

518509/14-A
2 eje.



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL



Escuela de Derecho

Con estudios Incorporados a la Universidad
Nacional Autónoma de México
1985 - 1990

"LA INSTITUCION DEL ORDEN PUBLICO COMO
LIMITACION GENERAL A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DEL CIUDADANO"

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
ANGEL MAURICIO PATIÑO CHAVEZ

Asesor de Tesis: Licenciado Javier Arnaud Viñas

México, D. F.
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1994



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A MIS PADRES:

CON TODO CARINO Y RESPETO A USTEDES
OFREZCO ESTE SENCILLO TRABAJO DE --
INVESTIGACION PROFESIONAL, COMO UNA
PLANTA SEMBRADA AUN SIN COSECHAR. -
PERO CON LA PLENA ESPERANZA Y SEGU-
RIDAD DE QUE SUS SUEÑOS PUESTOS EN
MI ALGUN DIA SE HARAN REALIDAD.

A MI HERMANO:

QUIEN TIENE LA VOLUNTAD TEMPLADA -
COMO MURO INDESTRUCTIBLE, EN EL --
CUAL UN SINUMERO DE OCASIONES ME HE
REFUGIADO; HOY TE DOY LAS GRACIAS Y
TE RECUERDO LO QUE TODA LA VIDA HAS
SABIDO; TRIUNFAR NO LO ES TODO, ES-
LO UNICO.

A MI ALMA MATER:

UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL:

...EN TODO LO LARGO Y LO ANCHO DEL
TERRENO TRAZADO POR TU CAMPUS, ---
A TRAVES DEL IMPACIENTE SALTO DE ---
TODOS LOS OBSTACULOS, QUE CON ----
GLORIA NOS HAS ENSEÑADO LIBRAR, EL
ESTRUEENDO DE TU HIMNO, AUMENTA LAS
NOTAS DE NUESTRA MAJESTUOSA -----
ORACION...

DUCIT ET DOCET.

A TODOS MIS AMIGOS:

A USTEDES QUE HAN COMPARTIDO -----
CONMIGO DESDE LOS MEJORES, HASTA --
LOS MOMENTOS MAS DIFICILES; LES ---
REITERO QUE AL LADO DE TODOS Y CADA
UNO SIEMPRE VOY A PERMANECER, Y ---
CONFIO EN QUE TODA LA VIDA VAMOS A-
SEGUIR UNIDOS COMO HASTA HOY.

INDICE GENERAL

I.-INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO

II.- LA LIBERTAD.

Definiciones de libertad.....	1.
Antecedentes.....	2.
Diversos aspectos de la libertad.....	3.
Niveles de libertad.....	6.
La coerción como limitante de la libertad.....	7.
Libertad Social.....	8.
Garantías constitucionales de libertad.....	10.
Garantías específicas de libertad.....	12.
La libertad de trabajo.....	12.
La libre expresión de las ideas.....	13.
La libertad de imprenta.....	15.
El derecho de petición.....	16.
La libertad de reunión y asociación.....	17.
La libertad de posesión y portación de armas.....	17.
La libertad de tránsito.....	18.
La libertad religiosa.....	18.
La libre concurrencia.....	19.
Breves consideraciones sobre el artículo 3 constitucional..	21.

III.-PROPIEDAD.

Antecedentes.....	22.
Diferentes doctrinas acerca de la propiedad.....	24.
Derecho de Propiedad.....	24.
Definiciones del concepto de propiedad.....	27.
Concepto de Propietario.....	28.
La ley civil y la propiedad.....	28.
EL derecho de Propiedad según el artículo 27 constitucional	29.
Causas que generaron el sistema de Propiedad de 1917.....	29.
-A.- Principio de Patrimonialidad del Reino.....	29.
-B.- Principio de Función Social (solidaridad social) de León-Duguit.....	33.
Análisis del artículo 27 constitucional.....	33.

IV.-DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE.

El hombre como individuo sujeto de derechos.....	39.
Génesis axiológico de los derechos del hombre.....	41.
Los derechos, sus valores y el conflicto.....	42.

Los llamados "Derechos del Hombre".....	43.
Valoraciones que obstruyen el estudio de los derechos del hombre.....	46.
Los Derechos Fundamentales del Hombre y la Política...	47.
Los Derechos Fundamentales del Hombre y la Sociología.	48.
Los Derechos Fundamentales del Hombre y la Economía...	49.
Los Derechos Fundamentales del Hombre: sus definiciones, y su estudio jurídico.....	50.
Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.....	53.
Declaración de los Derechos del Hombre de 1945.....	54.
Antecedente histórico-legal de los Derechos del Hombre	56.
Antecedentes Constitucionales Internacionales de los Derechos del Hombre.....	57.
INGLATERRA.....	57.
FRANCIA.....	59.
COLONIAS INGLESAS EN AMERICA.....	61.
ESTADOS UNIDOS.....	61.
CONSTITUCION MEXICANA DE 1857.....	62.
CONSTITUCION FEDERAL DE 1917.....	65.
-I.-Ilegitimidad original de la Constitución de 1917..	66.
-II.-Hechos históricos que determinaron la aparición de la Constitución de 1917.....	68.

CAPITULO SEGUNDO.

EL ORDEN PUBLICO COMO LIMITACION GENERAL A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE.

I.- INTRODUCCION.....	71.
II.- ANTECEDENTES.....	71.
III.- ORDEN PUBLICO.....	72.
Grandes divisiones del Ordenamiento jurídico y su Estructura Escalonada.....	77.
Derecho Público y Derecho Privado.....	77.
Jerarquía de las Normas Jurídicas.....	78.
Grados del Orden Jerárquico Normativo.....	79.
(El Sentido del artículo 133 Constitucional).....	79.
IV.- INTERES NACIONAL.....	80.
Diferencia entre Interés Nacional e Interés Público...	81.
En qué sentido es soberano el Estado.....	81.
Carácter Interno de la Soberanía.....	82.
Objeciones de Duguit al Concepto de Soberanía.....	82.
V.- INTERES PUBLICO.....	84.
Utilidad Pública.....	85.

Servicio Público.....	87.
EL ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO COMPARADO.....	88.
Orden Público.....	88.
Teoría Sajona de los Intereses.....	88.
VI.- BIENESTAR GENERAL.....	90.
Antecedentes.....	90.
Bienestar General.....	90.
VII.- EL BIEN COMUN.....	93.
VIII.- LOS LLAMADOS DERECHOS SOCIALES.....	98.
XI.- LA JUSTICIA SOCIAL.....	99.

CAPITULO TERCERO.

I.-EL "FUNDAMENTO" DEL DERECHO ADMINISTRATIVO....	102.
Introducción.....	102.
Antecedentes.....	102.
Las atribuciones del Estado.....	104.
La función administrativa.....	108.
Diferencias sustanciales entre la función. administrativa, legislativa y jurisdiccional.....	111.
II.- DIFERENTES TIPOS DE ABUSOS QUE SE COMETEN EN NOMBRE DEL ORDEN PUBLICO.....	111.
III.- LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	112.
IV.- LOS SERVICIOS PUBLICOS.....	114.
V.- LA EXPROIACION POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA..	115.
VI.- LA INCONVERTIBLE NECESIDAD DE LA APLICACION LIMITADA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	124.
Regla general.....	124.
Imprudencia constitucional de la acción de amparo...	124.
Imprudencia legal de la acción de amparo.....	125.
Algunas reglas jurisprudenciales que consignan causas de imprudencia del juicio de amparo.....	128.

CAPITULO CUARTO.

CONCLUSIONES GENERALES.

PRIMERA.....	131.
SEGUNDA.....	132.
TERCERA.....	134.
CUARTA.....	140.
QUINTA.....	144.
SEXTA.....	149.

I.- INTRODUCCION.

"La historia del Hombre, es la historia de su libertad y de las Instituciones que la consagran frente a los desmanes del poder público". -GEORGE WASHINGTON--.

Para comenzar a dar una idea general de la presente tesis, primero hay que estar concientes en que el eterno mal de la humanidad, radica en la oposición entre la libertad y la restricción, entre lo privado y lo público; entre lo individual y lo social; entre lo particular y lo colectivo. A lo largo de éste estudio, no he podido encontrar un punto intermedio entre las ideas y los valores a que acabo de aludir; lo anterior, tal vez se deba a la sencilla razón de que este punto intermedio, este "equilibrio" o la "síntesis armoniosa" entre las ideas expuestas no existe; (por lo menos en la realidad temporal, filosófica y jurídica).

La finalidad principal de esta tesis, es demostrar por qué la LIBERTAD, en sentido utilitarista; junto con la PROPIEDAD PRIVADA, son el fundamento axiológico más pleno de los Derechos Humanos supremos, los cuales son inherentes a la naturaleza individual de la persona. En contraposición, a las instituciones que ha impuesto el Estado para que de alguna manera u otra se limiten los derechos citados con anterioridad; valiéndose del pretexto de las causas de orden público, interés público, utilidad pública, bienestar general, bien común, derechos sociales, justicia social, la libertad social y algunas otras circunstancias que pueden resultar una carga o una amenaza para el individuo, como se demostrará más adelante.

Actualmente, no pretendo dar una solución absoluta al problema expuesto; entre otras razones, por que tal situación se encuentra fuera de mi alcance, mas bien, mi única intención durante el desarrollo de la presente tesis, es dejar al descubierto algunas de las "trampas" legales, filosóficas e históricas de las cuales se ha valido nuestro sistema jurídico y político; para poder cometer eventualmente las mas va riadas transgresiones a los derechos individuales de libertad y de propiedad de la persona que llegue a caer bajo la jurisdicción de lo que genéricamente se llama orden público.

Por último, tal vez para las personas con una "cultura" de tendencias social-demócratas; socialistas e inclusive comunistas; éste trabajo, parezca un "atentado" al orden público o a la razón; cuestión que a mi realmente no me importa; ya que, como una conclusión general al trabajo que expongo a continuación, considero que una poderosa defensa de la desobediencia eventual y en cierto modo hasta habitual y cotidiana hacia el orden público como se conoce en éste momento histórico; estriba en que si los hombres tienen derechos inviolables, cualquier desición o institución que niegue esos derechos no tiene fundamentación moral para ser obedecida; en consecuencia, si esta afirmación se interpreta a

contrario sensu, si hay una fundamentación moral que permite que el hombre desobedezca los mandatos que imponen las instituciones de ésta especie; principalmente cuando los derechos de las minorías se ven afectados por esta situación.

CAPITULO PRIMERO.

II.- LA LIBERTAD.

LA LIBERTAD.- Es un concepto axiológico de orden distinto; atraviesa la lista entera de valores reseñados habitualmente, no sólo como valor instrumento, sino también como valor intrínseco.

1.- DEFINICIONES DE LIBERTAD.

Libertad significa para mí expresión de la individualidad, o bien la capacidad, posibilidad e incentivos del individuo para expresar lo que es o lo que pueda querer expresar de acuerdo con sus motivaciones; Por lo tanto, la libertad consiste en ser dueño del propio destino, es decir, el no ser esclavo ni siervo de nadie, ni de ningún otro individuo, ni de una colectividad, ni mucho menos del Estado.

Definición Bosanquet: "Libertad es ser nosotros mismos, y la forma más plena de ser nosotros mismos es aquella en que lo somos de la manera más total"⁽¹⁾.

Definición de Florentino: "La libertad es una facultad natural de hacer aquello que a cada uno le agrada, si no le está prohibido por una ley o lo impida la violencia"⁽²⁾.

La libertad, desde el punto de vista social y jurídico, tiene varios aspectos; unos negativos, que funcionan como un límite y defienden el santuario de la persona individual frente a injerencias de otros individuos, y frente a inherencias de los poderes públicos; y otros aspectos positivos, entre los cuales figuran los derechos democráticos, sociales, económicos y culturales, para el libre desarrollo de sus propias posibilidades.

Estos aspectos negativos del derecho de libertad jurídica comprenden dos clases de defensas:

- a).- DEFENSA DEL INDIVIDUO POR EL DERECHO FRENTE AL ESTADO.
- b).- DEFENSA DEL INDIVIDUO POR EL DERECHO FRENTE A ATAQUES DE OTROS INDIVIDUOS, O FRENTE A PRESIONES SOCIALES ABUSIVAS O INDEBIDAS
Este aspecto es de aplicación estricta para las minorías.

Libertad positiva... es lo mismo que plena realización de las potencialidades del individuo, junto con la posibilidad de vivir de un modo activo y espontáneo; con ausencia de limitaciones externas; de un modo enunciativo se pudiera decir que libertad es en sí el ser de cada quien, o en otras palabras "mi ser es mi querer, es mi voluntad".

El problema de la regulación del ejercicio del poder en interés de la maximización de la libertad para todos; es un concepto mucho más complicado, porque las polémicas acerca de la naturaleza de la

(1) .- BAY CRISTIAN; "LA ESTRUCTURA DE LA LIBERTAD", EDIT. TECNICOS. S.A. MADRID 1985 PRIMERA ED. PAG. 312.

(2) .- FLORENTINO, DIGESTO, LIBRO I, TITULO QUINTO Y NUMERO 4.

libertad han proliferado desde los albores de la filosofía, pero el objeto de gran parte de estos debates ha sido descubrir si el hombre es un agente libre en un sentido último, por ejemplo, en el sentido de que sus decisiones no están totalmente determinadas por causas externas o por leyes generales.

En este sentido, libertad significa la relativa ausencia de limitaciones externas percibidas a la conducta individual. Esencialmente esta definición equivale a las formulaciones de Hobbes y Locke, que nunca se separaron, en ningún aspecto importante, de la corriente empírico-utilitarista; un punto importante de discusión entre estos filósofos fue determina, si era deseable un Estado poderoso, activo, que protegiese al individuo frente a las limitaciones impuestas por sus vecinos, o si sería preferible un Estado circunscrito, pasivo, que mantuviese las limitaciones impuestas por el Derecho y el Gobierno; así, en las definiciones anteriores, el concepto libertad significa la expresión de la propia individualidad.

2.-ANTECEDENTES.

En primer lugar, se debe analizar la idea de que el hombre, desde el principio de su existencia en la historia era libre; esto es, en otras palabras, el hombre era libre desde mucho antes de que surgiera la idea de Estado como ente soberano, pero dada la condición antes señalada, en los albores también de la "civilización", la libertad de que disfrutarán en la antigüedad, en la época medieval y en los tiempos modernos los grupos prepotentes y privilegiados, salvo algunas excepciones, no significaba una garantía individual, ni un derecho inherente al hombre, esto es, no era una libertad pública, sino una libertad civil o privada. El individuo gozaba de libertad dentro del campo del derecho civil, en las relaciones con sus semejantes, como sucedía principalmente en Roma y en Grecia. Sin embargo, frente al poder público no podía hacer valer la libertad de que era sujeto. El Estado y sus autoridades estaban en la posibilidad de respetar la esfera de acción del gobernado, más no como consecuencia de una obligación jurídica, sino a título de mera tolerancia. El gobernante, según su arbitrio y discreción, podía o no respetar la libertad de un individuo; más no estaba obligado a acatarla. De ahí que el Estado, sin tener barreras jurídicas que limitaran su actividad en beneficio del gobernado, se tornaba cada vez más prepotente, invadiendo las órbitas de la actuación del individuo en todos los aspectos, como sucedía en los regímenes absolutistas, principalmente en Francia, en donde los monarcas eran dueños de las vidas y haciendas de sus súbditos.

Ante los desmanes y arbitrariedades cometidos en contra de los gobernados por el poder público, en vista de los abusos muy frecuentes de los monarcas irresponsables y tiránicos ejecutados en perjuicio de sus súbditos, el individuo exigió del gobierno, como sucedió en Inglaterra principalmente, el respeto a sus prerrogativas como persona, dentro de las que ocupa un lugar preeminentemente la libertad.

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió, pues, en un derecho público

cuando el Estado se obliga a respetarla.

3.- DIVERSOS ASPECTOS DE LA LIBERTAD.

La vida en grupo y en sociedad implica y requiere muchos tipos de restricciones impuestas al individuo, pero no todas ellas se consideran como tales, otras son aceptadas con gusto; siguen la misma dirección de los deseos del individuo, otras se admiten como una necesidad o como males menores; o no se aceptan, resultando de ello algún peligro para el individuo.

Tengo que hacer notar, que el concepto restricciones se utiliza en un sentido amplio y objetivo, aludiendo a todos los posibles obstáculos que limitan las posibilidades de elección del individuo o imponen sanciones o alternativas. Todo lo que empuja o castiga al individuo es una restricción, pero también lo es todo lo que hipotéticamente y probablemente pudiera hacerlo.

La coerción manifiesta es el tipo más escandaloso de violación de libertad, especialmente si se ejerce por medio de la violencia física, una persona es libre en la medida en que tiene la oportunidad, la capacidad y los incentivos para dar expresión a lo que tiene dentro de sí y desarrollar sus potencialidades. Aunque la facultad de ser libre, se encuentra inherentemente ligada a la esencia del ser humano; los hombres suelen tener deseos a corto plazo e ideas a largo plazo acerca de lo que es deseable.

Albert Einstein ha dicho que: "es privilegio del genio moral del hombre: ...proponer axiomas éticos tan comprensivos y tan bien fundados que los hombres los aceptaran como basados en la gran masa de sus experiencias emocionales individuales"⁽³⁾
El estudio de la obtención de una máxima libertad es, evidentemente en parte una investigación empírica, y por otro lado, una serie de valoraciones que implican un cierto número de decisiones más o menos subjetivas. (por decisiones más o menos subjetivas me refiero a razonamientos apoyados por un amplio consenso).

Por lo anterior, es preciso hacer la interrogante de ¿Hasta que punto es posible establecer estos criterios de tal manera que haya una posibilidad de lograr un amplio consenso?, un tipo de obstáculo a una plena libertad se relaciona con las categorías más obvias de recompensas y castigos externos. Cuando una persona desea ardentemente hacer algo o permanecer en una actitud pasiva, y se ve constreñida o empujada enérgicamente, hablamos de coerción. Se utiliza también la misma palabra cuando puede hacer lo que desea, pero ha de sufrir a consecuencia de sus actos un severo castigo o la pérdida de una recompensa muy importante. Conviene considerar asimismo bajo este concepto otros castigos menos severos o no coercitivos, restricciones todas ellas a lo que yo llamo libertad individual, la cual no debe estar sujeta a coerciones institucionales de ninguna especie salvo cuando POR EXCEPCION se violan otras libertades que amparan intereses MÁS PRIORITARIOS PARA EL INDIVIDUO.

En consecuencia, debemos preguntarnos en que medida puede ser el hombre "autónomo". Todos vivimos en el seno de instituciones

⁽³⁾ BROODBEK & FEIGL; "PHILOSOPHY IN SCIENCE", EDIT. CLAREDON PRESS, ENGLAND 1987, THIRD ED. PAG. 59.

sociales y dependemos de ellas, siendo posible distinguir entre instituciones sociales necesarias para el bienestar de todos y cada uno de los individuos e instituciones que operan esencialmente en provecho de unos pocos: (pudiera ejemplificarse dentro de este rubro, a quiénes forman parte del poder político y/o público; o para expresarlo de una manera más directa: quiénes trabajan para el Estado).

Un modo de lograr el máximo de libertad potencial es hallar los medios de incrementar la capacidad humana de desvinculación e independencia cuando se enfrenta con instituciones de la segunda especie (arriba mencionada). Esto implica asimismo en el hombre una creciente capacidad para resistir a la manipulación deliberada por parte de otros hombres, en nuestra cultura, este último tipo de restricción puede ser tan importante como las restricciones institucionales, así pues, encontramos individuos autónomos que, en general, se ajustan a las normas de comportamiento de su sociedad, pero son libres de hacerlo o no.

Una característica peculiar de la libertad parece ser que tiende a integrar otros valores como un ingrediente necesario. En nuestra civilización al menos, esos valores suelen ser apreciados solo en la medida que puedan ser disfrutados en libertad, por ejemplo; el amor suele perder su fuerza de atracción cuando es impuesto; una nueva experiencia es apetecible únicamente si se es libre de ponerle fin y volver a la vida cotidiana, incluso una vida larga puede no ser deseable si ha de ser una vida en cautiverio. La libertad, pues, parece ser un elemento común o parte integrante de casi todos los demás valores sustantivos para la mayoría de las personas que forman parte de nuestra cultura.

Solo cuando el hombre no reprime las partes esenciales de su individualidad, cuando ha llegado a ser transparente para sí mismo, y dentro de las diferentes esferas de su vida han logrado una integración fundamental, es posible la actividad espontánea y consecuentemente libre; por lo tanto, es de importancia capital que el Estado asegure las condiciones esenciales y necesarias para el desarrollo de la persona en su esfera individual (en primera instancia); y colectiva (de una manera absolutamente secundaria), por lo que hay que tener bien presente ese orden de importancia, o bien, por otro lado, si no hay responsabilidad estatal para lo anterior, el poder público debe abstenerse de interferir en la medida más ampliamente posible en la vida privada del individuo.

En la mayoría de las vidas humanas hay fines y motivos en conflicto, consecuentemente, la libertad de unos y de otros puede conceptuarse como una demanda conflictual, entre grupos sociales distintos, el problema realmente estriba en jerarquizar los diversos tipos de libertades por un lado para determinar cuales deben prevalecer en función de los intereses en juego; o bien, por otro lado crear un sistema que evite la posibilidad fáctica de que este conflicto exista; y una manera viable de lograrlo es el asegurar la misma libertad a cada quien, INDEPENDIENTEMENTE de las condiciones que pudieran inferir una supuesta desigualdad.

La prioridad entre las diferentes demandas de libertad puede dar una impresión aproximada del sentido de justicia que tiene el

pueblo en ocasiones, por lo que el problema de las prioridades entre demandas de libertad conflictuales es más complejo; en primer lugar, la cuestión de los contenidos de la expresión asume ahora una significación crucial. Desde el punto de vista del individuo, todo lo que contribuya a aumentar su libertad en un sentido la incrementa también en su sentido total, excepto en la medida en que hay incompatibilidades entre los diferentes planos de libertad o entre libertad y seguridad.

