

8  
24

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO



# EXCEPCIONES AL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL



T E S I S

FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA AUXILIAR DE  
EXAMENES PROFESIONALES

que para obtener el Título de:

Licenciado en Derecho:

P r e s e n t a :

Angel Gilberto Adame López

México, D. F.

FALLA DE ORIGEN

1991



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## I N D I C E

Introducción .....	I
--------------------	---

### Capítulo I

Los conflictos de intereses y sus formas de solución.

1. La sociedad como órgano afectado por la conflictiva de intereses .....	1
2. Formas de solución al conflicto de intereses .....	18
3. La negación de la autodefensa como derecho público subjetivo - .....	56

### Capítulo II

Antecedentes históricos del principio de negación de la autodefensa.

1. Evolución histórica de la autodefensa .....	60
2. Antecedentes histórico-constitucionales del artículo 17 dentro del medio jurídico mexicano .....	30
3. Texto de los artículos relativos en las constituciones de los Estados de la República.....	108
4. Texto de los artículos relativos en las constituciones de otros países .....	110

### Capítulo III

Las garantías individuales y la prohibición a la autodefensa en la Constitución mexicana vigente.

1. Las garantías individuales .....	118
2. El primer párrafo del artículo 17 constitucional .....	136

## Capítulo IV

### Excepciones al principio de negación de la autodefensa.

1. Consideraciones iniciales .....	149
2. Derecho de retención .....	152
3. La patria potestad .....	160
4. El corte de las ramas y raíces de los árboles procedentes del predio vecino .....	172
5. La destrucción y apropiación de animales bravíos o domésticos y enjambres de abejas .....	177
6. Legítima defensa .....	181
7. Estado de necesidad .....	191
8. Robo de famélico .....	196
9. Aborto terapéutico .....	202
10. Aborto por causa de violación .....	207
11. Homicidio o lesiones por infidelidad matrimonial o por corrupción del descendiente .....	211
12. El duelo .....	216
13. La huelga .....	220
14. El paro .....	230
15. La cláusula de exclusión por separación .....	235
16. Justicia deportiva .....	243
17. Expulsión de extranjeros .....	250
18. Justicia administrativa .....	257
19. Avería gruesa .....	265
20. El derecho a la guerra .....	272
21. El derecho a la revolución .....	279
22. Conceptos generales .....	285
Conclusiones .....	288
Bibliografía y consulta .....	309

Shylock.- "Cuando en todas sus partes esté cumplido. Pareces juez íntegro: conoces la ley; has expuesto bien el caso: só lo te pido que con arreglo a esa ley, de la cual eres fiel\_ interprete, sentencias pron---to..."

Shakespeare

## INTRODUCCION

El hombre, por el hecho de serlo, se ve impulsado a vivir en sociedad. A través de esa agrupación, la consecución de los efectos necesarios para que su vida sea más llevadera son alcanzados con mayor facilidad. Sin embargo, muchas veces el satisfactor deseo es uno y las necesidades son muchas y, el hombre no es altruista por naturaleza ya que la mayoría de las ocasiones el egoísmo prevalecerá: es ahí cuando surge un choque, un pleito, un litigio.

En la búsqueda de su conservación, la sociedad no puede permitir que el conflicto quede sin una solución; de tal manera, ha diseñado diversas formas, unas justas y otras no, que logran encontrar una respuesta adecuada al problema planteado.

La autodefensa, "la justicia por mano propia", es la más primitiva de dichas formas. En ella, las partes encontrarán solución al litigio por si mismas, sin necesidad de que intervenga un tercero ajeno a ellas. Pero además, dicha solución es impuesta por uno de los intervinientes, ya sea el más fuerte, el más hábil, el más astuto, sacrificando la pretensión de su contraparte.

Esta fué la norma imperante al principio de los tiempos. "La ley del más fuerte", dice Calicles, es la única regla que los hombres conocen para dirimir sus pleitos.

Con el surgimiento de las formas políticas preestatales y luego del Estado, como un medio de defensa de la sociedad, la función jurisdiccional es, poco a poco, monopolizada por este ente jurídico, hasta llegar a convertirse en una facultad inherente de él mismo, de tal forma que la intervención privada en la impartición de justicia es limitada a grados ínfimos. Podemos indicar que el Derecho aparece como una respuesta a la necesidad humana de encontrar formas justas de solución a sus problemas.

La gran mayoría de las legislaciones modernas reconocen que el ejercicio jurisdiccional corresponde únicamente al Estado, vedando la aplicación de la autodefensa.

En México, el constituyente de 1917 estableció que "nadie puede hacerse justicia por sí mismo ni ejercitar violencia para reclamar sus derechos". En primera instancia, la autodefensa está proscrita irremisiblemente de la legislación mexicana.

Empero, dicha prohibición no es tan absoluta como parece. Existen, en la legislación secundaria, un número importante de figuras jurídicas que implican autodefensa y, por estar reconocidas por el legislador, constituyen violación manifiesta a lo que establece el primer párrafo del artículo 17 constitucional.

En el desarrollo de este trabajo, a grandes rasgos, pretendemos analizar dichas manifestaciones autodefensivas con el fin de determinar si tiene razón jurídica su existencia o si, dada su trascendencia, debe modificarse la disposición constitucional citada.

## CAPITULO I

### LOS CONFLICTOS DE INTERESES Y SUS FORMAS DE SOLUCION

"Ubi homo, ibi societas,  
Ubi societas, ibi ius".

1. La sociedad como órgano afectado por la conflictiva de intereses.

Definición de sociedad. Teorías sobre el origen de las sociedades. El interés. La solidaridad de intereses. El conflicto de intereses. El litigio. La pretensión. La resistencia.

2. Formas de solución al conflicto de intereses.

Autocomposición lato sensu. Heterocomposición. Autodefensa. Autocomposición stricto sensu. Amigable composición. Arbitraje. Proceso jurisdiccional.

3. La negación de la autodefensa como derecho público subjetivo.

## LA SOCIEDAD COMO GRUPO AFECTADO POR LA COLECTIVA DE INTERESES

Antes de entrar al estudio de nuestro tema en particular, es necesario conocer el medio en que la autodefensa se manifiesta y en la que, sin lugar a dudas, mayor daño genera, es decir, en la sociedad.

Nos dice Alberto F. Senior que el vocablo sociedad tiene diversas aceptaciones:

- a) Reunión pasajera y ocasional de varias personas para realizar un fin determinado.
- b) Institución jurídico-política de un pueblo.
- c) Comunidad total de hombres.

Indica el autor señalado, que la última definición es - en la que la sociología enfoca su interés y concluye definiéndola como la "coexistencia humana organizada". (1)

Para Eduardo Andrade la sociedad es "un conjunto de interacciones individuales basadas en la capacidad humana de interacción". (2)

Respecto al problema del origen de las sociedades, tema de capital importancia para nuestro objeto de estudio, existen diversas posturas:

- 
1. SENIOR, Alberto F., "Sociología", Francisco Méndez Oteo Editor y Distribuidor, México. 1977, sexta edición, pág. 168.
  2. ANDEADE SANCHEZ, Eduardo, "Introducción a la Ciencia Política", Editorial-Harla, México 1983, pág. 7.

- a) Teoría naturalista
- b) Teoría contractualista
- c) Teoría organicista
- d) Teoría ecléctica. (1)

#### Teoría Naturalista

Representada por Aristóteles. Nos indica que el fundamento de la sociedad se encuentra en la naturaleza del hombre mismo. La causa que origina el fenómeno social radica en los atributos propios del ser humano. La sociedad no es una creación de los hombres, sino que existe porque existe el hombre como tal.

Aristóteles indica que el ser humano es un animal político (zoon politikon). El hombre, por el hecho de serlo, se ve movido, impulsado a vivir en sociedad. Si se ha de buscar la causa u origen de ese fenómeno que se llama sociedad, hay que encontrarla en la naturaleza humana, por tanto, la sociedad es un fenómeno natural.

#### Teoría contractualista

- a) Rousseau

Indica que el hombre no ha vivido siempre en sociedad. Durante un tiempo el hombre vivió en un "estado de naturaleza", en que vagaba aislado; no nace el hombre en sociedad, sino que su estado natural es aislado; pero los diversos problemas con que se enfrentaba el ser humano para subsistir como la lucha con las -- fuerzas naturales, la defensa necesaria contra los animales u -- otros hombres, etc., mueven a los individuos a salir de ese estado de naturaleza aislado y concertar un convenio, a partir del -- cual los hombres conviven en sociedad o asociados. Se unen para -- resolver mejor sus problemas de la vida.

1. SENIOR, Alberto F., op. cit., pág. 173

La base, pues, del fenómeno sociedad radica en un contrato pactado por los hombres. Originalmente el hombre vivía en un estado presocial, y es hasta que concierta este convenio cuando surge el fenómeno sociedad. A este acuerdo de voluntades le denomina "contrato social".

b) Hobbes

Señala que el hombre no ha existido siempre en sociedad, que no es éste el estado natural del hombre. El estado natural del hombre es el de constante lucha, en combate de todos contra todos. Afirma que la característica natural del hombre es la de ser un ente agresivo, movido por el instinto de conservación.

El hombre, dice Hobbes, es el lobo del hombre (*homo homini lupus est*), por lo que su estado natural es el de la guerra, la lucha; pero esta constante guerra, razona el hombre, únicamente generará su extinción, por lo que por su natural instinto de conservación, renuncia a esa guerra y pacta una paz y se efectúa un contrato humano en el cual los hombres se asocian, relacionándose en formas pacíficas. De esta manera, la sociedad es un pacto de paz.

c) Montesquieu.

Sostiene que el hombre no siempre ha vivido en sociedad, sino que ha vivido en un estado de naturaleza presocial y sólo posteriormente constituye la sociedad.

El hombre, en un principio, por su natural atraso en la evolución mental e histórica, desconocía todo lo que le rodeaba, era ignorante. Siendo ignorante, era natural que fuera un ser tímido, cobarde, sencillamente porque desconocía las causas o fuerzas que pudieran explicarle elementalmente el origen de los fenómenos que le rodeaban.

Al encontrarse con otro hombre, al no haberse visto antes, el hombre huía, por temor. Estos encuentros, sin embargo, - fueron frecuentes hasta que el hombre empezó a adquirir el conocimiento de que el hombre no perjudicaba al hombre, y de que podían relacionarse entre sí, uniendo sus esfuerzos para mejor satisfacer sus necesidades.

Es así como nace el fenómeno sociedad, cuando los hombres se acercan y viven en forma colectiva.

#### Teoría del evolucionamiento organicista

Esta teoría es sostenida por Herbert Spencer. Indica - que las sociedades nacen como resultado de la evolución universal de la energía cósmica. Esta evolución cósmica va dar lugar a tres grandes reinos o estados diferentes:

- a) Estado o reino de lo inorgánico, representado por - la materia físico-química.
- b) Reino de lo orgánico, representado por los seres - vivientes, animales y plantas.
- c) Reino de lo superorgánico, representado por las so - ciedades humanas.

De tal manera, las sociedades humanas no son, pues, -- una creación de los hombres, como resultado de un contrato o con - venio; no son un producto artificial; no son elaboradas por el - ser humano. Las sociedades nacen como consecuencia natural de la evolución de la energía cósmica universal.

#### Teoría ecléctica

Está representada por Alfredo Fouillee. Para él, las - sociedades no son ni simples organismos, ni exclusivamente con - tratos, sino que son el producto de la concurrencia de factores - de dos clases, por una parte, intervienen en la formación de las

sociedades factores de tipo orgánico, como son los instintos gregarios, o sea, el instinto de asociación. Pero además se requiere el consentimiento de vivir en sociedad, y es éste el aspecto o factor de tipo contractual. La sociedad, dice Fouillee, es un organismo contractual, es decir, organismo por lo que tiene de natural, y contractual por la voluntad que el hombre pone al vivir en sociedad.

Cualquiera que sea la postura a la que nos sumaremos, no se puede negar que un elemento generador de las sociedades humanas es la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades; entre más complejas son dichas necesidades, más trascendente será la formación del grupo social. Cuan limitada sería la satisfacción de las necesidades del hombre si viviese solo. Además, a medida que el hombre va resolviendo sus necesidades primarias o elementales, éstas se van haciendo más complejas, por lo que la importancia del grupo social es indudable, ya que es ahí donde el hombre encontrará los satisfactores necesarios. De tal manera, concluimos, que los hombres se agrupan, porque la satisfacción de sus necesidades no puede ser lograda aisladamente respecto a cada uno.

Ahora bien, en la búsqueda de los satisfactores, pueden darse diversos conflictos, ya sea de naturaleza individual o colectiva, dentro del seno mismo de la sociedad. Dicho conflicto debe ser solucionado, ya que éste ataca a las entrañas mismas del conglomerado.

El empleo de la violencia para la solución de los conflictos hace difícil, si no imposible, la permanencia de los hombres en sociedad y, con ello, el desenvolvimiento de los intereses que, por su naturaleza colectiva, requieren esa permanencia. Es así como en su propio interés los hombres se sienten impulsados a encontrar un medio que elimine la solución violenta de los conflictos de intereses, en cuanto tal solución pugna con la paz social, que es el interés colectivo supremo. En realidad, puesto-

que únicamente mediante la vida en sociedad pueden los hombres - satisfacer gran parte de sus necesidades, y puesto que la guerra entre ellos disgrega la sociedad, la composición (solución pacífica) de los conflictos se convierte en interés colectivo (público). En él radica la causa del derecho.

Cabe, desde luego, que la apreciación de este interés induzca, sin más, a los hombres a abstenerse de la violencia y a componer sus conflictos por medio del contrato o del arbitraje, - de la misma manera que las ventajas de la paz pueden llevar a -- que se renuncie espontáneamente a los riesgos de la guerra. Cuando así suceda, la composición de los conflictos se logra sin necesidad del derecho. La influencia que despliega el interés externo para determinar la composición espontánea de los conflictos, ni es pequeña ni puede ser olvidada. Al contrario, dice Carnelutti, "una observación profunda del régimen de los conflictos interindividuales, intersindicales e internacionales me parece - que debe conducir a comprobar que a medida que la civilización - progresa, hay menos necesidad del derecho para encontrar la solución pacífica del conflicto, no ya sólo porque crece la moralidad, sino también, y más que nada, porque aumenta la sensibilidad de los hombres ante el supremo interés colectivo". (1)

No coincidimos con lo anteriormente expuesto, ya que - consideramos que a medida que la sociedad se va desarrollando y evolucionando sus relaciones se vuelven más complejas, por lo -- que la necesidad del derecho es cada vez más profunda. Además, - no creemos, como afirma Carnelutti, que la sensibilidad de los - hombres ante el supremo interés colectivo vaya en aumento: en este siglo hemos vivido diversas conflagraciones que han puesto en peligro la continuidad de la vida social, y es más, actualmente nos encontramos bajo la amenaza de una guerra total, la cual eliminaría a la especie humana de la tierra.

---

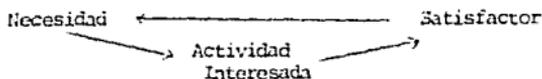
1. CARNELUTTI, Francisco, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Editorial Uteha

Cortés Figueroa indica que "en un estado ideal de cosas los hombres respetarían unos a otros, espontáneamente y por conveniencia propia, sus intereses, a grado tal que nunca existiría ninguna fricción entre ellos ni menos una situación conflictiva; pero como la historia humana muestra todo lo contrario, la realidad es bien diversa, ya porque los individuos pretenden alcanzar bienes que no les corresponden, o porque no otorgan el debido respeto a lo ajeno, o bien porque no den o entreguen, en tiempo o en forma, aquello a que están obligados". (1)

Como hemos expuesto, la sociedad está profundamente interesada en la solución al conflicto de intereses, y en especial, a prohibir el uso de la venganza privada o autodefensa en la solución de ellos, por lo que ha creado diversas formas de solución, a las cuales nos referimos más adelante.

El hombre, en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades, debe realizar cierto tipo de conductas que lo lleven a la consecución del fin propuesto, es decir, cubrir dichas necesidades.

Ante la existencia de una necesidad el hombre debe actuar, necesita activarse (conducta o actividad interesada). Al realizar dicha actividad, si se consigue el satisfactor deseado, el ciclo no termina ahí, ya que las necesidades humanas son ilimitadas, por lo que a la consecución del satisfactor aparecerán nuevas necesidades. Esto lo podemos ejemplificar en el siguiente esquema:




---

1. CORTES FIGUEROA, Carlos, "Introducción a la Teoría General del Proceso", -  
Cárdenas, editor y distribuidor, México 1944, primera edición, pág. 8.

Por lo anterior, es necesario explicar como surgen y se solucionan los conflictos de intereses en la sociedad, por lo que precisamos algunos conceptos:

Necesidad: Carencia de algo. Carnelutti indica que "es una actividad del hombre, en singular, de tal manera no existen necesidades colectivas". (1)

Actividad interesada: "Es una actividad que procura algo, que favorece o que evita un perjuicio" (2)

Satisfactor: Aquel medio (bien) adecuado para cubrir la necesidad planteada.

Respecto a la noción de interés, señala Carnelutti, "es fundamental, tanto para el estudio del proceso como para el del derecho" (3) Coincidimos con el apuntamiento anterior, ya que el estudio del concepto indicado es de suma trascendencia, no únicamente para el tema que nos ocupa, sino para toda la ciencia del derecho en general, ya que no se puede negar que uno de los motivos generadores de las normas jurídicas es la satisfacción de ellos y la búsqueda de resolver sus conflictos.

Flores García nos indica que el interés "es la manifestación objetiva hacia algo o alguien" (4)

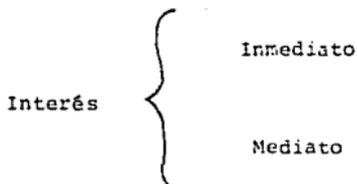
Carnelutti señala que "es la posición favorable a la satisfacción de una necesidad" (5)

Cortés Figueroa apunta que "es la aspiración o inclinación (de esa dualidad hombre-cosas) hacia bienes concretos de la vida" (6)

- 
1. CARNELUTTI, Francisco, op. cit., pág. 12
  2. FLORES GARCIA, Fernando, "Apuntes de un Curso de Teoría General del Proceso", UNAM, México 1986.
  3. CARNELUTTI, Francisco, op. cit., pág. 11.
  - 4 y 5. Idem.
  6. CORTES FIGUEROA, Carlos, op. cit., pág. 7.

Cortés Figueroa indica que el interés "es la aspiración o inclinación (de esa dualidad hombre-cosas) hacia bienes concretos de la vida". (1)

Carnelutti realiza la siguiente clasificación:



Interés inmediato: Aquella situación que sirve directamente a la satisfacción de una necesidad.

Interés mediato: Aquella situación que tan sólo sirve indirectamente en la realización de ese fin, en cuanto de ellas puede derivar otra situación (intermedia), de la que resulte después la satisfacción de la necesidad.

Para ejemplificar lo anterior podemos decir lo siguiente: la situación de quien posee el alimento sirve directamente a la satisfacción de la necesidad de nutrirse, en cambio, la situación de quien posee el dinero para adquirir el alimento, sólo indirectamente sirve a la satisfacción de aquella necesidad.

Dice Carnelutti que "una situación que constituya interés respecto a una determinada necesidad, puede concebirse, a su vez, como necesidad respecto a una situación ulterior que sirva a determinarla, y por ello, a satisfacer mediátamente la necesidad-primer". (2)

1. CORTES FIGUEROA, Carlos, op. cit, pág. 7

2.- CARNELUTTI, Francisco, op. cit, págs. 11 y 12.

El interés, además, se puede clasificar de la siguiente manera:

Interés	}	Individual
		Colectivo

Interés individual: "Cuando la situación favorable para la satisfacción de una necesidad puede determinarse respecto a un individuo tan sólo". (1)

Interés colectivo: "Cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad no puede determinarse sino respecto a varios individuos a la vez, o en otros términos: cuando la situación favorable a cada uno, para la satisfacción de una necesidad suya, no puede determinarse sino junto a otras idénticas -- situaciones favorables de los demás miembros de un determinado -- grupo". (2)

En virtud de que el concepto de interés colectivo es -- esencialmente variable, es decir, puede ser de pocos o de muchos, según el número de personas a que se extienda, se comprende que, dada la infinita variedad de intereses colectivos, se distinguen, por ejemplo, los intereses de la familia, de la sociedad civil o mercantil, del sindicato, del municipio, del Estado.

Dice Carnelutti que si hubiese únicamente necesidades -- que pudiesen ser satisfechas mediante intereses individuales, cada hombre podría vivir aislado de los demás. Si ésto fuera posible, añadimos nosotros, la existencia de la sociedad como núcleo humano no tendría razón de ser; pero la experiencia nos demuestra lo contrario, es más, la gran mayoría de las necesidades humanas re-

---

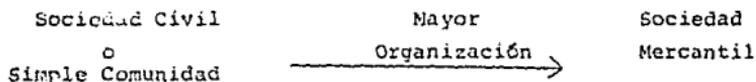
1. CARNELUTTI, Francisco, op. cit. pág. 12

2. CARNELUTTI, Francisco, op. cit. pág. 12

quieran la acción conjunta de la colectividad para satisfacerlas. De tal manera que la existencia de intereses colectivos explica la formación de grupos sociales.

"La determinación de los intereses colectivos es, portanto, función de los grupos sociales, que se constituyen sin otro objeto que el de desenvolver esos intereses" ( 1 ) Carnelutti indica que puede considerarse al interés colectivo como "el tejido conjuntivo del cuerpo social". ( 2 )

Además, la existencia de los intereses colectivos explica no sólo la formación de los grupos sociales, sino también su organización: cuando se trata de intereses colectivos restringidos o momentáneos, así como de grupos exigüos o efímeros, su desenvolvimiento puede obtenerse mediante la obra indisciplinada de todos los miembros del grupo; cuando, por el contrario, los intereses colectivos se hacen vastos, complejos, sólidos y estables, se constituye una disciplina de los órganos, ésto es: una regla para su actuación.



Retomando nuestra exposición inicial, es necesario indicar que en la búsqueda de la satisfacción de la necesidad el hombre ha seguido dos rumbos o caminos. El primero, que es el ideal, es la llamada solidaridad de intereses. Flores García la concibe como "el fenómeno colectivo, de hombres que buscan la misma finalidad y que unen esfuerzos para lograrlo". ( 3 )

1. CARNELUTTI, Francisco, op. cit, pág. 13

2. CARNELUTTI, Francisco, op. cit, pág. 14

3. FLORES GARCIA, Fernando, op. cit.

Decimos que es el camino ideal, porque a través de - - ella, el hombre, en forma pacífica, consigue la satisfacción de su interés y coadyuva, en forma coordinada, a la consecución de los intereses de los demás.

Desgraciadamente, es muy difícil alcanzar los fines -- propuestos a través de este sistema. Flores García nos indica -- que presenta las siguientes dificultades:

- a) Necesidad de una iniciativa intelectual, de inventiva y de originalidad, que reúna las condiciones necesarias para satisfacer la necesidad.
- b) Búsqueda de las personas idóneas y que tengan las necesidades.
- c) Obtener su consentimiento al inicio de la empresa y mantenerlo durante todo el desarrollo de ésta.
- d) Conseguir los recursos materiales indicados.
- e) Real y efectiva consecución de los satisfactores -- buscados.
- f) Real y efectiva distribución de los satisfactores -- entre todos los socios. (1)

Por lo anteriormente expuesto podemos indicar que es -- muy útil el sistema de la solidaridad de intereses pero su consecución es sumamente difícil y corre, muchas veces, el riesgo de fracasar, es decir, de no poder satisfacer la necesidad planteada, por lo que el problema subsiste.

Si el interés significa una situación favorable a la -- satisfacción de una necesidad; si las necesidades del hombre son ilimitadas, y si, por el contrario, son limitados los bienes, es decir, la porción del mundo exterior apta a satisfacerlas, aparece el conflicto de intereses (segundo camino o rumbo). En otras palabras, si A y B tienen necesidad de alimentarse y no hay ali-

mento mas que para uno sólo, nos encontramos ante un conflicto - de intereses entre dos personas.

Carnelutti indica que "surge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta". (1)

El conflicto puede darse en torno a toda clase de intereses: inmediatos o mediatos, individuales o colectivos. El conflicto, en razón a la segunda clasificación, puede ser:

- a) Entre dos intereses individuales.
- b) Entre un interés individual y uno colectivo.
- c) Entre dos intereses colectivos.

Mientras el conflicto se presente entre dos intereses de una misma persona, se resuelve, naturalmente, mediante el sacrificio del interés menor al interés mayor. Esta forma de conflicto puede tener importancia para el grupo, cuando uno de los dos intereses está más ligado que el otro a un interés colectivo; pero el último extremo, cuando así suceda, el conflicto se considera no tanto entre dos intereses de la misma persona, como entre uno de éstos y el interés del grupo.

El fenómeno que presenta mayor importancia, hasta el punto de constituir la médula de lo jurídico, es la del conflicto entre dos personas distintas. La trascendencia radica en el peligro de la solución violenta. Es verdad, sin embargo, que el conflicto a que de lugar tenga una solución pacífica. Los dos contendientes pueden encontrar en sí, es decir, en la fuerza de su espíritu, la razón para limitar la satisfacción de su necesidad a fin de que pueda ser satisfecha la necesidad ajena. Carnelutti llama a ésto la solución moral del conflicto. O bien puede encontrar

---

1. CARNELUTTI, Francisco, op. cit. pág. 16.

mento mas que para uno sólo, nos encontramos ante un conflicto de intereses entre dos personas.

Carnelutti indica que "surge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta".(1)

El conflicto puede darse en torno a toda clase de intereses: inmediatos o mediatos, individuales o colectivos. El conflicto, en razón a la segunda clasificación, puede ser:

- a) Entre dos intereses individuales.
- b) Entre un interés individual y uno colectivo.
- c) Entre dos intereses colectivos.

Mientras el conflicto se presente entre dos intereses de una misma persona, se resuelve, naturalmente, mediante el sacrificio del interés menor al interés mayor. Esta forma de conflicto puede tener importancia para el grupo, cuando uno de los dos intereses está más ligado que el otro a un interés colectivo; pero en último extremo, cuando así suceda, el conflicto se considera no tanto entre dos intereses de la misma persona, como entre uno de éstos y el interés del grupo.

El fenómeno que presenta mayor importancia, hasta el punto de constituir la médula de lo jurídico, es la del conflicto entre dos personas distintas. La trascendencia radica en el peligro de la solución violenta. Es verdad, sin embargo, que el conflicto a que de lugar tenga una solución pacífica. Los dos contendientes pueden encontrar en sí, es decir, en la fuerza de su espíritu, la razón para limitar la satisfacción de su necesidad a fin de que pueda ser satisfecha la necesidad ajena. Carnelutti llama a ésto la solución moral del conflicto. O bien puede encontrar --

---

1. CARNELUTTI, Francisco, op. cit. pág. 16.

fuera de sí el motivo de la limitación, ya sea en el temor de la fuerza del otro, ya en el temor a la fuerza de un tercero, a -- quien desagrade la solución violenta del conflicto. Carnelutti -- se refiere a ellas como la solución contractual y arbitral, respectivamente, del conflicto.(1)

Sin embargo, ninguna de esas soluciones es bastante para eliminar en la práctica el peligro de la violencia. Ciertamente -- que la solución moral es la propia antítesis de ésta; pero exige una evolución tan avanzada de los hombres, que en el estado actual de la civilización no sólo no cabe contar con ella, sino ni siquiera prever cuándo se podrá confiar en la misma. Por otra -- parte, la solución contractual y la solución arbitral, cuya eficiencia deriva, precisamente de la fuerza, ofrecen el inconveniente, al menos mientras se prescindiera del ordenamiento jurídico, de ser efímeras: en virtud de ellas la paz dura lo que subsiste -- el miedo al adversario o al tercero, pero tan pronto como las -- circunstancias cambien y hagan que el temor se desvanezca o, sencillamente, que se atenue, el peligro de la solución violenta reaparece.

Como ya vimos en el punto anterior, la sociedad es la principal afectada por la conflictiva de intereses, y por lo tanto, la más interesada en la búsqueda de su solución, de tal manera que no rompa con la armonía social.

Ya que vimos como surgen los conflictos de intereses, -- tenemos que analizar sus diversas formas de solución. Para ello -- es necesario precisar los siguientes conceptos:

#### Litigio

Carnelutti lo define como "el conflicto de intereses -- calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la --

1. Cfr. CARNELUTTI, Francisco, op. cit, pág. 17.

resistencia del otro".(1)

Alcalá-Zamora, al referirse a la anterior definición, agrega que debe tener trascendencia jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos definir al litigio como la conflictiva de intereses de trascendencia jurídica caracterizado por la presencia de dos fuerzas (pretensión y resistencia) en la cual la primera busca someter a la segunda a su interés.

Esto lo podemos ejemplificar en el siguiente esquema:



Dice Gómez Lara que el litigio forma parte, en general, "de los fenómenos de la conflictiva social o sinergia social, - pues es el choque de fuerzas contrarias, una de las características más importantes de toda la sociedad. Cuando dicho choque de fuerzas mantiene un equilibrio, el grupo social progresa o al menos se mantiene estable; pero cuando las fuerzas no mantienen un equilibrio ello será un síntoma patológico social, es decir, el grupo social entrará en crisis o se estancará".(2)

#### Pretensión

Gómez Lara indica que la pretensión "es un querer, una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés ajeno al interés propio".(3)

1. CARNELUTTI, Francisco, op. cit, pág. 44

2. GOMEZ LARA, Cipriano, "Teoría General del Proceso", UNAM, Mexico 1981, segunda edición, pág. 17

3. GOMEZ LARA, Cipriano, op. cit, pág. 19.

Carnelutti, acertadamente, indica que "es la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio".(1)

Cortés Figueroa hace la siguiente clasificación:



Genéricas: Aquéllas que escapan al campo del derecho--por muy fundadas y respetables que sean.

Jurídicas: Aquéllas que se encuadran en el campo del derecho.

Fundadas: Aquéllas que tienen una base legal o un principio de reconocimiento por el derecho positivo.

Infundadas: Aquéllas que escapan del reconocimiento, y por lo tanto de la protección jurídica.(2)

### Resistencia

Supone la fuerza de contradicción a la pretensión del -atacante, es decir, a su búsqueda de sometimiento. Implica una actitud defensiva.

Una vez precisados los conceptos fundamentales, estamos en posibilidad de avocarnos al análisis de las formas de solución a los conflictos de intereses que se originan en el seno de toda-sociedad.

1. CARNELUTTI, Francisco, op. cit, pág.44

2. Cfr. CORTES FIGUEROA, Carlos, op. cit, pág. 8.

## FORMAS DE SOLUCION AL LITIGIO

Como hemos indicado anteriormente, la sociedad está su mamente interesada en que la conflictiva de intereses se resuelva, ya que ésta la ataca directamente. El litigio implica una en fermedad social y por lo tanto, es de suma importancia que se di. rima.

Para solucionar el litigio, hay diversos caminos o vías, mismas que resumimos en el siguiente cuadro:

Solución al  
Litigio

A) Autocomposición  
( lato sensu )

1) Autodefensa o  
autotutela

unilateral

bilateral

2) Autocomposición  
(stricto sensu)

unilateral

bilateral

B) Heterocomposición

1) Amigable composición

2) Arbitraje

3) Proceso jurisdiccional

### Autocomposición lato sensu

Se habla de autocomposición porque la solución del litigio proviene de las partes. Flores García prefiere denominarla autosolución para evitar confusiones con la autocomposición en sentido estricto.

### Heterocomposición

A diferencia de la anterior figura, en la heterocomposición la solución al litigio proviene de un tercero distinto a las partes en conflicto. Dice Gómez Lara que "la heterocomposición es la forma más evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social. Aquí la solución viene dada de fuera, por un tercero ajeno al conflicto e imparcial." (1)

### Autodefensa o autotutela

a) El problema de su denominación.

Desde el punto de vista etimológico, autodefensa significa defensa de uno mismo, defensa propia (prefijo auto: uno mismo y sustantivo defensa). Así entendido, dice Alcalá-Zamora "sus dos palabras integrantes suscitan objeciones, o mejor dicho, aplicadas literalmente, habrían de quedar fuera de la autodefensa no pocas de las manifestaciones que en la misma se incluyen y por el contrario, habría que incorporar a la misma, y es más: lo sería por antonomasia, la defensa personal que, en procesos donde no rija la carga del patrocinio letrado asuma alguna de las -

---

partes." (1)

De lo anterior se desprende que no sea aceptable este significado literal de las palabras auto-defensa, pues éstas no comprenderían la defensa de tercero. Ahora bien, para que haya--defensa se necesita que haya ataque, y éste falta en el estado de -necesidad (por ejemplo, en el robo de familiar, en el sacrificio del naufrago), en la persecución de abejas en el fundo ajeno. En caso de duelo que es considerado como otra forma de autodefensa, las partes deben estar en pie de igualdad por lo que se refiera a las posibilidades de ataque y de defensa. De tal manera, la --palabra autodefensa resulta insuficiente para abarcar las formas que comprende.

Los procesalistas modernos han tratado de encontrar la denominación correcta al fenómeno que estamos estudiando. Las más representativas son las siguientes:

1) Defensa privada. Sostenida por Calamandrei. Esta de nominación no es acertada ya que la defensa propia puede prove--nir de órganos estatales.

2) Autojusticia. Esta podría referirse también a la ay tocomposición. Además la solución de la autodefensa no implica -necesariamente la idea de justicia.

3) Autoayuda. Sostenida por Radbruch, Kisch, Heyer y -Miguel Traviesas. Esta denominación no implica necesariamente de fensa, y no se puede referir a la defensa de terceros.

4) Autotutela. Sostenida por Romano di Falco, Benvenuti y Couture. Tanto para Alcalá como para Gómez Lara es el término-

---

1 . ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Proceso, Autocomposición y Autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)", Textos Universitarios--UNAM, México 1970, segunda edición, págs. 47 y 48.

más apropiado para designar la figura de que hablamos. Sin embargo, esta denominación puede llegar a confundirse con el fenómeno de que una persona designe a su tutor, en previsión de que ella se incapacite en el futuro, al que los civilistas denominan auto tutela.

Además, como todas las denominaciones que llevan el -- prefijo "auto" no abarca la palabra autotutela la defensa de terceros,

5) Defensa extrajudicial o privada de un derecho. Sostenedida por García Máynez. Para Gómez Lara no es correcto porque es una denominación exageradamente larga. Consideramos que esto no es un argumento suficiente para descalificar la validez de la denominación propuesta. Al referirse, sin embargo, a ella como -defensa extrajudicial, García Máynez está abarcando un sinnúmero de figuras distintas al fenómeno estudiado tales como, la amigable composición y el arbitraje, donde la solución al litigio es extrajudicial. La denominación defensa privada de un derecho nos parece acertada por lo que apuntamos respecto a que la defensa puede provenir de órgano estatal. Además, cuando se habla de -- "defensa de un derecho", ¿dónde quedan figuras como el duelo, - donde es difícil precisar quién tiene o defiende "su derecho"?

Como hemos visto es sumamente difícil encontrar la denominación que más se acerque y abarque el gran número de figuras que el fenómeno comprende.

Como dice Alcalá-Zamora, "la autodefensa, como tantos-- otros vocablos de la terminología usual o científica, es más una denominación sobreentendida que no un concepto rigurosamente establecido". (1)

---

1. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, op. cit, pág.49.

Por el momento dejamos este problema hasta aquí y procederemos a analizar las características de este fenómeno (al -- que denominaremos autodefensa). Tratando, si es posible a partir de ese análisis, de proponer una denominación, con las limitaciones del caso.

b) Características de la autodefensa.

Vamos a precisar las características esenciales del fenómeno que estamos estudiando.

La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (individual o colectivo) y aún a veces los dos, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso.

De tal manera, indica Alcalá-Zamora, "la autodefensa -- brinda una solución parcial (como obra de una o de ambas partes) -- y egoísta (lo que no significa que forzosamente sea injusta) del litigio". (1)

Señala el mismo autor que "se exceptúa de esas características la legítima defensa del tercero, que cuando se ejerce -- en provecho de personas desvinculadas de su ocasional defensor, -- es la modalidad de autodefensa que más se aproxima sin duda, al -- proceso; no sólo es justa y altruísta, sino que se realiza por un sujeto imparcial e irrecusable, hasta el extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi podría decirse que aquél se -- conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no -- permanente. En todo caso, esta legítima defensa de terceros cumple una importantísima función social de reemplazo de órganos estatales, y en tal sentido representa la forma más intensa de cooperación ciudadana a la lucha contra el crimen, como igualmente --

---

1. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, op. cit. pág. 50.

lo son, ya sean requeridas o espontáneas, la deducción de una denuncia, la presentación del testimonio, la facultad de aprehender a presuntos culpables que en ciertos casos se confiere a los particulares, así como la acción popular en los países que admiten dicha especie de acusación penal" (1)

En el mismo sentido se pronuncia Dorantes Tamayo en relación a lo anteriormente citado (2)

Discrepamos de lo señalado por Alcalá-Zamora y Dorantes Tamayo en el sentido de considerar, primero, a la legítima defensa de tercero como "una modalidad de autodefensa", y después, indicar que se exceptúa de sus características; entonces, ¿es o no autodefensa?. Como ya hemos señalado, la llamada autodefensa se caracteriza porque la solución al conflicto proviene de las partes en conflicto ya sea unilateral o bilateralmente. En el caso de la legítima defensa de un tercero la solución no proviene de las partes en pugna, es decir, defensor y atacante, sino de un tercero, ajeno a ellas. De tal manera la legítima defensa de un tercero no puede considerarse como "modalidad de la autodefensa" ya que por lo que hemos visto tiene la misma afinidad con ella que la que puede tener la autodefensa y el proceso jurisdiccional, es decir, ninguna.

Se exceptúa de lo anteriormente dicho el caso de que -- la defensa provenga de una persona afín a las partes en choque, ya que entonces hay parcialidad y en este caso sí se puede hablar de autodefensa, ya que el tercero coadyuva con una de las partes, que puede ser tanto el pretensor o el resistente, lo que lo asimila, ficticiamente, a ella y lo integra al conflicto como una de las partes.

---

1. ALCALA-ZAMORA, Niceto, op. cit. pag. 50

2. Cfr. DORANTES TAMAYO, Luis, "Elementos de Teoría General del Proceso", -- Editorial Porrúa, México 1986, segunda edición, pág. 226.

De cuanto llevamos expuesto, se desprende que la característica esencial de la autodefensa consiste en que, sin o con formas procesales, la decisión del litigio proviene de una de las partes en litigio, que la impone a la otra generalmente, además, la imposición va acompañada del sacrificio del interés contrario, sin embargo, esto tiene sus excepciones. No se crea que los intereses en conflicto hayan de ser necesariamente individuales, sino que podrán serlo asimismo corporativos, colectivos, administrativos, nacionales, etcétera, o bien combinarse entre sí, de acuerdo con las diversas modalidades de autodefensa que en capítulo posterior analizaremos.

En resumen, lo que distingue la autodefensa no es ni la preexistencia de un ataque, que falta en varias de sus formas, ni la existencia de un determinado procedimiento, que en ocasiones interviene y hasta podría ser igual al judicial, sino, según Alcalá Zamora, "la concurrencia de estas dos notas:

1. "La ausencia de juez distinto de las partes.
2. "La imposición de la decisión por una de las partes a la otra" (1)

La decisión impuesta será, por lo general, egoísta pero esta tercera nota, según hace poco dijimos, no es absoluta y cuando la autodefensa funciona conforme a un procedimiento establecido y encomienda el fallo a pseudojuzgadores, su pronunciamiento podrá ser imparcial y hasta pecar por exceso de equidad pero lo que no podrá ser es desinteresado, desde el momento de que es uno de los interesados, directamente o mediante órganos representativos, quien impone la decisión. En estos casos, nos encontramos en el tránsito de la autodefensa hacia el proceso, y también, si interpretamos la decisión favorable a la contraparte, como acto de renuncia o reconocimiento de litigante como potestad para emitirla, ante una autocomposición (la cual analizaremos posteriormente).

---

1. ALCALA-ZAMORA, Niceto, op. cit., pág. 53

c) Definición de autodefensa.

En base a lo anteriormente expuesto podemos definir a la llamada autodefensa como la solución al litigio proveniente de una de las partes en pugna (unilateral) o de ambas (bilateral) generalmente injusta, antijurídica y en algunos casos violenta, en la que se subordina el interés ajeno al propio.

d) Formas de autodefensa.

A reserva de estudiar cada una de estas formas con mayor profundidad en el apartado correspondiente, podemos señalarlas más significativas: (1)

1. En el derecho penal común:

- Defensa del honor (Art. 310 y 311 del Código Penal)
- El aborto por causa de violación (Art. 333 CP)
- Aborto terapéutico (Art. 334 CP)
- Legítima defensa y estado de necesidad (Art. 15 - - fracción III y IV del Código Penal)
- Duelo (Art. 297 y 308 CP)
- Robo de familiar (Art. 379 CP)

2. En el derecho penal militar:

Encontramos ciertas formas de condena impuestas por el superior sin juicio ni contradictorio, para imponer la disciplina o evitar el desorden y el pánico en sus subordinados (por ejemplo, con motivo de combate, incendio, naufragio o hundimiento de buque).

3. En el derecho civil:

- Persecución de enjambre de abejas (Art. 872 del CC)

---

1. Cfr. ALCALA-ZAMORA, Niceto, op. cit. págs. 37 ss.

- Corte de ramas y raíces que penetren en una heredad - (art. 848 CC)
- Caza de animales ajenos que causen daño en el fundo - propio (arts. 865 y 866 CC)
- Derecho de retención (arts. 2644 y 2669 CC)
- Ejercicio de la patria potestad (art. 423 CC)

4. En el Derecho mercantil:

- Medidas correccionales del capitán del buque.
- Echazón.
- Arribada forzosa.
- Retención de equipajes por los fondistas.

5. En el Derecho administrativo:

- Tribunales o jurados de honor.

6. En el Derecho canónico:

- Procedimiento judicial administrativo.

7. En el Derecho del trabajo:

- Huelga.
- Boicot.
- Trabajo lento.
- Deterioro de máquinas, atentados, sabotaje.
- Ocupación de fábricas.
- Paro.
- Veto a trabajadores.
- Cláusula de exclusión.
- Justicia deportiva.

8. En el Derecho internacional:

- Guerra.

- Ocupaciones.
- Retorsiones.
- Tránsito de mercancías.
- Juzgamiento de enemigos.
- Intervención de las grandes potencias.
- Veto.

9. En los regímenes totalitarios:

- Policías secretas.
- Rebelión o revolución.
- "Ley de fugas".

e) Clasificación de la autodefensa.

Betti indica que la autodefensa puede ser:

1. Unilateral. Cuando la autodefensa proviene exclusivamente por el acto de una persona interesada sin el previo acuerdo con la otra parte en conflicto. Esta puede asumir dos posturas:

I. Activa o agresiva, repeliendo un ataque o conducta positiva (esta puede ser preventiva o reactiva);

II. Actitud negativa, como resultado de una omisión o una actitud pasiva que lesiona su interés;

III. Consensual, que para Betti es igual a la autocomposición (1)

Daña la variedad de especies de la autodefensa, no siempre cabe presentarla como un juego de ataque y defensa. La presente consideración, indica Alcalá-Zamora, "nos va a permitir clasificar a la autodefensa en los siguientes sectores: (2)

1. Cfr. BETTI, Emilio, "Diritto Processuale Civile Italiano", Roma 1936, Società Editrice del "Foro Italiano", págs. 30, 31 y ss.
2. ALCALA-ZAMORA, Niceto, op. cit., pág. 59.

I. "Autodefensa en sentido estricto, o sea como réplica a un ataque precedente (legítima defensa).

II. "De ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido previo ataque (ejercicio de un derecho, estado de necesidad, etc.).

III. "De ejercicio de facultades atribuido al mando para hacer frente a situaciones de excepción (Echazón, arribada forzosa, etc.).

IV. "De ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio (patria potestad, autoridad marital, etc.).

V. "De combate entre partes enfrentadas, que fían a la fuerza y no a la razón, la decisión de sus diferencias (duelo, revolución, guerra, etc.).

VI. "De coacción sobre la contraparte para lograr imponer el prevalecimiento de los propios intereses (huelga, paro, etc.). (1)

En relación a su reconocimiento por el legislador, la autodefensa puede ser:

- Lícita o autorizada (v. gr. legítima defensa)
- Tolerada (como el duelo en algunos países)
- Prohibida (pacto comisorio en prenda, ejercicio violento de un derecho, etc.)

En cuanto a su desenvolvimiento:

- Sin regulación específica.

- Con una regulación determinada

Por el momento concluiremos aquí el estudio particular de la autodefensa, ya que a ella nos referimos con mayor abundancia en los capítulos correspondientes.

### Autocomposición

#### a) Ubicación de su campo de estudio

El fenómeno que nos ocupa puede ser estudiado desde -- diversos ángulos, a saber:

1) Como "equivalente jurisdiccional", según Carnelutti, terminología que consideramos inapropiada ya que al hablar de la autocomposición nos encontramos con un excluyente del proceso, - es decir, un medio que impide que el conflicto llegue a resolverse a través del proceso jurisdiccional.

2) Como modo de concluir el proceso, a través de sus - especies de transacción, allanamiento y renuncia.

#### 3) Como medio para solución de los litigios

Dadas las características del estudio que venimos realizando, consideraremos a la autocomposición conforme al tercer aspecto, esto es, como medio para solucionar los litigios.

#### b) Su denominación

Pocas aclaraciones exige el significado de la palabra autocomposición. Al igual que autodefensa, la integran dos vocablos: el prefijo auto, como es natural, con idéntico significado en aquéllas y el sustantivo composición, que dentro de la concepción carneluttiana, equivale a solución, resolución o decisión de litigio, en aquélla obtenida por obra de los litigantes, a diferencia de la que tras el proceso decreta el juez.

#### c) Características de la autocomposición

La autocomposición en sentido estricto se caracteriza-

porque una de las partes en conflicto da la solución al litigio, o puede suceder que ambas partes concurren a la solución del mismo. Sin embargo, a diferencia de la autodefensa, en la autocomposición la solución no es impuesta, sino que la parte sacrifica - su interés en conflicto favoreciendo el de su contrincante, o -- bien, cuando concurren ambas partes, pactada, transada por ellas, sacrificando parte de su interés cada una.

En vista de lo anterior, podemos señalar la siguiente-- definición de lo que es la autocomposición: solución al litigio - caracterizada porque una o ambas partes sacrifican su interés favoreciendo el del contrario.

d) Móviles y fundamento.

Dice Alcalá-Zamora que mirada la autocomposición desde fuera "aparece como una expresión altruista de renuncia a un derecho o de reconocimiento de una obligación. Pero mirada desde dentro, los móviles pueden ser variables, e inclusive puede faltar - la espontaneidad que debe ser requisito esencial de toda forma -- compositiva. Entre dichos móviles tenemos la desigualdad de resistencia económica de los litigantes, la lentitud y carestía del -- procedimiento, las malas artes o de su patrocinador, la desacertada conducción del juicio, etc." (1)

De esta manera, la autocomposición oculta o disimula -- con frecuencia verdaderos actos de autodefensa, y el reconocimiento de que al adversario le asiste la razón, se ve sustituido por el reconocimiento de que al renunciante le falta resistencia, aun que le sobren argumentos para proseguir la contienda.

Las precedentes consideraciones bastan para comprobar - que entre el fundamento jurídico de la autocomposición, a saber,-

---

1. ALCALA-ZAMORA, Niceto, op. cit. pág. 79.

la convicción de no tener la razón, en todo o en parte, en cuanto a la pretensión formulada o en cuanto a la resistencia opuesta, y que conduce a estas actitudes de renuncia o reconocimiento y los móviles internos que a ella impulsen, puede mediar divorcio y no-coincidencia tanto por faltar en el fondo la espontaneidad del sacrificio, como por no ser éste altruista en realidad.

La existencia del vicio, que afecta al consentimiento - en el primer caso y que puede encerrar dolo e engaño en el segundo, debiera originar la nulidad de la composición; pero dice Alcalá-Zamora, "la falta de regulación suficiente de las figuras autocompositivas, deja fiado este delicado problema a la interpretación judicial, con el consecuente riesgo de desigualdades" (1)

#### e) Clasificación

La autocomposición puede clasificarse desde el punto de vista de su relación con el proceso. De tal manera encontramos lo siguiente: (2)

Autocomposición	}	Extra procesal Pre- procesal Intra procesal Post-procesal
-----------------	---	--

Autocomposición extra procesal. Aquella que se ventila afuera del proceso.

Autocomposición pre-procesal. Cuando la eficacia de la primera se discute en juicio.

1.op. cit. pág. 79

2. Cfr. ALCALA-ZAMORA, Niceto., op. cit., pág. 80.

Autocomposición intra-procesal. Ofrece dos variantes, - según que se produzca entre las partes solas o mediante la inter vención favorecedora de la autoridad judicial.

Autocomposición post-procesal. Cuando se origine des--pués de recaída sentencia firme y afecte a la ejecución de los - juzgados.

En relación a la parte de quien proviene la renuncia, - la autocomposición puede ser:

Autocomposición	}	Renuncia o desistimiento (cuando proviene del atacante.
		Allanamiento (cuando proviene del atacado)
		Transacción (cuando es bilateral)

Renuncia o desistimiento. Para Alcalá-Zamora "es la renuncia o la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante, - y en caso de haber promovido ya el proceso, la renuncia o la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado - en su reconvencción" (1)

No debe hablarse de desistimiento del derecho, sino sólo de la pretensión, y éste último no debe confundirse con el de la instancia.

El desistimiento puede ser expreso o tácito, o más bien ficto cuando el actor no comparece posteriormente a la demanda en el proceso civil.

Aunque la figura autocompositiva de que tratamos se da sobre todo en los litigios civiles, no deja de tener manifestaciones en los penales, como en los casos en que se admite el perdón-

---

1. op. cit. pág. 83

del ofendido (artículo 93 del Código Penal del D. F.). Una variante de este perdón es el matrimonio de la ofendida con el ofensor, en delitos contra la honestidad (cfr. artículo 270 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.). En el delito de adulterio, - si el perdón se da después de pronunciar a la sentencia, la condna no produce efectos (artículo 276 del mismo Código de Procedimientos).

