebidamente se dan por acreditados agravantes, con base en lo cual se impone la llamada pena capital, configurando un dramático error irreparable.

En México, el párrafo último del artículo 22 constitucional prohíbe la pena de muerte por delitos políticos y, en relación a los demás, únicamente la permite para el traidor a la patria en guerra extranjera; para el parricida; para el homicida con premeditación, alevosía y ventaja; para el plagiarlo, el salteador de caminos, el pirata y para los reos de graves delitos del orden militar.

3.4.1.2. DERECHO A LA IGUALDAD.

"Artículo 1o. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..."

Este primer artículo de la Declaración de 1948 constituye un repudio categórico a la discriminación, al señalar la igualdad original, en dignidad y derechos. de los seres humanos.

"Artículo 2o. 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."

Ahondando en el principio de igualdad, el artículo 2o. explicita que todo ser humano, sin discriminación de ninguna especie, es titular de los derechos subjetivos y libertades proclamados en el propio documento, lo cual no es rigurosamente exacto, porque para tener algunos de tales derechos -que nos permitimos denominar *lato sensu*- se requiere un mínimo de edad, o capacidad mental, o determinada nacionalidad o cierta calidad migratoria.

"Artículo 7o. 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."

En este artículo 7o. se proclama el principio isonómico de que, ante la ley, todos son iguales y, de acuerdo a tal igualdad jurídica, la ley habrá de proteger a todos por igual. no sólo contra toda discriminación, sino aun contra toda provocación a ella.

3.4.1.3. DERECHO A LA LIBERTAD.

"Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho... a la libertad".

La libertad, entendida como la facultad de actuar de acuerdo al libre albedrío de cada quien. sin más límites que las libertades de los demás, o sea el ejercicio de la autodeterminación y arbitrio. sin lastimar el orden social ni vulnerar las libertades y los derechos de los demás. es uno de los

bienes del hombre, más merecedores de ser protegidos por el derecho. A juicio de Mariano Ruiz Funes:

"La libertad es el bien jurídico de mayor categoría de cuantos merecen la protección de la norma de derecho. Violarla en el individuo o quebrantarla en la sociedad constituye la más grave de las transgresiones, el mayor de los peligros, el más trascendental de los daños, un serio motivo para la alarma pública."(160)

La Declaración Universal dedica varios de sus artículos a la libertad, en sus diferentes modalidades.

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

El vocablo castellano esclavo proviene del bajo latín *sclavus* que, a su vez procede del germano antiguo *sluef*, *slave*, cuyo significado es esclavo, pueblo oriental. Cuando gran parte del pueblo eslavo quedó en condición de siervo tras de ser derrotado en las guerras organizadas en su contra por Otón el Grande y sus sucesores, por un giro del idioma, la voz *slave* se empleó para designar al hombre sometido.

Actualmente, puede entenderse como esclavitud la condición jurídico-económica por la cual un ser humano llamado esclavo, queda sometido a otro denominado dueño, en calidad de objeto.

Don Miguel Hidalgo, mediante su célebre bando expedido en Guadalajara el 6 de diciembre de 1810, fue el primero en abolir la esclavitud en América, al ordenar:

"Que todos los dueños de esclavos deberán darles libertad dentro del término de diez días so pena de muerte, que se les aplicará por transgresión de este artículo."(161)

Muchos años después, Inglaterra, Francia y Estados Unidos abolieron la esclavitud, lo que propició la extinción formal, que no real, de esta vergonzosa institución, en muchos otros países

160. Ruiz Funes, Mariano.- *Delito y Libertad*. Madrid. Editorial Morata. 1930. p. 21.

161. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Op. cit. p. 29.

durante la parte final del siglo XIX. Por fin se proscribió internacionalmente, mediante la firma en Ginebra (septiembre 25 de 1926) de la Convención sobre la Esclavitud, cuyo artículo primero la define de la siguiente manera:

"La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos."(162)

Y su artículo 4 dispone:

"Las altas partes contratantes se prestarán mutua asistencia para llegar a la supresión de la esclavitud y de la trata de esclavos."

En afán de erradicar las diversas formas de esclavitud, como el trabajo forzoso, la trata de blancas y el tráfico de niños, por ejemplo, la comunidad internacional ha celebrado otros convenios, como el relativo al trabajo forzoso, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, y la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.

Pese a todo, los medios internacionales de comunicación masiva de nuestros días, frecuentemente dan cuenta de casos de explotación del hombre por el hombre, que rayan en los linderos de la esclavitud.

"Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia."

La libertad de pensamiento, al igual que la de conciencia y la de religión, implica la inmunidad frente a la coacción civil. Pensamiento, en el caso concreto de esta libertad, viene a ser la idea o interpretación del cosmos y de la vida.

162. Las citas de este documento se toman del texto publicado en el libro titulado. Textos Internacionales de Derechos Humanos, compilado por Javier Hervá y José M. Zumaquero., Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1978. p. 58.

La libertad de conciencia nos da la facultad de realizar un juicio de carácter moral, acerca de nuestras acciones, y al igual que la libertad de pensamiento y la de religión, tiene los límites señalados en el artículo 29 de la propia Declaración Universal, que en su apartado 2 apunta:

"En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática."

La libertad religiosa se refiere a la práctica de la religión a cuyo respecto la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundada en la Religión o las Convicciones, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981, tras de más de dos décadas de análisis y debate, establece en su artículo 6:

"De conformidad con el artículo 1 de la presente declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

- a. La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b. La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c. La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos o materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción.
- d. La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e. La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f. La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo;

- g. La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h. La de observar días de descanso y celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción.
- i. La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional."(163)

La historia de la humanidad registra numerosos conflictos bélicos originados por cuestiones religiosas; millones de personas han sufrido persecución, cautiverio, destierro, tortura y muerte por sus convicciones religiosas. Todos esos mártires han padecido la violación de su derecho a la libertad religiosa que, al igual que los derechos a la libertad de pensamiento y a la libertad de conciencia, el hombre tiene por el sólo hecho de serlo, razón por la cual los encuadramos en nuestra clasificación de derechos humanos *stricto sensu*.

"Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

La libertad de opinión no admite restricciones por ser absoluta. no así la libertad de expresión cuyo ejercicio se condiciona a diversos requisitos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 y en otros documentos internacionales análogos. Así, en el artículo 19 de dicho pacto, se señala que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión:

"... entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

163. Tomado de: O'Donnell, Daniel.- Protección internacional de los derechos humanos. Lima. Comisión Andina de Juristas. 1968. p. 236.

b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."(164)

Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, del 22-XI-69-, rechaza, en su artículo 13, la censura previa para el ejercicio de la libertad de expresión, pero lo sujeta a responsabilidades ulteriores que la ley habrá de señalar para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; prohíbe la restricción de esta libertad por vías o medios indirectos, como puede ser el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, por ejemplo.

El mencionado artículo admite la censura previa para los espectáculos públicos con el fin de regular el acceso a ellos, de los niños y adolescentes. Dicho artículo señala, también, que habrá de prohibir la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso.(165)

"Artículo 20. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación."

Del espíritu social del hombre se desprenden los derechos de reunión y de asociación. La concentración de varias personas en un lugar determinado con un propósito específico constituye una reunión; la unión de varias personas en un ente, con personalidad jurídica propia, distinta a cada uno de ellas y con propósitos permanentes, integra una asociación.(166)

La libertad de reunión y de asociación se condiciona al carácter pacífico de ambas, teniendo en la práctica la limitante de reservar a los ciudadanos las reuniones y asociaciones de carácter político, por cuya razón, en ese caso específico, viene a ubicarse este derecho dentro de nuestra clasificación de derechos humanos *lato sensu*, por requerirse la calidad ciudadana para participar en reuniones y asociaciones políticas. Así, por ejemplo, nuestro artículo noveno constitucional establece:

164. Tomado de O'Donnell, Daniel. Op. cit. p. 631.

165. Cfr. O'Donnell, Daniel, Op. cit. p. 651.

166. Cfr. Herrera Ortiz, Margarita.- Manual de Derechos Humanos. México, D.F. Editorial Pac. S.A. de C.V. p. 135.

"No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar. No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencia o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee."

3.4.1.4 DERECHO A LA SEGURIDAD.

La Declaración Universal contempla el derecho a la seguridad. Conviene, por tanto, precisar qué entendemos por seguridad. Para Margarita Herrera Ortiz:

"... es un estado jurídico que protege de la manera más perfecta y eficaz, los bienes de la vida, realizando tal protección de modo imparcial y justo. Cuenta para ello con las instituciones necesarias y con la confianza de quienes buscan el derecho de que éste sea justamente aplicado." (167)

En nuestra opinión, el derecho a la seguridad a que se refieren diversos artículos de la Declaración Universal de 1948, requiere en cada país de un orden jurídico que asegure a todo ser humano el disfrute de los bienes, derechos y libertades inherentes a su persona, sin más límites que los necesarios para que sus semejantes puedan hacer lo propio, y en el indebido caso de una injusta interrupción o suspensión de tal disfrute, existan los mecanismos y dispositivos necesarios para que, hasta donde sea posible, se le reinstale en ese goce y, en su caso, se le resarza por los daños y perjuicios sufridos.

Del grado de perfección del orden jurídico, y de su cabal aplicación, dependerá la mayor o menor efectividad de este derecho a la seguridad, del que se ocupan los siguientes artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a... la seguridad de su persona."

Aquí conviene traer a colación el tercer considerando de la propia Declaración Universal, conforme al cual es "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho", es decir, que los derechos subjetivos del hombre, incuestionable e indispensablemente deben ser protegidos por el derecho objetivo y garantizados por el Estado para que éste lo sea de derecho, a fin de que el hombre no se sienta en la necesidad extrema de emplear el recurso de la rebelión contra la opresión. Se aspira, pues, a un régimen de derecho, porque, como afirma Luis Recasens Siches:

"... mediante el Derecho, tratan los hombres de conseguir una situación de certeza y de seguridad, es decir de orden y de paz en sus relaciones sociales; una situación que descarte el capricho del individuo y la irrupción fortuita de la fuerza."(168)

La idea de seguridad se ubica entre las mayores aspiraciones del hombre, porque pretende evitar los atentados contra sus libertades, bienes y derechos, provenientes tanto de los depositarios del poder, como de otros particulares, es decir de gobernantes y gobernados; porque, como apunta José T. Delos:

"... la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación."(169)

Diversos aspectos importantes tiene la seguridad del hombre, los cuales reconoce la Declaración Universal como derechos humanos.

"Artículo 5o. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."

Seguramente el primer antecedente importante de este artículo, lo constituye el Tratado de los Delitos y de las Penas, la obra maestra de Cesare Bonesano, marqués de Beccaria, publicada por primera ocasión en 1764 en Milán, y posteriormente traducida a todos los idiomas del mundo civilizado, al convertirse en un libro indispensable en toda biblioteca de filosofía o de derecho.

168. Del Vecchio, Giorgio.- Filosofía del Derecho.- Recaséns Siches, Luis.- Estudios de Filosofía del Derecho. 3a. Ed. México.- UTHEA, 1946 T. I. p. 31.

169. De los José T.- Bien Común, seguridad, justicia. En: Le Fur, Delos. Radbruch, Carlyele - Los fines del derecho, 4a. Ed. 1a. Reimp. México. UNAM., 1975. P. 47.

En su capítulo XII que se ocupa del tormento. el autor denuncia una crueldad que para el siglo XVIII se había convertido en una costumbre de la mayoría de las naciones, consistente en la tortura del acusado, a quien, dice Beccaria, no se le debe llamar reo antes de ser sentenciado por el juez.

El ilustre italiano demuestra en su libro que sólo el derecho de la fuerza permite al juez imponer pena a un ciudadano antes de saber si es reo o es inocente; que el tormento es inútil, porque inútil es la confesión del acusado, así arrancada; que es absurdo pretender que el dolor acrisole la verdad, como si ésta radicase en los músculos y fibras del acusado.

Beccaria evidencia que el tormento es un procedimiento erróneo, porque propicia que se absuelva a los malvados robustos y se condene a los raquíticos inocentes. Analiza los motivos que daban lugar a la tortura, tales como infundir el terror en los demás hombres para que no incurran en delito, purgar la infamia del delincuente, aclarar las contradicciones en que incurre el acusado, descubrir si el sospechoso es autor de otros delitos, o descubrir a sus cómplices. La improcedencia de estos motivos del tormento es ampliamente acreditada por Beccaria, en el mencionado capítulo XII de su referida obra. (170)

Por desgracia, como fundadamente refiere Jorge Carpizo:

"Esta aborrecible práctica subsiste -a 200 años del espléndido alegato de Beccaria en su contra- y se utiliza en regímenes dictatoriales, pero también allí donde la sociedad civil ha conquistado importantes espacios democráticos. Se recurre a ella en sistemas políticos de muy diverso signo ideológico... El nuestro, por desgracia, no está fuera de esa lista."(171)

Nuestra Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de mayo de 1986, en su artículo segundo establece castigo para la comisión del delito de tortura. consistente en prisión de dos a diez años, multa por el importe de doscientos

170. Beccaria, Césare Bonesano marqués de.- Tratado de los Delitos y de las penas México. D.F. Comisión Nacional de Derechos Humanos, pp. 55 a 60.

171. Carpizo, Jorge.- Palabras pronunciadas el 15 de octubre de 1990, en la inauguración de la Jornada Nacional Contra la Tortura.- Memoria. Coord. Lic. Magdalena Aguilar Alvarez y Cuevas.- México. D.F. 1991. p. 13

a quinientos días de salario mínimo, privación de su cargo e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión (de carácter público). hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena de prisión impuesta.

Continuando nuestro análisis de la Declaración Universal de Derechos Humanos, transcribimos sus siguientes artículos:

"Artículo 8o. 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 9o. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado.

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

Es obvio que estos artículos pretenden el reconocimiento del derecho a la seguridad jurídica del ser humano, que debe garantizar todo Estado por medio de su derecho positivo y la consiguiente protección de los derechos subjetivos individuales. a través de los tribunales nacionales que habrán de escuchar a toda persona, en condiciones de igualdad absoluta, y resolver con independencia e imparcialidad, tras de juicio público -en caso de persona acusada de delito-, en el que se le respeten todas sus garantías, como la de audiencia. requeridas para su defensa, conforme a los principios de igualdad, de legalidad -nullum crimen, nulla poena sine lege-, de irretroactividad, y de exacta aplicación de la ley.

3.4.1.5 DERECHO A UNA NACIONALIDAD.

"Artículo 15.1.- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad."

Evidentemente el texto de este artículo es deficiente porque no señala ante quién se podrá hacer valer este derecho; en este punto es mucho más completa la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, cuyo artículo 20, en su segundo párrafo, con base en el *jure soli*, dispone:

"Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra."(172)

La nacionalidad puede entenderse como lazo existente entre una persona y un ente estatal, en virtud de la cual la primera está sometida a la potestad del último que, en reciprocidad, le otorga protección aun en el extranjero.

3.4.1.6 DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD.

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

Entendida la personalidad jurídica como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, el espíritu de este artículo 6o. de la Declaración Universal, evidentemente es en el sentido de reconocer en todo momento y lugar la imputabilidad de derechos y obligaciones a todo ser humano, lo que lo ubica entre los Derechos Humanos *stricto sensu*.