La situación cambia cuando se considera a otro individuo, ya que un aumento de la libertad de A puede muy bien significar una reducción de la libertad de B, según los tipos de comportamiento o de expresión que intervengan; este es a mi cabal juicio un error doctrinal que ha sido típicamente aceptado al pasar de los años para justificar la aplicación arbitraria de todo tipo de restricciones a la libertad de capital o a la propiedad privada; basándose en las supuestas "desigualdades sociales" y favoreciendo en todos los casos (o al menos en su gran mayoría), a los grupos homogéneamente débiles sin un razonamiento realmente bien fundado y profundo acerca de lo que implica el tratar de conseguir "justicia social" a cualquier precio, el dado que ha sufrido la libertad individual a raíz de este sofisma jurídico ha sido excesivamente elevado, e irreversible hasta hoy; lo anterior, se ira desprendiendo progresivamente en los capítulos subsecuentes.

La plena disposición libre, e individual de las empresas privados es proporcionalmente igual al libre funcionamiento del hombre que posee capacidades superiores para crear incentivos para el desarrollo de estos talentos nuevos. Mientras puedan mantenerse dentro de un compromiso mutuo a proteger el desarrollo de la individualidad del hombre de todos los hombres y mujeres por igual hay posibilidades de que muchas cuestiones políticas se quedan simplificar, la libertad de iniciativa y la libertad de decisión acerca de la propiedad privada se encuentran entre las más importantes de todas las libertades.

En contraposición a lo anterior, y a manera de ilustración citaré a John Stuart Mill quien se propuso una fórmula general para distinguir entre el comportamiento que debe ser sometido a regulación y el que no debe serlo, ya sea mediante sanciones públicas o privadas: "desde el momento en que cualquier parte de la conducta de una persona afecte perjudicialmente a los intereses de otros la sociedad tiene jurisdicción sobre ellas"⁽⁴⁾.

Yo no veo limitación inherente alguna a la conveniencia de maximizar la libertad; si hay límites han de estar determinados por conflictos con otros valores de libertad o por la colisión de exigencias de libertad opuestas, si las presiones leves sobre el prestigio pueden proporcionar incentivos para que se desarrolle una mayor tolerancia en una sociedad dada a incrementar así la libertad potencial, no tengo ninguna objeción que ponerles, pero si tales presiones supusieran la ruina economía de las personas interesadas, mi juicio sobre ellas sería más dudoso, y, ciertamente, dejaría que decidiesen los interesados.

Por ejemplo, hay que establecer una norma general según la cual

(4) APUD; OP CIT, PAG. 73.

toda expresión es sagrada, en el sentido de que a nadie se le debe impedir que exprese lo que piensa mientras se limite a las meras palabras y NO OBLIGUE a nadie a escucharle; entonces solo así se aplicaría justamente la coerción contra las personas que vulneran violentamente la libertad de otros para hablar o escuchar como les plazca.

La dificultad principal de esta vía de acceso a la maximización de la libertad es la falta de consenso acerca de las prioridades entre los Derechos Humanos y también de las valoraciones jurídicas expresadas en las leyes aplicables con respecto del párrafo anterior, ideas que desarrollar; de manera más completa en los capítulos respectivos.

4.-- NIVELES DE LIBERTAD.

Los actos coercitivos contra los individuos, con arreglo a cualquier esquema de valores, solo se justifican cuando existen pruebas concretas de que cada uno de los tipos de actos coercitivos sirve para proteger o ampliar una o varias libertades mucho más importantes de las que destruye, con la única limitación de no afectar libertades individuales de carácter exclusivamente privado; como pudiera ser la propiedad privada; (independientemente del razonamiento que más trilladamente se ha esgrimido en atención al error ancestral y al horrible vicio de que el Estado puede determinar dicho tipo de propiedad por medio de la inconsciente redacción del artículo 27 constitucional, el cual sera estudiado a fondo en el capítulo siguiente, y consecuentemente ser; puesto en evidencia por su acentuada posición ultrapersonalista); la propiedad privada física, material; o inmaterial, intelectual, etc. la vida; o en si la libertad en cualquiera de sus connotaciones A EXCEPCION DE LAS COLECTIVAS.

Para determinar la prioridad entre diferentes valores de libertad: la coerción solo puede justificarse cuando sirve evidentemente para reducir la coerción.

Recuérdese que en este estudio el concepto de libertad se utiliza en un sentido que incluye la realización de la individualidad y también la realización del yo potencial. El concepto de libertad incluye la referencia de la capacidad, la oportunidad y los incentivos para el desarrollo y la posibilidad, aunque axiológicamente pongo acento (a diferencia de las doctrinas más usuales que han sido equivocadamente aceptadas); SOBRE LA LIBERTAD MISMA MAS QUE SOBRE SU USO.

Para ilustrar más específicamente lo anterior, distinguiría entre expresión LIBRE y NO LIBRE, en sentido psicológico y también en sentido potencial, por lo que afirmaría que las expresiones y el comportamiento relativamente libres en ambos planos deben tener prioridad sobre los que son relativamente no libres en uno u otro de estos dos planos; en otros términos, podría justificarse un mínimo de coerción necesaria para asegurar la prevalencia de expresiones relativamente libres en un sentido pleno, sobre las expresiones relativamente no libres en uno o en los dos planos, la norma general es que la coerción solo puede justificarse cuando, por un amplio margen y con criterios de aceptación general,

contribuye a reducir la coerción; el problema de la prioridad entre libertades de expresión podría ser formulado, como un problema de regulación de la coerción social con el fin de mantenerla en un mínimo, cuando por ejemplo se afectan libertades más esenciales de grupos más libres en un mismo plano o en planos diferentes.

Por otra parte, considero otro argumento en favor de la discriminación con respecto a las opiniones no libres, resultando que no todas las formas de expresión contribuyen igualmente al proceso de la democracia, si se contempla como fin político básico la consecución de una democracia más genuina y efectiva, pero si es la propia libertad de expresión la que aparece como valor más básico, entonces es obvio que su supresión no puede estar justificada por consideraciones ajenas a ella misma.

5-. LA COERCION COMO LIMITANTE DE LA LIBERTAD.

La coerción representa en todo momento los valores y supuestos contrarios a la libertad; de una manera directa, coerción es la limitación de la libertad.

He definido la coerción aquí como:

- A) la aplicación de la violencia física actual, o;
- B) la aplicación de sanciones suficientemente fuertes para que el individuo abandone una línea de acción o inacción dictada por sus motivaciones propias, fuertes y duraderas.

Ciertamente yo considero que todos los individuos tienen derecho a una protección igual frente a la coerción necesaria, pero los diversos tipos de coerción no son en modo alguno iguales ni cualitativamente comparables.

Ahora bien, hay algo que en este contexto de ideas debe tenerse siempre a la vista: el hecho de que existen en el mundo un sinnúmero de personas individuales, y que, por lo tanto, lo dicho vale para todos ellas, esta coexistencia hace necesario muchas veces un recorte en tales derechos y libertades de una persona, aunque sea nada más que en la medida precisa para que las otras personas disfruten de iguales libertades y derechos, esta "medida precisa que se requiere al recorte de derechos", en todos los casos debe de ser mínima.

Hay otras razones "justas" para imponer determinadas limitaciones a las libertades individuales. que podrían reducirse a tres: por razones de ética social; por razones de " ORDEN PUBLICO" y por último por causa del "BIENESTAR GENERAL", la valoración de la justicia de las razones ántes citadas, es en la mayoría de los casos de carácter subjetivo de quien puede conforme a la ley hacer tales "juicios de valor", cuestión que desde su origen esta mal, ya que las causas los medios y los efectos deben ser materia de un estudio objetivo por un lado, y por otro, SIEMPRE deben ser apoyados por un amplio consenso, circunstancias las dos, que nunca se han dado en la realidad dentro de nuestro sistema.

Mi planteamiento desde los Derechos Humanos implica que el principal objetivo no es la reducción de la suma de coerción, esto

es, la reducción del número de personas que sufren coerción, con arreglo a criterios específicos, más importante es el objetivo de abolir por entero las peores formas de coerción aunque solo afecten a unos cuantos individuos, aunque hay quienes llegan a afirmar que la coerción es el medio estatal para controlar a la sociedad y evitar que los individuos se sobrepasen, pero fundamentándose en el mismo razonamiento, yo afirmo que la mejor alternativa, es en el caso extremo, la permisión fáctica de que algunos individuos se sobrepasen; siempre y cuando el total de la población deje de sufrir los efectos de todas las formas de coerción, esto es, de todas maneras es viable una libertad más plena y una coerción menos perjudicial.

En unos cuantos tipos de situaciones es probable, pues, que se dé un consenso pleno acerca de la libertad más importante, por ejemplo, como suele decirse, "Tu libertad de acción termina donde empieza mi nariz". Si deseamos ante todo asegurar a todos los individuos la inviolabilidad física (y suponemos aquí que todos lo deseamos), es empíricamente necesario imponer ciertas restricciones a la libertad de mover los puños en todas direcciones, lo que significa en otras palabras, que si se ha de imponer una norma coercitiva en función de cierta conducta que es evidentemente lesiva hacia alguna libertad más importante; ésta misma debe estar apoyada consecuentemente por un consenso pleno.

En este orden de ideas, analizaré de una manera muy superficial (a reserva de hacerlo de una manera más profunda en el capítulo respectivo) la Libertad Social; puesto que representa el tipo de coerción más comunmente aplicado en detrimento de las libertades individuales.

6.-LIBERTAD SOCIAL.

Es un concepto más amplio que se refiere, en general, a la relativa ausencia de restricciones externas percibidas. En otros términos, en un análisis completo de la prioridad de valores en esta materia tendrían que ser considerada muchas otras presiones que tienden a extender la libertad social.

Los valores públicos han sido definidos como los valores orientados a la satisfacción de las supuestas necesidades, deseos o intereses de grandes masas de personas, aquí la interrogante sería: ha existido en algún momento un consenso real por parte de las grandes masas de personas acerca de cuales son realmente esas necesidades deseos o intereses?, la regla que propongo en la esfera de la libertad social es que algunos tipos de coerción deliberada pueden estar justificados, pero solo si contribuyen a reducir el volumen o efectividad de otros tipos de coerción evidentemente peores, ya sean deliberados o institucionales, la coerción para ampliar la libertad en otro sentido que no sea reducir la coerción solo puede justificarse EXCEPCIONALMENTE.

Desde un punto de vista psicológico, la coerción para ampliar la libertad no es, en modo alguno, una idea absurda. La personalidad humana es completa, y puede verse impulsada simultáneamente hacia fines mutuamente incompatibles, sin percibir aparentemente su respectiva importancia. En un momento dado un individuo puede

sentirse impulsado, por mera extravagancia, a quitarse la vida, lo cual significaría la pérdida de toda libertad. o por otro lado, pudiera avanzar hacia un peligro inminente y grave sin advertirlo, debido a negligencia.

En consecuencia planteo las siguientes interrogantes: en qué circunstancias puede estar justificada la ampliación de libertad mediante coerción?.

La mayor parte de la coerción política aplicada por el Estado bien organizado sobre los individuos, considerada en su integridad, contribuye a ampliar la libertad individual en un sentido último?.

Yo creo que los criterios para juzgar la importancia de las libertades afectadas deben ser aceptables, en general, para el individuo que esta sufriendo la coerción o para la mayoría de los que pueden ponerse en su lugar, hasta el punto de ser capaces de juzgar imparcialmente.

Un incremento de la libertad potencial puede producir muy bien una disminución automática de la libertad social. La libertad social significa la relativa ausencia de restricciones externas percibidas, consecuentemente, el esclavo a quien se dice debe ser libre, el siervo iletrado a quien se instruye para que sea capaz de pensar por si mismo, o el súbdito adoctrinado de un Estado totalitario que toma conciencia de que nunca se le ha dicho más que un lado de la verdad, en el peor de los casos. Todas estas tomas de conciencia de personas sometidas contribuyen a incrementar la opresión percibida y, por consiguiente, reducen actualmente el volumen de libertad.

La conducta que afecta casi por entero a uno debe estar en consecuencia casi enteramente libre de toda regulación, y se deben dedicar esfuerzos encaminados a liberarla de regulaciones institucionales, la sociedad debe garantizar a todos sus miembros, en la medida de sus posibilidades, un grado máximo de libertad sobre la base de la igualdad.

Si las instituciones democráticas, como yo supongo, tienden a fomentar una libertad más amplia que un sistema autocritico, entonces yo propongo la democracia. La libertad es considerada, como el fin más importante de las sociedades democráticas, no simplemente como un instrumento para que la democracia funcione, sino que es considerada como un importante complejo de Derechos Humanos, a los cuales todos deben tener igual acceso.

Se ha caracterizado al proceso político como una lucha para determinar quién obtiene qué, cuándo y cómo. Evidentemente se puede ver como una lucha entre demandas conflictuales de libertad, por lo tanto el proceso político, si tiene algún contenido, se debe referir a las prioridades que han de establecerse entre los diferentes Derechos Humanos.

Mi planteamiento básico ha sido expuesto en los siguientes términos: el valor supremo es la libertad por exclusión de la coerción, basada en la igualdad entre los hombres y la prioridad de los Derechos Humanos más básicos, tales como el derecho a la

inviolabilidad física, y a la propiedad privada.

Creo que mi posición general sobre la coerción, que considero como el supremo mal político, es aceptada, en general, aunque, más que explícitamente, por contemplar los valores democráticos generalmente aceptados, el ideal es la liberación y cultivo de las fuerzas que conducen a la realización de yo individual y considerar el desarrollo del Estado como instrumento para ampliar la libertad individual por delegación, ya que, en las democracias modernas, así como en las dictaduras, ha llegado a ser habitual que el Estado intervenga en muchas de las luchas concretas por el poder.

7.- GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE LIBERTAD.

LA LIBERTAD COMO GARANTIA INDIVIDUAL.

La libertad se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona, atendiendo a los diferentes puntos de vista desde los cuales puede analizarse la idea respectiva, se debe exponer su implicación tomando en cuenta la naturaleza básica y original del hombre y su carácter de ente social.

Los documentos jurídico-políticos de Inglaterra y Estados Unidos se han concretado a mencionar las diferentes libertades específicas del hombre, insertándolas en catálogos (bills) declarativos, los derechos del Hombre en la Revolución Francesa; el conceptualismo y la terminología anglo-sajona distinguen la idea de "liberty", que corresponde al concepto abstracto, integral y unitario de "libertad", de "freedom", que se aplica a las libertades específicas reconocidas estatutaria y consuetudinariamente como "derechos del gobernado", La idea de "liberty" ha sido deliberadamente inasequible para la conciencia jurídica de los pueblos anglo-sajones, quienes se han conformado, en un afán utilitario, a emplear en sus documentos públicos el concepto "freedom", desvuelto en libertades específicas declaradas y reconocidas.

Si filosóficamente el ser humano como tal tiene que ser libre, realmente también debe poseer este atributo, todo individuo tiene un fin que perseguir, que es inherente a su ser. Dicha finalidad estriba, genéricamente hablando, en la obtención de su felicidad o bienestar, que se traduce, en términos abstractos, en una situación subjetiva de satisfacción permanente, con independencia del estado real en que la persona se encuentre o de las circunstancias materiales que le rodeen, pues bien, asimismo cada persona, al realizar o pretender realizar su propia felicidad, se forja los fines u objetivos en que, según cada criterio individual, puede estribar su bienestar, situación que generalmente es la consecuencia de un sinnúmero de factores de diversa índole que están presentes en cada individualidad.

El individuo asimismo crea o escoge los medios que estima idóneos para conseguir tal objetivo, tanto en la concepción como en la selección de los medios tendientes a lograr los fines vitales personales, él individuo obra por sí mismo, nadie más que él conoce la índole de su propia felicidad; el solo es el único que puede

elegir el terreno o ámbito donde situar los fines que forja; el es el que sabe, con exclusión de cualquier otro sujeto cuales son los conductos adecuados para realizar sus objetivos personales y, por consiguiente, para lograr su felicidad, es a través de esta elección individual y exclusiva de fines de medios vitales como filosóficamente se refuta a la persona humana en su carácter.

Ahora bien, es en la elección de fines vitales y de medios para su realización como se ostenta consecuentemente la libertad, esta es, en términos genéricos, la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular.

En efecto, ese actuar genérico de la persona, esa libertad abstracta del sujeto, se puede desplegar específicamente de diferentes maneras y en diversos ámbitos o terrenos. Cuando la actuación libre humana se ejerce en una determinada órbita y bajo una forma particular, se tiene a la libertad específica, en otras palabras, las libertades específicas constituyen aspectos de la libertad genérica del individuo, o sea, modos o maneras especiales de actuar.

El criterio que sirvió de fundamento a la limitaciones de la libertad se transformó y amplió con el tiempo. Entonces la simple producción de un daño a un particular ya no era ni el único ni el más importante dique al desarrollo abusivo de la potestad libertaria, el Estado, como persona política y social, podía ser vulnerado por un desenfrenado ejercicio de la libertad; fue así como, al lado del factor limitativo ya mencionado, se declaró que la libertad del individuo debería restringirse en aquellos casos en que su ejercicio significara un ataque o vulneración al interés estatal o interés social, junto a la limitación de la libertad en aras del interés particular, se consagró la restricción a la misma en beneficio del Estado o de la Sociedad.

Cuando existe ese interés social o estatal como criterio limitativo de la libertad del individuo?. Esta es una cuestión que no es posible resolver a priori; es menester tomar en consideración para tal efecto cada caso concreto que se presente, o mejor dicho, cada libertad específica de que se trate. Este es el método que generalmente adoptan las constituciones en el establecimiento de las limitaciones a la libertad humana, o sea, el consistente en consignar estas en relación a cada libertad específica que reconozcan. Es más, por lo general, NI LA LEY FUNDAMENTAL, NI LAS LEYES ORGANICAS DE GARANTIAS INDICAN EN QUE CASOS SE ESTA EN PRESENCIA DE UN INTERES SOCIAL, ESTATAL, PUBLICO, GENERAL, ETC.

Para limitar las diversas libertades específicas; en la mayoría de las veces se concretan los ordenamientos jurídicos a mencionar simplemente el interés del Estado o de la Sociedad como dique a la libertad humana en sus distintas y correspondientes manifestaciones, por consiguiente, toca a la jurisdicción o a la administración establecer en cada caso concreto, cuando se vulnera el interés social o estatal por el desarrollo de una determinada libertad específica, esta facultad que se ha dado a la administración estatal para establecer en cada caso concreto cuando se viola el interés social o estatal constituye la más grande

aberración de que se tenga conocimiento en la historia de la humanidad; ya que por medio de este pretexto, se vuelve de manera disfrazada al absolutismo medieval en el cual, la decisión arbitraria de alguien, es inapelable y a la misma vez se crea un daño inmediato e inminente a la libertad individual de que se trate.

Así, por ejemplo; los primeros veintiocho artículos de la Constitución de 1917, declaran y consignan las garantías individuales y de todos ellos únicamente diez se refieren a la libertad en sus diferentes ámbitos, aspectos y connotaciones que no son todas las que deberían ser y por otro lado establece limitaciones sin especificar cuando surgen determinadas ofensas a las causas genéricas que conforman el orden público.

Siendo la libertad una potestad compleja, esto es, presentado múltiples aspectos de aplicación y desarrollo, su implantación o reconocimiento por el orden jurídico Constitucional se llevaron a cabo en relación con cada facultad libertaria específica. Este es el método que se adopta por nuestra Constitución, la cual no consagra una garantía genérica de libertad, como lo hacia la Declaración Francesa de 1789, sino que consigna varias libertades específicas a título de derechos subjetivos públicos, ante este desorden doctrinal y legislativo; en los próximos incisos, haré una breve referencia de las garantías de libertad que consagra precariamente nuestra Constitución, y únicamente me referiré a sus limitaciones constitucionales en las cuales se invoca directa o indirectamente alguna causa de orden público en general.

7.1.- GARANTÍAS ESPECÍFICAS DE LIBERTAD.

7.1.2.-LA LIBERTAD DE TRABAJO (artículo 5 constitucional).

El artículo 5 constitucional consagra la libertad de trabajo en los siguientes términos: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos..."⁽⁵⁾ .

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL ARTICULO 5.

La primera limitación se refiere a la ilicitud de un acto o de un hecho que es una circunstancia que implica contravención a las buenas costumbres o a las normas de orden público, la ilicitud se ostenta como una disconformidad como inadecuación entre un hecho o un objeto y una ley de orden público, esta concepción de ilicitud se deriva del artículo 1830 del código civil, que a la letra dice: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"⁽⁶⁾ .

En el capítulo referente al Orden Público, quedará debidamente explicado el alcance y la definición de tal precepto, ya que en lo concerniente al análisis de estas limitaciones por ahora solamente me concreto a afirmar que la manera en la que nuestra constitución utiliza al precepto de orden público es tan elástica que permite la interpretación arbitraria de la autoridad en función a un menoscabo

(5) CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDIT. TRILLAS, NOVENA ED. MEXICO 1992, PAG. 15.

(6) BURGOA IGNACIO; "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES", EDIT. PORRUA S.A. VIGESIMAPRIMERA ED. MEXICO 1988, PAG. 312.

directo a algunas garantías de libertad.

B).- Otra limitación al alcance del artículo 5 Constitucional, estriba en que "el ejercicio de la libertad de trabajo, sólo podrá vedarse por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan derechos de la sociedad" (los cuales, no han sido ni determinados ni expresados exactamente en ningún ordenamiento), entonces, aquí cabe hacer el cuestionamiento siguiente: como es posible aplicar e interpretar de una manera cabal y justa un ordenamiento que no existe expresamente y por otro lado únicamente se limita a restringir libertades individuales de una manera amplísima?. Se dice que toda autoridad gubernativa para limitar la libertad de industria, comercio, etc; en perjuicio de una o más personas, debe apoyarse en una norma jurídica que autorice dicha limitación en los casos por ella previstos en vista siempre de una posible vulneración a los derechos de la sociedad⁽⁷⁾. Circunstancia que hace permisible la vulneración discrecional de los derechos de libertad de una manera ilimitada.

C).-Una limitación más, al artículo 5 es la contenida en el texto respectivo del mismo ordenamiento, que dice: "En cuanto a los servicios públicos sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de armas y el de los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter gratuito; los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuíbles en los términos de la ley y con las excepciones que señale". Esta prevención constitucional, implica una limitación a la libertad de trabajo porque constriñe al individuo a desempeñar ciertos servicios aún en contra de su propia voluntad.

D).-Otras limitaciones constitucionales (para efecto de esta tesis debido a su contenido), las introduce el artículo 123 de nuestra ley suprema, porque este precepto contiene una serie de garantías sociales que se manifiestan a modo de relaciones jurídicas existentes entre dos clases sociales y económicas distintas y que por tal causa no regula ninguna garantía individual; sin embargo dicho artículo involucra varias limitaciones a la libertad de trabajo en general, (por ejemplo, la prohibición a los menores de dieciséis años de edad para desempeñar labores insalubres o peligrosas; o para desempeñar algún trabajo nocturno industrial), que vienen a restringir el alcance de este derecho individual público.