Gómez Lara habla de tres tipos de desistimiento: (1)

I. Desistimiento de la demanda.- El actor retira su demanda, antes de que ésta haya sido notificada al demandado. En este caso, la relación jurídica procesal aún no ha surgido.

El artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el D. F. exige para el desistimiento de la demanda el consentimiento del demandado. Becerra Bautista indica que "este precepto debe interpretarse en forma hábil, pues si aún no hay traslado, no existe demandado propiamente y por tanto no se requiere consentimiento de la persona designada como demandado en el libelo respectivo"(2).

II. Desistimiento de la instancia. El demandado ya fue notificado, y se requiere su consentimiento expreso para que surta efectos este desistimiento.

III. Desistimiento de la acción. A través de ella se renuncia en realidad al derecho material o a la pretensión, y no se requiere del consentimiento del demandado. Becerra Bautista indica que "es un acto jurídico unilateral que implica la pérdida de la acción e impide el juicio, de tal manera que éste se extin - - -

---

1. Cfr. GÓMEZ LARA, Cipriano, op. cit. pág. 29 y 30

2. BECERRA BAUTISTA, José, "El Proceso Civil en México", Editorial Porrúa, undécima edición, México 1984, pág. 396.

que" (1)

Este desistimiento es el único que puede considerarse como figura autocompositiva, puesto que en el actor renuncia a la pretensión, y sin ésta no puede subsistir el proceso ni puede iniciarse otro con el mismo objeto y contra el mismo demandado.

Las otras dos formas de desistimiento no son, en rigor, autocompositivas, porque en el de la demanda no se compone el litigio y por lo tanto, el actor puede volver a demandar al demandado las mismas prestaciones; tampoco se compone en el de la instancia.

Allanamiento. Allanar, dice Domínguez del Río, "es despojar un camino de obstáculos, hacerlo llano, facilitar el pronunciamiento judicial" (2). Ovalle Favela indica que el allanamiento "es una conducta autocompositiva propia del demandado, en virtud de la cual éste se someta a las pretensiones del actor" (3) Alcalá-Zamora dice que "es el reconocimiento y sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida" (4)

Cuando el allanamiento se produce después de la demanda es decir, cuando pertenece a la categoría intraprocesal, no implica tampoco separación de la vía judicial, si bien repercute, como la hipótesis gemela del desistimiento, en la resolución que lo acoja que habrá de ser conforme a su resultante, aunque no siempre los tribunales lo entiendan así y proyecten el principio de oficialidad sobre instituciones, como las nombradas esencialmente dispositivas. Esta característica hace que también el allanamiento

---

1. BECERRA BAUTISTA, José, op. cit. pág. 396.

2. DOMÍNGUEZ DEL RÍO, Alfredo, "Compendio Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1977, 1º. edic., pág. 128.

3. OVALLE FAVELA, José, "Derecho Procesal Civil", Editorial Harla, Méx. 1980. 1º. edición, pág. 66

4. op. cit. pág. 81.

to sea en el campo de los litigios civiles, y más concretamente, frente a la demanda principal, donde con mayor frecuencia funciona; pero ello no es obstáculo para que pueda producirse en materia administrativa y asimismo en el orden penal.

El allanamiento implica en cierto sentido una renuncia de derechos, por lo que sólo debe aceptarse tal actitud tratándose de derechos irrenunciables e indisponibles.

El allanamiento implica el reconocimiento del demandado a los hechos, el derecho y a las pretensiones que el actor exige en su demanda. En relación a lo anterior pueden deslindarse las siguientes figuras.

1. Confesión. Ovalle Favela indica que "es la admisión de que determinados hechos afirmados por el actor en su demanda son ciertos" (1). Para de Pina y Castillo Larrañaga "es una declaración de parte que contiene el reconocimiento de un hecho de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante" (2).

Como podemos observar a primera vista, la confesión se confunde con el allanamiento. Alcalá-Zamora examina las semejanzas y diferencias entre ambos (3)

Semejanzas manifiestas son:

1. Las dos pertenecen a la categoría de derechos procesales renunciables, y el allanamiento puede llevar implícita confesión de hechos.

1. OVALLE FAVELA, José, op.cit. pág. 67

2. DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, Méx. 1982, pág. 311.

3. Cfr. págs. 95 y 96

2. Las dos entrañan actos o actitudes de reconocimiento a favor de la parte adversa.

3. Las dos limitan o excluyen los poderes de valoración o decisión del juzgador.

Divergencias:

1. La confesión se contrae a afirmaciones de hecho, y el allanamiento a la pretensión jurídica.

2. La confesión puede ser prestada por ambas partes y el allanamiento es un acto procesal propio del demandado

3. La confesión puede tener lugar en toda etapa en que se admita a prueba, y aún fuera del periodo probatorio; el allanamiento sólo es posible en primera instancia antes de que se dicte sentencia.

4. La confesión no es un modo de concluir el proceso; es la sentencia la que concluye y decide éste.

5. La confesión puede ser expresa o tácita, el allanamiento sólo es expreso.

II. Reconocimiento.- Es la actitud del demandado que admite y acepta el derecho asumido por el demandante.

El reconocimiento se distingue de la confesión en que ésta recae sobre los hechos y aquél sobre el derecho; y, del allanamiento, en que éste último es una aceptación a lo que busca el actor, mientras que el reconocimiento concierne a la aplicabilidad de los preceptos jurídicos invocados por el actor, admisión que no conduce, necesariamente, a la aceptación de las pretensiones, las cuales, no obstante el reconocimiento al derecho, todavía pueden ser discutidas.

III. Sumisión o sometimiento.- Sostenida por Flores -- García. Se presenta cuando el demandado niega el derecho y los hechos esgrimidos por el actor pero se somete a sus pretensiones. Se distingue del allanamiento en que éste implica una sumisión total y la figura a la que nos referimos es parcial.

No es autocompositiva, ya que de acuerdo a lo que establece el Código de Procedimientos Civiles para el D. F. la sentencia debe ser congruente con lo actuado en juicio, por lo que al darse este caso, el juzgador debe analizarlo con mucho cuidado.

Como se desprende del análisis anterior, tanto la confesión como el reconocimiento y la sumisión no implican autocomposición, ya que el litigio continúa, por lo que el allanamiento es la única figura autocompositiva por parte del demandante.

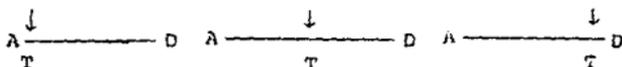
Es necesario indicar que la decisión que el juez dicte como consecuencia del allanamiento no es en sentido estricto una sentencia sino una homologación de la actitud compositiva de la parte que se haya allanado.

Transacción.- Eduardo Pallares indica que es un "contrato bilateral, oneroso, consensual y conmutativo, por medio del cual se pone fin a un juicio o se previene uno futuro" (1). El artículo 2944 del Código Civil para el D. F. indica que "es el contrato por medio del cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

Arellano García indica que a través de la transacción "se recupera la paz aunque se ceda parcialmente el derecho" (2)

- 
1. PALLARES, Eduardo, "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1981, novena edición pág. 111.
  2. ARELLANO GARCIA, Carlos "Teoría General del Proceso, Editorial Porrúa, México 1984, segunda edición, pág. 161.

La transacción supone sacrificios o concesiones recíprocas. No se puede hablar de transacción cuando una sola de las partes hace concesiones a la otra, y ésta a aquella no. Pero reciprocidad no quiere decir igualdad en los sacrificios. De tal manera se puede hablar de transacción ciento por ciento, transacción- desistimiento y transacción- allanamiento. Las tres perspectivas pueden reflejarse graficamente así:



La línea A-D significa la pretensión del actor contra el demandado, y la fecha T, el límite de los sacrificios consentidos por las partes para llegar a la transacción.

Briseño Sierra indica que "la transacción, como acuerdo de voluntades, está sujeta a todas las contingencias de los convenios, especialmente a su incumplimiento. Ello motiva dos corolarios: el convenio transaccional procesal deberá ser homologado por el juez, y el extrajudicial estará expuesto siempre a su discusión procesal" (1)

El artículo 2950 del Código Civil determina casos en que es nula la transacción. Cuando verse:

- I. Sobre delitos, dolo y culpa futuros;
- II. Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros;
- III. Sobre sucesión futura;
- IV. Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay;
- V. Sobre el derecho de recibir alimentos"

---

1. BRISEÑO SIERRA, Humberto, "Derecho Procesal", Cárdenas editor, México 1969, primera edición. tomo III, pág. 31.

El efecto en juicio de la transacción, está establecido sustantivamente en el artículo 2953 del Código Civil:

" La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la Ley".

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dentro del capítulo de la vía de apremio, y en la -- sección correspondiente a la ejecución de sentencias se incluyen disposiciones referentes a la ejecución de convenios en los que haya transacciones.

f) Figuras afines y dudosas

Alcalá-Zamora nos habla de un número especial de figuras que en primera instancia pueden llegar a confundirse con las figuras autocompositivas hasta aquí descritas. Dichas figuras las deslindamos en el siguiente cuadro: (1)

1. Retratación en los juicios por calumnia e injurias.  
Algunos códigos penales o de enjuiciamiento criminal le dan efecto extintivo del litigio y del proceso, mediante la homologación judicial.

A través de ella se busca lograr el perdón del ofendido y su consiguiente desistimiento, por lo que por sí sola, esta figura no es autocompositiva.

2. Desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo.  
Cuando se le reconoce carácter eximente, resuelven el conflicto provocado por el arrepentido, y el proceso ulterior sólo tiene finalidad homologadora del desistimiento como en la legítima defensa o el estado de necesidad.

1. ALCALA-ZAMORA, Niceto, op. cit, págs. 92 y ss.

Alcalá- Zamora indica que se trata de una especie de -  
allanamiento sui-generis.

3. Consentimiento de la víctima. Este consentimiento -  
impide que llegue a surgir el conflicto (por lo que no es auto-  
compositiva); interviene antes de cometerse el hecho punible.

4. Consignación. Esta se da en el supuesto de que los-  
derechos del acreedor sean dudosos, y el demandado quiera evitar  
se, por ejemplo, los inconvenientes de un embargo y determinadas  
molestias procesales. En ella, en apariencia, el demandado con-  
siente un sacrificio, que eventualmente beneficiará al actor y -  
que, en todo caso, lo garantiza; pero es sólo para evitarse de-  
terminadas molestias procesales y con el propósito de oponerse y  
discutir su pretensión.

5. Caducidad. Es la conclusión del proceso, en virtud-  
de la inactividad de las partes durante un determinado tiempo.

Extingue la instancia, pero no la pretensión, mientras  
ésta no prescriba, la cual puede ser hecha valer en ulterior pro-  
ceso, por lo que esta figura no es autocompositiva.

6. Hechos que impiden la continuación del proceso. Entre éstos tenemos:

I. La confusión de derechos. Art. 2206 del Código Ci-  
vil "La obligación se extingue por confusión cuando las cualida-  
des de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obli-  
gación renace si la confusión cesa".

Esta figura es peculiar del proceso civil, y no surge-  
en el penal. Al existir sólo una parte es que no hay conflicto,-  
por lo que no es autocompositiva.

II. Circunstancias que quitan al conflicto su razón de

ser o que impiden su curso:

La muerte. Repercute de diverso modo en lo civil y en lo penal:

En lo civil puede referirse a cualquiera de las partes y extingue el proceso sólo cuando se trata de derechos intransmisibles o, cuando siendo transmisible, no haya sucesores del causante.

En lo penal:

Art. 91 del Código Penal "La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él".

No obstante lo anterior, en materia de delitos privados, la muerte del ofendido o querellante puede originar la extinción del litigio y del proceso.

Las amnistías

Art. 92 del Código Penal "La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito".

Entra en nuestro campo cuando se extiende a delitos pendientes de juzgamiento.

Las reformas legislativas que resuelven determinadas categorías de litigios, por ejemplo, las que prohíben o suspenden la

sustanciación de tales o cuales especies de desahucio.

### Amigable composición

Nos dice Gómez Lara que "históricamente, en un principio las partes en conflicto recurrían a la opinión de un tercero que en forma amigable trataría de avenirlos" (1)

El maestro Flores García indica que la amigable composición es la "solución al litigio proveniente de un tercero en discordia, llamado amigable componedor, y en el cual su decisión se llama veredicto o dictamen" (2)

Indica Gómez Lara que la amigable composición se encuentra en el camino de la autocomposición a la heterocomposición: --ello obedece "a que surge de un pacto por el cual las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero esta opinión, la del amigable componedor, no es aún vinculatoria ni obligada para los contendientes y, por ello, el amigable componedor sólo podrá procurar avenirlos, es decir, hacerlos que lleguen a un pacto de --transacción, a un desistimiento o un allanamiento. Lo que le da fuerza a la opinión de este tercero, es la propia voluntad de las partes para acatarla o no" (3)

No coincidimos con la tesis anteriormente expuesta, ya que consideramos que la amigable composición es una verdadera heterocomposición, en virtud de que lo que importa en la clasificación es de quien proviene la solución al litigio, es decir, de las partes o de un tercero, no importando si las partes lo acatan o no ya que si no la llevan a cabo, sencillamente no habrá solución al litigio y el pleito subsiste.

1. GÓMEZ LARA, Cipriano, op. cit. pág. 41

2. FLORES GARCÍA, Fernando, op. cit.

3. op. cit., pág. 41

## Arbitraje

### a) Definición

Para Eduardo Pallares "el juicio arbitral es el que se tramita ante personas que no son jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales sino como particulares" (1)

Gómez Lara dice que "es la solución al litigio mediante un procedimiento seguido ante un juez no profesional ni estatal, sino ante un juez de carácter privado que es el árbitro. Este árbitro estudiará el asunto y dará su opinión, dará la solución del conflicto que recibe la denominación de laudo" (2)

### b) Naturaleza jurídica

Bizantinas son las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. Estas pueden dividirse en tres grandes rubros, que pasaremos a exponer a continuación:

1. Las que lo consideran un contrato, sostenida principalmente por Chiovenda. Conciben al arbitraje como una institución de carácter privado, en atención al origen (compromiso), que es la voluntad de las partes. Niegan que los árbitros ejerzan una función jurisdiccional. La Suprema Corte de Justicia en México se ha adherido a esta tesis.

2. Los que lo consideran función jurisdiccional sostenida por Pallares, de Pina, entre otros. Para ellos el arbitraje es el ejercicio de una función pública. Consideran a los árbitros co

2. PALLARES, Eduardo, op. cit. pág. 579.

2. op. cit. pág. 41

mo un órgano jurisdiccional accidental, integrado por jueces no profesionales, encargados de administrar justicia en un caso concreto. La ley secundaria mexicana se adhiere a esta tesis, tal -- como indica el artículo 1°. de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común en el Distrito Federal, que a la letra dice: "corresponde a los tribunales de justicia del fuero común del Distrito Federal, dentro de los términos que establece la Constitución General de la República, la facultad de aplicar las leyes en asuntos civiles y penales del citado fuero; lo mismo que en los asuntos de orden federal en los casos en que expresamente las leyes de esta materia le confieren jurisdicción"; y el artículo 2°. de la misma ley dispone que la facultad a la que se refiere el artículo anterior se ejerce entre otros tribunales, según -- la fracción VI, por los árbitros.

3. Posición ecléctica. Nos habla de que el arbitraje es una "jurisdicción contractual" en virtud de que en su origen, el arbitraje nace de un pacto, pero en su ejercicio es una función pública.

c) Figuras que pueden darse en el arbitraje.

1. Cláusula compromisoria. Pallares indica que "es aquella en la cual, las partes que celebran un contrato determinado, -- se obligan a no acudir a los tribunales para poner fin a los litigios que se produzcan entre ellos y que se refieran al contrato, y somete esos litigios a jueces arbitros, constituyendo al efecto el tribunal arbitral o sea el que se integra con árbitros" (1)

2. Compromiso arbitral. Indica el mismo autor que "es al mismo tiempo un documento y un contrato por virtud del cual se cumple con la cláusula compromisoria y se constituye el mencionado --

---

1. FALLARES, Eduardo, "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1981, novena edición, pág. 579.

tribunal, obligándose a las partes a tramitar el juicio y someterse a la decisión de los árbitros" (1)

3. Contrato de arbitraje. A través de él, dice Becerra Bautista, "se delimitan las obligaciones y derechos de los árbitros frente a las partes" (2)

#### d) Procedimiento arbitral

Las partes y los árbitros deben seguir en el procedimiento los plazos y las formas establecidas para los tribunales, si no se hubiese convenido otra cosa. En todo caso, los árbitros siempre deben recibir pruebas y oír alegatos si alguna de las partes lo pide las partes pueden renunciar a la apelación y, cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, el laudo que se llegue a dictar será irrevocable.

#### e) Laudo

Dice Ovalle Favela que "es la decisión definitiva dictada por el árbitro para resolver el conflicto sometido a arbitraje" (3)

Los árbitros deben resolver de acuerdo con las reglas de derecho vigente, a no ser que en el compromiso o en la cláusula se les encomiende fallar en conciencia. El laudo puede ser apelado ante las salas competentes del Tribunal Superior.

- 
1. PALLARES, Eduardo, op. cit., pág. 580.
  2. BECERRA BALTISTA, José, "El Proceso Civil en México", Editorial Porrúa, México 1984, undécima edición, pág. 389.
  3. OVALLE FAVELA, José "Derecho Procesal Civil", Editorial Harla, México -- 1980, primera edición, pág. 289.

Respecto a este tema, nos dice la maestra Ortega Medina que "debemos tener en cuenta que la obligatoriedad del laudo arbitral deriva, en caso de cumplimiento voluntario de las partes, de un contrato privado como lo es el compromiso celebrado por las mismas de someterse a un procedimiento privado y de aceptar a la resolución que vierta el árbitro designado de común acuerdo; si por el contrario, es necesario hacer uso de la coacción para obtener el cumplimiento del laudo, y no sólo eso, sino también la comparecencia de testigos, peritos, etc., la orden de ejecución del laudo y de presentación de tales personas, sólo puede provenir de una autoridad jurisdiccional competente para ello. El árbitro privado no tiene, por lo tanto, una potestad jurisdiccional completa, ya que el cumplimiento de su resolución se encuentra supeditado, en principio, a la voluntad de las partes, y finalmente, a un órgano del Estado.

"Por otra parte, el arbitraje privado está limitado a un sólo caso (v. gr. el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal) y a una esfera de negocios que no afecta en cuestiones de orden público; su impugnación, además, sólo es posible ante una autoridad jurisdiccional del Estado.

"Lo anterior nos conduce a considerar que los árbitros no realizan, por delegación una función pública, y si bien su actividad reviste caracteres que lo asemejan a la jurisdicción estatal, esto sólo nos lleva a asignarle una naturaleza cuasi-jurisdiccional" (1)

---

1. ORTEGA MEDINA, Claudia Leticia, "La Democracia y las Funciones Jurisdiccionales del Estado Mexicano", México 1987, tesis profesional, U.N.A.M., págs. 62 y 63.

### Proceso jurisdiccional

#### a) Consideraciones iniciales.

Después de recorrer las formas que el hombre ha diseñado para encontrar la solución de sus conflictos, hemos llegado a la más perfecta y a la que mayor grado de evolución presenta, es decir, el proceso jurisdiccional.

Respecto a este tema podría escribirse una tesis completa pero dada la naturaleza de nuestro estudio, sólo nos referimos a sus rasgos más esenciales.

#### b) Significación gramatical

Desde el punto de vista meramente gramatical, cuando -- es utilizada la expresión "proceso" se alude a una sucesión de actos, vinculados entre sí, respecto de un objeto común.

#### c) Definición

Arellano García indica que el proceso jurisdiccional es "el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un Órgano del Estado con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversias planteadas"(1)

Ovalle Favela indica que es "el instrumento jurídico -- del Estado para conducir a la solución de los litigios" (2)

Flores García nos indica que es "la solución al litigio

---

1. ARELLANO GARCIA, Carlos, op. cit., pág. 12

2.- OVALLE FAVELA, José, op. cit. pág. 5

proveniente de un tercero denominado juez público que desde el -- punto de vista objetivo es competente y desde el punto de vista - subjetivo es imparcial y cuya resolución se denomina sentencia"(1)

#### d) Proceso y procedimiento

El proceso, a diferencia de lo que muchos autores consi-  
deran, es una unidad, es decir, una sola, el cual debe ser visto-  
como una solución al litigio. En cambio, el procedimiento se ca-  
racteriza por ser una serie de actos que nos van a llevar a un de-  
terminado resultado de tal manera el proceso no se puede clasifi-  
car ni subdividir; lo que se puede clasificar es el procedimiento,  
en razón de las diversas manifestaciones en que se puede presen-  
tar.

#### e) Principios en el proceso

1. Principio dispositivo o principio de disposición. Es  
aquel que permite a las partes disponer del proceso- monopolizan-  
do su iniciativa e impulso, así como fijando su objeto- y dispo-  
ner del derecho sustancial controvertido. Este principio, que ri-  
je en forma predominante en el procedimiento civil, se manifiesta  
en diferentes aspectos de éste, imprimiéndole determinadas carac-  
terísticas, entre las cuales se pueden enumerar las siguientes:

- . El proceso debe comenzar por iniciativa de parte
- . El impulso del proceso debe ser confiado a la actividad de las-  
partes
- . Las partes tienen el poder de disponer del derecho material con-  
travertido

---

1. FLORES GARCIA, Fernando, op. cit.

- . Las partes fijan el objeto de proceso
- . Las partes fijan el objeto de la prueba
- . Sólo las partes están legitimadas para impugnar
- . La cosa juzgada, por regla general, sólo surte efectos entre -- las partes que han participado en el proceso.

2. Principio de justicia social. Procura la protección jurídica de los seres económicamente débiles, para lograr un equi- libro efectivo entre los diferentes grupos o clases sociales.

3. Principio inquisitorio. Corresponde al Juez, y no a las partes, la afirmación de los hechos trascendentes, así como - la obtención de las pruebas en juicio o la manera de obtenerlas, - con la consiguiente intervención de un Órgano del Estado.

#### f) Sistemas procesales contemporáneos.

Lo que se designa como sistema procesal es la parte - - instrumental de cada una de las tres grandes familias jurídicas - contemporáneas que hoy en día se reconocen en el derecho compara- do:

1. La familia romano-germánica (civil law)
2. La angloamericana (common law)
3. La de los países socialistas.

Cada una de estas familias jurídicas posee, en términos generales, su propio sistema de enjuiciamiento civil, el cual con- siderando su carácter instrumental, se encuentra condicionado -- por aquéllas.

#### g) Sujetos del proceso

Dice Pallares que son sujetos del proceso "las personas jurídicas que figuran en la relación procesal que se constituye - normalmente entre los Órganos jurisdiccionales, el actor, el de--

mandado y los terceros intervinientes' (1)

Para ser sujeto del proceso es requisito necesario gozar de personalidad jurídica. El artículo 25 del Código Civil determina quienes son en la legislación mexicana personas jurídicas, y considera como tales al Estado, a los municipios, a las sociedades civiles y mercantiles, a los sindicatos y a las asociaciones.

#### h) Etapas del procedimiento

1. Fase o etapa del planteamiento, en la que las partes invocan, respectivamente, ante el juez, los hechos y las normas jurídicas que les favorecen.

2. Fase o etapa de prueba, en la que las partes ofrecen las pruebas en las que apoyan los hechos y aún el derecho si se trata de derecho extranjero.

3. Fase o etapa de alegatos, en la que las partes aluden a los hechos, al derecho y a las pruebas, con argumentos jurídicos tendientes a concluir la procedencia y fundamento de sus respectivos puntos de vista.

4. Fase o etapa de resolución definitiva, en la que el jugador ejercerá la esencia de su función jurisdiccional, decidiendo sobre la controversia planteada.

5. Fase o etapa de ejecutorización de sentencia.

6. Fase o etapa de recurso, en la que, ante el superior jerárquico del juzgador se ventilará el recurso interpuesto contra la sentencia.

---

1. PALLARES, Eduardo, op. cit, pág. 129.

#### h) Finalidad social del proceso.

El proceso realiza varios fines que no son incompatibles entre sí, por lo que hay que distinguir su fin próximo o inmediato de su finalidad remota.

Mediante el primero se conducen los litigios, se discuten las pretensiones opuestas de las partes y se declaran sus derechos, si los hay, o su inexistencia en caso contrario, al aplicar debidamente el derecho objetivo.

El fin remoto consiste, en lograr la paz social mediante la composición justa de los litigios.

Como hemos visto antes de que se constituyera el Estado y asumiera la obligación de impartir justicia, imperaron la venganza y la autodefensa, lo que necesariamente trajo consigo el reino de la violencia, el predominio del más fuerte y, en definitiva, la inseguridad y la anarquía social.

Para poner término a esa situación caótica, desde las sociedades menos civilizadas hasta las naciones que han alcanzado el mayor grado de organización económica y política, nació el Estado como un producto natural que respondía a las necesidades de primer orden.

La justicia, si así puede llamarse a la que los particulares se hacían por su propia mano, fue desapareciendo y en su lugar se instituyó y comenzó a funcionar la de los gobiernos constituidos que, tienen el monopolio de esa función social, mediante la cual se mantiene el orden y la paz efectiva, sin los cuales es imposible la subsistencia de la comunidad y menos su progreso en los diversos órdenes de la vida.

Con esta exposición, finalizamos el estudio de las diversas formas de solución al litigio, con lo que pretendimos dar,

del modo más general posible una breve semblanza de los modos diversos que el hombre ha diseñado para dirimir sus conflictos, -- empezando desde la autodefensa, que es en sí materia de nuestro estudio, hasta el proceso jurisdiccional, que es el medio más -- perfecto creado por el hombre.

## LA NEGACION DE LA AUTODEFENSA COMO DERECHO PUBLICO SUBJETIVO

Hemos señalado en el desarrollo de este capítulo lo que es la autodefensa, los estragos y peligros que conlleva y el interés de la sociedad por que ésta desaparezca. o por lo menos, se reduzca a su mínima expresión.

En virtud de su función, el Estado se substituye a los individuos en la satisfacción de los intereses colectivos, que -- aunque en último término también satisfacen necesidades individuales, sólo pueden realizarse mediante su intervención: mantenimiento de la paz interna, defensa exterior, obras públicas, etc.

El Estado, dice Aurora Arnaiz, "tiene la alta misión de hacer posible la vida del hombre con su agrupación política (comunidad sociedad)" ( 1 )

¿ Para qué existe el Estado sino para la realización de los fines políticos del individuo, de la comunidad, y de la propia institución estatal?.

En consideración a lo anterior, es menester que el Estado conserve la cohesión del grupo social que le dio origen, y en virtud de que el ejercicio de la venganza privada ataca directamente a este grupo, el Estado, en cumplimiento de sus funciones, debe combatirla.

Entendemos por derecho público subjetivo como aquellas potestades que el hombre, por el hecho de serlo, tiene y que el -

---

1. ARNAIZ AMIGO, Aurora, "Estructura del Estado", Miguel Angel Porrúa Librero Editor, México 1979, 1a. edición, pág. 151.

Estado debe reconocer, respetar y proteger mediante la creación - de un orden jurídico y social, que permita el libre desenvolvi- - miento de las personas, de acuerdo con su natural vocación.

El constituyente mexicano consagró la prohibición a la - autodefensa como un derecho público subjetivo; lo anterior se des - prende, en virtud de que dicha negación está consignada en el - - apartado correspondiente de las garantías individuales, lo que ha - ce suponer que nos encontramos frente a un derecho del tipo ai -- que nos hemos referido. Sin embargo, en nuestra opinión, discrepa - mos de este punto de vista, en virtud de las consideraciones que - realicaremos en el capítulo correspondiente, por lo que por el mo - mento únicamente dejamos asentada nuestra discrepancia con la tes - sis mencionada en el proemio de este párrafo.

Además, su simple consagración no es suficiente para -- erradicar este mal social. Es necesario un adecuado sistema de le - gislación secundaria que esté acorde con lo establecido en el ar - tículo que nos ocupa. Como dice Alsina "donde más vivamente se ad - vierte la importancia de la función jurisdiccional es en la prote - cción que mediante ella logran las garantías individuales. No - solamente cada uno de los institutos procesales importa el desen - volvimiento de un precepto de la constitución como que aún que -- llos no han tenido en la ley procesal su tratamiento correspon -- diente, deben hacerse efectivos por los jueces obligados como es - tán a aplicar en primer término la ley suprema del Estado. Una ga - rantía o un derecho que carezcan de esa protección no pasan de -- la categoría de meras declaraciones líricas, porque quedan supedi - tados al respeto gracioso de quien ejerce la autoridad o se apoya - exclusivamente en la fuerza; la falta de protección jurídica es - la negación del régimen jurídico" (1)

---

1. ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comer - cial", Ediar Editores, Buenos Aires 1963, 2a. edición, tomo I, página núme - ro 132.

Concluimos, con los comentarios señalados anteriormente, la exposición de este prolongado primer capítulo, en el cual pretendimos indicar qué son los conflictos de intereses, cómo repercuten en la sociedad y los medios que ésta ha diseñado para resolverlos. En el capítulo siguiente nos avocaremos al estudio de los diversos antecedentes históricos de la autodefensa en general y del artículo 17 constitucional en el párrafo que nos ocupa.

## CAPITULO II

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL PRINCIPIO DE NEGACION DE LA AUTODEFENSA.

"El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando sin cesar para defender su derecho...".

Pudcif Ihering

#### 1 Evolución histórica de la autodefensa.

Etapa primitiva. Derecho antiguo. Grecia. Roma. Derecho germánico. Derecho español. Derecho indiano. Estado actual y futuro.

2 Antecedentes histórico-constitucionales del artículo 17 dentro del medio jurídico mexicano Constitución de Cádiz de 1812. Constitución de Apatzingán de 1814. Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1822. Plan de la Constitución de la Nación Mexicana de 1823. Acta Constitutiva de 1824. Constitución Política de 1824. Constitución Centralista de 1836. Bases Orgánicas de 1843. Acta de Reformas de 1847. Constitución Política de 1857. Estatuto del Imperio Mexicano de 1865. Mensaje de Venustiano Carranza de 1916. Constitución Política de 1917. Reforma al Artículo 17 Constitucional de 1986.

3 Texto de los artículos relativos en las Constituciones en los Estados de la República Michoacán. Oaxaca. Nuevo León.

4 Texto de los artículos relativos en las Constituciones de otros

países.

Bolivia. Brasil. Colombia. Costa Rica. Cuba. Ecuador. El Salvador. Guatemala. Honduras. Nicaragua. Panamá. Paraguay. Perú. República Dominicana. Uruguay. Venezuela. Inglaterra. Italia. - Alemania. España.

## EVOLUCION HISTORICA DE LA AUTODEFENSA

## EVOLUCION HISTORICA DE LA AUTODEFENSA

El derecho, como producto social, ha existido todos los tiempos, pero su forma de protección fue variando progresivamente a medida que las costumbres evolucionaban y se desarrollaban los conceptos jurídicos. Ninguna duda cabe de que en los primeros - - tiempos la defensa del derecho era una función privada, en la que la fuerza constituía el factor decisivo. La intervención de la familia, cuando ésta comenzó a consolidarse, facilitó la solución de las querrelas mediante la conciliación, y probablemente cuando esto no era posible, se sometía a la decisión de terceros, naciendo así el arbitraje. A veces el vencido no se avenía a cumplir la sentencia, lo que obligaba nuevamente al empleo de la fuerza, y por eso, cuando por la agrupación de familias aparecieron los primeros grupos sociales, fue natural que para mantener la tranquilidad en ellos, se atribuyese a quien, en calidad de jefe se había conferido la dirección militar y política, la facultad también de administrar justicia. Del jefe de tribu, esta facultad pasó al príncipe, quien terminó por considerarla un atributo de su persona, y de ahí a un órgano preestablecido para ello.

Existe, por lo tanto, en la defensa del derecho, una -- sustitución de la actividad individual, no voluntaria sino necesaria, por el Estado, cuando la norma jurídica resulta insuficiente por sí misma para imponer solución al conflicto. Una vez que el Estado ha impuesto su autoridad, la protección de los intereses individuales pasó a ser una función esencialmente pública, limitándose paralelamente la defensa privada. El derecho de regla empírica se transformó en norma legal; pero mientras no logre constituirse en sentimiento, a lo que probablemente nunca llegará la humanidad, la intervención del Estado será siempre indispensable para hacerlo efectivo. Y aún así, tal vez no pudiera prescindirse de esa intervención, porque, a pesar de no haber conflictos de intereses, podría haber un estado de incertidumbre en la existencia

o interpretación del derecho, y a él le correspondería entonces fijar la situación jurídica de los sujetos, mediante la llamada sentencia de mera declaración.

Durante el desarrollo de este capítulo trataremos de explicar los diversos estadios que la defensa privada presenta en las diversas culturas por las que el hombre ha pasado, a saber:

a) Etapa primitiva

Al principio de los tiempos es indudable que para ejercer sus derechos y para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, no había más que dos medios: o el acuerdo voluntario entre los dos interesados, dirigido a establecer amistosamente cual de los dos intereses opuestos debe de prevalecer, o, cuando no se llegue al acuerdo voluntario, en el choque violento entre los dos interesados, cada uno de los cuales emplea contra el otro la propia fuerza individual para constreñirlo a abandonar toda pretensión sobre el bien discutido. Así como hoy, nos dice Calamandrei, "por faltar hasta ahora un poder superestatal capaz de imponer con la fuerza las propias decisiones a los Estados, la extrema ratio para resolver los conflictos entre los Estados es la guerra, esto es, el recurso a la violencia armada, así, en la coasociación primitiva, el único medio de defensa del individuo o del grupo es el empleo de la fuerza material contra el competidor, para vencerlo, lo que transforma todo conflicto en una riña abierta" (1)

Al ir evolucionando ese tipo de sociedades, fueron formando diversos clanes y tribus. Al respecto Engels nos dice que "los miembros de la gens se debían entre sí ayuda y protección, y sobre todo auxilio mutuo para vengar las injurias hechas por ex--

---

1. CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, t.º 2.º, p.º 223.

traños. Cada individuo confiaba su seguridad a la protección de la gens, y podía hacerlo; todo el que lo injuriaba, injuriaba a la gens entera. De ahí, de los lazos de sangre en la gens, nació la obligación de la venganza, que fue reconocida en absoluto por este tipo de sociedades. Si un extraño a la gens mataba a -- uno de sus miembros, la gens entera de la víctima estaba obligada a vengarlo. Primero se trataba de arreglar el asunto; la gens del matador celebraba consejo, y hacia proposiciones de arreglo a la de la víctima, ofreciendo casi siempre la expresión de su sentimiento por lo acaecido y regalos de importancia; si se aceptaban éstos, el asunto quedaba zanjado. En el caso contrario, la gens ofendida designaba a uno o a varios vengadores obligados a perseguir y matar al matador. Y así sucedía, la gens de éste último no tenía ningún derecho a quejarse; quedaban saldadas las -- cuentas" (1)

#### b) Derecho antiguo

En las civilizaciones de este período, aunque sigue manifestándose el uso de la defensa privada para resolver conflictos, hay una tendencia a que el Estado intervenga en la solución de éstos, aunque las penas, en muchos casos, son notoriamente inhumanas y desproporcionadas. De la legislación de este período, -- destacan las siguientes:

1. Código de Hammurabi. Data del año 2100 antes de Cristo. De las disposiciones que esta legislación contiene en materia penal destacan las siguientes:

Art. 1 "Si un hombre ha acusado a otro hombre de un crimen capital y entonces no ha probado nada contra él, este acusador debe ser condenado a muerte".

---

2. ENGELS, Federico, "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", Ediciones de Cultura Popular, México 1989, vigésima reimpresión, p.99.

Art. 6 "Si un hombre ha robado propiedades pertenecien-  
tes a un dios o a un palacio, ese hombre debe ser condenado a -  
muerte, y quien haya recibido la propiedad robada de sus manos -  
debe ser condenado a muerte".

Art. 14 "Si un hombre rapta al infante de un hombre li-  
bre debe ser condenado a muerte".

2. La Biblia.- Dentro de las disposiciones que nos le-  
gó el pueblo hebreo encontramos las siguientes:

Exodo 20, 12 "Quien hiriere a un hombre, matándole vo-  
luntariamente, muera sin remisión".

13 "Y si no lo hizo alrede sino que Dios dispuso que--  
cayese en sus manos, yo te señalaré un lugar en que podrá refu-  
giarse".

15 "Quien hiriere a su padre o madre, muera sin reme--  
dio".

17 "El que maldijere a su padre o madre, sea sin remi--  
sión condenado a muerte".

24 "Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie  
por pie".

25 "Quemadura por quemadura, herida por herida, golpe-  
por golpe"

Levítico 23, 17 "Quien hiriere a un hombre y lo matare,  
muera irremisiblemente".

18 "Quien hiriere a un animal, restituirá otro equiva-  
lente, a saber, animal por animal".

19 "Quien lesionare la persona de cualquiera de sus con

ciudadanos, se hará con el según hizo".

3. Código o Leves de Manu. - Rigieron en la India entre el período comprendido entre 1280 a 800 A. C. De estas disposiciones reproducimos lo siguiente:

" Por haber raptado a hombres de buena familia y, sobre todo, mujeres y haber robado joyas de gran valor, como diamantes, el ladrón merece la pena capital (VIII,323)".

"Que haga cercenar los dedos al que corta bolsas, si es su primer robo; si reincide, un pie y una mano; la tercera vez -- debe condenarlo a muerte (IX,277)".

" Pero el más perverso de todos los bribones es el orfebre que comete un fraude; que el rey lo haga despedazar con navajas (IX,292)".

#### c) Grecia

Entre los Helenos se presenta un grado mayor de evolución respecto a la negación de la autodefensa, aunque la idea de la compensación seguía predominando y ésta, en realidad, es una máscara de la venganza.

La justicia era impartida por los Arcontes, que era un grupo de nueve ciudadanos que se encargaban, cada uno, de la impartición de justicia en diversas materias.

Dentro de la legislación que nos heredó este pueblo destaca el Código de Dracon ( 621 a.c.), el cual establece penas exageradísimas, dándose el caso de que por robar un repollo se imponía la pena de muerte.

Las Reformas de Solón de 594 a.c. derogan las leyes draconianas y, en un avance importante, establece la negación del préstamo con garantía de persona.

Los trágicos griegos se ocuparon de este problema; Esquilo, en la Orestíada, nos habla de la historia de Clitemnestra, que llevada de su pasión de su amante Egisto, mata a Agamenón, - su marido, al regresar éste de la guerra de Troya; pero Orestes, hijo de ella y de Agamenón, venga al padre quitando la vida a su madre. Ello hace que se vea perseguido por las Erinias, seres de moníacos que protegen el derecho materno, según el cual el matricidio es el más grave e imperdonable de los crímenes. Pero Apolo, que por mediación de su oráculo ha incitado a Orestes a matar a su madre, y Atenea, que interviene como juez, defienden a Orestes. Atenea somete el caso al areópago; Hay el mismo número de votos en pro de la absolucíon y en pro de la condena; entonces Atenea, en calidad de presidente del tribunal, vota en favor de Orestes y lo absuelve. La intervencíon de los dioses negando el derecho de venganza y turnando el asunto a los tribunales, demuestra el grado de evolucion que tenía este pueblo.

#### d) Roma

En la infancia de el pueblo romano, la reaccion primaria frente a la violacion o desconocimiento de un derecho que se posee, o que se cree poseer, es el de procurarse la satisfaccion por sí mismo haciendo uso, si es preciso, de la violencia. Es el sistema de la justicia privada que se presenta tanto en el campo del Derecho público como del privado. En la esfera del Derecho penal, la víctima de una agresion se toma la justicia por su mano amparado por el grupo familiar o semipolítico al que pertenece. Es el período de la venganza privada, inicialmente sin sujecion a límite alguno, después limitada por la ley del talion; más tarde, la víctima, mediante un pacto con el ofensor, renuncia al ejercicio de la venganza, recibiendo a cambio una cantidad (composicion voluntaria), y, por último, la autoridad pública impone coactivamente este rescate de la venganza, fijando la cuantía de la pena pecuniaria que el ofendido ha de percibir (composicion legal).

Cosa distinta sucede en el campo del Derecho privado.

En esta esfera, la lesión o desconocimiento de un derecho subjetivo habría de plantear necesariamente el problema previo de su existencia o inexistencia; y, en su virtud, resulta más difícil concebir un período primitivo de autotutela en el cual, el que se cree titular de un derecho subjetivo, admitiera la posibilidad de que se tomará justicia por propia mano. Cabe, sin embargo, imaginar, que el propio ordenamiento jurídico de carácter consuetudinario que hubiera reconocido un derecho subjetivo, permitiera que su titular se procurará, por sí mismo, los medios para darle de efectividad, defendiéndose de las agresiones que contra él se produjeran o proporcionándose su satisfacción de modo directo cuando ésta dependiera de la voluntad de otra persona.

En Roma, nacieron bien pronto limitaciones al libre -- ejercicio de la tutela privada de los derechos civiles, encaminadas unas veces a contrastar la verdadera existencia del derecho -- que se pretendía y otras a prohibir aquellos actos de ejercicio -- que, por penetrar e invadir ilícitamente otras esferas jurídicas ajenas, constituían por sí hechos delictivos y, por consiguiente, no permitidos.

En el primer sentido, aun cuando ofrezca carácter predominantemente penal, nos dice Alvarez Suárez, "poseemos datos -- respecto del formalismo a que había de sujetarse el propietario de una cosa robada que pretendiera buscarla en la casa del supuesto ladrón; tal pesquisa debía practicarse entrando el propietario cubierto tan sólo por un amplio cinturón (liciocinctus-intrabat) y llevando, con ambas manos a la cintura o en la cabeza, un plato de los usados para los sacrificios (lanx), en donde había de depositar la cosa robada; si esta quaestio lance licio -- que se realizaba con éxito, producía el efecto de que el furtum -- cometido alcanzaba la consideración de furtum manifestum, sancionado al principio con pena capital, y después con el cuádruplo del valor de la cosa robada." (1)

1.- ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, "Curso de Derecho Romano", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, Tomo I, p. 165.

Por otra parte, es posible que el Colegio de los Pontífices, en aquel estadio indiferenciado del fas y ius, una vez -- que declarara la ilicitud de un acto, arbitrara sanciones contra el transgresor, ya de índole puramente religiosa, ya incluso de índole pecuniaria mediante la imposición de multas. La intervención de los Pontífices tendría, pues, un doble carácter: contrastar la existencia del derecho lesionado y arbitrar una sanción -- para la transgresión, impidiendo la venganza privada. Acaso en -- esta intervención del Colegio Pontifical debe verse la inicia-- ción de un procedimiento de justicia sometido al control de un -- órgano distinto a las partes interesadas; al menos no deja de -- ser significativo que una de las acciones más antiguas e impor-- tantes del primitivo procedimiento judicial estatal, la legis -- actio sacramentum posea un origen religioso. Es posible también -- que las partes acudieran en los primeros tiempos a la suprema autoridad del monarca para que dirimiera sus controversias, aun -- cuando no puede asegurarse con certeza, a pesar de las fuentes literarias de que se dispone, que los reyes poseyeran competencia-- para resolver litigios civiles. Tampoco es inadmisibles que de co-- mún acuerdo se sometieran los interesados al arbitraje de un ami-- go prestigioso que resolviera la controversia.

Pero resulta difícil precisar en qué tiempo y de qué manera se produjo el tránsito de la justicia privada a la justicia-- con intervención del Estado. La supuesta leyes-reglas ya ofrecen, en las referencias que a ellas hacen los textos que reflejan esta tradición, numerosas sanciones de índole penal, incluso para dergchos de carácter civil, que permitirían afirmar aquella inverven-- ción sino debieran atribuirse a épocas muy posteriores. No debe-- otorgarse valor alguno a la tradición de que Servio Julio separó-- los juicios p<sup>u</sup>blicos de los privados, reservándose el conocimien-- to de los primeros, como importantes para la rep<sup>u</sup>blica, y enco-- mENDANDO los segundos a jueces privados a los que dictó leyes or-- denadoras de su misión. Lo único cierto es que la Ley de las XII-- Tablas (del s. V a.c.) contiene en la forma escueta, primitiva y -- lapidaria, característica de los tiempos primarios, una ordena--

ción procesal en la que interviene el magistrado, no para dirimir el litigio, sino impedir, por razones de paz social, el libre ejercicio de la justicia privada, imponiendo la celebración de pactos entre las partes, prescribiendo una composición pecuniaria, sustitutiva de la venganza, y haciendo obligatorio un arbitraje sobre la injusticia o justicia de las reclamaciones formuladas. Pero aparte de que las prescripciones contenidas en las XII Tablas son en su mayor parte de origen consuetudinario, la misma historia de su relación revela que antes de ella existía en mayor o menor grado un procedimiento judicial cuya dureza y rigidez frente a los plebeyos intentó paliar el Código decemviral. Por otro lado, el rango más característico que ofrece el proceso recogido en la XII Tablas es el de la continuidad del carácter voluntario y privado de la justicia, desde su iniciación hasta la ejecución de la sentencia: la intervención del magistrado se limitan a lo estrictamente indispensable: el personaje encargado de dictar su "parecer" sobre el asunto litigioso es un juez privado-elegido por las partes; el demandante puede llevar debida fuerza al demandado ante la autoridad, y si triunfa su declaración, ejecutar la sentencia procediendo violentamente contra la persona del demandado; el primitivo procedimiento oficial no suprime, pues, la justicia privada, sino que simplemente, la controla y en causa. Se explica por ello que hasta época bastante avanzada se encuentren en Roma casos abundantes de autotutela de los derechos, en los dos aspectos defensivo y agresivo que en ella pueden distinguirse.

En el primer aspecto (autodefensa propiamente dicha) se admitió siempre en Derecho romano considerándola como institución de Derecho natural, la facultad de repeler por la violencia cualquier agresión antijurídica de que una persona sea víctima, reconociéndola en el conocido aforismo "vim vi repellere licet" que, en un texto de Ulpiano se atribuye a Casio. Este principio de la legítima defensa tiene su principal campo de aplicación en el Derecho penal, en aquellos supuestos en los que, por la inminencia del daño que amenaza, no es posible obtener el amparo de la auto-

ridad pública; y si bien se configura la limitación de que la defensa debe causar el menor daño posible, no se exige, como en el Derecho moderno, que haya correspondencia de intensidad entre el ataque y la defensa; aunque exista exceso en la defensa, no por ello se incurre en la llamada "tutela inculpada", siempre que ese exceso no descanse en un propósito de venganza. La legítima defensa encuentra también aplicación en el Derecho privado; así sucede en los casos de agresión al poseedor de una cosa, el cual, si se intenta desposeerle por la violencia, puede también repeler violentamente la agresión (Ulpiano, Dig., 43, 16, 1, 28). Participa también de este carácter defensivo el derecho de retención que se otorga al poseedor de buena fe, el cual puede detener la acción reivindicatoria mediante una excepción de dolo y conservar en su poder la cosa hasta que se le satisfagan los gastos de que debe ser resarcido. (1)

En cuanto a la autotutela consiste en procurarse por los propios medios la satisfacción de un derecho que creemos nos pertenece (autoayuda propiamente dicha), se admite también en casos determinados. Así, el propietario que ha sido desposeído de su cosa, debe acudir normalmente a la acción reivindicatoria para recuperarla; pero si, en vez de hacerlo, la arrebatara violentamente del que la posee, no incurre en el delito de *vi bonorum raptorum*. El dueño de un fundo puede por sí mismo cortar y apropiarse las ramas de los árboles de su vecino que se extiendan sobre su propio terreno a una altura inferior a 15 pies, si el vecino no lo ha hecho voluntariamente, y tal facultad se haya protegida por un interdicto (Ulp., dig., 43, 27, 1 pr) El acreedor pignoraticio que se apodera de una cosa pignorada no comete *furtum*. Respecto a los derechos de crédito, el acreedor que recupera por sí la cosa dada en comodato, tampoco es reo de *furtum* y parece que se admitió la posibilidad de que en caso de que el deudor pretenda fugarse, el acreedor pueda apoderarse de lo que éste le adeu-

---

1. Cfr. ALVAREZ JUAREZ, Ursicino, "Curso de Derecho Romano", pág. 167.

dara. El principio en que esta última concesión se basa, de considerar lícita la autotutela de los derechos, cuando, por la urgencia del peligro, no es posible impetrar el auxilio de la autoridad pública, tuvo aplicación en otros casos, que representa -- frente a la autoayuda, la misma función que la legítima defensa -- y frente a la autodefensa propiamente dicha. Así, el propietario puede prohibir la entrada en su fundo a cualquier persona, capturar al ladrón diurno sorprendido in fraganti, y darle muerte si se resistiera con armas a la captura; y asimismo, matar al ladrón nocturno al que no lograra capturar. En casos extremos, se tiene en cuenta el estado de necesidad, autorizando incluso la comisión de daños en bienes ajenos para salvaguardar los propios (1).