3.4.1.7. DERECHO DE ASILO.

A este respecto la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

"Artículo 14.1.- En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país."

2.- Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas."

El asilo es una institución humanitaria que data de tiempos remotos; el vocablo proviene del griego *silos*, que, precedido de *alpha* privativa, significa inviolable. En las diversas ciudades de la antigua Grecia se practicó con generosidad y amplitud. La idea de asilo implica la suspensión momentánea del imperio que cada Estado tiene sobre habitantes de su territorio, respecto de alguno o algunos de ellos, y consiste en dar alojamiento y protección al habitante de un Estado cuyo poder público lo persigue. En la Edad Media y en el absolutismo se dio el asilo religioso en monasterios y templos. En la actualidad se da el llamado asilo diplomático que tiene un carácter predominantemente consuetudinario, con bases más humanitarias que jurídicas y sólo se ejerce en favor de los acusados de un delito político.

3.4.2 DERECHOS HUMANOS LATO SENSU.

En sentido amplio, o *lato sensu*, se entiende por Derechos Humanos en la Declaración Universal en comento, aquéllos cuyo disfrute requiere de la satisfacción previa de ciertos requisitos, como pueden ser los de la edad, legal estancia en el país, calidad migratoria determinada, nacionalidad o ciudadanía. *Lato sensu*, los derechos humanos consignados en la citada Declaración Universal son, en nuestra opinión, los siguientes:

3.4.2.1 DERECHO A CASARSE Y FUNDAR UNA FAMILIA.

En cuanto al matrimonio y a la fundación de una familia, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en análisis establece:

"Artículo 16.1.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio."

Evidentemente el derecho a casarse no lo tiene todo ser humano por el simple hecho de serlo, puesto que el niño y el mentalmente incapacitado, por ejemplo, carecen de él; se trata, pues, de uno de los derechos humanos que nos hemos permitido llamar *lato sensu*, en este caso, porque

para acceder a este derecho es necesario haber llegado a la edad núbil y carecer de impedimentos dirimientes que en caso de no respetarse producen la nulidad del matrimonio.

Nuestro Código Civil en su artículo 156 señala diez impedimentos dirimientes. entre los que destacan, además del de no haber llegado a la edad núbil -estimada en 16 años en el hombre y 14 en la mujer-, el parentesco en línea recta por consanguinidad o por afinidad. la incapacidad mental. el vicio de voluntad por miedo o violencia en alguno o en ambos contrayentes. las enfermedades graves crónicas e incurables, y el matrimonio subsistente con persona diferente de aquélla con quien se pretende contraerlo.

3.4.2.2 DERECHO A LA PROPIEDAD.

"Artículo 17.1.- Toda persona tiene derecho a la propiedad. individual y colectivamente.
2.- Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad."

Evidentemente el derecho a la propiedad no es irrestricto para todos, puesto que únicamente se suele reconocer sin cortapizas, en el caso de los nacionales, pero no en el de los extranjeros: por razón de Estado, es común condicionar y limitar la inversión extranjera en aras de la seguridad del Estado y de la economía nacional, por cuya razón este derecho lo hemos clasificado dentro de los que llamamos *lato sensu*.

Respecto al derecho a la propiedad, ejemplifica la restricción para extranjeros. la fracción I del artículo 27 de nuestra Constitución, al disponer:

"Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos: bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación. los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas."

Como salta a la vista, los extranjeros carecen del derecho a la propiedad raíz en las zonas fronterizas y costeras de la república, y en el resto del país ese derecho está condicionado a que el Estado lo conceda, sujeto a los requisitos señalados en el precepto constitucional transcrito.

3.4.2.3 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en la relativa a la seguridad social señala:

"Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

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.

2.- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

Ubicamos el derecho a la seguridad social a que se refieren los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en nuestra clasificación *lato sensu*, porque en la práctica, tanto los turistas extranjeros como los extranjeros ilegalmente internados en un país, están marginados de la seguridad social.

Así, por ejemplo, en España, el régimen general de seguridad social puesto en vigor el primero de enero de 1967, a partir del 21 de marzo de 1968, confirió el derecho a la seguridad social a los trabajadores inmigrantes extranjeros que estuviesen legalmente en territorio español, con excepción de los trabajadores fronterizos y del mar, los trabajadores autónomos o por cuenta propia y los artistas radicados por corto tiempo en territorio español; tal excepción se invalida en el caso de súbditos andorranos, brasileños, filipinos, portugueses y de los países hispanoamericanos.

En sentido contrario, los extranjeros no trabajadores, o sean los turistas. así como los trabajadores extranjeros ilegalmente radicados en España, y los legalmente internados pero afectados por la excepción mencionada en primer término, no tienen acceso a la seguridad social española.(173)

3.4.2.4 DERECHO AL TRABAJO Y AL DESCANSO.

Por lo que ve al trabajo y al descanso, la Declaración Universal de Derechos Humanos apunta:

"Artículo 23.1.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo."

"Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas."

Resulta obvio que el turista extranjero no puede reclamar, al país visitado, el derecho al trabajo y al descanso, a que se refieren los artículos 23.1 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; tampoco el extranjero que reside ilegalmente en el país, puede invocar el derecho a la protección contra el desempleo, pues para acceder a él se requiere la calidad de nacional o cuando menos tener legal estancia en el país y autorización para desempeñar trabajos remunerados. Por tanto, estos derechos también los hemos colocado en el grupo de los que hemos llamado *lato sensu*.

3.4.2.5. DERECHO A LA SINDICACION.

"Artículo 23.4.- Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses."

Similar comentario al formulado acerca del derecho al trabajo y al descanso se puede hacer. *mutatis mutandis*, en relación al derecho de sindicación a que se refiere el apartado 4 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

173. Cfr. Arenas Egea, Luis y Jausás Martí, Agustín. *Tratado práctico de seguridad social*. Barcelona: Bosch Casa Editorial. Tomo I, pp. 16 y 17

3.4.2.6. DERECHO A LA LIBRE CIRCULACION Y ELECCION DE RESIDENCIA.

"Artículo 13.1- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado."

Resulta indiscutible que los extranjeros internados ilegalmente en un país, no pueden invocar el derecho a la libre circulación y a elegir en él su residencia, porque ni siquiera tienen derecho a estar en el país, por cuya razón este derecho, reconocido en el artículo 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo inscribimos también entre los que denominamos Derechos Humanos *lato sensu*.

3.4.2.7 DERECHO A LA EDUCACION GRATUITA

En cuanto a la educación, la Declaración de Derechos Humanos, establece:

"Artículo. 26. 1.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos."

Como se puede observar, el derecho a la educación reclama del Estado la prestación de un servicio público cuyo carácter será gratuito, por lo menos en lo relativo a la instrucción elemental y fundamental, lo cual significa la asignación de cuantiosos recursos fiscales para el funcionamiento de dicho servicio. Por tanto, los extranjeros cuya estancia en un país sea ilegal no pueden exigir fundadamente, para sí o para sus hijos -también ilegalmente internados- la prestación de dicho servicio público, invocando el derecho a la educación contenido en el primer apartado del artículo 27 de la Declaración Universal de 1948, razón por la cual también lo clasificamos como otro de los Derechos Humanos *lato sensu*, toda vez que el sólo hecho de ser hombre no basta para poseer este derecho, cuya titularidad se reserva para los nacionales, así como para algunos extranjeros que cubren determinados requisitos.

3.4.2.8 DERECHO A LA ACTIVIDAD PUBLICA.

En lo tocante a la participación en la actividad gubernamental, la Declaración en comento señala:

"Artículo 21. 1.- Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2.- Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país."

Desde luego el derecho a la actividad pública contenido en el artículo 21 de la Declaración Universal en análisis, no es de aquéllos que el hombre tiene por el sólo hecho de serlo, por lo cual lo clasificamos como otro de los derechos humanos *lato sensu*, ya que se encuentra condicionado por diversas limitantes, entre las que destacan las relativas a la edad y a la nacionalidad.

El derecho a la actividad pública es, en buena medida o en gran parte, el derecho al sufragio en su doble carácter: activo y pasivo. Mediante el sufragio activo se participa en el gobierno del país, ya sea por medio de mecanismos de democracia directa, como el referéndum y el plebiscito, o bien, a través de procesos electorales para la libre designación de representantes.

El sufragio pasivo o condición de elegibilidad, nos dice Rafael Santos Jiménez en su Tratado de Derecho Electoral:

"... es el derecho a ser designado, mediante el voto, para los cargos públicos electivos por virtud de que concurren en las personas de que se trate, los requisitos señalados por la Constitución y por la leyes."(174)

Para el ejercicio del sufragio, el derecho positivo de los distintos países establece diversos requisitos, generalmente mayores para el sufragio pasivo que para el activo, o sea, se requieren más y mayores requisitos para ser elegido que para ser elector.

La propagación del principio de la universalidad del voto ha derrumbado, en la mayoría de los países, las antiguas restricciones al sufragio activo fundadas en motivos de sexo, raza, religión,

174. Santos Jiménez, Rafael. Tratado de Derecho Electoral. La Habana. Editorial Lex. 1946. p. 255.

instrucción escolar y situación económica, entre otras, toda vez que subsisten, en nuestra opinión fundamentalmente, las restricciones basadas en la edad, en la nacionalidad, en la incapacidad mental y en la comisión de delitos. Así, por ejemplo, el artículo 2/o. del capítulo 3 del Nuevo Instrumento de Gobierno (léase Constitución) de Suecia, establece:

"Tendrán derecho a votar en las elecciones parlamentarias todos los ciudadanos suecos que residan en el Reino, sin perjuicio de que la ley regule el derecho de voto de los ciudadanos suecos no residentes. No tendrán derecho a votar quienes no tuvieren dieciocho años de edad cumplidos el día de las elecciones ni quienes hayan sido incapacitados por sentencia judicial."(175)

Por su parte, la Constitución de Colombia -artículos 98 y 99- concede el derecho de sufragio a sus ciudadanos, considerando como tales a los colombianos por nacimiento o por adopción, mayores de dieciocho años. Por tanto carecen de sufragio activo los colombianos menores de la referida edad y los extranjeros.(176)

En el caso de México, nuestra Constitución establece como prerrogativa y obligación del ciudadano (artículos 35 frac. I y 36 frac. III), votar en las elecciones. Por tanto, los menores de dieciocho años, los extranjeros y quienes carecen de un modo honesto de vivir quedan al margen del sufragio activo, toda vez que, conforme al artículo 34 constitucional, son ciudadanos los mexicanos que hayan cumplido dieciocho años y tengan un modo honesto de vivir.

En cuanto al segundo aspecto del derecho de acceso a las funciones públicas, que en parte viene a ser el sufragio pasivo o condición de elegibilidad, los requisitos suelen ser mayores que para el sufragio activo. En Italia, por ejemplo, conforme al artículo 48 de su Constitución de 1947, son electores los ciudadanos (De esta suerte se excluye a los extranjeros) que hayan alcanzado la mayoría de edad, fijada en dieciocho años a partir de las elecciones parlamentarias del 20 de junio de 1976, estableciéndose que:

"El derecho de voto no podrá ser restringido sino por incapacidad civil o con motivo de sentencia penal firme o en los supuestos de indignidad moral especificados por la

175. Tomado de la compilación preparada por Daranas, Mariano. Las Constituciones Europeas. Madrid Editora Nacional. 1979. T. 2 p. 1748.

176. Cfr. Constitución Política de Colombia. Bogotá, Presidencia de la República. 1991. p. 38

Curiosamente el artículo 58 de la citada Constitución italiana dispone que "Los senadores serán elegidos por sufragio universal y directo por los electores que tengan veinticinco años de edad cumplidos." Por tanto, los electores menores de 25 años participan en la elección de diputados pero no en la de senadores, mientras que los electores mayores de 25 años participan en ambos casos.

En lo referente al sufragio pasivo, se requiere tener la calidad de elector y una edad mínima de 25 años para ser diputado (art. 56), de 40 años para ser senador (art. 58), y de 50 años para ser presidente de la república (art. 84 de la Constitución italiana).

En México, el sufragio activo también tiene menos requisitos que el pasivo y, en éste, mientras más importante es el cargo, mayores son los requisitos. Así, conforme a lo dispuesto por nuestra Constitución, para el ejercicio del sufragio activo sólo se requiere ser ciudadano, lo cual implica tener la calidad de mexicano, edad mínima de 18 años y un modo honesto de vivir.

En cambio, para el sufragio pasivo o condición de elegibilidad, como ocurre en muchos otros países, los requisitos son mayores y se incrementan en razón de la importancia del cargo, como se aprecia en los siguientes casos:

a) Para ser diputado se requiere no sólo ser ciudadano mexicano, sino serlo por nacimiento y una edad mínima de 21 años: ser nativo o vecino (con residencia mínima efectiva de seis meses) del Estado o circunscripción en que se haga la elección, no ser ministro de algún culto religioso, ni ocupar los cargos públicos a que se refieren las fracciones IV y V del artículo 55 constitucional cuando menos en un lapso de noventa días antes de la elección.

b) Para ser senador se exigen los mismos requisitos que para ser diputado, salvo el de la edad mínima, que se eleva a 30 años.

c) Para ser presidente de la república se requiere, además de ser ciudadano mexicano por

177. Cfr. Doranas, Mariano. Op. cit. T. 2, p. 1230.

nacimiento, ser hijo de padre y madre mexicanos por nacimiento o que, según reforma constitucional en proceso, cuando menos uno de sus progenitores lo sea; asimismo se exige una edad mínima de 35 años, haber residido en el país durante todo el año anterior al día de la elección, aun cuando en virtud de reciente reforma constitucional, la ausencia del país hasta por treinta días durante el año anterior al día de la elección, no impide ser presidente de la república; y, como en los casos de los diputados y senadores, no ser ministro de culto religioso alguno.

Además, la separación de los cargos públicos cuyo desempeño impiden el acceso al de presidente, debe ocurrir cuando menos seis meses antes del día de la elección.

Como es del dominio público, se accede a las funciones públicas no sólo por elección popular, sino también mediante designación, en cuya caso también se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos.

En México, por ejemplo, tratándose de cargos importantes, se excluye a los extranjeros, a los mexicanos que no lo son por nacimiento y, por razón de la edad, aun a ciudadanos mexicanos por nacimiento, lo cual confirma que no estamos, en el caso del acceso a las funciones públicas, frente a un derecho que el hombre tenga por el sólo hecho de serlo, sino que se trata de uno de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de 1948, que nosotros nos permitimos clasificar como *lato sensu*, por supeditarse su ejercicio a la satisfacción de ciertos requisitos.

En este orden de ideas, para ser secretario del despacho, el artículo 91 de nuestra Constitución exige ser ciudadano mexicano por nacimiento, estar en ejercicio de sus derechos y tener una edad mínima de 30 años; en tanto que para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 95 constitucional se requiere, además de ser ciudadano mexicano por nacimiento, tener una edad mínima de 35 años y máxima de 65.

Así pues, no cualquier persona puede acceder a las funciones públicas, es decir, no todos los hombres, invocando el derecho a participar en el gobierno, a que se refiere el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pueden ocupar en su país de origen, en el de su residencia o en cualquier otro, cargos públicos como los de diputado, senador, presidente de la república, primer ministro, o secretario de Estado, sino que sólo tienen tal derecho quienes satisfacen

los requisitos correspondientes, establecidos para propiciar el adecuado desempeño del cargo, el bien común y la seguridad del Estado.