7.1.3.-LA LIBRE EXPRESION DE LAS IDEAS (artículo 6 Constitucional).

"La manifestación de las ideas, no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o PERTURBE EL ORDEN PUBLICO..."⁽⁸⁾.

(7) ESTE MISMO CRITERIO LO HA SUSTENTADO EN SU JURISPRUDENCIA EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. (CFR).- INFORME DE 1977 SECCION "TRIBUNALES COLEGIADOS", PAG. 30 Y 31.

(8) OP CIT. PAG. 17.

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE EXPRESION DE IDEAS.

De acuerdo con la limitaciones que la Ley Suprema consigna a la garantía de la libre emisión del pensamiento, esta es objeto de inquisición judicial o administrativa en los siguientes casos:

- A).- Cuando se ataque la moral;
- B).- Cuando ataque los derechos de tercero;
- C).- Cuando provoque algún delito, y;
- D).- CUANDO PERTURBE EL ORDEN PUBLICO.

La limitación a la manifestación de las ideas establecidas en la hipótesis contenidas en los dos primeros casos y en el último es peligrosa por un lado y, por otro inútil. En efecto, ni la Constitución, ni la legislación secundaria, ni la jurisprudencia brindan un criterio seguro y fijo para establecer en que casos la libre expresión del pensamiento ataca la moral, los derechos de tercero o perturba el orden público. Por consiguiente, la estimación de tales consecuencias en cada caso concreto, que provoque la manifestación de una idea, queda el arbitrio subjetivo y discrecional de las autoridades judiciales y administrativas. Estas, por tal motivo y en uso de ese arbitrio, pueden procesar a un individuo so pretexto de que cierta conversación por el sostenida, cierto discurso pronunciado, cierta conferencia sustentada, etcétera o por alterar el orden público, atacar los derechos de tercero o pugnar contra la moral (de quien?). La limitación que se consigna a la libre expresión de ideas de acuerdo con los criterios apuntados puede degenerar a la negación o proscripción de la garantía individual respectiva, ya que, repito, es de la esfera de las autoridades administrativas o judiciales la determinación de cuando se ataca la moral, los derechos de tercero o se perturba el orden público, situaciones todas ellas demasiado vagas e imprecisas, arbitrarias, carentes de motivo, de razón, de ética y abundantes de "discreción oficial" por parte del agente de la administración pública federal.

Estos inconvenientes que presenta la redacción del artículo 60 constitucional ya eran tomados en cuenta por el Constituyente de 57 al discutirse el precepto relativo de la Constitución anterior, que es exactamente igual al de la Ley Fundamental actual y que corresponde al artículo 13 del proyecto. Así, el diputado Barrera expresaba: "La restricción de no atacar el orden público es demasiado vaga; como la conservación del orden público esta encargado hasta los últimos funcionarios del orden administrativo, podría suceder que un alcalde multe al hombre que dispute sobre materias religiosas, creyendo que esto altera el orden público"⁽⁹⁾. Por su parte, el diputado Prieto afirmaba: "Prohibir con mucha generalidad atacar los derechos de un tercero, es coartar toda libertad, es inventar un delito hasta cuando censura o aconseja a un músico o a un pintor dentro de lo límites de la sana crítica y conforme a los preceptos del arte, pues el pintor y el músico pueden decir que se les ataca en su fama, o en su profesión"⁽¹⁰⁾. En conclusión, dadas las consecuencias que podría traer consigo en la realidad la limitación a la libertad de expresión de ideas que.

(9) APUD.- OP CIT. ZARCO CONGRESO CONSTITUYENTE, TOMO I, PAG. 738.

(10) IDEN.

significarían la nugatoriedad de esta en muchos casos, estimo que los tres criterios en tal restricción se apoya (ataques a la moral, a los derechos de tercero y perturbación del orden público) son excesivamente peligrosos, sobre todo sustentados por autoridades judiciales o administrativas deshonestas, incompetentes y de tendencias tiránicas.

Desgraciadamente, la Suprema Corte no ha definido los conceptos de moralidad ni orden público; simplemente los ha aplicado por instinto en diversas ejecutorias relativas a diferentes puntos jurídicos.

Por último, la expresión del pensamiento, a perturbar el orden público, puede integral las figuras delictivas de conspiración, rebelión, sedición, etc; por ello, la persona que exprese sus ideas tendientes a realizar tales autos, que siempre importan, actual o potencialmente, la alteración del orden público, puede ser procesada.

Puede afirmarse que dentro del vago e impreciso concepto de "perturbación del orden público" quedan comprendidos los dos últimos elementos citados, por lo que, tomando en cuenta la excesiva ductibilidad de dicho concepto, el delito de disolución no era inconstitucional, pues el expresado fenómeno entrada una de las limitaciones a derecho público subjetivo de la libre emisión eídética a que se refiere el artículo 60 de nuestra Ley Suprema. Ahora bien, a pretexto de preservar el "orden público" y en vista de que ni en la ley ni en la jurisprudencia se consigna una definición clara y terminante de lo que tal concepto implica, la libertad de expresión del pensamiento se encuentra en continuo riesgo, no solo de ser restringida, sino aun de vulnerarse esencialmente. Ya el constituyente de 57, Díaz González, a objetar el artículo 13 de Proyecto constitucional que consagraba la mencionada garantía en iguales términos que nuestro actual artículo 60, aseveraba que "Las palabras orden público son también demasiado vagas; de ellas puede abusarse horriblemente, y no hay que olvidar que el ministro que anuncio en Francia en 1830, que reinaba el orden público en Varsovia, anunciaba la destrucción y ruina de esta desdichada ciudad. CUANDO SE FORJAN CONSPIRACIONES, PARA ESTABLECER INNOBLES VENGANZAS, SE INVOCA EL ORDEN PUBLICO"⁽¹¹⁾ .

7.1.4.-LA LIBERTAD DE IMPRENTA (ARTICULO 7 CONSTITUCIONAL).

La libertad de imprenta esta consagrada en el artículo 7 constitucional en los siguientes términos:

"Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier material. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito"⁽¹²⁾

La libertad de imprenta, tiene sus necesarias limitaciones que se con tienen en el artículo 7 de nuestra Constitución y estrictan en

(11) APUD.- OP CIT. IARCO CONGRESO CONSTITUYENTE PAGS. 734 Y 735.

(12) OP CIT. PAG. 17.

que mediante el ejercicio de la mencionada libertad no se ataque la vida privada, la moral ni la paz pública, la obligación estatal consiste, por ende, en la limitación que se impone al Estado y sus autoridades de impedir o coartar la manifestación escrita de las ideas, traducida en la publicación o edición de libros, folletos, periódicos, etc.

También tienen la obligación negativa consistente en no establecer previa censura, así como en no exigir fianza a los autores o impresores. En síntesis, la obligación negativa o abstención jurídica que tienen a su cargo el estado y sus autoridades (administrativas, legislativas, o judiciales) se revela en tres inhibiciones específicas:

- 1) no coartar o impedir la manifestación de las ideas por medios escritos (libros, folletos, periódicos, etc.), salvo las excepciones constitucionales que ya señalé;
- 2) No establecer la previa censura a ningún impreso, y,
- 3) No exigir fianza (yo diría garantía en general), a los autores o impresores de cualquier publicación.

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE IMPRENTA.

A).- En primer lugar, establece el artículo 7 constitucional, mediante su interpretación a contrario sensu, que la libertad de imprenta se podrá coartar o impedir cuando su ejercicio implique un ataque o falta de respeto a la vida privada. Aún cuando estas impugnaciones no constituyan una injuria, difamación o calumnia.

B).- Otro de los casos en que la libertad de imprenta puede coartarse, se refiere a la circunstancia de que el ejercicio de este derecho importe un ataque a la moral. Este criterio de limitación a la libertad de escribir y publicar escritos adolece de la misma vaguedad e imprecisión que las que afectan al anteriormente tratado a una autoridad le sobrarían pretextos para coartar la libertad de imprenta.

C).- Como tercera limitación general a la libertad de imprenta y como prohibición de su ejercicio en los casos concretos comprendidos en aquella, se presenta el supuesto de que mediante el desempeño de ese derecho se altere la paz pública. La Ley de Imprenta de abril de 1917, en su artículo tercero, indica aquellos hechos que pudieren constituir un ataque al orden o la paz públicos ya que propiamente se revelan en los delitos que el Código Penal consigna bajo la denominación de traición a la patria, rebelión, sedición, desordenes públicos, etc.

7.1.5.- EL DERECHO DE PETICION (ARTICULO 9 CONSTITUCIONAL).

Consagrada en el artículo 8 constitucional en los siguientes términos:

"Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrá

hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve tiempo al peticionario"⁽¹³⁾.

La garantía que otorga el artículo a constitucional no consiste en que las peticiones se tramiten y resuelven sin las formalidades y requisitos que establecen las leyes relativas; pero si impone a las autoridades la obligación de dictar a toda petición hecha por escrito, esté bien o mal formulada, un acuerdo también por escrito, que deba hacerse saber en breve término al peticionario.

Por otro lado, el artículo 8 Constitucional no contempla ninguna limitación por causa de orden público.

7.1.6.- LIBERTAD DE REUNION Y ASOCIACION (ARTICULO 9 CONSTITUCIONAL).

Este derecho está consagrado a título de garantía individual en el artículo 9 constitucional, bajo los siguientes términos:

"No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito..."⁽¹⁴⁾.

Pues bien, dichas libertades específicas están consignadas en términos absolutos a título de derechos públicos individuales. En efecto, para que la facultad de asociación y reunión sea tal, es menester, en primer lugar, que su ejercicio se lleve a cabo pacíficamente, esto es, exento de violencia, el abverbio "pacíficamente" empleado en este precepto se contrae, o bien a la manera de ejercitar dichas libertades, o bien al aspecto externo de realización de sus objetivos, los cuales, si se verifican con violencia, no se tutelan por la Ley Fundamental.

En segundo lugar, para que la libertad de reunión o asociación sea contenido de la garantía individual prevista en dicho precepto, es menester que su actualización persiga un objetivo lícito, constituido por aquellos actos que no pugnen contra las buenas costumbres o contra NORMAS DE ORDEN PUBLICO.

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE ASOCIACION

- A).- La primera limitación que establece la Ley Fundamental a la mencionada libertad consiste en que "solamente los ciudadanos de la República podrán ejercerla para tomar parte en los asuntos políticos del país".
- B).- Otra limitación al ejercicio de la libertad de reunión es la que estriba en que cuando ésta es armada no tienen derecho a deliberar.

7.1.7.- LIBERTAD DE POSESION Y PORTACION DE ARMAS (ARTICULO 10 CONSTITUCIONAL).

"Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a

(13) OP CIT. PAG. 18.

(14) IDEM.

poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La Ley Federal determinara los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas"⁽¹⁵⁾ .

Este artículo Constitucional, no preveé ninguna limitación por causa de orden público; aunque se desprende de la redacción del mismo, que los particulares no están facultados para poseer armas que por otro lado están reservadas para el uso de la armada; porque pudiera darse el caso de que si se facultara al particular para lo anterior, se podría romper el orden público e inclusive hacer frente al ejército el cual estaría en una situación de desventaja.

Por último, la posesión de armas, para que sea un derecho público subjetivo de todo gobernado, debe ejercerse en el domicilio de éste y tener por objeto su seguridad y legítima defensa.

7.1.8.-LIBERTAD DE TRANSITO (ARTICULO 11 CONSTITUCIONAL).

"Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal o civil, y las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país"⁽¹⁶⁾.

Cabe advertir que la libertad de tránsito que como garantía individual instituye el precepto constitucional que comentamos, únicamente se refiere al desplazamiento o movilización física del gobernado.

El precepto mencionado, no tiene limitaciones expresas por causa de orden público.

7.1.9.-LA LIBERTAD RELIGIOSA (ARTICULO 24 CONSTITUCIONAL).

En nuestra Constitución vigente la libertad religiosa está consagrada como garantía individual en su artículo 24, que establece:

"Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituya un delito o falta penados por la ley..."⁽¹⁷⁾ .

LIMITACIONES AL ARTICULO 24 CONSTITUCIONAL.

(15) OP CIT. PAG. 18.

(16) IBIDEN PAG. 19.

(17) IBIDEN PAG. 31.

- A).- Como primera limitación constitucional a la libertad cultural existe la consistente en que toda ceremonia es permitida, en tanto que su realización no constituya un delito. Cualquier conducta que incurriera en un delito, o algún otro ilícito, rompería el orden público.
- B).- Por lo que toca al culto público, la limitación constitucional consistente en que éste deberá celebrarse precisamente dentro de los templos (o sea, dentro de los sitios destinados expresamente para ello) y bajo la vigilancia de la autoridad (artículo 24 constitucional segundo párrafo).

7.1.10.- LA LIBRE CONCURRENCIA SEGUN EL TEXTO DEL ARTICULO 28 CONSTITUCIONAL.

"En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes..."⁽¹⁸⁾ .

Exceptuándose únicamente los relativos a la "...acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía, y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco organismo descentralizado del Gobierno Federal..."⁽¹⁹⁾ ; y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora"⁽²⁰⁾ .

En primer lugar, el artículo 28 constitucional prohíbe la existencia de monopolios o estancos. (trusts, cartels), prohibición de exención de impuestos. Esta medida es una consecuencia lógica que se deriva de la naturaleza jurídica de los impuestos, estos son relevantemente generales, por ende, un impuesto sólo puede ser creado, modificado o suprimido mediante una ley, tanto en el sentido material como en el formal.

Por monopolio se entiende toda concentración o acaparamiento industrial o comercial, y toda situación deliberadamente, creada, que permite a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Además, dicho ordenamiento orgánico presume *juris tantum* la existencia de monopolios en los siguientes casos: en toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario; en todo acuerdo o combinación de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, realizados sin autorización y regulación del estado, que permite imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios; y, en toda situación comercial, industrial o de prestación de servicios creada deliberadamente, que permita imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, según el artículo 4 de la ley reglamentaria del artículo 28 constitucional. De dicha presunción *juris tantum* se excluye a las empresas de servicios públicos concesionados que funcionen conforme

(18) OP CIT. PÁGS. 47 - 49.

(19) IBIDEN PAG. 48.

(20) IDEN.

a las tarifas aprobadas oficialmente y aquellas en que participe el Estado, como accionista o asociado, Artículo 6 del citado precepto.

La ley reglamentaria del Artículo 28 constitucional considera como estanco el monopolio constituido en favor del Estado para procurar provecho al fisco⁽²¹⁾. Art. 2 de la ley reglamentaria del artículo 28 constitucional. No habrá prohibiciones a título de protección a la industria mermando así la libre concurrencia y violando la garantía de la libertad de trabajo consignada en el artículo 5 de la Ley Fundamental.

EXCEPCIONES:

Acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía y a la emisión de billetes de banco, actividades reguladas por leyes especiales (tales como la Ley Monetaria, la de Vías Generales de Comunicación la Orgánica de Banco de México), son desarrolladas exclusivamente por (Secretaría de Hacienda, de Comunicaciones, etc) constituyendo monopolios estatales.

La exención de impuestos por un tiempo determinado a los inventores o perfeccionadores de algún invento, constituyen excepciones a la libre concurrencia.

El artículo 28 constitucional, en su sexto párrafo, declara que: "No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores, formadas para proteger sus propios intereses"⁽²²⁾.

No refuta monopolios a las "asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del INTERES GENERAL (¿De quien?), vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones están bajo la vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso"⁽²³⁾

La no conceptualización de dichos organismos como monopolios es también evidente, si se atiende a la finalidad que persiguen y a las consecuencias que se deriven de su funcionamiento y existencia. En efecto, las sociedades cooperativas de producción tienen como fin genérico y común la repartición equitativa y proporcional de los rendimientos y utilidades que su ejercicio social produzca, eliminando la distinción entre patrones y trabajadores.

LOS SERVICIOS PUBLICOS Y EL ARTICULO 28 CONSTITUCIONAL.

Este precepto, dispone que la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en los servicios al público.

(21) OP CIT. BURGOA, PAG. 412.

(22) OP CIT. PAG. 48.

(23) OP CIT. BURGOA, PAG. 415.

De "servicio público", se pueden deducir los siguientes elementos que integran su aplicación o consistencia jurídica, (independientemente de que sean estudiados con mayor amplitud en el capítulo respectivo): a) La existencia de una necesidad colectiva; b) Que esta necesidad se satisfaga, de manera continua y regular, por la actividad del Estado, bien sea que éste la desempeñe directamente por conducto de sus órganos o bien indirectamente a través de establecimientos públicos creados por él (organismos descentralizados, vgr.), o de concesionarios particulares.

Para la creación de un servicio público es menester una ley en sentido formal y material, que atribuya al Estado o los órganos estatales la obligación de desempeñarlo para la satisfacción de una necesidad social, previniendo o no su concesibilidad.

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBRE CONCURRENCIA POR CAUSA DE ORDEN PUBLICO O DE INTERES SOCIAL.

Su actividad se vincula con un INTERES SOCIAL, el Estado debe regularla para preservarlo, exigiendo determinados requisitos para autorizar su desempeño.

De ahí que se distinga con nitidez la autorización, permiso o licencia para una actividad, de la concesión para realizar un servicio público. En el primer caso, la actividad corresponde, por derecho propio y conforme a la libertad de trabajo, al particular, estando su ejercicio condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos que fija el Estado para que dicha actividad no lesione los intereses sociales; en cambio, en el segundo caso, la actividad pertenece a la entidad estatal, pudiendo delegar su desempeño (concesión) a los particulares.

7.1.11.- BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO TERCERO CONSTITUCIONAL.

El estudio del artículo 3 de nuestra Ley Fundamental se debe hacer por aparte, debido a que, no obstante estar comprendido dentro del capítulo denominado "De las Garantías Individuales", propiamente no contiene ningún derecho subjetivo público en los términos asentados con anterioridad. En realidad, el artículo 3 constitucional debe estar incluido en la Ley Suprema a Título de prevención general, tal concepto contenía un derecho público subjetivo individual, al consignar la libertad de enseñanza. Se dijo que el Estado tiene como objetivo esencial forjar el tipo de conciencia que convenga a su propia naturaleza; que para su subsistencia misma.

III.-PROPIEDAD

1.-ANTECEDENTES.

En la antigüedad, la noción de lo privado, en especial de las cosas cobró una gran importancia en particular entre las comunidades que no formaban parte del imperio romano; por la sencilla razón de que formalmente no existía un derecho bien definido debido a la falta de codificación, y por lo tanto se imponían los usos y la costumbre.

En esta sección de antecedentes pretendo dar una sencilla revisión histórica de las primeras manifestaciones de privatización que se desarrollaron en los albores de la humanidad para comprender mejor las ideas que han evolucionado en lo que respecta al derecho de propiedad y en especial en lo que se refiere a la propiedad privada.

Los poderes que se instalaron en la Galia en el siglo V, tratan de imitar al imperio romano al nivel de las instituciones políticas, desde la corte hasta el último funcionario, pasando por lo grupos profesionales y religiosos, de la ciudad a la campiña, en los cuales aparecen en primer término son personas privadas y espacios privados. La riqueza misma se convierte en asunto privado, y el individuo busca a todo trance privatizar su casa lo mismo que su mesa⁽²⁴⁾.

El bajo imperio había glorificado el Estado y desarrollado el derecho para hacer posible la paz y quebrantar la guerra, el cimiento de esta organización no es como en Roma, la idea de salud pública y de BIEN COMUN, sino más bien es la aglomeración de intereses privados en el seno de una asociación provisional disuelta automáticamente por la victoria. Desde entonces, los caracteres fundamentales de este Estado privatizado iban a mantenerse firmes a pesar del hecho de que puesto que el rey es el dueño del botín y de la tierra conquistada a su muerte todos sus bienes, como si fueran una propiedad privada se dividen entre sus herederos a partes iguales, es el principio de la patrimonialidad del reino, son bien conocidas las sangrientas guerras civiles que fueron el resultado de semejante reducción del Estado a la condición de un simple patrimonio personal inmueble y como condujeron al fraccionamiento de la Galia merovingia en regiones autónomas, Borgoña, Aquitania, Provenza, Bretaña, etc.

Semejante concepción concreta y carnal de un Estado propiedad personal de un potentado es la característica de todos los titulares de poderes durante la alta Edad Media, y que los Capetos hubiesen podido muy bien perpetuarla de no haber acabado por reconocer que el retorno a la noción de Estado como BIEN PUBLICO, noción que era la que les proponían los clérigos impregnados de derecho romano, se hallaba mucho más de acuerdo con sus propios intereses, sus predecesores merovingios y carolingios no eran capaces de comprender lo que hoy parece evidente, por la sencilla razón de que las leyes germánicas confundían inconscientemente el

(24) (CER).- "HISTORIA DE LA VIDA PRIVADA; EL IMPERIO ROMANO AL AÑO MIL; TOMO I EDIT. TAURUS, OCTAVA REIMPRESION; MARZO 1990 MADRID. PÁGS. 440 - 450.

dominio público y el privado⁽²⁵⁾

Hay que considerar en efecto como se elaboraban tales leyes. En el curso de sus peregrinaciones, visigodos, burgundios y francos, desprovistos de escritura, con la excepción de algunas reglas para uso religioso, confiaban sus normas de derecho a la memoria de ciertos especialistas llamados "rachimbourgs" entre los francos. Se aprendían cada artículo de memoria, y les añadían las últimas decisiones adoptadas que hacían jurisprudencia. La primacía de la oralidad en la justicia hacía entonces del acto judicial algo eminentemente personal y subjetivo, porque nadie conocía la ley a excepción de los especialistas.

Después, se pusieron por escrito las diversas leyes, el Código de Eurico en el año 461, la ley de los burgundios en el año 502 y la Ley Salia en una primera redacción en el año 511 lo que no impidió que siguieran aprendiéndose de memoria mientras continuaban aplicándose a lo largo de toda la alta Edad Media hasta el siglo X y aún más acá, con ello perpetuaron una concepción del derecho radicalmente diferente de la del derecho romano⁽²⁶⁾.