Todos estos casos de autotutela de los derechos que -- pueden extraerse de los fuentes jurídicas romanas, representan -- excepciones al principio, cada vez más firme, de prohibir las -- vías de hecho y de obligar a los particulares a someter la resolución de sus controversias al control de la autoridad pública y a los formalismos de un procedimiento judicial. Sin embargo, resulta curioso que esta prohibición no estuviera amparada por la imposición de sanciones hasta finales de la República. Quizás -- ello se deba, sobre todo, a la circunstancia de que gran parte -- de los actos por los que un particular podía procurarse, privada -- mente y por sí, la satisfacción de su derecho, tropezaría con -- dificultades en el propio campo del Derecho privado (p. ej., a -- virtud de los interdictos posesorios), o incluso constituir hechos delictivos sancionados por el Derecho penal; por eso, acaso no se consideró apremiante la necesidad de sancionarlos también -- civilmente. Pero una lex Julia de vi publica et privata, probablemente de Augusto, castiga al acreedor que ejerce violencia contra su deudor para que le pague, con varias sanciones de índole -- penal, y entre ellas, con la pérdida de su derecho de crédito. Y

---

1. Cfr. ALVAREZ JUAREZ, Ursicino, "Curso de Derecho Romano", pag. 167.

un Decreto de Marco Aurelio (Decretum Divi Marci) amplía el concepto de vis (violencia) dibujado en la lex Julia, considerando como tal, no sólo la que consiste en herir a una persona, sino -- también la de aquél que procura por sí la obtención de una cosa -- que le es debida, en vez de acudir a la autoridad: "optimus est -- ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris" -- ... "vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, -- non per iudicem repocit". Con posterioridad, el concepto de vis -- privada se fue ampliando, comprendiendo dentro de él las coacciones sobre los hijos del deudor (Novela, 137), sobre sus herederos, poniendo obstáculos a la inhumación del cadáver (Cod. 9, 19, 6, -- Constitución de Justino del 526, y Novela, 60); y el apoderamiento de una cosa que no pertenezca al deudor, sino a un tercero, sancionado con el cuádruplo de su valor (Novela 52). Una Constitución de Diocleciano y Maximiano, del año 293 (Cód. 9, 33, 3), debida -- seguramente, en su mayor parte, a la mano de los compiladores -- bizantinos, considera incurso en el delito de rapiña con pena del cuádruplo, si la acción se entabla dentro del año, y el triple si se interpone después, al acreedor pignoraticio que se apodera por la fuerza de la cosa pignorada. En el año 389, otra Constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (Cod., 8, 4, 7 ), prescribe -- que si una persona, poseída de furiosa audacia, invade violentamente la posesión ajena procurándose así la cosa objeto de su propiedad, debe devolver la cosa, perdiendo el derecho de dominio -- que sobre ella tenía; y si el que realiza este acto no es propietario de la cosa, debe devolverla y pagar su estimación. (1)

Tales son las disposiciones que fueron progresivamente -- perfilando la limitación de la justicia privada y el triunfo definitivo de la justicia dirigida y controlada por la autoridad pública, de tal manera que aquélla queda restringida a casos excepcionales, y ésta constituye el procedimiento normal para la resolución de controversias en el seno del Derecho privado. Y ya en este as--

---

1. SCIALOJA, Victorio, "Procedimiento Civil Romano", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1954, p. 80.

pecto, constituye un problema esencial estudiar mediante qué resorte se pone en movimiento el organismo estatal para otorgar -- protección a los derechos; de qué modo y por cuáles vías, si la sentencia es favorable a la reclamación, se puede obtener su cumplimiento procurando satisfacción al demandante: cuestiones todas que suponen el estudio de la acción del procedimiento judicial.

El caso del secuestro del cadáver, nos dice Scialoja, -- "se encuentra en gran número de legislaciones primitivas o bárbaras; lo encontramos, por eso, en este último período, en que el Imperio romano decadente cede a la influencia bárbara; mientras que en el período más civilizado había desaparecido este uso que debieron de tener los romanos de los tiempos primitivos, como todos los pueblos bárbaros. Este caso del secuestro del cadáver -- del deudor por parte del acreedor es interesante también porque una opinión reciente, que no creemos aceptable, pretende que de este secuestro del cadáver del deudor se haya llegado después al principio del pago de las deudas del difunto por parte de los herederos. Como la sepultura es una deuda de orden público para -- los herederos, éstos, para poderla cumplir, según esa opinión, -- se ven obligados a rescatar el cadáver pagando las deudas del difunto" (1)

#### c) Derecho germánico

La prohibición de la autodefensa, establecida en forma general por el Derecho romano, desaparece en el período medieval, como consecuencia de las concepciones de origen germano que pusieron en boga por varios siglos, como forma de resolución de los conflictos, el duelo y la venganza.

---

1. SCIALOJA, Vittorio, "Procedimiento Civil Romano", Ediciones Jurídicas -- Europa-América, Buenos Aires 1954, p. 80.

Desde la formación de la caballería, el ejercicio de la inimicitia\*rompió en todas partes las limitaciones impuestas por el antiguo derecho. En el círculo de los caballeros se afincó el mal uso y la concepción de que la autoayuda (selbatnuelke) y el ejercicio de la enemistad no sólo eran procedentes en los simples casos de venganza de sangre, sino también de cualquier--violación. La familia ofendida estaba autorizada para ejercitar la venganza de sangre siempre que en el caso concreto el poder público no consiguiera imponer a las partes enemistadas una paz-provisional por un tiempo determinado (tregua, treve) o conducir los a una reconciliación definitiva. En algunas partes del dominio jurídico sajón, pero especialmente en Holanda, Zelanda y --Flandes, se afirmó la responsabilidad de los parientes por el --precio de reconciliación debido, que en Holanda experimentó una--ampliación a la totalidad del importe a causa de que el patrimonio del culpable era confiscado por el conde.

La potestad del Imperio se vio obligada a tener en cuenta las circunstancias de hecho y las concepciones de la condición caballeresca, limitándose a oponerse a la inimicitia. El mismo --fin, nos dicen Brunner y Von Schwerin, "persiguió desde el siglo--XI la Iglesia alemana por la proclamación de la paz de Dios (trauga Dei), en cuya virtud en determinado tiempo, especialmente en--ciertos días de la semana, debía ceder toda enemistad y ciertas--personas y lugares tener una paz permanente" (1)

Las leyes de paz territorial (constituciones pacis o --pax), surgen como consecuencia de los preceptos de las paces de Dios. Desde que alcanzó predominio la condición de los caballeros, se extendió tan sin medida la venganza por enemistad en los círculos caballerescos, y en tal grado quebrantó la seguridad --del derecho la justicia a mano propia, que el poder público fue--

---

\*Venganza

1. BRUNNER, Heinrich y VON SCHWERIN, Claudius, "Historia del Derecho Germánico", Editorial Labor, Barcelona 1936, p. 175.

impotente para reaccionar contra las violaciones de la paz mediante los solos recursos normales de la administración de justicia ordinaria y de los preceptos jurídico-penales del derecho de los diversos troncos. Ello puso a los reyes alemanes en la necesidad de dictar de tiempo en tiempo leyes de paz territorial que sancionaran con penas más graves, de carácter expiatorio en su mayoría, el quebrantamiento de la paz. Por lo regular, la constitución de la paz territorial tenía el carácter de un acuerdo jurado; los magnates que la habían convenido con el rey prestaban su adhesión jurada, juramento que luego obtenía por su parte una expansión territorial. Las leyes de paz territorial o bien prohibían en absoluto la enemistad o vinculaban su existencia a determinadas circunstancias y límites. La ley se dictaba unas veces sin término de vigencia; otras, en cambio, alcanzaban sólo un número de años prefijados, de suerte que por este tiempo creaba una especie de derecho estamental jurado. Las prescripciones sobre la ruptura de la paz son ciertamente el núcleo, pero no el contenido único de las leyes de paz territorial, donde también se contienen otras normas jurídico-penales, más algunas procesales y de policía. Las leyes de paz territorial del Imperio fueron precedidas o coexistieron con numerosos acuerdos de tregua provinciales.

La primera Ley de paz territorial fue dictada por Enrique IV en Maguncia en 1103 y ordenaba una tregua por 4 años. Posteriormente, Federico I, en 1152 y en 1158, expidió leyes de paz territorial donde había una prohibición absoluta de la enemistad; pero su observancia fue impracticable. En 1186, en Nuremberg, Federico I decreta una ley contra los incendiarios y en la que vinculó su práctica a la condición de que la enemistad se anunciara en tiempo hábil por un heraldo. Después, siguieron las siguientes leyes: en 1224, en Wurzburg, Enrique VII dicta su tregua Heinrichi; en 1234 se dicta la ley de paz de Francfort; la constitutio maguntina de 15 de agosto de 1235, que además de la enemistad y violaciones de la paz, contiene otras muchas materias, tales como régimen de aduanas y monedas, organización del tribunal de la Cor

te, etc. Todas estas disposiciones se dieron por satisfechas con la sujeción del ejercicio de la enemistad a ciertas condiciones previas.

El proyecto de Alberto II, de 1438, se proponía suprimir el derecho de enemistad y proyectaba, para el mantenimiento de la paz, una división del Imperio en cuatro distritos. La Reforma de Francfort en 1442 vuelve a reconocer el derecho de enemistad condicionado. En 1467, Federico III, decreta una paz territorial por cinco años, y en 1474, otra por diez años. Todas estas legislaciones prohibían toda enemistad si previamente no se había acudido en vano a las vías jurídicas. De este modo se reconoció un derecho de enemistad subsidiario, o sea, un derecho de enemistad en defecto de una asistencia normal de justicia.

Por medio de la paz territorial de 1495, cuya publicación se reiteró varias veces en sucesivas Dietas del Imperio, se desterró el derecho de enemistad con carácter incondicionado, sin excepción y definitivo.

El sistema de justicia germánico era muy complejo. Las acciones punibles se dividían en dos: el tuerto, para aquéllas que merecían pena de muerte o mutilación, y la teméritas, para transgresiones leves castigadas en piel y cabello o con penas patrimoniales. La forma de aplicación de la pena de muerte iba desde la horca y la decapitación hasta la hoguera, el anegamiento y el enterramiento en vida. Si un daño es cometido por un animal, el dueño de este se libra de cualquier reclamación entregando al animal, y la parte ofendida lo sacrificaba de una manera ritual.

#### f) Derecho español

El derecho español, bajo la influencia de las ideas cristianas, atenua la idea de la venganza privada, aunque, como dice Guier, "mantiene la idea de la compensación, lo que es la venganza

---

asumida por el Estado" (1)

Disposición contraria a la idea de la autodefensa la encontramos en el Fuero Juzgo, que en su Ley V establece:

"Que la maldad de los omnes fuese refrenada por miedo - della e que los buenos siguiesen mas seguramente entre los malos; e que los malos fuesen penados por la ley, e dexasen de fazer mal por miedo a la pena"

En la Partida Séptima de las Siete Partidas, se encuentran una serie de disposiciones tales como la prohibición de las penas de crucifixión, apedreamiento, despeñamiento, marcas o quemaduras infamantes sobre la piel del condenado o cortar la nariz o sacar los ojos. Sin embargo, autoriza la pena de muerte y la pérdida de miembros, el trabajo y destierro perpetuo, la confiscación absoluta, la cárcel a perpetuidad, la infamia, los azotes y heridas proporcionadas en plaza pública, previo untamiento de miel para que no lo dejaran en paz las moscas.

g) Derecho indiano.

El derecho indígena no aceptaba la venganza privada. Por ningún motivo, los ciudadanos estaban facultados para hacerse justicia por sí mismos, ya que eso equivalía, según las autoridades prehispánicas, a usurpar la capacidad jurídica del monarca. Sin embargo, a este último sí le era permitido hacerse justicia por su propia mano.

"Había una excepción en la aplicación de justicia para algunos delitos, como el homicidio, que consistía en el perdón que daban los deudos del occiso al criminal. En tal ocasión, sólo se cas-

---

1. GUIER, Jorge Enrique, "Historia del Derecho", Editorial Costa Rica, San José 1968, tomo II, pág. 670.

tigaba al delincuente privándolo de su libertad en provecho de los deudos, en virtud de que éstos habían perdido la aportación económica de un familiar; de esta forma, el delincuente se convertía en esclavo temporal de la familia del desaparecido" (1)

La justicia mexicana era impartida por funcionarios al servicio del tlatoani, por lo que éste se encargaba de su sustento y alojamiento; además de ello, los jueces recibían productos agrícolas y servidumbre de los macehuales de acuerdo con el nivel de cada uno. De lo anterior, se desprende que el servicio ofrecido por el sistema judicial azteca no implicaba gasto alguno por parte de los acusados o demandantes.

Por otra parte, las disposiciones mexicas en materia de Derecho civil, esto es, el derecho que regulaba las relaciones entre particulares, señalaban dos tipos de sanciones para los individuos que faltaran al pago de las deudas de carácter civil: la esclavitud y la prisión.

La pena de prisión por el incumplimiento de una deuda de naturaleza civil se cumplía en el teipiloyan, que era un cárcel - destinada especialmente para castigar este tipo de asuntos.

El Derecho penal de los aztecas estaba escrito en pinturas; las penas eran de muerte, esclavitud, destierro, destrucción de la casa, deposición del empleo, amputación de labios y orejas y cremación o cortadura de pelo. La pena de muerte era impuesta por cometer los delitos de aborto, adulterio, calumnia pública, destrucción del maíz, hechicería, homicidio, incesto y traición.

El fallo de los jueces era en conciencia; el rey era el juez supremo. Los comerciantes, nos señala Hamilton, "tenían jurisdicción especial ante un consejo de doce funcionarios elegi-

---

1. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, "Nuestra Constitución", Talleres Gráficos de la Nación, México 1990, t. 9, p. 75.

dos del gremio y que sesionaba en el mismo tianguis o mercado" (1)

#### h) Estado actual y futuro

La prohibición de la autodefensa, según nos dice Calamandrei, "tal como existe en los ordenamientos jurídicos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución" (2) Dice el mismo autor que "sólo en las legislaciones contemporáneas, a través del influjo del Derecho canónico, la prohibición vuelve, en forma general y absoluta" (3)

Discrepamos, junto con Alcalá-Zamora, de lo anterior; dice el autor citado que "la trayectoria histórica de la autodefensa no marcha de manera constante de más o menos, o sea desde su predominio a su extinción" (4)

La prohibición a la autodefensa no es tan general y absoluta como Calamandrei dice; al contrario, en estos tiempos se puede hablar de un resurgimiento alarante de la autodefensa, en sus formas más rencorosas y arbitrarias, durante los últimos tiempos. Las grandes conflagraciones mundiales de este siglo, la reciente guerra entre Irak y Kuwait, han favorecido la reaparición de la autodefensa vengativa en escala quizás nunca igualada. A veces, por un prurito de legalidad, la venganza se ha ocultado tras una parodia de proceso y una simulación de tribunales (caso concreto de los llamados juicios de Nuremberg). Quedan, además nu

1. HAMILTON D., Carlos, "Manual de Historia del Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1948, p. 437.
2. CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 222.
3. CALAMANDREI, Piero, op. cit., pág. 225
4. op. cit., pág. 63

meras formas de autodefensa, algunas de tan enorme importancia, como las relacionadas con los conflictos entre capital y trabajo.

Varias de sus modalidades, nos dice Alcalá-Zamora, "como la legítima defensa, el estado de necesidad y, en general, las que signifiquen hacer frente a situaciones imprevistas de emergencia, habrán de subsistir siempre, o bien se adaptarán a supuestos distintos de aquéllos para los que se establecieron, y finalmente, surgirán o se desarrollarán otras nuevas, como sucedió con las labores a partir de la concentración industrial, como más recientemente ha acontecido en España al convertir, por efecto del espíritu de casta allí reinante, al Patronato de Casas Militares en Órgano competente para decretar el desahucio" (1)

---

ANTECEDENTES HISTORICO CONSTITUCIONALES DEL ARTICULO 17 DENTRO --  
DEL MEDIO JURIDICO MEXICANO

Dentro del medio jurídico mexicano encontramos un número muy amplio de legislaciones que buscaban reglamentar la vida del país; para localizar los antecedentes del primer párrafo del artículo 17 constitucional es necesario remitirnos a las Leyes Supremas y secundarias que por la importancia que tuvieron en su momento, constituyen verdaderas fuentes históricas del tema que tratamos. Así revisaremos los siguientes ordenamientos:

a) Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812.

b) Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.

c) Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 16 de diciembre de 1822.

d) Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 16 de mayo de 1823.

e) Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, fechada en la Ciudad de México el 31 de enero de 1824.

f) Constitución Política del 4 de octubre de 1824.

g) Constitución Centralista de 1836.

h) Bases Orgánicas del Gobierno Central de 1843.

i) Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada el 18 de mayo de 1847.

j) Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857.

k) Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865.

l) Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechado en la Ciudad de Querétaro el 10 de diciembre de 1916.

m) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917.

n) Reforma al Artículo 17 Constitucional del 16 de diciembre de 1986.

a) Constitución Política de la Monarquía Española de 1812.

Dentro de este ordenamiento encontramos dos artículos que tienen cierta relación con el tema que nos ocupa, a saber:

Artículo 242. "La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales".

Artículo 245. "Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado".

Como podemos observar, a través de estos mandamientos se reserva al Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que se excluye a los particulares en general el que por su propia cuenta se hagan justicia, lo que nos lleva a encontrarnos con un antecedente directo del primer párrafo del artículo 17 de nuestra Constitución vigente.

b) Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.

En dicho mandamiento únicamente encontramos lo siguiente:

Artículo 202. "En el Supremo Tribunal de Justicia no se pagarán derechos".

Lo anterior tiene cierta relación con lo que establece la parte final del segundo párrafo del artículo 17, es decir, la -

prohibición a las costas judiciales. En relación al tema que nos ocupa no encontramos ningún antecedente.

Durante este período, se emitió la siguiente disposición, que tiene relación con el tema que nos ocupa:

Real orden comunicada por el Ministerio de marina al Secretario del Supremo Consejo de Almirantazgo. Expresa, bajo diferentes capítulos, el objeto de contener la escandalosa desertión que se experimenta con la marinería, las penas que se impone a todo comandante de buque de guerra, capitán a patrón mercante que admitiendo un desertor no lo entregue en el momento a su inmediato Jefe (10 de abril de 1817)

Consideramos que esta disposición es autodefensiva, en razón de que constituye un caso de imposición de sanciones por -- una parte del conflicto, sobre la otra, sin que medie previa declaración judicial.

c) Reglamento Provisional Político del  
Imperio Mexicano 1822.

En el reglamento que nos ocupa encontramos la siguiente disposición:

Artículo 55.- "La facultad de aplicar las leyes a los casos particulares que se controvierten en juicio, correspondiente exclusivamente a los tribunales erigidos por ley"

Tal como dijimos respecto al antecedente de este capítulo, el monopolio de la justicia se reserva el órgano jurisdiccional, por lo que se excluye a cualquier otro órgano o persona de -- dicho ejercicio, negativa lógica del principio de justicia privada.

d) Plan de la Constitución Política  
de la Nación Mexicana de 1823.

Base 7a.- "... Los individuos de la Nación Mexicana no debe ser juzgados por ninguna comisión. Deben serlo por los jueces que haya designado la ley. Tienen derecho para recurrar a -- los que fueren sospechosos: lo tienen para pedir la responsabilidad de los que demoren el despacho de sus causas: de los que no la sustenten como mande la ley: de los que no les sentencien como declare ella misma. Lo tienen para comprometer sus diferencias de árbitros o arbitradores"

En este plan encontramos varias disposiciones interesantes para el tema que nos ocupa: primero se reafirma la potestad del órgano judicial de aplicar la justicia con exclusión de cualquier otro órgano; además, se empieza a hablar de la sustanciación expedita de la justicia, antecedente directo del segundo párrafo de artículo 17.

e) Acta Constitutiva de la  
Federación Mexicana de 1824

Artículo 18.- "... Todo hombre que habite en el territorio de la Federación, tiene derecho a que se le administre -- pronta, completa e imparcialmente justicia".

La anterior legislación es antecedente directo del segundo párrafo del artículo 17 constitucional que habla de la justicia expedita. Respecto al tema que nos ocupa no encontramos -- ninguna otra disposición.

f) Constitución del 4 de octubre de 1824

En esta legislación no encontramos ninguna disposición

que de manera directa tenga relación alguna con el asunto que nos ocupa, aunque de manera indirecta, al organizar al poder judicial, se encuentra dentro de nuestro campo de estudio.

En el período de vigencia de esta Constitución encontramos la siguiente manifestación autodefensiva:

1.- Ley de expulsión de españoles del 20 de mayo de 1829:

" Saldrán de la República todos los españoles que residen en los Estados o Territorios internos de oriente y occidente, Territorios de la Alta y Baja California y Nuevo México, dentro de un mes después de publicada esta ley, del Estado o Territorio de su residencia, y dentro de tres de la República, y los habitantes en los Estados litorales al mar del Norte, saldrán de la República dentro de un mes contados desde la publicación de esta ley ".

En primera instancia, dado que lo estudiaremos con mayor amplitud posteriormente, creemos que todo caso de expulsión de extranjeros, sin juicio o recurso alguno, constituye una manifestación autodefensiva.

g) Constitución Centralista de 1836.

En este mandamiento no encontramos ninguna disposición que expresamente tenga relación directa con el principio de negación de la autodefensa. Aunque el hecho de que implante un sistema de impartición de justicia, implica la exclusión de los particulares en el ejercicio de ésta.

Durante su vigencia, encontramos las siguientes disposiciones autodefensivas:

1.- Marzo 18 de 1836.- Circular.- "Moderación con que-

los cabos han de usar la vara que se les permite; como han de -- de ser tratados los presos, y se prohíbe el castigo de bancos de palos.

"... En vista de todo lo expuesto, espero que usted vigilará que el uso de la vara, que le está permitido a los cabos -- por el artículo 16 del título 2º., tratado 2º, de la ordenanza -- general, sea con la moderación que lo previene el artículo 17- del mismo título y tratado, observándose igual moderación con los que están presos por faltas correccionales y se emplean en la lim pieza, pues es degradante que se trate a un infeliz del modo que -- no se usa ni aun con las fieras, mayormente cuando el carácter -- mexicano propende a obrar bien, por la docilidad y el convenci--- miento, más que por el rigor de la arbitrariedad que lo exasperan"

2. Enero 20 de 1837.- Decreto del supremo gobierno.-"Se -- declaran autorizados todos los empleados encargados de la cobranza de las rentas, contribuciones y deudas del erario con responsa bilidad pecuniaria, para ejercer las facultades económicas coac-- tivas, o fin de hacer efectiva su recaudación y el cobro de crédi tos".

3. Diciembre 1 de 1841. Bando de policía.-Se recuerda -- el cumplimiento de los anteriores, que previenen se maten los -- perros que se encuentren en las calles.

"Considerando: que la decencia pública y la comodidad del vecindario reclaman una medida que corte los males que causan la -- multitud de perros que hay en esta capital, y el olvido en que han caído los bandos antiguos, de acuerdo con la excelentísima junta -- departamental, he decretado lo siguiente:

Artículo 1.- "Restituyen a su primitivo vigor todas las -- disposiciones y bandos de policía. que previenen se maten los perros que se encuentren en las calles".

Artículo 4.- " Toda persona que saque a pasear a la calle algún perro sin llevarlo atado, a un cordel o cadena, será multado en la cantidad de 2 a 25 pesos, o sufrirá un número de días de prisión igual al número de pesos de multa, si no pudiere pagarla, y además, se le matará al perro".

De estas disposiciones podemos efectuar las siguientes consideraciones:

De la primera, es un caso típico de autodefensa en razón a la unilateralidad de la sanción.

Con respecto a la segunda, el poder de decisión que --recae sobre los empleados de cobranza, con facultad de prisión,-- a nuestro entender es una autorización de la autodefensa.

El bando de policía, además de curioso es autodefensa en razón a la imposición de la pena, sin recurso alguno.

#### h) Bases Orgánicas del Gobierno Central de 1843

Tampoco en esta disposición encontramos algún ordenamiento que constituya fuente histórica directa de la garantía que nos ocupa, aunque podemos repetir lo mismo que dijimos respecto a la legislación anterior.

#### i) Acta Constitutiva y de Reformas de 1847

Artículo 5.- " Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas".

Como podemos observar, este ordenamiento no se ocupó -

de reglamentar en particular los derechos públicos subjetivos del hombre, por lo que en él no encontramos ningún antecedente del tema de este estudio.

Durante este lapso, podemos localizar las siguientes -- expresiones autodefensivas:

1.- Julio 6 de 1848.- Ley sobre el mando de juzgar a los ladrones, homicidios y heridores.

Artículo 1.-"En el D. F y territorios, los ladrones, homicidios y heridores de todas clases, serán juzgados brevemente-- en proceso verbal".

2.- Mayo 16 de 1849. Circular.- "Se les prohíbe a los empleados la concurrencia a las fiestas de Tlalpan".

3.- Julio 8 de 1849.- Orden.- "Que no se entregue sin que se haya satisfecho el porte, la correspondencia que por ley no goce de francatura".

4. Abril 29 de 1853 Circular del Ministerio de Guerra. Sobre traidores a la patria Sección de Operaciones.- "Sabedor el Excmo Sr. Presidente de que algunos mexicanos indignos de ese nombre, se atreven a propalar en conversaciones sediciosas, que la nación obtendrá ventajas anexándose a los E.U., y considerando -- S.E. que aunque semejantes ideas infaman al que las profiere, no por eso pueden pasar inapercibidas por un gobierno celoso del --- buen nombre y dignidad de la República, ha tenido o bien resolver que ... establezca una policía que sirva para adquirir conocimientos de las personas que viertan tales especies, y a las cuales se juzgará militarmente, y se castigará con la pena que la ley impone a los traidores a la patria".

5.- Febrero 13 de 1854.- Código de Comercio.- Robo de famélico. Reos de ese delito- 25 pesos, juicio verbal por los Co--

mandantes generales.

Caben las siguientes aclaraciones:

La primera disposición, oculta bajo un pseudoproceso, -- una manifestación autodefensiva.

La segunda, es autodefensiva en razón a la prohibición unilateral del gobierno.

La tercera consideramos antecedentes directo de nuestro derecho de retención, al cual nos referimos más adelante.

La cuarta, al igual que la primera, es autodefensa en razón a la venganza que va oculta tras de ella.

La quinta, caso típico de estado de necesidad, es autodefensa en razón al sacrificio del interés ajeno.

j) Constitución Política Mexicana de 1857.

Por la importancia que tiene este ordenamiento consideramos necesario reproducir íntegramente el Diario de Debates -- respecto del artículo 17 de esta Constitución, tomando de las -- recopilaciones de Francisco Zarco:

Sesión del 21 de agosto de 1856

" El señor MORENO pregunta qué quiere decir la última parte del artículo.

" El señor ARRIAGA contesta que los tribunales deben administrar justicia a todas horas.

" El señor RUIZ está en favor de la primera parte del artículo, puesto que no introduce ninguna novedad y que sólo - -

sanciona lo ya establecido; la segunda le parece excelente, pero no preve los casos de propia defensa conforme a derecho natural.

" El señor ARRIAGA dice que estos casos son las excepciones de la regla general y que en ellos se recobra la cosa y no el derecho.

" El señor RUIZ dice que el que recobra la cosa recobra el derecho que a ella tiene. El artículo está en términos tan absolutos que no da lugar a ninguna excepción.

" El señor CASTANEDA cree que, si el artículo se omite, no hace falta, y, si se deja, puede causar algunos inconvenientes. No se trata de nada nuevo, y lo dispuesto en el artículo, con algunas excepciones, es conforme a los principios del Derecho civil.

" El señor GUZMAN da algunas explicaciones en favor del artículo.

" El señor RAMIREZ opina que el derecho nunca debe fundarse en la fuerza y, en cuanto a la última parte, no cree posible que los tribunales están abiertos de día y de noche.

" El señor ARRIAGA rectifica y el señor RUIZ pide que el artículo se divida en partes.

Hecha la división, la primera parte que dice: "Nadie -- puede ser preso por deudas de un carácter civil", es aprobada por unanimidad de los 92 diputados presentes, y se levantó la sesión a las cinco de la tarde.

Sesión del 22 de agosto de 1856.

La 2a. parte del artículo 28 del proyecto de Constitución fue aprobada sin discusión, por 45 votos contra 34.

La 3a. fue aprobada por 51 votos contra 19.

" Los señores Zarco, Gómez, Llano, Cendejas, Mata, Ramirez (don Ignacio), Olvera, Gamboa, Anaya Hermosillo, Moreno, -- Arriaga, Castellanos, Contreras Elizalde, Langolis y Blanco presentaron la siguiente adición al artículo: "Quedan abolidas las costas judiciales". Fue admitida por una considerable mayoría y pasó a la comisión de Constitución.

Sesión del 26 de enero de 1857.

" La Comisión de Constitución presentó un dictamen consultando que la adición de muchos diputados, que pidieron la abolición de las costas judiciales, pasara a la comisión de Ley Orgánica de Justicia.

" El señor Zarco se opuso al dictamen, diciendo que si quería esquivar otra cuestión, retirar otro artículo, emplazar -- indefinidamente todo bien para el pueblo porque, aunque se ha -- nombrado una comisión para presentar la Ley Orgánica de Justicia, nada de hecho, ni nada hará, y, aunque hiciera, no queda tiempo -- para discutir su proyecto.

" Los autores de la adición han querido que no se venda la justicia, que su administración sea enteramente gratuita, y -- han creído que este principio debía ser consignado en un artículo de la Constitución, porque afecta a los derechos del hombre y a -- las garantías individuales.

" La comisión debió resolver de una manera categórica en pro de la adición, si participa de estas ideas, o en contra, si la arrendaron las dificultades de la hacienda pública y la consideración de que no están bien pagados los jueces y los magistrados.

" Triste es que el pueblo, a quien se llama soberano, -- contribuyendo a todas las cargas públicas, tenga que comprar la -- justicia como compra la gracia, los sacramentos y la sepultura.

" Ya que el Congreso en la acta de derechos deja al -- pueblo la horca porque no hay hacienda, el grillete porque hay - hacienda, libreló al menos de las costas judiciales y haga que - el derecho deje de ser mercancía.

" El señor ARRIAGA dice que abunda en las ideas del -- preopinante y nada tiene que contestar a sus razones; pero que - la comisión de la Constitución creyó que no se trataba de un pun - to capital, sino de una mejora que bien puede seguirse más tarde por medio de una ley secundaria. Añadió que por su parte no había inconveniente en modificar el dictamen, si así lo deseaba el con - greso.

" El señor MORENO sostuvo que la administración de jus - ticia debe ser gratuita y que los magistrados deben ser pagados - por el erario y no por los litigantes.

El señor BANUET, declarando que no es juez ni magistra - do, sino litigante que paga derechos, opina que la abolición de - las costas judiciales, mientras no se asegure el puntual pago de - los jueces, equivale a poner en subasta pública la administración de justicia, porque, en verdad, hombres que estén reducidos a la - miseria y carezcan de todo recurso para subsistencia necesitan -- ser héroes para ser íntegros.

" El señor ANAYA HERMOSILLO ataca vigorosamente el dic - tamen pintando los abusos del cobro de costas, que raya en el ex - ceso cuando hay jueces que no tienen asignado ningún sueldo y vi - ven exclusivamente de lo que cobran a los litigantes; opina que - los jueces deben ser pagados como lo permitan las circunstancias - del erario y severamente castigados los que falten a su deber.

" El señor SARCO cree inútil insistir en la cuestión, - cuando la comisión por medio del señor Arriaga, ha declarado que - no tiene nada que contestar.

" La mejora que se reclama debe ser punto constitucional, y así lo comprendieron los señores de la comisión que suscribieron la adición de que se trata.

" Suponer que la poca puntualidad en los sueldos equivalga a poner en subasta pública la administración de justicia es hacer una gratuita ofensa a la magistratura de la República, que tiene la gloria de haber visto vivir y morir en la miseria a Figueroa y a don Juan B. Morales, sin que faltaran jamás a su deber.

" Si la razón del señor Banuet ha de mantener las costas judiciales, sería preciso establecer costas administrativas, - costas parlamentarias, etc., porque todos los funcionarios están mal pagados y no es conveniente poner en subasta pública la fidelidad de los empleados, la conciencia de los diputados, la lealtad de los militares.

El dictamen es aprobado.

" Puesta a discusión la adición que consulta la abolición de las costas judiciales, la apoya con muy buenas razones el señor Degollado (don Joaquín), quien opina que mientras no sea gratuita la administración de justicia, no se habrá conseguido el objeto de la asociación.

" Hace notar también que no obstante que ahora hay sueldos para los magistrados y extorsiones para los litigantes, hay quejas contra la Corte de Justicia y contra el último juzgado, de manera que no son las costas lo que da integridad a los jueces.

" El señor MATA cree que la generalidad en que está concebida la adición hace que se extienda a los tribunales de los estados, y opina que esto es atacar la soberanía que para su régimen interior les concede el sistema federal.

" El señor CARCIA GRANADOS dice que precisamente los --

autores de la adición quieren que no haya costas en ningún Tribunal de la República, incluso los de los estados, y hasta en los juzgados eclesiásticos.

" El señor MARISCAL desea que la cuestión se examine -- de una manera práctica, puesto que no es menester probar lo que -- todo el mundo siente.

" Lo que debe verse es, si atendido el estado de hacienda, es posible alcanzar la reforma que se desea.

" Hace notar que en ningún país se han abolido completamente las costas judiciales.

" El señor RAMIREZ (don Ignacio) distingue entre la -- cuestión especulativa y de principios y la de práctica y de administración. Al Congreso toca resolver la primera y dejar la segunda al gobierno o a los poderes constitucionales.

" Se ha dicho siempre que los gobiernos son un mal necesario que se sostienen por la ventaja que resulta de la buena administración de justicia.

" Si la sociedad paga al gobierno ¿ por qué ha de tener que comprar la justicia?. El pago de costas es absurdo, es abusivo, es un contraprincipio insostenible.

" El señor MORENO dice que, si otros países no han abolido las costas judiciales, ésta no es razón para mantenerlas en México.

" En otras partes subsisten la prisión por deudas, mientras que en México no existe esta pena".

contra 15. (1).

En resumen el proyecto de constitución política que estudiaron los legisladores del 57 fue el siguiente:

Artículo 28.- "Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para -- administrar justicia".

Como resultado de la discusión anteriormente suscrita - el dictamen aprobado fue el siguiente:

Artículo 17.- " Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar sus derechos. Los tribunales estarán siempre expeditos para - administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales".

Como podemos observar entre el proyecto presentado el - el 16 de junio de 1856 y el dictamen sancionado el 5 de febrero - de 1857, la diferencia entre ambos es mínima salvo la adición del último párrafo que habla de la gratitud de la justicia.

Respecto al tema que nos ocupa es importante señalar la trascendencia que tiene la legislación que estamos analizando, ya que por primera vez dentro del medio jurídico mexicano se niega - la autodefensa desde un punto de vista constitucional, por lo que consideramos que este artículo constituye la fuente más importante del tema que nos ocupa.

- 1.- ZARCO, Francisco, "Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente" (1856-1857), El Colegio de México 1957, primera edición.

En el curso de su vigencia, podemos encontrar las siguientes disposiciones:

1.- Diciembre 27 de 1860.- Decreto del cuartel maestro del ejército. Impone pena capital a los ladrones.

Artículo Único.- " Todo el que se aprehenda con algún robo, cualquiera que sea su cantidad, y sea cual fuere la clase a que pertenezca, sin más averiguación será pasado en el acto por las armas".

2.- Enero 17 de 1861.- Orden del Ministerio de Gobernación.- "Expulsión de la República de los Srs. arzobispos y obispos que se mencionan".

3.- Enero 7 de 1862.- Providencia del gobierno del Distrito.- Sobre la obligación de los vecinos de regar el frente de sus casas.

"... Todos están obligados a regar el frente de sus casas a las tres y media de la tarde, de la misma manera que lo hacen en la mañana, bajo la pena de 12 reales de multa por cada vez que dejaran de hacerlo".

4.- Enero 25 de 1862.- Decreto del Gobierno.- Ley para castigar los delitos contra la nación, el orden, la paz pública y las garantías individuales.

El C. Presidente de la República se ha servido dirigirme el decreto que sigue:

Benito Juárez, presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

" Que en uso de las amplias facultades con que me hallo investido he decretado la siguiente ley para castigar los delitos

contra la nación, contra el orden, la paz pública y las garantías individuales.

Artículo 1.- " Entre los delitos contra la independencia y seguridad de la nación se comprenden:

I - V

Artículo 1.- Entre los delitos contra la paz pública y el orden se comprenden:

I - V

Artículo 3.- Entre los delitos contra la paz pública y el orden se comprenden:

I - XII

Artículo 4.- Entre los delitos contra las garantías individuales se comprenden:

I - III

Artículo 5.- " Todos los ciudadanos de la República tienen derecho de acusar ante la autoridad que establece esta ley, - para juzgar los delitos que ella expresa, a los individuos que -- los hayan cometido".

Artículo 6 al 11 Procedimiento militar sumarísimo.

Penas de muerte  
(Art. 12-27 ):

Invasión del territorio  
Servicio de mexicanos en tropas enemigas  
Invitación para invadir el territorio  
Capitanes de buque que se dediquen a la piratería.  
Enganche a mexicanos para colaborar en la

invasión.

Atentado contra la vida del supremo jefe de la nación.

Atentado (hiriéndoles) a los ministros.

Asonadas y alborotos con agravantes.

Arrojarse el poder público.

Conspiración.

Información y ministración de recursos a los invasores y flagelos de ciudadanos.

Violencia ejercida en las personas.

Ataque a mano armada en ciudades.

Artículo 28.- " Los reos que sean cogidos infraganti de lito, en cualquier acción de guerra, o que hayan cometido los especificados en el artículo anterior, serán identificadas sus personas y ejecutadas acto continuo".

Disposiciones generales.- (Artículo 29- 31)

Las primeras cuatro disposiciones señaladas consideramos que son manifestaciones autodefensivas en razón a su gran violencia, salvo la tercera disposición, su unilateralidad y la imposición que ellas conllevan.

Comentario aparte merece la ley juarista de 25 de enero de 1862, disposición de enorme brutalidad pero que hera consecuencia lógica de la época tan difícil que vivia el país y que tubo su colofón en el Cerro de las Campanas.

Detras de un pseudo proceso, se esconde una manifestación autodefensiva con todos los peligros y dificultades que ello acarrea.

k) Estatuto Provisional del Imperio Mexicano

Dentro de la legislación que nos dejó el efímero Imperio de Maximiliano destaca el Estatuto a que se hace referencia en el proemio de este apartado. En él encontramos la siguiente disposición:

Artículo 15. "La justicia será administrada por los tribunales que determina la Ley Orgánica".

Consideramos que la reglamentación que legó el llamado Imperio Mexicano constituye un retroceso para su época, ya que respecto al tema de los derechos públicos subjetivos no aporta mayor cosa y, en comparación a la Constitución de 1857, no presenta mayores elementos respecto al tema que nos encontramos analizando.

Sin embargo, puede considerarse como antecedente del artículo 17, la disposición anteriormente citada ya que, al delimitar el campo de la justicia, está negando a contrario sensu, la venganza privada.

La siguiente disposición del Imperio, es, sin lugar a dudas, materia de nuestro tema:

"Maximiliano, Emperador de México: Oído nuestro consejo de ministros y nuestro Consejo de Estado, decretamos:

"Artículo 1º. Todos los que pertenecieren a bandas o reuniones armadas, que no estén legalmente autorizadas, proclamen o no algún pretexto político cualquiera que sea el número de los que formen la banda, su organización, y el carácter y denominación que ellas se dieran, serán juzgados militarmente por las cortes marciales; y si se declarase que son culpables aunque sólo del hecho de pertenecer a la banda, serán condenados a la pena capital, que se ejecutará dentro de las primeras 24 horas después de pronunciada la sentencia.

"Artículo 2°. Los que perteneciendo a las bandas que habla el artículo anterior, fueren aprehendidos en función de armas, serán juzgados por el jefe de la fuerza que hiciere la aprehensión, en que en un término que nunca podrá pasar de las 24 horas inmediatas siguientes a la referida aprehensión, hará una averiguación -- verbal sobre el delito, oyendo al reo sus defensas. De esta averiguación levantará un acta que terminará con su sentencia, que deberá ser la pena capital, si el reo resultare culpable, aunque sea sólo del hecho de pertenecer a la banda. El jefe hará ejecutar su sentencia dentro de las 24 horas referidas, procurando que el reo reciba los auxilios espirituales. Ejecutada la sentencia, el jefe rendirá el acta de averiguación al Ministerio de la Guerra.

"Artículo 3°. De la pena decretada en los artículos anteriores, sólo se examinarán los que sin tener más delito que -- andar en la banda, acrediten que estaban unidos en ella por la -- fuerza, o que sin pertenecer a la banda, se encontraban accidentalmente en ella.

"Artículo 4°. Si de la averiguación de que habla el artículo 2°. resultaren datos que hagan presumir al jefe que la instruye, que el reo andaba por la fuerza unido a la banda, sin -- haber cometido otro delito, o que sin pertenecer a dicha banda se encontraba accidentalmente en ella, se abstendrá el jefe de sentenciar, y consignará al presunto reo con el acta respectiva, a la -- corte marcial que corresponde, para que ésta proceda al juicio con forme al artículo 1°.

"Artículo 5°. Será juzgado y sentenciado con arreglo del artículo 1°. de esta ley:

"I. Todos los que voluntariamente auxiliaren a los -- guerrilleros con dinero o cualquier otro género de recursos.

"II. Los que les dieran aviso, noticias o consejos.

"III. Los que voluntariamente y con conocimiento de --

que son guerrilleros, les facilitaren o vendieren armas, caballos, pertrechos, víveres o cualesquiera útiles de guerra".

"Artículo 6°. Serán también juzgados con arreglo a dicho artículo 1°:

"I. Los que mantuvieren con guerrilleros relación que pueda importar convivencia con ellos.

"II. Los que voluntariamente y a sabiendas los ocultaren en sus casas o fincas.

"III. Todos los propietarios o administradores de fincas rústicas que no dieran oportuno aviso a la autoridad más inmediata del tránsito de una banda por la misma finca.

"Los comprendidos en las fracciones I y II de este artículo serán castigados con la pena de 6 meses a 2 años de prisión, o de 1 a 3 años de presidio según la gravedad del caso.

"Los que hayándose comprendidos en la fracción II, --- fueren ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos de el culpado, no sufrirán la pena anteriormente señalada; pero quedarán --- sujetos a la vigilancia de la autoridad por el tiempo que señale la corte marcial.

"Los comprendidos en la fracción III de este artículo, serán castigados con una multa desde \$25.00 a \$1,000.00, o con --- prisión de 1 mes a 1 año, según la gravedad del delito.

"Los comprendidos en la fracción IV de este artículo, --- serán castigados con una multa de \$200.00 a \$2,000.00.

"Artículo 7°. Las autoridades locales de los pueblos --- que no dieren aviso a su inmediato superior, de que a pasado por dichos pueblos alguna gente armada, serán castigadas gubernativamente por dicho superior con multa de \$200.00 a \$2,000.00 o con ---

reclusión de tres meses a dos años.

"Artículo 8°. Cualquiera vecino de un pueblo que teniendo noticia de la aproximación o tránsito de gente armada por el pueblo, no diere aviso a la autoridad, sufrirá una multa de \$5.00 a \$1000.00.

"Artículo 9°. Todos los vecinos de un pueblo amenazado por alguna gavilla, que fueren de edad de diez y ocho a cincuenta y cinco años y no tuvieren impedimento físico, están obligados a presentarse a la defensa luego que fueren llamados, y por el hecho de no hacerlo, serán castigados con multa de \$5.00 a \$200.00, o con prisión de quince días a cuatro meses. Si la autoridad creyese más conveniente castigar al pueblo por no haberse defendido, podrá imponerle una multa de \$200.00 a \$2000.00, y la multa será pagada entre todos los que estando en el caso de este artículo, no se presentaren a la defensa.

"Artículo 10°. Todos los propietarios o administradores de fincas rústicas, que pudiendo defenderse no impidieren la entrada a ellas a guerrilleros u otros malechores, o que en caso de haber entrado no lo avisaren inmediatamente a la autoridad militar más próxima, o que reciban en la finca los caballos cansados o heridos de las gavillas, sin dar parte en el acto a dicha autoridad, serán castigados por ésta con una multa de \$100.00 a \$2000.00, según la importancia del caso; y si éste fuere de mayor gravedad, serán reducidos a prisión y consignados a la corte marcial, para que los juzgue con arreglo a esta ley. La multa será entregada por el causante en la administración principal de rentas a que pertenezca la finca. Lo dispuesto en la primera parte de este artículo es aplicable a las poblaciones.

"Artículo 11°. Cualquiera autoridad, sea del orden político, del militar o municipal, que se desatendiere de proceder conforme a las disposiciones de esta ley contra los que se supiere que han incurrido en ellos será castigada gubernativamente con una multa de \$50.00 a \$100.00, y si apareciere que la falta es de tal-

naturaleza, que importe complicidad con los delincuentes, será sometida dicha autoridad por orden del Gobierno a la corte marcial, para que la juzgue y le imponga la pena que corresponda a la gravedad del delito.

"Artículo 12° Los plagiarios serán juzgados y sentenciados con arreglo al artículo 1° de esta ley, sean cuales fueren la manera y circunstancias del plagio.

"Artículo 13°. La sentencia de muerte que se pronuncie por delitos comprendidos en esta ley, será ejecutada dentro de los términos que ella dispone, quedando prohibido dar curso a las solicitudes de indulto.

"Si la sentencia no fuere de muerte y el sentenciado fuere extranjero, cumplida que sea su condena podrá el gobierno usar respecto de él de la facultad que tiene para expulsar del territorio de la nación a los extranjeros perniciosos.

"Artículo 14°. Se concede amnistía a todos los que hayan pertenecido y pertenezcan a bandas armadas, si se presentaren a la autoridad antes del 15 de noviembre próximo siempre que no hayan cometido ningún otro delito, a contar desde la fecha de la presente ley. La autoridad recogerá las armas a los que se presentaren a acogerse a la amnistía.

"Artículo 15°. El gobierno se reserva la facultad de declarar cuando deben cesar las disposiciones de esta ley.

"Cada uno de nuestros ministros queda encargado de la ejecución de esta ley en la parte que le concierne, dictando las órdenes necesarias para su exacta observancia".

Respuesta a la ley juarista es esta disposición, que, no deja lugar a dudas, sobre el gran enfrentamiento que vivía nuestro país en esos días. Consideramos que esta ley es autodefensiva en razón a su unilateralidad, su enorme crueldad y a la ausencia -

de un tercero imparcial en la decisión. Afortunadamente, esta ley tuvo una muy limitada aplicación.

1) Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza de 1916.

Artículo 17. "Nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, y su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

Como podemos observar en el proyecto mencionado únicamente se mejoró y aclaró la redacción del artículo 17 de la Constitución de 1857. Respecto a nuestro objeto de estudio, se agrega el principio de negativa de justicia por propia mano, que es en lo que radica la importancia de este proyecto.

2) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Consideramos conveniente reproducir íntegro el Diario de Debates respecto del artículo que nos ocupa:

"En la 18a. Sesión Ordinaria celebrada la tarde del miércoles 20 de diciembre de 1916, se leyó el siguiente dictamen sobre el artículo 17 del Proyecto de Constitución.

"DICTAMEN.

"Artículo 17. Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma y ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley y su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

"En la 19a. Sesión Ordinaria celebrada la tarde del - jueves 21 de diciembre de 1916 el artículo 17 del Proyecto de Constitución fue aprobado por unanimidad" (1)

De la lectura anterior podemos observar que el constituyente del 17 no entró en discusión respecto a la naturaleza jurídica de estos derechos públicos, limitándose a aclarar su redacción, sin entrar en mayores detalles.

n) Reforma al Artículo 17 de 1986.

Por Decreto del 16 de diciembre de 1986 se reformó el artículo que nos ocupa. Por la importancia que esto reviste, transcribimos la parte relativa de la Exposición de Motivos:

"El fundamento filosófico-jurídico de la función jurisdiccional a cargo del Estado, se encuentra en la garantía individual contenida en el artículo 17 constitucional, precepto que demanda del individuo la renuncia a hacerse justicia por mano propia y a ejercer violencia para reclamar su derecho, pero en reciprocidad establece la garantía individual de acceso a la jurisdicción. Y para ello dispone que los tribunales de justicia la impartirán - en forma expedita y gratuita.

"La garantía a la acción jurisdiccional está, pues, establecida en nuestra Constitución en beneficio y protección del individuo, por lo que proponemos enriquecerla y adaptarla al presente, conservando los valores establecidos desde el artículo 18 del Acta Constitutiva de la Federación de 1824, y recogiendo los principios contenidos en los documentos actuales que atienden a los - derechos humanos y a sus libertades fundamentales.

"La impartición de justicia que merece el pueblo de -

---

1. Diario de Debates del Congreso Constituyente. Periodo Único. Tomo I, num. 31 y 32. Imprenta de la Cámara de Diputados. México 1922.

México debe ser pronta, porque procesos lentos y resoluciones tardías no realizan el valor de la justicia; debe ser gratuita, para asegurar a todos el libre acceso a ella; debe ser imparcial, para lograr que se objetive en sentencias estrictamente apegadas a las normas; y debe ser honesta, pues al juzgador se confía el destino de la libertad y patrimonio ajenos.

"Los tribunales de justicia deben ser independientes, para fortalecer en la realidad social el principio de la división de poderes y porque la independencia judicial constituye la primer garantía de la jurisdicción, establecida no precisamente en interés del órgano jurisdiccional, cuanto de los justiciables, pues sólo cabe esperar justicia completa y estricta del juez jerárquicamente libre, dependiente sólo de la ley.

"La independencia judicial requiere que los jueces al actuar no han de tener otra norma rectora que la ley. La sumisión del juez a la ley, le hace independiente de la voluntad subjetiva de los hombres que gobiernan, e incluso de su propia voluntad, cuando ésta propende a la arbitrariedad.

"A la independencia objetiva se une el conocimiento de lo que se hace y la fe en lo que se hace, pues siempre hemos considerado que una verdadera y auténtica independencia judicial, nutre en una real toma de conciencia del papel que el juez desempeña en la aplicación del Derecho. Estas calidades son el espíritu de la autoridad moral del juez, pues la autoridad formal le es conferida por la ley.

"El juez es símbolo de la justicia y guardián del Derecho. Por ello los órganos judiciales deben integrarse con procedimientos de selección que permitan unir al conocimiento del Derecho, la vocación, la experiencia y la honorabilidad de quienes los integran. Un buen juez no se improvisa, requiere del transcurso de años de estudio y práctica en los tribunales, para lograr las aptitudes que permitan la justa aplicación de la ley.

"Selección, formación, eficiencia y preparación adecuadas son, entre otros, los elementos indispensables para el correcto desempeño de la función jurisdiccional independiente.

"En cuanto a la estabilidad en el cargo, ésta proporciona a los servidores de la administración de justicia la seguridad de que, mientras su conducta sea apegada al Derecho y obre con justicia, gozará de permanencia en su puesto. Sin jueces estables en el desempeño de su cargo, la independencia en el ejercicio de la función, se ve considerablemente disminuida.