3.5 RESUMEN

Un repaso de las ideas expresadas en el presente capítulo nos permite destacar las siguientes:

El derecho objetivo, como norma jurídica, regula coercitivamente la conducta externa humana.

El derecho subjetivo es una facultad de la persona derivada del ordenamiento coercitivo. El hombre es titular de un conjunto de derechos subjetivos, entre los cuales figuran los llamados Derechos Humanos.

La norma jurídica no puede regular toda la conducta externa humana, porque convertiría al hombre en un autómatas; por tanto, debe respetar un ámbito mínimo de irrestricta libertad que permita el desarrollo del libre albedrío del hombre en un plano de igualdad, sin más límite que el respeto a la similar libertad de sus semejantes, garantizándole su vida, sus derechos y libertades.

En ese ámbito mínimo de libertad se ejercitan los derechos fundamentales del hombre, también conocidos como Derechos Humanos, que son connaturales a su persona y además imprescriptibles, inalienables e irrenunciables.

La idea de los Derechos Humanos, como connaturales al hombre data de hace muchos siglos, registrándose a manera de privilegio en favor de la nobleza, en varios documentos de la Edad Media, como los Fueros de Aragón y la Carta Magna inglesa, desarrollándose teóricamente en el pensamiento de diversos filósofos como Grocio, Suárez, Althusius, Spinoza, Pufendorf, Hooker, Hobbes, Locke, Rousseau y Kant.

La primera declaración de Derechos Humanos fue la de Virginia, del 12 de junio de 1776, por cuya razón corresponde a los Estados Unidos el mérito de haber incorporado por primera ocasión al derecho positivo, el reconocimiento de los Derechos Humanos, postulados como

connaturales al hombre por los filósofos europeos, entre los que destacan los mencionados en el párrafo anterior. Sin embargo, la Declaración de Virginia, como el resto de las norteamericanas, se da en clara contradicción de su realidad social, pues toda la población negra de las trece colonias recién independizadas, permaneció sometida a la esclavitud y, por ende, al margen de la vigencia de los Derechos Humanos.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa, marca un hito en la historia del hombre y de su dignidad, sirviendo de parteaguas entre el antiguo y el nuevo régimen, por ser una proclama para substituir al Estado absolutista por el Estado liberal, basado en la división de poderes, en la libertad e igualdad de los hombres y en su participación democrática en el quehacer público.

Los derechos a que se refiere la Declaración Universal de 1948, en nuestra opinión se pueden dividir en dos grupos, el primero se compone de aquellos derechos que el hombre tiene por el simple hecho de serlo, por ello les hemos llamado Derechos Humanos *stricto sensu* o propiamente dichos; el segundo grupo se integra con los derechos que, para acceder a su ejercicio, se requiere tener cierta calidad o condición o cubrir determinados requisitos, lo que significa que la sola calidad humana no confiere estos derechos y, por consecuencia, no todos los seres humanos pueden ejercerlos o disfrutarlos por carecer algunas de esas personas de la calidad requerida o por no cubrir los requisitos respectivos, razón por la cual los hemos denominado Derechos Humanos *lato sensu*.

Conforman, según nuestro criterio, el grupo de los Derechos Humanos *stricto sensu*, el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad, el derecho a la seguridad, el derecho a una nacionalidad y el derecho al asilo.

Integran, en nuestra opinión, el conjunto de Derechos Humanos *lato sensu*: el derecho a casarse y fundar una familia, el derecho a la propiedad, el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y al descanso, el derecho a una remuneración equitativa, el derecho a la sindicación, el derecho a la educación, el derecho a la actividad pública y el derecho a la actividad cultural, principalmente.

CAPITULO CUARTO

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL PODER PUBLICO.

El reconocimiento de los Derechos Humanos, por parte de los organismos internacionales y de los Estados que los integran, no entraña la vigencia real de los mismos, ni el respeto de ellos por parte de los depositarios del poder público; por lo cual, no pasan de ser mera ficción o un enunciado carente de sentido, cuando no se tienen los órganos, ordenamientos, instituciones y mecanismos que permitan asegurar tal respeto a los referidos derechos fundamentales del hombre, porque como dijera hace más de un siglo el jurista argentino Justo Arozamena: tales derechos "... son nulos; las declaraciones, palabras, si no se provee de medios para hacerlos efectivos."(178)

Esos medios que hacen efectivos los Derechos Humanos consisten básicamente en la difusión adecuada de su reconocimiento y consagración, así como en la vigencia de una legislación que prohíba atentar contra ellos y establezca penas para quienes no los respeten, tratándose de infractores particulares.

En cuanto a los depositarios del poder público, los medios para hacer efectivos los Derechos Humanos, consisten principalmente en la división de poderes o de funciones -como ahora se le llama-, en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, en las instituciones del juicio de amparo, del *habeas corpus*, del recurso administrativo, de la jurisdicción administrativa, y del *ombudsman*.

En la protección de los Derechos Humanos participa, también, la normativa del derecho internacional de los *derechos humanos*, contenida en pactos y convenciones internacionales, cuya aplicación queda a cargo de organismos supranacionales jurisdiccionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

178. Arozamena, Justo. Estudios constitucionales sobre los gobiernos de América Latina. París. 1878 T. 2. pp. 302 y 303. En el mismo sentido, Ignacio Burgoa (El Juicio de Amparo. México, Editorial Porrúa. S.A. 1979. p. 33) afirma: "Una legislación que contenga como garantías supremas los derechos propios de la persona y que a su vez omita proveer a esta de los medios idóneos para hacerlos respetar es, cuando menos, incompleta, si no es que ineficaz en ese aspecto."

4.1 LA INSTITUCION DEL AMPARO.

Como afirma el tratadista Ignacio Burgoa:

"... el amparo es un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole (fracción I del artículo 103 de la Constitución); que garantiza en favor del particular el sistema competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados (fracciones II y III de dicho precepto) y que, por último, protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley fundamental y en función del interés jurídico particular del gobernado."(179)

Como medio de protección de los Derechos Humanos, el amparo se tramita en un ámbito jurisdiccional, mediante un procedimiento litigioso iniciado por el titular del o de los derechos fundamentales del hombre que se estiman lesionados por un acto de autoridad, a la cual, como responsable del mismo, se le atribuye el carácter de parte demandada. A este respecto, recordamos que, para Vallarta:

"El amparo puede definirse diciendo que es el proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consignados en la Constitución y atacados por una autoridad de cualquiera categoría que sea, ó para eximirse de la obediencia de una ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local respectivamente."(180)

Hasta aquí nos hemos referido al amparo en su acepción y modalidad del derecho mexicano, sin embargo, conviene tener presente, como lo señala el eminente jurista Héctor Fix Zamudio, que el amparo registra en América Latina tres acepciones distintas, por la primera se entiende como medio para impugnar las resoluciones judiciales; la segunda acepción viene a significar el interdicto posesorio.

"El tercero y último significado es el relativo a un instrumento procesal para la protección de los derechos de la persona humana, que es el que debe considerarse de mayor importancia, pues ha trascendido precisamente a la institución que tutela los citados

179. Burgoa, Ignacio.- El Juicio de Amparo. Op. cit. p. 173.

180. Vallarta, Ignacio L. El juicio de amparo y el *wright o habeas corpus*. México. Imprenta de Francisco Díaz de León, 1881. p. 39.

derechos consagrados en las constituciones políticas de los países latinoamericanos."(181)

En este último significado se ha desarrollado el amparo mexicano creado por Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, con antecedentes en el amparo colonial y en el amparo aragonés que se remontan a la Edad Media.

4.2 LA INSTITUCION DEL HABEAS CORPUS

No se ponen de acuerdo los estudiosos de la historia del derecho acerca del surgimiento de la institución del *habeas corpus*; algunos lo ubican en el Derecho Romano, concretamente en el interdicto de *hominem libero exhibendo*, otros lo pretenden encontrar en la Carta Magna de 1215, en el artículo que establece:

"Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país."(182)

Lo indiscutible es que la institución se desarrolló en Inglaterra, empleándose primero para combatir la detención de particulares por parte de las autoridades administrativas y, actualmente, para impugnar también las detenciones dispuestas por los responsables de los órganos jurisdiccionales, cuando se encuentran viciadas por defectos o irregularidades.

De Inglaterra, el *habeas corpus* pasó a otros países. en cada uno de los cuales registró características particulares. En Estados Unidos, Rolling C. Hurd, lo definió en 1876 como:

"El proceso legal que se emplea para la sumaria reivindicación del derecho de libertad personal, cuando ha sido ilegalmente restringido."(183)

181. Fix Zamudio, Héctor. Latinoamérica. Constitución, proceso y derechos humanos. México Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. 1988. p. 280.

182. Tomado de: Díaz Müller, Luis. Manual de derechos humanos. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1991. p. 77.

183. Hurd, Rolling C.A. Treatise on the right of personal liberty and on the writ of *habeas corpus*. Albany. 1876. pp. VI y VII. Citado por: Vallarta. Ognacio L. Op. cit. p. 68.

La evolución del habeas corpus norteamericano, especialmente en la segunda mitad del presente siglo, ha provocado, como señala Fix-Zamudio, una centralización en los tribunales federales, de la impartición de justicia en materia penal, al convertirse en un recurso contra las sentencias definitivas de los tribunales locales.(184)

4.3 EL RECURSO ADMINISTRATIVO

El recurso administrativo implica el propósito de que los excesos del órgano administrador o ejecutivo, cometidos por su titular o por sus agentes o subordinados, en perjuicio de los particulares, con violación de sus derechos subjetivos, se puedan corregir sin la intervención de los otros órganos del poder público.

Lo anterior permite entender al recurso administrativo como un mecanismo de autocontrol de la administración pública para mantener su actuación dentro de los cauces de la legalidad. Empero, más que un mecanismo de autocontrol de la administración, en la actualidad se considera al recurso administrativo como un medio de defensa del gobernado frente al poder público, concretamente respecto de la administración pública.

En este orden de ideas, Gonzalo Armienta Hernández hace derivar al recurso administrativo del derecho subjetivo de instancia que el ordenamiento jurídico otorga al gobernado, "más que una prerrogativa de la autoridad para corregir sus errores es un medio de defensa del administrado."(185)

En este apartado resulta pertinente aclarar que la mención de los diferentes recursos administrativos será únicamente de manera enunciativa y limitativa, toda vez que analizar detalladamente cada uno de ellos rebasa la naturaleza de nuestra investigación. Dichos recursos los traemos a colación por la importancia que como medios de defensa tienen para el ciudadano.

184. Cfr. Fix Zamudio, Héctor. Op. cit. p. 137.

185. Armienta Hernández, Gonzalo. Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos. México, Porrúa, 1991. p. 60.

4.3.1 DEFINICION DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Desde luego, para el recurso administrativo se han propuesto numerosas definiciones, así por ejemplo, en opinión de Guido Zanobini, viene a ser:

"... la instancia dirigida a obtener la anulación, revocación o reforma de un acto administrativo presentada a la autoridad administrativa por el titular de un interés jurídico, de acuerdo con determinadas formas y dentro de los plazos prescritos por el derecho."(186)

Por su parte Héctor Jorge Escola, en su Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos, define al recurso administrativo como:

"... una actividad de control administrativo correctiva, de tipo jurisdiccional, que se promueve de parte interesada contra un acto administrativo, con el objeto de mantener la juridicidad de la actividad de la administración, concurriendo, al mismo tiempo, a garantizar los derechos e intereses de los administrados."(187)

4.3.2 CARACTERISTICAS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

La doctrina sostiene que el recurso administrativo debe caracterizarse por su sencillez, escaso formalismo y celeridad. En efecto, resulta indiscutible la necesidad, así como la conveniencia, de un trámite simple del recurso que evite complicaciones para su presentación, desarrollo y resolución.

El recurso administrativo no debe estar sujeto a un formalismo riguroso o exagerado, sino apegarse a un procedimiento sencillo y breve, sujeto sólo a las formalidades esenciales y documentación mínima, para evitar actuaciones innecesarias.

Asimismo, el recurso debe ser resuelto en un lapso de tiempo razonablemente reducido, so pena de perder oportunidad, trascendencia y eficacia. (188)

186. Zanobini, Guido. Curso de Derecho Administrativo. Trad. Héctor Manatta. Buenos Aires. Ediciones Arayu, 1954. T. II p. 42.

187. Escola, Héctor Jorge. Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1967. p. 217.

188. En este sentido Héctor Jorge Escola. Op. cit. pp. 232 a 235.

4.3.3 LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN NUESTRA LEGISLACION FEDERAL

Nuestra legislación federal contempla, en diversos ordenamientos, los recursos administrativos denominados de revocación, de revisión, de reconsideración, de inconformidad, de oposición al procedimiento ejecutivo de ejecución, y además algunos recursos innominados.

Como se puede comprobar con facilidad, los recursos agrupados en cada una de las citadas denominaciones no guardan uniformidad entre sí en cuanto a su procedencia, al plazo para su interposición, al órgano competente para su tramitación, a su procedimiento, a la suspensión del acto reclamado, así como respecto a la opcionalidad de hacerlo valer o no, como requisito previo para acudir al procedimiento contencioso administrativo o al juicio de amparo, entre otros aspectos.

A. RECURSO DE REVOCACION

a) En materia fiscal

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 116, 117, 120 y 121 del Código Fiscal de la Federación, procede el recurso de revocación entre otros contra resoluciones definitivas que:

- Determinen contribuciones o accesorios
- Nieguen la devolución de cantidades que procedan conforme a la ley
- Sean dictadas por las autoridades aduaneras, y sean diversas de las anteriores.

b) En materia de banca y crédito

De acuerdo al artículo 88 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Generales de Crédito, procede el recurso de revocación contra las resoluciones de la Comisión Nacional Bancaria mediante las cuales se impongan multas por infracciones a dicha ley, o se apliquen sanciones administrativas previstas en ese ordenamiento legal.

c) En materia forestal

Según lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley Forestal, procede el recurso de revocación en contra de las resoluciones que imponen multas u ordenan la suspensión o revocación de autorizaciones de aprovechamientos de recursos forestales maderables, forestación o reforestación

d) En materia de comercio exterior

La Ley Reglamentaria del artículo 131 constitucional, en materia de comercio internacional establece la procedencia del recurso de revocación contra resoluciones o actos administrativos definitivos que determinen cuotas compensatorias o las apliquen.

e) En materia de obras públicas; adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público.