En efecto, de entre 105 artículos de la ley de los burgundios, solamente 6 constituyen estipulaciones de derecho público. Asimismo, en la Ley Salia, sólo a entre 78. Otros párrafos mezclan extrañamente los derechos del rey y del fisco con los de las personas privadas. Por el contrario, el Código teodosiano, promulgado en el año 438, contiene varias decenas de leyes en sus dieciséis libros; pues bien, sólo la mitad del libro VIII y del libro IX se consagran por entero al derecho privado. En consecuencia, la generalización del derecho privado a expensas del derecho público es indudablemente una innovación germánica.

La justicia franca, merovingia y carolingia, privilegia por tanto los asuntos privados, por lo tanto el hecho de que problemas de propiedades familiares hayan podido alcanzar semejantes dimensiones es un indicio evidente de una generalización de los intereses privados, este fenómeno resulta aún más palpable en la omnipresencia de los asuntos de robos de bienes muebles.

La servidumbre quedó ligada al que la pagaba, y la suma adeudada se rebajó al rango de un servicio privado cualquiera. Esto marco a Francia hasta el final de la guerra de los cien años. El rey tenía que vivir con lo suyo como un simple propietario agrícola. La vida privada había asfixiado al Estado al privarlo de sus finanzas, aquella limitación de la omnipotencia se vió acompañada por una extraordinaria confusión entre dominio público y dominio privado. Una confusión mental como ésta entre lo público y lo privado, semejante incapacidad para salir de las realidades concretas estrictamente personales, es lo que nos explica que los funcionarios de la monarquía merovingia no pudieran, salvo los clérigos de cultura romana, elevarse hasta la noción de BIEN COMUN.

Como escribio un analista en el año 888 de nuestra era, "Todo el mundo quizo entonces hacerse rey a partir de sus propios

(25) IDEN.

(26) (CFR).- "HISTORIA DE LA VIDA PRIVADA".

arrestos"⁽²⁷⁾ . No se podría definir mejor el triunfo de lo privado sobre lo público. Este mismo fenómeno de la privatización general puede advertirse en muchos otros terrenos. Un monopolio real por excelencia como la moneda constituye un perfecto ejemplo de lo mismo.

A partir del siglo X, hacen su aparición por un lado y por otro nuevas vías llamados rutas, entrelazadas con redes locales y que se debe a la iniciativa privada.

2.-DIFERENTES DOCTRINAS ACERCA DE LA PROPIEDAD.

2.1.- DERECHO DE PROPIEDAD.

Las declaraciones francesas de 1789 y 1793, entre los "derechos naturales e imprescriptibles" del hombre incluyen la propiedad, al lado e igual nivel que la igualdad, la libertad y la seguridad. La de 1789 dice, además (en su artículo 17), que "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado"⁽²⁸⁾ .

La de 1793 define el derecho de propiedad como "aquel que pertenece a todo ciudadanos de gozar y disponer a su gusto de sus bienes, de sus rentas, del fruto de su trabajo y de su industria"⁽²⁹⁾ . La enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1789 determina que nadie podrá ser privado de su vida, de su libertad, o de su propiedad sin un proceso conforme al Derecho; y que ninguna propiedad privada podrá ser tomada para uso público sin justa indemnización, estos textos constitucionales y otros similares parten del supuesto de que la propiedad privada individual, tal como se configuró en la Edad Moderna, es un derecho básico del hombre con rango parejo al de los demás derechos fundamentales o "naturales" de la persona.

Pero debido al transcurso del tiempo, y sobre todo en el siglo XX, la idea del derecho de propiedad va sufriendo sucesivamente limitaciones y retrocediendo en rango, parece ser que, a pesar de algunas doctrinas que en el siglo XIX aparecieron en contra de la propiedad privada, y a pesar de los recortes y gravámenes que ésta ha venido sufriendo, existe todavía en nuestros días un general consenso en estimar que el derecho a la propiedad es una exigencia, indiscartable, de la axiología o estimativa jurídica.

En la antigüedad, la selva abigarrada y multiforme de teorías inusnaturalistas acerca de la propiedad, se puede clasificar en los siguientes tipos:

- A) Doctrinas que condenan la propiedad privada, desde el punto de vista del Derecho Natural como, por ejemplo, la de San Ambrosio de Milán, con supuesto base en otros argumentos, como algunas de los ideatos radicalmente colectivistas y anarquistas del siglo XIX, aunque la mayoría de estos se limitan a pedir la abolición de la propiedad de la tierra, de los instrumentos de producción y de los medios de financiación.

(27) OP CIT. PAG. 417.

(28) RECASENS SICHES LUIS; "TRATADO DE FILOSOFIA DEL DERECHO", EDIT. PORRUA, S.A. - NOVENA ED. MEXICO 1986. PAG. 582.

(29) IDEM.

B) Doctrinas que, como lo hace la de Santo Tomás, sostienen que el Derecho natural no comprende ninguna norma imperativa sobre esta materia, pues la propiedad privada es sólo un medio prudente elegido por los hombres, a la vista de determinadas realidades sociales, para conseguir un orden de justicia y de paz, mejor que el que se podría lograr de otra manera, pues la propiedad privada evita muchas perturbaciones de ese orden.

Francisco Suárez, quién enseñó que en el Derecho Natural preceptivo, no hay ninguna norma que obligue a establecer un determinado régimen en las relaciones humanas respecto de las cosas materiales, ni el sistema de propiedad privada, ni el sistema de comunidad de bienes, ni otro de los múltiples sistemas intermedios posibles. Según Suárez, este es un asunto que el Derecho Natural deja a libre decisión, de la colectividad política, la cual tiene (en teoría) la facultad de resolver en esta materia.

C) Doctrinas que sostienen el derecho a la propiedad es de Derecho Racional, o de Derecho Natural.

En general, la Escuela Clásica Moderna del Derecho Natural tendió a considerar la propiedad privada como una institución derivada de la razón, como medio necesario para la persona humana, Y COMO CORRELATO MATERIAL DE LA LIBERTAD DEL INDIVIDUO.

El fundamento racional del derecho de propiedad, el cual no es un hecho, sino un derecho, consiste en la garantía de que los demás individuos no perturbarán el uso, el disfrute y la disposición de las cosas consideradas como propias. No puede haber propiamente derechos subjetivos, sin un orden jurídico que los garantice.

Taparelli justifica a la propiedad privada, como proyección sobre las cosas materiales del Derecho de independencia personal, sin embargo, como es sabido, León XIII propugnó muy serias e importantes limitaciones del derecho de propiedad, por razón de la justicia social y del bien común⁽³⁰⁾.

Hay otras justificaciones de mayor radicalidad y solidez, son las que se fundan en el derecho a la propiedad privada como una consecuencia necesaria de la dignidad y libertad de la persona individual.

Federico Julio Stahl, a pesar de profesar una filosofía jurídica historicista romántica, sostuvo que la propiedad privada "es el campo necesario para la revelación de la individualidad humana".

Filemuni-Guelfi, expone una tesis similar: la propiedad privada es el mismo derecho de libertad, es la proyección externa necesaria de esta, pues de nada serviría afirmar la libertad, si se negase la esfera externa en que ella se refleja y actúa, en canto a la propiedad, y específicamente la privada, como condición extrínseca del ejercicio de la libertad, también es un elemento o factor indispensable para tal efecto, puesto que facultad a su titular para disfrutar de todo aquella que le proporcione un medio material o inmaterial para realizar sus fines mediatos e inmediatos, concomitantes e inherentes a la naturaleza humana.

(30) OP CIT. PAG. 585.

Si no existiera la propiedad privada, si en un régimen estatal imperara sólo un tipo de propiedad colectiva, cuyo titular fuese el Estado o el pueblo, SE DESTRUIRÍA EL CONCEPTO DE LA PERSONALIDAD HUMANA, puesto que en esa hipótesis, al individuo sólo se reputaría como un mero instrumento de trabajo para servir a una entidad distinta de él en la detentación de los objetos de propiedad, y, por ende, se le colocaría en la categoría de simple medio al servicio de fines que le son impuestos nada menos que por el propietario colectivo o social.

Cuando el individuo se ve despojado de su propiedad particular, cuando se excluye absolutamente la idea de que pueda gozar de la pertenencia privativa de determinado bien, su actividad económica desplegada en relación al objeto, materia de la propiedad, se realiza ante algo que corresponde a una estructura social que esta sobre él, la que por consiguiente, lo emplea como un mero medio de obtención de fines que ella misma forja, la cual implica, evidentemente, UNA NEGACION DE LA LIBERTAD DEL HOMBRE, cuando menos en su aspecto económico.

Procuró reafirmar más mi idea en el sentido de que el hombre, para ser o querer ser libre, económicamente al menos, debe disponer de algo que la sea propio y que lo destine a la consecución de sus fines particulares, siempre que estos no sean incompatibles con el interés social EL CUAL DEBE ESTAR ESTRICTAMENTE DEFINIDO Y DELIMITADO; lo cual aún así es cuestionable ya que los intereses particulares son la esencia individual de la persona y deben ser respetados y protegidos a cualquier precio.

El concepto estrictamente individualista de "propiedad", es muy similar al que esta asumía en el Derecho Romano, según el cual su titular podía usar, disfrutar y abusar de la cosa, la propiedad particular, en este sentido, sería siempre la causa que provocaría la prevalencia del interés individual del propietario sobre el interés colectivo, que al final es lo que se pretende, dicho tipo de propiedad, para poder subsistir dentro de un orden socio-económico legítimamente, (dicen los opositores al sistema individualista y liberal, a quienes yo llamo obscurantistas jurídicos) debe implicar una función social, es decir, ser susceptible de afectarse o, inclusive, de suprimirse en cada caso concreto, si constituye un obstáculo para el bienestar de la sociedad, (en este sentido, para que el postulado anterior sea válido; deben existir casuísticamente marcadas las causas que generen los efectos esperados, y aún así, habría materia de litigio para determinar la validez de la decisión adoptada por la autoridad "competente" para de terminar la aplicación de ésta regla); un impedimento para la satisfacción de las necesidades públicas o un elemento de damnificación colectiva, (en el segundo caso, y en particular en cuanto a el elemento de damnificación colectiva; a priori, no tengo objeción alguna al respecto).

Esta idea subjetiva acerca de las limitaciones de la propiedad, no es más que una abstracción mal fundamentada, puesto que para dicha teoría opera, debe existir inevitablemente un consenso estrictamente mayoritario y común al respecto; en el cual, se defina expresamente en principio quiénes conforman el total de la

sociedad (para lo cual debe existir un censo, seguido de un referéndum); y por otro lado, que se detallen casuísticamente cuales son las necesidades colectivas y finalmente que se establezca con certeza que es el "bien estar colectivo".

El hombre es naturalmente libre para concebir sus propios fines vitales y para seleccionar y poder en práctica los medios tendientes a su realización. De ahí que, filosóficamente, la libertad y más aún la propiedad, sean atributos consubstanciales de la naturaleza humana, es decir, que el hombre, en su íntima esencia, es libre por necesidad ineludible de su personalidad, o sea de su autoteleología, como elemento substancial de su ser.

3.- DEFINICIONES DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD.

Propiedad es: "El derecho de gozar y disponer libremente de nuestra cosas, en cuanto las leyes no se opongan; esta voz tiene dos acepciones: tan pronto expresa el derecho en si mismo, que también se llama dominio, y tan pronto significa la misma cosa en que se tiene el derecho"⁽³¹⁾.

Dícese que es el derecho de gozar, esto es, de sacar de la cosa todos los frutos que puede producir y todos los placeres que puede dar: de disponer, esto es, de hacer de ella el uso que mejor nos parezca, de mudar su forma, de enajenarla, destruirla; en cuanto no se opongan las leyes, es decir, que protegida la propiedad por la ley civil no ha de ser contraria a esta misma ley ni perjudicar a los derechos de los demás individuos de la sociedad.

Dominium est, decían los Romanos, jus utendi abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur. "La propiedad de una cosa nos dá derecho sobre todo lo que ésta produce, y sobre lo que se le incorpora accesoriamente, sea por obra de la naturaleza, sea por obra de nuestras manos"⁽³²⁾.

La propiedad es obra de la ley civil, antes del establecimiento de las leyes, el hombre no tenía sobre las cosas que ocupaba más derecho que el de la fuerza con que las defendía y conservaba, hasta que un rival más fuerte le priva de ellas, de muerte que las cosas se adquirirían por la ocupación, se conservaban por la posesión, y se perdían con el cambio de la posesión y del dominio sobre la cosa. En medio de un estado tan precario vino la ley civil, y estableció ciertos vínculo moral entre la cosa y la persona que la había adquirido; vínculo que ya no pudo romperse sin la voluntad de la persona, aún cuando la cosa no estuviese en su mano.

Este vínculo era el derecho de propiedad, derecho distinto e independiente de la posesión; de modo que desde entonces pudo uno ser propietario sin poseer la cosa, y poseerla sin ser propietario, la propiedad pues es un derecho, y la posesión no es más que un hecho, la propiedad puede conservarse, aunque se pierda la posesión; y la posesión puede conservarse asimismo, aunque se pierda la propiedad; más la propiedad y la posesión suelen ir

(31) ESCRIBICHE: "DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA", TOMO II PRIMERA ED. MEXICO 1979 PAG. 43

(32) IDÉN.

juntas; y así es que el poseedor de una cosa se presume propietario, mientras no conste que estas dos calidades están separadas.

La propiedad se divide en perfecta e imperfecta, el vínculo que exista entre el propietario y la cosa que le pertenece, es efectivamente susceptible de división. Cuando no está dividido, cuando ningún derecho extraño viene a limitar el ejercicio del derecho de propiedad, se dice que la propiedad es perfecta. Cuando el vínculo está dividido, cuando el ejercicio del derecho de propiedad está limitado por un derecho que pertenece a otro propietario, se dice entonces que la propiedad es imperfecta.

"Vulgarmente se llama propiedad y también nuda propiedad el dominio que no va acompañado del usufructo; y plena propiedad el dominio que va acompañado del usufructo: es decir, que nuda propiedad es el derecho de disponer de una cosa, salvo el derecho de disfrutarla o gozar de sus frutos que pertenece a otra persona; y plena propiedad es el derecho de disponer y de gozar de la cosa. Siguese pues que la nuda propiedad es una especie de la propiedad imperfecta; y la propiedad plena una especie de la propiedad perfecta..."⁽³³⁾.

Nadie puede ser forzado a ceder su propiedad sino es por causa de UTILIDAD PUBLICA, (concepto que a mi juicio es sinónimo de arbitrariedad, y por ende se opone a lo racional y equitativo, como examinare con detenimiento en el capítulo respectivo); y aún entonces tiene derecho a que se le de en cambio otra cosa igual o bien el JUSTO valor de la que pierde.

La ley que creo el derecho de propiedad, mirádole como el más identificado con nuestra existencia, le hizo estable al mismo tiempo y le aseguro contra los conatos del artificio y la violencia, imponiendo severas penas a los que osasen turbarnos o privarnos de su goce; luego la hizo comunicable, dando origen a los contratos; y al fin le hizo transmisible en el instate de la muerte, abriendo la puerta a los testamentos y sucesiones. La propiedad de las cosas se adquiere por ocupación y accesión, por prescripción, por sucesión, por disposición testamentaria, y por entrega o tradición en virtud de las obligaciones o contratos.

3.1.-PROPIETARIO.

Es la persona que tiene el derecho de propiedad en alguna cosa, es decir, el derecho de gozar y hacer de ella lo que mejor le parezca, en tanto no se lo impida la ley o alguna convención.

A veces la vos propietario designa al que no tiene más que la nuda propiedad o la propiedad desnuda del usufructo, por oposición al usufructuario que es el que tiene el derecho de percibir los frutos.

3.2.- LA LEY CIVIL Y LA PROPIEDAD.

Propiedad es."El derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con lo permitido por

(33) OP CIT. PAG. 4393.

las leyes, y sin perjuicio de tercero"⁽³⁴⁾ ; la propiedad se encuentra regulada en el código civil para el Distrito Federal en los artículos 830 a 853.

Como ha quedado determinado anteriormente; la propiedad y la posesión aunque son figuras jurídicas diferentes suelen tener características semejantes, si nos remitimos al Código Civil para el Distrito Federal (el cual es la ley aplicable a esta materia); nos daremos cuenta fácilmente de que en los artículos que se refieren a los preceptos aplicables en materia de propiedad; no hay ni siquiera uno que defina lo que el concepto citado entraña, y si por el contrario existen a ciencia cierta 8 (ocho) artículos que hacen referencia a la manera de perder la propiedad por disposiciones de "UTILIDAD PUBLICA" (artículos 831-836, y 844); 838, (artículo referente a "PROPIEDAD DE LA NACION"); en cuanto al título referente a la propiedad, y 828 fracción VII referente a la posesión.

Lo anterior me hace pensar que existen varias razones para que se considere el derecho de propiedad como una materia circunstancial o secundaria e inclusive hasta carente de importancia para la tradición jurídica mexicana; en su conjunto o por lo menos desde 1917, para no abundar más en esta cuestión me concreto a afirmar que las causas a que aludire más adelante en esta tesis y que son el fundamento de lo que conocemos como UTILIDAD PUBLICA Y BIEN COMUN entre otras tienen su origen en todo tipo de razonamientos arbitrarios e inclusive anti-jurídicos aunque revistan la forma de la ley; los cuales además han llegado a contraponer el sagrado derecho de propiedad en oposición a lo que se ha dado por llamar "JUSTICIA SOCIAL", es por esto que este derecho (el de propiedad) reviste formas muy variadas y cada día esta siendo sometido a más limitaciones, especialmente en cuanto a su disfrute por el titular.

4.- EL DERECHO DE PROPIEDAD SEGUN EL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL; Y SUS LEYES REGLAMENTARIAS.

Para poder estudiar apropiadamente este tema, es pertinente, destacar que el artículo vigésimo séptimo constitucional, fué reformado, según consta en el diario oficial de fechas 6 y 28 de enero de 1992, por lo tanto el breve análisis que haré a continuación, es sobre dicho artículo ya reformado.

4.1.- CAUSAS QUE GENERARON EL SISTEMA DE PROPIEDAD DE 1917.

El génesis del sistema de propiedad de 1917; tiene su origen en las siguientes circunstancias:

A).- PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL REINO.

En la antigüedad, como deje debidamente asentado con anterioridad, existía el principio del derecho de patrimonialidad del reino, el cual se estableció, a raíz de que en la época feudal, y después de ella, en las guerras que libraban los diferentes reinados, se conquistaban tierras y bienes; dicho principio, consiste en que el nuevo titular de las tierras y los bienes conquistados, era el rey vencedor, y a raíz de ello, se estableció primero como costumbre y

(34) IDEN.

después como ley el derecho de patrimonialidad del reino.

En España, en la época del descubrimiento de América, el principio anterior, operaba ya de una manera legal; en cuanto a las guerras que sostenía la corona española en contra de otros reinos, pero en cuanto a las nuevas tierras descubiertas y consecuentemente conquistadas, surgir una gran controversia entre el reino español y el portugués acerca de la titularidad de los nuevos territorios descubiertos y conquistados, esta situación casi desembocaría en una guerra, de no ser por el Papa Alejandro VI, el cual se ofreció como parte mediadora del conflicto y al mismo tiempo como juez para determinar a quien le correspondía que (debido a su investidura de sumo pontífice y de ser el representante de Dios en la tierra); esto aunado a otras obscuras intenciones y tratos por medio de los cuales la iglesia se beneficiaría directa e indirectamente, bajo el pretexto de la "evangelización" de los aborígenes los cuales se obligaban junto con la corona a pagar una especie de tributo o impuesto al Vaticano o bien al papa, el cual se denominó diezmo. Una vez valorado tan fructífero negocio por el papa, se emitió al respecto la tristemente celebre "Bula Alejandrina Inter-Coetera", por medio de la cual, "dona el pontífice Alejandro VI a los Reyes de Castilla y León todas las islas y tierras que fueren descubiertas hacia el Occidente y Sur de un meridiano distante cien leguas al poniente de las Azores e islas de Cabo Verde, siempre que tales tierras no estuvieren en posesión de algún otro monarca cristiano, ni lo hubieren estado antes de la última navidad"⁽³⁵⁾.

Después de acaecidos los hechos anteriores, la historia es por todos conocida, España conquista lo que actualmente se conoce como México, lo coloniza, lo evangeliza, y lo explota; hasta que nuestro país logra su independencia; entonces, es cuando, entre el sistema legal mexicano y el español, opera una "especie de CAUSAHABIENCIA" con respecto a muchas instituciones y principios jurídicos, y en alguna época hasta políticos, es entonces donde de ninguna manera podía quedar excluido de esta situación el principio de patrimonialidad del reino el cual fué acogido por la legislación mexicana desde sus primeras constituciones.

En efecto, años después, según la tesis que al Constituyente de Querétaro sirvió de justificación ideológica al artículo 27, la propiedad actual deriva de la que se formo durante la colonia. "El principio absoluto de la autoridad del rey, dueño de las personas y de los bienes de sus súbditos, dio a la propiedad sobre todos los bienes el carácter de PRECARIA"⁽³⁶⁾. El rey era el dueño, a título privado, de las tierras y aguas, como cualquier particular puede disponer de los bienes de su patrimonio; pero dentro de ese derecho de disposición concedía a los pobladores existentes y a los nuevamente llegados, derechos de dominio por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta, bien se puede decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la Nación. En tal concepto, la Nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas de su Territorio, y sólo reconoce u otorga a los particulares el dominio directo en

(35) IBARROLA DE ANTONIO; "DERECHO AGRARIO", EDIT. PORRUA, S.A. SEGUNDA ED. ACTUALIZADA, MEXICO 1985 PAG. 67.

(36) TENA RAMIREZ FELIPE; "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO", EDIT. PORRUA, S.A. VIGESIMOPRIMERA ED. MEXICO 1985, PAG. 186.

las mismas condiciones en que se tuvo, por los mismos particulares, durante la época colonial, en las mismas condiciones la República después lo ha reconocido u otorgado.

Las palabras transcritas que figuraron como exposición de motivos de la iniciativa que acerca del artículo 27 presentó ante el Constituyente de Querétaro un grupo de diputados, encabezados por el Ingeniero Pastor Rouaix, y ellas sirvieron de fundamento al primer párrafo del artículo, que resulta aprobado con la sola supresión del vocablo que se señala: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio (suprimido "directo") de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada", de hecho no fué correcta la iniciativa al invocar un antecedente del absolutismo para la adopción de una tesis independentista y después revolucionaria ya que de hecho los particulares, conforman el sector mayoritario del pueblo mexicano, y con ello la parte fundamental del Estado y de la Nación; y aún así, no se resolvió el problema de su régimen de propiedad precaria, ni con la independencia, ni con la revolución, porque el dominio y la posesión, sobre la propiedad, seguir y ha seguido igual. Ya que de hecho como lo señala la última parte del párrafo anterior "el dominio directo sobre la propiedad, solo ha sido reconocido y otorgado bajo las mismas condiciones que existían en la colonia; en consecuencia, a mi manera de ver, lo único que cambio fué el tirano.