"Finalmente, al juez debe garantizarse una posición social digna, proporcionándole bienestar económico que permita su total entrega a su ministerio, sin preocupaciones de otra índole. Los órganos de los poderes judiciales deben contar con el apoyo financiero que guarde adecuada relación con la importancia del servicio público que prestan, pues de otra suerte se les inhabilita para contribuir al mejoramiento de la administración de justicia.

"El nuevo texto del artículo 17 que se propone, perfecciona y robustece la garantía individual de acceso a la jurisdicción, al señalar sus cualidades: Independencia en sus órganos, prontitud en sus procesos y resoluciones, que agote las cuestiones planteadas y sea completa, imparcial para que asegure el imperio del Derecho y gratuita para afirmar nuestra vocación democrática"-  
(1)

En resumen, el nuevo artículo 17 constitucional es el siguiente:

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

---

1. Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas a los Artículos 17, 46, 115 y 116 Constitucionales. 28 de octubre de 1986, págs. 4 y ss.

"Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los - plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

"Las leyes federales y locales establecerán los medios - necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

"Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil".

TEXTO DE LOS ARTICULOS RELATIVOS  
EN LAS CONSTITUCIONES  
EN LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA

Los legisladores de los Estados de la República, en su gran mayoría, no establecieron un catálogo de garantías individuales tal como lo hace la Constitución Federal, únicamente reconocen las garantías que dicha Constitución otorga. A manera de ejemplo transcribimos el siguiente texto Constitucional:

a) Michoacán

Artículo 1°. "En el Estado de Michoacán de Ocampo todos los individuos gozarán de las garantías consignadas en la -- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como -- de los demás derechos que otorga esta Constitución y las Leyes -- que de ambas emanen".

Sin embargo, encontramos dos disposiciones constitucionales que tienen referencia directa con el tema que nos ocupa, -- las cuales reproducimos a continuación:

b) Oaxaca

Artículo 11 "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil. Ninguna persona podrá hacer justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la Ley; su servicio será gratuito quedando -- en consecuencia prohibidas las costas judiciales".

c) Nuevo León

Artículo 16 "Nadie puede ser preso por deudas de un -- carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para --

reclamar sus derechos. Los tribunales estarán expeditos para --  
administrar justicia en los plazos y términos establecidos por -  
la Ley. Esta será gratuita, quedando en consecuencia prohibidas  
las costas judiciales".

TEXTO DE LOS ARTICULOS RELATIVOS  
EN LAS CONSTITUCIONES  
DE OTROS PAISES

El artículo de la Constitución de 1917 tiene preceptos correspondientes en las constituciones de los países que a continuación se citan:

a) Bolivia (2-Febrero-1967)

Artículo 116.- "La administración de justicia es gratuita, no pudiendo gravarse a los litigantes con contribuciones ajenas al ramo judicial".

b) Brasil (5-October-1988)

Artículo 5.- "Todos são iguais perante a lei, sem distincão de qualquer natureza, garantindose aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, -- nos termos siguientes:

LXVII.- "Não haveró prisao civil por dívida, salvo ado responsaver pelo inadimplimento voluntario e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

LXXIV.- "O Estado prestará asistencia jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiencia de recursos".

c) Colombia (5-Agosto-1986)

Artículo 58.- "La justicia es un servicio público de -- cargo de la Nación".

d) Costa Rica (7-Notiembre-1949)

Artículo 38.- "Ninguna persona puede ser reducida a -- a prisión por deuda".

Artículo 41.- "Ocurriendo a las leyes, todos han de en contrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido\_ en su persona propiedad o intereses morales. Debe hacerles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

e) Cuba (24-Febrero-1976)

Artículo 121.- "La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instruye".

f) Ecuador (4-Junio-1984)

Artículo 19.- "Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deri va de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza:

XVII.- "La libertad y seguridad personales. En conse-- cuencia:

b) "Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, -- costos,"

Artículo 94.- "La administración de justicia es gratuita. La corte suprema expedirá la reglamentación correspondiente".

g) El Salvador (20-Diciembre-1983)

Artículo 27.- "Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las prescriptivas y toda especie de tormento".

Artículo 181.- "La administración de justicia será gratuita".

h) Guatemala (15-Septiembre-1965)

Artículo 49.- "No hay prisión por deudas".

Artículo 240.- "La administración de justicia es obligatoria, gratuita e independiente de las demás funciones del Estado".

i) Honduras (11-Enero-1982)

Artículo 70.- "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

Artículo 303.- "La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del Estado -- por magistrados y jueces independientes".

j) Nicaragua (9-Enero-1987)

Artículo 41.- "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente por incumplimiento de deberes alimentarios. Es deber de cualquier ciudadano nacional o extranjero pagar lo que adeuda".

k) Panamá (11-October-1972)

Artículo 21.- "No hay prisión, detención o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles".

Artículo 198.- "La administración de justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida".

l) Paraguay (25-Agosto-1967)

Artículo 64.- "No se admite la prisión por deuda".

Artículo 66.- "Nadie podrá hacerse justicia por si mismo, ni reclamar su derecho por la violencia; pero se garantiza la legítima defensa de la vida, la propiedad y el honor de las personas".

m) Perú (12-Julio-1979)

Artículo 2.- "Toda persona tiene derecho:

20.- "A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

c) "No hay prisión por deudas, salvo:

e) "Mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios".

n) República Dominicana (28-Noviembre-1966)

Artículo 8.- "Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y la creación y mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de la libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y de los derechos de todos. Para garantizar la realización de estos fines se fijan las siguientes normas:

2.- "La seguridad individual

"Por tanto:

a) "No se establecerá el apremio corporal por deuda que no proviniera de infracción a las leyes penales".

ñ) Uruguay (26-October-1951)

Artículo 52.- "Nadie podrá ser privado de su libertad por deudas".

Artículo 254.- "La Justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la Ley. En los pleitos en que tal declaración se hubiere hecho a favor del demandante, el demandado gozará del mismo beneficio hasta la sentencia definitiva, la cual lo consolidará si declara la ligereza culpable del demandante en el ejercicio de su acción".

Artículo 255.- "No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha intentado la consolidación ante la justicia de paz, salvo las prescripciones que establece la ley".

o) Venezuela (22-Diciembre-1961)

Artículo 60.- "La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

2º.- "Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo cumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta".

p) Inglaterra (15-Junio-1915)

Artículo 40.- Carta Magna.- "No venderemos, no rehusaremos, ni retrasaremos a nadie el derecho o la justicia".

q) Italia (22-Diciembre-1947)

Artículo 24.- "Todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus intereses y derechos legítimos.

"La defensa es derecho inviolable en todo estado y gra-

do de procedimiento.

"Quedan asegurados a los no pudientes, mediante instituciones creadas al efecto, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción.

"La ley determinará las condiciones y las modalidades para la reparación de los errores judiciales".

r) República Federal Alemana (23-Mayo-1949)

Artículo 103.- "Todos tienen el derecho de ser oídos legalmente ante los tribunales".

s) España (31-October-1978)

Artículo 25, fracción III.- "La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

Artículo 119.- "La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

Los principios sustentados por el precepto de la Constitución Mexicana son, por regla general, acogidos también en las leyes fundamentales de otros países.

El artículo 70 de la Constitución de Honduras reproduce literalmente el artículo 17 respecto del tema que nos ocupa.

El derecho a obtener justicia gratuita, que el precepto mexicano otorga de modo universal, aparece restringido en algunas constituciones que sólo lo conceden conforme al llamado "beneficio de pobreza", a las personas menesterosas. Tal sucede en las constituciones de Paraguay, Italia y España. Por su parte, la Constitución de Brasil admite la prisión por deudas civiles, cuando el origen de éstas sea el incumplimiento de la obligación

de dar alimentos.

Por último, la Constitución de Italia encomienda a la ley secundaria la determinación de las condiciones y modalidades para la reparación de los errores judiciales, norma de elemental justicia, digna de imitación.

Con estas consideraciones, finalizamos el estudio de los diversos antecedentes históricos, en el plano internacional y en el medio jurídico mexicano, que han desembocado en la prohibición a la autodefensa, además de un breve esbozo de Derecho comparado. A continuación, trataremos de precisar la naturaleza jurídica del primer párrafo del artículo 17 constitucional, estudiando, en primer término, a las garantías individuales en general y luego entraremos al estudio, en concreto, de dicha disposición.

### CAPITULO III

#### LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y LA PROHIBICION DE LA AUTODEFENSA EN LA CONSTITUCION MEXICANA VIGENTE

"El hombre ha nacido libre y, -  
sin embargo, por todas partes  
se encuentra encadenado".

Rousseau

##### 1. Las garantías individuales.

Definición. Evolución histórica. Naturaleza jurídica. Características y extensión. Objeto. Clasificación.

##### 2. El primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Texto constitucional. Interpretación. Naturaleza jurídica. transcendencia jurídica.

## LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

### a) Definición de garantía individual

La palabra garantía proviene del vocablo anglosajón -- "Warranty" o "Warrantie", que significa la acción de asegurar, - proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. "Garantía" equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o -- "apoyo". Jurídicamente, el vocablo y el concepto "garantía" se originaron en el Derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

Dice Burgoa que "el concepto ' garantía', en Derecho público, ha significado tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad estructurada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que -- tienen como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa, se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de los gobernados; - afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos pendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y el derecho" (1)

Para Amancio Alcorta las garantías individuales son -- "la realización por escrito de los derechos individuales en el -- cuerpo de preceptos constitutivos del Estado y los que se encuen-

---

1. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa, - México 1984, decimotercera edición, pag. 161.

tran fuera del alcance de los poderes públicos" (1)

Para Alfonso Noriega son "derechos naturales, inherentes a la persona humana, que en virtud de la propia naturaleza de las cosas, el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permita el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social" (2)

Para Burgoa, la garantía individual "es una relación -- jurídica que se entabla entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado -- de manera indirecta o mediata, por el otro" (3)

Resumiendo las tesis anteriormente expuestas podemos definir a las garantías individuales como el medio de protección -- que tienen los gobernados frente a la acción del Estado como ente soberano, y cuyo objeto de protección son los llamados derechos -- públicos subjetivos.

#### b) Evolución histórica de las garantías individuales.

Sin lugar a duda, nos dice Carpizo. "la primera vez que en la historia se dio una declaración de derechos humanos fue en los Estados Unidos de Norteamérica, en el siglo XVIII; sin embargo encontramos ciertos antecedentes, ellos no muy claros pero interesa ver que desde épocas remotas se trató de asegurar un mínimo de derechos. Estos antecedentes, también, se diferencian de -- las declaraciones de derechos del siglo XVIII, porque en los si--

- 
1. ALCORTA, Prancio, "Las Garantías Constitucionales", Félix Lajoua Editor, -- Buenos Aires 1961, pág. 7.
  2. NORIEGA CANU, Alfonso, "La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917, UNAM, México 1967, primera edición, pág. 111.
  3. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", pág. 166.

glos XVIII y posteriores, aunque son victorias de los hombres, -- no son expedidas por ellos mismos, sino por el rey, y con marcado tinte aristocrático" (1).

La Carta Magna inglesa de 1215 contiene una serie de limitaciones al poder público. El artículo 48 fue redactado así: -- "nadie podrá ser arrestado, aprisionado, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares según las leyes del país." El precepto estableció la garantía de ser juzgado por sus iguales lo cual trajo consigo una ventaja inmensa. Se rompió el poder del rey como juez y podemos afirmar que fue una descentralización del poder judicial.

En 1394 reinaba en Castilla Don Pedro, quien dio el Fuero Viejo del mismo lugar. El sabor aristocrático del ordenamiento es evidente, pero contiene una serie de derechos interesantes. Este código tiene una preocupación fundamental: reglamentar los derechos y obligaciones de los "fijodalgos". Establecía el derecho de audiencia: "ningún fijodalgo non debe tomar conducto en lo del Rey, ni en lo del abadengo, que es tanto como lo del Rey e si lo tomaré, aquel a quien lo tomaré debe ser oído, maquer non venga con Merino nin con Jueu, ni con Mayordomo...) También admitió preceptos como los que reconocían el derecho a la vida, a la integridad corporal, y a la inviolabilidad del domicilio.

En 1689, en Inglaterra, se dictó una ley de derechos individuales. Contiene 13 artículos: libertad de conciencia para -- los protestantes, libertad en la elección de los miembros del parlamento, prohibición expresa al rey para realizar actos contra derecho, para suspender o dispensar la ejecución de las leyes, emitir moneda o mantener ejércitos dentro de la nación en tiempos de paz.

---

1. CARPIZO MACGREGOR, Jorge, "La Constitución Mexicana de 1917", Editorial Porrúa, México 1986. séptima edición, pág. 141.

Sin embargo, la primera vez que se anuncian como declaración de derechos del hombre, es decir en forma de catálogo, es en las Constituciones de las Colonias norteamericanas: las de --- Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte de 1776, la de Ver -- mont de 1777, la de Massachusetts de 1780, la de New Hampshire de 1783, pero la primera de todas las Constituciones norteamericanas en la que se incluyó una declaración de derechos, fué la del Esta -- do de Virginia, cuyo congreso celebro sesiones del 6 de mayo al -- 29 de junio de 1776. Esta Constitución contuvo un prefacio intitulado Bill of Rights, y se declaró que estos derechos eran la base y fundamento del gobierno.

Los derechos consagrados por la Constitución de Virgi -- nia fueron: que todos los hombres son libres e iguales y tienen - derecho al goce de la vida, a la felicidad y a la seguridad; que en el pueblo reside todo poder; que la finalidad del gobierno es el beneficio común y deber suyo es proporcionar felicidad y segu -- ridad, y si no lo logra, la comunidad tiene derecho de modificar su gobierno; que ningún hombre tiene derecho a recibir privilegios exclusivos de la comunidad; que los poderes deben funcionar por - separado; que las elecciones deben ser libres y los hombres tienen el derecho de sufragio, siempre y cuando se interesen por la comu -- nidad; que la expropiación de bienes por utilidad pública sólo pue -- de llevarse a cabo con el consentimiento del afectado; que todo -- hombre tiene determinadas garantías en los procesos criminales, y las enumera; que no deben imponerse ni castigos crueles ni fianzas de multas excesivas; que a nadie se le puede detener si el delito no esta determinado y basado en pruebas; que las controversias so -- bre propiedad deben ser resueltas por jurado popular; que la liber -- tad de prensa es un bastión de la libertad y por ningún motivo se -- puede restringir; que en tiempos de paz no debe existir ejército - y si lo hubiere debe estar subordinado al poder civil; que en un - mismo territorio debe haber un sólo gobierno y no varios; que al - pueblo sólo se le asegura su libertad mediante la firme adhesión - a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la vir -- tud, y recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales,-

y que cada hombre puede libremente escoger su religión. Como - - claramente se ve, la Declaración de Derechos de Virginia es amplia y como ya asentamos tiene el honor de ser la primera en su género además de que en ella se basaron directa o indirectamente las posteriores declaraciones de derechos.

El 9 de julio de 1789 nació en Francia la idea de redactar una Constitución que tendría como preambulo una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Dos días después, - - Lafayette señaló la utilidad de una declaración de derechos: recordarian a los hombres los sentimientos innatos que se tienen grabados en el corazón, y pensó que para amar la libertad, bastaba con conocerla. (1)

La declaración francesa, en cierta manera, se inspiró en las declaraciones norteamericanas. Catorce veces se aludió a ellas en el debate francés.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 contiene una exposición de motivos; en ella se lee: -- "... considerando que la ignorancia, el olvido, el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre..." La tesis de esta exposición de motivos está inspirada en el fondo por las ideas de Rousseau: el hombre por su naturaleza es bueno. Se creyó, ingenuamente, que con exponer las -- ideas, éstas se cumplirían. Se estaba viviendo la época liberal - burguesa de marcado tinte individualista. La declaración de que nos estamos ocupando contiene 17 artículos: afirmación de que los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, que la -- soberanía reside esencialmente en la nación, que el límite de la-

---

1. Cfr. CARBIZO MACGREGOR, Jorge, op. cit. pág. 142.

libertad individual es la libertad de los demás miembros de la -- sociedad, que se puede hacer todo lo no prohibido por la ley, que la ley debe ser la misma para todos, que los hombres sólo podrán ser detenidos o procesados en los casos y con las formalidades -- que la ley establece, se consignó el principio de que no se puede imponer ninguna pena si no existe una ley anteriormente establecida, garantizó la libertad de expresión, de escritura y de imprenta, estableció el principio de que todo hombre debe ser considerado inocente hasta que se le declare culpable. Se manifestó una -- obligación: contribuir a los gastos públicos. De singular importancia es el artículo 16, que asentó: "toda sociedad en la cual -- la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución". Este artículo elevó a nivel supremo el principio de la división de poderes, sin él la nación podía tener una constitución física: el conjunto de relaciones podía tener una constitución física: el conjunto de -- relaciones que necesariamente se llevan a cabo en toda comunidad pero sin poseer una constitución jurídica: Les normas que tienen por objeto asegurar la libertad, la libertad para y por la libertad. (1)

La Declaración Francesa del 21 de junio de 1793, es mucho más explícita y generosa que su antecesora. Los más importantes y novedosos preceptos no contenidos en la declaración de 1789 son: que el fin de la sociedad es la felicidad común, que la ley debe proteger al hombre contra la tiranía de los gobernantes, que nadie puede ser declarado culpable sino después de haber sido afdo, que la aplicación retroactiva de las leyes es un crimen, que el hombre no es una cosa que pueda venderse, que el Estado tiene el deber de poner los medios necesarios para que todos reciban en señaanza, que la soberanía radica en el pueblo, que las funciones públicas no son distinciones ni recompensas sino deberes.

---

1. Cfr. CARRIZO MACGREGOR, Jorge, op. cit. pág. 143.

La Declaración de los Derechos del Hombre, como en -- otras tantas ideas, se ha internacionalizado. Varias veces se -- han dado declaraciones con carácter internacional. La idea de -- que el Estado tiene el deber de reconocer a todo hombre una serie de derechos, es idea que no se discute. La organización de -- las Naciones Unidas, reconoce a todo hombre esta serie de derechos. El problema es que como en 1791 y 1793, el poder, cuando -- así lo decide, pasa sobre estos derechos sin que lo detenga la -- reglamentación jurídica.

La mayor prueba, la más objetiva de que no se respetan estos derechos, es el estado de intranquilidad en que vive el -- mundo, es la serie de movimientos que acaecen en América, Asia y Africa con relativa frecuencia.

La Declaración de Derechos Sociales (una de las especies dentro de los derechos humanos) tiene una historia reciente. Imposible fue en 1789 pensar en limitar la economía. Entonces se pensaba que tanto para el interés social como para el individual lo mejor era dejar que las fuerzas económicas se desarrollaran -- libremente. El resumen de todas estas teorías es la frase: "dejar hacer, dejar pasar".

Después de nuestra declaración de derecho social, la -- Constitución de Weimar de 1919 incluyó entre sus disposiciones -- una declaración de derechos sociales.

c) Naturaleza jurídica de las garantías individuales.

Dos posturas, al parecer irreconciliables tratan de ex -- plicar la naturaleza jurídica del tema que nos ocupa. Trataremos, a continuación de hacer un breve esbozo de dichas corrientes:

Positivismo Jurídico. Podemos resumir las características esenciales de esta doctrina:

1. La ciencia jurídica debe eliminar toda especulación

metafísica o trascendente y limitar el campo de su investigación al mundo de los hechos, al mundo empírico.

2. Los hechos humanos, sociales, crean el derecho, y el jurista, debe ante todo ajustarse a la realidad. La investigación del jurista es sobre el medio social, económico, político, histórico en el cual se presenta determinada situación de derecho.

3. El derecho se produce en virtud de un proceso histórico; pero como el fin o propósito de la regulación jurídica es la seguridad de las condiciones de la vida social el derecho es, exclusivamente, una acción del poder estatal, un mandato del poder público dirigido a ese fin.

4. El único criterio para juzgar el valor jurídico de una norma, es su conformidad-formal o material- con otra norma, considerada como paradigma de valores jurídicos, como ley fundamental, que es ordinariamente la Constitución.

5. El derecho positivo es el único derecho válido y debe considerarse como derecho positivo no tan sólo el estatuido, sino también el derecho efectivamente aplicado.

6. Respecto de los derechos del hombre, el positivismo, de acuerdo con sus propios postulados considera que se trata de meras concesiones del derecho positivo, del Estado, que no implican por ningún concepto un derecho subjetivo del gobernado. En consecuencia, los pretendidos derechos públicos subjetivos no son sino limitaciones que se impone al Estado con el fin de favorecer el libre desenvolvimiento de las actividades sociales de los individuos e impedir que la de cada uno de ellos estorbe las de los demás. Son meras concesiones del derecho objetivo, del derecho positivo, del poder público.

Entre las numerosas críticas que se le hacen a esta corriente, se dice que el positivismo tiene la virtud negativa de -

aniquilar en un mundo ideal de fórmulas y logicismos, la realidad de la persona humana y el concepto esencial de libertad, inherente a su naturaleza. Pero en cambio, deifican el orden coactivo, - el Estado, el Derecho. Esta destrucción de la persona y de la libertad, ha sido precursora en la teoría y quizá justificación doctrinal en la vida política de los grandes atentados a la dignidad del hombre, cometidos por los regímenes totalitarios.

Iusnaturalismo Diversas posiciones hay dentro de esta - corriente, pero no es propósito de este trabajo examinarlas exhaustivamente, por lo que nos referimos a ella por sus rasgos más generales.

Señala García Máynez que "caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya ya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido" (1)

En relación con lo anterior, las garantías individuales tienen el carácter de derechos del hombre, ya que el hombre, como tal, como persona humana, tiene derechos que le son propios frente al Estado; derechos que el poder público reconoce y consigna - en la Constitución y que, siendo anteriores al Estado, pueden considerarse un testimonio-consignado en la ley suprema de sus creencias en la libertad individual.

El carácter polémico de estas posiciones es evidente; - ya que implica la negación de que la validez de las normas jurídicas derive de la observancia de ciertos requisitos del proceso a través del cual son creadas. Llevado a sus últimas consecuencias, nos dice García Máynez, "el mencionado enfoque desemboca en la -- tesis de que la regla de conducto que para los órganos estatales-

1. GARCIA MAYNEZ, Eduardo "Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, UNAM, México 1977, segunda edición, pag. 128.

es formalmente válida (por emanar de alguna de las fuentes reconocidas como legítimas), puede carecer de validez intrínseca y, por tanto, de carácter jurídico, si lo que ordena a sus destinatarios se opone a la justicia o a las exigencias primordiales que dimanarían de otros valores jurídicos: seguridad, bien común, etc. Encontramos aquí dos diferentes criterios de validez que, en caso de conflicto, se excluyen mutuamente. Si el derecho vale porque ha sido creado de acuerdo con ciertos requisitos de orden formal, la circunstancia de que el contenido de sus preceptos no concuerde con ciertos anhelos de justicia, jamás podrá invocarse, según los positivistas, para negar su fuerza obligatoria. Y a la inversa: si solo es jurídica la norma justa, los preceptos que valgan formalmente, pero exijan una conducta contraria a determinados valores, serán inválidos siempre, aunque los órganos del poder público estén en condiciones de imponerlos por la fuerza" (1)

En nuestra opinión, siguiendo a Burgoa, la fuente del derecho subjetivo es la norma objetiva, sin la cual no puede existir. Lo que para el iusnaturalismo es un "derecho del hombre, para nosotros es una exigencia deontológica que se traduce en un ideal, fincado en la naturaleza humana, y que debe cristalizar en su reconocimiento jurídico normativo, si el orden de derecho objetivo pretende adecuarse a esa naturaleza (2)

Como ya habíamos manifestado en el apartado primero de este capítulo, consideramos que las llamadas garantías individuales únicamente son los medios de aseguramiento que el Estado otorga a los gobernados para la protección de sus derechos públicos-subjetivos; en otras palabras, las garantías individuales se manifiestan como una defensa, elevada al rango constitucional, que le asegura al gobernado un mínimo de derechos sobre los cuales el Estado está obligado a respetar y proteger.

1. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit., pág. 128.

2. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", pág. 178.

### c) Características y extensión

En su conjunto las garantías individuales tienen implícitamente estas características: (1)

En primer lugar, son unilaterales, por cuanto están exclusivamente a cargo del poder público, a través de sus distintos órganos y dependencias que desarrollan las funciones gubernativas; el poder público que las instituyó, dice Bazdresch, "es el único que debe responder de su efectividad y, por tanto, es el único obligado, como sujeto pasivo de la garantía, a hacerla respetar para que los derechos del hombre, en sus distintas manifestaciones, queden a salvo de la inobservancia total o parcial de la ley; en tanto que las personas no tienen que hacer absolutamente nada para que sus derechos sean respetados por las autoridades, basta que su actuación no traspase el marco establecido para cada garantía en la Constitución; como se ve, no hay obligación mas que de parte de la autoridad" (2)

La segunda característica de las garantías es que son irrenunciables; no puede renunciarse al derecho de disfrutarlas, y aún en ciertos casos, el artículo quinto de la Constitución prohíbe expresamente el pacto en que se exprese tal renuncia. Sin embargo, es lícito que el afectado por alguna violación de sus derechos, en un caso concreto se abstenga, de hecho, de invocar la garantía violada y de pedir el consiguiente amparo, y aún cabe que expresamente manifieste su conformidad o consentimiento con el acto violatorio, por supuesto, siempre que ese consentimiento no esté viciado, ya que el sistema instituido en la Constitución requiere la acción directa, manifiesta y expresa del individuo afectado por una violación determinada, para que la garantía relativa

---

1. Cfr. BAZDRESCH, Luis, "Garantías Constitucionales", Editorial Trillas, México 1983, tercera edición, pág. 31.

2. BAZDRESCH, Luis, op. cit., pág. 32.

pueda ser efectiva; esto es, el control mexicano de las garantías no es oficioso sino a petición de parte, y el que calla y consiente no padece injuria, según un antiguo adagio jurídico.

La tercera característica es que las garantías individuales son permanentes, como atributo implícito del derecho protegido, pues mientras ese derecho existe, cuenta con la garantía como un derecho latente o en potencia, listo para accionar en caso de afectación de dicho derecho, o sea, que la garantía se actualiza o manifiesta cuando ocurre un acto de autoridad que prescinde de las limitaciones impuestas por la soberanía al ejercicio de las funciones públicas, como un valladar originario e imperioso de la actuación de las autoridades en su relación con los gobernados.

La cuarta característica es que son generales, porque entre nosotros protegen a todo ser humano.

La quinta característica consiste en que son supremas, porque las tiene instituidas nuestra Constitución, que es nuestra máxima ley y, por tanto, tienen la preeminencia definida en el artículo 133 de la misma.

Además, son también inmutables, tal y como están instituidas en la Constitución así deben observarse, no pueden ser variadas ni alteradas, en más ni menos por una ley secundaria, ni federal ni estatal, pues sería necesaria una reforma constitucional con los requisitos del artículo 135, para alterar su contenido o alcance. Particularmente, el artículo 15 prohíbe los convenios o tratados que alteren las garantías establecidas en la Constitución. Tampoco las personas pueden pactar modalidades especiales de las garantías, y aunque las pactaran, de hecho no serían jurídicamente aceptables, no tendrían valor ante la ley ni ante los tribunales, porque si bien las personas son los sujetos protegidos o beneficiados por las garantías, éstas no provienen de una decisión de las propias personas; sino de la declaración de

la sociedad que las instituyó y, por tanto, son efectivas, precisa y terminantemente, de la manera y con el alcance definido en su misma institución, además, corresponden íntegramente al Derecho público, que no está sujeto a decisión de particulares, y por último, constituyen, parte esencial del orden jurídico constitucional, que interesa directamente a la sociedad y cuyo mantenimiento es forzoso para los individuos, en beneficio de la comunidad.

La extensión de las garantías en su contenido intrínseco no es absoluta, están limitadas por las modalidades y las restricciones que los preceptos constitucionales que las instituyen especifican por razón del orden público y de la conveniencia social, y por una evolución de nuestro derecho, su titularidad se extiende, no únicamente a las personas físicas, ni comprende tan solo a los mexicanos, pues las garantías protegen también a las personas morales y a todo aquél que esté dentro de la República Mexicana, aunque sea transitoriamente, y aún más, se extienden a las personas que están fuera de nuestro territorio, pero recienten alguna lesión de su interés jurídico por la actuación de una autoridad mexicana.

Particularmente, las garantías protegen también a las personas de Derecho público: la federación, los estados, los municipios, en cuanto atañe a sus intereses patrimoniales, así como a las personas morales administrativas de nueva creación, como los organismos descentralizados, y a las de Derecho laboral, como los sindicatos y las asociaciones patronales con personalidad jurídica, las cámaras de comercio, las industriales, etc.

La consagración de las garantías fundamentales a las que nos estamos refiriendo, constituye un avance importante en la evolución humana, de tal manera que, como dice Heller, "es una realidad política de máxima importancia práctica el que la organización democrática del Estado de Derecho, con su división de poderes y garantías de los derechos fundamentales, limiten eficazmente el poder político de los dirigentes mediante preceptos constitucionales, asegurando a todos los miembros del pueblo del Estado sin

excepción una suma, muy variable, ciertamente, en la realidad, de 'libertades', es decir, de poder social y político" (1)

e) Objeto

Las garantías están consagradas e instituidas para proteger el ejercicio de los derechos públicos subjetivos. Al estudio de ellos nos avocaremos en este inciso.

Indica Burgoa que "dicha potestad es un derecho, esto es, tiene el calificativo de jurídica, porque se impone al Estado y a sus autoridades, o sea, porque estos sujetos pasivos de la relación que implica la garantía individual están obligados a respetar su contenido, el cual se constituye por las prerrogativas fundamentales del ser humano. En este sentido, la potestad del gobernado de exigir a las autoridades estatales y, por ende, al Estado, el mencionado respeto, la indicada observancia, no es un mero hecho o una simple posibilidad de actuar del titular de la garantía individual cuyo cumplimiento o acatamiento podrían eludirse. Por el contrario, dicha potestad prevalece contra la voluntad estatal expresada por conducto de las autoridades, la cual debe acatar las exigencias, los imperativos de acuerdo con aquélla, por estar sometida obligatoriamente.

"En segundo lugar, la potestad de referencia es un derecho subjetivo, porque implica una facultad que la ley otorga al sujeto activo para reclamar al sujeto pasivo determinadas exigencias, ciertas obligaciones.

"Por último, la multicitada potestad es un derecho subjetivo público, porque se hace valer frente a un sujeto pasivo de esta índole, como son las autoridades estatales y el Estado mismo, se

---

1. HELLER, Hermann, "Teoría del Estado", Fondo de Cultura Económica, México - 1983, novena reimpresión, pág. 266.

gún ya quedó expresado anteriormente" (1)

#### f) Clasificación

El actual texto constitucional mexicano, al igual que -- sus precedentes y en general las constituciones modernas, no jerarquizan y ordenan con método riguroso las garantías que en ella se -- reconocen. Comunmente, en las disposiciones constitucionales correspondientes, o se agrupan las garantías bajo rubros tradicionales, -- o, como ocurre en nuestra Constitución vigente, ni siquiera aparecen esas guías, sino que se mencionan los derechos fundamentales -- prácticamente en desorden.

Inclusive en el texto de nuestra Constitución, en un mismo artículo se mencionan temas que se antojan distanciados unos de otros, o muy relativamente relacionados, dentro del Capítulo I, del Título Primero.

Llega a observarse, por último, que fuera del Capítulo -- que expresamente se ha apartado para enumerar las garantías individuales, existen disposiciones que estrictamente deberfan pertenecer a él, porque contiene verdaderas garantías individuales; o bien -- otras que deberían arrojarse fuera del Capítulo mencionado, porque corresponden a disposiciones generales incorrectamente enmarcadas -- en dicho lugar.

Pero importa aún más subrayar que una garantía, colocada fuera de su contexto natural, frecuentemente resulta difícil de captar en su espíritu y en su motivación, precisamente por carecerse -- de un entrelace lógico y una secuencia intencionada que pondrían de manifiesto la libertad o el valor protegidos, su extensión y las limitaciones totales que para esa garantía ordena el legislador.

La obligación estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual puede consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención (negativa), o - en un hacer (pasivo) en favor del gobernado por parte de la autoridad estatal. En vista de esto, podemos clasificar, en primera instancia, las garantías individuales en materiales y formales.

#### 1. Garantías materiales

Los sujetos pasivos (Estado y autoridades estatales) a sumen obligaciones de no hacer o de abstención.

#### 2. Garantías formales

Las obligaciones correlativas a los derechos públicos-subjetivos correspondientes son de hacer, o sea, positivas.

El maestro Burgoa indica que, además, se pueden clasificar a las garantías individuales desde el punto de vista "del contenido del derecho subjetivo público que para el gobernado se derivan de la relación jurídica en que se manifiestan las garantías individuales" (1)

En otras palabras esta clasificación se refiere a las prestaciones que el agente pasivo de la relación jurídica en cuestión puede exigir al obligado por ella. De tal manera, las garantías individuales pueden ser:

#### 1. Garantías de igualdad

Indica Burgoa que "la igualdad como garantía individual tiene como centro de imputación al ser humano en cuanto tal, es -- decir, en su implicación de persona" (2)

- 
1. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", pág. 193
  2. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales". pág. 253

## 2. Garantías de libertad

Señala Castro que "se refieren a la libertad personal, a la libertad de acción, a la libertad de ideología y a la libertad económica" (1)

## 3. Garantías de propiedad

Burgoa establece que, en este sentido, "la propiedad -- privada se erige en el contenido de una potestad jurídica, fruto de una relación existente entre el gobernado, por un lado, y el Estado y sus autoridades por el otro, consistente en exigir de la entidad política y de sus órganos autoritarios su respeto y observancia" (2)

## 4. Garantías de seguridad jurídica

Señala el mismo autor que éstas se traducen en "el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el sumum de sus derechos subjetivos" (3)

En relación con lo anterior, podemos indicar que el artículo 17 constitucional contiene garantías de carácter formal, en virtud de que impone al Estado diversas obligaciones positivas, es decir, la impartición de justicia, su gratuidad, etc.

Además, encierra garantías de seguridad jurídica que se

1. CASTRO, Juventino V., "Garantías y Amparo", Editorial Porrúa, México 1989, -- sexta edición, pág. 31.

2. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", pág. 456

3. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", pág. 495

traducen en un derecho público subjetivo individual propiamente dicho, en un impedimento o prohibición impuesto a los gobernados y - en una obligación establecida para las autoridades judiciales.

Trataremos de analizar con mayor profundidad las características del párrafo primero del artículo 17 constitucional en - los renglones siguientes.

## ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL, PRIMER PARRAFO

### a) Texto constitucional

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

"Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

"Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

"Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil".

### b) Interpretación gramatical

Vamos a comenzar el estudio del precepto que nos ocupa atendiendo al criterio gramatical de interpretación, es decir, de acuerdo a lo que la letra de la ley dice.

Al referirse la disposición tema de nuestro estudio a "ninguna persona", sin lugar a dudas abarca tanto a los hombres, personas físicas, como a las llamadas personas morales o colectivas. De tal manera, nos dice Vázquez Arminio, que "al decirse 'ninguna persona' se está refiriendo negativamente, a todas las existentes y como las morales, aún cuando actúan por medio de hombres, tienen por creación de la ley, una personalidad propia, distinta a las de sus miembros, así como sustantividad y capacidad para adquirir derechos que pueden ser ejercitados y para contraer-

obligaciones de forzoso cumplimiento, deben por ello asimilarse - a las personas físicas, como gobernados susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica de libertad por actos de autoridad y aplicárseles a ambas el mismo régimen legal en cuanto su naturaleza lo permite" (1).

El término "justicia por sí mismo" que utiliza nuestro legislador, no nos parece muy adecuado para limitar el campo de la autodefensa. Al hablar de "justicia por sí misma" parece referirse más bien a la solución unipersonal denominada suicidio que al modo de resolver conflictos motu proprio.

¿ Qué debe entenderse por "ejercicio de la violencia" ? Consideramos que al utilizar esta denominación, debe comprenderse en ellas tanto a la violencia física como a la violencia moral, a las cuales el legislador en materia civil ha definido de la siguiente manera:

Artículo 1819 Código Civil "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".

Respecto al mismo tema, el legislador en materia penal, en el caso particular de los delitos patrimoniales, ha definido a la violencia de la siguiente manera:

---

1. VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo, "El Artículo 17 Constitucional y la Administración de Justicia", México 1955, tesis profesional, UNAM, pág. 38

Artículo 373 Código Penal "La violencia a las personas- se distingue en física y moral.

"Se entiende por violencia física en el robo la fuerza- material que para cometerlo se hace a una persona.

"Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza- a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de in- timidarlo"

La expresión "reclamar su derecho" que utiliza la Cons- titución la consideramos muy vaga, por lo que da lugar a múltiples consideraciones. Creemos que al referirse al reclamo del derecho - se comprenden todas aquellas situaciones en que se defiende el -- derecho que ya tenemos, como aquellas en las que en el ejercicio de éste o en la búsqueda de recuperarlo, se sacrifica un interés aje- no sin la correspondiente declaración judicial.

De la interpretación literal del párrafo que nos ocupa, se desprende que no da lugar esta disposición a ninguna excepción, ya que está redactado en términos tan absolutos que los casos de naturaleza excepcional parecen estar vedados de la citada determi- nación.

#### c) Naturaleza jurídica

Para tratar de explicar la naturaleza jurídica del pri- mer párrafo del artículo 17 constitucional se han emitido diversas opiniones, las que trataremos de resumir en los siguientes tér- --- minos:

1.- Aquéllos que opinan que se trata de una garantía - individual por sí sola.

Esta posición es sostenida por Mantilla Molina. Conside- ra este autor que el artículo 17 constitucional, en su primer pá- rrafo, contiene una garantía individual por sí misma, traduciéndo-

se ésta en la obligación que tiene el poder legislativo de no dictar normas que permitan el ejercicio de la autojusticia. De tal manera, indica el autor citado; "cuando la Constitución prohíbe que las personas se hagan justicia por sí mismas, prohíbe que se dicten leyes que señalen al propio titular del derecho violado, como la persona que ha de imponer la sanción correspondiente, o lo que es lo mismo, prohíbe que la ley erija al ofendido en órgano del -- Estado, con lo cual le prohíbe que haga uso de la fuerza (violencia) para hacer valer su derecho" (1)

En relación con lo anterior, el mismo autor considera-- que si es posible promover amparo señalando como concepto de violación la transgresión que se realice del artículo constitucional al que hacemos referencia.

A esta tesis parece adherirse el legislador mexicano. -- Esto nos lo hace suponer la redacción de la Exposición de Motivos a la Iniciativa de Reforma a este artículo que presentó al Congreso de la Unión el Ejecutivo Federal, el 28 de octubre de 1986, que a la letra dice: (2)

"El fundamento filosófico jurídico de la función jurisdiccional a cargo del Estado, se encuentra en la garantía individual contenida en el artículo 17 constitucional, precepto que -- manda del individuo a no hacerse justicia por mano propia y a ejercer violencia para reclamar su derecho, pero en reciprocidad establece la garantía individual de acceso a la jurisdicción y para -- ello dispone que los tribunales de justicia la impartirán en forma expedita y gratuita".

Critica a esta posición.

El maestro Burgoa, en términos que nos parecen adecua--

- 
1. MANTILLA MOLENA, Roberto L., "Sobre el Artículo 17 Constitucional", Revista de la Facultad de Derecho, Tomo VIII, jul-dic. 1958, No. 31-32, UNAM, pag.154.
  2. Exposición de Motivos a la Iniciativa de Reforma a los Artículos 17, 46, 115 y 116 de la Constitución Política de los E.U.M. 28 de octubre de 1986.

dos, señala los defectos de la anterior posición:

"La simple lectura del artículo 17 constitucional nos advierte que la imposibilidad de hacerse justicia por sí mismo y de ejercer violencia para reclamar un derecho no implica de ninguna manera un derecho, sino una obligación negativa, es decir, de no hacer o de abstenerse de hacer. Esta conclusión nos parece tan clara que no acertamos a comprender porqué Mantilla Molina sostiene lo contrario, o sea, que tal obligación es un derecho, aseveración que por sí misma viola el principio lógico de no contradicción" (1)

2.- Acuéllos que consideran que únicamente se trata de una prohibición constitucional a cargo de los gobernados.

A esta tesis se adhiere la mayoría de la doctrina y podemos señalar como las opiniones más representativas las de Burgoa, José María Lozano, Montiel y Duarte, Rodríguez y Rodríguez, del Castillo Velazco, etc.

Sostienen estos autores que la disposición constitucional en referencia señala dos prohibiciones hacia los gobernados: "no hacerse justicia por propia mano" y "no ejercer violencia para reclamar su derecho". De tal manera, indica Burgoa, "la prevención constitucional de que tratamos, en realidad no sólo no establece para el gobernado ningún derecho subjetivo ni para el Estado y sus autoridades una obligación correlativa, sino que impone al sujetos deberes negativos" (2)

Dice Luis Bazdresch que el artículo 17 constitucional -

1. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", pág. 625.
2. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo", Editorial Porrúa, México 1989, segunda edición, pág. 60.

"... expresamente prohíbe las actividades de los particulares tendientes a que prevalezca su derecho frente al otro, sin la intervención de los tribunales; nadie puede hacerse justicia por su propia mano, y por tanto, todos los individuos deben someter a la decisión de los tribunales la certeza, la efectividad y el alcance de sus derechos en conflicto, a fin de que el obligado sea compelido a cumplir por un órgano jurisdiccional y no personalmente por su contrario" (1)

En resumen, los seguidores de esta posición, sostienen que el precepto que nos ocupa no contiene garantías individuales, puesto que solamente impone una doble prohibición a los gobernados y no les atribuye ningún derecho en virtud del cual puedan exigir el cumplimiento de una obligación, positiva o negativa, por parte del Estado y sus autoridades.

3.- Aquéllos que consideran que esta disposición constituye, en conjunto con el resto del artículo señalado, una garantía individual.

Como defensores de esta tesis podemos señalar a Eduardo Ruiz y a Juventino V. Castro.

Señalan estos autores que el primer párrafo del artículo 17 constitucional constituye una garantía para el gobernado cuando ésta se considera en conjunto con el llamado "derecho a la jurisdicción", al cual se refieren los renglones siguientes del artículo en cuestión.

Eduardo Ruiz indica que "... forman un solo pensamiento que bien pudiera enunciarse, diciendo, 'que nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho, pues los tribunales estarán -

---

1. BAZDRESCH, Luis, op. cit., pag. 167.

siempre expeditos para administrar justicia'" (1)

Castro afirma que "lo dispuesto por el artículo 17 en el sentido de que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, seguida de la declaración de que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia, en su integridad conforma una garantía individual del orden jurídico independientemente de la defectuosa redacción de dicha disposición que podría llevarlo a una conclusión contraria en un examen superficial de ella" (2)

Opinión personal.

Nosotros consideramos, del análisis que venimos realizando, que el párrafo en cuestión únicamente establece obligaciones de no hacer a cargo de los gobernados.

No podemos negar que dicha disposición es corolario lógico de los párrafos siguientes del artículo 17, pero no por ello podemos darle el carácter de una garantía individual a este inciso, ya que hemos señalado que el ejercicio de una garantía conlleva la posibilidad de exigir determinada conducta al Estado, y, en el tema que tratamos, dicha posibilidad no se manifiesta. En otras palabras, si estuviéramos hablando de una garantía propiamente dicha, ¿qué conducta podemos exigirle al Estado? Evidentemente ninguna.

d) Trascendencia jurídica de la prohibición a la auto-defensa

Respecto a la validez de que la prohibición a la autode

1. RUIZ, Eduardo, "Derecho Constitucional", UNAM, México 1978, primera reimpresión, pág. 93.
2. CASTRO, Juventino V., "Garantías y Amparo", Editorial Porrúa, México 1989, sexta edición, pág. 187.

fensa este incluida en nuestra Ley Fundamental encontramos dos posturas:

1.- La que lo considera adecuado.

A ella se adhiere gran parte de la doctrina que estudiamos. Indica que es acertada la inclusión de esta disposición en el texto constitucional en virtud de que constituye "un principio clarísimo de conservación de la sociedad" (1)

2.- La que niega su importancia.

Tesis sostenida por Montiel y Duarte. Señala este autor que la inclusión en la Constitución de las prohibiciones a las que hemos hecho referencia no tiene razón de ser, ya que al organizar el Estado la administración de justicia, reservándose para sí dicha función, implícitamente esta negando a los particulares el ejercicio de ella de tal manera que "no hubo necesidad de consignar este principio en la Constitución, pues ninguna sociedad medianamente constituida puede dejar abierta la puerta para que el individuo pueda hacerse justicia por su propia mano" (2)

Estamos de acuerdo con lo dicho por Montiel en el sentido de que no tuvo mayor trascendencia el incluir semejante disposición en el texto constitucional, ya que al reservar el Estado el ejercicio de la impartición de justicia, a contrario sensu está vedando el acceso a los particulares a realizar dicha función, negando, de tal manera, a la autodefensa.

e) Jurisprudencia y tesis relacionadas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas

- 
1. CASTILLO VELAZCO, José María del, "Apuntes para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano," Comisión Nacional Editorial, México 1976, pág. 53.
  2. MONTIEL Y DUARTE, Isidro, "Estudios sobre Garantías Individuales", Editorial Porrúa, México 1983, cuarta edición, pág. 401.

resoluciones, ha utilizado el párrafo que nos ocupa del artículo - 17 constitucional para dirimir diversas cuestiones que a ella han sido planteadas. Entre las más importantes señalamos las siguientes:

**DEFENSA DEL HONOR COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD.** - Para que opere la excluyente de responsabilidad relativa a la defensa del honor, es requisito indispensable que los actos que lo comprometen sean de rigurosa actualidad y susceptibles de ser evitados, porque reconocer el derecho de causar daño por ofensas pretéritas, equivale a tanto como contrariar la norma de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano.

Séptima Epoca. Tomo V, pág. 31. Amparo Directo 9051/68. Manuel Alcalá Romero. 8 de mayo de 1969. 5 votos.

**COSTUMBRE CONTRARIA A DERECHO.** No son de tomarse en consideración los argumentos que se invoquen por lo que hace a costumbres que existan en cierta región ni la supuesta idiocincracia de sus habitantes, para que se convaliden comportamientos delictuosos para repeler agravios, pues ello sería justificar actos de venganza, de represión, sin que el hecho de punirlas conlleve a los infractores al desprecio público, dado que reconoce el derecho de causar daños por ofensas, si no pretéritas, si evitables por otros medios, equivale tanto como contrariar la norma de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano.

Séptima Epoca. Tomo 78. pág. 18. Amparo Directo ----- 2656/73. Bartolo Resendiz Castillo. 16 de agosto de 1934. Mayoría de 3 votos.

**DESPOJO, DELITO DE (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y CHIAPAS).** El delito de despojo se comete en los casos previstos por el artículo 256 del Código Penal del Estado de Chiapas, igual al 395 del Código del Distrito Federal, aún cuando el infractor -- tenga derecho de propiedad o de posesión, si de propia autoridad -- priva a otro de la posesión de un inmueble, ya que admitir lo ---

contrario sería infringir lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, que prohíbe hacerse justicia por mano propia.

Sexta Epoca. Tomo VI, pág. 139. Amparo Directo 409/57.  
José Molina Avadfa. 8 de octubre de 1957. 5 votos.

CASO FORTUITO. No puede decirse que el infractor causó - la muerte de quien mató a su hermano por mero accidente y sin intención ni imprudencia alguna, pues era perfectamente predecible para el que al dispararle con un arma de fuego podría obtener como resultado el lesionarlo o darle muerte, evidenciando así su voluntad de causación y su dañada intención de acabar con su enemigo, debiéndose hacer resaltar que si bien el acusado ejecutaba un hecho lícito al perseguir a un criminal, ya no lo hizo al ultimarle en unión de --- quienes lo acompañaban, pues el derecho a castigar es privativo del Estado y admitir otra cosa sería tanto como efectuar una regresión a la época de la venganza privada en el que el ofendido se hacía -- justicia por su propia mano.

Quinta Epoca. Tomo CXXIV, pág. 264. Vázquez Juan Loreto.  
20 de abril de 1955. 3 votos.

ACCIONES CIVILES, EL EJERCICIO DE LAS, NO CONSTITUYE -- ACTOS ILICITOS NI ABUSO DEL DERECHO. El ejercicio de las acciones - civiles no constituye un hecho ilícito, ni abuso del derecho. No lo primero, porque por hecho ilícito debe entenderse en un sentido lato, aquél que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y es obvio que el ejercicio de una acción civil ante los tribunales, aunque no prospere, es un derecho que dentro de un régimen jurídico responde a la necesidad de evitar la venganza privada o la idea de evitar que cada quien se haga justicia por su propia mano, según principio consagrado en el artículo 17 constitucional. Tampoco es lo segundo, porque no es un abuso del derecho el acudir a los tribunales para exigir la tutela jurídica del Estado frente a la violación de un derecho, el desconocimiento de una obligación o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho.

Séptima Epoca. Tomo XXVIII, pág. 38. Amparo Directo - -  
1680/70. Alejandro Santacruz González. 1º. de abril de 1971. Una-  
nidad de 4 votos.

INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESION, JUSTIFICACION LEGAL  
DEL. La justificación del interdicto para recuperar se encuentra  
fundamentalmente en el artículo 17 de la Constitución Federal, - -  
puesto que nadie debe, de propia autoridad, privar a otro de su le  
gítima posesión, aún cuando realmente tenga, o tan sólo crea tener  
derechos, dado que nadie puede hacerse justicia por propia mano, -  
si no que debe acudir al juez para que la administre.

Séptima Epoca. Tomo XLII, pág. 74. Amparo Directo - - -  
1956/71. Miguel Dosamantes Raul y otros. 26 de junio de 1972. Una-  
nidad de 4 votos.

## CAPITULO IV

### EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE NEGACION DE LA AUTODEFENSA

"Si el hombre se dedicara a eliminar todas las cosas inútiles que hoy forman la trama de su vivir cotidiano, casi tendría que reconstruir su vida social, ante el cúmulo de mentiras que supone verdades eternas o por conceptos intrascendentes en los que vive inmerso defendiéndolos apasionadamente y retardando la evolución social. La ciencia rechaza estas nociones o las acepta condicionalmente en espera de mejores tiempos para el saber".