Acorde con lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, procede el recurso de revocación contra resoluciones que dicten, en los términos de la referida Ley, la Secretaría de Hacienda o la Contraloría General de la Federación.

f) En materia de expropiación

Según lo dispuesto por la Ley de Expropiación, el recurso de revocación se da contra la declaratoria de expropiación, ocupación temporal o limitación de dominio de bienes de propiedad particular o social que, por causas de utilidad pública, dicte el ejecutivo federal.

g) En materia de responsabilidades de servidores públicos

El artículo 71 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece el recurso de revocación contra las resoluciones que dicte el superior jerárquico, mediante las cuales se impongan sanciones administrativas.

h) En materia de valores bursátiles

La Ley del Mercado de Valores, en su artículo 50, confiere el recurso de revocación contra actos de autoridad realizados en los procedimientos de autorización, registro, inspección y vigilancia, imposición de multas, intervención, suspensión y cancelación de autorizaciones.

i) En materia de aduanas

El artículo 142 de la Ley Aduanera otorga el recurso de revocación, previsto en el Código Fiscal de la Federación, contra las disposiciones de las autoridades aduaneras relativas a la importación o exportación de mercancías.

j) En materia de control de cambios

La Ley Orgánica del Banco de México, en su artículo 19, confiere el recurso de revocación, previsto en el Código Fiscal de la Federación, contra posibles sanciones que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público llegare a imponer, en relación con el control de cambios, en el posible caso de que el Ejecutivo Federal lo decretase.

k) En materia de inversiones

De conformidad con el artículo 45 de la Ley de Sociedades de Inversión, se da el recurso de revocación contra actos administrativos emitidos o dictados en cumplimiento de dicho ley, o de disposiciones de carácter general derivadas de ella.

l) En materia de estadística

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley de Información Estadística y Geografía, y en los artículos del 90 al 92 de su Reglamento, el recurso de revocación se confiere en este rubro, contra resoluciones administrativas dictadas en aplicación de la Ley o de su Reglamento.

B. RECURSO DE REVISION

a) En materia de consumidores y comercio

Conforme a lo dispuesto por los artículos del 91 al 98 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, opera el recurso de revisión contra resoluciones dictadas por la Procuraduría Federal del Consumidor, como autoridad administrativa, que -con apoyo en la referida ley, o en ordenamientos derivados de la misma-, finquen obligaciones a cargo de comerciantes, industriales, prestadores de servicios, dependencias gubernamentales o entidades paraestatales, acerca de precios, garantías, cantidad, calidad, intereses, reservaciones, presentación de los productos, información, publicidad, promociones, ofertas, y contratos de adhesión. entre otros conceptos.

Este recurso de revisión es improcedente tratándose de resoluciones dictadas por dicha Procuraduría, como conciliadora o como árbitro.

b) En materia de pesca

La Ley Federal de Pesca en sus artículos 195 y siguientes establece la procedencia del recurso de revisión contra resoluciones de la Secretaría de Pesca, dictadas con fundamento en la referida ley o en su reglamento.

c) En materia de corretaje público

Según lo previene el Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública, procede el recurso de revisión contra resoluciones dictadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, con apoyo en dicha ley o en su reglamento.

d) En materia de minería

El artículo 59 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera, y el artículo 138 de su reglamento, determinan la procedencia del recurso de revisión contra resoluciones de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, en materia de minería, salvo

las relativas a expedición de concesiones especiales en reservas mineras nacionales, declaratorias de nulidad, caducidad o cancelación de concesiones, o la suspensión o insubsistencia de los derechos de ellas derivados.

En consecuencia, el recurso de revisión en materia de minería es oponible contra resoluciones emitidas por la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, fundadas en la citada ley o en su reglamento, acerca de ocupación temporal, servidumbres, controversias en materia de beneficio de minerales, correcciones en títulos de concesión o de asignación, así como las derivadas de la vigilancia en materia de exploración, explotación o beneficio.

e) En materia de turismo

En su artículo 55, la Ley Federal de Turismo establece el recurso de revisión contra resoluciones emitidas por la Secretaría de Turismo, dictadas sobre esta materia con apoyo en dicha ley.

f) En materia de religión

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispone la procedencia del recurso de revisión contra resoluciones que versen sobre su cumplimiento, dictadas por las autoridades involucradas precisamente en ese cumplimiento.

g) En materia de educación

La Ley Federal de Educación confiere este recurso de revisión contra las resoluciones de las autoridades educativas, que versen sobre solicitudes de autorización o de reconocimiento de validez oficial de estudios, y también contra la falta de tales resoluciones, en un lapso de sesenta días después de presentada la respectiva solicitud.

h) En materia cinematográfica

Conforme al artículo 14 de la Ley Federal de Cinematografía, procede el recurso de revisión contra resoluciones dictadas por la Secretaría de Gobernación en materia cinematográfica, por infracciones cometidas a dicha ley.

C. RECURSO DE RECONSIDERACION.

a) En materia de electricidad

La Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, en su artículo 43, establece la procedencia del recurso de reconsideración contra resoluciones dictadas con fundamento en ella, por la Secretaría competente.

b) En materia de propiedad industrial

Según lo preceptuado por el artículo 200 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, procede el recurso de reconsideración contra las resoluciones que nieguen una patente.

c) En materia de inversiones extranjeras

Acorde con lo dispuesto por el artículo 68 del Reglamento de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, se da el recurso de reconsideración contra las resoluciones dictadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en las que se decrete, deniegue, rectifique, suspenda o cancele una inscripción en el Registro de Inversiones Extranjeras.

d) En materia de monopolios y concurrencia

La Ley Federal de Competencia Económica dispone la procedencia del recurso de reconsideración contra las resoluciones, fundadas en ella, que dicte la Comisión Federal de Competencia.

e) En materia deportiva

Se da el recurso de reconsideración, según lo establecido por el artículo 40 de la Ley Federal de Estímulo y Fomento al Deporte, contra resoluciones de las autoridades y organizaciones deportivas que impongan sanciones con base en dicha ley.

f) En materia de producción, certificación y comercio de semillas

De acuerdo con lo previsto en los artículos 5 y 20 de la Ley Sobre Producción, Certificación y Comercio de semillas, procede el recurso de reconsideración contra las resoluciones y sanciones que, en base a dicho ordenamiento legal o a su reglamento, dicte la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos.

g) En materia de seguridad social militar

Es procedente el recurso de reconsideración, de acuerdo con lo previsto por los artículos 205 y 206 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, contra las resoluciones de la Junta de tal Instituto, en lo relativo a jubilaciones y pensiones.

h) En materia marítimo-terrestre

De acuerdo con lo establecido en el Reglamento para el uso y aprovechamiento del mar territorial, vías navegables, playas, zona federal marítimo-terrestre y terrenos ganados al mar -artículos del 81 al 84-, procede el recurso de reconsideración contra las resoluciones emitidas por la Secretaría de Desarrollo Social o por la de Comunicaciones y Transportes, fundadas en la Ley General de Bienes Nacionales, o en la de Navegación y Comercio Marítimos o bien, en la de Vías Generales de Comunicación o en el referido reglamento.

D. RECURSO DE INCONFORMIDAD

a) En materia de ecología y medio ambiente

Como lo determina la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección del Ambiente -artículos 176 y siguientes-, se otorga el recurso de inconformidad contra resoluciones dictadas con motivo de la aplicación de la misma ley o de sus reglamentos y demás disposiciones que de ella se deriven.

b) En materia de salud pública

El recurso de inconformidad, según los artículos 438 y siguientes de la Ley Federal de Salud, procede contra actos y resoluciones de las autoridades sanitarias que, con motivo de su aplicación, pongan fin a una instancia o resuelvan un expediente.

c) En materia de seguridad social

1° Como lo establece el artículo 274 de la Ley del Seguro Social, procede el recurso de inconformidad contra actos definitivos del Instituto Mexicano del Seguro Social que afecten a patrones y demás sujetos obligados al pago de las cuotas de seguridad social, o a los asegurados o a sus beneficiarios.

2° Según lo previsto por el artículo 52 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, se podrá promover el recurso de inconformidad, contra actos o resoluciones de dicho Instituto, relativos a inscripción en el mismo, derechos a crédito, cuantías de aportación y de descuentos, o de cualquier otra índole que lesione los derechos de los trabajadores inscritos, de sus beneficiarios o de sus patrones.

d) En materia de servidores públicos

1° Del artículo 191 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado se infiere que procede el recurso de inconformidad contra las sanciones pecuniarias

impuestas por el Director General del propio Instituto a los servidores públicos de dicho organismo público descentralizado.

2° A fin de impugnar la narración de hechos en las actas relativas a visitas de investigación o de auditoría, el artículo 85 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos otorga el recurso de inconformidad al servidor público a quien se practique visita de investigación.

e) En materia fiscal

La Ley del Impuesto sobre la Renta, en su artículo 75, establece la procedencia del recurso de inconformidad contra las comunicaciones en que se haga saber al causante la existencia de diferencias entre sus gastos e ingresos en un año calendario.

f) En materia deportiva

El artículo 41 de la Ley de Estímulo y Fomento al Deporte señala la procedencia del recurso de inconformidad contra las resoluciones que impongan sanciones, fundadas en este ordenamiento legal, una vez agotada la reconsideración.

g) En materia de sanidad

1° La Ley de Sanidad Fitopecuaria de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 170 y 171, establece la procedencia del recurso de inconformidad, en contra de resoluciones de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos que impongan sanciones fundadas en este ordenamiento legal.

2° Por su parte, la Ley Federal de Sanidad Animal establece el recurso de inconformidad contra las resoluciones que dicte la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, respecto de medidas zoonosanitarias encaminadas a prevenir, controlar y erradicar enfermedades y plagas de los animales, y, en general, contra toda resolución de dicha Secretaría, basada en este ordenamiento legal.

h) En materia de fuerzas armadas

1º Según lo dispuesto por los artículos del 49 al 52 de la Ley de Ascensos de la Armada de México, procede el recurso de inconformidad (también se le considera como acción o instancia) contra las resoluciones que determinan postergación o exclusión del concurso de selección para efectos de ascensos.

2º La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, en sus artículos 147 y 201, otorga el recurso de inconformidad contra las resoluciones de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, acerca de la personalidad, jerarquía y situación del militar, para efectos del retiro o beneficios a sus sucesores.

E. RECURSO DE OPOSICION AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCION

a) En materia fiscal

Como lo dispone el artículo 118 del Código Fiscal de la Federación, procede el recurso de oposición al procedimiento de ejecución entre otros, contra los actos administrativos:

1º Que exijan el pago de créditos fiscales, si se alega que se han extinguido o que su monto real es inferior al exigido, si el exceso es imputable a la oficina exactora.

2º Que se dicten dentro del procedimiento administrativo de ejecución, si se alega que éste no se ha ajustado a la ley.

3º Que afecten el interés jurídico de terceros (derechos de dominio o de preferencia).

b) En materia del seguro social

De acuerdo a lo preceptuado por el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley del Seguro Social, las Oficinas para Cobros del Instituto Mexicano del Seguro Social conocerán y resolverán los recursos previstos en el Código Fiscal de la Federación relativos a procedimientos administrativos de ejecución que lleven a cabo, lo cual significa que en tales casos procede el recurso de oposición al procedimiento administrativo de ejecución previsto en el Código Fiscal de la Federación.

F. RECURSOS INNOMINADOS

a) En materia de metrología y normalización

El artículo 121 de la Ley General de Metrología y Normalización establece la procedencia de un recurso administrativo sin denominación específica, contra las resoluciones dictadas por cualquier dependencia del gobierno federal, fundadas en dicho ordenamiento legal o en disposiciones derivadas del mismo.

b) En materia bancaria

La Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 110, prevé la procedencia de un recurso administrativo innominado, contra las resoluciones de la Comisión Nacional Bancaria que impongan sanciones administrativas de las previstas en los artículos 107, 108 y 109 del citado ordenamiento legal.

c) En materia de seguridad social

Otros recursos administrativos innominados son los dos dispuestos por el artículo 162 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Mediante el primero de ellos se pueden impugnar, ante la Junta Directiva de dicho Instituto, sus propias resoluciones que afecten intereses particulares. Si la Junta decide sostener su resolución impugnada, por medio del otro recurso innominado también previsto en el citado artículo 162, se puede combatir tal determinación ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

4.3.4 NECESIDAD DE SISTEMATIZAR LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La evidente carencia de uniformidad de los recursos administrativos antes mencionados, aun entre los agrupados en una misma denominación, así como el usar distinta denominación para recursos de la misma naturaleza, denota una absoluta falta de sistematización. altamente lesiva para los gobernados. A este respecto, Humberto Briseño Sierra hace notar:

"...una primera conclusión es forzosa, los recursos carecen de sistematización. Por ello es secundario si se fija la atención en su utilidad. Más que un remedio o simplemente una posibilidad de alcanzar en el plano del llamado procedimiento oficioso alguna ventaja o economía, se observa una informalidad perjudicial, un caprichoso tratamiento que corresponde, punto por punto, a la dañina multiplicidad de denominaciones."(189)

Esta situación indebida ha suscitado la censura unánime de la doctrina y también ha dado lugar a proponer la expedición de un Código o Ley de Procedimientos Administrativos, para sistematizar y uniformar los medios administrativos de impugnación de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas, para defensa de los particulares. Con la profundidad que le caracteriza, Héctor Fix-Zamudio resume tal censura en los siguientes términos:

"Precisamente por la ausencia de leyes federales o de carácter local sobre el procedimiento administrativo, la regulación de los recursos administrativos se encuentra dispersa dentro de las múltiples disposiciones legales de carácter especializado, lo que ha producido un verdadero desorden tanto en la tramitación de las impugnaciones internas, como inclusive en la misma denominación y configuración de los recursos."(190)

La existencia de una ley o de un código de procedimientos administrativos, permitiría definir cada uno de los recursos reconocidos en dicho ordenamiento, fijar sus plazos de presentación, precisar su alcance y efectos, determinar su procedimiento, en fin, regular uniforme, conjunta y lógicamente los recursos administrativos admisibles. Como certeramente apunta Héctor Jorge Escola:

"Esa ley debería fijar las distintas clases de recursos admitidos y su régimen propio, de modo que la simple remisión a una cualquiera de esas clases bastaría para lograr su individualización, sin necesidad de establecer su regulación en cada una de las leyes en que se establezca."(191)

La vigencia de una ley o de un código de procedimientos administrativos permitiría acabar con esa selva semántica y procedimental, existente en materia de recursos administrativos, que

189. Briseño Sierra, Humberto. *Derecho Procesal Fiscal*. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1975. p. 147.

190. Fix Zamudio, Héctor. *Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*. México. El colegio Nacional. 1983. p. 47.

191. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.* p. 223.

actualmente impide, o por lo menos dificulta, la adecuada y oportuna defensa de los derechos de los particulares frente a la Administración Pública. (*)

Entre las diversas propuestas de expedición del referido ordenamiento legal, recordamos la de Fernando Serrano Migallón, contenida en su libro **"El Particular Frente a la Administración. Necesidad de una Ley Federal de Procedimientos Administrativos"**, laureado por el Instituto Nacional de Administración Pública.(192)

4.4 LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA.

La jurisdicción es una función del Estado, en cuyo ejercicio, uno de sus órganos se ubica en medio de las partes enfrentadas en una controversia, para aplicar el ordenamiento jurídico vigente al caso concreto, o sea para dictar o decir el derecho en la controversia específica.

Inicialmente la función jurisdiccional se encomendó a los tribunales judiciales, pero, más tarde, al amparo de la teoría de la separación de poderes y del principio: "juzgar a la administración es también administrar", el conocimiento de las controversias derivadas de impugnaciones de actos administrativos o disposiciones reglamentarias, en que es parte la administración pública, en diversos países se ha encargado a tribunales administrativos.

4.4.1 GENESIS DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA

Inspirada en la teoría de la separación de poderes, nace en Francia la jurisdicción administrativa orientada por el propósito de sepultar para siempre el "antiguo régimen", durante el cual la nobleza había tomado el control de los tribunales jurisdiccionales. La primer medida dictada en este sentido está contenida en la Ley del 16-24 de agosto de 1790, dictada en los inicios de la Revolución francesa por la Asamblea Constituyente, y consistió en prohibir a los tribunales judiciales intervenir, como había sido costumbre, en las actividades legislativas y administrativas.