Pero es lo cierto que en su dictamen acerca de la iniciativa la Comisión encontró "aceptables sobre este punto las ideas desarrolladas por el señor diputado Rouaix"⁽³⁷⁾ y, sobre todo, el Constituyente aprobó el primer párrafo del precepto, que, aunque se le desligue del antecedente colonial se recoge el principio de la propiedad originaria de la Nación sobre las tierras y aguas; es risible el motivo del constituyente de 1917 por que a fin de cuentas, como se le puede desligar si tuvo su origen en él?, EN CONSECUENCIA EL CONSTITUYENTE SE AFILIO A LA TENDENCIA QUE CONSIDERA EL DERECHO DEL ESTADO SOBRE EL TERRITORIO NACIONAL COMO UN DERECHO REAL DE NATURALEZA PUBLICA.

La invocación del discutido antecedente colonial fué idea del Licenciado Andrés Molina Enríquez, que, AUNQUE NO ERA DIPUTADO, participó en la formación de la iniciativa. El problema de fondo, en estas consideraciones estriba en el hecho de que como fué posible que un sujeto ajeno al poder constituyente pudiera establecer un principio de tal trascendencia a pesar de su incompetencia como legislador y como parte del poder constituyente?. Según él la atribución que de cierta zona de las tierras descubiertas hizo a la Corona de España la Bula de Alejandro VI de 4 de mayo de 1493 fué en favor de los reyes de España y no de la nación española; a partir de la independencia, México la substituyó en todos sus derechos, inclusive en la naturaleza del dominio, a la Corona española; fué en cierto modo su CAUSAHABIENTE a título universal⁽³⁸⁾. En este aspecto, es prudente no dejarse engañar con lo que se quiso decir o se pretende

(37) OP CIT. PAG. 187.

(38) (CFR) ESCRICHE CIT.

justificar o hacer entender con el término "causahabiente"; por un lado, esta palabra significa y alude a la "PERSONA que adquiere derechos o cosas por transmisión de otra llamada CAUSANTE". A su vez el causante es la: "persona de la que se deriva algún derecho"⁽³⁹⁾. El único comentario que se puede hacer a la luz de la razón es el siguiente: como es posible que en este caso concreto la corona española pudiera ser considerada como la persona de la cual se deriva un derecho?, si en esa época la teoría de la "personalidad del Estado" ni siquiera era contemplada por el hombre?, además siendo que si en realidad llego a adquirir un derecho de alguna manera lícita o ilícita (y me inclino más por la segunda opción); éste mismo haya sido concedido por otra autoridad o persona (el papa), quien carecía y en la actualidad sigue careciendo de potestad, imperio y hasta criterio en los asuntos que se sometieron a su jurisdicción?. Como es posible que la civilización haya respetado y permitido este abominable ultraje?, y en el último de los casos, si bien la Corona Española o los Reyes fueron considerados estrictamente como personas, como es posible que la Nación mexicana o la república tuviera este mismo carácter si nuestro sistema político en esa época se oponía abiertamente al sistema Monárquico Absolutista y como dije anteriormente, la teoría de la personalidad del Estado, no existía en esa época?. Esta tesis, que ha sido impugnada con argumentos muy serios fué rechazada, no obstante, alguna ejecución de la Suprema Corte la acogió expresamente⁽⁴⁰⁾.

En cuanto a la primera aplicación del principio anterior, sólo el órgano constituyente pudo entonces, y podrá en lo sucesivo, llevarla a cabo, porque no importa una simple limitación de la garantía a la propiedad que todavía consagra el artículo 27, sino que implica su abolición cuantas veces se incorpora al dominio directo de la nación una clase de bienes que hasta entonces figuraba en el patrimonio de los particulares; pero como se ve, puesto en manos del órgano constituyente, el principio tiene un ALCANCE ILIMITADO; a pesar de esto, lo realmente grave, es que la omnipotencia de la arbitrariedad estatal a quedado abierta al tiempo, ya que el constituyente permanente a reformado el artículo 27 constitucional solamente en cuestiones que son absolutamente intrascendentes (como se vera más adelante).

Así, pues, no parece que nuestra Constitución actual, a diferencia de las del siglo pasado, siga acogiendo el concepto clásico del dominio eminente del Estado, sino que consagra en favor de éste un dominio más concreto y real, un dominio que PUEDE DESPLAZAR A LA PROPIEDAD PRIVADA, convirtiendo en domaniales los bienes de los particulares, no por vía de expropiación, sino en vía de regreso al propietario originario que es la Nación. Desde este punto de vista y para reafirmar que la propiedad privada en México es una garantía absolutamente precaria e imperfecta, en primer lugar hay que entender perfectamente que la expropiación es solamente un instrumento para regresar al "propietario originario" la propiedad; aunque ésta situación no le quita las obscuras intenciones con que fué creada, ni mucho menos le exhoneran de ser un despojo institucionalizado y "legitimizado" que son las cualidades que le

(39) DE PINA RAFAEL; "DICCIONARIO DE DERECHO", EDIT. PORRUA S.A. VIGESIMA ED.
MEXICO 1990 PAG. 301.

(40) APUD.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, TOMO XXIII, PAG. 421.

caracterizan; Ahora, la idea de "propietario originario", como pretende ser la Nación; es totalmente impugnabile con argumentos bastante sólidos, algunos de los cuales ya se han expuesto en los párrafos anteriores; a reserva de que los que faltan se seguirán desarrollando en el transcurso de la presente tesis.

Lo anterior, quiere decir que los autores de la Constitución sustentaron un nuevo concepto del derecho de propiedad, por más que conserva como garantía individual en favor del particular UNA ESPECIE DE PROPIEDAD PRECARIA Y DERIVADA; esto se deduce lógicamente puesto que de todas las definiciones tradicionales del concepto de propiedad, no existe ninguna que establezca alguna forma de transmisión de la propiedad en los términos que se han expuesto, inclusive, como ya asenté debidamente en el párrafo final de tercer punto de éste inciso, "La propiedad de las cosas, se adquiere por ocupación y accesión, por prescripción, por sucesión, por disposición testamentaria, y por entrega o tradición en virtud de las obligaciones o contratos", UNICAMENTE.

Tal transformación la pudo operar el Constituyente de 17 en ejercicio de la soberanía, del mismo modo como las Constituciones del siglo XIX transformaron en sentido individualista el concepto de propiedad que, como patrimonio del soberano, había prevalecido durante la Colonia, como una especie de venganza ideológica, dogmática y acentuadamente socializante que solamente pudo caber en la enferma imaginación de los redactores del artículo 27 constitucional.

B).--PRINCIPIO DE FUNCION SOCIAL (solidaridad social) DE LEON DUGUIT.

El cual fué difundido en el año de 1900 y plasmado en nuestro código civil de 1928. A reserva de estudiar más escrupulosamente la teoría de la función social de Duguit, en el capítulo que corresponde al orden público, por el momento solamente me concretaré a resumir su análisis en el siguiente enunciado: "El estado en sí, tiene que garantizar una función social; para permitir el desarrollo de la sociedad la cual, tiene a su vez su origen en el principio de solidaridad humana, y en ella, todos los individuos son iguales ante la ley; la propiedad privada, debe ser entendida como un instrumento para la consecución de la función social, que estriba en evitar las posibles dominaciones del hombre por el hombre".

En México, el poder constituyente de 1917 creyó que la forma de imponer la ya multitudinaria función social, es viable por medio del concepto de soberanía del estado; (de la cual, también hablaré detenidamente en el capítulo respectivo al orden público); aunque por el momento, solamente citaré como causa que dió como resultado el interpretar correlativamente a los conceptos de función social y soberanía; los abusos cometidos por la amortización de bienes, como necesidad del constituyente para terminar con las prácticas del acaparamiento. Lo cual en la actualidad es un punto muy discutible dado que los momentos históricos actuales son diferentes; y como reza el refrán popular "no hay mal que dure 1000 años", en el año de 1993, no se dá ni la amortización de bienes, ni las prácticas de acaparamiento cuestión que hace inútil e inoperante el sentido de

artículo 27 constitucional en la actualidad.

Se ha llegado a afirmar de una manera equivocada, que la función social, es la causa que faculta al Estado a imponer limitaciones o modalidades sobre la propiedad privada.

5.- ANALISIS DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL.

EL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL; ESTABLECE LA SOBERANIA DEL ESTADO SOBRE LOS BIENES: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio Nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada"⁽⁴¹⁾ .

A esto se le ha llamado propiedad originaria del estado pero es pertinente señalar ahora, que LA PROPIEDAD ORIGINARIA DEL ESTADO, NO ES UN DERECHO DE PROPIEDAD PROPIAMENTE DICHO; ES UN DERECHO DE SOBERANIA y que la idea de soberanía es sumamente impugnabile con argumentos lógicos y de plena consistencia científica, que la hacen inexistente a la luz de la razón, de la libertad y de la igualdad. como lo demostraré más adelante en el inciso en que se estudia el interés público y el interés nacional.

EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL, "LEGITIMIZA" LA EXPROPIACION: "Las expropiaciones SOLO podrán hacerse por causa de UTILIDAD PUBLICA y mediante INDEMNIZACION"⁽⁴²⁾ .

En este inciso hay que analizar de una manera general lo que significa en primer lugar la expropiación; o sea: "El acto de quitar a uno la propiedad de una cosa que le pertenece; úsase ahora de esta voz para designar la venta, cesión o renuncia que una persona o cuerpo tiene que hacer de una cosa de su propiedad cuando se le exige este sacrificio para obras de interés público"⁽⁴³⁾ . Ahora, por otro lado se asocia frecuentemente la idea de expropiación con la de enajenación forzosa; dentro de la cual se significa lo siguiente: "es la cesión o venta que una persona o cuerpo tiene que hacer de una cosa de su propiedad por motivos de utilidad pública...", "el estado en efecto, tiene el derecho a exigir el sacrificio de una propiedad por causa de interés público, pero esta causa debe JUSTIFICARSE LEGALMENTE, y el propietario ha de quedar satisfecho no solo del valor de la cosa de que se le priva, sino también del de los daños y perjuicios que pueda causarle la expropiación..."⁽⁴⁴⁾ .

Desagradablemente puede observarse en la vida real que las causas de interés público están viciadas desde su origen, dado que (como demostraré posteriormente) se basan en consideraciones generales "fundamentadas y legalizantes" que hacen factible la "justificación legal" que se menciona arriba; pero ni las indemnizaciones son justas ni tampoco reales y por otro lado si implican un menoscabo que causa daños y perjuicios y rara vez o mejor dicho nunca son

(41) OP CIT. CONSTITUCION PAG. 34.

(42) IDEN.

(43) OP CIT. ESCRICHE PAG. 847.

(44) IBIDEN PAG. 610.

cubiertos ni por la Nación, ni por el Estado, ni por el Gobierno, ni por la autoridad responsable, el concepto de expropiación e indemnización se desarrollará más ampliamente en el capítulo respectivo.

Por otro lado, el concepto de la palabra indemnización; expresa lo siguiente: "Es el resarcimiento de los DATOS CAUSADOS, [sobre la obligación de reparar el perjuicio que se ha causado]. La indemnización debe tomarse de la hacienda del que ha causado el daño..."; "Y no solamente en el caso de pérdidas por delitos ajenos debería estar a cargo del tesoro público la indemnización, sino también en las pérdidas y desgracias por hostilidades, porque EL QUE PADECE POR LA NACION TIENE DERECHO A UN RESARCIMIENTO PUBLICO... sobre todo en los perjuicios que son efecto de los ["errores involuntarios"] de los ministros de justicia, porque el Estado debe seguir las reglas de equidad que él impone a los individuos..."⁽⁴⁵⁾.

Además se debió preveer en el artículo 27 constitucional, la posibilidad de resarcir otros daños que causa la indebida redacción de su ordenamiento como en el caso de que a veces, no solamente se le ocasiona al individuo la pérdida de sus bienes y el fruto de su industria, sino que también hay ocasiones en que se le ocasiona una profunda herida en el honor. El concepto de utilidad pública, expropiación e indemnización se desarrollaran más ampliamente en los capítulos subsecuentes.

EL TERCER PARRAFO DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL, HACE ALUSION A LAS MODALIDADES, EL INTERES PUBLICO, EL BENEFICIO SOCIAL Y LA IDEA DE DISTRIBUCION EQUITATIVA DE LA RIQUEZA PUBLICA: "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las MODALIDADES que dicte el INTERES PUBLICO, así como el de regular en BENEFICIO SOCIAL, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una DISTRIBUCION EQUITATIVA DE LA RIQUEZA PUBLICA..."⁽⁴⁶⁾. El párrafo tercero del multicitado artículo; es impugnabile y susceptible de ser desvirtuado como se verá posteriormente y con más detenimiento en el inciso que corresponde al Orden Público.

Es prudente señalar aquí el significado de la palabra "modalidad", es igual a decir: forma del ser, también, hay que establecer que toda limitación es una modalidad, pero no al revés Lucio Mendieta y Nuñez. También hay que destacar que las facultades de USAR y DISPONER son susceptibles de limitación; y que las modalidades fueron concebidas para que "prevalezca el interés general sobre el particular".

No obstante de que la propiedad es un derecho público subjetivo, y de que supuestamente la propiedad se puede oponer a los particulares y a la autoridad; la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado en algunas ejecutorias, el criterio de que la propiedad es de la Nación.

EL CUARTO PARRAFO, ESTABLECE EL DOMINIO DIRECTO DE LA NACION SOBRE TODOS LOS RECURSOS NATURALES: "Corresponde a la Nación el dominio

⁽⁴⁵⁾ OP CIT. ESCRICHE, TOMO I PAG. 610.

⁽⁴⁶⁾ OP CIT. CONSTITUCION PAG. 34.

directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas...etc"⁽⁴⁷⁾ .

EL QUINTO PARRAFO DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL, ESTABLECE UNA VERDADERA PROPIEDAD DE LA NACIÓN SOBRE EL SUBSUELO Y LAS AGUAS, la cual se desprende de su redacción que dice: "Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que están ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas esteros de propiedad nacional..."⁽⁴⁸⁾ .

EL SEXTO PARRAFO; EN TERMINOS GENERALES, ESTABLECE LA INALIENABILIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA PROPIEDAD DE LA NACION: "En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes..."⁽⁴⁹⁾ . El comentario correspondiente a este párrafo estriba en que en términos generales, se podría afirmar, que ésta es la piedra angular de la naturaleza precaria y arbitraria del sistema de propiedad al cual estamos sujetos involuntariamente, ya que necesariamente y para que opere la monstruosa maquinaria de la expropiación y para fundamentar la propiedad del "supuesto propietario originario", ésta debe necesariamente de tener un carácter de perpetua como lo establecen los términos de la imprescriptibilidad; por otro lado, se ha previsto que también, la propiedad de la Nación es inalienable; entonces, con que seguridad jurídica compraría un particular un bien del dominio privado de Estado?, o peor aún con que seguridad poseemos y somos propietarios los particulares?. En cuanto a las concesiones, (a reserva de analizarlas detenidamente en el inciso del capítulo correspondiente); solamente me resta destacar que si técnicamente no son violatorias del artículo quinto Constitucional, de hecho si son una limitación que puede terminar y de hecho termina degenerando en un caos jurídico, económico y sobre todo político.

EL SEPTIMO PARRAFO, PREVVE EL APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES NUCLEARES: "Corresponde también a la nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y

(47) IBIDEN PAG. 35.

(48) OP CIT. CONSTITUCION PAG. 35.

(49) IDEN.

la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos. El uso de la energía nuclear sólo podrá tener usos pacíficos"⁽⁵⁰⁾.

EL OCTAVO PARRAFO, HABLA DE LA ZONA DE APLICACION DE LA SOBERANIA ECONOMICA DE LA NACION: "La nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinan las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea base desde la cual se mide el mar territorial..."⁽⁵¹⁾.

EL NOVENO PARRAFO, ESTABLECE EN TÉRMINOS GENERALES LA CAPACIDAD PARA ADQUIRIR EL DOMINIO DE TIERRAS Y AGUAS DE LA NACION, y se divide en veinte fracciones; dentro de las cuales se distinguen dos grandes grupos, el primero, comprende de la fracción I a la VII en todo aquello concerniente al sector de los particulares; y la segunda, de la fracción VIII a la XX, que corresponde al "sector social".

Fracción Primera.-Establece el sistema de transmisión de la propiedad para los particulares, sean personas físicas o morales:

- A.-La propiedad que se transmite a los mexicanos; y.
 B.-La propiedad que se permite a los extranjeros:
 1) Como particulares, y, 2) Como sociedades.

Fracción Segunda.-La capacidad para adquirir la propiedad en lo concerniente a las asociaciones religiosas, con las limitaciones que se especifican en el Diario Oficial del 15 de julio de 1992, en la cual se publica la ley reglamentaria respectiva.

Fracción Tercera.-Capacidad para adquirir en cuanto a las instituciones de beneficencia pública, en términos generales, suprime la posibilidad de que las instituciones de beneficencia formen capitales; ya que sólo podrán adquirir éstos para el desempeño de su objeto social, de acuerdo con su ley reglamentaria.

Fracción Cuarta.-Régimen de sociedades mercantiles por acciones; prohibición de adquirir fincas rústicas con excepción del permiso del ejecutivo por motivo de ser compatibles con su objeto social; con la reforma que ha operado del artículo 27 Constitucional, ahora las sociedades mercantiles pueden adquirir propiedades rústicas y urbanas, en cuanto a las primeras, se aplican restricciones en cuanto a sus límites; cuyo tamaño no puede ser mayor a 25 veces el de la pequeña propiedad; por otro lado, la ley aplicable al respecto, es la Ley Agraria. En cuanto a su objeto social, y en cuanto a las formas de sociedades mercantiles; no pueden los socios exceder sus acciones al límite de las 2500Ha, por otro lado, las formas societarias de producción rural, se convierten en confederaciones y necesitan cuando menos 2 socios.

Fracción Quinta.-Propiedad de los bancos.

Fracción Sexta.-"Los Estados y el Distrito Federal, lo mismo que los municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para

(50) ÍBIDEM PAG. 36.

(51) ÍDEM.

adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos"⁽⁵²⁾.

Las Leyes de la Federación y de los estados en sus respectivas jurisdicciones, determinaran los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base..⁽⁵³⁾. Un comentario al margen sobre ésta fracción; es que la misma, claramente establece que "las leyes de la federación y de los estados en sus respectivas jurisdicciones, determinaran los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada..."; la anterior aseveración, presenta dos aspectos, el primero de ellos, es que de hecho, cuando una ley federal o local, declara alguna excepción a cierta conducta, lo hace con la fórmula mágica de "cuando se contravenga el orden público", o la causa X sea de utilidad pública"; pero no determinan los casos de manera exacta o concreta; ésta situación se presta a que se cometan todo tipo de irregularidades y violaciones en contra de los Derechos Fundamentales del Hombre, y por consiguiente de las Garantías Individuales de los afectados, pero lo que es realmente más grave, es que éste precepto Constitucional, de hecho faculta a lo que yo llamaría "autoridades menores", a contravenir o en el peor de los casos a ampliar lo dispuesto por la ley de Expropiación, la cual establece (de por sí de una manera inconveniente las causas de utilidad pública) como se demostrará en el capítulo respectivo, además de ser ésta última de ámbito Federal.

Por otro lado, y para terminar de analizar este "ordenamiento", también se establece que la indemnización de la cosa expropiada, se basara en el valor fiscal o catastral, que haya sido "aceptado por él (afectado) de un modo tácito...", cuando de hecho y derecho es inoperante la aceptación tácita de un acto impuesto; ya que en la vida real, yo cuestionaría a todos los ciudadanos en primer lugar: ¿Quién esta de acuerdo en pagar impuestos?, y en segundo lugar: ¿Quién esta de acuerdo en pagar impuestos elevados?.

De la Fracción Séptima a la Vigésima; en términos generales se prevee el sistema de propiedad en cuanto a los bienes rústicos y a las propiedades de las personas del sector social; y el reparto agrario por restitución o dotación; en cuanto a esta parte del artículo 27 Constitucional, solamente me referiré a lo más trascendente, ya que hacer un análisis detenido sería irrelevante para el desarrollo de ésta tesis, la fracción séptima, a grandes rasgos, cambia el sistema de propiedad rural, y establece el derecho de asociación sobre las parcelas transmisibles por dominio directo.

La fracción decimoquinta; establece los límites de la propiedad agrícola la cual es de 100Ha, para riego; en cuanto a la extensión

(52) OP CIT. CONSTITUCIONAL PAG. 38.

(53) IDEM.

de la propiedad ganadera, debe ser suficiente para alimentar al 500 cabezas de ganado.

IV.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE.

1.- EL HOMBRE COMO INDIVIDUO SUJETO DE DERECHOS.

Desde que existió el primer hombre en este planeta, existió la libertad; ya que ésta sin lugar a dudas se deriva del carácter INDIVIDUAL de la persona; este carácter es la esencia misma de la existencia, al ser lo más sagrado para cada quien su propia individualidad, el derecho a la propiedad y a la libertad se hace extensivo a las cosas; las cuales desde el punto de vista filosófico por el hecho de carecer de animación tienen un valor material y no uno supremo como el de la dignidad humana, y entonces por ende son sujetas de apropiación sin importar si ésta se dá de manera legítima o ilegítima (es en el campo del derecho donde esto tiene relevancia absoluta).

Para entender mejor la esencia individual del ser: "Persona es aquel ente que tiene un fin propio que tiene que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en si mismo y que cabalmente por eso posee dignidad a diferencia de todos los demás, de las cosas que tienen su fin fuera de si, que sirven como mero medio a fines ajenos que por tanto tienen precio"⁽⁵⁴⁾.