Andrés Serra Rojas

1. Consideraciones iniciales.
2. Derecho de retención.
3. Corte de las ramas y raíces de los árboles procedentes del predio vecino.
4. Destrucción y apropiación de los animales bravíos o domésticos y enjambres de abejas.
5. Patria potestad.
6. Legítima defensa.
7. Estado de necesidad.
8. Robo de famélico.
9. Aborto terapéutico.
10. Aborto por causa de violación.
11. Homicidio o lesiones por infidelidad matrimonial o por corrupción del descendiente.
12. Duelo.
13. Huelga.

14. El paro.
15. Cláusula de exclusión por separación
16. Justicia deportiva.
17. Expulsión de extranjeros.
18. Justicia administrativa.
19. Avería gruesa.
20. El derecho a la guerra.
21. El derecho a la revolución.
22. Conceptos generales.

## CONSIDERACIONES INICIALES

Teleológicamente pretendemos, en este capítulo, con el cual daremos por terminado este estudio, efectuar un análisis de las diversas formas jurídicas que, según el maestro Niceto Alcalá Zamora, y las cuales acepta la mayoría de la doctrina, constituyen manifestaciones autodefensivas.

Además, si demostramos que cada una de esas figuras son autodefensivas, trataremos de determinar si dichas manifestaciones contravienen lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 17 constitucional que, en términos tajantes, proscribiremos a la auto-defensa y, por estar redactado en forma absoluta, no admite ninguna excepción a dicha prohibición.

Entendemos por excepción como aquella "cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie"(1)

En el transcurso de este apartado, buscaremos efectuar el análisis a que hicimos mención en el proemio de este capítulo de una manera sistemática y ordenada, conforme a los siguientes rubros:

### 1. Definición.

Es muy importante delimitar la figura en cuestión a través de sus rasgos más generales, con el fin de ubicarnos dentro de nuestro campo de estudio. Parafraseando a John Locke, podemos indicar la importancia de "definir los términos".

---

1. DICCIONARIO FORJIA de la Lengua Española, Editorial Porrúa, México 1973, -- quinta edición pág. 314.

## 2.- Antecedentes históricos

Para conocer una figura, es muy importante estudiarla a través de su devenir histórico. Con esto no queremos indicar que vamos a realizar un análisis histórico profundo, lo que no es materia de este trabajo, pero sí trataremos de dar un breve bosquejo, donde lo amerite, que nos adentre en el tema de estudio.

## 3.- Naturaleza jurídica

Dentro de este apartado, intentaremos desentrañar el por qué de la figura en cuestión, la razón de su existencia y --cuál es su finalidad. Consideramos este inciso como medular de --nuestro estudio.

## 4.- Reglamentación.

Nos avocaremos dentro de este inciso al estudio de la reglamentación legal que la figura tema de el apartado correspondiente tiene en la legislación mexicana, todo ello con la brevedad posible.

## 5.- La figura como forma autodefensiva.

Aquí esta el punto central de este capítulo.

Después de estudiar diversas figuras que a primera vista pueden parecer de lo más disímbolas y no tener nada en común, buscaremos determinar si dichas figuras constituyen formas autodefensivas y si dicha autodefensa, por estar reconocida en la legislación secundaria, es excepción a la regla general del artículo 17 constitucional, en su primer párrafo.

Es necesario indicar que el análisis de las formas a --

que hacemos referencia, no necesariamente se limitará a los incisos señalados anteriormente: donde ésta lo requiera y por su especial naturaleza, podremos incluir incisos diversos, pero buscando siempre conservar la unidad en la exposición.

Empero, reconocemos que una crítica que podría hacerse a este estudio es el de la simpleza con el que tratamos cada una de las figuras, ya que respecto a muchas de ellas. Podrían escribirse tesis y estudios enteros. Sin embargo, alegando en nuestro descargo, indicamos que no es finalidad esencial de esta monografía el realizar un estudio exhaustivo de cada una de las manifestaciones señaladas, sino que únicamente pretendemos conocerlas -- por sus rasgos más elementales, con el fin de determinar si constituyen autodefensa o no. Nos acogemos a la benevolencia de quien esto lea.

## DERECHO DE RETENCION

### a) Definición

Bejarano indica que "este derecho es otra de las posibles defensas del acreedor y consiste en la facultad que tiene de resistirse a devolver una cosa propiedad de su deudor, mientras éste no le pague lo que le debe con relación a esa misma cosa" (1)

Gutiérrez y González señala que "es la facultad que la ley otorga al acreedor, víctima de un hecho ilícito o no, para -- conservar, hasta que el deudor cumpla su prestación, un bien que posee, propiedad de éste, y el cual no entregó al acreedor en garantía del cumplimiento de su obligación" (2)

El Código Civil para el Distrito Federal no da una definición sistemática de lo que debe entenderse por derecho de retención. Sin embargo, el Código Civil del Estado de Morelos señala lo siguiente:

Artículo 2310. "Existirá el derecho de retención cuando la Ley autorice al detentador o poseedor de una cosa ajena a conservar la tenencia de la misma hasta que el dueño de ella, pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa, o por algún otro motivo".

### b) Casos en que puede manifestarse.

La legislación civil mexicana autoriza, en diversos casos, la aplicación del derecho de retención. Así se tiene:

1. BEJARANO SANCHEZ, Manuel, "Obligaciones Civiles", Editorial Harla, México-- 1986, pág. 350.
2. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial - - Porrúa, México 1990, pág. 593.

### 1. En la compraventa:

Art. 2286 CC "El vendedor no está obligado a entregar - la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que el contrato se haya señalado el plazo para el pago".

Art. 2287 CC "Tampoco está obligado a la entrega, aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le de fianza de pagar al plazo convenido".

Art. 2299 CC "Cuando el comprador a plazo o con esperedel precio fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviera - justo temor de serlo, podrá suspender el pago si aún no lo ha hecho, mientras el vendedor le asegure la posesión o le de fianza, - salvo si hay convenio en contrario".

### 2. En la permuta:

Art. 2328 CC "Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta, y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio y cumple con devolver la que recibió."

### 3. En el arrendamiento:

Art. 2422 CC "Si al terminar el arrendamiento hubiere - algún saldo a favor del arrendatario, el arrendador deberá devolverlo inmediatamente, a no ser que tenga algún derecho que ejercer contra aquél: en este caso depositará judicialmente el saldo-referido".

Art. 2533 CC "El depositario no puede retener la cosa, - aún cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero sí podrá en este caso,

si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito".

5. En el contrato de obra:

Art. 2644 CC "El constructor de cualquiera obra o mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra".

6. En el hospedaje:

Art. 2669 CC "Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospedan podrán retenerlos en prenda hasta que se obtenga el pago de lo adeudado".

7. En materia de posesión:

Art. 810 CC "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título translativo de dominio, tiene los derechos siguientes:

II "El que se le abone todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago".

8. En el mandato:

Art. 2579 CC "El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del contrato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que trata los dos artículos anteriores.

c) Prohibiciones expresas al derecho de retención.

Art. 2534 CC "Tampoco (el depositario) puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante".

Art. 2509 CC "Tampoco tiene derecho el comodatario para - retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquier - otra causa le deba el dueño".

d) Procedencia del derecho de retención.

Dos son las principales posturas respecto de si el derecho de retención debe usarse cuando la Ley no lo prohíbe o solamente -- puede utilizarse cuando la Ley lo confiere expresamente:

1.- Postura limitativa o restringida.

Según esta tesis, en virtud de la prohibición a la justicia privada, el derecho de retención sólo se puede ejercitar cuando es la Ley la que determina su procedencia, y no en otros casos.

2.- Postura extensiva.

Sostiene que, por analogía, se debe admitir el empleo del derecho de retención en todos aquellos casos en los que se presenten situaciones similares a las previstas por la Ley, de tal manera que el acreedor pueda obtener la garantía de su crédito con un bien propiedad de su deudor y que él detenta.

e) Elementos del derecho de retención.

Bejarano señala los siguientes: (1)

1. Retención de una cosa debida
2. Un crédito del reteniente contra el acreedor de la entrega
3. Cierta vínculo o conexión entre los dos elementos anteriores, o sea entre el crédito y la cosa.

---

1. BEJARANO SANCHEZ, Manuel, op. cit, pág. 353.

f) Naturaleza jurídica del derecho de retención.

Respecto a este tema el maestro Rojina Villegas señala que hay controversia en la doctrina e indica las siguientes - - - tesis: (1)

1. "El derecho de retención se reputa como un derecho personal que se opone a los privilegios y al derecho real".

Dice Bejarano que "no es un derecho personal o de crédito porque, no obstante tener una cualidad económica, no incrementa el patrimonio del titular y los derechos de crédito, en cambio, sí figuran en el activo del patrimonio como un elemento económico que lo acrecienta. Además, si fuere derecho de obligación, frente a facultad del retenedor, existiría la correlativa obligación del otro y éste no está técnicamente obligado a dejar su cuota" (2)

2. "El derecho de retención es un derecho real".

Gutiérrez y González señala que "no se trata de un derecho real, porque no se presentan los elementos estructurales de éste, como es el poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa, para aprovecharse de ella y oponerlo a terceros" (3)

En nuestra opinión, siguiendo a los autores mencionados, la naturaleza jurídica del derecho de retención es diferente a la de un derecho real y a la de un derecho personal; consideramos que se trata de una facultad especial que, por ministerio de ley, se concede al afectado por un hecho ilícito, para mantener en su poder ciertos

1. ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Editorial Porrúa, México 1981, cuarta edición, tomo V (obligaciones) pág. 466.

2. BEJARANO SANCHEZ, Manuel, op. cit. pág. 356.

3. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", pág. 597.

efectos que le garanticen el pago.

g) Efectos del derecho de retención.

Bejarano indica que "el derecho de retención no concede más atributos que la tenencia de la cosa. El retenedor no podrá usar la ni obtener ningún aprovechamiento de la misma. Si produjere -- frutos, de la clase que fuere, deberán ser entregados, con la cosa a su dueño, al terminar la retención" (1)

h) El derecho de retención como forma autodefensiva.

Muy debatida es la cuestión sobre si el derecho de retención constituye una forma de defensa privada o no. Al respecto, -- Bejarano dice que "siendo la retención una abstención autorizada, una negativa lícita sin el alcance de resolver el conflicto ni autorizar al acreedor a pagarse con la cosa detenida o a disponer de ella, sus efectos no llegan a constituir justicia privada ni vías de hecho. El acreedor no se hace justicia por su mano propia reteniendo, porque retener no es obtener pago y la justicia, para él, es cobrar su crédito, resultado que, ante la resistencia de su deudor, no logrará por la retención sino por la ejecución forzada -- (embargo y remate) y con intervención de la autoridad judicial. -- La retención es sólo un medio conservativo legal que facilita el embargo" (2)

Rojina Villegas se pronuncia en el mismo sentido cuando -- señala que "cuando bien se analiza, aquí no existe más que una negativa, -- amparada por la Ley, en forma que no se trata de resolver el conflicto por mano propia y si de ejercer un derecho reconocido" (3)

---

1.- op. cit., pág. 357

2.- op. cit., pág. 353

3.- op. cit., pág. 454.

Gutiérrez y González sostiene la postura contraria, es decir la que señala que este derecho es una forma autotutelar; -- ello se infiere cuando dice que "considero debe prevalecer, cuando menos en México, la tesis del empleo restringido del derecho de retención, pues de otra forma se infringiría el artículo 17 - constitucional, en donde se establece la prohibición de hacerse justicia por propia mano" (1)

#### Opinión personal

En nuestra opinión, el derecho de retención es una forma autodefensiva propiamente dicha. El que una de las partes mantenga en su poder efectos de otra, presionándola, a fin de obtener la pretensión buscada, sin que medie previa intervención judicial, nos conduce, indudablemente, a encontrarnos con un caso de defensa privada.

No estamos de acuerdo con el señalamiento de Bejarano - en el sentido de que este derecho conlleva necesariamente al embargo y remate: es muy factible, que por el hecho de la retención, - la contraparte decida avenirse, tenga razón o no, a las pretensiones del retenedor, por lo que la intervención judicial puede llegar a no manifestarse.

Además, discrepamos del señalamiento de Rojina Villegas en el sentido de que únicamente "se trata del ejercicio de un derecho reconocido". Como ya indicamos, en el ejercicio de un derecho y en la defensa de éstos, es cuando se manifiestan las formas autodefensivas por lo que el hecho de que se trate del ejercicio de éste no impide que nos encontremos en un caso de autoayuda.

En términos estrictos, el derecho de retención es violatorio del primer párrafo del artículo 17 constitucional, en virtud de que es un caso de justicia por mano propia, y el recono--

1. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", pág. 596.

cimiento que de él hace el legislador civil constituye excepción expresa a dicha disposición.

Gutiérrez y González discrepa de lo anterior cuando señala que "no se puede considerar violado el artículo 17 constitucional, pues ya se trata de una cuestión perfectamente prevista y autorizada por la ley" (1)

Creemos que el maestro Gutiérrez y González, está en un error: el hecho de que una ley secundaria autorice su aplicación no es obstáculo para que este derecho sea violatorio de la prohibición constitucional a que hacemos referencia. Es principio jurídico general el que nada puede ir en contra de las disposiciones constitucionales, por lo que el hecho de que el Código Civil lo reconozca, no es excusa para negar su carácter anticonstitucional.

Sin embargo no debemos negar la utilidad práctica que tiene este derecho, en virtud de que da mayor seguridad al acreedor quirografario respecto a su crédito, por lo que no podemos propugnar por su desaparición, pero tampoco podemos ocultar que en los términos tan absolutos en que está redactado el artículo 17 en su primer párrafo, este derecho lo contraría.

Por último, es necesario señalar que en los casos en que para que proceda el derecho de retención se requiere previa autorización judicial, es decir en el arrendamiento y el depósito, ya no nos encontramos ante forma autodefensiva, en virtud de quien resuelve la retención es un tercero imparcial, un juez público, por lo que en este caso no hay defensa privada.

---

1.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", pág. 597.

## LA PATRIA POTESTAD

### a) Definición.

Carvajal Moreno y Floresgómez González dicen que "la patria potestad es el conjunto de derechos, con sus obligaciones -- correlativas, que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes, en tanto que estos son menores"(1)

Para Galindo Garfias "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados". (2)

Indica Sara Montero que "es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes".(3)

### b) Antecedentes históricos

La historia de la patria potestad, nos dice Montero, -- "nos demuestra un proceso paulatino, pero continuado, de debilitamiento de la autoridad paternal. La organización de las sociedades primitivas descansaba en la fortaleza de la unión familiar. -- Núcleo familiar que tenía, a su vez, una sustentación de carácter profundamente religioso, como se supone que era la concepción del mundo y la vida en las épocas arcaicas. Los dioses, de quienes --

- 
1. CARVAJAL MORENO, Gustavo y FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando, "Nociones de Derecho Positivo Mexicano", México 1979, Editorial Porrúa, pág. 280.
  2. GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil" Editorial Porrúa, México 1989, no vena edición, pág. 670.
  3. MONTERO DUHALT, Sara, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, México 1987, -tercera edición, pág. 339.

emanaba la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, el sustento o la desgracia, eran las propias almas de los antepasados, a los que había que rendir permanentemente pleitesía, conservarles el fuego del hogar donde eran adorados, realizar toda la serie de ritos y plegarias que rogarían para mostrarse propicios a los vivos. El representante de toda la familia, el sacerdote único, - el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre; de ahí su enorme autoridad. La patria potestad no es pues, más que el reflejo de este poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares. La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, - con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo poder absoluto del paterfamilias.

" Característica de la organización patriarcal y, por ende, de una patria potestad de carácter absolutista, fue la del pueblo romano. La evolución que presenta esta institución en sus diferentes etapas, desde la primitiva monarquía, la corta etapa de la República, y los quince siglos del Imperio Romano de Occidente y luego de Oriente, es la de un original poder absoluto -- del padre suavizado lentamente en sus consecuencias, compartido después por la madre, y limitado al final en el tiempo. Historia de la evolución de esta institución que ha sido acuciosamente estudiada por los investigadores históricos y de la que existen excelentes lecturas.

" Por otra parte, esta gradual evolución de la patria potestad en el sentido del debilitamiento del omnimodo poder paterno, se manifiesta en el devenir de todos los pueblos, las causas han sido complejas, tan complejas como todo el proceso histórico de la sociedades. Se han querido ver causas de orden político como la creciente intervención del Estado en las relaciones familiares. Recordemos la conocida frase de que el Derecho romano se detenía a las puertas del hogar, en donde gobernaba el pa-

dre de familia" (1)

c) Naturaleza jurídica de la patria potestad.

Esta figura está constituida por una serie de poderes. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras especies jurídicas, en una situación de oposición y no corresponde al derecho - una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

Nos dice Galindo Garfias que "en el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social. En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de Derecho privado, se ejerce en interés público" (2)

En relación con lo anterior, si bien la patria potestad se ejerce por los padres, o por quienes tengan derecho a ellos, - ésta debe ser efectuada siempre en interés del hijo, del interés de la familia, y del interés de la sociedad; de otra manera no tiene razón de ser.

d) Características de la patria potestad

Son las siguientes:

1. Es un cargo de interés público

El ejercicio de la patria potestad es un cargo de interés público en virtud de que la sociedad está sumamente interesada

1. MONTEPO DUHALT, Sara, op. cit., pags. 340 y 341.

2. GALINDO GARFIAS, Ignacio op. cit. pág. 675.

da en que se mantenga la cohesión familiar, ya que de ella depende, indudablemente, su propia cohesión.

## 2. Irrenunciable

Art. 448 CC "La patria potestad no es renunciabile; pero aquéllos a quien corresponde ejercerla, pueden excusarse:

I. " Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II " Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente su desempeño".

## 3. Intransferible.

Por su carácter personalísimo, las relaciones de carácter familiar no pueden ser objeto de comercio, no pueden transferirse por título oneroso o gratuito. Hay una excepción:

Art. 403 CC "Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte se limitan al adoptante y al adoptado, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el Juez de lo Familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad.

Esto quiere decir que los derechos y deberes derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo.

e) Sujetos de la patria potestad.

1. Sujetos activos.

Art. 414 CC "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I " Por el padre y la madre;
- II " Por el abuelo y la abuela paternos
- III " Por el abuelo y la abuela maternos"

Art. 415 CC "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

" Si viven separados, se observará en su caso los artículos 380 y 381"

Art. 380 CC "Cuando el padre y la madre que no vivan -- juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en todo caso que no lo hiciere, el -- Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Art. 381 CC "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos ejercerá la custodia el primero que hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los autorizados y del Ministerio Público".

Art. 418 CC " A falta de padres, ejercerán la patria -- potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refiere --

las fracciones II. y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Art. 419 CC "La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten".

Art. 412 CC "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras existan algunos de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley".

#### f) Efectos de la patria potestad

##### 1. Derechos y obligaciones de los hijos

Art. 411 CC "Los hijos, cualesquiera que sean su estado edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Art. 421 CC "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Los demás derechos y obligaciones de los sujetos a patria potestad son los correlativos a los deberes y facultades de quienes la ejercen.

##### 2. Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad.

Respecto a la persona de los menores:

##### I. Representación legal.

Art. 424 CC "El que está sujeto a la patria potestad no

puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin -- expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez"

## II Designación de domicilio.

Art. 31 CC. "Se reputa domicilio legal:

I. "Del menor de edad no emancipado, el de la persona - a cuya patria potestad está sujeto;"

## III. Alimentos

Art. 303 CC "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o imposibilidad de los padres la obligación--recae en los demás ascendientes por ambas líneas que tuvieren más próximo en grado".

## IV Educación

Art. 422 CC "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente".

## V. Corrección y ejemplaridad

Art. 423 CC " Para los efectos del artículo anterior, - los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo".

En resumen, nos dice el maestro Ibarrola, "se desprende de que los padres tienen una dirección general sobre la persona - del hijo quien queda obligado a vivir con ellos: si se escapa, se

le hará regresar manu militari. Pueden los padres vigilar la --  
correspondencia y las relaciones del hijo, elegir la manera de --  
educarlo y transmitirle su religión". (1)

Respecto a los bienes del menor:

Art. 425 CC. "Los que ejercen la patria potestad son--  
legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen  
la administración legal de los bienes que les pertenecen, confor  
me a las prescripciones de este código".

La propiedad, la administración y el usufructo de los-  
bienes que el menor ha adquirido con su trabajo corresponden ín-  
tegramente al hijo. Respecto de los bienes que el hijo ha adqui-  
rido por cualquier otro título, quienes ejercen la patria potes-  
tad, tienen la administración de los bienes del menor y el dere-  
cho a percibir el 50% del usufructo de los bienes del hijo.

Art. 439 CC "Las personas que ejercen la patria potes-  
tad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los-  
bienes de los hijos".

Art. 441 CC "Los jueces tienen facultad de tomar las -  
medidas necesarias para impedir que, por la mala administración-  
de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se --  
derrochen o disminuya".

g) El derecho sancionador de los que ejercen la patria  
potestad. Aspecto penal.

---

1. IBARROLA, Antonio de, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, México 1981,  
segunda edición, pág. 421.

Art. 294 Código Penal "Las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289, y, además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con incesante frecuencia".

Art. 347 CP "Los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, no son punibles."

Dichas disposiciones, que autorizaban el derecho a castigar de los padres, fueron derogadas en 1974 y 1986 respectivamente. Con relación a ellas nos dice Montero, "era realmente la autorización legal a la bárbara costumbre de maltratar físicamente a los menores de edad". (1)

Coincidimos con los señalamientos de la maestra Montero en el sentido de que fue acertada la reforma al Código Penal para negar a los padres el derecho de castigar a los hijos. De sobra son conocidos los graves daños que se ocasionan por el abusivo ejercicio de este derecho. En México, miles de niños son maltratados por sus padres e incluso, han llegado a matarlos, justificándose éstos en este pretendido derecho. Reconocemos que el maltrato a los menores sigue siendo, por desgracia, una práctica generalizada y que se da en todos los niveles socioculturales, pero, por lo menos, ya no existe su aprobación legal.

Actualmente el artículo 295 del Código de la materia señala lo siguiente:

---

1. op. cit. pág. 348.

" Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infliera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez - podrá imponerle además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos".

h) Suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad.

Art. 447 CC "La patria potestad se suspende:

I. "Por incapacidad declarada judicialmente;

II. "Por la ausencia declarada en forma;

III "Por sentencia condenatoria que imponga como pena-- esta suspensión".

Art. 444 CC "La patria potestad se pierde:

I. "Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de este derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II. "En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo -- que dispone el artículo 283;

III. "Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; - aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

IV. "Por la exposición de los hijos, o por abandono pro

longado por más de seis meses"

Art. 443 CC "La patria potestad se acaba:

I. "Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

II. "Con la emancipación, derivada del matrimonio;

III. "Por la mayor edad del hijo"

h) La patria potestad como forma autodefensiva.

Es indudable que dentro del ejercicio de la patria potestad se dan, en forma abundante, numerosas formas autodefensivas.

Es claro, que en la mayoría de las ocasiones, la pretensión de quien la ejerce someterá a la de quien la sufre, es decir, los menores. Esto se ha minimizado un poco mediante la intervención de órganos imparciales, tales como el juez ordinario, consejo de familia o de tutela, juez pupilar o tutelar, curadores, Ministerio Público, tribunales de menores, etc. Sin embargo, la autoridad paterna es, aún, determinante en la solución de conflictos.

No debe entenderse con esto que propugnamos por una mayor intervención del Estado en el núcleo familiar. Al contrario, reconocemos la importancia que tiene para el menor su formación dentro de un núcleo familiar sano. Consideramos que la intervención judicial, dentro del campo de las relaciones familiares, deben limitarse a corregir abusos.

Concluimos indicando que el ejercicio de la patria potestad conlleva, casi necesariamente, a la autodefensa y que, en-

los términos tan defectuosos en que está redactado el primer párrafo del artículo 17 constitucional, en una interpretación simplista, podría considerarse violado; pero creemos, que el interés de conservación del mismo núcleo social, esta institución no puede desaparecer.

EL CORTE DE LAS RAMAS Y RAICES DE LOS  
ARBOLES PROCEDENTES DEL PREDIO VECINO

a) Definición

Art. 848 CC. " Si las ramas de los árboles se extienden sobre heredades, jardines o patios vecinos, el dueño de éstos -- tendrá derecho de que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad; y si fueren las raíces de los árboles las que se extendieran en suelos de otro, éste podrá hacerlas cortar por sí - mismo dentro de su heredad, pero con previo aviso al vecino".

b) Fundamento de dicha disposición

Este artículo, dice Pérez Duarte, "está en relación directa con el 16 de nuestro ordenamiento civil y responde a la -- idea de función social de la propiedad perfilada por León Duguit y recogida por la comisión redactora del Código". (1)

La teoría de la función social en la propiedad a palabras de León Duguit, consiste en que "el derecho positivo no protege el pretendido derecho subjetivo del propietario; pero -- garantiza la libertad del poseedor de una riqueza para cumplir la función social que le incumbe por el hecho mismo de esta posesión y por esto es por lo que... se puede decir... que la propiedad se socializa" (2 )

Podemos resumir la teoría de la función social de la - propiedad como aquella que obliga a cada individuo a actuar de - tal manera que no dañe las normas mínimas de convivencia de la - comunidad.

1. PEREZ DUARTE y MONJÚ, Alicia Elena, "Código Civil Comentado", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Ángel Porrúa Librero -Editor, México 1987, tomo II. (de los bienes), pág.50

2. DUGUIT, León, "Las Transformaciones Generales de Derecho Privado desde el Código de Napoleón", Editorial Madrid, segunda edición, págs. 179 y 180.

En vista de lo anterior, podemos señalar que el conjunto de disposiciones que el legislador civil dictó en materia de plantaciones, son limitaciones a la propiedad; indica el maestro Rojina Villegas que " el Código en vigor ha estimado correctamente que el conjunto de prohibiciones impuestas por virtud de la vecindad o de la colindancia para regular la distancia que conforme a la ley se requiere para ciertas construcciones y plantaciones, ... constituyen verdaderas limitaciones de la propiedad -- que dan origen principalmente a obligaciones reales de no hacer"(1).

Las limitaciones al derecho de propiedad, además de la contenida en el artículo 848 del Código Civil, en materia de plantaciones son las siguientes:

Art. 846 CC "Nadie puede plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia de dos metros de la línea divisoria, si la plantación se hace de árboles grandes, y de un metro, si la plantación se hace de arbustos o árboles pequeños".

Señala el maestro Gutierrez y González que "esta limitación se dirige al derecho que tiene un propietario de plantar árboles o arbustos en su terreno, y se le autoriza siempre y cuando lo haga guardando las distancias previstas en la ley, para que estos vegetales con sus raíces o ramas, no pueden causar daños a las propiedades vecinas" (2)

Art. 847 CC. "El propietario puede pedir que se arranquen los árboles plantados a menor distancia de su predio de la --

- 
1. ROJINA VILLEGAS, Fafael, "Derecho Civil Mexicano", Antigua Libreria Robredo, México 1954, tercera edición, tomo II, (derechos reales y posesión) p.95.
  2. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio, Editorial Cajica, México -- 1982, segunda edición pág. 238.

señalada en el artículo que precede, y hasta cuando sea mayor, -- si es evidente el daño que los árboles le causan".

El autor citado indica que en caso de que el propietario no observe la limitación del artículo 846, "entonces la ley - en vista de ese hecho ilícito- pues es un hecho ilícito el no - - cumplir con lo que la norma dispone- le confiere al propietario - vecino que se vea dañado el derecho que se establece en el artículo 847" (1)

c) El corte de las ramas de los árboles procedente del predio vecino como forma autodefensiva.

En nuestra personal opinión, la figura que nos encontramos analizando constituye uno de los más arraigados casos de auto defensa que nuestra legislación secundaria permite y por lo tanto, son violatorios del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Indica el maestro Gutiérrez y González que "la segunda parte de este artículo (el 848) contiene el único caso que conozco de justicia por sí mismo, autorizado por la ley, ya que se permite aplicar la pena de mutilación a las raíces intrusas del predio ajeno". (2)

Coincidimos con el maestro en el sentido de que esta -- figura constituye forma autodefensiva, pero no podemos estar de acuerdo cuando dice que "es el único caso que conozco de justicia por sí mismo, autorizado por la ley", ya que como hemos pretendido demostrar a lo largo de este estudio, existen un importante -- número de normas autotutelares que la ley autoriza, en contravención a lo que indica el artículo constitucional que regula la ma-

---

1. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto "El Patrimonio". pág. 238.

2. op. cit. pág. 239.

teria.

Creemos que de todas las formas autodefensivas que hemos estudiado, el corte de ramas es la que menos razón de ser tiene; al contrario, consideramos su aplicación sumamente peligrosa, en virtud de que causa tensión en las relaciones de vecindad, lo que aparentemente busca proteger.

Proponemos que para este tipo de casos se establezca un procedimiento sumarísimo, en el cual la autoridad judicial determine la validez de las reclamaciones vecinales.

Sabemos que contra esta propuesta podría alegarse que - pugnamos por un excesivo procesalismo, lo que puede ser contraproducente. Pero creemos que esta figura, a primera vista sin gran importancia, pero que no es tan intrascendente lléndonos a casos extremos, si el objeto de litigio se trata, por ejemplo, del Arbol del Tule o el de la Noche Triste (infra I), no debe dejarse -- sin la debida protección legal.

Infra I. Mencionamos estos monumentos históricos únicamente a guisa de ejemplo y no porque pensemos que dichos árboles puedan ser sujetos al régimen legal al que hacemos referencia, lo que, en términos jurídicos, sería una aberración. Dispone la Ley General de Bienes Nacionales lo siguiente:

Art. 2 "Son bienes de dominio público:

VI "Los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, muebles e inmuebles, de propiedad federal;

X "... los especímenes tipo de la flora y la fauna";

El artículo 9 de dicha Ley establece que los bienes de dominio público de la Federación son inalienables e imprescriptibles, no están sujetos a acción - - reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional mientras no cambie su situación jurídica y no se puede establecer sobre ellos ningún derecho real de

No por la insignificancia de la cuestión, el Estado -- puede permitir que los particulares tomen la justicia por sus -- manos y causen un daño mayor del que se buscaba evitar.

El maestro Lozano, en términos diáfanos, ha señalado - que "establecer como regla general que el hombre tiene derecho - de hacerse justicia por sí mismo, aún en los casos en que eviden- temente la tiene, sería destruir en su base el orden social, sus- tituyendo en su lugar la más espantosa anarquía y en lugar del - imperio de la ley e impió reinado de la fuerza" (1)

---

1. LOZANO, Jose María, "Estudio del Derecho Constitucional Patrio" Editorial Porrúa. México 1980. 3°. edición. pág. 297.

LA DESTRUCCION Y APROPIACION DE ANIMALES  
BRAVIOS Y ENJAMBRES DE ABEJAS

a) Regimen legal

Art. 865 CC "Es lícito a los labradores destruir en cualquier tiempo los animales bravíos o cerriles que perjudiquen sus sementeras o plantaciones".

Art. 870 CC "Es lícito a cualquier persona apropiarse -- los animales bravíos, conforme a los reglamentos respectivos".

Art. 871 CC "Es lícito a cualquier persona apropiarse -- los enjambres que no hayan sido encerrados en colmenas o cuando -- la han abandonado".

Art. 872 CC "No se entiende que las abejas han abandonado la colmena, cuando se han posado en predio propio del dueño, o éste las persigue llevándolas a la vista".

Art. 873 CC. "Los animales feroces que se escaparen del encierro en que los tengan sus dueños podran ser destruídos o capturados por cualquiera. Pero los dueños pueden recuperarlos si indemnizan los daños y perjuicios que hubieren ocasionado".

Art. 874 CC. "La apropiación de los animales domésticos se rige por las disposiciones contenidas en el título de los bienes mostrencos".

b) Referencias históricas

El Derecho romano y las Partidas consideraron a las abejas como animales fieros y que el dueño no perdía la propiedad del enjambre cuando abandonaba la colmena (denec in conspectu est -

nec difficilis ejus persecutio erit ); pero si el dueño dejaba de verlo podía el enjambre pasar a ser del primer ocupante.

c) Destrucción de animales bravíos.

Son animales feroces, apunta Luis Muñoz "los que por -- instinto vagan libremente y no admiten la compañía del hombre, ya sean terrestres, acuáticos o voladores" (1)

Señala Brena Sesma que en el Código Civil "se reconoce el derecho de los labradores a proteger sus plantamientos destruyendo a los animales que les perjudiquen además de este derecho, -- si los animales tienen dueño, este pagará los daños causados". (2)

Además, reconociendo el derecho que toda persona tiene -- de proteger su vida, integridad corporal y bienes, la ley civil -- permite la destrucción de animales feroces que escapen de su encierro, por el peligro que representan.

d) Apropiación de animales

Indican José Gomis y Luis Muñoz, que "como los animales -- domésticos pueden perderse o ser abandonados, la apropiación de -- los mismos se rige por la regla general de la ocupación de los bienes muebles" (3)

De acuerdo con lo señalado en el artículo 874 de la ley -- civil, dicha apropiación se rige por las disposiciones relativas a

- 
1. MUÑOZ, Luis "Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales", Ediciones Lex, México 1946, primera edición, pag. 243.
  2. BRENA SESMA, Ingrid, "Código Civil Comentado", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Ángel Porrúa Librero-Editor, México, 1987, tomo II (de -- los bienes), pág. 60
  3. GOMIS, José y MUÑOZ, Luis "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Editado -- por los autores, México 1943, primera edición, tomo II, (derechos reales), pag.215.

los bienes mostrencos.

Indica Brena Sesma que "es necesario coordinar este artículo con los correspondientes a la Ley Federal de Caza (1952) - que en el artículo 3º. establece: 'Todas las especies de animales silvestres que subsisten libremente en el territorio nacional -- son propiedad de la nación' y sólo el Estado, por medio de sus órganos competentes puede autorizar la caza y la apropiación de sus productos. El artículo 33 de la citada ley tipifica como falta, '- la apropiación de animales salvajes sin el permiso correspondiente'. Debe señalarse que la Ley Federal de Caza de 1952, deroga en sus artículos transitorios 'cualquier otra disposición que se - - oponga a la presente ley'" (1)

e) La destrucción y apropiación de animales bravíos, -- domésticos y enjambres de abejas como forma autodefensiva.

Antes de determinar si la destrucción y apropiación de animales bravíos, domésticos y enjambres de abejas constituyen -- formas autodefensivas, debemos considerar por separado cada una - de estas manifestaciones jurídicas.

Con respecto a la apropiación de dichos animales no podemos señalar que ésto constituya una manifestación autodefensiva, en virtud de lo que establece el artículo 874 del Código Civil, - en el sentido de que la apropiación de dichos animales se rige -- por las reglas generales de los bienes mostrencos, es decir están sujetos a un régimen especial donde la participación de la autoridad judicial es indispensable, por lo que en este caso no nos encontramos en presencia de un caso de justicia por mano propia.

---

1. BRENA SESMA, Ingrid, op. cit. pág. 62.

Con respecto a la destrucción de los animales indicados, debemos distinguir el régimen especial de la caza, el cual por las determinaciones de la Ley Federal de la materia no puede efectuarse sin la debida autorización.

Tratándose del derecho que la ley reconoce de destruir a los animales bravios que les perjudiquen, aún sin previa autorización del dueño, nos encontramos ante una manifestación autodefensiva, donde en virtud del estado de necesidad planteado se sacrifica el interés menor por el interés preferente. En este caso, estamos ante una violación del primer párrafo del artículo 17 -- constitucional que proscribe la autodefensa.

## LEGITIMA DEFENSA

### a) Definición.

Castellanos Tena concibe a la legítima defensa como "la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o -- por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección" (1)

Porte-Petit indica que "es el contraataque (o repulsa)-necesario y proporcional a una agresión injusta, actual, o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando -- haya sido provocada insuficientemente"(2)

### b) Sujetos intervinientes

El número de sujetos, dice Porte-Petit, "es diverso según se trate:

- " 1) Legítima defensa propia
- 2) Legítima defensa a favor de terceros, y
- 3) Defensa en caso de auto-agresión.

1) En el primer caso, son cuando menos dos sujetos:

el injusto agresor y el que se defiende legítimamente.

2) En el segundo, son como mínimo tres sujetos: el -- injusto agresor, el injustamente agredido y el que interviene a favor de este último.

- 
1. CASTELLANOS TENA, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa, México 1981, decimosexta edición, pág. 190.
  2. PORTE-PETIT, CANDAUDAP, Celestino "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal" Editorial Porrúa. México 1957, 3ª. edición, tomo I. pág. 501.

" 3) En el tercer caso, son por lo menos dos sujetos: - el autoagredido y el que interviene a su favor"(1)

c) La legítima defensa en el Derecho positivo mexicano.

El artículo 5 del Código Penal comprende entre las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal la siguiente:

III. "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, re<sup>u</sup>neliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

"PRIMERA. Que el agredido provocó la agresión, dando -- causa inmediata y suficiente para ella;

"SEGUNDA. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

"TERCERA. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y

"CUARTA. Que el daño que iba a causar el agresor era -- fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparando con la que causó la defensa.

" Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare, - en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento, o -- fractura de los cercaños, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de su dependencia, cualquiera que sea el daño -- causado al agresor.

---

1. FORTE-PETIT, CANDAUDAP, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de - Derecho Penal", Editorial Porrúa, México 1987, 3°. edición, tomo I. pág.501.

" Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso y quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tengan la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión".

De la anterior definición se desprenden los siguientes elementos de esta causa de justificación:

### 1. Una agresión

Dice González de la Vega que es "la embestida, el ataque, la actividad injusta, material o moral, que amenaza, pone en peligro o compromete intereses jurídicamente protegidos (vida, integridad corporal, libertad personal, libertad sexual, reputación, bienes patrimoniales, etc)" (1).

Dicha agresión debe reunir la siguientes cualidades:

ACTUAL.- Debe entenderse lo presente, o sea lo que existe en el tiempo de que se habla. Debe ser contemporáneo al acto de la defensa.

VIOLENTA.- Es violento lo que desarrolla fuerza, ímpetu. La agresión impetuosa es la más adecuada para representar un peligro inminente de la lesión. Dice Carranca que "propia mente la idea de agresión o ataque contiene ya la de violencia; pero nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más completamente el ímpetu lesivo" (2)

1. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "El Código Penal Comentado", Editorial Porrúa, México 1982, sexta edición, pag. 79.
2. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México 1976, decimoprimer edición, pag. 419.

SIN DERECHO.- Antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, dice Castellanos, "la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por --- constituir un delito, da lugar a la defensa legítima" (1)

QUE RESULTE UN PELIGRO INMINENTE.- El peligro es la posibilidad de daño o mal; la inminencia indica que ha de ser "de presente", es decir, próximo, inmediato, actual.

2. Reaiga la agresión en ciertos bienes jurídicos:

LA PERSONA.- Se comprende únicamente las físicas.

EL HONOR.- Dice Carranca que comprende "el patrimonio moral y espiritual" (2)

LOS BIENES.- Son todos los de naturaleza patrimonial -- corpórea e incorpórea; también se puede incluir todos los bienes jurídicos, es decir, todos los derechos subjetivos de agresión.

OTRA PERSONA O SUS BIENES.-

3. La reacción de defensa debe ser necesaria y estar dirigida a frustrar la agresión. Esto quiere decir que debe tener las siguientes características:

I. Proporcionalidad entre el hecho agresivo y el hecho defensivo.

II. Carácter inevitable de este último para rechazar la violencia, lo cual implica la contemporaneidad del acto de violencia y del de defensa.

---

1. op. cit., pág. 192

2. op. cit. pág. 411.

d) Presunciones de legítima defensa.

Se da en dos casos:

Penetración violenta o por escalamiento, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o el sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respectos de los que tengan la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

La mayoría de la doctrina entiende que, en ambos casos, se trata de una presunción juris tantum (admite prueba en contrario).

e) Exceso en la defensa

Art. 16 C.P. "Al que se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento en un deber, ejercicio de un derecho u obediencia jerárquica a que se refieren las fracciones III, IV, V y VII del artículo 15, será penado como delincente por imprudencia".

El caso de exceso en la legítima defensa se limita al supuesto en que, integrados todos los requisitos de la misma, por los hechos se demuestre cualquiera de estas dos circunstancias:

I. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa.

II. Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

Así pues, opina González de la Vega, "el exceso en la -

legítima defensa es antijurídico. La racionalidad del medio, la reparabilidad del daño o su poca importancia son valores que el juez debe prudentemente medir en los conflictos de defensa, no sólo desde el punto de vista objetivo, sino adentrándose en el ánimo subjetivo del que se defiende, pues en ocasiones la perturbación psíquica que causa la agresión injusta, impide a la gente darse cuenta exactamente de la proporcionalidad de sus acciones. Se recomienda una valoración subjetiva de los partícipes, atendiendo, por tanto, a la personalidad del agresor y del que se defiende" (1)

f) Problemática de la defensa legítima.

No siempre, en la vida real, se produce una conducta lisa y llanamente repulsiva de una injusta agresión; a veces el cuadro se complica y las soluciones constituyen verdaderos problemas. Dichas situaciones son:

1. Riña en legítima defensa. La primera excluye a la segunda.

2. Legítima defensa contra exceso en la legítima defensa. Sólo puede presentarse cuando el exceso sea tal, que no pueda pensarse como causada inmediatamente, insuficientemente por el primer atacante.

3. Legítima defensa recíproca. No es factible en virtud de que alguno debe ser agresor.

4. Legítima defensa del inimputable. Partiendo de la naturaleza objetiva de la antijuricidad, es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe ser val

rada objetivamente y dársele, en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se reple.

5. Legítima defensa contra inimputables. Es factible -- que opere la defensa legítima.

g) Jurisprudencia y tesis definidas.

La S.C.J. ha sustentado varias tesis que nos permiten - definir más claramente la procedencia de la legítima defensa en - nuestro derecho, de los que transcribimos algunas:

LEGITIMA DEFENSA, AGRESION Y FUERZA FISICA IRRESISTIBLE EN LA. Si de autos no aparece comprobada la existencia de la agre<sup>u</sup>sión que se atribuye a la víctima, carece de aplicación la exclu<sup>u</sup>yente de legítima defensa. Así mismo, la fuerza irresistible a -- que se refiere la ley, necesariamente debe ser física y de tal mo<sup>u</sup>do fuerte que supere a la voluntad del sujeto al grado de produ<sup>u</sup>cir su irresponsabilidad.

Quinta Epoca.- Tomo CXXVIII, pág. 290. A.D. 171/56.

LEGITIMA DEFENSA, CONCEPTO DE AGRESION. Para los efec<sup>u</sup>tos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agre<sup>u</sup>sión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza<sup>u</sup> lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace<sup>u</sup> necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la re<sup>u</sup>chaza.

Sexta Epoca, segunda parte: Vol. XVI, pág. 161, A.D. -- 5966/57. Vol. XVI, pág. 162. A.D. 2223/58. Vol. XXIX, pág. 47.A.D. 849/59. Vol. XXXIII, pág. 63. A.D. 357/60 Vol. XXXIX pág. 82.A.D. 4772/60.

LEGITIMA DEFENSA E INJURIA. Las solas injurias no con<sup>u</sup>figuran agresión con las características señaladas por la ley pa<sup>u</sup>

ra la integración de la eximente de legítima defensa.

Sexta Epoca, segunda parte. vol. I. pág. 77 A.D. 4169/55. vol. V pág. 88 A.D. 7437/56. vol. V pág. 89 A.D. 5455/57. vol. XIV, pág. 255 A.D. 6136/57. vol. XXV, pág. 69 A.D. 7811/58.

LEGITIMA DEFENSA DE UN TERCERO Y RIRA. No puede hablar se de legítima defensa de terceros, si el propio inculcado expresa que cuando intervino en los hechos ya su amigo estaba lesionado y por lo tanto no hubo evitación sino que el acusado intervino en una contienda de obra que sostenía su amigo con un grupo de individuos.

Sexta Epoca, segunda parte. Vol. XXII, pag. 132 A.D.--7615/58.

LEGITIMA DEFENSA. Los tribunales no pueden tomar en cuenta dicha excluyente si no se comprueba debidamente en autos y menos aún si en contra existe el dicho de lo ofendido, pues en tal caso, se encuentran equilibradas y contradichas las presunciones derivadas de las declaraciones de los protagonistas por ausencia de otros datos, y es motivo para presumir la culpabilidad del acusado, el que se haya sustraído por algún tiempo a la acción de la justicia y no se hubiera presentado a las autoridades, para demostrar con los medios pertinentes, que había obrado en legítima defensa.

Quinta Epoca. Tomo LXXII, pág. 3052.

h) La legítima defensa como forma autodefensiva.

Como en ningún caso de los que hasta ahora hemos estudiado, la legítima defensa se manifiesta como el ejemplo típico de la autodefensa: en ella hay un conjunto de intereses perfectamente determinados que necesariamente va a terminar con el sacrificio de un interés por el de otro.

Diversas tesis han tratado de explicar la razón de ser de esta figura:(1)

1. Algunas opinan que es injusta porque ninguna necesidad puede ser capaz de mudar lo injusto en justo, pero, al mismo tiempo, es impune porque la ley no puede proteger eficazmente al agredido, ante la inminencia de la agresión (Kant, Feuerbach).

2. Por la coalición de intereses que no pueden coexistir, otros autores sostienen que el Estado sacrifica, en tales casos, el interés menos importante o más débil, que es el del agresor injusto, para mantener el del injustamente agredido (Buri, -- Stammler).

3. Ihering afirma que es un derecho y un deber, porque el sujeto existe para sí mismo y para el mundo.

4. Es legítima en sí misma porque no es antijurídica, no ofende al derecho, ya que representa la reacción contra la lesión inminente al derecho.

Otra tesis, sostenida entre otros por Ferri, Florian, - señala que la legítima defensa tiene carácter jurídico y social - de los motivos y por la calidad del fin que se propuso el agente, quien no es temible, pues todo lo que busca es defender.

En resumen, dice Carranca, "que tanto por la necesidad como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por -- sus motivos y fin, como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente, la defensa privada se legitima suficientemente"(2)

---

1. Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, "Derecho Penal Mexicano", pág. 409.

2. Ídem.

Coincidimos con el maestro Carranca en el sentido de -- que la legítima defensa se legitima por sí misma. Lo ideal sería que el Estado pudiera estar presente en todos los casos en que se busque someter, injustamente, un interés; pero pretender un Estado onnímodo es ilusorio y quizá, hasta monstruoso, en virtud de la enorme intromisión que ésto generaría en la esfera individual del gobernado.

Consideramos que de todas las formas autodefensivas que venimos analizando la legítima defensa nunca llegará a desaparecer, en virtud de la constante inseguridad en que vivimos.

De tal manera, es indudable que el ejercicio de la legítima defensa es autodefensiva y, por tanto las disposiciones del Código Penal que la autorizan, son violatorias del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

## ESTADO DE NECESIDAD

### a) Definición

Indica Porte-Petit que "estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley" (1)

Rafael de Pina dice que "es la situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no -- queda otro remedio que la violación del interés del otro, jurídicamente protegidas" (2)

Por otra parte, la jurisprudencia lo ha definido de conformidad con la siguiente tesis.

ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad como excluyente presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda -- subsistir el otro.

Sexta Epoca Segunda parte:

Vol. III pág. 78. A.D. 4050/56 Ricardo López Hernández.

### Unanimidad de 4 Votos

Vol. XXIV Pág. 50 A.C. 1866/57 José María Mejares Morales, 4 votos.

1. PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", pág. 431.
2. PINA, Rafael de y PINA VAPA, Rafael de "Diccionario de Derecho", pág. 257.

Vol XXV pág. 51 A.D. 2758/59 Pedro Hernández Vicente. 5 votos.

Vol XXVII pág. 49 A.D. 3685/58. José Gonzalo Chan Rosado y coags. 4 votos.

Vol. XLI pág. 31 A.D. 5613/60 segundo Moreno Isla 4 votos.

b) Naturaleza jurídica.

Existen dos tesis para fijar la naturaleza del estado - necesidad, a saber:

1. Criterio unitario

Dentro de esta corriente hay quienes señalan que se trata de una causa de justificación y otros que señalan que es una causa de inculpabilidad.

2. Criterio dualista

Dentro de esta postura se señala que únicamente se habrá a qué aspecto negativo del delito pertenece el estado de necesidad al saber el valor de los bienes en conflicto. De tal manera podemos señalar lo siguiente:

<u>BIENES EN CONFLICTO</u>		<u>RESULTADO</u>
Mayor valor	Menor valor	causa de justificación
igual valor		causa de inculpabilidad
Menor valor	Mayor valor	conducta delictiva.

c) El estado de necesidad en la legislación mexicana.

Art. 15 C.P. "Son circunstancias excluyentes de respon

sabilidad penal:

IV "La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. No se considerará que obra en estado de necesidad, aquél que por su empleo o cargo tenga el deber de sufrir el peligro".

De la anterior disposición se desprenden los siguientes supuestos jurídicos:

1. Un peligro. Es la posibilidad de sufrir un mal. Debe reunir las siguientes características:

REAL. Debe estar apoyado en hechos exteriores que lo confirmen.

GRAVE. De amenaza seria e importante, lo que deberá valorarse en función del sujeto intimidado.

INMINENTE Es lo que amenaza o está por suceder.

2. El peligro debe recaer sobre bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida y los bienes, ya sean propios o ajenos.

3. Un ataque por parte de quién se encuentra en el estado necesario. Debe existir necesidad en el sacrificio de los bienes jurídicos ajenos.

4. Ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

5. Este peligro no debe haber sido provocado dolosamente.

6. Que no se tenga el deber jurídico de afrontar dicho peligro.

d) Diferencia con la legítima defensa

A primera vista, el estado de necesidad puede llegar a confundirse con la legítima defensa sin embargo, podemos señalar las siguientes diferencias manifiestas entre ambas figuras: (1)

1. En el estado de necesidad, existe una colisión entre intereses legítimos, y en la legítima defensa, una colisión entre un interés legítimo y otro ilegítimo.