Durante la primera mitad del siglo XIX, mediante diversas acciones, se termina de estructurar

(*) Ver, NOTA FINAL en la página 167

192. Serrano Migallón, Fernando. El Particular Frente a la Administración. Necesidad de una Ley Federal de Procesamientos Administrativos, 2a. Ed., México. Porrúa, 1993

el modelo francés de justicia administrativa, apoyado en dos pilares básicos; el primero lo constituye la creación de tribunales administrativos independientes de los tribunales judiciales y de las propias autoridades administrativas. El segundo pilar lo representa el Tribunal de Conflictos de Competencia, creado para resolver las controversias de esta índole, que se presenten entre los tribunales administrativos y los judiciales.

Por razones diferentes a las que le dieron origen en Francia, la jurisdicción administrativa se adoptó en muchos países, con diversas modalidades.

4.4.2 LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA EN MEXICO

El 25 de mayo de 1853, durante la última presidencia de Antonio López de Santa Anna, se intenta establecer un tribunal administrativo, mediante una ley de lo contencioso-administrativo -y su respectivo reglamento-, para dar autonomía al poder ejecutivo frente al judicial, en lo concerniente a los asuntos contencioso-administrativos. Al triunfo de la Revolución de Ayutla quedó abolida esta ley, junto con todas las demás relativas a la administración de justicia, expedidas después de 1852.

Nuevos intentos para establecer en México tribunales administrativos, especialmente en materia fiscal, se registran en la tercera década del presente siglo: destacan entre ellos el Jurado de Penas Fiscales, creado por la Ley para la Calificación de las Infracciones a las Leyes Fiscales, del 15 de abril de 1924; la Junta Revisora prevista por la Ley del Impuesto Sobre la Renta, del 18 de marzo de 1925; así como el Jurado de Revisión, dispuesto en la Ley de Organización del Servicio de Justicia en Materia Fiscal para el Departamento del Distrito Federal, del 11 de enero de 1929.

Tanto los Jurados como la Junta Revisora que se mencionan en el párrafo anterior fueron creados como órganos de jurisdicción retenida. Fix-Zamudio, explica:

"Se entiende por jurisdicción retenida la que se realiza por organismos situados dentro de la esfera de la administración activa, pues si bien poseen cierto grado de independencia funcional, sus decisiones no son obligatorias, sino que requieren de la homologación, es decir de su reconocimiento, por parte de las autoridades ad-

ministrativas de la mayor jerarquía".(193)

El Tribunal Fiscal de la Federación se crea en 1937, por disposición de la Ley de Justicia Fiscal del 27 de Agosto de 1936; se inicia, según se menciona en la exposición de motivos de la referida ley, como un órgano de jurisdicción delegada, la cual, como explica Fix-Zamudio:

"... se configura cuando el órgano o tribunal administrativo formula sus decisiones con carácter definitivo y obligatorio, pero dichas decisiones se pronuncian a nombre de la Administración, ya que formalmente dichos organismos siguen perteneciendo a la esfera de la propia administración. si bien con una autonomía mayor que la del sector antes mencionado (de jurisdicción retenida), pues la ley les ha delegado las facultades jurisdiccionales que pertenecían anteriormente a las autoridades administrativas".(194)

A partir del 1º de abril de 1967, fecha en que entró en vigor la primera Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, éste se convirtió en un órgano de jurisdicción dotada de plena autonomía, la cual, en la autorizada opinión de Fix-Zamudio:

"...se configura cuando el órgano que resuelve las controversias administrativas, pertenece o no formalmente al departamento judicial, dicta sus fallos de manera autónoma, sin vinculación de manera formal con la administración activa".(195)

El Estado de México fue el primero en crear un tribunal fiscal a nivel local, cuyas actividades se iniciaron en 1958, bajo el nombre de Tribunal Fiscal del Estado de México, el cual fue sustituido el 1º de enero de 1987 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México, con jurisdicción general en materia administrativa, de acuerdo a lo previsto, en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de México, en vigor a partir del inicio de 1987.

En 1976 se creó el Tribunal Fiscal del Estado de Veracruz, como un órgano independiente del Poder Judicial y jurisdicción específica en materia tributaria. Más tarde, en 1977, se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Sonora, el cual, no obstante su denominación, tiene su jurisdicción limitada a la materia tributaria, según se señala en el artículo 19 de su Ley Orgánica, de 20 de enero de 1977.

193. Fix Zamudio, Héctor. Introducción a la Justicia... Op. cit. p. 58.

194. Idem. pp. 58 y 59.

195. Idem. p. 59.

El 17 de julio de 1971 inició sus actividades el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, creado por la Ley de 25 de febrero del mismo año. Posteriormente se han establecido tribunales de lo contencioso administrativo en varios Estados de la República, entre ellos el de Sinaloa, el cual bajo la denominación de Tribunal Fiscal, tiene jurisdicción general en materia administrativa. Cuentan también con tribunal de lo contencioso administrativo los Estados de Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, México, Querétaro y San Luis Potosí.

4.5 EL OMBUDSMAN.

La institución sueca del *ombudsman*, cuya traducción literal es la de "persona que tramita", empieza a gestarse en 1713, cuando el Rey Carlos XII creó el cargo de supremo representante del monarca, denominado *högste ombudsmännen* cuya función básica consistía en vigilar a los funcionarios del gobierno para que cumplieren sus obligaciones con apego a la ley.

Mas el *högste ombudsmännen* tuvo vida breve, porque en 1719 se le cambió el nombre por el de *justitiekansler*, o sea canciller de la justicia, cuya designación dejó de ser atribución real para pasar a serlo de la representación estamental. Debido a sus evoluciones, a principios del siglo XIX, el *justitiekansler* se había convertido en una especie de ministro de justicia.(196)

El ingreso definitivo de la institución del *ombudsman* al ámbito jurídico ocurre al expedirse la Constitución sueca de 1809 cuyo artículo 96 disponía que el parlamento designase a:

"un jurisconsulto de probada ciencia y de especial integridad, en calidad de mandatario (*ombudsman*) del *Riksdag* (parlamento), encargado, según las instrucciones que éste le dará, de controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios y de perseguir ante los tribunales competentes, según las leyes, a aquellos que en el cumplimiento de sus funciones hayan cometido ilegalidades o negligencias por parcialidad, favor o cualquier otro motivo. Estará sujeto, en todo caso, a las mismas responsabilidades y tendrá los mismos deberes que el Código de Procedimientos prescribe para los acusadores públicos."(197)

196. Cfr. Fairén Guillén, Víctor. El defensor del pueblo Ombudsman. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1962 T. I. p. 36.

197. Tomado de: Fairén Guillén Víctor Op cit. p. 37

El *ombudsman* de la Constitución sueca de 1809, llamado *justitieombudsman* que, como ya se dijo, era mandatario del parlamento, convivió con el *justitiekansler*, representante de la Corona, ambos con atribuciones en principio muy similares. Así, el *justitieombudsman*, como apunta Lourdes García Ruiz, "... surgió en la Constitución de 1809 como un medio de control gubernamental, al otorgarse al Parlamento la facultad de designar un *ombudsman* para proteger la observancia de las leyes por parte de las autoridades administrativas y los tribunales."(198)

Actualmente el *ombudsman* en Suecia se organiza en los términos de los artículos 6o. y 8o. del capítulo 12 de su Constitución (Nuevo instrumento de gobierno) promulgada el 28 de febrero de 1974 y en vigor a partir del primero de enero de 1975, que a la letra dicen:

"Artículo 6o. El Parlamento elegirá uno o varios Ombudsman para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento acuerde, ejerzan supervisión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El Ombudsman podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instrucciones especifiquen.

El *ombudsman* podrá asistir a las deliberaciones de tribunales o de autoridades administrativas y tendrá acceso a las actas y documentos de dichas autoridades. Los tribunales y autoridades administrativas, así como los funcionarios del Estado o de los municipios, deberán ayudar al *Ombudsman* dándole los datos y los informes que necesite, y la misma obligación incumbe a las demás personas que se hallan bajo la supervisión del *Ombudsman*. Los acusadores públicos (*allmän åklagare*) deberán prestar asistencia al *Ombudsman* si éste la solicita.

El Reglamento de la Cámara establecerá normas suplementarias sobre el *Ombudsman*.

Artículo 8o. Toda acusación por infracción cometida en el desempeño del cargo de miembro del Tribunal Supremo o del Consejo de Gobierno se planteará ante el Tribunal Supremo por el *Ombudsman* del Parlamento o por el Fiscal General (*Justitiekansler*).

198. García Ruiz, María de Lourdes. La Participación Ciudadana en las Decisiones Político-Administrativas del Estado Mexicano. México. M.G. Castañón. Ediciones e Impresiones. 1985. pp. 203 y 204.

El Tribunal Supremo entenderá así mismo del caso cuando un miembro del propio Tribunal o del Consejo de Gobierno fuere. con arreglo a lo que se haya dispuesto en la materia. separado o destituido de su cargo, o se le considere obligado a sufrir reconocimiento médico. La acción judicial se presentará por el *Ombudsman* del Parlamento o por el Fiscal General."(199)

Como salta a la vista, persiste la coexistencia del *ombudsman* (defensor del pueblo, le llaman los españoles) y del *justitiekansler* (Procurador General, traduce Fairén Guillén); el primero como mandatario del Parlamento, y el segundo como representante de la Corona. Se dice que en los casos de supervisión de la administración, el *justitiekansler* únicamente ha intervenido en un cinco por ciento de ellos, (200) lo cual evidencia que en casi todos los casos de está índole. quien interviene es el *ombudsman*.

4.5.1 EL OMBUDSMAN EN OTROS PAISES.

De Suecia, el *ombudsman* pasó primero a Finlandia, cuando este país se independizó de Rusia en 1919, siendo conveniente señalar que. al iniciarse la gestación del *ombudsman* en Suecia. hacia 1713, Finlandia formaba parte de ella, habiendo pasado más tarde al dominio ruso. como Gran Ducado de Finlandia. cuyo gran duque era el zar de Rusia. Al término de la Primera Guerra Mundial, Finlandia proclamó su independencia a la caída del régimen zarista. y el 17 de julio de 1919 expidió su Constitución que. en su artículo 49, regula la designación del *ombudsman* finlandés. llamado *oikeusasiamies eduskunnan*. que significa "delegado del Parlamento", en los términos siguientes:

"Artículo 49.- En cada período regular de sesiones el Parlamento (*eduskunnan*) elegirá por cuatro años de mandato, de acuerdo con el procedimiento previsto para la elección de su propio presidente, una persona distinguida por sus conocimientos en Derecho, la cual será el Delegado Judicial del Parlamento (*oikeusasiamies eduskunnan*). El Delegado Judicial supervisará la observancia de las leyes en las actuaciones de los Tribunales y de otras autoridades, con arreglo a las instrucciones que le dé el Parlamento. Se elegirá así mismo, por el mismo procedimiento, un Delegado Judicial suplente que sustituirá al Delegado Judicial en caso de impedimento de éste.

199. Tomado de: Darana, Mariano. Op. cit. T. 2. pp. 1778 y 1779.

200. Cfr. Fairén Guillén, Victor. Op. cit. p. 39.

El Delegado judicial del Parlamento tendrá el mismo derecho que el Canciller de Justicia de asistir a las reuniones del Consejo de Estado y de los Tribunales y dependencias públicas, de acceso a las actas del Consejo de Estado y de sus Ministros, de los Tribunales y otra autoridades y, bajo la responsabilidad que la ley impone a los acusadores públicos, de entablar o hacer que se entable acción contra delitos públicos por prevaricación o por negligencia en los cargos públicos.

El Delegado judicial presentará al Parlamento un informe anual sobre la gestión de su cargo, el estado de la administración del derecho y los defectos que haya observado en la legislación."⁽²⁰¹⁾

Como se advierte, a diferencia del *ombudsman* de Suecia cuya titularidad es plural, pues pueden ser hasta cuatro los titulares; el de Finlandia es unipersonal, pero apoyado por un suplente y, a partir de la enmienda del 15 de enero de 1971, también por un diputado que, si fuere necesario, asume las obligaciones del suplente, si éste se hallare impedido para hacerlo.⁽²⁰²⁾

Otro punto de diferencia con el *ombudsman* sueco estriba en que al finlandés no le afecta la disolución del Parlamento, ni puede ser cesado por éste. Por lo demás, el nombramiento también debe recaer en un experto en derecho, compartiendo funciones con el procurador o canciller de justicia, cuyas remuneraciones deberán ser iguales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los otros dos Estados escandinavos, Noruega y Dinamarca, adoptaron también la institución del *ombudsman*, como delegado del parlamento: más tarde apareció en un gran número de países, tales como Nueva Zelanda, Israel, Portugal, España y México, entre otros.

4.5.2 RASGOS COMUNES DE LOS OMBUDSMAN.

Un análisis de la institución, ya universal, del *ombudsman*, realizado a la luz del derecho comparado, nos permite señalar rasgos comunes de la mayoría de las versiones de esta aportación sueca a la ciencia jurídica y a la protección de los derechos humanos. Los más importantes de esos rasgos se comentan enseguida.

201. Tomado de: Derana, Mariano. Op. cit. T. I, p. 826.

202. Cfr. Fairén Guillén, Victor. Op. cit. p. 127.

a) El *ombudsman* es un órgano autónomo de vigilancia de la administración pública. receptor de quejas del pueblo en contra de abusos y errores de la burocracia. en defensa de los derechos humanos.

b) El *ombudsman* no se involucra en el partidismo político.(203)

c) El *ombudsman* es nombrado por el órgano legislativo, por el ejecutivo. o por ambos, siendo por lo general inamovible durante el período por el que fue designado. salvo en algunos casos, como en Suecia donde puede ser relevado por disolución del parlamento que lo nombró.

d) El *ombudsman* puede ser unipersonal (un solo titular), pluripersonal (varios titulares actuando separadamente), o colegiado (un cuerpo plural cuyas decisiones se toman por decisión mayoritaria).

e) Se exige que los titulares de los *ombudsman* sean de honestidad y prestigio imolutos, y en muchos casos se establece el requisito de que sean expertos en derecho.

f) Las resoluciones del *ombudsman* adoptan las formas de recomendaciones, sugerencias, opiniones, advertencias, recordatorios, y admoniciones, sin tener carácter vinculatorio o imperativo para la persona u órgano al cual se refieran. ya que no se trata de una magistratura de imposición coercitiva, sino de disuasión.

g) Pese a carecer de la potestad coercitiva, el *ombudsman* suele tener una gran fuerza, gracias a la publicidad que se da en los medios masivos de comunicación a sus resoluciones; así como a la publicación de sus informes periódicos que debe presentar al órgano legislativo y al ejecutivo.

h) El *ombudsman*, por lo general. es de fácil acceso para los quejosos potenciales. quienes pueden presentar su queja personalmente o por medio de representante.

i) El procedimiento ante el *ombudsman* es sencillo y carece de mayores formalismos, lo cual permite un trámite rápido y expedito.