Esto es lo que crea una cadena indisoluble entre el Derecho como cuerpo normativo y las facultades que tiene el individuo reconocidas y con sagradas por el y en el, las cuales surgen directamente de la esencia humana y como es lógico, de la misma se derivan derechos que en consecuencia se llaman individuales estos conceptos hacen extensiva la facultad de ser el dueño de si mismo y consiguientemente de las cosas. Entonces la grandeza de ser el dueño de si mismo radica en la libertad, en primer lugar corporal, o sea de ver, oír, sentir, olfatear, gustar; PENSAR, moverse, actuar, etcétera; facultad que origina y al mismo tiempo hace extensivo al ser humano el ser propietario posteriormente los bienes, y en un segundo término de coexistir; en este aspecto, un gran número de juristas y filósofos han contemplado directa o indirectamente lo anterior; de lo cual me permito citar las cuatro máximas expresadas por Stammler, (filósofo y jurista Alemán de excepcional capacidad; quien elaboró una estimativa jurídica puramente formalista), en ellas se articula claramente el razonamiento anterior⁽⁵⁵⁾.

Los principios o máximas de Stammler son cuatro y se agrupan en dos clases, como sigue:

I.- PRINCIPIOS DEL RESPETO RECIPROCO:

a) El querer de una persona, es decir, sus fines y medios, no deben nunca quedar a merced del arbitrio subjetivo o capricho de otra persona.

b) Toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo,

⁽⁵⁴⁾ OP CIT. RECASENS SICHES, PAG. 548

⁽⁵⁵⁾ (CFR).IDEN.

es decir, como una persona con dignidad, como un sujeto que tiene fines propios, que es un fin en si mismo, y nunca como un mero medio para fines ajenos.

II.- PRINCIPIOS DE LA PARTICIPACION:

- a) Nadie debe jamás ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por la decisión arbitraria o mero capricho subjetivo de otra persona.
- b).- Todo poder jurídico de disposición concedido a una persona, al excluir a otra persona, deberá hacerlo sólo de tal modo que el excluido subsista como un ser con un fin propio, es decir, como una persona con dignidad, y jamás como un mero medio para los demás, o mero objeto de derechos subjetivos de los demás"⁽⁵⁶⁾.

Esto caracteriza la igualdad en las relaciones jurídicas y hasta económicas; el conflicto entre intereses, debe ser resuelto invariablemente en este sentido.

Para explicar estos aspectos más claramente, se puede afirmar por ejemplo, que cada quien es libre para hacer lo que quiera en primer lugar con su persona (siempre y cuando no se afecte a otros ni a sus intereses estrictamente individuales) y después con sus cosas.

Los liberales del siglo XIX incurrieron en un tremendo error: en admitir que las libertades individuales, Y SOBRE TODO las libertades democráticas y los derechos políticos básicos, podían ser ejercidos en cualquier sentido, en cualquier dirección al servicio de cualquier fin, sin limitación de ninguna especie, y que, por lo tanto, el ejercicio de tales derechos y libertades debía ser permitido y garantizado INCLUSO A QUIENES LUCHABAN POR LA SUPRESION DE ESOS DERECHOS Y LIBERTADES, cuestión que dió origen como reacción opuesta a ésta situación un supuesto valor superior denominado de muchas maneras aunque genéricamente se le conoce como "ORDEN PUBLICO", el cual debía ser impuesto sobre cualquier tipo de libertad o de interés individual dando como resultado un retroceso jurídico filosófico en cuanto a los principios consagrados en las diferentes Declaraciones sobre los Derechos del Hombre, surgiendo de ésta manera lo que desde mi muy particular punto de vista he dado por llamar "obscurantismo jurídico o barbarie legal", doctrinas que comienzan desde el socialismo utópico de Tomás Moro hasta las doctrinas social demócratas de hoy en día, las cuales han venido aportando diferentes "juicios de valor" acerca de las limitaciones que se deben imponer a la conducta y defensa de los intereses individuales sobre los colectivos; tema el cual, por motivo de su trascendencia en éste modesto análisis referiré con mucho más detenimiento posteriormente en el capítulo respectivo.

En contraste con lo señalado anteriormente, me manifiesto de acuerdo absolutamente a la posición que adopta el exelentísimo jurista Ortega y Gasset, quien calificará a la democracia liberal como el grito más generoso que ha sonado en el planeta: "El liberalismo es el principio de Derecho político según el cual el Poder público, no obstante ser omnipotente, se limita a si mismo y procura, aún a su costa, dejar hueco en el Estado que él impera

(56) APUD.- OP CIT. PAG. 551.

para que puedan vivir los que no piensan ni sienten como él, es decir, como los más fuertes, como la mayoría.

El liberalismo -conviene hoy recordar esto- es la suprema generosidad: es el derecho que la mayoría otorga a las minorías; proclama la decisión de convivir con el enemigo, más aún, con el enemigo débil⁽⁵⁷⁾ y es evidente que aunque haya quiénes se atreven a cuestionar el anterior enunciado, afirmando que por otro lado, el liberalismo también generó desigualdad y explotación; interprete correlativamente su posición colectivista y ultrapersonalista, aseverando que de cualquier forma es mejor "la desigualdad y explotación de un sistema libre y democrático", que la supresión de toda libertad de un sistema totalitario y tiránico, o en su caso la supresión aislada de alguna libertad fundamental de un sistema intermedio.

En el problema ahora examinado no se trata solamente de las limitaciones regulares, por razones de orden público (prohibición de la incitación al motín o a la revuelta); sino también de limitaciones institucionales no expresamente expuestas.

Esto de ninguna manera quiere decir que exista un límite estricto entre los Derechos de unos y de otros; sino que simplemente existe un límite natural entre los mismos, el cual se encuentra trazado por el simple hecho de que se está hablando de la necesidad de configurar un cuerpo normativo más perfecto que tenga como base la consagración suprema de los ideales de Propiedad y Libertad.

Lógicamente la libertad tiene sentido y justificación solamente sobre la base de la reciprocidad, y sobre la base de lealtad a los principios en que ella se inspira, sin esos presupuestos se derrumba la exigencia normativa ideal de la libertad, al menos en cuanto a su ejercicio público.

2.- GENESIS AXIOLOGICO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

El hombre como individuo y persona tiene como fin innato el conseguir la felicidad sea ésta cual fuere; ya que como acertadamente señala Voltaire; - " La felicidad es una idea abstracta que se compone de algunas sensaciones de placer, Platón, que escribía mejor que raciocinaba, inventó su Mundo arquetipo, esto es, un mundo original, con sus ideas generales sobre el bien, sobre lo bello, sobre el orden y sobre lo justo, como si existieran seres eternos que se llamaran orden, bien, bello y justo, de los que derivasen como imperfectas copias lo que en el mundo nos parece justo, bello bueno. Pero el soberano bien no existe, los animales experimentan placer cuando realizan sus funciones naturales, la dicha soñada debía consistir en una serie no interrumpida de placeres; pero esa serie es incompatible con nuestros órganos y nuestro destino, producen placer la comida y la bebida, como lo produce la unión de los dos sexos; pero es evidente que si el hombre estuviera siempre y pasara la vida en el éxtasis del goce, sus órganos no podrían resistir estos placeres excesivos ni podrían cumplir su misión en la vida, y el placer en tal caso mataría al género humano, pasar continuamente sin interrupción de un placer a otro es también otra quimera, es indispensable que para que la

(57) OP CIT.- RECASENS SICHES PAG. 598.

mujer conciba se produzca el dolor; es indispensable que el hombre corte la madera y talle la piedra, y esto tampoco es un placer, si se dá el nombre de felicidad a algunos placeres que de vez en cuando se encuentran en la vida, la felicidad existe en el mundo; pero si se dá este nombre al placer permanente o a la serie continua y variada de sensaciones deliciosas, la felicidad no existe en el globo terraqueo, y hay que buscarla en otras partes. En estos casos conviene observar que cuando decimos que es probable que un hombre sea más feliz que otro, que un joven arriero lleve ventaja en esto a Carlos V, que una tendera de modas viva más satisfecha que una princesa, debemos concretarnos a decir que es probable, aparentemente, parece que el arriero joven que tiene buena salud debe vivir más contento que Carlos V, atormentado por la gota; pero también puede suceder realmente que, aunque Carlos V, vaya apoyado en un bastón, goce recordando que consiguió tener prisioneros a un Rey de Francia y a un Papa, y viva más feliz que el joven y vigoroso arriero, sólo es dado a Dios, que penetra en todos los corazones, decidir que nombre es el más feliz, únicamente en un caso puede el hombre afirmar que su estado actual es peor o mejor que el de su prójimo; este caso es el de la rivalidad en el momento de victoria - "(58) .

Entonces, según la filosofía voltaeriana, queda tajantemente demostrado que la felicidad es un estado subjetivo del ánimo humano, el cual se alcanza en relación directa a la satisfacción de los intereses individuales (como la victoria por ejemplo), ya que vivimos en un estado de constante conflicto (lo cual en el fondo, es la razón de la existencia del Derecho en si como un instrumento para resolver de una manera justa lo anterior); y por lo tanto en un estado de constante competencia; entonces, la defensa de los derechos innatos (Libertad, Propiedad, Vida etcétera), fundan la base de la coexistencia diaria y hasta cierto punto pacífica entre los hombres.

3.-LOS DERECHOS, SUS VALORES Y EL CONFLICTO.

Ahora, me enfrento a la difícil tarea de jerarquizar los grados de importancia que tienen por un lado los valores filosóficos de las ideas principales de éste inciso como lo es la felicidad; y por otro lado los valores jurídicos supremos, la propiedad y la libertad, para algunos autores como Mortimer J. Adler, los valores esenciales no se rigen por escalas ni grados de importancia ya que se deben interpretar en su conjunto (al igual que los principios constitucionales); para mí, allí estriba el error ya que sin querer analógicamente existe una comparación entre unos y otros y por lo tanto debe existir la prevalencia de todos sobre todos, esto no es más que una mera ficción comunmente aceptada, ya que como es por todos sabido cuando existe un obstáculo insalvable entre el mundo del ser y el del deber ser; la doctrina o mejor dicho, quienes hacen la misma al ver la dificultad para explicar dichos fenómenos optan por imaginar figuras semejantes al sujeto de estudio o reglamentación que no pasan de ser meras abstracciones convenientes y entonces surgen las ficciones del derecho (como ejemplo; podría citar de entre muchas "La División de Poderes" con toda la problemática que esta implica, la cual sin ponerme a opinar si fué

(58) VOLTAIRE, "OBRAS SELECTAS"; (DICCIONARIO FILOSOFICO); EDIT. ATENEO TERCERA ED. BUENOS AIRES 1965, PÁGS. 176 - 177.

conveniente o no, de hecho existe como tal).

Para la filosofía, también hay ficciones, tales como "El Contrato Social" y muchas otras que aglomeran siempre, al igual que en el derecho las ideas de propiedad, y libertad; las cuales, conducen invariablemente a la satisfacción de intereses que el hombre algunas veces crea, y los cuales algunas otras veces se encuentran intrínsecos dada su propia naturaleza, entonces, de manera conceptual; en la medida en la que el hombre se satisface a sí mismo subjetivamente (si se quiere apreciar de éste modo), es la misma medida en la que yace la felicidad en el ser de cada quién, sea esta de manera corporal, espiritual o material.

Entonces, el problema estriba en los orígenes de los principios, filosóficos y jurídicos a simple vista parecería fácil poder determinar que el hombre primero existe para sí mismo y después para la sociedad; en este orden de ideas, la subjetividad cobra un valor importantísimo aún con todas las implicaciones que pudiera suscitar (por ejemplo: lo bello es subjetivo desde el punto de vista de apreciación del individuo en sí), consecuentemente es obligación del Derecho proteger de un modo u otro ésta especie de "cuasi derecho", el "derecho de opinión" también es subjetivo así como un fin de ideas y de abstracciones propias e individuales, por lo tanto de un modo absolutamente genérico; (y resalto el valor absoluto de lo anterior), como el origen de los valores individuales que al pasar de la historia han sido elevados rangos superiores de los que aparentemente merecieran poseer en sí.

3.1.- LOS LLAMADOS "DERECHOS DEL HOMBRE".

Las revoluciones Inglesa, Norteamericana y Francesa fueron los factores hondamente civilizadores en los respectivos países en que se produjeron pero fueron, además, las fuentes de inspiración de todos los movimientos constitucionalistas que llevaron a la implantación de la democracia liberal en muchos otros pueblos, en Europa, en Hispanoamérica y en otros continentes, pues bien, todas las concreciones constitucionales de ese tipo, es decir, de democracia liberal, parten del supuesto de la creencia en unos derechos fundamentales del hombre, que están por encima del Estado, que tienen valor más alto que este, y entienden que uno de los fines principales del Estado consiste en garantizar la efectividad de tales derechos.

Pero dicha doctrina fué también criticada dentro el campo de la teoría jurídica, por las razones siguientes: Interpretando el significado de la expresión "derechos del hombre" como un conjunto de derechos subjetivos, se arguye que no puede haber propiamente derechos subjetivos" ni antes ni fuera del Estado, es decir, ni antes ni fuera de un "orden jurídico positivo", hay un "derecho subjetivo" cuando una norma de derecho objetivo positivo lo establece, proveyendo, además, los medios para hacerlo efectivo, es decir, habilitando una medida coercitiva para el otro sujeto que, con su conducta, desconozca o infrinja el derecho subjetivo de una persona. Ahora bien, decían quiénes objetaban en este sentido, que esto puede darse única y exclusivamente dentro del marco de un orden jurídico positivo, y no con anterioridad o independencia de él. Por lo tanto, recalcan esos objetantes que no puede hablarse

de derechos subjetivos fuera del Estado ni por encima de éste.

En realidad, cuando la doctrina habla de "derechos del hombre" lo que hace es dirigir requerimientos al legislador, fundados en normas o en principios ideales, en criterios estimativos, en juicios de valor, para que en el orden jurídico positivo se emitan preceptos que vengan a satisfacer esas exigencias.

A la luz de la estimativa jurídica se debe proclamar la exigencia de que tales derechos ideales sean convertidos en derechos subjetivos dentro del orden jurídico positivo.

El simple hecho de ponerse a elaborar la Declaración de los Derechos del Hombre, y el hecho de aprobarla, implican el admitir que hay principios "universalmente válidos" al menos para el presente momento histórico, en los cuales se debe inspirar la elaboración del derecho positivo; y que esos principios se refieren precisamente al reconocimiento, y a la efectividad y a la garantía de las facultades humanas inherentes a cada quien, las cuales no son otra cosa que los "Derechos del Hombre" sin importar en que campo se desarrollan (objetiva o subjetivamente). En resumen, los Derechos del Hombre, son inherentes a la naturaleza del mismo, y el Estado los ha tenido que reconocer para evitar en una autolimitación las actitudes despóticas del gobierno.

Por otro lado; para Kelsen y sus seguidores esto sería intrascendental, ya que según su estudio sobre "La Teoría Pura del Derecho", no debe importar al jurista o al estudioso del derecho si este es bueno o malo; sino que objetivamente hablando lo que interesa en cuanto al estudio del mismo es el grado de efectividad de la norma jurídica; como ejemplo claro de lo anterior; puedo citar la doctrina del fin del Estado en el pensamiento de Kelsen, quien lo considera como un fin en si, lo cual no puede significar la afirmación de que el Estado carezca de fin, sino simplemente que prescinde de preguntarse cual es ese fin.

Personalmente y de una manera humilde, difiero del criterio de tan importante jurista; ya que como he señalado anteriormente "el Derecho fué creado por y para el hombre y no al revés", además de que la norma jurídica debe ser adecuada a las necesidades del hombre y en segundo término de la sociedad en si; o en otras palabras, deben coincidir lo más exactamente posible el mundo del ser y el mundo del deber ser.

Retomando a Kelsen, para aclarar un poco más en lo anterior, me permito transcribir las siguientes afirmaciones:

- "A)- A la esencia del Estado no pertenece absolutamente ningún fin específico.
- B)- El Estado no es más que un medio para la realización de todos los posibles fines sociales, o con otras palabras: que el Derecho no es más que la norma de todos los posibles contenidos"⁽⁵⁹⁾.

Entonces, si el Estado es una creación artificial de la sociedad,

(59) OP CIT. RECASENS SICHES, PAG. 407.

se debe suponer que no tiene otros fines que los propiamente humanos, más el problema se ha vuelto complejo, porque en su evolución el Estado asume fines que no son propiamente los fines de la sociedad; ya que, si el fin principal es el bien común o el bien público de los habitantes (como demostraré más adelante, éste está muy lejano de la idea de felicidad humana a la que me he referido) ya que esta a su vez es subjetiva, el hombre debe ser psicológicamente libre para huir de la necesidad psicológica de someterse dócilmente al Estado.

En apoyo a lo anterior; sería prudente preguntarnos: ¿QUIEN ES EL ESTADO PARA PODER DETERMINAR QUIEN ES Y QUIEN NO ES FELIZ?, o mejor dicho ¿EN DONDE ESTRIBA LA FELICIDAD DE CADA QUIEN?- Por otro lado, asignarle al Estado cualquier fin, es crear un verdadero Leviathan, es por eso, que los fines del mismo deben estar detallados específica y expresamente, pero esto no ocurre en la realidad, o mejor dicho en el mundo del ser; esto es evidente y se desprende del concepto de "bien común y bienestar general", los cuales serán analizados en el capítulo respectivo.

La respuesta se intuye del hecho de que simplemente no hay un valor superior a los que han sido consagrados por siempre de una manera u otra; la respuesta, también se desprende de que la búsqueda de la felicidad (aunque esta sea subjetiva), tiene como medio y como fin a la vez el respeto y la permanencia eterna de la propiedad y de la libertad; estas, como muchas otras respuestas que pudiera citar, no lo son para un cuestionamiento que nunca se nos ha hecho, sino a uno que DEBERIA hacerse, ya que de alguna manera, siempre ha estado presente en el pensamiento del ser humano, porque esto es innato.

El derecho a la felicidad humana no es una utopía; sino es el rango Constitucional que tienen los principios que se denominan garantías individuales, los cuales se derivan de la esencia del ser humano; de su propia y libre existencia.

La utopía que ha venido convirtiéndose en realidad al pasar de los años; es el producto de la ficción estatal y gubernamental que justifica razones absolutamente inválidas para poder vejar ingratamente a su razón de ser: el individuo. La aparente utopía de un mundo en el que el individuo pueda ser feliz; desaparecer; poco a poco, cuando quienes hacen las leyes, sean lo suficientemente inteligentes y leales a su naturaleza para dejar a un lado las ficciones ante problemas aparentemente indisolubles y busquen, y encuentren, y creen formulas que adecúen de mejor manera el mundo del ser y el del deber ser; cuando se nos cuestione y se defina como concebimos el deber ser; cuando no exista ni la más remota posibilidad de que sean interrumpidos por nada ni por nadie los valores supremos de Propiedad y Libertad, los cuales nos llevarán indudablemente a gozar de la Felicidad tan anhelada por todos los hombres.

Por lo tanto puedo preconcluir que del derecho de libertad, deriva directamente el Derecho de Propiedad y viceversa, aunque si; estos dos derechos los pretendiera valorar jerárquicamente me enfrentaría a un reto imposible ya que estas dos facultades van unidas en esencia y por lo tanto tienen el mismo rango de validez; ya que no necesariamente la causa original es más importante que la

subsecuente por que fundamentalmente la relación y la existencia de una y otra tienen el mismo génesis, el mismo efecto y más aún el mismo fin. Al citar únicamente estos dos derechos, se establece intrínsecamente que el derecho a la seguridad jurídica así como los demás que se encuentran consagrados en la carta que contiene la declaración universal de los Derechos del Hombre o del Ciudadano, son derivados de los derechos de libertad y propiedad respectivamente, los cuales sin lugar a dudas son la esencia del respeto a la dignidad humana y a la existencia del hombre en la tierra. También la anterior apreciación, encuentra escollos con relación a que aún en esta era en la que supuestamente el hombre ha avanzado en la ciencia, en la filosofía y en el campo del derecho, existe todavía gente que a la fecha, intenta de una manera inicua establecer que el hombre puede tener libertad sin propiedad; el único argumento que yo esgrimiría en contra de tal afirmación ignominiosa, es que la historia de la humanidad me ha dado la razón en y para contradecir lo anterior, ya que como se ha visto; las formas más espantosas de totalitarismo y de agresión hacia los derechos expuestos en los dos primeros incisos de ésta tesis, las cuales se llegaron a instrumentar a través del Socialismo y del Comunismo, están de hecho ya extintas y las que faltan están en proceso de desaparición, gracias a los avances ideológicos del hombre y a la supremacía de los valores aceptados por casi la totalidad de la humanidad, los cuales constan fehacientemente en las declaraciones de los Derechos del Hombre.

La manera en la que nuestra Constitución actual (1917), ha asimilado los valores anteriores y los Derechos del Hombre, con algunas variaciones que tienen su raíz en todo tipo de causas, menos las jurídicas, estas las estudiaré en el inciso respectivo; por ahora solamente me resta concluir este tópico de la siguiente manera:

- A)- Los Derechos del Hombre son únicos y deben ser respetados por igual a todos los hombres, y a todas las Naciones civilizadas.
- B)- No deben ser objeto de limitación, de ninguna manera, por causas que sean ajenas al fondo jurídico-axiológico que entrañan.

4.- VALORACIONES QUE OBSTRUYEN EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

Si se estudia la materia del Derecho como un ente universal, es decir, como una institución que existe en todos los países civilizados; absteniéndose de pensar en los principios básicos que a través de los siglos han prevalecido en el tiempo y en el espacio, y que de alguna manera u otra han inspirado la evolución del mismo hacia su perfeccionamiento paulatino; desde un punto de vista objetivo nos daremos cuenta de que aún en los países con regímenes totalitarios y/o socialistas, últimamente existe la tendencia suprema de respetar los Derechos Fundamentales del Hombre, los cuales hasta hace algunos años atrás, representaban, para algunas Naciones un peligro, un tabú; y para otras, una institución sagrada, en donde descansa la concepción universal de justicia y en algunas ocasiones hasta el fundamento axiológico de

todo su sistema jurídico.

El entendimiento de dicha institución, parece ser sencillo a simple vista; pero comprende valores tan profundos y bondadosos, (los cuales a veces no son de fácil comprensión; e inclusive, a veces han sido ignorados intencionalmente hasta por los más grandes juristas); y por lo tanto, requieren de un estudio escrupuloso y detenido.

Por otro lado, intervienen circunstancias Políticas, Sociológicas y hasta Jurídicas que hacen surgir aparentes contradicciones en lo que respecta a la importancia, respeto y veneración que las personas (tanto civiles como públicas), deberían tener por esta noble institución en las diferentes culturas que existen en el mundo; es por eso, que haré una enumeración muy superficial de las tres primeras causas (políticas, sociales y económicas) que obstaculizan el estudio y la interpretación de los Derechos del Hombre; y por otro lado, pondré especial dedicación en el fondo jurídico-filosófico; el cual resulta en la fundamentación y la razón de ser de los citados Derechos.