2. En la legítima defensa, uno repele la agresión, y el otro, agrede ilegítimamente, o sea, que hay una repulsa por parte del agredido, en tanto que en el estado de necesidad se dice - hay "una acción", puesto que los dos son intereses legítimos.

3. En el estado de necesidad son sujetos inocentes que luchan por salvar un bien puesto en peligro, y en la legítima defensa, hay un sólo inocente: el injustamente agredido.

4. En el estado de necesidad se trata de evitar un peligro, originado por terceros, o por causas sub-humanas: naturaleza o animales, observándose que en la legítima defensa, el peligro surge por el agresor y no por un tercero, ni por fuerzas sub-humanas.

5. En la legítima defensa se debe obrar siempre contra un sujeto (agresor), mientras que en el estado de necesidad, se puede obrar sobre una cosa o animal.

---

1. Cfr PORIL-PETIT, Celestino "Apuntamientos...." pág. 437.

e) El estado de necesidad como forma autodefensiva.

Nos encontramos ante un caso típico de autodefensa: el estado de necesidad.

Cuando por el conflicto de intereses, manifestado por uno preferente o de mayor valor, como es el caso del robo de fámélico, o de igual valor, como es el típico caso de los naufragos, se sacrifica uno de ellos para que prevalezca el otro, nos encontramos ante un caso de autotutela.

En vista de esto, el estado de necesidad se manifiesta como forma autodefensiva y las disposiciones que lo autorizan violan el artículo 17 constitucional que por su defectuosa redacción, no admite excepción alguna a la prohibición a la autodefensa.

Empero, sería ilógico que negáramos la validez de esta figura. Hegel indica que "el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es de la propia vida. No permitible poner a salvo su vida, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos" (1).

En el conflicto entre dos intereses que se reputan legítimos, el derecho tiene que dar una solución válida, la cual -- debe tender a la salvación de uno y no a la pérdida de dos, cuando por razón de dicho conflicto, se hace necesario el sacrificio de una de ellas.

Concluimos indicando que la autorización al estado de necesidad choca con la disposición constitucional que señalamos anteriormente, por lo que nos manifestamos por la necesaria reforma del precepto de la ley fundamento en cuestión.

---

1. citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa, México 1981, decimosexta edición, pág. 204.

## ROBO DE FAMILICO

### a) Definición.

Art. 379 Código Penal "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

### b) Naturaleza jurídica del robo de famélico

Dentro de la doctrina mexicana se han formulado diversas posturas respecto a la naturaleza jurídica de la figura que estamos tratando. Trateremos de resumirlas en los siguientes términos:

#### 1. Que se trata de una causa de justificación

Señala Porte-Petit que "es evidente, que el robo necesario constituye una causa de licitud, a virtud de que estamos frente al principio del interés preponderante, ya que se encuentran en colisión dos bienes de desigual valor: una por parte, de la vida o la salud personal y por otra, el patrimonio, debiendo sacrificarse éste último, por ser el de menor valor" (1)

#### 2. Que se trata de una causa de inimputabilidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, que "para que exista la causa de inimputabilidad de estado de necesidad, se requiere no sólo que el robo se cometa sin engaños y sin violencias, sino que se ejecute una sola vez y que el apoderamiento sea

---

1. PORTE-PETIT CANDAUDAP, Celestino, "Robo Simple, Tipo Fundamental, Simple o Básico", Editorial Porrúa, México 1989, segunda edición, pág. 101.

de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento, lo cual no ocurre si el propio inculpaado reconoce que no cometió un solo apoderamiento de dinero del ofendido, sino que lo hizo en repetidas -- ocasiones, hasta que fue descubierto".

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo C. pág. 1221.

### 3. Que se trata de una ausencia de conducta

" La fracción I del artículo 15 del Código Penal aplicable, se contrae a aquellos casos en que el autor de una infracción obra al impulso de una fuerza física exterior irresistible, y la simple lectura de dicho dispositivo legal pone de manifiesto que no comprende todos los casos de necesidad o de apuro económico. Esa condición, sin constituir en el terreno doctrinario una-excluyente de responsabilidad propiamente dicha, puede volver -- irreprimiblemente el robo, siempre que se acrediten los extremos previstos por el artículo 379 del ordenamiento represivo en consulta, al establecer que no se castigará a quien, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera, una sola vez, de los objetos estrictamente indispensables, para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, y en modo alguno puede estimarse que el abigeato que perpetraron los acusados, satisfaga los requisitos del invocado dispositivo, si es obvio que la cosa robada no puede estimarse como objeto estrictamente indispensable para satisfacer necesidades personales o familiares del momento".

Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, tomo CVII, pags. 1178-1179.

### 4. Que se trata de una excusa absolutoria.

Dice Carranca y Trujillo que "el artículo comentado tipifica el robo de indigente, el cual está beneficiado al conside-

rario como una excusa absolutoria" (1)

Indica Carranca y Rivas que "el problema bien se podría reducir a una pregunta: ¿ qué es lo que quiso el legislador? -- ¿ Decirnos- acaso- que no castiga al ladrón porque en el conflicto de bienes desiguales debe preferirse el sacrificio de la propiedad en aras de la vida del hambriento? ¿ o decirnos que aunque hay delito, que aunque se reúnen todos los elementos positivos -- del mismo, la utilidad social funda ampliamente la impunidad del primer robo? o sea, que por utilidad social no se castiga, ya que es la primera vez que se está en la situación del precepto, no se emplean engaño ni medios violentos y se roban aquellos objetos -- estrictamente indispensables para satisfacer necesidades propias o familiares, cuyo imperio momentáneo representa peligro de perecer.

"Nos parece evidente lo segundo, sobre todo si recordamos que la idea de fondo es altamente filosófica: se trata de una necesaria y mejor repartición de la riqueza..." (2).

#### Opinión personal

En nuestro personal punto de vista, la tesis que nos parece más acertada es la que asimila al robo de familiar como una causa de justificación.

No es admisible sostener que se trata de una causa de inimputabilidad en razón de que ésta se refiere a una falta de -- capacidad para realizar la conducta típica, lo que en el caso que nos ocupa es inaceptable.

1. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, "Codigo Penal Anotado", Editorial Porrúa, México 1989, decimocuarta edición, pág. 854.

2. op. cit. pág. 855.

Tampoco es correcto señalar que nos encontramos ante una ausencia de conducta, es decir, ante una falta de voluntad del agente activo del delito, ya que es evidente su deseo de obrar de esa manera.

Discrepamos del señalamiento de que el robo de familiar es una excusa absolutoria, elemento negativo de la punibilidad, en razón de que consideramos que antes de que el delito se configure opera una causa de justificación, es decir, el estado de necesidad. Señalar lo contrario, sería indicar que en el robo de familiar la conducta realizada sería antijurídica, lo que consideramos inadmisibles.

#### c) Requisitos legales

Los requisitos que se desprenden del artículo 379, son:

1. Apoderamiento
2. Por una sola vez.

Dice González de la Vega que "la realidad de los hechos desmiente el optimismo del legislador, pues es indudable que el estado de hambre o el de necesidad, manifestaciones del instinto de conservación, no se remedian en muchos casos con el apoderamiento singular de los elementos estrictamente indispensables. -- ¿Qué razón existe, si se repiten las condiciones de verdadera necesidad, para no justificar un segundo o tercer robo? (1)

3. Objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

---

1. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano, los delitos", Editorial Porrúa, México 1982, Cincioctava edición, págs. 215 y 216.

El maestro Jiménez Huerta indica que la expresión "necesidades personales o familiares", "son aquéllas que, de no satisfacerse, afectan a la vida o a la salud de la persona que realiza el apoderamiento o las de sus familiares, como las que engendran el hambre, la sed, el frío, la miseria y la enfermedad" (1)

#### 4. Sin emplear engaño ni medios violentos

En verdad, dice Porte-Petit, "dada la naturaleza del robo "necesario" como estado de necesidad, es inexplicable la exigencia legal de que el apoderamiento se efectúe sin emplear violencia ni engaño. ¿Cómo va a admitirse que estando en peligro la vida o la salud personal se sancione el apoderamiento 'de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer necesidades -- personales o familiares del momento' porque fueron empleados el engaño o medios violentos" (2)

#### Importancia del robo de familiar

Consideramos, al igual que la mayoría de la doctrina, -- que no tuvo razón de ser la inclusión en el Código Penal de un caso especial de estado de necesidad, cuando ya existe la regulación general de la fracción IV del artículo 15 del Código a que hacemos referencia.

Dice el maestro Porte-Petit que "existiendo la fracción IV del artículo 15 y el artículo 379 del Código Penal y refiriéndose ambas hipótesis al estado de necesidad, nos encontramos ante un caso de concurrencia de normas incompatibles entre sí, general una: fracción IV del artículo 15, y especial, la otra: el artículo 379, aplicándose ésta última, de acuerdo con el principio de especialidad" (3)

1. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano "Derecho Penal Mexicano, la tutela penal del patrimonio", Editorial Porrúa, México 1985, tomo IV. págs. 54 y 55.
2. PORTE-PETIT CANDAUDAP, Celestino, "Robo simple...", pág. 108.
3. Idem.

d) El robo de familiar como forma autodefensiva.

Como ya apuntamos respecto a los casos de estado de necesidad a que nos hemos referido anteriormente, la exclusión de un interés ajeno por otro que se considera preponderante, realizada por el agente titular de dicho interés, resulta, sin lugar a dudas, una forma autodefensiva.

En el caso particular del robo de familiar, cuya reglamentación no es conveniente por lo que señalamos en el inciso anterior de este estudio, la manifestación autotutelar es evidente por lo que no nos cabe duda que se trata de una excepción al primer párrafo del artículo 17 constitucional.

En un estado ideal de cosas, esta figura debería desaparecer de los ordenamientos punitivos, pero no podemos desconocer la realidad lacerante en que vivimos, donde la miseria y la desesperación envuelve, en mayor medida, a un gran número de personas, lo que las obliga, en muchísimos casos, a adecuarse a la conducta típica a que se refiere el artículo 379 del Código de la materia.

En México se ha implementado un Programa Nacional de Combate a la Pobreza, en el cual confiamos todos, que busca aliviar las situaciones extremas en que se encuentran muchos mexicanos.

## ABORTO TERAPEUTICO

### a) Definición.

Indica Porte-Petit que "es la muerte del producto de la concepción para evitar la muerte o la alteración de la salud personal de la mujer embarazada"(1)

Art. 334 CP "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a -- juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro -- médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demo- -- ra".

### b) Naturaleza jurídica

El aborto terapéutico, como causa especial de justificación del delito de aborto por un estado de necesidad, deriva de un conflicto entre dos distintos intereses protegidos ambos por el De recho: la vida de la madre y la vida del ser en formación.

Señala el maestro González de la Vega que "cuando la embarazada víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación, como ciertas formas de la tuberculosis, -- vómitos incoercibles, afecciones cardíacas o males renales, se encuentra en peligro de perecer de no provocarse un aborto médico -- artificial con sacrificio del embrión o del feto, la ley mexicana -- resuelve el conflicto autorizando al médico para que, a su juicio, y oyendo el dictamen de otro facultativo, siempre que- - - -

---

1. PORTE-PETIT, CANDAUDAP, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Editorial Porrúa, México 1977, tomo I, pág. 457.

esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, provoque el aborto" (1)

### c) Requisitos legales

De la simple lectura del artículo 334 del Código Penal se desprenden los siguientes requisitos para que opere el aborto terapéutico:

#### 1. La existencia de un peligro de muerte

En el aborto terapéutico existe un verdadero estado de necesidad, un conflicto de bienes de valor desigual, un bien de mayor valor, la vida de la madre, fruto ya logrado, ser con vida-conciente, vida con honda eficacia sobre otras vidas, y un bien de menor valor, vida inconsciente, una mente fisiológica, vida que no anima a un ser humano propiamente dicho, sino a una esperanza de él, siendo la solución jurídica del conflicto el sacrificio -- del bien menor.

En nuestra opinión, el aborto terapéutico no debe limitarse a aquellos casos en que exista peligro real de muerte para la madre. ¿Qué sucede en aquellos casos en que la salud personal que la madre corre grave peligro, tales como parálisis, mal formaciones, etc.? De acuerdo a lo que establece la ley, en estos casos no opera esta causa de justificación, lo que consideramos un grave error, ya que en estos casos el conflicto se mantiene entre bienes de desigual valor.

#### 2. A juicio del médico que la asista

La Ley concede la facultad al médico de resolver sobre el conflicto de intereses. El es la suprema autoridad del momento, por ser la persona más idónea para resolver dicho conflicto.

1. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano (los delitos)", Editorial Porrúa, México 1972, decimoctava edición, pág. 135.

Inquietante problema, dice el maestro Jiménez Huerta, - "surge cuando el que interviene en el conflicto no es un médico - pero sí otro facultativo- comadrón o partera- que posee los conocimientos terapéuticos y la técnica precisa para provocar el aborto. No obstante que el artículo 334 en exámen faculta exclusivamente al médico para intervenir en estos conflictos entre dos vidas humanas, a juicio nuestro, también esos otros facultativos,-- en ausencia de médico pueden intervenir para solucionar la situación de necesidad creada. Y esta solución halla debido fundamento en una interpretación extensiva in bonam partem del artículo 334 favorecida por la circunstancia de que el artículo 331 parifica - al comadrón o partera con el médico para gravar la responsabilidad de aquéllos cuando causaren el aborto"(1)

3. Oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que - esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

Dice Jiménez Huerta que "como super garantía frente a posibles errores o abusos, exige también que cuando fuere acertado y no hubiere peligro en la demora, aquél oiga el dictamen de otro -- médico"(2)

4. Prescindiendo del consentimiento de la embarazada.

Demandar el consentimiento de los padres para practicar el aborto necesario es exagerado. El desmedido amor maternal puede hacer que la madre prefiera morir ella a que impida el nacimiento de su hijo. Nadie pone en duda, dice Porte-Petit, "que - - - - -"

1. JIMÉNEZ HUEFTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano, la tutela penal de la vida e integridad humana", Editorial Porrúa, México 1984, tomo II, sexta edición- pág. 195.
2. Ídem.

pueden originarse abusos prescindiendo del consentimiento de la embarazada, pero serían tal vez mayores, de exigirse el consentimiento, sobre todo, considerando que tal consentimiento no podría presentarse en virtud de las circunstancias especiales en que se encontrará la mujer embarazada"(1)

d) Innecesaria regulación del aborto terapéutico.

Siendo el aborto terapéutico un caso especial del estado de necesidad, no tiene razón de ser el que se le haya dado una regulación específica cuando ya existe la norma general para este tipo de situaciones, es decir, la fracción IV del artículo 15 del Código Penal.

e) El aborto terapéutico como forma autodefensiva.

Como dijimos al iniciar este capítulo, es nuestro objetivo analizar los casos que, según Alcalá-Zamora y que acepta la mayoría de la doctrina, constituyen excepciones al primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Respecto al aborto terapéutico, consideramos que el autor citado se encuentra en un error: aunque en él haya un conflicto de intereses claramente manifestado, es decir, entre la vida de la madre y la vida del ser en formación, la decisión sobre el mismo no recae, al menos en el medio jurídico mexicano, en ninguna de las partes en litigio, ya que el producto en gestación, por obvias razones, no puede emitir una declaración de voluntad, y el consentimiento de la madre no es requisito esencial para el ordenamiento del Código de la materia.

---

1. PORTE-PLITT, Celestino, "Apuntamientos...", pág. 458.

La decisión, según manifestación de la ley, recae en un tercero imparcial, el médico, única persona capacitada por sus -- conocimientos técnicos para resolver el conflicto de intereses, -- convirtiéndose por disposición expresa, en órgano accidental de -- administración de justicia.

En relación con lo anterior, concluimos que la regula-- ción del aborto terapéutico no constituye violación al primer -- párrafo del artículo 17 constitucional que proscribe la autodefensa.

## ABORTO POR CAUSA DE VIOLACION

### a) Definición.

Art. 333 CP "No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación".

### b) Naturaleza jurídica.

Es de interés precisar a qué aspecto negativo del delito corresponde el aborto causado cuando el embarazo sea resultado de una violación, porque, como acertadamente expresa Jiménez Huerta, "no es fácil fijar la verdadera naturaleza jurídica de la exención de pena establecida en el artículo 333" (1)

Hay cuatro corrientes a este respecto: (2)

#### 1.- Es una causa de justificación.

Dentro de esta postura hay dos subdivisiones:

I. Es un estado de necesidad. Dice que el delito está excusado por el estado de necesidad, en virtud de que salva el honor sexual de la mujer víctima de la violencia carnal.

II. Es el ejercicio de un derecho. Indica que el aborto perpetrado sobre mujer embarazada a consecuencia de una violación, cuando se efectúa dentro de los cauces naturales que se derivan de

1. JIMENEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano, la tutela penal de la vida e integridad humana", Editorial Porrúa, México 1984, sexta edición, pág. 196.
2. Cfr. FORTIL-FEYIT CANDALDAS, Celestino, "Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal", Editorial Porrúa, México 1985, 8ª edición, p. 414.

la recta interpretación del orden jurídico, implica el ejercicio de un derecho.

2.- Es una causa de inculpabilidad.

Considera al aborto por causa de una violación como una - causa de inculpabilidad, en razón de la no exigibilidad de otra conducta.

3.- Es una excusa absolutoria.

Señala esta postura que el aborto aludido origina una excusa absolutoria, lo que equivale a admitir que existe un hecho, típico, imputable al autor, antijurídico y culpable, pero no punible, por motivos de política criminal.

4.- Incrimina como delito tal especie de aborto.

Sostienen los defensores de esta tesis que no debe permitirse a la madre el atentar contra la vida del producto de la concepción, sólo porque es víctima de una violación.

Opinión personal.

El aborto por causa de violación, pensamos nosotros, se encuadra dentro del campo del ejercicio de un derecho.

Creemos que la madre, víctima de una violación, no puede ser obligada a concebir al hijo no deseado, el cuál le ha sido impuesto mediante un antijurídico ataque a su libertad sexual.

El artículo 4 constitucional establece que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

No queremos dar a entender con esto que nos pronunciamos

a favor del aborto en general; únicamente indicamos el derecho de la madre a decidir sobre si se embaraza o no, y en es este caso, tal derecho es trasgredido.

c) Requisitos legales.

En contra o sin la voluntad de la victima de la violación no es lícito el aborto. Se desprende de lo anterior que la justificante en cuestión no puede entrar en juego en el aborto sufrido. La mujer embarazada, apunta Jiménez Huerta, "que voluntariamente procura su aborto y la mujer que en tales circunstancias consiente en que otro la haga abortar, están amparadas por la exención del artículo 333. Los partícipes, en el primer caso, y el ejecutor, en el segundo, están asimismo exentos de pena, pues sus respectivas conductas discurren también por el cauce legítimo que brota de la libre voluntad de la mujer" (1)

No es indispensable que la violación sufrida por la mujer conste acreditada en una sentencia previa. Estas violencias, según Jiménez Huerta, "pueden quedar provadas en las diligencias de Policía Judicial o en el proceso incoado para el esclarecimiento del aborto, del mismo modo que cualquiera de los demás hechos que fundamentan el ejercicio de un derecho" (2)

d) El aborto por causa de violación como forma autodefensiva.

A diferencia del aborto terapéutico, consideramos que el aborto por causa de violación es una figura típicamente autodefensiva.

1. JIMENEZ HUERTA, Mariano, "la tutela penal...", pág. 198.
2. Iden.

En esta forma de aborto, el consentimiento de la madre, - una de las partes en conflicto, es esencial para que este se configure, ya que de no existir tal consentimiento, nos encontraríamos\_ ante un caso de aborto punible.

En relación con lo anterior, indicamos que tal como se - encuentra redactado el primer párrafo del artículo 17 constitucio- nal, la autorización al aborto tema de este apartado es violatoria del mismo, por constituir un caso de justicia por mano propia.

Empero, no podemos por ello negar el derecho que tiene - la mujer sobre su libertad sexual y sobre si se embaraza o no. Con- sideramos que la disposición del Código de la materia es adecuada, en virtud de lo que ya hemos expuesto y, además, porque de de por\_ si es ya sumamente difícil para la mujer el tener que soportar el\_ acto antijurídico de violación, para que todavía la ley la oblique a cargar con una maternidad no deseada.

HOMICIDIO O LESIONES POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL O POR CORRUPCION  
DEL DESCENDIENTE

a) Definición.

Art. 310 C.P. "Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o - - próximo a su consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.

Art. 311 C.P. "Se impondrán de tres días a tres años de prisión al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que está bajo su potestad, si lo hiciera en el momento de hallarlo en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro".

b) Naturaleza jurídica.

Diversos criterios se han sustentado sobre la naturaleza jurídica de este tipo de figuras. Resumamos las más importantes:

Dicen los que sostienen esta postura, que las figuras-- en cuestión no son antijurídicas, en virtud de que tienen una causa de justificación, es decir, la legítima defensa del honor.

2. Se trata de una excusa absolutoria.

La ley, por razones de política criminal, no reprime --

estos hechos punibles. Los redactores del Código Penal de 1871 - se adhirieron a esta postura.

### 3. Se trata de una ausencia de conducta

Sostiene este criterio que la ley no debe punir estas-  
figuras, en virtud del trastorno mental que sufre el agente acti-  
vo del delito, lo que le impide razonar sobre el acto que va a -  
cometer.

#### Opinión personal

Consideramos que la solución que da el Código vigente--  
es la adecuada, es decir, la de darle al homicidio o lesiones por  
infidelidad matrimonial o por corrupción del descendiente un ca--  
rácter atenuante respecto al homicidio o lesiones simples, de tal  
manera que los considera hechos, típicos, antijurídicos, culpa- -  
bles y punibles, pero por razones especiales, la pena disminuye.

#### c) Requisitos legales

Para que opere la atenuación deben concurrir los si- -  
guientes requisitos:

1. Que el autor sorprenda a su cónyuge o al corruptor--  
de su descendiente.

La actitud de sorpresa implica para el sujeto, la reve-  
lación repentina de un acto inesperado para él. El maestro Fran-  
co Guzmán indica que dicha disposición debe interpretarse como -  
"sorprendiéndose", es decir, el acto de conmoverse o maravillarse  
por algo imprevisto, raro o incomprensible. (1)

---

1. FRANCO GUZMAN, Ricardo, "Apuntes de un Curso de Derecho Penal II", UNAM, --

Interesante cuestión se plantea en el caso de la concubina o la amasia. De acuerdo con el texto del artículo 310 dicha atenuación sólo opera en el caso de que exista un vínculo matrimonial entre el agente activo y su víctima. Sin embargo, consideramos que en el caso descrito anteriormente opera la excluyente de responsabilidad contenida en el artículo 15, fracción II, del Código Penal que a la letra dice:

"Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, ... por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio"

### 2. Acto carnal o próximo a su consumación

Aquí, dice González de la Vega, "dada la índole moral de la atenuación, por acto carnal se entiende tanto el coito normal como las cópulas contra natura, en vasos no idóneos para el coito.

" Los actos próximos a la consumación, pueden ser los preparatorios anteriores, y los posteriores ligados a su ejecución; pero uno y otros deben mostrar, evidentemente su relación inmediata con el ayuntamiento" (1)

### 3. Ausencia de premeditación

La premeditación destruye la actitud de sorpresa

d) Caso especial del artículo 311.

Dicha disposición no contiene atenuación de pena para--

---

1. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "El Código Penal Comentado" Editorial Porrúa, México 1982, sexta edición, pág. 366.

el caso de que el agente activo cometa el delito sobre la persona del descendiente. Respecto a esto, hay dos corrientes:

1. Las que lo consideran adecuado.

Dice González de la Vega que "la atenuación de las penas en consideración a la excitación del ánimo por la extrema injuria, es aplicable contra el corruptor pero nunca contra la víctima de la corrupción; lo contrario nos parece inhumano resabio del derecho de vida o muerte del pater, aún sobre familiares víctimas de acciones injustas" (1)

2. Las que lo consideran un error.

Si la ratio de la disposición en cuestión radica en el dolor y la profunda emoción, dice Jiménez Huerta, "es obvio que, precisamente, debido al estado de turbación psíquica en que se halla no puede razonar, calcular y discificar el alcance de su reacción violenta" (2)

En nuestra opinión, la tesis sostenida por el maestro Jiménez Huerta es la correcta, es decir, en señalar el error en que se haya la disposición contenida en el artículo 311 negando que el descendiente pueda ser sujeto pasivo del delito. Consideramos que los términos con que se expresa el autor citado son tan claros que podemos prescindir de comentario alguno.

e) El homicidio o lesiones por infidelidad conyugal o por corrupción del descendiente como forma autodefensiva.

La mínima penalidad de dichas figuras delictivas se debe al estado de irreflexión en que se encuentra el agente activo del delito y no a un reconocimiento del derecho de venganza que -

1. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", pág. 56

2. JIMENEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano" tomo II, pág. 94.

pueda tener el afectado sobre sus víctimas por parte del legislador, lo que nos hace indicar que es correcta la disposición en cuestión.

En relación con lo anterior, debemos señalar que la disposición contenida en el artículo 979 del Código Penal de 1929 que a la letra decía: "No se impondrá sanción alguna: al que sorprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en un acto próximo a su consumación mate a cualquiera de los adúlteros o a ambos; salvo en caso de que el matador haya sido condenado antes como reo de adulterio, por acusación de su cónyuge, o como responsable de algún homicidio o delito de lesiones. En éstos últimos casos, se impondrán al homicida cinco años de segregación", era eminentemente violatoria del primer párrafo del artículo 17 constitucional, en virtud de que permitía a los particulares, sustituyendo al Estado en su función pública de administrar justicia, un derecho de venganza hasta el punto de consumir la muerte de sus ofensores.

El Código Penal vigente, a diferencia de su antecesor, no concede ejercicio de jurisdicción a los particulares, sino que únicamente atenúa una penalidad en virtud del trastorno mental en el que se halla el ofensor, por lo que concluimos que en México, la autorización a la llamada defensa del honor no es violatoria de lo que establece el artículo 17 constitucional donde prohíbe que nadie se haga justicia por mano propia.

## EL DUELO

### a) Definición.

Jiménez Huerta afirma que "es el combate entre dos personas efectuado a consecuencia del desafío o reto que una de -- ellas hace a la otra, previa elección de las armas, fijación de -- su empleo y reglamentación de las demás condiciones del combate-- por padrinos bilateralmente designados, que asisten al encuentro para dirigir el mismo y garantizar el exacto cumplimiento de las condiciones pactadas" (1)

Señala González de la Vega que "cualquiera que sea la-- definición concreta que del duelo se plantee, encontramos en este combate las siguientes características esenciales: la mutua premeditación, derivada del reto que uno de los protagonistas hace -- al otro, y de la aceptación de éste; el mutuo consentimiento en -- las condiciones del combate, tales como especie de armas, forma -- de su uso, lugar y hora y reglamentación general de la contienda, todo lo cual se establece directamente por los duelistas o por -- medio de sus representantes, llamados padrinos o testigos" (2)

### b) Antecedentes históricos

Podemos señalar como antecedentes históricos de esta -- práctica: el duelo adivinatorio de los germanos, el duelo judi- -- ciario, el torneo, el duelo caballeresco francés, etc. En México,

- 
1. JIMENEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano, la tutela penal de la vida y la integridad humana", Editorial Porrúa México 1984, sexta edición, tomo-- II, pág. 74.
  2. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano (los delitos), Edi-- torial Porrúa, México 1982, decimoctava edición, págs. 63 y 64.

salvo los brotes esporádicos del duelo dentro de la época de nuestro liberalismo puro, su práctica ha sido casi inusitada.

c) Naturaleza jurídica

Se encuentra dividida la doctrina sobre el sistema que debe adoptar la ley para la prevención y la represión del duelo. Son dos los sistemas propuestos:

1. Los que proponen que se reglamente el duelo como un delito especial.

Tesis sostenida por los legisladores de 1871. El Código Penal de dicha fecha reservaba un capítulo especial al delito de duelo, en el que se prevenían, con minuciosa enumeración casuística, las diversas hipótesis.

2. Los que proponen que se reglamente al duelo como una circunstancia de realización de los delitos de lesiones y homicidio.

Esta es la postura que acepta el Código Penal vigente, como a continuación se precisa

d) El duelo en la legislación mexicana.

Art. 297 C.P. "Si las lesiones fueren inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos según que se trate del provocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52".

Art. 308 C.P. "Si el homicidio se comete en duelo se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión.

"Además de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 para la fijación de las penas dentro de los mínimos y máximos anteriormente señalados, se tomará en cuenta quién fue el provocado y - - quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación."

El duelo, dice Pavón Vasconcelos, "constituye en nuestra legislación una circunstancia modificativa atenuante de la penalidad de los delitos de lesiones y de homicidio, según lo prescriben los artículos 297 y 308 del Código" (1)

Es sumamente difícil precisar quién tiene el carácter de provocador y quién de provocado en un duelo. Dice Jiménez Huerta que "provocador del duelo no es siempre el que desafía, pero algunas veces debe ser tenido como tal" (2) Corresponde al Juez, mediante el examen de los hechos, ir al fondo de esta cuestión y tener por provocador del duelo a quien fue el primero que quizo la contienda y con su conducta dio motivo a ella.

Cuando uno de los duelistas, dice Jiménez Huerta, "con el designio de deshacerse sin riesgo alguno de su rival, y no cumple las condiciones estipuladas para el encuentro... surge un homicidio calificado por la alevosía y la traición". (3)

e) El duelo como forma autodefensiva.

Sin lugar a dudas, el duelo, como forma bilateral de dirimir los conflictos de intereses constituye, una típica forma autodefensiva.

- 
1. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Lecciones de Derecho Penal", Editorial Porrúa, México 1985, quinta edición, pág. 204.
  2. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano, la tutela penal de la vida...", pág. 75.
  3. Idem.

La legislación penal mexicana ha reprimido el ejercicio del duelo, por lo que en primera instancia, no podemos afirmar -- que su autorización sea violatoria del artículo 17 constitucional en su primer párrafo.

Sin embargo, el hecho de que lo reprima con una sanción atenuada nos parece que contraviene el espíritu de dicha disposición.

Dice González de la Vega que "jurídicamente el duelo representa un actividad peligrosa para la sociedad, porque puede dar por resultado la comisión de los delitos de lesiones o de homicidio; también constituye un atentado contra la autoridad del Estado, porque los particulares, por personales procedimientos, pretenden sustituir la pública función de administrar justicia, dirimiendo -- privadamente sus conflictos" (1)

Creemos que no tiene razón de ser el que se califique -- atenuadamente al duelo; es más, una característica de esta práctica es la premeditación, lo que necesariamente tiene que llevar a su calificativa.

No obstante lo anterior, debemos señalar que todo lo indicado acerca del duelo no rebasa los ámbitos meramente doctrinarios, en virtud del desuso que tiene esta actividad en México.

---

1. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", pág. 64.

## LA HUELGA

### a) Definición.

El término o vocablo huelga, se deriva del verbo holgar, que es sinónimo de descansar, no trabajar, estar ocioso, desde el punto de vista gramatical.

La huelga para Estrella Campos, "es la suspensión legal y temporal del trabajo como resultado de una coalición de trabajadores" (1)

Para Mario de la Cueva "es la suspensión concertada del trabajo, llevada a cabo para imponer y hacer cumplir condiciones de trabajo, que respondan a la idea de la justicia social, como--régimen transitorio, en espera de una transformación de las es --estructuras políticas, sociales y jurídicas, que pongan la riqueza y la economía al servicio de todos los hombres y de todos los pueblos, para lograr la satisfacción integral de sus necesidades"(2)

Para Trueba Urbina y Trueba Barrera la huelga "es un --derecho social económico cuyo ejercicio le permite a los trabajadores alcanzar mejores condiciones de trabajo, prestaciones y salarios, y en el porvenir sus reivindicaciones sociales"(3)

El artículo 440 de la Ley Federal del Trabajo indica que la "huelga es la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo --

- 
1. ESTRELLA CAMPOS, Juan, "Principios de Derecho del Trabajo" UNAM, México - - 1984, pág. 108.
  2. DE LA CUEVA, Mario, "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", Editorial - - Porrúa, México 1984, tomo II, pág. 588.
  2. TRUEBA URBINA, Alberto y TRUEBA BARRERA, Jorge, "Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada", Editorial Porrúa, México 1975, pág. 182.

por una coalición de trabajadores".

b) Naturaleza del derecho de huelga

Mario de la Cueva, al analizar esta figura jurídica, -- nos indica los siguientes principios generales de ella: (1)

1. Es un procedimiento para la solución de los conflictos.

2. Es un derecho de cada trabajador, pero conlleva el sello colectivo.

3. Es un derecho colectivo, consistente en que los grupos obreros, al través de su ejercicio, tienen el deber de promover el mejoramiento constante de las condiciones de vida de quienes ya son trabajadores y de todos los que en el futuro alcancen esa categoría.

4. Es un derecho de y para la clase trabajadora.

5. Es una garantía de libertad de la clase trabajadora

6. Tiene jerarquía constitucional

c) Extensión de la huelga

Art. 442 LFT "La huelga puede abarcar a una empresa o a uno o varios de sus establecimientos"

Esta disposición coincide y es en cierta medida una consecuencia de que en la misma empresa puedan existir tantos contratos colectivos como establecimientos. Ciertamente, la huelga puede extenderse a toda la empresa si el problema afecta a todos los trabajadores, pero es igualmente posible que se limite a uno o va-

1. Cfr. DE LA CUEVA, Mario, "El Nuevo Derecho...", págs. 594 y ss.

varios de sus establecimientos; así, a ejemplo: los contratos colectivos pueden tener diversas fechas de vencimiento o es únicamente en uno o dos establecimientos donde se han cometido violaciones de naturaleza colectiva.

d) Algunas denominaciones.

1. Huelga existente o inexistente

Artículo 444 LFT "Huelga legalmente existente es la que satisface los requisitos y persigue los objetivos señalados en el artículo 450.

Artículo 450 LFT "La huelga deberá tener por objeto:

I. "Conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital;

II. "Obtener del patrón o patrones la celebración del contrato colectivo de trabajo y exigir su revisión al terminar el periodo de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del título séptimo;

III. "Obtener de los patrones la celebración del contrato- ley y exigir su revisión al terminar el periodo de su vigencia;

IV. "Exigir el cumplimiento del contrato colectivo de trabajo o del contrato- ley en las empresas o establecimientos en que hubiese sido violado;

V. "Exigir el cumplimiento de las disposiciones legales sobre participación de utilidades;

VI. "Apoyar una huelga que tenga por objeto algunos de las enumerados en las fracciones anteriores;

VII. "Exigir la revisión de los salarios contractuales - a que se refieren los artículos 399 bis y 419 bis"

Por lo tanto huelga legalmente inexistente es la que no satisface las condiciones enumeradas. Dice Estrella Campos que -- "es inexistente una huelga, cuando es declarada por una minoría - de trabajadores, no se llenen los requisitos de emplazamiento y - accesorios y tampoco tenga por objeto esa huelga algunos de los - motivos precisados por el artículo 450 mencionado" (1)

## 2. Huelga lícita e ilícita

La huelga es lícita conforme a lo preceptuado por el artículo 123 constitucional en su fracción XVIII, cuando tenga por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción.

Artículo 445 LFT. "La huelga es ilícita:

I. "Cuando la mayoría de los huelguistas ejecuten actos violentos contra las personas o propiedades; y

II. "En caso de guerra, cuando los trabajadores pertenezcan a establecimientos o servicios que dependan del Gobierno.

## 3. Huelga justificada e injustificada.

Artículo 446 LFT "Huelga justificada es aquella cuyos motivos son imputables al patrón"

A contrario sensu, huelga injustificada es aquella cuyos motivos no son imputables al patrón.

e) El emplazamiento a huelga

1. ESTRELLA CAMPOS, Juan, op. cit. pág. 142.

Terminadas las pláticas entre el sindicato obrero y el patrono sin resultados favorables, se abren al primero dos caminos posibles, acudir a la huelga hasta lograr que el patrono acceda a sus peticiones o solicitar de la Junta de Conciliación y Arbitraje que resuelva el fondo del conflicto.

Mario de la Cueva nos dice que el emplazamiento a huelga es "el aviso que dan los trabajadores al patrono haciéndole saber que de no acceder a sus peticiones en un plazo determinado, irán a la huelga" (1)

Artículo 920 LFT. "El escrito de emplazamiento de huelga deberá satisfacer los requisitos siguientes:

I. "Se dirigirá al patrón y en él se formulará las peticiones, se anunciara el propósito de ir a la huelga si no son satisfechas y se expresará concretamente el objeto de la misma.

II. "Se presentará por duplicado a la Junta de Conciliación y Arbitraje. Si la empresa o establecimiento están ubicados en lugar distinto al que resida la Junta, el escrito podrá presentarse a la autoridad del trabajo más próxima o la autoridad política de mayor jerarquía del lugar de ubicación de la empresa o establecimiento. La autoridad que haga el emplazamiento remitirá el expediente, dentro de las 24 horas siguientes, a la Junta de Conciliación y Arbitraje y;

III. "El aviso para la suspensión de las labores deberá darse por lo menos, con seis días de anticipación a la fecha señalada para suspender el trabajo y con diez cuando se trate de servicios públicos. El término se contará desde el día y hora en que el patrón quede notificado.

---

1. DE LA CUEVA, Mario, op. cit., pág. 615.

Artículo 921 LFT "El Presidente de la Junta de Conciliación y Arbitraje o las autoridades mencionadas en la fracción II del artículo anterior, bajo su más estricta responsabilidad, harán llegar al patrón la copia del escrito de emplazamiento dentro de las 24 horas siguientes a la de su recibo.

La notificación producirá el efecto de constituir al patrón, por todo el término del aviso, en depositario de la empresa o establecimiento afectado por la huelga, con las atribuciones y responsabilidad inherentes al cargo".

Artículo 922 LFT. "El patrón dentro de las 48 horas siguientes a la de la notificación, deberá presentar su contestación por escrito ante la Junta de Conciliación y Arbitraje".

f) Requisitos para suspender los trabajos.

Artículo 451 LFT "Para suspender los trabajos se requieren:

I. "Que la huelga tenga por objeto alguno o algunos de los que señala el artículo 450;

II. "Que la suspensión se realice con la mayoría de los trabajadores de la empresa o establecimiento. La determinación de la mayoría a que se refiere esta fracción, sólo podrá promoverse como causa para solicitar la declaración de la inexistencia de la huelga, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 929, y en ningún caso como cuestión previa a la suspensión de los trabajos;

y

III. "Que se cumplan previamente los requisitos señalados en el artículo siguiente"

g) El período de prehuelga

El periodo de pre huelga, dice Mario de la Cueva, "es - un espacio de tiempo impuesto por la ley como requisito para que la suspensión de trabajo quede legalmente protegida. Comprende - el tiempo que media entre la fecha en que se haga el emplazamiento al patrono y la suspensión de las actividades, tiempo variable, pues es posible que dentro de él se allane el empresario a las peticiones de los trabajadores o se logre un arreglo conciliatorio, un contrato colectivo que ponga fin a la amenaza de -- huelga" (1)

#### h) Trabajos que deben continuar prestándose

Artículo 466 LPT "los trabajadores huelguistas deberán continuar prestando los siguientes servicios:

I. "Los buques, aeronaves, trenes, autobuses, y demás - vehículos de transporte que se encuentren en ruta, deberán conducir a su punto de destino; y

II. "En los hospitales, sanatorios, clínicas y demás - establecimientos análogos, continuará la atención de los pacientes reclusos al momento de suspenderse el trabajo, hasta que puedan ser trasladados a otro establecimiento".

Artículo 935 "Antes de la suspensión de los trabajos, - la Junta de Conciliación y Arbitraje, con audiencia de las partes, fijará el número indispensable de trabajadores que deberá continuar trabajando para que sigan ejecutándose las labores cuya suspensión perjudique gravemente la seguridad y conservación de los locales, maquinaria y materias primas o la reanudación de los -- trabajos. Para este efecto, la Junta podrá ordenar la práctica de las diligencias que juzgue convenientes.

Artículo 936 "Si los huelguistas se niegan a prestar -- los servicios mencionados en los artículos 466 y 935, el patrón -- podrá utilizar otros trabajadores. La Junta, en caso necesario, -- solicitará el auxilio de la fuerza pública a fin de que puedan-- prestarse dichos servicios.

1) La terminación de la huelga.

La terminación de la huelga, dice Mario de la Cueva, -- "es el acto de voluntad, bilateral o unilateral, o el laudo de la Junta de Conciliación y Arbitraje, que resuelve el fondo del conflicto. De esta definición se infiere que son dos los sistemas -- que conducen a la terminación de la huelga: el primero es el -- acuerdo de los trabajadores y de los patronos, que pueden ser directo o mediante el laudo efectuado por el arbitro ó arbitros que libremente elijan las partes, y el allanamiento del patrono a las peticiones de los trabajadores, mientras el segundo es el laudo -- que dicte la Junta a través del procedimiento de trabajo correspondiente a la naturaleza del conflicto, si los trabajadores huelguistas sometieron el conflicto a su decisión" (1)

Artículo 469 LFT "La huelga terminará:

I. "Por acuerdo entre los trabajadores huelguistas y los patronos;

II. "Si el patrón se allana, en cualquier tiempo, a las peticiones contenidas en el escrito de emplazamiento de huelga y cubre los salarios que hubiesen dejado de percibir los trabajadores;

III. "Por laudo arbitral de la persona o comisión que libremente elijan las partes; y

IV. "Por laudo de la Junta de Conciliación y Arbitraje si los trabajadores huelguistas someten el conflicto a su decisión.

j) La huelga como forma autodefensiva

Catalogamos a la huelga como forma autodefensiva por -- que esta figura típica del proceso laboral se caracteriza por la presión que una de las partes en conflicto, es decir los trabajadores, ejerce sobre la otra, el patrón, para conseguir el fin que se han propuesto, buscando el sometimiento del interés del patrón a su propia pretensión.

La huelga en sí, no proporciona la solución al conflicto, pero a través de la presión que se ejerce, se presenta un estado de desigualdad en la búsqueda de la solución del conflicto, por lo que no puede negarse el carácter autotutelar de esta figura jurídica.

Consideramos, al igual que Alcalá-Zamora, que todos los conflictos laborales generados en la lucha del capital, deberían llegar, sin excepción, a arbitraje obligatorio o forzoso, ya que muchas veces, dejando de lado mitos y demagogias en la búsqueda de la protección del trabajador, se genera un daño mayor a la sociedad; basta citar el ejemplo de las grandes huelgas en las compañías alimenticias norteamericanas durante la segunda guerra mundial que trajeron como consecuencia inmediata las grandes hambrunas en Europa durante este período.

Contrario a esta tesis se manifiesta Mario de la Cueva, quien dice que "... la justificación de la huelga en el sistema capitalista, el trabajo reclama que las condiciones de prestación de los servicios se fijen conjuntamente por los sindicatos obre -

ros y por los empresarios, de tal suerte, que cuando esta determinación falta, la actividad de la empresa no puede continuar, porque, y estamos ante otra decisión soberana del pueblo, nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, precepto que rige el trabajo de cada persona y el de todas, y si alguien nos dijera que el Estado puede y debe resolver la controversia, contestaríamos que esa es la solución del -- fascismo, y que el principio, pleno consentimiento del trabajador, se aplica también al Estado, porque su origen y su finalidad consisten, precisamente, el impedir a los poderes públicos imponer -- por la fuerza a los hombres la ejecución de los trabajos que juzgue convenientes. Y no se olvide que el fascismo, si imponía las condiciones de trabajo, fijaban también autoritariamente los precios de las mercancías" (1)

No coincidimos con lo anteriormente expuesto, en virtud de que negarle al Estado la posibilidad de resolver los conflictos que se le planteen, sería tanto como negar la facultad jurisdiccional de que el Estado goza, la cual fue conferida por la sociedad en general. En virtud de lo anterior, no vemos por que sea contrario a los intereses del trabajador que un juez público, imparcial, resuelva los conflictos laborales que a él se le planteen. Es más, muchas veces, al estallar la huelga, ésta es desfavorable al trabajador, ya que el patrón, dueño de los medios de producción puede resistir indefinidamente, y en tanto el trabajador necesita subsistir, por lo que una huelga larga, en la mayoría de las ocasiones, es desfavorable al propio trabajador, lo -- que viene a corroborar nuestra tesis en favor de la intervención jurisdiccional del Estado en la pronta y eficaz solución de los -- conflictos laborales.

---

1. DE LA CUEVA, Mario, op. cit. pág. 586.

## EL PARO

### a) Definición

El paro, nos dicen Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara "es la suspensión temporal, parcial o total, del trabajo por una coalición de patronos. Consiste, unas veces en la suspensión temporal del trabajo por acuerdo de los patronos, cuando el exceso de producción haga necesaria esta medida para sostener los precios -- dentro de un límite costeable, y, otras, en la suspensión del trabajo en varios establecimientos industriales o comerciales, por -- acuerdo de los patronos, para obligar a los trabajadores a acceder a una pretensión determinada o como represalia contra ellos" (1).

### b) Formas en que puede manifestarse

El paro, como medida que tienen los patronos, se puede manifestar de dos maneras:

1. De manera temporal
2. De manera definitiva

1. Suspensión temporal de la relaciones de trabajo.

Artículo 427 LFT, "Son causas de suspensión temporal de la relación de trabajo en una empresa o establecimiento:

I. "La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón, por su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspen-

---

1. DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, "Diccionario de Derecho" Editorial - Porrúa, México 1980, novena edición, pág. 369.

sión de los trabajos;

III. "El exceso de producción con relación a sus condiciones económicas y a las circunstancias del mercado;

IV. "La inconstabilidad, de naturaleza temporal, notoria y manifiesta de la explotación;

V. "La falta de fondos y la imposibilidad de obtenerlos para la prosecución normal de los trabajos, si se comprueba plenamente por el patrón; y

VI. "La falta de ministración por parte del Estado de las cantidades que se haya obligado a entregar a las empresas con las que hubiese contratado trabajos o servicios, siempre que aquéllas sean indispensables".

Como se desprende de la lectura de los artículos 429 y siguientes de la Ley que nos ocupa, para que el patrón pueda decretar la suspensión colectiva de las relaciones de trabajo, es menester que obtenga la autorización, ya sea previa o posterior según el caso de que se trate, de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

## 2. Terminación colectiva de las relaciones de trabajo.

La terminación de la relación de trabajo como consecuencia del cierre de las empresas o establecimientos o de la -- reducción definitiva de sus trabajos, se sujetará a las disposiciones de los artículos que a continuación mencionamos, de acuerdo con lo preceptuado y el art. 434. de la LFT.

Segun el artículo 434 "Son causas de terminación de -- las relaciones de trabajo:

I. "La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al

patrón, o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la terminación de los trabajos;

III. "El agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva;

IV. "Los casos del artículo 38; y

V. "El concurso o la quiebra legalmente declarado, si la autoridad competente o los acreedores resuelven el cierre definitivo de la empresa o la reducción definitiva de su trabajo"

Artículo 38 "Las relaciones de trabajo para la explotación de minas que carezcan de minerales costeables para la reestauración de minas abandonadas o paralizadas, pueden ser por tiempo u obra determinado o para la inversión de capital determinadas".

Artículo 439 "Cuando se trate de la implantación de maquinaria o de procedimiento de trabajo nuevo, que traiga como consecuencia la reducción de personal, a falta de convenio, el patrón deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 782 y siguientes. Los trabajadores reajustados tendrán derecho a un indemnización de cuatro meses de salario más 20 días por cada año de servicios prestados o la cantidad estipulada en los contratos de trabajo si fuese mayor y a la primera de antigüedad a que se refiere el artículo 172.

Al igual como sucede en la suspensión colectiva de las relaciones de trabajo, en el caso que nos ocupa es obligación del patrón obtener la autorización de la Junta para decretar la terminación de dichas relaciones.

c) Jurisprudencia aplicable.

SUSPENSION DEL TRABAJO POR EL PATRON, SIN AUTORIZACION--  
 DE LA JUNTA. DESPIDO INJUSTIFICADO. Cuando la empresa, procede uni  
 lateralmente al cierre del negocio y, consecuentemente, a la sus--  
 pension del trabajo sin recabar la autorizacion de la Junta, en --  
 los terminos del artículo 118 (427) de la Ley Federal del Trabajo,  
 en tanto que los actores acreditan en el juicio laboral la existenci  
 a del contrato y de no estar ya desempeñando sus labores, se est  
 á en el caso de un despido injustificado. (Jurisprudencia: Informe  
 1968, 4a. Sala, pp 21. y 22).

SUSPENSION DE LABORLS POR EL PATRON. Los paros serán lí-  
 citos únicamente cuando el exceso de produccion haga necesario sus-  
 pender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable,  
 previa aprobacion de la Junta de Conciliacion y Arbitraje respecti-  
 va, de modo que la empresa que pretenda decretar un paro, debe, --  
 ante todo, solicitar el permiso correspondiente de la citada junta,  
 rindiendo las pruebas relativas al exceso de produccion, con cita-  
 cion de los trabajadores afectados por el paro. (Jurisprudencia: -  
 Apéndice 1917-1965, 5a. parte. Tesis 173, p. 162).

d) El paro como forma autodefensiva.

El paro, al que nos hemos venido refiriendo, constituye--  
 forma autodefensiva cuando se presenta con la intencion unilateral  
 de los patronos de imponer determinada medida a los trabajadores.

Sin embargo la Constitucion no considera al paro como --  
 arma economica semejante a la huelga, para que los patronos hicie-  
 ran coaccion sobre los trabajadores pues es de derecho público que  
 el industrial, mientras sea costeable su empresa, trabaje siempre,  
 pues un paro, por coaccion o capricho, deja sin trabajo a multitud  
 de trabajadores. El paro está considerado entre nosotros como acto  
 ilícito.

La Ley de 1970 reglamenta al paro más bien como una me--  
 dida defensiva de los trabajadores, limitando las causas de las --

que éste se puede manifestar y obligando al patrón a obtener la - autorización de la Junta para decretarlo. De tal manera, en interpretación auténtica, el paro no es una excepción, dentro de nuestro derecho, a la prohibición contenida en el primer párrafo del artículo 17 constitucional, y sólo lo será en aquellas legislaciones que lo autoricen como medida de presión de los patrones sobre los trabajadores.