203. La neutralidad política del ombudsman ha sido una costumbre invariable en los países escandinavos. y en Israel se tiene por disposición legal que ordena: "durante el plazo del cumplimiento de sus funciones, el Controlador -ombudsman- no debe comprometerse en política". Tomado de: Fairén Guillén, Victor. Op. cit. p. 45

j) El trámite ante el *ombudsman* no da lugar a costas; sin embargo, en Nueva Zelanda, por ejemplo, los quejosos deben pagar una modesta suma "para desalentar a los curiosos y a los molestos extravagantes".

k) Para la presentación de una queja ante el *ombudsman*, salvo excepciones, no se requiere agotar los recursos administrativos y judiciales; además la presentación de la queja no afecta los otros derechos y medios de defensa que pueda tener el quejoso.

l) El *ombudsman* no investiga quejas relativas a los actos jurisdiccionales, ni a cuestiones electorales.

m) El *ombudsman* puede desempeñar la función de acusador público.

4.5.3. EL OMBUDSMAN EN MEXICO.

En México, la institución del *ombudsman* se establece en definitiva a nivel nacional, con sus características universales, como resultado de la adición del apartado "B" al artículo 102 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 28 de enero de 1992, conforme a la cual:

"El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados."

Pero antes de producirse esta modificación constitucional, ya habían existido en México diversas instituciones con cierta similitud con la del *ombudsman*.

A. LA PROCURADURIA DE POBRES DE SAN LUIS POTOSI

El primer antecedente del *ombudsman* en México se remonta a 1847, año en el que el día 5 de marzo, en San Luis Potosí, el Gobernador del Estado Ramón Adame, en plena guerra con los Estados Unidos, promulgó la llamada Ley de Procuradurías de Pobres, aprobada por el Congreso del Estado -a la sazón presidido por el diputado Antonio Ladrón de Guevara-, cuyo artículo primero ordenaba:

"Habrá en el Estado tres Procuradores de pobres, nombrados por el gobierno y dotados con el sueldo anual de mil doscientos pesos cada uno."(204)

La función de estos procuradores consistía en la defensa de las personas desvalidas, víctimas de cualquier exceso, agravio, vejación, maltrato o tropelía, tanto en el ámbito judicial, como en el político y el militar, mediante actos de cualquier autoridad o agente público. Acerca de este primer antecedente del *ombudsman* en México, Gonzalo Armienta Calderón afirma:

"Hemos de dejar bien asentado que la Procuraduría de Pobres fue una institución señera en cuanto a los males a remediar, las empresas a acometer y las vías de humanidad a transitar."(205)

B. LA DIRECCION PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN EL ESTADO DE NUEVO LEON

Otro antecedente del *Ombudsman* en México lo representa la Dirección Para la Defensa de los Derechos Humanos creada en el Estado de Nuevo León, mediante la Ley Para la Defensa de los Derechos Humanos, cuya iniciativa remitió a la Legislatura local, el Gobernador Pedro Zorilla Martínez, el 23 de diciembre de 1978, habiendo sido aprobada el 30 de diciembre del mismo año, y publicada en el Diario Oficial del Estado de Nuevo León, el 3 de enero de 1979.

El objeto de la institución mencionada en el párrafo anterior era el de auxiliar al titular del Poder Ejecutivo del Estado a coordinar el Sistema para la Defensa de Derechos Humanos, en el

204. Tomado de: Comisión Nacional de Derechos Humanos Op. cit. p. 45

205. Armienta Calderón, Gonzalo. El Ombudsman y la Protección de los Derechos Humanos. México, Editorial Porrúa, 1992, p. 47.

Estado de Nuevo León, cuyas bases se crearon en la ley antes mencionada. En los términos de los dos últimos párrafos del artículo 3º de la mencionada ley, la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos quedó facultada para:

"... realizar gestiones inéditas, extrajudiciales, y en su caso, iniciar o continuar los procedimientos de carácter judicial o administrativo que procedan, con todo tipo de autoridades, sean Municipales, Estatales o Federales; ante organismos descentralizados, personas morales de cualquier clase, o gestiones con grupos o individuos determinados o que puedan resultar responsables y que afecta, con su actuación, los derechos que esta ley protege, acudiendo si se requiere, a la opinión pública y representando a la sociedad en su derecho a la información, o a los particulares o autoridades en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

"Las vías de defensa a que se refiere esta Ley no substituyen, sino complementan sin excluirlas, a las ya previstas en el orden Jurídico mexicano."

C. EL PROCURADOR DE VECINOS DEL MUNICIPIO DE COLIMA

El Ayuntamiento del Municipio de Colima, en sesión de Cabildo del 21 de noviembre de 1983, adoptó un acuerdo encaminado a crear la figura del Ombudsman municipal, bajo la denominación de "Procurador de Vecinos", la cual quedó reconocida en los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Colima, publicada el 8 de diciembre de 1984.

El Procurador de Vecinos es designado por el Cabildo, a propuesta del Presidente Municipal; está facultado para recibir e investigar las quejas presentadas por los afectados contra las autoridades administrativas municipales y, con base en las investigaciones realizadas, proponer a la autoridad correspondiente formas de solución -sin carácter obligatorio- a la queja presentada; también está autorizado para recibir las propuestas populares sobre la administración municipal, y sugerir, al respecto, las reformas respectivas que estime pertinentes.

Entre sus obligaciones destaca la de rendir anualmente un informe de actividades ante el Cabildo, con un resumen de las soluciones propuestas a las autoridades y de las reformas sugeridas a los procedimientos y a las leyes que norman la actuación de la administración municipal.

D. LA DEFENSORIA DE LOS DERECHOS UNIVERSITARIOS, EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

En mayo de 1985, el doctor Jorge Carpizo, a la sazón Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, presentó ante el Consejo Universitario la propuesta de crear la Defensoría de los Derechos Universitarios -la cual fue aprobada el día 29 del mismo mes y año- como un órgano de carácter independiente, facultado para recibir las reclamaciones individuales de los estudiantes y del personal académico por la vulneración de sus derechos establecidos en la legislación universitaria, y proponer a las autoridades universitarias, previa realización de las investigaciones respectivas, las soluciones correspondientes, en su caso.

El titular de esta Defensoría, que viene a ser el *ombudsman* universitario, denominado Defensor de los Derechos Universitarios, es nombrado para un período de cuatro años, prorrogable por otros cuatro, por el Consejo Universitario de entre una terna propuesta por el Rector.

Compete a la referida Defensoría, en los términos del artículo 12 de su Reglamento vigente a partir del 12 de agosto de 1986, conocer de los actos, resoluciones u omisiones de los funcionarios, profesores, dependencias administrativas o académicas de la Universidad, contrarios a la legislación universitaria, que afecten los derechos universitarios de los estudiantes y miembros del personal académico, salvo que, como se establece en el artículo 13 del mismo Reglamento, se trate de asuntos laborales, resoluciones disciplinarias, evaluaciones académicas, y violaciones impugnables por otra vía establecida en la legislación universitaria. Los resultados de la actuación del *ombudsman* universitario los resumió Sonia Venegas Álvarez en los siguientes términos:

"... la Defensoría de los Derechos Universitarios ha demostrado ser una noble institución que al año de nacida, ya nos brinda generosa, hermosos y maduros frutos, cual sólida y acrisolada institución. Lovable y encomiable, pues, la fructífera labor; digna pionera en la ruta decisiva y definitiva hacia la implantación del *Ombudsman* en nuestro México."(206)

E. LA COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

A nivel nacional, la institución del *ombudsman* hace su aparición mediante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Órgano Desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, creado mediante decreto presidencial del día 5 de junio de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 6 del mismo mes y año.

Posteriormente, con el propósito de elevar a rango constitucional la protección de los Derechos Humanos, a promoción del titular del Poder Ejecutivo Federal, se agregó un apartado "B" al artículo 102 de nuestra Ley fundamental (Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1992), que a la letra dice:

"El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales o jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados."

En cumplimiento de lo dispuesto por el apartado "B" agregado al artículo 102 constitucional, se expidió la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Diario Oficial del 29 de junio de 1992), conforme a la cual nuestro *ombudsman* se estructura como un Organismo público descentralizado y, como tal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objeto esencial estriba en "la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano". (Art. 2o.)

En términos generales, la Comisión Nacional de Derechos Humanos tiene los rasgos característicos del *ombudsman* por tratarse de un organismo público descentralizado, con autonomía jurídica, financiera y técnica, al contar con personalidad jurídica, patrimonio y regulación propios; así como por tener competencia para recibir quejas e investigar, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal; o cuando los gobernados cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o cuando éstos últimos se nieguen, sin fundamento legal, a ejercer sus atribuciones relativas a dichos ilícitos, especialmente en los casos de conductas que vulneran la integridad física de las personas; así como porque sus resoluciones adoptan la forma de "recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias", y por estar facultada para formular denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

En los términos del artículo 6º de la ley que la creó, la Comisión Nacional de Derechos Humanos tiene las atribuciones siguientes:

I. Recibir quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos:

II. Conocer e investigar, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones a Derechos Humanos en los siguientes casos:

a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal.

b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;

III. Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

IV. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de Derechos Humanos de las Entidades Federativas a que se refiere el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política;

V. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los organismos de Derechos Humanos a que se refiere la fracción anterior, y por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de éstos por parte de las autoridades locales, en los términos señalados por esta ley;

VI. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita;

VII. Impulsar la observancia de los Derechos Humanos en el país.

VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a Juicio de la Comisión Nacional redunden en una mejor protección de los Derechos Humanos;

IX. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los Derechos Humanos en el ámbito nacional e internacional;

X. Expedir su Reglamento Interno;

XI. Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de Derechos humanos;

XII. Supervisar el respeto a los Derechos Humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país;

XIII. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos;

XIV. Proponer al Ejecutivo Federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos;

XV. Las demás que le otorguen la presente ley y otros ordenamientos legales."

En consonancia con lo dispuesto por el segundo párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional, el artículo 7º de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos prohíbe a

ésta conocer de actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, de resoluciones de carácter jurisdiccional, de conflictos laborales, y de consultas sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

Tratándose de quejas o inconformidades contra actos u omisiones de autoridades judiciales, la Comisión Nacional de Derechos Humanos será competente, excepción hecha de autoridades judiciales federales, en los casos que tales casos u omisiones tengan carácter administrativo, nunca cuando sean cuestiones jurisdiccionales.

Acorde con uno de los rasgos característicos del *ombudsman* típico, los dos únicos presidentes que hasta ahora ha tenido la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se caracterizan como juristas de gran prestigio, con una impoluta trayectoria profesional, desarrollada al margen de los partidos políticos.

Tanto al presidente de nuestro *ombudsman*, como a los integrantes de su Consejo, los nombra el titular del Poder Ejecutivo, con la aprobación del Senado;(207) y en los recesos de éste, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Como el *ombudsman* finlandés, el de México también dura en el cargo cuatro años y puede ser nuevamente designado, sólo para otro período de cuatro años, pudiendo ser destituido únicamente por las causas y mediante los procedimientos establecidos en el título cuarto de nuestra Constitución; todo lo cual, aunado al fuero otorgado al presidente y a los visitadores generales de la Comisión,(208) y a la circunstancia de que ésta no depende jerárquicamente de ningún órgano de gobierno y sólo debe informar anualmente de sus actividades al Congreso de la Unión y al titular del Poder Ejecutivo Federal, le da a nuestro *ombudsman* una independencia razonable para el adecuado desempeño de sus funciones.

207. Esta fórmula de designación está contemplada en el Proyecto de Harvard de un Estatuto para la creación de la oficina del *Ombudsman*, que se transcribe a continuación: "Sección 202. Nombramiento del *Ombudsman*. El Gobernador, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará al *Ombudsman*" tomado de Rowat Donald C. El *Ombudsman*. Trad. Eduardo L. Suárez. México. Fondo de Cultura Económica. 1973 p 400

208. Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos "Artículo 13 - El Presidente de la Comisión Nacional, y los Visitadores Generales no podrán ser detenidos ni sujetos a responsabilidad civil, penal o administrativa, por las opiniones y recomendaciones que formulen, o por los actos que realicen, en ejercicio de sus funciones propias de sus cargos que les asigna esta ley.

La presentación de quejas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos es fácil y sencilla, requiriéndose solamente presentarlas por escrito, aun cuando puede hacerse oralmente cuando se trate de comparecientes menores de edad o que no puedan escribir, tampoco se requiere agotar previamente los posibles recursos judiciales y administrativos que pueda tener el quejoso, y no está previsto el pago de costas.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos carece de facultades para conocer de asuntos referentes a resoluciones y actos de organismos y autoridades electorales, resoluciones de carácter jurisdiccional, y conflictos laborales o consultas formuladas por autoridades y particulares, acerca de la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

Pese al poco tiempo que tiene de funcionar la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ha evolucionado para su perfeccionamiento mediante reformas constitucionales y legales encaminadas a dar a esta institución las bases jurídicas para su adecuado desarrollo y eficiente desempeño, en beneficio del pueblo, lo cual no descarta la posibilidad de que, en el futuro, se realicen nuevas reformas estructurales y funcionales a dicha institución, en un proceso de perfeccionamiento, de acuerdo a la experiencia que en el porvenir se obtenga.

F. OTRAS INSTITUCIONES FEDERALES TIPO OMBUDSMAN.

Existen en México, a nivel federal, otras instituciones de reciente creación que tienen cierto parecido con la del Ombudsman, ellas son la Procuraduría Agraria y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. Respecto de la primera, el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de noviembre de 1992, dispone:

"Artículo 22.- Cuando la Comisión Nacional reciba una queja por presuntas violaciones a los Derechos Humanos en materia agraria, que sea de la competencia de la Procuraduría Agraria, la turnará de inmediato a dicho Procuraduría notificando de esta remisión al quejoso."

En cuanto a la Procuraduría Federal de Protección al ambiente, el artículo 24 del referido reglamento ordena que cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos reciba una queja en materia ecológica, de inmediato la deberá remitir a la Procuraduría Federal de Protección al

Ambiente, para que se le dé el tratamiento correspondiente, en un trámite similar al señalado en el artículo 22 antes transcrito.

Además, el artículo 25 del mismo ordenamiento reglamentario establece la competencia de la Comisión Nacional de Derechos humanos, para conocer en segunda instancia de quejas en materia ecológica de las que, en primera instancia, conoció la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, referidas a hechos concretos en los que sea una comunidad la afectada y no una persona en particular.

4.6 ORGANISMOS PUBLICOS DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

En todas las entidades federativas, se han creado sendos organismos públicos de protección de derechos humanos, con las denominaciones siguientes:

Procuraduria de Proteccion Ciudadana del Estado de Aguascalientes.

Procuraduria de Los Derechos Humanos Y Proteccion Ciudadana del Estado de Baja California.

Comision Estatal de Derechos Humanos del Estado de Baja California Sur.

Comision de Derechos Humanos del Estado de Campeche.

Comision de Derechos Humanos del Estado de Coahuila.

Comision de Derechos Humanos del Estado de Colima.

Comision Estatal de Derechos Humanos del Estado de Chiapas

Comision Estatal de Derechos Humanos de Chihuahua.

Comision de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Comision de Derechos Humanos del Estado de Durango.

Procuraduria de Los Derechos Humanos Para El Estado de Guanajuato.

Comision de Defensa de Los Derechos Humanos Del Estado de Guerrero

Comision de Derechos Humanos del Estado de Hidalgo

Comision Estatal de Derechos Humanos de Jalisco.