4.1- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE Y LA POLITICA.

En el aspecto político, no se puede dejar aparte el fundamento ideológico y cultural de las naciones; siendo así, notamos que existen tan diversas formas de gobierno, como naciones en el mundo.

En este orden de ideas a groso modo hay desde Monarquías Absolutas hasta regímenes Anárquicos*, pasando por todo tipo de Democracias, Repúblicas, sistemas Presidencialistas y Parlamentarios: como es lógico todas esas culturas son diferentes y por lo tanto lo son sus valores, hasta este punto no parece haber controversia si todos, o al menos la mayoría de los países respetaran tan noble institución como lo son los derechos del hombre; esta situación, nos llevaría a creer realmente en una coexistencia pacífica.

El problema real surge cuando se presenta toda una gama de ordenamientos jurídicos tan diferentes que si los agrupamos, apreciaremos dos grandes bloques:

- A)- Los que justifican por medio del Orden Público (en su aspecto general), la realización de los fines del Estado; pasando sobre los Derechos Fundamentales y Universales del Hombre (LOS CUALES TIENEN UNA IMPORTANCIA INFIMA PARA EL ESTADO); en su rapaz búsqueda del "Orden Público y del Bien Común"; (aspectos que no necesitarían ser reivindicados, si el mismo orden jurídico del grupo mencionado fuera compatible con los principios aludidos).
- B)- Los que como idea civilizada de Justicia, tienden a cuidar y mantener los Derechos Fundamentales y Universales del Hombre, soportando en esa base la idea de Orden Público y Bien Común.

Aunque la anterior división presupone formas de gobierno, ideologías y raíces históricas distintas, una de las razones

* COMO SUCEDIA EN NICARAGUA EN 1990, ANTES DE LA CAIDA DEL REGIMEN SANDINISTA.

primordiales del respeto o del desacato a los Derechos del Hombre; es la política interna y externa de cada uno tanto de países totalitarios como los democráticos; lo que nos lleva a concluir en una manera general en que hay una similitud analógica de conceptos entre unos y otros.

No obstante esto, innovadoramente a la funcionalidad de ambos grupos ideológicos, me permitió adelantar y proponer que estudiar los Derechos del Hombre en este sentido, es erróneo, ya que como demostraré posteriormente, en el inciso que se refiere al estudio jurídico; estos son innatos, únicos e iguales para todos, además de que habría que atender a la naturaleza del individuo como ser humano y lo que se ha dado por llamar "Derecho Natural", el cual establece principios y valores que deben ser respetados por todo Orden Jurídico, por ejemplo (la vida, la libertad, la propiedad, la seguridad jurídica, etcétera).

4.2- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE Y LA SOCIOLOGIA.

Un aspecto interesante de este estudio, es el siguiente ya que como siempre se nos enseñado, la sociología y el derecho siempre van unidos de la mano, ya que las normas jurídicas han sido creadas por y para satisfacer las necesidades de toda sociedad; y más aún, deben ser cambiantes en función a la dinámica social para que no solamente sea derecho vigente sino también positivo.

Entonces en este sentido también cambian las tendencias estatales hacia la realización o el mantenimiento de los derechos del Hombre. Ya que no debemos olvidar que el Estado debe conseguir los fines que busca y para los cuales fué instituido; como acertadamente señala Serra Rojas, el último fin del Estado es conseguir el "bien común" o "cualquier fin social" (debo hacer notar, que el Estado ha sido creado por la sociedad) yo me atrevería a afirmar que este no debe ser el "fin último", sino el primordial y único⁽⁶⁰⁾.

"El bien común"; como lo define Serra Rojas tomando una cita de Sánchez Agesta es "el orden justo, seguro y estable para la vida virtuosa y suficiente de una comunidad", connotación que como se puede notar es un término que hasta la fecha tiene significados tan diferentes como las sociedades que existen en el planeta.

Para enfatizar esta situación; solamente haré notar que a los fines del Estado se ha dado por denominar esenciales y estos se reducen a la defensa exterior, al mantenimiento del orden público, la realización del derecho y a la promoción de la vida economía y cultural del pueblo, en cuanto a la diversidad de ordenes existentes en las sociedades que conforman el mundo, puedo citar como ejemplo el derecho a la igualdad entre los hombres, el cual, no se manifiesta de igual manera en la India que en nuestro país donde inclusive de manera expresa se consagra en los artículos primero y cuarto, de nuestra carta Magna; ya que en la India se sigue imponiendo el salvaje sistema de las castas y tienen más prerrogativas unos sobre otros por razón de linaje, fundamentándose en preceptos religiosos más que de Axiología jurídica.

(60) (CFR): SERRA ROJAS ANDRES; "CIENCIA POLITICA", EDIT. PORRUA; OCTAVA ED. MEXICO 1985, PÁGS. 223 Y SIGUIENTES.

En este caso citado como ejemplo, se puede distinguir fácilmente que el origen de la divergencia entre los valores y principios que las naciones atribuyen la mayoría de las veces a los derechos del hombre, los cuales tienen su causa directa en la dinámica sociológica de cada Nación, así pues podría citar otros ejemplos como el Derecho a la Propiedad Privada en los Estados Unidos y en Cuba el cual por motivos históricos es obviamente concebido de maneras diferentes entre unos y otros; y aún sin importar que derecho y que País nombrara, se llegaría siempre a la misma conclusión.

Para no insistir más en el tema hay que darse cuenta de cuales son los factores sociológicos que influyen en el respeto a la institución citada en este inciso. Los cuales sin lugar a dudas son: La Religión, la costumbre, el lenguaje, las raíces étnicas, etcétera, siendo estos puntos preponderantes en la conformación del pueblo, el gobierno, y este último del Estado. Se intuye sin mayor esfuerzo, la importancia y la vinculación directa de estos factores con la realidad jurídica y más aún con el ordenamiento jurídico de los estados, no esta por demás señalar que el Derecho de cada Nación se debe adecuar forzosamente a su realidad sociológica actual y no a la que tuvo lugar históricamente y en un tiempo determinado; ya que las necesidades humanas son cambiantes y perfectibles así como el Derecho; (hay que resaltar igualmente que no se trata de legislar por legislar sino de hacer lo anterior de una manera más científica, moderada y eficaz tomando en cuenta las causas y los efectos del sistema legal propuesto).

4.3- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE Y LA ECONOMIA.

La economía tiene una injerencia directa y absoluta en lo que respecta a la institución, mantenimiento y respeto a los derechos del hombre por ejemplo, como antecedente puedo citar las principales declaraciones contenidas en el Célebre Bill Of Rights, (que surgió raíz de que se derrocó al Rey Absolutista Jacobo II, en Inglaterra en junio de 1639); entre las cuales destacan las siguientes:

- a) - El rey no podía suspender las leyes ni su ejecución sin el consentimiento del Parlamento.
- b) - ILEGALIDAD DE LOS IMPUESTOS DECRETADOS POR LA CORONA.
- c) - PROHIBICION DE MULTAS O FIANZAS EXCESIVAS, etc.

También se pueden citar como causas del surgimiento de estos derechos; en Francia en el siglo XVIII, (época de Luis XIV) y la imposición arbitraria de impuestos exorbitantes para poder cubrir los gastos de la Corte Real, como una causa directa de la revolución Francesa y el juramento de la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano en 1789 (la cual estudiaré posteriormente).

Correlativamente en los Estados Unidos de América (en ese entonces las Trece Colonias) ya existía el ideal supremo de que también se respetaran los derechos del hombre y circunstancialmente también influyeron causas económicas, como un claro ejemplo, esta el origen de la guerra de independencia, la rivalidad comercial con Holanda, la competencia económica con Francia y la rebelión general contra

las medidas impositivas del gobierno inglés, en especial, el impuesto sobre el té que quiso imponer la corona inglesa en el año de 1776, y gracias al cual la confederación de colonias americanas se levantó en armas como una reacción directa a ese hecho; instituyendo poco después en las constituciones de los Estados que conformaban la Unión (en particular Virginia) el respeto gubernamental a los derechos del hombre.

De manera especial resalta a simple vista la preponderancia del respeto a la libertad y al derecho de propiedad, de acuerdo al sistema económico en base al cual se desarrolle la sociedad; pues se puede apreciar que en los sistemas capitalistas y/o en donde se respeta la libre empresa estos dos derechos, en particular (libertad y propiedad), son instituciones fundamentales, y por lo tanto, en el momento en el que dejaren de existir traerían como consecuencia el entero rompimiento del Orden Público y consecuentemente del Bien Común.

Por otro lado, los sistemas en los cuales el Estado tiene en sus manos la rectoría económica por lo menos una intervención ya sea limitada (como en nuestro país) o ilimitada como en los países socialistas, triste y peligrosamente se puede apreciar que la propiedad más que un derecho es un privilegio que el estado CONCEDE a los individuos, eso sin nombrar por aparte el irreversible daño y atraso económico. Existe ya de hecho un régimen aún no definido para la consecuente imposición interpretativa del Orden Público y sus variantes en detrimento directo de los Derechos del Hombre, es así como la economía juega un papel determinante con respecto a la manera en que se preservan los derechos del hombre y los diferentes grados e importancia que los gobiernos les atribuyen a los mismos.

5.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE; SUS DEFINICIONES Y SU ESTUDIO JURIDICO.

El régimen jurídico-político de los pueblos que han aceptado los Principios éticos de la cultura occidental se basa en el reconocimiento de los llamados "Derechos del Hombre".

Para estudiar a fondo una institución tan delicada y fundamental como los son los derechos del hombre desde el aspecto jurídico, es necesario establecer con certeza el alcance de las siguientes definiciones:

Derecho.- En un aspecto genérico; "es la reunión o el conjunto de reglas que dirigen al hombre en su conducta para que vivan conforme a la justicia; y/o el arte de lo equitativo y lo razonable esto es, el arte que contienen los preceptos que nos enseña a distinguir lo justo de lo que no lo es, para que en los diferentes negocios que ocurran todos los días podamos dar a cada uno lo que es suyo"⁽⁶¹⁾.

La palabra Derecho tiene otras muchas acepciones de entre las cuales la que más me interesa para explicar la importancia que entraña, es la siguiente: "la facultad concedida por la ley".

El derecho en sus significaciones más principales es: la colección o el conjunto de las leyes y la facultad o acción otorgada por la

(61) OP CIT. ESCRICHE; TOMO I, PAG. 285.

Ley; de modo que unas veces es causa y otra efecto; pero en cuanto a que es el arte de lo justo y lo equitativo abraza tres preceptos primordiales: vivir honestamente, no hacer daño a nadie, (y el fundamental) DARA CADA QUIEN LO SUYO, llamanse preceptos primordiales por que no hay doctrina del derecho que no se derive de alguno de estos principios.

En cuanto al desarrollo del derecho a nivel internacional, periodo que corre desde los finales del siglo XIX hasta principios del siglo XX, e tapa que en mi muy personal punto de vista se podría denominar como "barbarie legal", se deja de respetar lo anterior paulatinamente, cada vez con mayor frecuencia hasta instituir antagónicamente interpretaciones antihumanistas de la filosofía y la doctrina que dieron origen a limitaciones inadecuadas y de manera amplia rompieron, o en ultimo caso, dejaron a un lado estos tres preceptos fundamentales.

Una vez establecido lo anterior y que ha quedado esclarecido que el Derecho es una facultad que la ley otorga al hombre para ejercitar la acción que le compete para obtener lo que se desee; debo dejar claro y deducir que el derecho que creado para el hombre y no el hombre para el derecho; pues como se vera más adelante el Estado no tiene ningún fundamento ni derecho para establecerse asimismo la potestad de reconocer, otorgar, permitir o siquiera concesionar esta facultad al individuo, aunque sea por medio de la ley. o para dejarlo más claro; en otras palabras no puede limitar al hombre de ninguna manera el goce ni el ejercicio de la facultad que confiere el derecho (salvo en el caso de que por la comisión de un delito o de un hecho ilícito se condene o se prive al sujeto de este ejercicio, y hay que ser categóricos al señalar que esto sólo rige en cuanto al ejercicio; ya que el goce de los derechos en su conjunto y solamente excluyendo algunos se sigue teniendo), y el segundo caso se presentaría en el supuesto de que por alguna causa ficticia-constitucional se llegase a dar la supresión de garantías.

Por otro lado, el Derecho desde su origen puede ser humano o divino:

En el viejo Testamento leemos que "el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios", esta idea habia aparecido en el antiguo pensamiento chino, en el cual se declaraba que lo que más importa es el hombre.

Los antiguos griegos, al subrayar la primacía de la razón, abrieron una vía para la ética del humanismo, no obstante que después no supieran desenvolverla en su filosofía jurídico-política, la cual consistía en reconocer que el hombre no es una cosa ciegamente subordinada a fines o poderes extraños, sino que, por el contrario, constituye el ser que mediante el ejercicio de su razón natural puede lograr la meta de una vida buena.

En este orden de ideas, procedo a ver de manera rápida la evolución del Derecho, y en especial y el porque los Derechos del Hombre siempre han estado presentes en el pensamiento humano aunque en la antigüedad no hayan sido expresamente enunciados como tales; aunque las doctrinas filosóficas de esos tiempos nunca perdieron de vista el uso de los valores que estos Derechos entrañan, como un

instrumento creado por el mismo hombre para resolver sus conflictos siendo él mismo y su naturaleza personal la razón fundamental de la existencia de esta institución Universal.

Fue con el Cristianismo, como se ha indicado ya antes, que la idea de la dignidad de la persona individual adquirió su máximo relieve y su posición central.

El pensamiento de la Edad Moderna contribuyó a subrayar y conceder un máximo vigor a la idea cristiana de la dignidad de la persona individual, al recalcar con vigor superlativo que el hombre es el centro y el fin de toda la cultura.

- a) - Derecho Divino - en la antigüedad los estudiosos de la materia pensaban que Dios, al ser el creador del Universo; había concebido antes que cualquier otra manera de organización el derecho natural; el cual inspiraba al ser humano a respetarlo por medio del alma, esto es en otras palabras lo que ha dado por llamarse Valores Universales, por ejemplo: el Derecho a la Vida, el Derecho a la Libertad y el Derecho a la Propiedad, por lo tanto según demuestra la historia estos valores prevalecieron con variaciones irrelevantes y contadas en las sociedades que datan aún de la era anterior a Cristo; no obstante fué hasta la institución del derecho de gentes (del cual los romanos fueron innovadores) cuando se le dotaron a estas instituciones de un carácter más o menos coercitivo.
- b) - Derecho Humano - a saber es el derecho creado por el hombre, "para satisfacer sus necesidades mundanas", cosa que realiza de diferentes maneras; genéricamente se habla de dos clases de derecho.

I.- Derecho escrito. El cual se crea mediante un procedimiento teórico doctrinal el cual se hace constar permanentemente en una Ley.

II.- Derecho consuetudinario. Se crea por medio de la costumbre, no influye en el algún estudio teórico o doctrinal pero igualmente se plasma en una ley.

Un claro ejemplo de lo anterior; es la cita que toma Ignacio Burgóa de David Thomson la cual me permito transcribir:- "Burlábase Payne de la Constitución Inglesa, y afirmaba que no tenía nada de verdadera Constitución: no estaba escrita, nadie podía referirse a ella para apelar; no era sino una arbitraria selección de precedentes y el precedente es lo más opuesto a una base racional de sentido común para establecer un gobierno que rija debidamente los negocios públicos"⁽⁶²⁾.

La cuestión que caracteriza a este sistema y lo consagra como uno de los más puros en el sentido de la eficacia respecto a la defensa de algún derecho violado, es precisamente el hecho de que no esta inspirado en las abstracciones axiológicas de un jurista o de muchos de ellos; sino el hecho de que las normas jurídicas se basan

(62) APUD.- BURGÓA IGNACIO "EL JUICIO DE ANPARO", EDIT. PORRUA, VIGESIMOQUINTO ED. MEXICO 1968. PAG. 63.

en la realidad política del pueblo y por lo tanto se adecúa el ser y el deber ser de una manera más directa.

Para ilustrar de mejor manera lo anterior, me permito tomar la acertadísima cita de Maurice Duverger; quien de una manera excepcionalmente brillante describe la manera en que trabaja el Derecho Consuetudinario en Inglaterra, "La organización de los poderes públicos ingleses no se encuentra contenida en un texto escrito dotado de un valor superior a la ley ordinaria, en una Constitución, se encuentra definida en una serie de leyes ordinarias, de reglamentos, de prácticas, de costumbres y de usos, de los que no hay ninguna codificación, ninguna de tales disposiciones que han ido añadiéndose las unas a las otras en el transcurso de los siglos, desde la Gran Carta de 1215 impuesta a Juan sin Tierra, tiene Jurídicamente valor constitucional, es decir, que no se impone al legislador; el Parlamento puede modificarlas todas con entera libertad: en tal sentido, suele decirse del Parlamento Ingles que lo puede "hacer todo, (salvo cambiar a un hombre en mujer)"⁽⁶³⁾.

Sin embargo, en la práctica, el espíritu tradicionalista del pueblo británico es tan profundo que tales usos se respetan mejor que muchas de las disposiciones escritas contenidas en la constituciones formales.

Es realmente interesante el apreciar como el paso del tiempo los principios que pregona el Derecho Natural o Divino, han trascendido para establecerse en el mundo del Derecho Humano, como las normas primordiales y fundamentales, ya que como haré notar más adelante se consignan en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

6.-DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789.

El punto axiológico de unión entre los valores jurídicos y los filosóficos; es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya que basándose en la naturaleza inespacial e intemporal del hombre como ser que ha sido y es la causa, el objeto del devenir histórico de todos los países del mundo en su múltiples manifestaciones, se concibió la nobilísima idea de protegerlo en su calidad de persona y de ente socio-político con independencia del Estado concreto al que pertenezca; de allí la breve cita con la que comienza este humilde estudio, con la cual he querido ilustrar el hecho de que no puede haber de ninguna manera poder público que se imponga de modo alguno sobre los intereses individuales o dicho de mejor forma sobre las garantías individuales del gobernado por ninguna causa; ya que no debería existir ningún interés público, ni fin social que se anteponga a la esencia básica del individuo.

Una vez entendido lo anterior, me permito hacer somera referencia a la primera declaración de los Derechos del Hombre que ha existido como tal y que al transcurrir de los años ha sido aceptada parcial y/o totalmente por las diferentes naciones.

"La naturaleza ha hecho a los hombres libres e iguales; todo hombre nace con derechos inalienables e imprescriptibles, como son LA

(63) APUD.- OP CIT. PAG. 65.

LIBERTAD de todas sus opiniones, el cuidado de su honor y de su vida, EL DERECHO DE PROPIEDAD, la disposición entera de su persona, de su industria y de todas sus facultades, la expresión de sus pensamientos por todos los medios posibles, procurarse el bienestar y el derecho de resistencia a la opresión, El ejercicio de los derechos naturales no tienen más límites que aquellos que aseguran su goce a los otros miembros de la sociedad..."(64) .

La declaración de derechos pretende trazar entre el Estado y los individuos, la línea de demarcación eterna que el legislador debe tener siempre ante los ojos como límite que, de una vez por todas le es impuesto por los derechos naturales, e inalienables y sagrados del hombre.

La declaración francesa de 1789 contenía un principio netamente individualista y liberal, Individualista, porque consideraba al individuo como el objeto esencial y único de la protección del Estado y de sus instituciones jurídicas, a tal grado de no permitir la existencia de entidades sociales intermedias entre él y los gobernados particulares. A este propósito, establecía el artículo 2o. lo siguiente, que revela una concepción notablemente jus-naturalista: "El objeto de toda asociación política es la de conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión", (que es semejante, en cuanto al principio en él involucrado, al primer precepto de nuestra Constitución de 1857, que dice: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales").

Por lo que concierne a las garantías o derechos fundamentales del individuo, la Declaración Francesa proclamaba como principales los siguientes: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (artículo segundo).

7.-DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE 1945.

En 1945 se elabora y aprueba en San Francisco California, la Carta de las Naciones Unidas, en ésta "los Derechos del Hombre" aparecen mencionados nada menos que siete veces.

"PRIMERO: en el segundo párrafo del preámbulo, a continuación de la referencia a la paz, al parecer como la segunda finalidad de la Naciones Unidas: "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, EN LA DIGNIDAD Y EL VALOR DE LA PERSONA HUMANA, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...

SEGUNDO: el párrafo 3 del artículo 1o, dice que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es: "realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos del hombre y a las LIBERTADES FUNDAMENTALES de todos, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión"...

TERCERO: el artículo 13 determina que "la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines

(64) OP CIT. RECASENS SICHES, PAG. 554.

siguientes:...b)... ayudar a hacer efectivos LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES de todos, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión...

CUARTO: el artículo 55 determina los fines cuya realización deberá promover la Organización de las Naciones Unidas, basandose "en el respeto al principio de la igualdad de derechos...

QUINTO: entre las funciones del Consejo Económico y Social enumeradas en el artículo 62, éste establece que "podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos del hombre y a las libertades de todos, y la EFECTIVIDAD DE TALES DERECHOS Y LIBERTADES..

SEXTO: el artículo 68 determina imperativamente el establecimiento de una Comisión para la promoción de los derechos del hombre...

SEPTIMO: los artículos 73 y 76, relativos a los territorios no autónomos, establecen que uno de los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria será "promover el respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por causas de raza, sexo, idioma o religión"⁽⁶⁵⁾.

En cumplimiento de lo establecido en la Carta se estableció una Comisión de Derechos del Hombre, la cual, formula un proyecto de Declaración Universal de Derechos del Hombre, el cual fué de nuevo discutido en el seno de la Comisión Social del Consejo Económico y Social, y finalmente aprobado y proclamado solemnemente por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

La tesis de que la Declaración Universal viene a definir y precisar las disposiciones de la Carta de San Francisco en materia de derechos del hombre, y que, por tanto, ES UN TEXTO DE DERECHO INTERNACIONAL POSITIVO, OBLIGATORIO PARA LOS ESTADOS, ha sido sostenida por ilustres internacionalistas, entre ellos por el profesor Lauterpacht, y también por varios Estados, entre los que figuran Francia, Bélgica, Líbano, Australia, MEXICO, Chile y Panamá, entre otros.