## CLAUSULA DE EXCLUSION POR SEPARACION

### a) Definición.

Mario de la Cueva la define como "la normación del contrato colectivo que consigna la facultad de los sindicatos de pedir y obtener del empresario la separación del trabajo de sus - - miembros que renuncien o sean expulsados de la organización de la que formaron parte"(1)

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara señalan que "es la cláusula del contrato colectivo de trabajo que faculta a los sindicatos de trabajadores para pedir y obtener del patrón la separación del trabajo de sus miembros que renuncien o sean despedidos de estas organizaciones" (2)

Respecto a su denominación, la cual es obra del maestro Mario de la Cueva, Cavazos Flores señala que "gramaticalmente. . . y la segunda (cláusula de exclusión por separación)... una redundancia, en virtud... a que la exclusión supone necesariamente - - separación"(3)

Nosotros, siguiendo al maestro Cavazos, preferimos denominarla únicamente cláusula de exclusión, por lo que así nos referimos a ella a lo largo de este estudio.

### b) La cláusula de exclusión en el Derecho Mexicano del-

1. DE LA CUEVA, Mario "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", Editorial Porrúa México 1984, tomo II, pág. 308.
2. PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, México 1980, novena edición, pág. 152.
3. CAVAZOS FLORES, Baltazar, "Nueva Ley Federal del Trabajo, tematizada", Editorial Trillas, México 1977, tercera edición, pág. 290.

trabajo.

Art. 395 LFT. "Podrá también establecerse que el patrón separará del trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados del sindicato contratante".

Art. 413 LFT "En el contrato- ley podrán establecerse - las cláusulas a que se refiere el artículo 395. Su aplicación -- corresponderá al sindicato administrador del contrato- ley en cada empresa".

c) Requisitos de procedencia de la cláusula de exclusión.

Los requisitos de procedencia de la cláusula de exclusión que normalmente son señalados son:

1. El trabajador debe ser miembro del sindicato que aplica la sanción.

2. El trabajador debe renunciar a formar parte del sindicato o debe de haber sido legalmente expulsado de él.

3. El sindicato que aplica la cláusula debe cumplir requisitos de forma y de fondo.

4. Debe ser solicitada por escrito al empresario por parte del sindicato.

d) La renuncia del trabajador al sindicato.

Dice Mario de la Cueva que la renuncia "es un acto de - voluntad libre, por lo que un trabajador expresa su decisión de - separarse del sindicato de que forma parte"(1)

---

1. op. cit. pág. 315.

Para que la cláusula de exclusión opere, presentada su renuncia por el trabajador al sindicato, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. La decisión debe haber sido tomada libremente, pues si la renuncia se obtuvo por medio de coacción o violencia, será nula.

2. El órgano competente del sindicato debe aceptar la renuncia.

3. La directiva sindical pondrá el hecho en conocimiento del patrón y le solicitará separe al trabajador de su empleo.

4. El patrón deberá decretar la separación.

b) La expulsión del trabajador del sindicato.

Para que proceda la expulsión de un trabajador de un sindicato debe reunirse los siguientes requisitos de acuerdo con la ley:

Art. 371 LFT. "Los estatutos de los sindicatos contendrán:

VII. "Motivos y procedimientos de expulsión y correcciones disciplinarias. En los casos de expulsión se observaran las normas siguientes:

a) "La asamblea de trabajadores se reunirá para el sólo efecto de conocer de la expulsión.

b) "Cuando se trate de sindicatos integrados por secciones, el procedimiento de expulsión se llevará a cabo ante la asamblea de la sección correspondiente, pero el acuerdo de expulsión--deberá someterse a la decisión de los trabajadores de cada una de las secciones que integren el sindicato.

c) "El trabajador afectado será oído en defensa, de conformidad con las disposiciones contenidas en los estatutos.

d) "La Asamblea conocerá de las pruebas que sirvan de base al procedimiento y de las que ofrezcan el afectado.

e) "Los trabajadores no podrán hacerse representar ni emitir su voto por escrito.

f) "La expulsión deberá ser aprobada por mayoría de las dos terceras partes del total de los miembros del sindicato.

g) "La expulsión sólo podrá decretarse por los casos expresamente consignados en los estatutos, debidamente comprobados y exactamente aplicables al caso".

h) Requisitos de forma y fondo de la cláusula de exclusión.

Dice Lavazos que para que proceda la cláusula de exclusión "la renuncia que se formule para dejar de pertenecer al sindicato, deberá constar por escrito y ser auténtica y que en los casos de expulsión deben estar justificados puesto que no es posible que en forma por demás arbitraria se separe a un trabajador de un sindicato para que luego, como consecuencia de esa separación, pierda el obrero su empleo"(1)

g) Efectos de la cláusula de exclusión.

Son los siguientes:

1. La separación del empleo del trabajador.
2. La pérdida de todos los derechos inherentes (anti-

---

1. op. cit. pág. 294.

güedad, jubilación) al empleo.

3. La liberación de la empresa de toda responsabilidad - por la separación del trabajador.

h) El patrón y la cláusula de exclusión.

Al patrón sólo compete en el caso de aplicación de la - cláusula de exclusión cerciorarse:

1. De la autenticidad del oficio en que se le comunica - la aplicación de la cláusula de exclusión.

2. Que en el contrato respectivo está consignada dicha - cláusula.

3. Que los trabajadores excluídos pertenecen al sindica - to que aplica la cláusula.

Una vez acreditado ésto, el patrón, sin responsabilidad, está obligado a cumplir con el acuerdo respectivo, sin que pueda - pretender intervenir en los procedimientos que el sindicato haya - seguido para la aplicación de dicha cláusula, ya que esto solo pug - de interesar a los trabajadores.

Si el patrón no cumple dicha cláusula Maño de la Cueva - señala que "esta hipótesis abre el ejercicio del derecho de huel - ga: nos apoyamos, primeramente, en el artículo 450, fracción V de - la Ley que señala expresamente como uno de los objetivos de la - - huelga ' exigir el cumplimiento del contrato colectivo o del con - trato-ley en las empresas o establecimientos en que hubiese sido - violado'; añadiremos que es una violación grave que daña los inte - reses colectivos de la comunidad obrera y los derechos sindicales. En segundo lugar, la procedencia de la huelga se funda también en - el fracción I del mismo artículo 450, porque el incumplimiento de - la cláusula rompe el equilibrio entre el trabajo y el capital, al -

desconocer un derecho legítimo, afectando la vida misma del sindicato, su fortalecimiento y su consolidación" (1)

Discrepa Cavazos de lo anterior, y nos adherimos a su opinión, cuando señala que "la violación a esta cláusula puede -- provocar serios conflictos aunque pensamos que no implica el procedimiento huelguístico, ya que por no formar parte del elemento -- normativo del contrato colectivo, no presupone su incumplimiento o violación, el desequilibrio económico de la empresa y por lo -- tanto no se da el requisito de fondo previsto por la Constitución que se hace necesario cumplir para que la huelga pueda ser declarada existente" (2)

i) La cláusula de exclusión como forma autodefensiva.

La cláusula de exclusión, como medio que tiene el sindicato para expulsar al trabajador tanto de sus seno como del propio establecimiento, es, sin lugar a duda, una manifestación autodefensiva y, su autorización, es violatoria de lo que dispone el primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Decimos que la cláusula de que hablamos es forma autodefensiva en virtud de que una parte, el sindicato, somete a la otra, el trabajador y al patrón a su interés separándolo de su empleo. - Además, en el caso en el que se aplique la cláusula por expulsión del trabajador, el sindicato se erige en juez y parte, lo que contraviene la prohibición constitucional a que hicimos referencia.

Enorme discrepancia se ha generado en la doctrina sobre la constitucionalidad o no de esta cláusula. Dentro de los que son tienen lo primero podemos citar lo siguiente:

---

1. op. cit. pag. 322.

2. op. cit. pag. 295.

Néstor de Buen señala "que no es anticonstitucional esta cláusula en virtud de que las garantías sociales están por encima de las garantías individuales" (1)

Jorge Garizurieta estima que "la cláusula de exclusión por separación no es anticonstitucional porque los derechos del interés profesional deben estar por encima de los intereses particulares y que si un trabajador es expulsado del sindicato al cual pertenece, dicho sindicato puede legítimamente exigir al patrón que lo expulse de la empresa donde presta sus servicios, ya que de lo contrario se delibitaría indiscutiblemente la acción sindical correspondiente"(2)

Por último, Estrella Campos dice que "realmente la cláusula de exclusión es legal y vital para evitar la disolución de -- los sindicatos y no es anticonstitucional, porque no impugna los derechos y las garantías del trabajador que contiene la Carta Magna" (3)

Esgrimiendo la postura contraria podemos señalar a continuación:

Mario de la Cueva dice que "declaramos la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación, además porque tiende a impedir el libre ejercicio de la libertad negativa de -- asociación profesional" (4)

1.citado por CAVAZOS FLORES, Baltazar, op. cit. pág. 291

2.citado por CAVAZOS FLORES, Baltazar, op. cit. pág. 292

3.ESTRELLA CAMPOS, Juan "Principios del Derecho de Trabajo. UNAM, México 1964,- pág. 73.

4.citado por CAVAZOS FLORES, Baltazar, op. cit. pág. 291.

El maestro Baltazar Cavazos dice que "es anticonstitucional por que ataca los derechos esenciales del hombre como son la libertad de trabajo y asociación" (1)

#### Opinión personal

En nuestra opinión, la cláusula de exclusión es notoriamente inconstitucional. En primer lugar, dicha cláusula atenta contra la libertad de asociación profesional puesto que puede obligarse a un trabajador a mantenerse sindicalizado en virtud de la amenaza de la aplicación de dicha cláusula.

Además, se trasgrede el artículo 5º. de nuestra Ley Fundamental, ya que ninguna persona se le puede impedir que se dedique a cualquier actividad que lo desee si ésta es lícita.

Consideramos que las agrupaciones sindicales no pueden erigirse en tribunales para determinar la gravedad de las faltas en que incurren sus asociados y mucho menos para limitar el derecho a la libertad de trabajo, puesto que juzgan y son parte a la vez.

Proponemos que, para decretar la expulsión de un trabajador, se requiera una acción ante las autoridades del Trabajo las cuales decidan sobre la procedencia de la expulsión o no.

Además en virtud de la aplicación de esta cláusula se pueden cometer diversas irregularidades: no sería extraño que un patrón que quiera despedir a un trabajador, pero no tiene motivo justificado para hacerlo, se coluda con los representantes sindicales para que éstos le apliquen al trabajador dicha cláusula y el patrón quede libre de toda responsabilidad.

---

1. op. cit. pág. 291.

## JUSTICIA DEPORTIVA

### a) Definición.

Entendemos por justicia deportiva el cumulo de situaciones que pueden presentarse dentro de la práctica de un deporte, - de manera profesional, y que tienen trascendencia jurídica.

El estudio de esta figura jurídica, que tiene un sin -- número de manifestaciones, lo limitaremos al análisis de las relaciones de trabajo y de los riesgos en el mismo.

### b) Relaciones de trabajo.

#### 1. El trabajador

Dentro del ámbito deportivo pueden encontrarse dos tipos de trabajadores:

El amateur indica Russomano que es aquel en el que --- "su actividad no tiene otra intervención que no sea la práctica - del deporte en sí mismo, por medio de la ejecución de servicios - espontáneos, sin remuneración y sin finalidades lucrativas" (1)

El profesional dice Trueba Urbina que "es aquel que ha hecho un modus vivendi de su afición deportiva, especialmente ---

---

1. RUSSOMANO, Victor Mozart, "Aspectos Generales del Trabajo Deportivo, "Memoria del Primer Congreso Internacional del Derecho del Deporte, México 1968, tomo II, pág. 791.

cuando sus servicios son utilizados por empresas, clubes o patronos" (1)

Art. 292 LFT "Las disposiciones de este capítulo se aplican a los deportistas profesionales, tales como jugadores de fútbol, baseball, frontón, box, luchadores y otros semejantes".

Dice Alonso García que el deporte profesional se trata "de una actividad remunerada, que se realiza como tal prestación de servicio por cuenta de otro. Creemos, en suma, que... estamos ante un contrato de trabajo" (2)

## 2. El patrón

El patrón en el deporte, dice Trueba Urbina, "puede ser un individuo, club, empresa o sociedad mercantil que organiza espectáculos deportivos; o bien, asociaciones que se aprovechan o benefician de la actividad de los deportistas" (3)

## 3. Duración.

Las relaciones de trabajo pueden ser por tiempo determinado, por tiempo indeterminado, para una o varias temporadas o -- para la celebración de uno o varios eventos o funciones. A falta de estipulaciones expresas, la relación será por tiempo indeterminado, según expresa el artículo 293 LFT, mismo que agrega:

"Si vencido el término o concluida la temporada no se estipula un nuevo término de duración u otra modalidad, y el trabajador continua prestando sus servicios, la relación continua --

- 
1. TRUEBA URBINA, Alberto, "Amateurismo y Profesionalismo" Memoria del Primer Congreso Internacional del Derecho del Deporte, México 1968, tomo II, pág. 847
  2. ALONSO GARCÍA, Manuel, "Curso de Derecho del Trabajo", Ediciones Ariel, -- Barcelona 1973, cuarta edición, pág. 332.
  3. TRUEBA URBINA, Alberto, "Amateurismo y Profesionalismo", pág. 849.

por tiempo indeterminado".

#### 4. Salario

En estos casos, de acuerdo con el artículo 294 LFT. "El salario podrá estipularse por unidad de tiempo, para uno o varios eventos o funciones, o para una o varias temporadas".

Art. 296 LFT. "La prima por transferencia de jugadores - se sujetará a las normas siguientes:

I. "La empresa o club dará a conocer a los deportistas - profesionales el reglamento o cláusula que la contengan:

II. "El monto de la prima se determinará por acuerdo del deportista profesional y la empresa o club, y se tomarán en consideración la categoría de los eventos o funciones, la de los equipos, la del deportista profesional y su antigüedad en la empresa - o club; y

III. "La participación del deportista profesional en la prima será de un veinticinco por ciento, por lo menos. Si el porcentaje fijado es inferior al cincuenta por ciento, se aumentará - en un cinco por ciento por cada año de servicios hasta llegar al - cincuenta por ciento por lo menos".

Art. 297 LFT. "No es violatoria del principio de igualdad de salarios la disposición que estipule salarios distintos - para trabajos iguales por razón de la categoría de los eventos o - funciones de la de los equipos o de la de los jugadores".

#### 5. Obligaciones y derechos

Art. 295 LFT. "Los deportistas profesionales no podrán - ser transferidos a otra empresa o club, sin su consentimiento".

Art. 298 LFT. "Los deportistas profesionales tiene las obligaciones especiales siguientes:

I. "Someterse a la disciplina de la empresa o club;

II. "Concurrir a las prácticas de preparación y adiestramiento en el lugar y a la hora señalados por la empresa o club y concentrarse para los eventos o funciones;

III. "Efectuar los viajes para los eventos o funciones de conformidad con las disposiciones de la empresa o club. Los gastos de transportación, hospedaje y alimentación serán por cuenta de la empresa o club; y

IV "Respetar los reglamentos locales nacionales e internacionales que rijan la práctica de los deportes".

Art. 299 LFT. "Queda prohibido a los deportistas profesionales todo maltrato de palabra o de obra a los jueces o árbitros de los eventos, a sus compañeros y a los jugadores contrincantes.

"En los deportes que implique una contienda personal los contendientes deberán abstenerse de todo acto prohibido por los reglamentos".

Art. 300 LFT. "Son obligaciones especiales de los patrones:

I. "Organizar y mantener un servicio médico que practique reconocimientos periódicos; y

II. "Conceder a los trabajadores un día de descanso a la semana".

Art. 301 LFT. "Queda prohibido a los patrones exigir de-

los deportistas un esfuerzo excesivo que pueda poner en peligro - su salud o su vida".

#### 6. Causas de terminación y rescisión.

Ademas de las causas generales de terminación y rescisión del contrato de trabajo, encontramos las siguientes disposiciones:

Art. 303 LFT "Son causas especiales de rescisión y terminación de las relaciones de trabajo:

I. "La indisciplina grave o las faltas repetidas de indisciplina; y

II. "La pérdida de facultades"

c) Riesgos de trabajo

Dentro de la sociedad industrial, una de cuyas características es la conglomeración, el deporte esta amenazado desde dos ángulos. Por un lado, corre el riesgo de que un día pueda convertirse en un mero artículo más de consumo; por otro, que se transforme en un simple negocio.

Hay ciertas especialidades deportivas en las cuales se ponen en juego mecanismos de satisfacción que sirven para saciar la agresividad reprimida. Respecto al hockey sobre hielo, a manera de ejemplo, encontramos lo siguiente: "dado el carácter sumamente brutal de este deporte, su práctica exige individuos rudos que no retrocedan ante el dolor ni ante la visión de la sangre. Un verdadero profesional se distingue por los puntos de sutura que ornansu rostro" (1) En el boxeo, para alargar las veladas para que el -

---

1. DEPORTE Y SOCIEDAD, Biblioteca Salvat de Grandes Temas, Salvat Editores, - - Barcelona 1975, Vol. 78. pág. 111.

público obtenga buena compensación, por lo que ha pagado en la taquilla, hay arbitros que determinan que un púgil no se imponga por superioridad frente a otro, sino que, para dar a uno como -- vencedor, esperan a que machaque materialmente al contrario.

La práctica deportiva origina con frecuencia accidentes desafortunados en los que, los deportistas, se lesionan o pierden la vida, o bien lesionan o dan muerte a los que, con ellos, participan en un evento, en un juego o en una competencia.

Las lesiones deportivas, incluyendo las hipótesis de -- muerte, se pueden presentar en:

1. Deportes sin violencia sobre las personas (golf, tenis, atletismo, etc.)

2. Deportes con violencia sobre las personas:

I. Con violencia inmediata (box, lucha, etc)

II. Con violencia mediata y eventual (hockey, futbol, etc).

Dice Raul F. Cardenas, que "si el acto va contra las -- normas de cultura, será delito, si se conforma con ellas no serán delictuosas" (1)

Las lesiones deportivas no son antijurídicas en virtud del reconocimiento que de esta clase de deportes hace el Estado, - en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga para su enseñanza.

---

1. CARDENAS, Raúl F., "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México 1982, tercera edición, pág. 167.

d) La justicia deportiva como forma autodefensiva.

Para determinar si la justicia deportiva constituye o no manifestación autodefensiva, analizaremos por separado cada uno de los rubros a los que hicimos referencia en este apartado.

Tratándose de las relaciones de trabajo, podemos indicar que dada la insuficiente regulación que la Ley ha dado a esta materia, dichas relaciones enfrentan un elevado número de abusos.

Dice Briceno Ruiz que "el renglón de los trabajadores -- deportistas profesionales, ha sido objeto de muchas maniobras de carácter mercantil que no se limitan a nuestro país ni al momento actual. Conocido por todos es el hecho de que los clubes adquieren deportistas, los prestan, los ceden y los venden, sin contar, en muchas ocasiones, con el consentimiento de los trabajadores" (1).

Cuando en el ejercicio de relaciones de trabajo, los patrones deciden, unilateralmente, sobre dichos conflictos, nos encontramos indudablemente ante una manifestación autodefensiva. Tales decisiones pueden consistir en multas, castigos, vetos, etc., sin que se le otorgue al trabajador ningún derecho de apelación.

Es necesario indicar la enorme indefensión en que se encuentra el deportista profesional, caso completo de los futbolistas, donde hasta el ejercicio de derechos sindicales les esta vedado.

Dice Ruiz Masieu que "si se pretende interpretar fiel -- mente el espíritu de justicia social que anima nuestras normas ju-

---

1. BRICENO RUIZ, Alberto, "Derecho Individual del Trabajo", Editorial Harla, -- México 1985, primera edición pág. 505.

ridico laborales no se podrá marginar al gremio deportivo de la - protección que ellas otorgan y por lo mismo se precisa extender - los beneficios preventivos y reparadores de la más moderna y justa seguridad social"(1)

Podemos indicar que en el ejercicio de actividades deportivas profesionales se dan un gran número de manifestaciones - autodefensivas.

Respecto a las lesiones deportivas, no podemos señalar que sean autodefensivas, por el simple hecho que entre los combatientes no hay ningún conflicto de intereses, presupuesto sine qua non para que la autodefensa se manifieste.

No obstante lo anterior, nos pronunciamos por una humanización del deporte, de tal manera que cumpla cabalmente los fines para los que fue creado.

Mario de la Cueva señala que "el deporte es una función social, nacional e internacional porque debe ser una de los lazos que unan a la juventud de cada pueblo y a las de todos los continentes; y será uno de los mejores, porque se forjará en una etapa de la vida que está llena de ilusiones, de optimismo y alegría: en un mundo lleno de materialismo, cuando los hombres ya no buscan la estrella de Belen, sino el poder y la riqueza, la nobleza y la belleza de la acción deportiva seran uno de los caminos, si no el -- mejor, que permitira a la juventud apartarse de las tentaciones y contribuirá así a la purificación de la vida social"(2)

- 
1. RUIZ MASSIEL, José Francisco. "La Protección Jurídica del Deportista Profesional", Memoria del Primer Congreso Internacional del Derecho del Deporte, México 1966, Tomo II, pág. 786.
  2. CULVA, Mario de la, "El Deporte como un Derecho y un Deber Etico de la Juventud, como una Función Social y como un Deber Jurídico de la Sociedad y del - Estado", México 1968, Tomo I, pág. 236.

## EXPULSION DE EXTRANJEROS

### a) Definición.

El artículo 30 constitucional determina quienes son extranjeros, por exclusión de las calidades señaladas para ser mexicano.

De conformidad con el artículo 33 constitucional, "son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

"Los extranjeros no podrán, de ninguna manera, intervenir en los asuntos políticos del país".

### b) Consideraciones sobre el tema.

La permanencia del extranjero en México está subordinada al Presidente de la República en cuanto que este alto funcionario tiene la facultad exclusiva de hacerlo abandonar el territorio nacional "inmediatamente y sin necesidad de juicio previo" cuando estime "inconveniente" su permanencia en el país. Consiguientemente, dice Lurgoa, "frente al Ejecutivo Federal y en lo que atañe a su expulsión, los extranjeros no gozan de la garantía de audiencia que para todo gobernado instituye el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución, implicando este caso una de las pocas salvedades o excepciones a la propia garantía. Sin embargo, aunque el Presidente de la República no tiene la obligación de escuchar en defensa al extranjero previamente a la emisión del acuerdo expulsorio, si está sujeto a la garantía de motivación legal que consagra el artículo -

16 constitucional, en el sentido de que dicho funcionario debe basar la estimación sobre la inconveniencia de que aquel permanezca en el país, en datos, hechos o circunstancias objetivas, reales o trascendentes que la justifiquen, factores todos estos que deben ser apreciados prudente y racionalmente por el Ejecutivo Federal. Por ende, la facultad presidencial a que nos referimos no debe considerarse como potestad arbitraria en cuyo desempeño sólo opere el capricho inconsulto que conduce a la injusticia, sino como una atribución que debe ejercitarse con criterio lógico orientado hacia la preservación de los valores e intereses humanos, morales, sociales o económicos del pueblo de México que se vean amenazados o en peligro por extranjeros perniciosos e indeseables" (1)

c) Motivos de expulsión.

Señala Verdross los motivos de expulsión de extranjeros admitidos por la práctica internacional:

1. "Peligro para la seguridad y el orden del Estado de residencia.
2. "Ofensa inferida al Estado de residencia.
3. "Amenaza u ofensa a otros Estados.
4. "Delitos cometidos dentro o fuera del país.
5. "Pérjuicios económicos ocasionados al Estado de residencia.
6. "Residencia en el país sin autorización" (2)

Una expulsión decretada legítimamente se transformará en una expulsión ilegal por la manera de ejecutarse, si se infringen -

1. LUNDA CRIVILLA, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano", Editorial Porrúa, México 1965, sexta edición, págs. 136 y 137.
2. VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid 1960, sexta edición, pág. 361.

- los imperativos de humanidad e higiene

d) Defensa jurídica de los extranjeros.

En el medio mexicano encontramos diversas disposiciones - respecto a la defensa jurídica que tienen los extranjeros respecto al acto de expulsión. Así, encontramos lo siguiente:

EXTRANJEROS, SU EXPULSION DEBE SER JUSTIFICADA. El artículo 1º de la Constitución Federal, establece la protección de ésta - para todo individuo, esto es, para mexicanos y extranjeros sin distinción de ninguna naturaleza. Igualmente previene que las garantías que otorga, no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución señala. Los artículos 103, fracción I, y 107 que establecen el juicio de amparo, no hacen distinción alguna sobre los individuos o personas a quienes alcance esta protección, por tanto, si el artículo 33 de la propia Carta Fundamental, faculta al Ejecutivo de la Unión, en forma exclusiva, para hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, no exime a dicho alto funcionario de la obligación que tiene, como toda autoridad del país, de fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, por la molestia que causa por la deportación, ya que esa garantía está establecida por el artículo 16 de la propia Constitución. En consecuencia, sus actos no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sujetos a las normas que la misma Carta Fundamental y las leyes establecen. Siendo así, procede el juicio de garantías contra sus determinaciones, conforme al artículo 103, fracción I, expresados, para lo cual debe seguirse el procedimiento establecido por la ley reglamentaria respectiva.

Tomo XCV. Amparo Penal 8000/46. Diederrichsen Trier ---  
Walter. 28 de enero de 1948. Unanimidad de 5 votos.

No obstante la anterior tesis, la Suprema Corte de Justi-

cia de la Nación, con criterio que no nos parece adecuado, a sentado tambien el siguiente criterio:

EXTRANJEROS PERNICIOSOS, SUSPENSION IMPROCEDENTE. Conforme al artículo 33 constitucional, el Presidente de la República tiene la facultad exclusiva de hacer abandonar el país inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente; y contra el ejercicio de esta facultad, es improcedente conceder la suspensión.

Quinta Epoca:

Tomo X, pág. 409. Soriano Lillie.

Tomo XV, pág. 25. Eergeron Mario.

Tomo XV, pág. 890. González Vicente.

Tomo XVI, pág. 59. Chon Bing J. Domingo.

Tomo XVI, pág. 1587. Chan Manuel y coags.

Apendice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, tercera parte, segunda sala, tesis 395, pág. 652.

Indica Burgoa que "el extranjero, frente a la aplicación del artículo 33 constitucional, esta legitimado para promover el juicio de amparo contra el acuerdo o decreto de expulsión, en cuya demanda pueden invocarse hipotéticamente como violadas todas las garantías del gobernado con excepción de la de audiencia..." (1)

"Contra el ejercicio de esta facultad discrecional del Ejecutivo de la Unión cabe el juicio de amparo, pero es improcedente la suspensión" (2)

---

1. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano", pág. 137.

2. DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México 1977, tomo V, pág. 216.

e) La expulsión de extranjeros como forma autodefensiva.

Aunque esta figura jurídica no la incluye el maestro - Alcalá-Zamora en su clasificación, quisimos estudiarla porque, en - primera instancia, nos parece que estamos frente a una forma autodefensiva.

Es bien sabido que en el ejercicio de facultades discreccionales se pueden cometer muchos abusos; es por eso, que el más alto tribunal de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, - debe velar porque dicho ejercicio no se despegue de la ley.

En el caso de la expulsión de extranjeros, cuando se les concede la última vía posible, es decir, el amparo, como medio de - control constitucional, no nos encontramos ante una forma de autodefensa, ya que será el Poder Judicial quien decidirá sobre la procedencia de la expulsión o no.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando la expulsión es ya un acto consumado y, por ende, el juicio de garantías es improcedente? - Sin lugar a dudas, en este caso, tal situación es una manifestación autodefensiva, con todos los peligros que ella conlleva.

Empero, ni aún en este caso, no podría decirse que la disposición en estudio viola el primer párrafo del artículo 17 constitucional ya que, según Mancilla Ovando, los preceptos constitucionales "tienen igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, lo que significa que la Carta Magna no tiene y no puede tener contradicciones y que sus estatutos deben de observarse" (1)

De tal manera, concluimos que en México, la disposición - contenida en el artículo 33 constitucional, respecto a la expulsión

---

1. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, "Las Garantías Individuales y su Aplicación - en el Proceso Penal", Editorial Porrúa, México 1968, segunda edición, pág. 13.

de extranjeros, no es violatoria de la disposición señalada en los párrafos anteriores.

## JUSTICIA ADMINISTRATIVA

### a) Definición

Dice Fix-Zamudio que "debemos entender como justicia administrativa un conjunto de instituciones muy complejas que se -- han establecido en los últimos años, al lado de los tradicionales tribunales administrativos (que constituyen solo una de sus aspectos), con el objeto de tutelar los derechos y los intereses legítimos de los administrados, que se encuentran cada vez más restringidos, debido al crecimiento, no pocas veces desorbitado, de las actividades administrativas" (1)

### b) Naturaleza jurídica.

Muy debatida ha sido en la doctrina la cuestión de si -- la justicia administrativa es constitucional o no. Los principales argumentos en pro y en contra son los siguientes:

Dicen los que consideran a la justicia administrativa -- como inconstitucional que su ejercicio viola lo dispuesto en los -- siguientes artículos de la ley magna: (2)

El artículo 49 constitucional donde se prohíbe la reunión de dos o más de los Poderes en un sólo individuo o corporación.

El artículo 13 constitucional, según el cual "nadie puede ser juzgado... por tribunales especiales".

- 
1. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano", El Colegio Nacional, México 1963, 1a. edición, pág. 129.
  2. UTSCA. Cabino, "Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, México 1984, viii

El artículo 14 de la constitución, pues de ese precepto "surge la obligación para el Poder Público de seguir un juicio -- cuando pretenda privar a un particular de algún derecho que este en el patrimonio de este, ya provenga de un acto civil o de reconocimiento u otorgamiento del órgano gubernamental".

El artículo 17 de la constitución en virtud de que el Poder Público no puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos.

Los que sostienen su constitucionalidad y a ellos nos adherimos, fundan su reconocimiento en el propio texto constitucional, y en virtud del principio de no contradicción constitucional, la justicia administrativa es perfectamente legal. Los artículos de la Constitución mexicana que la reconocen son:

Art. 73 "El Congreso tiene facultad:

XXIX-H "Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones".

Art. 104 "Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I- B "De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso administrativo a que se refiere la fracción XXIX del artículo 73 de la Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las -- revisiones, de las cuales conoceran los tribunales colegiados de -- circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de -- los artículos 103 y 107 de esta constitución fije para la revisión-

en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ella - dicten los tribunales colegiados del circuito no procedera juicio - o recurso alguno".

c) Medios de impugnación del acto administrativo. Los - recursos administrativos.

Para hacer efectivas las garantías que todo acto adminis- trativo reviste, dice Olivera Toro, "es necesario en todo sistema jurídico, la existencia de medios de impugnación ante la actuación ilegal y la afectación de los derechos de los administrados. A - través de ellos se obtendrá la anulación, retiro o modificación -- del acto, lo que equivale a decir su depuración jurídica" (1)

La legislación y la doctrina consideran que existen dos- categorías fundamentales de recursos administrativos que son:

#### 1. Reconsideración.

" Aquel que se interpone ante la misma autoridad que ha- dictado el acto que se considera ilegal o viciado, a efecto de que ésta reconsidere su actuación anulándolo o modificándolo" (2)

#### 2. Revisión

" Se interpone ante la autoridad jerárquicamente supe- rior y la cual debe resolver de acuerdo con los puntos sometidos a su consideración por el afectado, pudiendo consistir su sentencia, bien sea en una modificación, anulación o confirmación del acto -- que se recurre" (3)

1. OLIVERA TORO, Jorge, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, - México 1967, segunda edición, pág. 507.
2. OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pág. 509
3. Idem.

Los recursos preceden a cualquier proceso de impugnación judicial. Su agotamiento es requisito de procedibilidad del juicio de amparo, de acuerdo al principio de definitividad que rige en esta materia.

No obstante lo anterior, nos encontramos con la siguiente disposición constitucional:

Art. 107 constitucional "Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas - del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

IV "En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario -- agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que -- la ley reglamentaria del juicio de amparo requiera como condición -- para decretar esa suspensión".

Indica Chuayffet Chemor que "la función del recurso administrativo ha sido mal interpretada por las autoridades responsables de resolverlos. Lejos de constituir una segunda oportunidad -- para que la administración pública revise la regularidad de sus -- actos, se han convertido en la fase terminal del procedimiento administrativo, que casi mecánicamente confirma las decisiones impugnadas"(1)

d) El control jurisdiccional de los actos administrativos

Señala Olivera Toro que "el Estado moderno ha creado me-

---

1. CHUAYFFET CHEMOR, Emilio, "Derecho Administrativo", UNAM, México 1983, primera reimpresión, pág. 65.

dios que den mayor garantía a los derechos de los particulares y - estabilidad al orden jurídico, previniendo un control jurisdiccional de los actos de la administración, por medio de organismos que no dependen en el cumplimiento de sus funciones específicas del -- Poder administrador ni de ningún otro y las realizan de modo independiente, alejadas de toda influencia, pugnado por obtener para - sus resoluciones independencia y autoridad decisiva y realizando - una auténtica actividad judicial, mediante un procedimiento contradictorio" (1)

Dice el maestro Serra Rojas que "el control jurisdiccional de los actos administrativos con procedimientos adecuados y -- autoridad de cosa juzgada, es una garantía propicia para resolver-- toda controversia que se suscite en las situaciones antes indica-- das". (2)

En México, el control jurisdiccional de la actividad administrativa es compartida por los Tribunales administrativos y judiciales. Entre los tribunales administrativos más importantes podemos señalar:

1 Tribunal Fiscal de la Federación.

Art. 1 LOTFF "El Tribunal Fiscal de la Federación es un - tribunal administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con la organización y competencia que esta Ley establece".

2. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

---

1. OLIVERA TORO, Jorge, op. cit. pág. 517.

2. SERRA ROJAS, Andrés, "Derecho Administrativo", Librería de Manuel Porrúa, México 1965, tercera edición, pág. 1095.

Art. 1 LOTCADF "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un tribunal administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con la organización y competencia que esta Ley establece"

El procedimiento ante estos tribunales es muy similar -- al que se lleva a cabo en el proceso jurisdiccional, es decir, demanda, desahogo de pruebas, formulación de alegatos y declaración de sentencia. Respecto a la última fase de este procedimiento, -- Acosta Romero señala que "es de aclarar que las sentencias no siempre declaran nulidades o ineficacias, con motivo de irregularidades del acto administrativo, sino que también examinan la ilegalidad del acto administrativo y su inconstitucionalidad, en cuyo caso la sentencia declara sin efectos, en el caso concreto, el acto por estas circunstancias" (1)

#### el la justicia administrativa como forma autodefensiva

¿ Es posible considerar a la actividad jurisdiccional que realiza el órgano ejecutivo como forma autodefensiva? y si esto -- fuera cierto, ¿ sería autodefensa, -- (contraviene lo señalado en el -- primer párrafo del artículo 17 constitucional? Consideramos que es conveniente analizar cada una de estas cuestiones por separado.

A primera vista parece que el ejercicio de la justicia -- administrativa constituye forma autodefensiva, en virtud de que se reúnen las utilidades de juez y parte en una sola persona, es decir, en la esfera administrativa. Ergo, consideramos que dicha configuración proviene de una interpretación rigida del principio de división de

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, México 1963. 2a. edición, pág. 417.

poderes (infra 1) según la cual las funciones del Estado deben estar perfectamente delimitadas, en legislativa, judicial y ejecutiva.

En nuestro punto de vista, la interpretación al principio de la división de poderes ha evolucionado a tal grado que se admite ya su flexibilidad y mayor número de excepciones. El Estado y como consecuencia, el ejercicio de la soberanía, es indivisible; para realizar sus funciones el Estado debe distribuir su competencia en diversos órganos.

En relación con lo anterior, creemos que no es correcto indicar que el Estado sea juez y parte en la justicia administrativa; el ejercicio de las funciones del Estado se efectúan por este mismo y cuando él, en ejercicio de dichas facultades, realiza la función jurisdiccional, esto no quiere decir que se convierta en parte en el mismo asunto que juzga, ya que no está en ese momento en su fase ejecutiva, sino ejerciendo su potestad jurisdiccional.

Además, no es posible hablar de una total independencia de las funciones del Estado. En efecto, encontramos en la Constitución mexicana una serie de disposiciones que reafirman lo anterior. Dichas disposiciones a manera de ejemplo son:

Art. 73 constitucional "El Congreso tiene facultad:

---

Infra 1. Dicha teoría tiene muchísimos antecedentes, pero se considera como el padre de ella a Montesquieu, quien en su "Espíritu de las Leyes", hace la apología de ella.

Nuestra Constitución la recoge en su artículo 49, que a la letra dice: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial".

XII "Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo;

XXVII "Para aceptar la renuncia del cargo de Presidente de la República";

Art. 76 C "Son facultades exclusivas del senado:

I "Analizar la política exterior desarrollada por el -- Ejecutivo Federal, con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso, además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la -- Unión;

Art. 69 C "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

XVIII "Nombrar ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter los nombramientos, las licencias y las renunciaciones de -- ellos a la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión -- Permanente, en su caso;"

En vista de todo esto, podemos señalar que, al menos en México, el ejercicio de la justicia administrativa, a diferencia -- de lo que señala Alcalá-Zamora, no constituye forma autodefensiva.

Respecto de que si es violatorio del artículo 17 constitucional, el simple hecho de que no se configure el supuesto jurídico de que dicha disposición habla, impide su violación. Pero -- además, debemos señalar, que en virtud del principio de no contradicción constitucional y en virtud de que la justicia administrativa está autorizada constitucionalmente, no puede ésta controver-- nir ninguna disposición de nuestra ley magna.

## AVERIA GRUESA

### a) Definición

Olvera de Luna la define como "el daño que recibe la embarcación a su cargamento, si es ocasionado deliberadamente para evitar mayores perjuicios al buque o su cargamento" (1)

La Regla A de las Reglas de York-Amberes de 1950, señala que "se considerará que existe un acto de avería común solamente cuando deliberada y razonablemente se efectúa un sacrificio extraordinario en bien de la seguridad común, para preservar de un peligro los bienes comprometidos en una expedición marítima".

Art. 256. LNC: "Es avería gruesa o común todo daño o gasto extraordinario, ocasionado deliberada y directamente por actos del capitán al buque o a su cargamento, para salvarlo de un riesgo conocido y real".

### b) Antecedentes históricos

Desde que se tienen noticias de regulaciones marítimas, se sostuvo la idea de repartir entre todos los interesados en una expedición por mar, los gastos que se ocasionarían por averías ocurridas durante ellas.

El Digesto de Justiniano recogió su regulación en la forma "Lex Rodia de Jactu"; hicieron referencia a ellas los Roles de Oleron (siglo XII); hacen mención a ella la Olibre del Consolat de Mar y las Ordenanzas de Bilbao. De ella se ocupa el Código-

---

1. OLVERA DE LUNA, Omar, "Manual de Derecho Marítimo", Editorial Porrúa, México 1981, primera edición, pág. 119.

de Napoleón y de él pasa a los Códigos contemporáneos. En el ámbito internacional se encuentra regulada por las Reglas de York y Amberes.

### c) Naturaleza jurídica

En cuanto a las causas que obligan a los titulares de los bienes salvados a la contribución y dejan sin responsabilidad al capitán, o al que ha efectuado el acto de averfa, son muchas - las teorías existentes. Resumimos las más importantes: (1)

1° Enriquecimiento sin causa. La acción del capitán beneficia al naviero y a determinados cargadores que se enriquecen con el empobrecimiento ajeno. Basan la acción contributiva derivándola de una obligación cuasi- contractual, ya que el enriquecimiento sin causa es presentado corrientemente en esta forma.

2°. Gestión de negocios ajenos. El capitán está facultado por la ley para causarla e incluso tiene la obligación de llevarla a cabo. Además, puede actuar y actúa muchas veces contra la voluntad del afectado.

3°. Función social. Responde a la idea de que a la propiedad no se encuentra únicamente al servicio de su titular, sino también del de la sociedad. Esta se encuentra interesada en el mantenimiento de los bienes que están en peligro, ya que su conservación es de eficacia para la realización de los bienes sociales: no tan sólo en el beneficio de sus propietarios, sino de toda la colectividad, el capitán tiene el deber de velar por ellos; la ley se obliga en este sentido.

---

1. NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA, publicada bajo la dirección de Carlos Z. Lascañas, Francisco Seix editor, Barcelona 1951, tomo III, pág. 195.

4°. Seguro mutuo implícito. Existe solidaridad entre arador y cargadores válida tanto en lo favorable como en lo adverso. Es un riesgo colectivo la salvación del objeto común; justo es que el perjuicio de lo perdido lo sea también.

5°. Prevalencia del interés preferente. Está íntimamente relacionada con el estado de necesidad en que se hallan los intereses embarcados.

Dice Olivera de Luna que "la teoría más moderna, la que tiende a considerar que el fundamento de la obligación de contribuir a la avería gruesa, estriba en la legalidad o en la consensualidad, ya que cuando dicha avería se produce, o bien es ésta liquidada de acuerdo a las Reglas de York y Amberes por pacto previo de las partes, o bien es liquidada de acuerdo a la ley positiva en ausencia de cualquier otro pacto, argumento este último que deja prácticamente resuelto cualquier problema que las teorías antes mencionadas, pudiera plantear" (1)

Regla "5" Reglas de York-Amberes "Los sacrificios y los gastos de avería común serán soportados por los diversos intereses que habrán de contribuir según las condiciones indicadas más adelante".

Art. 257. LNCM "El importe de las averías gruesas será a cargo de todos los interesados en la travesía marítima, en proporción al monto de sus respectivos intereses".

d) Elementos constitutivos de las averías gruesas

1. El acto de avería
2. El sacrificio

3. El peligro común
4. El resultado útil del sacrificio
5. La obligación de contribuir
6. La masa acreedora
7. La masa deudora o contribuyente

e) Ejemplos de averías gruesas

1. La echazón

"Es la echazón un acto jurídico regulado por el Derecho marítimo que consiste en el hecho de arrojar al mar, deliberadamente, mercancías o aparejos del buque, o ambas cosas, con el fin de evitar un peligro conocido y efectivo que amenace el interés común de la empresa de navegación" (1)

2. Extinción de incendio a bordo

Regla III "Se pagará como avería común el daño que sufran el buque y la carga o alguno de ellos, que ocasione el agua u otra causa, así como el daño que resulte de una encalladura voluntaria o por practicar aberturas en el navio incendiado para extinguir el fuego a bordo; pero no se abonará suma alguna por el daño que se cause a la parte del buque y a la carga a granel o a los fardos separados que se hayan incendiado"

Art. 265, LNCM "En caso de incendio, no se considerarán como avería gruesa los daños causados a los objetos que ya hubieren estado ardiendo, salvo que hayan sido arrojados para apagar el fuego"

3. Encalladura voluntaria

Regla V "Cuando un buque es encallado voluntariamente y las circunstancias sean de tal manera que si no se hubiera tomado

---

1. NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA, publicada bajo la dirección de Carlos E. Mas--  
carenas, Francisco Seix editor, Barcelona 1956, tomo VIII, pág. 1.

esta medida inevitablemente habría embarrancado en la costa o sobre las rocas, no se considerará como avería común ninguna pérdida o avería que resulte para el buque, carga y flete o para cualquiera de ellos, por esta encalladura voluntaria, pero la pérdida o daño ocasionados para volverlo a poner a flote se considerarán como avería común. En todos los demás casos en los que el buque sea encallado voluntariamente por causa de seguridad común, la pérdida o el daño que resultaren serán considerados como avería común".

#### 4. Velamen forzado. Daño o pérdida de las velas.

Regla VII "La avería o pérdida sufrida por el velamen y por las perchas o cualesquiera de ellos, motivada por la seguridad común y ocurrida al intentar poner a flote el buque o al intentar llevarlo hacia la costa, se considerará avería común".

#### 5. Arribada forzosa

"Entrada de una nave mercante a puerto distinto del de su destino, por causa legítima (falta de viveres, temor de embargo, existencia en su ruta de piratas o corsarios o accidente que le inhabilite para navegar) acordada, a propuesta del capitán, por sus oficiales y los interesados en la carga que se encuentren presentes". (1)

#### 6. Salarios y manutención de la tripulación y otros gastos.

Regla XI "Los salarios y manutención del capitán, oficiales y demás tripulantes razonablemente devengados, así como el combustible y los aprovisionamientos consumidos durante la prolonga--

1. PIZA, Rafael De y PIZA VARA, Rafael De, "Diccionario de Derecho" Editorial--Porra, México 1970, novena edición, pág. 101.

ción de un viaje... deben ser admitidos en avería gruesa..."

f) Liquidación de las averías gruesas.

Art. 260 LNCM "Para la liquidación de la avería gruesa o común, se tomará como base el valor de las mercancías tengan o hayan de tener en la fecha y puerto de llegada".

Art. 261 LNCM "Para determinar la cuota de contribución en la liquidación de la avería, la masa contribuyente se formará--sumado el valor del buque y demás bienes salvados, calculados conforme al que tenga el día de su llegada a puerto más el valor de la avería. Dicha suma se dividirá entre el importe de la avería. El resultado será, como por ciento sobre el valor de los bienes, la base de la cuota de contribución".

Art. 262 LNCH "La diferencia entre lo obtenido y el valor de los bienes afectados se considerará como pérdida para los efectos de la liquidación de la avería."

Art. 263 LNCM "Los equipajes y los efectos personales de los pasajeros no constituirán a la avería gruesa".

Art. 264 LNCM "Del importe de los daños causados al buque se reducirá el por ciento que las partes convengan por diferencia - de nuevo a viejo; en caso de discrepancia resolverá el juez con audiencia de peritos".

g) La avería gruesa como forma autodefensiva.

En nuestro punto de vista, el ejercicio de la avería gruesa, en Derecho marítimo, constituye un caso particular de un estado de necesidad. Es indudable que, en esta figura, se sacrifica un interés, el menos importante, a favor de otro interés, considerado el preponderante.

En relación con lo anterior, en la búsqueda de salvaguardar el interés preferente, la avería gruesa constituye una forma - autodefensiva, manifestada en la defensa de un derecho.

Como apuntamos al referirnos a la legítima defensa, este tipo de figuras es imposible que desaparezcan, en virtud de su enorme utilidad e importancia, por lo que una vez más nos manifestamos por la reforma del primer párrafo del artículo 17 constitucional, - que al no admitir excepción alguna, choca con este tipo de instituciones.

Indica el maestro Cervantes Ahumada que "la tendencia, - según hemos visto en la evolución de las Reglas de York y Amberes, - ha sido no a suprimir la institución, sino a armonizarla con los - adelantos técnicos de la navegación.

"Y habrá de sobrevivir, no sólo por la venerabilidad que le da su gloriosa tradición, sino por la idea fundamental de la justicia que debe precidir las relaciones de quienes van interesados - en la aventura del mar" (1)

1. CERVANTES AHUMADA, RAÚL, "Derecho Marítimo", Editorial Herrero, México 1984, - primera edición reformada, pág. 940.

EL DEPECHO DE LA GUERRA (JUS IN BELLO)

a) Definición.

Indica Seara Vázquez que "puede definirse a la guerra - como una lucha armada entre Estados, destinada a imponer la voluntad de uno de los bandos en conflicto, y cuyo desencadenamiento - provoca la aplicación del estatuto internacional que forma el conjunto de las leyes de guerra" (1)

Arellano García dice que "la guerra es la situación -- jurídica en la que se encuentran inmersos varios Estados y que implica la actual o futura realización de actos de violencia recíproca generalizada, con ruptura de las relaciones pacíficas" (2)

b) Causas de la guerra.

Señala Arellano García que "es importante determinar las causas de la guerra, ya que ello permite, al menos por la doctrina, clasificar a la guerra como justa e injusta" (3)

Causas de la guerra pueden ser:

- 1.- Asuntos graves o desavenencias entre Estados.
- 2.- Participación a través de alianzas.
- 3.- La defensa.
- 4.- La recuperación de las cosas.

- 
1. SEARA VAZQUEZ, Modesto, "Derecho Internacional Público", Editorial Porrúa, - México 1983, novena edición, pág. 369.
  2. ARELLANO GARCIA, Carlos, "Derecho Internacional Público", Editorial Porrúa, - México 1963, primera edición, vol. II, pág. 345.
  3. ARELLANO GARCIA, Carlos, "Derecho Internacional Público", pág. 345.

### 5.- El castigo.

De lo anterior, deducen Vitoria y Suárez, para que una guerra sea justa se requiere que concurren los siguientes elementos:

#### "1.- De carácter objetivo:

I. "Declaración por autoridad competente.

II. "Justa causa.

III. "Certeza moral de la victoria.

#### "2.- De carácter subjetivo:

I. "Ultima ratio (agotamiento de todos los medios pacíficos).

II. "Recto modo.

III. "Finalidad de alcanzar una paz justa" (1)

#### c) Clasificación de la guerra

Desde el punto de vista del lugar donde se desarrollan las operaciones, la guerra puede ser:

#### 1.- Guerra terrestre.

Rigen a este tipo de guerra las siguientes disposiciones:-

I. Convención II de la Haya, concerniente a las leyes y usos de la guerra terrestre (1899).

II. Convención IV de la Haya, concerniente a las leyes y usos de la guerra terrestre (1907).

III. Convención V de la Haya, concerniente a los derechos-

---

1. Citados por ARELLANO GARCIA, Carlos, "Derecho Internacional ...", pág 393.

y deberes de las potencias en caso de guerra terrestre.

IV. Protocolo I de Ginebra, sobre los conflictos armados internacionales (1977).

V. Protocolo II de Ginebra, sobre protección a las víctimas de conflictos armados internacionales.

## 2.- Guerra marítima.

Entre las disposiciones que la regulan, podemos señalar las siguientes:

I. Convención VIII de la Haya, relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (1907).

II. Convención X de la Haya, para la adaptación de los principios de Ginebra a la guerra marítima.

III. Protocolo de Londres, sobre el empleo de submarinos contra navíos mercantes (1936).

## 3.- Guerra aérea.

Podemos indicar la siguiente fuente jurídica:

I. Declaración XIV de la Haya, relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde los globos (1907).

## 4.- Guerra total.

Se caracteriza por tener objetivos militares limitados: destrucción del potencial militar y económico del enemigo en su totalidad y una devastación tan grande como sea posible del país, poniendo al enemigo a merced del vencedor.