Comision de Derechos Humanos del Estado de Mexico.

Comision Estatal de Derechos Humanos de Michoacan

Comision Estatal De Derechos Humanos del Estado de Morelos.

Comisión De Defensa De Los Derechos Humanos del Estado de Nayarit.
Comisión Estatal De Derechos Humanos del Estado de Nuevo Leon.
Comisión De Derechos Humanos del Estado Libre Y Soberano de Oaxaca
Comisión Estatal De Defensa de Derechos Humanos del Estado de Puebla.
Comisión Estatal De Derechos Humanos de Queretaro.
Comisión de Derechos Humanos del Estado de Quintana Roo.
Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosi.
Comisión Estatal de Protección A Los Derechos Humanos de Sinaloa.
Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora.
Comisión Estatal de Derechos Humanos de Tabasco.
Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Tamaulipas.
Comisión de Derechos Humanos del Estado de Tlaxcala.
Comisión de Derechos Humanos del Estado de Veracruz.
Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatan.
Comisión de Derechos Humanos del Estado de Zacatecas.

Conforme a lo dispuesto por el apartado B del artículo 102 constitucional, y de lo concordantemente establecido en el capítulo IV de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, dicha institución conoce de las inconformidades presentadas en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos antes listados.

4.7 EL SISTEMA NACIONAL DE OMBUDSMAN

Como hemos visto, la institución del *ombudsman* ha sido adoptada en México, tanto a nivel nacional, como de las entidades federativas y de los municipios, hasta integrar en breve lapso de tiempo un amplio sistema de *ombudsman*, como acertadamente apunta Jorge Madrazo:

"En poco más de tres años, la institución del *Ombudsman* ha tenido en México un desarrollo que no puedo menos que calificar como sorprendente. Hace un trienio, fuera del mundo académico, dicha instancia era prácticamente desconocida, e incluso el vocablo sueco resultaba impronunciable para muchos.

En la actualidad, México defensor decidido de los Derechos Humanos, cuenta por ello con uno de los sistemas de más grandes del mundo: 32 a nivel estatal y uno a nivel

nacional; también con uno ecológico, otro agrario y uno universitario, precisamente en esta casa de estudios. Hace unas cuantas semanas, dentro de esta misma corriente, un periódico de circulación nacional creó la figura del defensor del lector." (209)

4.8 EL OMBUDSMAN INTERNACIONAL

El 21 de Diciembre de 1993, la 48 Asamblea de la ONU decidió crear el cargo de Alto Comisionado para los Derechos Humanos, cuya función consistirá básicamente en "promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales"(210) en el contexto de la Carta de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos; por tanto, habrá de promover y proteger el disfrute pleno de los derechos sociales, políticos, económicos, culturales y civiles, por parte de todo individuo.

El titular de este nuevo cargo, considerado por la prensa internacional como el Ombudsman Internacional, tendrá rango de Subsecretario General y será nombrado por el Secretario General, con aprobación de la Asamblea General, durará en el cargo cuatro años, con la posibilidad de prorrogarse por otro periodo, sujetándose los nombramientos de este nuevo funcionario a una rotación geográfica.

4.9 LOS ORGANOS SUPRANACIONALES JURISDICCIONALES

La comunidad internacional, con el fin de proteger los derechos humanos ha convenido la creación de órganos supranacionales jurisdiccionales que funcionan a nivel mundial, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, y el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias; otros órganos funcionan a nivel regional, como la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El conocimiento de estos órganos internacionales acerca de denuncias de violaciones de derechos humanos, se limita a los países cuyos gobiernos han suscrito los pactos y protocolos

209 Madrazo, Jorge. Palabras pronunciadas al inaugurar los trabajos de la Conferencia Internacional sobre el Ombudsman Judicial. "El Ombudsman Judicial" México, C.N.D.H.1993, p.4
210. Qizhong, Liu. (De la Agencia Xinhua). "La Prensa", México, 22-12-93. Sección A. p. 9.

respectivos que crean la normativa internacional sobre la materia y dan vida a los mencionados órganos.

A este respecto, por ejemplo, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, precisa los límites de competencia del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo primero, en los siguientes términos:

"Todo Estado parte en el pacto, que llegue a ser parte en el presente protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo."(211)

Con lo anterior concluimos nuestro breve apunte acerca de los órganos, ordenamientos, instituciones y mecanismos encaminados a asegurar el respeto y vigencia efectiva de los Derechos Humanos, propósito que, en la práctica dé sentido y realidad al **hipotético origen consensual del Estado**, toda vez que en la vigencia cabal y efectiva de los Derechos Humanos radica precisamente el motivo por el cual el hombre da su consentimiento para constituir y cotidianamente refrendar al Estado que le garantiza tales derechos, o sea el Estado de Derecho

4.10 RESUMEN.

El reconocimiento de los derechos humanos, por parte de los organismos internacionales y de sus Estados miembros no pasa de ser una ficción o un enunciado carente de sentido, si no se respalda con órganos, ordenamientos, instituciones y mecanismos que aseguren su respeto, o garanticen la reinstalación en su goce, hasta donde sea posible.

Entre los principales dispositivos de defensa de los derechos humanos frente al Estado y sus servidores, registrados por el derecho positivo contemporáneo, podemos citar la división de funciones del poder público y su asignación a órganos diferentes, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, el juicio de amparo, el hábeas corpus, los recursos administrativos, el contencioso-administrativo, el ombudsman, así como los tratados internacionales y órganos supranacionales destinados a la protección de los derechos humanos.

211. Tomado de O'Donnell. Daniel. Op. cit. p. 418.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Las teorías que ubican el origen del Estado en la voluntad humana, conocidas como contractualistas, tienen como soporte la idea del consentimiento.

SEGUNDA. El consentimiento viene a ser un acuerdo de voluntades exteriorizadas, provenientes de diversos sujetos, vinculados por un fin común.

TERCERA. Para dar vida al Estado, según el contractualismo, se requiere de un consentimiento colectivo, es decir, de un consenso que entraña un acuerdo o resolución adoptada por la mayoría o la totalidad de los integrantes de un conglomerado social.

CUARTA. Conforme a la teoría contractualista, el consenso generador del Estado, tiene carácter de convenio, por tratarse de la concordancia de voluntades de un grupo de sujetos, con miras a producir un efecto jurídico-político.

QUINTA. El convenio creador del Estado, llamado contrato por unos, pacto por otros, y tratado por algunos más, subyace en las ideas de quienes sostienen el origen consensual del Estado.

SEXTA. Celebrado el tratado, pacto o contrato social, los sujetos suscriptores del mismo, habrán de aplicar el principio de derecho *pacta sunt servanda*, por cuya razón quedan obligados a respetar invariablemente el pacto social que da vida al Estado.

SEPTIMA. La idea del pacto social es muy antigua, pues data cuando menos de la época de la sofística, como lo acreditan las referencias que de ella hacen Calicles, Hippias, Protágoras y otros sofistas.

OCTAVA. El iusnaturalismo retoma la idea del contrato social, como se aprecia en las obras de Grocio, Altusio y Francisco de Suárez, cobrando auge gracias al *Leviathan* de Thomas Hobbes y a las obras de Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf y Ricardo Hooker.

NOVENA. La idea del contrato social llega a su apogeo con John Locke y Jean-Jacques Rousseau; Emmanuel Kant, también figuró entre sus partidarios. En el Siglo XX. Rudolf Smend y Hermann Heller postularon nuevas versiones del contractualismo socio-político.

DECIMA. Un análisis del contractualismo socio-político de todos los tiempos nos permite apreciar que en el trasfondo de toda tesis de pacto social subyace la idea de que los hombres suscriben o se adhieren a ese contrato para constituir o conservar una sociedad, con el propósito de alcanzar un nivel de vida más elevado y, mediante el sacrificio de algunas libertades, garantizar el disfrute de las restantes, traducidas en un cúmulo de derechos subjetivos, de los cuales los más importantes vienen a ser los llamados Derechos Humanos. Lo anterior comprueba la hipótesis de la estrecha vinculación teórica entre el origen consensual del Estado y los Derechos Humanos, pues el deseo de la vigencia efectiva de éstas mueven al hombre a dar su consentimiento para crear al Estado.

DECIMA PRIMERA: Como norma jurídica que es, el derecho objetivo regula coercitivamente gran parte de la conducta externa humana; la parte restante no debe ser regulada por la norma jurídica, porque convertiría al hombre en autómatas. Por ello debe respetarse un ámbito mínimo de irrestricta libertad que permita el desarrollo del libre albedrío del ser humano en un plano de igualdad, sin más límite que el respeto a la similar libertad de sus semejantes, garantizándole su vida y su derechos subjetivos.

DECIMA SEGUNDA: En el referido ámbito mínimo de libertad se ejercitan los derechos fundamentales del hombre, conocidos como Derechos Humanos, los cuales son derechos subjetivos connaturales al ser humano, inalienables e irrenunciables: entendiéndose por derecho subjetivo la facultad derivada de la norma jurídica.

DECIMA TERCERA: Los derechos a que se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se pueden clasificar en dos grupos, en el primero se ubican aquellos derechos que el hombre tiene por el simple hecho de serlo, por cuya razón les denominamos Derechos Humanos *stricto sensu* o propiamente dichos; el segundo grupo se integra con los derechos que, para acceder a su ejercicio, se requiere tener cierto estado o condición o cubrir determinados requisitos, lo que significa que la sola calidad humana no confiere estos derechos y, por consecuen-

cia, no todos los seres humanos pueden ejercerlos o disfrutarlos, por carecer algunas de esas personas del estado o condición requeridos o por no cubrir los requisitos respectivos. por cuyo motivo les hemos llamado Derechos Humanos *lato sensu*.

DECIMA CUARTA: Conforman, según nuestro criterio, el grupo de los Derechos Humanos *stricto sensu*, el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad, el derecho a la seguridad, el derecho a tener una nacionalidad y el derecho al asilo.

DECIMA QUINTA: Integran en nuestra opinión, el conjunto de derechos humanos *lato sensu*: el derecho a casarse y fundar una familia, el derecho a la propiedad, el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y al descanso, el derecho a una remuneración equitativa, el derecho a la sindicación, el derecho a la educación, el derecho a la actividad pública, y el derecho a la actividad cultural.

DECIMA SEXTA: El reconocimiento de los Derechos Humanos, por parte de los organismos internacionales y de sus Estados miembros no pasa de ser una ficción o un enunciado carente de sentido si no se respalda con órganos, ordenamientos, instituciones y mecanismos que aseguren su respeto, o garanticen la reinstalación en su goce, hasta donde sea posible.

DECIMA SEPTIMA: Entre los principales mecanismos de defensa de los Derechos Humanos frente al Estado y sus servidores, podemos citar: el juicio de amparo, el *habeas corpus*, los recursos administrativos, el contencioso-administrativo, el *ombudsman*, así como los tratados internacionales y los órganos supranacionales destinados a la protección de los derechos humanos. No profundizamos en tales mecanismos, sino sólo hicimos una breve exposición de ellos, para no apartarnos en demasía del tema central de esta tesis.

DECIMA OCTAVA: Ninguno de los referidos mecanismos de defensa de los Derechos Humanos frente al poder público, basta por sí solo a proteger total y efectivamente tales derechos, dada la complejidad del aparato gubernamental contemporáneo, por lo que el Estado de Derecho debe emplear el mayor número posibles de ellos para satisfacer el secular anhelo del hombre de que "el poder detenga al poder."

BIBLIO - HEMEROGRAFIA

- 1.- Abbagnano, Nicola.- Diccionario de Filosofía. México Fondo de Cultura Económica, 1980.
- 2.- Ahrens, Enrique.- Curso de Derecho Natural. Trad. Pedro Rodríguez, Bélgica. Librería de A. Bouret, 1876.
- 3.- Arenas Egea, Luis y Jausás Martí, Agustín.- Tratado Práctico de Seguridad Social. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1979
- 4.- Aristóteles.- Política. Trad. Antonio Gómez Robledo. México, Editorial Porrúa, 1981.
- 5.- Armienta Calderón, Gonzálo.- El Ombudsman y la Protección de los Derechos Humanos. México, Editorial Porrúa, 1992.
- 6.- Armienta Hernández, Gonzálo.- Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos, México, Porrúa, 1991.
- 7.- Arozamena, Justo.- Estudios Constitucionales sobre los Gobiernos de América Latina. París, 1878.
- 8.- Basave Fernández del Valle, Agustín.- Teoría del Estado. Fundamentos de Filosofía Política, 1a. Ed., México, Editorial Jus. 1985.
- 9.- Beccaria, Césare Bonesano Márques de.- Tratado de los Delitos y de las Penas, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1990.
- 10.- Blamberg, I.- Diccionario Marxista de Filosofía. México Ediciones de Cultura Popular.
- Briseño Sierra, Humberto.- Derecho Procesal Fiscal. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975.
- 11.- Burgoa, Ignacio.- Las Garantías Individuales. México,7 Editorial Porrúa, 1986.

- 12.- Cabanellas, Guillermo.- Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968.
- 13.- Carlyle, A. J. La Libertad Política. Trad. Vicente Herrero. México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- 14.- Carpizo, Jorge.- Palabras pronunciadas el 15 de octubre de 1990. en la inauguración de la Jornada Nacional Contra la Totura. Memoria, México. C.N.D.H. 1991.
- 15.- Castán Tobeñas, José.- Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1941.
- 16.- Comisión Nacional de Derechos Humanos.- Derechos Humanos. Documentos y Testimonios de cinco siglos. Compilación, México, C.N.D.H. 1991.
- 17.- Constitución Política de Colombia, Bogotá.- Presidencia de la República, 1991.
- 18.- Copleston, Frederick.- Historia de la Filosofía. Trad. Juan Manuel García de la Mora, México, Editorial Ariel, 1986.
- 19.- Crossman R.H.S.- El pensamiento político inglés en la tradición europea. En: Trayectoria del Pensamiento Político. Mayer, J.P. con la colaboración de Crossmna y otros. Trad. Vicente Herrero, México, F.C.E. 1981.
- 20.- Daranas, Mariano.- Las Constituciones Europeas. Compilación. Madrid. Editora Nacional, 1979.
- 21.- De la Cueva, Mario.- Prólogo a "Presencia de Rosseau en América Latina". México. UNAM, 1962.
- 22.- Del Vecchio, Giorgio.- Filosofía del Derecho. Recaséns Siches. Luis.- Estudio de Filosofía del Derecho. México, UTEHA. 1946.
- 23.- Delos, José T.- Bien Común, Seguridad, Justicia. En: Le Fur. Delos. Radbruch. Carlyle.- "Los Fines del Derecho". México, UNAM. 1975.
- 25.- Díaz Müller. Luis.- Manual de Derechos Humanos. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

- 25.- Diccionario de Derecho Privado.- Directores Ignacio de Casp y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, Barcelona, Editorial Labor, 1954.
- 26.- Diccionario de Pedagogía.- Publicado bajo la dirección de Luis Sánchez Sarto. Barcelona, Editorial Labor, S.A.
- 27.- Diccionario de Política.- Dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, México, Siglo XXI Editores.
- 28.- Diccionario Unesco de Ciencias Sociales.- Editorial Planeta Agostini.
- 29.- Duguít, León.- Manual de Derechos Constitucionales. Trad. José G. Acuña. Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera. 1926.
- 30.- Enciclopedia Jurídica Española 1a. Ed.- Varios Autores. Francisco Seix. Editor, Barcelona 1912-1934.
- 31.- Enciclopedia Jurídica Omeba.- Buenos Aires. Bibliográfica Omeba, 1963.
- 32.- Enciclopedia Universal Ilustrada.- Espasa-Calpe, Madrid, 1926.
- 33.- Engels, Federico.- El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. México, Editores Unidos Mexicanos, 1977.
- 34.- Escola, Héctor Jorge.- Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967.
- 35.- Fairén Guillén, Víctor.- El defensor del pueblo, Ombudsman. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- 36.- Fassó, Guido.- Historia de la Filosofía del Derecho. Madrid, Editorial Pirámide, 1981.
- 37.- Ferrater Mora, José.- Diccionario de Filosofía. México, Ed. Atlante. 1941.
- 38.- Fix-Zamudio, Héctor.- Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano. México, El Colegio Nacional, 1983.