### d) El inicio de la guerra.

Según el Derecho internacional, una guerra puede empezar con una declaración de guerra o con el comienzo efectivo de las hog

tilidades. Sin embargo, el III Convenio de la Haya de 1° de octubre de 1907, sobre apertura de hostilidades, obliga a las partes a no iniciarlas sin un aviso previo e inequívoco bajo la forma de una declaración de guerra motivada o de un ultimátum como declaración de guerra condicional. La potencia signataria que recurre a la guerra sin respetar estas normas, incurrirá en responsabilidad internacional, pero aun así, habrá guerra en el sentido del Derecho internacional.

e) El fin de la guerra.

Existen diferentes formas de concluir la guerra, a saber:

1.- La suspensión de armas.

"Es un acuerdo limitado en el aspecto espacial y temporal, concluido entre jefes militares y tendiente a la consecución de un fin concreto: cuidado de los heridos, evacuación de la población civil" (1)

2.- La capitulación.

"Es un instrumento jurídico de carácter convencional, concluido también entre jefes militares y cuyo efecto es el rendimiento de un grupo armado, parte de uno de los ejércitos combatientes al otro beligerante, poniendo así fin a su resistencia" (2)

3.- El armisticio.

"Es un acuerdo por el cual se suspenden de modo provisional las hostilidades entre los beligerantes" (3)

---

1. SEARA VAZQUEZ, Modesto, op. cit., pág. 403.

2. Idem.

3. Idem.

4.- Tratado de paz.

"Es el acuerdo entre beligerantes tendiente a poner fin definitivamente al estado de guerra existente entre ellos" (1)

5.- La rendición incondicional.

"Esta institución tiene su origen en la segunda guerra mundial y caracteriza por la sumisión total del Estado vencido a los vencedores" (2)

6.- Acción de las Naciones Unidas. (infra 1)

f) Principios del derecho de la guerra.

1.- Las acciones militares solo pueden dirigirse directamente contra combatientes y objetivos militares.

2.- Están prohibidos todos los medios de lucha que causen sufrimientos o daños superfluos, es decir, que no sean necesarios para la derrota del enemigo.

3.- Están prohibidos los medios de lucha péfidos, o sea que atenten al honor militar. (3)

g) La neutralidad.

Señala Arellano García que "la neutralidad internacional

1. SEARA VAZQUEZ, Modesto, op. cit., pág. 403

2. Idem.

Infra 1. Confróntese los artículos 39 al 51 de la Carta de las Naciones Unidas.-

3. VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", Biblioteca Jurídica Agui- lar, Madrid 1980, sexta edición, pág 417.

es la institución jurídica en virtud de la cual se determinan los derechos y obligaciones de los países que se abstienen de participar en una guerra, sea internacional o interna" (1)

h) La legítima defensa internacional.

Art. 51 CNN "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta en tanto el Consejo de Seguridad no haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales"

i) La guerra como forma autodefensiva.

La "extrema ratio" de los conflictos internacionales, es decir, la guerra, constituye la más violenta de las manifestaciones autodefensivas.

La imposición coactiva de los intereses de un Estado, el más poderoso a otro, generalmente injustamente, es la más peligrosa forma autotutelar que, en un estado ideal de cosas, la comunidad internacional debe esforzarse por erradicar.

Paradójicamente, se habla de un "derecho de la guerra", cuando ésta es la negación de lo jurídico, la antítesis de lo legal, el rechazo del Derecho.

La sociedad no puede permitir que los conflictos entre ella se solucionen a través de la fuerza armada. Si no ha proscrito I. ARELLANO GARCÍA, Carlos, "Derecho Internacional Público", pág. 452.

la guerra, por lo menos ha instrumentado una serie de disposiciones que la limitan y la regulan.

Por todo lo anterior, indicamos que la guerra, como forma bilateral autodefensiva de resolver conflictos, es la más detestable manifestación autotutelar y que, toda disposición que la tolere o permita, es violatoria del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Bellas palabras de Voltaire nos sirven de colofón a este tema:

"Parece que habiendo Dios dotado de razón al hombre, debía ésta inducirle a no envilecerse imitando a los animales, y con mayor motivo no dotándole la naturaleza ni de armas para matar a sus semejantes ni del instinto de beber su sangre" (1)

---

1. VOLTAIRE, "Cartas Filosóficas y otros Escritos (la guerra)", Editorial Sarpe, Madrid 1983, pág. 192.

## EL DERECHO A LA REVOLUCION

### a) Definición.

Tena Ramírez señala que la revolución "es la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Estado" (1)

Señala el maestro Burgoa que "en la implicación de la esencia misma de todo movimiento revolucionario genuino pueden observarse distintos atributos concurrentes que lo peculiarizan, - - pues faltando alguno de ellos en cualquier fenómeno insurgente, éste no tiene el carácter de una verdadera revolución. En nuestro modesto concepto, tales atributos pueden ser los siguientes:

1. "Tendencia a romper o sustituir un estado de cosas -- jurídico o fáctico imperante por medios no autorizados o reprobados por éste;

2. "Que tal tendencia se manifieste en el designio fundamental de lograr el mejoramiento de las mayorías populares en los aspectos sociales, políticos, culturales o económicos de su vida;

3. "Que las ideas y principios sobre los que dicho designio se sustente cristalicen en una normación jurídica fundamental (Constitución); o se reimplanten mediante el establecimiento del orden constitucional quebrantado o subvertido que los consagre;

---

1. TENA RAMIREZ, Felipe, "Derecho Constitucional Mexicano" Editorial Porrúa, - México 1985, vigesimoprimera edición, pág. 65.

4. "Que el movimiento de que se trate, una vez que haya triunfado sobre sus adversarios u opositores o conseguido la dominación de la situación anormal y violenta por él provocada, sea -- respaldado por una mayoría popular menos aceptada expresa o tácitamente por ella" (1)

b) Naturaleza jurídica

¿ Reconoce la Constitución mexicana el derecho a la revolución? Diversas opiniones se han sustentado al respecto:

Dice Mario de la Cueva que "las leyes no son ni pueden ser eternas y que solamente la concepción teológica y la escuela racionalista sostuvieron la inmutabilidad del derecho" (2)

Manifiesta Tena Ramírez que "hay, pues en nuestro derecho, como manifestación de la superlegalidad constitucional, el principio de que la ley suprema no está al alcance de las revoluciones" (3)

El maestro Burgoa dice "que la inviolabilidad de la Constitución no pugna con la potestad natural de todo pueblo para desconocerlo, quebrantarla, sustituirla por una nueva o reformada esencialmente, pues dicha potestad no es otra cosa que el poder constituyente con que está investido. Por ende, como también aseveramos, la constitución es jurídicamente inviolable frente a movimientos de diversa índole y de diferentes tendencias personales,

1. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano" Editorial Porrúa, México 1985, sexta edición, pág. 135
2. DE LA CUEVA, Mario, "Teoría de la Constitución" Editorial Porrúa, México-1982, primera edición, pág. 127.
3. TENA RAMÍREZ, Felipe, op. cit. pág. 67.

pluripersonales o provenientes de grupos o sectores, que no tengan un carácter auténticamente revolucionario en los términos del concepto que expusimos, calificación que sólo es dable formular a posteriori, mediante la ponderación de las situaciones de hecho - que en la historia de cualquier país suelen presentarse" (1)

#### Opinión personal

Consideramos, que el fundamento del derecho a la revolución se encuentra en la siguientes disposiciones constitucionales:

Art. 39 constitucional "La soberanía nacional reside - - esencial y originalmente en el pueblo.

"Todo poder público dimana del pueblo y se instituye - - para su beneficio. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable-derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno".

Art. 136 C "Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia.- En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un - gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego- como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubiera expedido, serán juzgados, así los que hubieran figurado en el go- - bierno emanado de la rebelión, como los que hubieran cooperado a- ésta"

El primer precepto, dice Martínez de la Serna, "prohija- la revolución; en cambio puede parecer lo contrario en el artícu- lo 136. Todo el título noveno es para este precepto y se intitula: De la inviolabilidad de la Constitución; debemos pues separar conceptos. El 39 instituye la soberanía del pueblo y lo inviste del - inalienable derecho de modificar la forma de gobierno. El 136 im-

pone la inviolabilidad de la Constitución. Se refiere a una parte minoritaria del pueblo que atenta contra la Constitución. En el - 39, por el contrario, es el pueblo el que tiene el inalienable derecho de alterar la forma de su gobierno: de hacer la revolución. Lejos pues de oponerse, se complementan estas normas de la Constitución" (1).

Consideramos que si existe un derecho a la revolución -- reconocido por nuestra Legislación Fundamental. Sin embargo, no es posible aceptar que la Constitución se declare suicida alojando en su seno el germen de su propia destrucción.

Indica Martínez que "en lugar de ser el 39 germen de la destrucción de la Ley Magna, se convierte en germen dentro de la - Constitución de un nuevo y futuro orden jurídico, expresión de la dinámica y cambiante vida del derecho, ajustando a las muchas necesidades sociales. El pueblo no puede estar sujeto a moldes indestructibles, son éstos los que tienen que adaptarse a aquel. La frase protagónica será siempre infalible: el hombre es la medida de todas las cosas" (1).

#### c) Figuras afines

Encontramos ciertas figuras, que sin llegar a constituir una revolución, son diversas formas de manifestación de inconformidad pública. Podemos señalar las más importantes:

##### 1. El golpe de Estado

" El golpe de Estado consiste siempre en la expulsión - violenta de los titulares del poder. Vale decir que esta constituf-

1. MARTÍNEZ DE LA SERNA, Juan Antonio, "Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, México 1983, primera edición, pág. 53.

2. op. cit. pag. 53.

do por una serie de hechos humanos por lo general de naturaleza física, que dan como resultado la expulsión de las autoridades -- constituidas" (1)

## 2. Rebelión

Art. 132. Código Penal. "Se aplicará... a los que, no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas tratan de:

I. "Abolir o reformar la Constitución Política de los -- Estados Unidos Mexicanos;

II. "Reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación. o su libre ejercicio, y

III. " Separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2º. de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos -- Funcionarios de los Estados"

## 3. Motín

Art. 131 C.P. "Se aplicará... a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación".

---

1. ENCICLOPEDIA JURIDICA ONEBA, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires 1969, tomo XIII, pág. 353

#### 4. Sedición

Art. 130 C.P. "Se aplicará... a los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con algunas de las finalidades a que se refiere el artículo 132."

d) La revolución como forma autodefensiva.

Como forma violenta de cambio de estructuras del poder, la revolución es una forma autodefensiva, con todas las características y peligros que ella conlleva.

Sin embargo, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 39 y 136 constitucionales, donde, como ya manifestamos, implícitamente se reconoce el derecho a la revolución y en virtud del principio lógico, al que ya hicimos referencia en otro apartado, de la no contradicción constitucional, no podemos indicar que el ejercicio de la revolución sea violatorio de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Otro tanto sucede cuando nos referimos a diversas manifestaciones autodefensivas, tales como el golpe de Estado, la rebelión, etc., ellas tampoco constituyen excepción al principio de la prohibición de la justicia por mano propia, en virtud de su proscripción por el Código punitivo.

Concluimos que, al menos en el medio jurídico mexicano, el ejercicio del derecho a la revolución no es violatorio del primer párrafo del artículo 17 constitucional, siempre y cuando dicha revolución tenga el carácter de tal, con los elementos que ya hemos señalado anteriormente.

## CONCEPTOS GENERALES

Con el fin de terminar este capítulo, y para concluir - el análisis de las figuras jurídicas que, según Alcalá-Zamora, -- constituyen formas autodefensivas, resumiremos aquí las más importantes:

### a) La retorsión

Seara Vázquez dice que "es una medida de presión no contraria al Derecho Internacional, tomada por un Estado que el primero considera perjudicial para sus intereses o su prestigio". (1)

Eminentemente la retorsión es una forma autodefensiva

### b) El boicot

"Es el aislamiento de un patrono o empresa patronal declarado por los obreros como medida de coacción destinada a conseguir determinadas mejoras en sus condiciones de trabajo". (2)

### c) El sabotaje

" Es el acto de violencia cometido contra la instalación industrial o negación mercantil, con el propósito de causar un daño al propietario, motivado por la existencia de algún conflicto --

---

1. SEARA VAZQUEZ, Modesto, op. cit., pág. 381.

2. FINA, Rafael de y FINA VARA, Rafael, "Diccionario de Derecho", pág. 127.

obrero patronal. (3)

Sin lugar a dudas el sabotaje es una forma autodefensiva.

d) Ocupación bélica.

"Situación en que se encuentra colocado de hecho un territorio bajo la presión de un ejercicio enemigo" (4)

Como todas las acciones armadas, la ocupación bélica es una manifestación autodefensiva.

e) Intervención

"Es la intromisión de un Estado en los asuntos propios de otro, con la pretensión de imponerle una determinada orientación, en la política nacional e internacional o en cualquiera de ellas" (5)

La intervención es una forma autodefensiva.

f) Ley de fugas.

Constituye un modo de juzgamiento sumarismo. A las personas que se les aplicaba, se les ordenaba, primero, correr hacia un determinado lugar y luego, por la espalda, se les asesinaba. - Posteriormente, para justificarse, se señalaba que los prisioneros habían intentado huir. Es una práctica muy común en los regímenes totalitarios.

---

1. PINA, Rafael de y PINA VERA, Rafael de, op. cit., pág. 424.

2. SEARA VAZQUEZ, Modesto, op. cit., pág. 359.

3. PINA, Rafael de y PINA VERA, Rafael de, op. cit., pág. 308.

Como figura manifiesta en los gobiernos de facto, la --  
"ley de fugas" es típicamente autodefensiva.

Todas estas figuras de facto, como hemos visto, son for  
mas autodefensivas, pero no son violatorias del primer párrafo del  
artículo 17 constitucional, en virtud de que ninguna ley mexicana-  
las autoriza.

## CONSIDERACIONES FINALES

La sociedad, entendida como el núcleo humano donde se manifiestan un sinnúmero de interacciones individuales, tiene como uno de sus principales elementos generadores, la búsqueda de la satisfacción de las necesidades humanas. Los hombres se agrupan, porque la consecución de sus requerimientos no puede ser lograda aisladamente.

Para la satisfacción de sus necesidades, el hombre ha seguido dos rumbos: el de la solidaridad de intereses, entendida como el fenómeno colectivo, de hombres que buscan la misma finalidad y que unen esfuerzos para lograrla, y el del conflicto de intereses, que surge cuando la posibilidad favorable de satisfacer un interés, excluye a otra situación favorable de satisfacción, respecto de un mismo objeto.

El primer camino es el ideal, ya que supone una actividad solidaria, pero, dada la naturaleza humana, a veces tan egoísta, es muy difícil que dicha solidaridad se alcance. El segundo rumbo, el del conflicto de intereses, por desgracia se manifiesta frecuentemente. Cuando hay un sólo satisfactor y dos o más personas lo requieren, la presencia del conflicto es inminente.

La cohesión social es importantísima, en virtud de que en ella se logra la satisfacción de la mayor parte de las necesidades humanas; el conflicto de intereses atenta contra dicha cohesión, por lo que la sociedad está muy interesada en la búsqueda de su solución.

El Derecho, como producto social, tiene su origen en la necesidad colectiva de encontrar solución a todo aquello que atenta contra la unidad social, siendo el conflicto de intereses el problema principal y el que constituye la médula de lo jurídico. Las normas jurídicas surgen como una respuesta a la necesidad humana de encontrar el modo de prevenir el litigio.

Entendemos el litigio como la conflictiva de intereses de trascendencia jurídica, caracterizado por la presencia de dos fuerzas (pretensión y resistencia) en la cual la primera busca so meter a la segunda.

Para solucionar el litigio, el hombre ha diseñado diversas formas, las cuales, de una manera u otra, resuelven el choque de intereses.

Las formas de solución se clasifican, en razón de la persona sobre quien recae la decisión, en: inter-partes (autocomposición lato sensu) o extra-partes (heterocomposición).

Dentro de las formas autocompositivas encontramos las siguientes manifestaciones específicas:

1.- La autodefensa, concebida como la solución al litigio proveniente de una de las partes en conflicto (unilateral) o de ambas (bilateral), generalmente injusta, antijurídica y, en algunos casos violenta, en la que se subordina el interés ajeno al propio.

La denominación "autodefensa" y todas aquellas que la doctrina ha señalado, tales como "autotutela", "defensa privada", "autojusticia", "autoayuda", "defensa extrajudicial o privada de un derecho", etc., adolecen de muchas imperfecciones y no llegan a caracterizar completamente el fenómeno estudiado.

Después de analizar las características de dicho fenómeno, proponemos la denominación siguiente:

"Decisión impuesta inter-partes"

Entendemos por "decidir", el pronunciar un juicio sobre una cosa discutida. Decimos que es una "decisión" en virtud de que es característica esencial de este fenómeno la solución al litigio, y a través de ella, dicho fin se obtiene.

"Imponer" significa hacer prevalecer algo. Indicamos - que es "impuesta" porque este es el elemento que lo diferencia de la autocomposición stricto sensu, ya que en esta última solución, la decisión es pactada, y en la forma de resolución que buscamos\_ caracterizar, quien emite su veredicto somete a su interés la pre- tensión, ya sea negativa o positiva, de su oponente. Dicha im- posición puede ser por la mayor fuerza, por la mayor habilidad, por la mayor astucia, etc.

Señalamos que es "inter-partes", en razón de que este - es el punto que lo separa de todas las figuras heterocompositi- - vas: el hecho de que la solución proviene de las partes en conflic- to: ellas mismas dan respuesta a su problema, sin necesidad de que otra persona, ajena o no a ellas, intervenga para dirimir el plei- to.

Sin embargo, el hecho de que propongamos la denominación anteriormente descrita, no significa que pretendamos desvirtuar -- que el término "autodefensa" es un vocablo tradicionalmente acepta- do, ya no por su certeza científica, sino por la sencillez de su - uso y porque, pedagógicamente, es más fácil de aprender. En vista de ésto, continuaremos usando la terminología antes señalada, pero aquí dejamos nuestra proposición a manera de aportación en este di- fícil y complicado asunto.

Dentro de las diversas clasificaciones autodefensivas -- encontramos aquélla que se basa en el reconocimiento que el legis- lador hace de ella, en virtud del cual la autodefensa puede ser -- lícita, tolerada o prohibida.

Además, en cuanto a su desenvolvimiento, la autodefensa\_ puede ser sin regulación específica o con una regulación determi- - nada.

Por último, en cuanto a la procedencia de la agresión, - la autodefensa puede ser activa, cuando la actitud pretensiva y el ejercicio autodefensivo se reúnen en la misma persona, o pasiva, -

cuando quien ejercita la autotutela es afectado por un ataque previo, es decir, es el que asume la actitud de resistencia.

2.- La autocomposición stricto sensu, que es la solución al litigio proveniente de una o ambas partes, caracterizada por el sacrificio de que quien la asume hace de su interés, favoreciendo el del contrario.

Esta forma de solución se puede manifestar de tres maneras:

a) El allanamiento, que es la conducta asumida por el resistente, en la cual acepta las pretensiones del atacante.

b) La renuncia o el desistimiento, que es el abandono de la pretensión litigiosa deducida por el atacante.

c) La transacción, que es la actitud bilateral asumida por ambas partes, en la cual se hacen concesiones recíprocas.

Las formas heterocompositivas más importantes que analizamos a lo largo de este estudio fueron:

La amigable composición, que es la solución al litigio proveniente de un tercero en discordia (amigable componedor), donde su decisión es a conciencia.

El arbitraje, entendido como la solución al litigio emitida por una persona diferente a las partes, denominado árbitro, mediante un procedimiento específico y donde su resolución se denomina laudo.

El proceso jurisdiccional, el cuál es la solución al litigio proveniente de un tercero, denominado juez público, que por disposición legal es competente e imparcial, y cuya resolución se llama sentencia.

Las formas de solución al litigio revelan, de alguna manera, el grado de evolución que ha alcanzado el hombre: desde los inicios, cuando los conflictos se resolvían autodefensivamente, - forma por demás peligrosa ya que atenta contra la paz social que es el interés colectivo supremo, hasta el surgimiento del Estado y del Derecho, como productos naturales que responden a las necesidades de primer orden, con el consecuente monopolio estatal de impartir justicia, lo que creó el proceso jurisdiccional, que es la forma más perfecta diseñada por el hombre para dirimir sus conflictos.

La prohibición autodefensiva está consagrada en nuestro Texto Fundamental pues el legislador mexicano ha considerado que este es el medio más conveniente para erradicarla, por todos los males que ésta acarrea al conglomerado social.

#### La evolución de principio de prohibición de la autodefensa.

En el devenir histórico, el tránsito de la "vindicta -- privada" a los modernos sistemas de control jurisdiccional no ha seguido un desarrollo que pueda considerarse constante; es más, - en la época actual, el surgimiento de nuevas manifestaciones autodefensivas que antes no se conocían, pone en entredicho tal evolución.

Sin embargo, si queremos caracterizar el camino que han seguido las diversas formas que el hombre ha diseñado para impartir justicia, podemos hablar del siguiente orden:

1.- Defensa privada. Caracterizada por la ley del más fuerte. Una de las partes constriñe al otro para obligarlo a --- abandonar toda pretensión sobre el bien discutido. A esta etapa pertenecen las tribus primitivas.

2.- Compensación. Durante este estadio, donde ya empiezan a manifestarse las primeras normas jurídicas, tiene su imperio la Ley del Talión, donde el "ojo por ojo y diente por diente",

sin duda alguna sangriento, pero que respecto a la anterior etapa está más adelantada, es la norma aplicable. Dentro de este período quedan comprendidas las civilizaciones babilónicas, hebreas, griegas, Roma antigua, etc.

3.- Conciliación. Se presenta por la intervención de la familia y, cuando no era posible, por terceros. Dentro de esta etapa nace el arbitraje. Este período señala un enorme avance en las relaciones humanas.

4.- Intervención estatal. La monopolización de la impartición de la justicia, primero por las formas políticas pre-estatales y luego por el Estado, surge cuando la necesidad de cohesión social y la enorme cantidad de conflictos, hacen impostergable su intervención, de tal manera que la administración de justicia pasa a ser una función pública. Roma, principalmente en su época augusta, es un fiel ejemplo del inicio de esta etapa.

No obstante lo anterior, no podemos indicar que la trayectoria histórica de la autodefensa marche de más a menos, o sea de su predominio a su extinción. Si el derecho germánico significó un grave retroceso a los logros romanos, la época actual, de enorme incertidumbre mundial, no nos permite pronosticar el fin próximo de la autodefensa.

En México, la evolución de las formas de impartición de justicia siguió el camino anteriormente descrito, por lo que para conocer el desarrollo histórico de la prohibición a la defensa privada, únicamente es necesario analizar los diversos antecedentes constitucionales que han regido a nuestro país.

No encontramos antecedente inmediato del primer párrafo del artículo 17 de la Constitución mexicana vigente antes de 1857. Si bien las disposiciones fundamentales anteriores a esa fecha implementan un sistema de impartición de justicia, reservando dicha función a la actividad exclusiva estatal e implícitamente ne-

gando la intervención de los particulares, no existe en estas legislaciones ninguna disposición, en concreto, que prohíba la auto defensa.

La Constitución Política de 5 de febrero de 1857 constituye el único antecedente directo del párrafo constitucional en estudio. Es importante señalar que desde el debate a dicho artículo se hicieron objeciones a su inclusión y a sus posibles excepciones, por lo que la polémica que tratamos de analizar no constituye nada nuevo.

Sin embargo, el texto del artículo 17 de la Constitución citada, únicamente prohibía "el ejercicio de la violencia para reclamar derechos", por lo que podemos señalar que dichos legisladores no conocían el alcance de la autodefensa y es más, quizá ni siquiera intentaron proscribirla, sino que sólo buscaron erradicar el factor violencia.

La Constitución Política de 1917 agrega al párrafo de la legislación anterior, la disposición de que "nadie puede hacerse justicia por sí misma", lo que, en primera instancia, nos hace apuntar que el constituyente de Querétaro tenía una mejor noción, aunque de manera defectuosa, de lo que significaba la autodefensa.

La falta de discusión del artículo 17 de dicha Constitución, y su consecuente aprobación de trámite, impidió a los legisladores analizar el texto y contexto de dicha disposición. Respecto al texto, su redacción fue muy defectuosa y respecto al contexto, no estudiaron los graves problemas que traería su inclusión en la Ley Fundamental, ya que al estar redactado en términos tal absolutos, no da lugar a ninguna excepción.

La Reforma al Artículo 17 Constitucional de 1986 no afectó en nada la esencia del principio negatorio de la autodefensa. Empero, es conveniente indicar que dicha reforma adoleció de varios errores, tales como seguir considerando, como se deduce de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, que la --

prohibición autodefensiva es una garantía individual, el indicar el impreciso y vago concepto de "justicia completa", etc.

En el campo del Derecho comparado, la mayoría de las legislaciones constitucionales de otros países analizadas en este estudio, no incluyen en sus textos ninguna prohibición expresa a la autodefensa. Excepciones a lo anterior constituyen el artículo 70 de la Constitución de Honduras que la prohíbe en los mismos términos que la nuestra, y el artículo 66 de la Constitución de Paraguay, la cual incluso da lugar a excepciones expresamente determinadas, a diferencia de la Constitución mexicana.

El artículo 17 constitucional, primer párrafo. Una proposición de reforma.

Las garantías individuales son el medio de protección que tienen los gobernados frente a la acción del Estado como ente soberano, y cuyo objeto de protección son los llamados derechos públicos subjetivos.

Dichas garantías emanan de la norma objetiva, sin la cual no pueden existir. Sin adherirnos a la posición positivista del Derecho, consideramos que la fuente de los llamados "derechos del hombre" es la norma jurídica, porque para que éstos existan, es necesario su reconocimiento en el cuerpo legal, lo cual es indudable.

El artículo 17 constitucional contiene garantías de carácter formal, en virtud de que impone al Estado diversas obligaciones positivas, es decir, la impartición de justicia, su gratuidad, etc.

Contiene, además, garantías de seguridad jurídica que se traducen en obligaciones a cargo de las autoridades judiciales.

Estas consideraciones no son válidas para el primer párrafo del citado artículo, en razón de que no es una garantía -

individual, sino que es una prohibición hacia los gobernados.

El ejercicio de una garantía individual supone, necesariamente, una relación jurídica donde el sujeto obligado es el -- Estado y el sujeto beneficiado, es decir, los gobernados, están -- legitimados para exigirle al obligado una determinada conducta, -- que puede consistir en un hacer o en un no hacer.

El primer párrafo del artículo 17 constitucional contiene una prohibición a cargo de los gobernados; es en ellos sobre quienes recae la obligación, es decir, la abstención de realizar la conducta vedada por la ley, y en caso de contravenirla, la sanción será determinada por la legislación secundaria.

Creemos que la inclusión en el texto constitucional de una prohibición específica de la autotutela no tiene mucha razón de ser, ya que al reservar y organizar el Estado la función jurisdiccional, niega implícitamente a los particulares su intervención. Pero sabemos que no sería conveniente pronunciarnos por su derogación, en razón de que es un enunciado de enorme tradición -- en el medio jurídico mexicano, por lo que únicamente nos inclinamos por su adecuación.

Además, la redacción del primer párrafo del artículo 17 de la Constitución es sumamente defectuosa, ya que da lugar a un gran número de interpretaciones, tales como la vaguedad del término "justicia por mano propia" y lo cerrado de su redacción, ya que no permite excepción alguna. Con las limitaciones del caso, proponemos la siguiente redacción:

"El ejercicio de la autodefensa está prohibido en los -- Estados Unidos Mexicanos, salvo las excepciones que en razón del -- bien jurídico superior, del interés preferente o por utilidad pública autorice esta propia Constitución o las leyes secundarias".

Para entender este enunciado, es necesario precisar los siguientes conceptos:

1.- Bien jurídico. Un bien es aquella cosa que rinde algún beneficio al género humano. Un bien jurídico es toda cosa que, por su importancia, cae bajo la reglamentación del Derecho. Ejemplos de bienes jurídicos son la vida, la propiedad, el honor, etc.

2.- Interés preferente. Este concepto está íntimamente relacionado con el anterior. El interés es la manifestación objetiva hacia algo o alguien. Ante el choque de intereses, el Derecho tiene que decidir por el más importante.

3.- Utilidad pública. Es pública la utilidad que directa o indirectamente aprovecha a la generalidad de las personas -- que integran la colectividad, sin que ninguno pueda ser privado de ella, cuando representa un bien común de naturaleza material o moral.

Por último, dado que consideramos que la prohibición a la autodefensa no constituye de ninguna manera una garantía individual, creemos que está mal catalogada dentro del capítulo correspondiente a dichas garantías.

Proponemos se incluya en otro apartado constitucional, quizá en el de obligaciones a cargo de mexicanos o extranjeros o en el que organiza al Poder Judicial, pero nunca en el apartado en el que, por su naturaleza jurídica, no tiene ninguna razón de estar.

#### Excepciones al principio de negación de la autodefensa

Entendemos por "excepción" aquella cosa que se sale de la regla general. En el caso que nos ocupa, constituye excepción al principio de negación de la autodefensa, aquella figura que por sus características particulares, y por estar permitida o tolerada por el legislador, es autodefensiva y choca con la prohibición del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

En este estudio pretendimos analizar aquellas manifestaciones jurídicas que, según el maestro Niceto Alcalá-Zamora y que acepta la mayoría de la doctrina mexicana, son formas autodefensivas. Dichas figuras, en razón a la materia, son:

### 1.- El derecho de retención.

Es la facultad que tiene el acreedor para negarse a restituir a su deudor una cosa propiedad de éste, mientras no liquide lo que le adeude con relación a esa misma cosa, la cuál no fue dada en garantía.

Es una forma autodefensiva en virtud de que a través de la presión realizada por el acreedor, el conflicto puede llegar a resolverse sin intervención judicial. Si el conflicto no se resuelve, entonces no nos encontramos ante un caso de defensa privada. - En los términos tan absolutos en que está redactado el primer párrafo del artículo 17 constitucional, la autorización al derecho de retención es violatoria del mismo, sin embargo, esta figura no debe desaparecer en razón a su gran utilidad práctica.

### 2.- La patria potestad.

Es el conjunto de derechos y obligaciones respectivas, derivados de la filiación, que tienen los ascendientes sobre los descendientes (persona y bienes) en tanto son menores de edad.

Dentro del ejercicio de la patria potestad se pueden dar un sinnúmero de manifestaciones autodefensivas, en virtud de que quien la ejerce someterá, la mayoría de las veces, a su interés a quien la sufre.

Sin embargo, esta institución no puede desaparecer, ya que el núcleo familiar constituye la base social.

### 3.- El corte de las ramas y raíces de los árboles procedentes del predio vecino.

Es la facultad que tiene el propietario del fundo vecino de cortar las ramas y raíces de los árboles del otro predio cuando éstos atraviesen hacia su propiedad.

Esta figura constituye uno de los más arraigados casos - de autodefensa que nuestra legislación secundaria permite y por lo tanto, es violatoria del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Consideramos su aplicación sumamente peligrosa, ya que - atenta contra las relaciones de vecindad. Proponemos que para este tipo de casos se establezca un procedimiento sumarisimo, en la - cuál la autoridad judicial determine la validez de las reclamaciones vecinales.

4.- Destrucción y apropiación de los animales bravos y enjambres de abejas.

Es la facultad que se concede a los labradores para destruir a los animales bravos que les perjudiquen y, además, la facultad concedida a toda persona para capturar y apropiarse de los enjambres de abejas que no estén en colmenas y de todo tipo de animal suelto.

Respecto a la destrucción de animales, consideramos que es un caso especial del estado de necesidad, cuando para protegerse de un daño inminente, los labradores sacrifican al agente dañino. De tal manera, es autodefensiva esta manifestación, pero evidentemente no puede desaparecer.

Con relación a la apropiación, creemos que no es autodefensa, en razón a la reglamentación que le da la Ley Federal de Caza, la cuál obliga al cazador a obtener autorización previa ante la autoridad correspondiente.

5.- La legítima defensa.

Es la respuesta a una agresión antijurídica, actual e inminente, que pone en peligro bienes jurídicos propios o ajenos.

Este es un caso típico de autodefensa pasiva, ya que quien la ejerce sufre un ataque previo, que lo obliga a defenderse.

Esta institución nunca podrá desaparecer, ante la imposibilidad de que surja un Estado omnipresente.

#### 6.- El estado de necesidad.

Es el sacrificio de un bien jurídico, para salvar otro bien de igual o mayor valor que el sacrificado, en razón de un peligro inminente.

En el conflicto entre dos intereses que se reputan legítimos, el Derecho tiene que dar una solución válida, la cuál debe tender a la salvación de uno y no a la pérdida de los dos, cuando por razón de dicho conflicto, se hace necesario el sacrificio de uno de ellos.

El estado de necesidad es una forma de autodefensa, pero sería ilógico que negáramos su trascendencia.

#### 7.- El robo de famélico.

Es el apoderamiento, sin engaño ni medios violentos, por una sola vez, de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento.

La exclusión de un interés ajeno por otro que se considera preponderante, realizada por el agente titular de dicho interés, resulta una forma autodefensiva. De tal manera, no nos cabe duda que la autorización al robo de famélico es una excepción al primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Esta figura no desaparecerá mientras la pobreza y la ne-

cesidad existan.

#### 8.- Aborto terapéutico.

Es la muerte del producto de la concepción, a juicio del médico asistente, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre - que esto fuere posible, para evitar la muerte o la alteración de la salud de la mujer embarazada.

No es autodefensa, ya que la decisión, según manifiesta---ción de la ley, recae en un tercero imparcial, el médico, única persona capacitada por sus conocimientos técnicos para resolver el conflito de intereses, convirtiéndose, por disposición expresa, en órgano accidental de administración de justicia.

#### 9.- Aborto por causa de violación.

Es la facultad que la ley concede a la mujer de abortar - cuando su embarazo es producto de una violación.

En esta forma de aborto, el consentimiento de la madre, - una de las partes en conflicto, es esencial para que este se configure. De tal manera, el aborto por causa de violación es un caso de justicia por mano propia.

Sin embargo, no propugnamos por la desaparición de esta - manifestación, ya que reconocemos el derecho de la mujer a una maternidad deseada.

#### 10.- El homicidio o lesiones por infidelidad matrimonial - o por corrupción del descendiente.

Consiste en la privación de la vida, o únicamente el daño físico, que el conyuge o el ascendiente imponen a los adúlteros o - al corruptor del descendiente respectivamente, cuando los sorprenda en el acto carnal o próximo a su consumación, siempre que no haya -

dado lugar a dichos actos.

En virtud de que la legislación penal atenua la penalidad de esta figura unicamente por el trastorno mental en que se halla el ofensor y no le concede ejercicio de jurisdicción, concluimos que el homicidio o lesiones de que tratamos no es una manifestación autodefensiva.

#### 11.- El duelo.

Es la contienda material caracterizada por la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Desafío o reto.
- b) Elección de armas.
- c) Reglamentación del combate.
- d) Designación de testigos o padrinos.

La legislación penal mexicana ha reprimido el ejercicio del duelo, por lo que, en primera instancia, no podemos afirmar que sea violatorio del principio de negación de la autodefensa.

Sin embargo, el hecho de que lo reprima con una penalidad atenuada nos parece que contraviene el espíritu de dicha disposición.

#### 12.- La huelga.

Es la suspensión legal y temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores, en la búsqueda de mejores condiciones de trabajo y salarios.

En primera instancia, la huelga constituye forma autodefensiva, en razón a la presión que ejerce la coalición de trabajadores para lograr el fin propuesto.

---

Sin embargo, en virtud del principio de no contradicción constitucional no constituye violación al primer párrafo del artículo 17 constitucional y además, porque existe un procedimiento específico para llevarla a cabo, que se sigue ante una autoridad jurisdiccional.

Empero, consideramos conveniente la mayor participación estatal para resolver los conflictos de trabajo, ya que muchas veces el ejercicio del derecho de huelga es contraproducente y dañino.

#### 13.- El paro.

Es la suspensión temporal o definitiva de las relaciones de trabajo efectuada por los patrones.

En virtud de que en México el paro está sumamente limitado y, en los únicos casos en que se permite la protección al trabajador es en demasía y, además, para efectuarlo, el patrón debe recabar la autorización de las Juntas de Trabajo, concluimos que el paro no es una forma autodefensiva y por lo tanto, su reglamentación no viola el artículo 17 constitucional en su primer párrafo.

#### 14.- La cláusula de exclusión por separación.

Es la disposición del contrato colectivo de trabajo que permite a los sindicatos solicitar y conseguir del patrón la separación del trabajo de uno de sus integrantes que renuncie o sea expulsado de ese mismo sindicato.

Es autodefensiva en razón en que una de las partes (el sindicato) somete a su interés a la otra parte (el trabajador), logrando la separación de su empleo.

La reglamentación de dicha cláusula choca con la Constitución porque además de que trasgrede lo dispuesto en el primer --

párrafo del artículo 17 constitucional, viola lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, en razón de que nadie puede impedir a otra persona se dedique a cualquier actividad que lo desee, y si ésta es lícita.

#### 15.- Justicia deportiva.

Es el cúmulo de situaciones que pueden presentarse dentro de la práctica de un deporte, de manera profesional, y que tienen trascendencia jurídica.

Dentro del ejercicio de la actividad deportiva profesional se dan un gran número de manifestaciones autodefensivas tales como la situación laboral de los deportistas, las multas, los trasposos, etc., que sin lugar a duda, su autorización es violatoria -- del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Respecto a las lesiones deportivas, no podemos señalar -- que sean autodefensivas, por el simple hecho que entre los combatientes no hay ningún conflicto de intereses, presupuesto indispensable para que exista la autodefensa.

No obstante lo anterior, nos pronunciamos por una humanización del deporte, de tal manera que este cumpla cabalmente los -- fines para los que fue creada.

#### 16.- Expulsión de extranjeros

Es la facultad que tiene el Presidente de la República -- para hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin -- necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

En este caso, al concedérseles a los extranjeros la última vía posible es decir el amparo, no nos encontramos ante una forma de autodefensa, ya que será el Poder Judicial quien decidirá, en

última instancia sobre la procedencia de la expulsión o no.

Cuando no se les concede el amparo por ser hecho consumado, aunque es autodefensa, su autorización no es violatoria del artículo 17 constitucional, en razón al principio de no contradicción.

#### 17.- Justicia administrativa.

Es el conjunto de instituciones que rigen el procedimiento administrativo, con el objeto de tutelar los derechos y los intereses legítimos de los administrados.

No es violatoria del artículo 17 constitucional, en razón a que la justicia administrativa está autorizada por la propia Constitución, y en virtud del principio de no contradicción constitucional, nuestra ley magna no puede transgredirse a sí misma.

#### 18.- La avería gruesa.

Es el daño ocasionado intencionalmente al buque o a su cargamento, para evitar mayores perjuicios a dichos efectos.

Como caso específico de estado de necesidad, la avería gruesa es una forma de autodefensa, que en razón del interés preponderante se sacrifica el menos importante.

A pesar de que choca con el artículo 17 constitucional, esta figura no puede desaparecer debido a su enorme utilidad.

#### 19.- El derecho a la guerra.

Es la lucha armada entre Estados, destinada a imponer la voluntad de uno de los bandos en conflicto, y cuyo desencadenamiento provoca la aplicación del estatuto internacional que forma el conjunto de las leyes de guerra.

Esta es la más violenta de las manifestaciones autodefensas

sivas. Por lo anterior, toda disposición que la tolere o permita, es violatoria del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

20.- El derecho a la revolución.

Es la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Estado.

La revolución, como forma violenta de cambio de estructuras del poder, es una forma autodefensiva, con todas las características y peligros que ella conlleva.

Con esta excepción, podemos dar por finalizado este estudio, aunque para terminar resumiremos nuestras proposiciones:

1.- La necesaria modificación del primer párrafo del artículo 17 constitucional.

2.- Su reubicación en el apartado constitucional que le corresponda.

3.- La revisión de las figuras que constituyen excepción a dicho artículo, ya que hay algunas que no tienen razón de ser.

El Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, -- debe administrar, realmente, justicia. La intervención de los particulares debe limitarse a casos verdaderamente excepcionales, -- todo en la búsqueda de una mejor convivencia social y, con el propósito final, de que los fines del Derecho se alcancen. La sabiduría española nos sirve de colofón a este trabajo, indicándonos -- cuál debe ser la labor del Estado al impartir justicia:

"Rey que non faze Justicia  
non debiera de reinar  
ni cabalgar en caballo,  
ni con la Reina folgar,  
ni comer pan a manteles,

ni menos armar armar".

Poema del Mio Cid.

## ABREVIATURAS

Durante el curso de este trabajo, las abreviaturas más usuales fueron:

- C.N.N. Carta de las Naciones Unidas de 1945.
- C.C. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 26 de mayo de 1928.
- C.P. Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 14 de agosto de 1931.
- C. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.
- L.F.C. Ley Federal de Caza de 5 de enero de 1952.
- L.F.T. Ley Federal del Trabajo de 10 de abril de 1970.
- L.N.C.M. Ley de Navegación y Comercio Marítimo de 21 de noviembre de 1963.
- LOTICADF Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal de 17 de marzo de 1971.
- LOTFF Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación de 2 de febrero de 1978.
- L.O.T.J. Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal de 29 de enero de 1969.
- S.C.J.N. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## BIBLIOGRAFIA Y CONSULTA

ACOSTA ROMERO, Miguel, "Teoría General del Derecho Administrativo", México 1983.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Proceso, Autocomposición y - Autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)", - México 1970.

ALCORTA, Amancio, "Las Garantías Constitucionales", Buenos Aires 1881.

ALONSO GARCIA, Manuel, "Curso de Derecho del Trabajo", Barcelona 1973.

ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Buenos Aires 1963.

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, "Curso de Derecho Romano", Madrid 1955.

ANDRADE SANCHEZ, Eduardo, "Introducción a la Ciencia Política", - México 1983.

ARELLANO GARCIA, Carlos, "Derecho Internacional Público", México 1983.

----- "Teoría General del Proceso", México 1984.

ARNAIZ AMIGO, Aurora, "Estructura del Estado", México 1979.

BAZDRESCH, Luis, "Garantías Constitucionales", México 1983.

BECERRA BAUTISTA, José, "El Proceso Civil en México", México - 1984.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel, "Obligaciones Civiles", México 1980.

BETTI, Emilio, "Diritto Processuale Civile Italiano", Roma 1936.

BRENA SESMA, Ingrid, "Código Civil Comentado", México 1987.

BRICEÑO RUIZ, Alberto, "Derecho Individual del Trabajo", México\_ 1985.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, "Derecho Procesal", México 1969.

BRUNNER, Heinrich y VON SCHWERIN, Claudius, "Historia del Dere-- cho Germánico", Barcelona 1936.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano", - México 1984.

----- "Diccionario de Derecho Constitucional, Garan-- tías y Amparo", México 1989.

----- "Las Garantías Individuales", México 1983.

- CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", -  
Buenos Aires.
- CARDENAS, Raúl F., "Derecho Penal Mexicano", México 1982.
- CARNELUTTI, Francisco, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Bue--  
nos Aires 1944.
- CARPIZO MACGREGOR, Jorge, "La Constitución Mexicana de 1917", -  
México 1986.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, "Derecho Penal Mexicano", México 1976  
----- y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, "Código Penal Anota  
do", México 1989.
- CARVAJAL MORENO, Gustavo y FLORESGOMEZ GONZALEZ, Fernando, -----  
"Nociones de Derecho Positivo Mexicano", México 1981.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho\_  
Penal", México 1981.
- CASTILLO VELAZCO, José María del, "Apuntes para el Estudio del -  
Derecho Constitucional Mexicano", México 1976.
- CASTRO, Juventino V., "Garantías y Amparo", México 1989.
- CAVAZOS FLORES, Baltazar, "Nueva Ley Federal del Trabajo, temati-  
zada", México 1977.
- CERVANTES AHUJADA, Raúl, "Derecho Marítimo", México 1984.
- CORTES FIGUEROA, Carlos, "Introducción a la Teoría General del -  
Proceso", México 1984.
- CUEVA, Mario de la, "El Nuevo Derecho del Trabajo", México 1984.  
----- "El Deporte como un Derecho y un Deber Etico de la -  
Juventud, como una Función Social y como un Deber Jurídico de la So  
ciedad y del Estado", México 1968.  
----- "Teoría de la Constitución", México 1982.
- CHUAYFFET CHEMOR, Emilio, "Derecho Administrativo", México 1983.
- DEPORTE Y SOCIEDAD, Biblioteca Salvat de Grandes Editores, Barce-  
lona 1973.
- DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO, XLVI Legislatura de la Cámara de Di  
putados, México 1967.
- DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1917, México\_  
1922.
- DICCIONARIO FORRUJA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, México 1973.
- DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo, "Compendio Teórico-Práctico de Dere--

cho Procesal Civil", México 1977.

DORANTES TAMAYO, Luis, "Elementos de Teoría General del Proceso", México 1986.

DUBLAN, Manuel y LOZANO, José María, "Colección de Leyes".

DUGUIT, León, "Las Transformaciones Generales de Derecho Privado desde el Código de Napoleón", Madrid.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires 1969.

ENGELS, Federico "El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado", 1969 México.

ESTRELLA CAMPOS, Juan "Principios de Derecho del Trabajo México" 1984.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano", México 1983.

FLORES GARCIA, Fernando, "Apuntes de un curso de Teoría General del Proceso", México 1986.

FRAGA, Gabino, "Derecho Administrativo", México 1984.

FRANCO GUZMAN, Ricardo "Apuntes de un Curso de Derecho Penal II", México 1987.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil", 1987.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo "Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, México 1977.

-----"Reseña a Proceso, Autocomposición y Autodefensa", - México 1948.

GOMEZ LARA, Cipriano "Teoría General del Proceso", México 1981.

GOMIS, José y MUÑOZ, Luis, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", México 1943.

GONZALEZ COSIO, Arturo, "El Poder Público y la Jurisdicción en -- Materia Administrativa en México", México 1982.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano (los delitos)", México 1982.

-----"El Código Penal Comentado", México 1987.

GUERRERO LARA, Ezequiel y GUADARRAMA LOPEZ, Enrique (compilados), "La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia" (1917-1984), México 1985.

GUIER, Jorge Enrique, "Historia del Derecho", San José 1968.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", -- México 1990.

-----"El Proceso Civil" México 1988.

- HAMILTON D, Carlos "Manual de Historia del Derecho", Santiago - 1948.
- HELLER, Hermann, "Teoría del Estado", México 1983.
- IBARROLA, Antonio de, "Derecho de Familia", México 1984.
- Iniciativa de Reformas al Artículo 17 Constitucional, México 1986.
- Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, "Nuestra Constitución", México 1990.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano", México 1984.
- LOZANO, José María, "Estudio del Derecho Constitucional Patrio"
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal", México 1988
- MANTILLA MOLINA, Roberto L., "Sobre el Artículo 17 Constitucional", México 1958.
- MARTINEZ DE LA SERNA, Juan Antonio, "Derecho Constitucional Mexicano", México 1983.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro, "Estudios sobre Garantías Individuales", México 1983.
- MORENO DUHALT, Sara, "Derecho de Familia", México 1985.
- MUNOZ, Luis, "Comentarios al Código Civil para el Distrito y --- Territorios Federales", México 1946.
- NORIEGA CANTU, Alfonso, "La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917", México 1967.
- Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona 1951.
- OLIVERA TORO, Jorge, "Manual de Derecho Administrativo", México\_ 1967.
- OLVERA DE LUNA, Omar, "Manual de Derecho Marítimo", México 1981.
- ORTEGA MEDINA, Claudia Leticia, "La Democracia y las Funciones - Jurisdiccionales del Estado Mexicano", México 1987.
- OVALLE FAVELA, José, "Derecho Procesal Civil", México 1980.
- PALLARES, Eduardo, "Derecho Procesal Civil", México 1981.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, "Lecciones de Derecho Penal", -- México 1985.
- PEREZ DUARTE Y NORONA, Alicia Elena "Código Civil Comentado", - México 1987.
- PINA, Rafael de y CASTILLO LARRASAGA, José, "Instituciones de - Derecho Procesal Civil", México 1982.

PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de, "Diccionario de Derecho", México 1980.

PORTE-PETIT CANDAUDAP, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", México 1987.

----- "Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal", México 1985.

----- "Robo Simple (Tipo Fundamental, Simple o Básico)", - México 1984.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada", México 1985.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", México 1981.

RUIZ, Eduardo, "Derecho Constitucional", México 1978.

RUIZ MASSIEU, José Francisco, "La Protección Jurídica del Deportista Profesional", México 1968.

RUSSOMANO, Victor Mozart, "Aspectos Generales del Trabajo Deportivo", México 1968.

SCIALOJA, Vittorio, "Procedimiento Civil Romano", Buenos Aires - 1954.

SEARA VAZQUEZ, Modesto, "Derecho Internacional Público", México - 1983.

SENIOR, Alberto F., "Sociología", México 1977.

SERRA ROJAS, Andrés, "Derecho Administrativo", México 1965.

----- "Problemas Políticos del Mundo Moderno", México 1985.

TENA RAMIREZ, Felipe, "Derecho Constitucional Mexicano", México - 1983.

TORRE VILLAR, Ernesto de la, "La Intervención Francesa y el Triunfo de la República", México 1968,

TRUEBA URBINA, Alberto, "Amateurismo y Profesionalismo", México - 1966.

----- y TRUEBA BARRERA, Alberto, "Ley Federal del Trabajo", México 1987.

VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo, "El Artículo 17 Constitucional y la Administración de Justicia", México 1955.

VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", Madrid 1980.

VOLTAIRE, "Cartas Filosóficas y otros Escritos", Madrid 1983.

ZANCO, Francisco, "Crónica del Congreso Extraordinario Constitu--