- 39.- Fix-Zamudio, Héctor.- Latinoamérica, Constitución, Proceso y Derechos Humanos. México Editorial Miguel Angel Porrúa, 1988.
- 40.- García Máynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho. México. Editorial Porrúa, 1990.
- 41.- García Rufz, María de Lourdes.- La Participación Ciudadana en las Decisiones Político-Administrativas del Estado Mexicano. M.G. Castañón, Ediciones e Impresiones, 1985.
- 42.- Gettel, Raymond G.- Historia de las Ideas Políticas. Trad. Teodoro González G. México, Editora Nacional, 1959.
- 43.- Grocio, Hugo.- Derechos de la Guerra y de la Paz. Trad. Jaime Torrubiano. Madrid, Editorial Reus, 1918.
- 44.- Guthrie, William K.C.- Los Filósofos griegos. Trad. Florentino M. Tomer. Fondo de Cultura Económica, 1982.
- 45.- Hegel, G.W.F.- Lecciones sobre la Historia de la Filosofía. Trad. W. Roces. México, F.C.E. 1979.
- 46.- Heller, Hermann.- Teoría del Estado. Trad. Luis Tobio. México. Fondo de Cultura Económica, 1977.
- 47.- Herrera Ortiz, Margarita.- Manual de Derechos Humanos. México. Editorial Pac. S.A. de C.V.
- 48.- Hobbes, Thomas.- Leviathan.- Trad. Manuel Sánchez Sarto. México. Fondo de Cultura Económica, 1987.
- 49.- Jellinek, George.- La declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Trad. Adolfo Posada. Madrid. Librería de Vitoriano Suárez. 1908.
- 50.- Kant, Manuel.- La Paz Perpetua. Trad. F. Rivera Pastor. México. Editorial Porrúa. 1975.

- 51.- Kelsen, Hans.- El Contrato y el Tratado. Trad. de Eduardo García Máynez, México, D.F. Editora Nacional, 1979.
- 52.- La Biblia.- Madrid, Ediciones Paulinas, 1972.
- 53.- Locke, John.- Ensayo sobre el gobierno Civil. México, Fondo de Cultura Económica, 1941.
- 54.- Madrazo, Jorge.- Palabras pronunciadas al inaugurar los trabajos de la Conferencia Internacional sobre el Ombudsman Judicial. "El Ombudsman Judicial" México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- 55.- Maquiavelo, Nicolás.- El Príncipe. 3a. Ed. Buenos Aires, Espasa Calpe Argentina, S.A.
- 56.- Mayer, J. P.- Trayectoria del Pensamiento Político. Trad. V. Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.
- 57.- Mondolfo, Rodolfo.- El pensamiento antiguo. Trad. Segundo A. Tri. Buenos Aires, Editorial Losada, 1964.
- 58.- Montesquieu, Charles de Secondant Barón de la Brède y de.- El espíritu de las leyes, Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Editorial Tecnos. S.A.
- 59.- Müller, Max y Halder, Alois.- Breve Diccionario de Filosofía. Trad. Alejandro Esteban Lator Ros, Barcelona, Editorial Herder. 1976.
- 60.- Nueva Enciclopedia Jurídica Española.- Barcelona. Francisco Seix, Editor, 1953-1992.
- 61.- O'Donnel, Daniel.- Protección Internacional de los Derechos Humanos, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1968.
- 62.- Paine, Thomas.- Los Derechos del Hombre, Barcelona. Ediciones Orbis. S.A. 1985.
- 63.- Plamenatz, John P.- Consentimiento, Libertad y Obligación Política, México, fondo de Cultura Económica 1970.

- 64.- Platón.- Diálogos Gorgias o de la Retórica. México, Editorial Concepto, S.A. 1978.
- 65.- Platón.- Diálogos. Hippias. México, Porrúa, 1984.
- 66.- Platón.- Diálogos. Protágoras o de los Sofistas. México. Editorial Concepto, S.A. 1978.
- 67.- Platón.- Politeia Libro II.
- 68.- Qizhong, Lui.- (de la Agencia Xinhua), Periódico "La Prensa" México. 22-12-93. Sección A.
- 69.- Ramnoux Clemence.- Los Presocráticos En: "Historia de la Filosofía Griega", bajo la dirección de Brice Parain, México, Siglo XXI. 1986.
- 70.- Recaséns Siches, Luis.- Filosofía del Derecho.- México, Editorial Porrúa, S.A. 1979.
- 71.- Rousseau, Juan Jacobo. El Contrato Social, Trad. Consuelo Bergés, Buenos Aires. Aguilar.
- 72.- Rowat, Donald C. El Ombudsman.- Trad. Eduardo L. Suárez. México. Fondo de Cultura Económica, 1973.
- 73.- Ruiz Funez, Mariano.- Delito y Libertad. Madrid. Editorial Morata. 1930.
- 74.- Sabine, George H.- Historia de la Teoría Política. Trad. Vicente Herrero. México. fondo de Cultura Económica, 1970.
- 75.- Sánchez Agesta. Luis.- Los Documentos Constitucionales y Supranacionales. Madrid, Editora Nacional. 1972.
- 76.- Sánchez Viamente, Carlos.- Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. México, Ediciones de la Facultad de Derecho. UNAM. 1956.
- 77.- Santos Jiménez, Rafael.- Tratado de Derecho Electoral.- La Habana. Editorial Lex. 1946.

- 78.- Serrano Millagón, Fernando.- El Particular Frente a la Administración, Necesidad de una Ley Federal de Procedimiento Administrativo 2a. ed. México, Porrúa, 1993.
- 79.- Stein Ekkehart.- Derecho Político, Madrid, Aguilar, 1973.
- 80.- Tena Ramírez, Felipe.- Leyes Fundamentales de México. 3a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1991.
- 81.- Terrazas, Carlos R.- Los Derechos Humanos y las Sanciones Penales en el Derecho Mexicano, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1989.
- 82.- Textos Internacionales de Derechos Humanos.- compilado por Javier Hervada y José M. Zumaquero, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1978.
- 83.- Truyol y Serra, Antonio.- Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 2a. Ed. Madrid, Revista de Occidente, S.A.
- 84.- Vallarta, Ignacio L.- El Juicio de Amparo y el Writ o Habeas Corpus.- México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1881.
- 85.- Venegas Alvarez, Sonia.- El Ombudsman en México. México UNAM, 1988.
- 86.- Voltaire.- Cartas Persas. México, Porrúa, 1978.
- 87.- Zanobini, Guido.- Cursos de Derecho Administrativo. Trad. Héctor Masnatta, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal.
- 3.- Código Fiscal de la Federación.
- 4.- Ley Aduanera.
- 5.- Ley de Adquisición y Obras Públicas.
- 6.- Ley de Ascensos de la Armada Mexicana.
- 7.- Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.
- 8.- Ley de Expropiación.
- 9.- Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.
- 10.- Ley de Información Estadística y Geografía.
- 11.- Ley de Instituciones de Crédito
- 12.- Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- 13.- Ley de Navegación y Comercio Marítimos.
- 14.- Ley de Sanidad Fitopecuaria de los Estados Unidos.
- 15.- Ley de Sociedades de Inversión.
- 16.- Ley de Vías generales de Comunicación.

- 17.- Ley de Impuestos sobre la Renta.
- 18.- Ley de Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda.
- 19.- Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas.
- 20.- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.
- 21.- Ley del Mercado de Valores.
- 22.- Ley del seguro Social.
- 23.- Ley del Servicios Públicos de Energía Eléctrica.
- 24.- Ley Federal de Cinematografía.
- 25.- Ley Federal de Competencia Económica.
- 26.- Ley Federal de Correduría Pública.
- 27.- Ley Federal de Educación.
- 28.- Ley Federal de Estímulo y Fomento al Deporte.
- 29.- Ley Federal de Pesca.
- 30.- Ley Federal de Protección al Consumidor.
- 31.- Ley Federal de Responsabilidades de los Servicios Públicos.
- 32.- Ley Federal de Salud.

- 33.- Ley Federal de Sanidad Animal.
- 34.- Ley Federal de Turismo.
- 35.- Ley Forestal.
- 36.- Ley General de Bienes Nacionales.
- 37.- Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección del Ambiente.
- 38.- Ley General de Metrología y Normalización.
- 39.- Ley General de Organizaciones y Actitudes Generales de Crédito.
- 40.- Ley Orgánica del Banco de México.
- 41.- Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.
- 42.- Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional. en Materia de Comercio Internacional.
- 43.- Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional. en Materia de Comercio Internacional.
- 44.- Ley Sobre Producción, Certificación y Comercio de Semillas.
- 45.- Ley Federal de Procedimiento Administrativo

INDICE

Introducción	1	
Capítulo Primero	EL CONSENTIMIENTO	
1.	El consentimiento	3
1.1.	Aspecto filosófico del consentimiento	5
1.1.1.	Conciencia	6
1.1.2.	Voluntad	8
1.1.3.	Consentimiento	10
1.2.	Aspecto político del consentimiento	11
1.3.	Aspecto jurídico del consentimiento	15
1.3.1.	Elementos del contrato	17
1.3.2.	Requisitos del consentimiento	19
1.3.3.	Impedimentos del consentimiento	19
1.3.3.1.	El error	20
1.3.3.2.	La violencia	21
1.3.3.3.	El dolo	22
1.3.3.4.	La simulación	23
1.3.3.5.	La lesión	24
1.3.4.	Otras restricciones del consentimiento	25
1.3.4.1.	Contrato normado	26
1.3.4.2.	Contrato de adhesión	26
1.4.	Resumen	28
Capítulo Segundo	EL CONTRATO SOCIAL	
2.-	El Contrato social	29
2.1.	Los presocráticos	29
2.1.1.	La Escuela de Mileto	29
2.1.2.	La Escuela pitagórica	29
2.1.3.	La Escuela eleática	30
2.1.4.	Otros presocráticos	30
2.2.	La sofística	30
2.2.1.	Calicles	31
2.2.2.	Protágoras de Abdera	32
2.2.3.	Glaucón	33
2.2.4.	Hippias de Elis	33
2.3.	Sócrates	33
2.4.	Platón	34
2.5.	Aristóteles	35
2.6.	Grocio, Althusius y Suárez	35
2.6.1.	Contrato y soberanía en la obra de Althusius	36
2.6.2.	Iusnaturalismo y contractualismo de Grocio	37
2.6.3.	F. de Suárez: escolástico y contractualista	38
2.7.	Hobbes, Spinoza y Pufendorf	38
2.7.1.	Iusnaturalismo y sensualismo de Hobbes	39
2.7.2.	Racionalismo y sensualismo de Baruch Spinoza	45
2.7.3.	Racionalismo y iusnaturalismo de Pufendorf	47
2.8.	Los constitucionalistas ingleses	49
2.8.1.	Richard Hooker	49
2.8.2.	John Locke	50

2.9.	Jean-Jacques Rousseau	59
2.10	Emmanuel Kant	65
2.11.	El contractualismo del Siglo XX	67
2.11.1.	Rudolf Smend	68
2.11.2.	Hermann Heller	68
2.12	Resumen	69

Capítulo Tercero LOS DERECHOS HUMANOS.

3.	Los Derechos Humanos	73
3.1.	Derechos y personalidad humana	73
3.1.1.	Aspecto filosófico de los Derechos Humanos	73
3.1.2.	Antecedentes de las declaraciones de derechos	77
3.2.	La Declaración de Derechos de Virginia	78
3.3.	La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	85
3.4.	Declaración Universal de Derechos Humanos	89
3.4.1.	Derechos Humanos <i>stricto sensu</i>	90
3.4.1.1.	Derecho a la vida	91
3.4.1.2.	Derecho a la igualdad	92
3.4.1.3.	Derecho a la libertad	92
3.4.1.4.	Derecho a la seguridad	98
3.4.1.5.	Derecho a una nacionalidad	102
3.4.1.6.	Derecho al reconocimiento de la personalidad	102
3.4.1.7.	Derecho al asilo	102
3.4.2.	Derechos Humanos <i>lato sensu</i>	103
3.4.2.1.	Derecho a casarse y fundar una familia	103
3.4.2.2.	Derecho a la propiedad	104
3.4.2.3.	Derecho a la seguridad social	105
3.4.2.4.	Derecho al trabajo y al descanso	106
3.4.2.5.	Derecho a la sindicación	106
3.4.2.6.	Derecho a la libertad de circulación y elección de residencia	107
3.4.2.7.	Derecho a la educación gratuita	107
3.4.2.8.	Derecho a la actividad pública	108
3.5.	Resumen	112

Capítulo cuarto

DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL PODER PÚBLICO

4.	Defensa de los Derechos Humanos Frente al poder Público	114
4.1.	La institución del Amparo	115
4.2.	La institución del <i>Habeas Corpus</i>	116
4.3.	El recurso administrativo	117
4.3.1.	Definición del recurso administrativo	118
4.3.2.	Características del recurso administrativo	118
4.3.3.	Recursos administrativos en materia federal	119
4.3.4.	Necesidad de sistematizar los recursos administrativos	129
4.4.	La jurisdicción administrativa	131

4.4.1.	Génesis de la Jurisdicción Administrativa	131
4.4.2.	La Jurisdicción Administrativa en México	132
4.5.	El Ombudsman	134
4.5.1.	El Ombudsman en otros países	136
4.5.2.	Rasgos comunes de los Ombudsman	137
4.5.3.	El Ombudsman en México	139
4.6.	Organismos Públicos de Protección de Derechos Humanos en las Entidades Federativas	148
4.7.	El Sistema Nacional de Ombudsman	149
4.8.	El Ombudsman Internacional	150
4.9.	Los órganos supranacionales jurisdiccionales	150
4.10.	Resumen	151

Conclusiones

Conclusiones	152
--------------	-----

Biblio-Hemerografía

Biblio-Hemerografía	155
---------------------	-----

Legislación

Legislación	162
-------------	-----

Indice

Indice	165
--------	-----

NOTA FINAL

Después de terminado el presente trabajo de tesis, el 4 de agosto de 1994 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en cuyo título sexto se establece el recurso de revisión. Dicha Ley que, conforme a su artículo segundo transitorio, entrará en vigor el 1º de junio de 1995, deroga "en particular los diversos recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas en las materias reguladas por este ordenamiento", de acuerdo a lo dispuesto en su segundo artículo transitorio.