En el Considerando primero se habla de "la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

-Intrínseca quiere decir aquí "esencial", pues tal vocablo castellano es traducción de la voz inglesa "inherent", la cual significa "lo que existe en algo como elemento, cualidad o atributo permanente e inseparable"--.

Se añade, además, que los derechos fundamentales del hombre son "iguales e inalienables". La palabra "inalienable" es la que tradicionalmente se ha usado para subrayar el carácter superior de los primeros principios de axiología jurídica que determinan los derechos fundamentales del hombre. Se dice que estos derechos son "inalienables" en el sentido de que su validez no depende de ningún azar de la voluntad humana, ni de la propia ni de la ajena. EL HOMBRE POSEE TALES DERECHOS, NO PORQUE UN LEGISLADOR SE LOS HAYA

(65) OP CIT. RECASENS SICHES. PAG. 554.

OTORGADO, SINO SENCILLAMENTE EN VIRTUD DE SU CONDICION HUMANA.

"El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables" del hombre "constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo". Así pues, en la "Declaración Universal", la libertad, la justicia y la paz son consideradas como los valores supremos del Derecho, los cuales tienen como base la dignidad intrínseca o inherente y los derechos básicos de todos, no en un determinado lugar, sino en el mundo, es decir, se dá a este aserto una dimensión de validez universal.

En el considerando tercero de la "Declaración Universal" se dice que es "esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".

Por esta sencilla razón; en el régimen de Derecho positivo vigente, tales Derechos se hallan reconocidos y protegidos, aunque es penoso observar que esto solo se dá de una manera parcial; ya que como se demostrará en el inciso correspondiente a éste capítulo posteriormente, nuestros legisladores, y en particular el Constituyente de 1917 "se las arreglaron", para crear una ficción jurídica "justificando" la transgresión eventual de dichos Derechos, hecho que me hace deducir lo siguiente: legislativamente nuestro régimen estatal encuadra dentro de lo que se declara en el tercer Considerando en donde de hecho ha habido Estados que han desconocido y menospreciado los derechos del hombre, lo cual ha originado "actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad"⁽⁶⁶⁾.

En el Considerando segundo se lee que "se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias". Es decir, se enumeran los cuatro derechos o libertades fundamentales proclamadas por el presidente Benjamín Delano Roosevelt durante la Segunda Guerra Mundial. De este párrafo se sigue que esos derechos fundamentales constituyen "la inspiración más elevada del hombre"⁽⁶⁷⁾.

La frase inicial de la "Proclamación" o clausula dispositiva: "La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos del Hombre como ideal común por el que todos los pueblos y naciones de ben esforzarse, a fin de que, tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos..."⁽⁶⁸⁾.

7.1.-ANTECEDENTE HISTORICO-LEGAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

Gran antigüedad tienen los principios según los cuales se debe

(66) (CFR) OP CIT. RECASENS SICHES PAG. 555.

(67) OP CIT. RECASENS SICHES PAG. 556.

(68) IBIDEN PAG. 558.

otorgar derechos y garantías al hombre, que le defiendan de posibles arbitrariedades del poder público y de sus agentes, como primer antecedente citaré que en la Carta Magna de Inglaterra promulgada por el rey "Juan sin tierra" en junio de 1215 aparecen las garantías del Habeas Corpus (contra la detención ilegal), y de un juicio de acuerdo con determinadas normas procesales.

En general, se ha sentido siempre recelo y suspicacia frente a la acción de las autoridades ejecutivas y sus agentes. Por eso, a lo largo de la historia se ha tratado de buscar la garantía de legalidad, o, mejor dicho, de juricidad (que es precisamente lo opuesto a lo arbitrario), en la protección de los tribunales, los cuales, SI SON INDEPENDIENTES DEL PODER EJECUTIVO, ofrecen muchas más responsabilidades de imparcialidad y de obediencia a la ley.

Ese deseo de seguridad en la libertad y en el imperio del orden jurídico se ha solido manifestar declarando que es un derecho del hombre el disponer de garantías que protejan estos bienes.

7.1.2.-ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

7.1.3.-INGLATERRA.

Es en Inglaterra donde la consagración normativa de la libertad humana y su protección jurídica alcanzaron admirable grado de desarrollo. Pues bien, la consagración y protección jurídica en Inglaterra de la libertad, no apareció en forma súbita, repentina, como producto de un estudio teórico previo, como efecto de un proceso de imitación, sino que a través de varios acontecimientos históricos se fueron gestando y reafirmando, así se crearon los primeros tribunales que eran el "Witan" o consejo de nobles, el tribunal del condado y el consejo de cien, con posterioridad lo que se llama la "Curia Regis" o corte del Rey.

Así en toda Inglaterra se fué extendiendo lo que se llama el common law, que fué y es un conjunto normativo consuetudinario, enriquecido y complementado por las resoluciones judiciales de los tribunales ingleses, y en particular por la corte del Rey, las cuales constituyeron, a su vez, precedentes obligatorios no escritos para casos sucesivos. En otras palabras, y como afirma Blackstone, el common law o derecho no escrito, "se encuentra en el hecho de que su institución original y autoridad primitiva no revistieron forma escrita, como las leyes del parlamento, sino que su poder obligatorio y su fuerza legal de vinieron a través de usos inmemoriales y prolongados en el Reino"⁽⁶⁹⁾.

El common law, o derecho común en Inglaterra, "se formó y desarrolló sobre los principios capitales: la seguridad personal y la PROPIEDAD", sus normas se extendieron y se IMPUSIERON A LA AUTORIDAD REAL, quien debía acatarlas.

En Inglaterra se erigieron ya en derechos individuales públicos, oponibles al poder de las autoridades, o, como asienta Rabasa, "el common law se impuso en la conducta de la vida pública, marcando un límite a la autoridad real que no podía traspasarlo sin provocar

(69) OP CIT. BURGOS IGNACIO PAG. 85.

rebeldía y hostilidad"⁽⁷⁰⁾ .

En comentarios on the laws of England. Tomo I, página 66 citado en la obra señalada en la nota anterior, se resaltan los triunfos sobre el monarca así como sus conquistas libertarias mediante "bills" o "cartas", que eran documentos públicos en los que se hacía constar los derechos fundamentales del individuo.

Así a principios del siglo XIII los barones ingleses obligaron al Rey Juan Sin Tierra a firmar el documento político de los derechos y libertades en Inglaterra y origen remoto de varias garantías constitucionales de diversos países, principalmente de América. Me refiero a la famosa Magna Charta, en cuyos setenta y nueve capítulos hay una abundante enumeración de garantías prometidas a la Iglesia, a los barones, a los freemen y a la comunidad, todos con el valor jurídico para el presente que corresponde a formulas modernas; y de las cuales viven en los principios de las constituciones actuales.

El precepto más importante de la Carta Magna inglesa es el marcado con el número 46, que constituye un antecedente evidente de nuestros artículos 14 y 16 constitucionales y del artículo 5 de las reformas y adiciones a la Constitución Americana.

Ningún hombre podría ser privado de su libertad y/o propiedades, sino de acuerdo con la ley de la tierra, implicaba una garantía de legalidad en el sentido de que dicha privación solo podría efectuarse mediante una causa jurídica suficiente permitida por el derecho consuetudinario, pero además, la Charta Magna requería que la afectación a los derechos de libertad y propiedad individuales se realizar no solo de conformidad con la lex terrae, sino mediante juicio de los pares del interesado, es decir, órganos jurisdiccionales instalados con anterioridad al hecho de que se tratase.

Fue la Constitución Americana, la que englobó los términos legales de las mencionadas garantías en la expresión "debido proceso legal".

La mencionada carta no significó un estatuto transitorio que sólo obligara a Juan Sin Tierra, sino que este monarca, al jurar solemnemente su obediencia, extendió su acatamiento obligatorio a sus sucesores en el trono, al declarar que dicho cuerpo normativo quedaba confirmado "por nosotros y nuestros herederos para siempre".

Cuando fueron exaltados al trono el príncipe Guillermo de Orange y la princesa María, después del movimiento revolucionario que derrocó a Jacobo II, el parlamento impuso a los nuevos monarcas en 1639 un estatuto que ampliaba las garantías individuales que ya se habían reconocido en las legislaciones anteriores, insertando nuevas como la libertad de tribuna, de portación de armas, etc. Y que puede considerarse como el más completo de todos, el mencionado estatuto fué el celebre Bill of Rights, que en "expresiones breves y vigorosas, declarando la ilegibilidad de muchas prácticas de la corona, prohíbe la suspensión y la dispensa de las leyes, los

(70) APUD.- OP CIT. "COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND", TOMO I PAG. 66.

juicios por comisión, las multas o fianzas excesivas, así como el mantenimiento de ejércitos en tiempo de paz y la imposición de contribuciones sin permiso del parlamento; se reconoce, además, el derecho de petición al rey, el de portación de armas, la libertad de tribuna en el parlamento y la libertad en la elección de los comunes"(71) .

The Instrument of Government, del año 1653, en cuyo documento se instituyó una especie de separación o división de poderes para proscribir la arbitrariedad del poder público en beneficio fundamentalmente de los gobernados, es el antecedente escrito de los logros anteriormente señalados.

7.1.4.-FRANCIA.

Un claro antecedente conflictual en Francia, lo conformaron las relaciones entre el poder público y los gobernados, en el sentido de que aquel debe siempre respetar y consagrar en el orden jurídico las prerrogativas inherentes a la persona humana, como la libertad, la propiedad, la seguridad jurídica, etc. Cuestión que evidentemente no existía anteriormente a la revolución francesa; los reyes cometieron, bajo estas condiciones, arbitrariedades sin fin, gravando inicuamente al pueblo con impuestos elevadísimos para poder mantener el boato y subvenir a los gastos exorbitantes de la corte real y de la nobleza, que contribuía a la extorsión popular.

Fueron los fisiócratas, quiénes abogaban por un marcado abstencionismo del Estado en lo concerniente a las relaciones sociales, las cuales deberían establecerse y desarrollarse libremente, sin injerencia oficial, así como también la obediencia al ejercicio de los derechos naturales del gobernado (principio de "laissez faire-laissez passer").

Voltaire, proclama la igualdad de todos los hombres respecto a los derechos naturales de libertad, propiedad y protección legal, Diderot D' Alembert, pugnaban vehementemente por la consagración definitiva de los derechos naturales del hombre, los cuales un poco después fueron plasmados en una declaración; la cual posteriormente tuvo una validez universal, en base a que sostenía que el hombre en un principio vivía en estado de naturaleza, es decir, que su actividad no estaba limitada por ninguna norma, y que desplegaba su libertad sin obstáculo alguno.

Poco después, Rousseau por medio del contrato social, concerta un pacto de convivencia, estableciendo de esta manera la sociedad civil, limitándose ellos mismos su propia actividad particular a la voluntad general, sin tomar en cuenta que los derechos fundamentales del hombre, son inalienables y respetables necesariamente. Entonces si se acepta esta última consideración, LA "VOLONTE GENERALE" NO ES OMNIMODA COMO LO SOSTIENE ROUSSEAU, SINO QUE ESTA LIMITADA POR LOS DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE.

En las teorías actuales la Revolución Francesa se provocó, consiguientemente, por la convergencia de diferentes factores, a saber: el pensamiento filosófico político del siglo XVIII, el constitucionalismo norteamericano que se difundió en Francia

(71) OP CIT. BURGOA IGNACIO PAG. 88.

mediante la circulación profusa de las constituciones particulares de los Estados que formaron la Unión Americana y de la constitución federal, así como la realidad política y social que acusaba tiranía, despotismo, arbitrariedad y graves afrentas a la dignidad humana.

El documento más importante en que cristalizó el ideario de la Revolución Francesa fué la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Un proyecto de declaración de Derechos, "la naturaleza ha hecho, -decía Lafayette-, a los hombres libres e iguales; las distinciones necesarias para el orden social no se fundan más que en utilidad general.."; entonces, el problema teórico quedó resuelto, pero a medias, ya que como siempre ha sucedido la utilidad general nunca ha sido exactamente definida.

Por otro lado, también se afirma que todo hombre nace con derechos inalienables e imprescriptibles, como son la libertad de todas sus opiniones, el cuidado de su honor y de su vida, el derecho de propiedad, la disposición entera de su persona, de su industria y de todas sus facultades, la expresión de sus pensamientos por todos los medios posibles, procurarse el bienestar y el derecho de resistencia a la opresión. El ejercicio de los derechos naturales no tiene más límites que aquellos que aseguran su goce a los otros miembros de la sociedad. "Ningún hombre puede estar sometido sino a leyes consentidas por él o sus representantes, anteriormente promulgadas y legalmente aplicadas"⁽⁷²⁾.

Entonces, al parecer, el individuo no conserva para sí un solo átomo de derechos a partir del momento en que entra en el Estado.

Todos los derechos que el individuo de hecho tiene, los recibe de la voluntad general que determina sus límites, pero no puede ni debe ser restringida por ningún poder; NI LA PROPIEDAD PERTENECE AL INDIVIDUO SI NO ES POR VIRTUD DE UNA CONCESION DEL ESTADO, EL CONTRATO SOCIAL HACE AL ESTADO SEÑOR DE TODOS LOS BIENES DE SUS MIEMBROS, QUE CONTINUAN POSEYENDOLOS SOLAMENTE COMO DEPOSITARIOS DEL BIEN PUBLICO.

En contraposición a lo anterior, es evidente que la Declaración de Derechos no es otra cosa que la consagración del más absoluto individualismo, opuesto al foco de que depende, así la corriente filosófica europea y el admirable adelanto político del pueblo americano pudieron crear recíprocamente la Revolución americana y la Revolución Francesa: las dos grandes revoluciones no vinieron a ser otra cosa que siluetas magníficas del alma humana que se producían bajo la reflexión de la luz vivísima que el pensamiento europeo y el progreso político arrojaban a torrentes sobre los derechos y libertades de la humanidad. Las dos revoluciones deben la vida a la luz, y solo desaparecerán y se borrarán de la historia cuando se haya ofuscado para siempre la inteligencia humana.

De todas maneras, se debe destacar el papel capital que juega la idea de que el hombre es titular de derechos inherentes a su persona y, por consiguiente, anteriores y superiores al Estado. Esta idea es la que proclaman los representantes de la escuela del Derecho Natural y de gentes: Grotius, (de Jure belli ac pacis

(72) OP CIT. BURGOA IGNACIO PAG. 93.

1625), Puffendorf, (de jure naturae et gentium 1670), Wolff, (Droit de la nature traité suivant la méthode scientifique 1740), y Vattel, (Droit de Gens).

7.1.5.-COLONIAS INGLESAS DE AMERICA.

Al fundarse las colonias inglesas en América, los emigrantes llevaron consigo toda la tradición jurídica de Inglaterra, recogida en el common law, y en la que sobresalía el espíritu de libertad, por acontecimientos históricos que no son del caso relatar, consistentes en violaciones a las concesiones que la metrópoli habla mercedado a sus colonias americanas, éstas se levantaron contra aquella en defensa del reconocimiento de sus derechos. En dichas constituciones particulares de las colonias inglesas se implantó el sistema de la división de poderes (tomando la innovación de Montesquieu) como garantía para el gobernado, confiriendo el ejecutivo al gobernador, el legislativo a una asamblea y el judicial a los tribunales. Al decir de Jellinek, las Cartas de Connecticut y Rhode Island, de 1662 y 1663, respectivamente, "Son las más antiguas constituciones escritas, en el sentido que actualmente se atribuye al término". Lo más importante de la Constitución particular del Estado de Virginia consiste en el catálogo de derechos (Bill of Rights) que contenía, y en el que se consagraron las fundamentales prerrogativas del gobernado frente al poder público.

En las referidas constituciones, principalmente en la de Virginia, como ya he dicho, se encuentra disposiciones que consagran derechos fundamentales del individuo, así como la declaración de la igualdad legal entre los hombres.

7.1.6.-ESTADOS UNIDOS.

Es curioso observar que la Constitución de los Estados Unidos no contuvo, al ser promulgada en 1787, ningún catálogo o capítulo destinado a la enumeración de los derechos del gobernado, los derechos o prerrogativas de la persona humana ya se encontraban consagrados en las constituciones locales, según he indicado, por lo que se consideró que dicha cuestión debía ser, como lo había sido históricamente, de la incumbencia interior de los Estados. Sin embargo, al poco tiempo de que la constitución federal entró en vigor, surgió la necesidad de elevar al rango de garantía nacional, algunos de los mencionados derechos; y fue así como se introdujeron varias enmiendas, es decir, reformas o adiciones, periodo de vigencia de la Constitución de los Estados Unidos, que ya abarca casi dos centurias, veintidós enmiendas aproximadamente. Entre ellas, como acabo de decir, se encuentran algunas que se refieren a la consagración de ciertos derechos del gobernado a saber:

La primera, que establece la libertad religiosa.

La segunda, concerniente a la libertad de posesión y portación de armas.

La cuarta, que instituye la garantía de legalidad frente a actos que lesionen el domicilio y la persona del gobernado.

La quinta, que consigna la garantía de audiencia y de una justa indemnización en materia expropiatoria, estando concebida en los siguientes términos: "A nadie se le privará de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización"⁽⁷³⁾.

"Ni en los Estados Unidos ni en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción, habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito de que el responsable haya quedado debidamente convicto" (enmienda 13-1865); "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos sometidos a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los estados en que residen, ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes"⁽⁷⁴⁾.

8.-CONSTITUCION MEXICANA 1857.

Es cierto que nuestras leyes fundamentales, principalmente las de 1824 y de 1857, tuvieron como modelo la Constitución estadounidense, esta circunstancia de ninguna manera implica injerencia alguna en la historia jurídica de nuestro país, pues bien es sabido que las instituciones de un pueblo nunca son absolutamente autóctonas, es decir, jamás se generan sin la influencia exterior. Si se han adoptado los principios jurídico-políticos consignados en este documento, ha sido por el convencimiento propio de la bondad que encierran.

Dichos principios, además, pertenecen al pensamiento jurídico universal y son patrimonio cultural de todas las naciones que pretenden realizar la justicia dentro de sus respectivos derechos positivos. Además, las garantías de libertad e igualdad que por ese procedimiento se consagraron en la Constitución Federal norteamericana, ya se encontraban instituidas con antelación en nuestros códigos políticos.

La Constitución de 1857 implanta el liberalismo e individualismo como regímenes de relaciones entre el Estado y sus miembros, reflejo auténtico de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación, principalmente en Francia, para las que el individuo y sus derechos eran el primordial, y el único objeto de las instituciones sociales, que siempre debían respetarlos como elementos superestatales, el liberalismo implica la actitud que el Estado adopta o asume por conducto de sus órganos frente a la actividad particular, en el sentido de garantizar a ésta un amplio desarrollo mientras no provoque el desorden dentro del medio social, ambas posturas estatales, individualista y liberal, derivan claramente del articulado de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y se encuentran plasmadas en nuestra Constitución Federal de 1857, cuyo artículo primero dice a la letra: "EL PUEBLO MEXICANO RECONOCE QUE LOS DERECHOS DEL HOMBRE SON LA BASE Y EL OBJETO DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES. EN CONSECUENCIA, DECLARA QUE

(73) OP CIT.- BURGUA IGNACIO PAG. 102.

(74) IDEN.

TODAS LAS LEYES Y TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS DEBEN RESPETAR Y SOSTENER LAS GARANTÍAS QUE OTORGA LA PRESENTE CONSTITUCIÓN⁽⁷⁵⁾.

De la exégesis de dicho artículo primero, se concluye que la Constitución de 57 no declaró cuales eran los derechos del hombre específicamente considerados, sino que, dándolos por supuestos como una VERDAD INCONTROVERTIBLE, se contrajo a enunciar las garantías, concedidas al individuo, para asegurarlos. Por tanto, al mencionar en sus veintinueve primeros preceptos dichas garantías, por simultaneidad lógica reconoce los primordiales derechos humanos, estableciendo así una identidad entre éstos y aquellas, es decir "derecho del ciudadano", "garantías individuales".

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS CONSTITUCIONES DE 1857/1917.

En cuanto a los derechos individuales públicos específicos, la Constitución de 57 proclama los mismos que la Constitución vigente, ésta última se aparta de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 57, ya no considera a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, SINO QUE LOS REPUTA COMO UN CONJUNTO DE GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE EL ESTADO CONCEDE U OTORGA A LOS GOBERNADOS. El individualismo, adoptado en el ordenamiento constitucional próximo anterior, establece que los derechos del hombre inherentes e inseparables de su personalidad, son supraestatales, es decir, que están por encima de todo orden creado por el Estado, el que por ende, debe siempre respetarlos y convertirlos en el objeto y fin de sus instituciones. Desgraciadamente la constitución de 1917 ya no hace figurar a los derechos del hombre como un exclusivo contenido de los fines estatales, sino que, considerando que el pueblo constituido políticamente en Estado es el único depositario del poder soberano, ha expresado en su artículo primero que las garantías individuales son instituidas o creadas por el orden jurídico constitucional; arreglándose así el pretexto legal para poder infringir a priori los citados Derechos.

Por otro lado, dice textualmente el mencionado precepto: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que OTORGA esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece." En consecuencia, nuestra constitución de 17 "pretende resolver" la manifiesta contradicción que teóricamente surge entre la concepción superestatal e irreductible de los derechos del hombre y la soberanía, como poder máximo, sobre el cual nada existe humanamente.

En la declaración individualista de la Carta de 57 (que por cierto) resultaba congruente con el contenido ideológico de la nueva ley fundamental, las palabras del diputado don José Natividad Macías, uno de los más distinguidos constituyentes; resonaron en el siguiente sentido: "La conclusión a que se ha llegado es que el hombre tiene un derecho fundamental, que es el derecho a la vida, y en este derecho está comprendido el derecho a la libertad y a la propiedad privada, el cual se traduce por el derecho a todas las necesidades naturales del individuo"⁽⁷⁶⁾.

(75) IBIDEN PAG. 146.

(76) OP CIT.- BURGUA IGNACIO PAG. 150.

Las constituciones no necesitan declarar cuales son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad. A diferencia de la constitución de 1857, que únicamente consagraba garantías individuales como medios reconocitivos y protectores de los derechos del hombre, la Constitución vigente consigna, además, las llamadas garantías sociales, o sea, un conjunto de derechos otorgados a determinadas clases sociales que propenden a consolidar su situación económica primordialmente. Esos derechos sociales, además de significar una contradicción filosófico-jurídica; y de haber nacido de una manera ilegítima (como lo demostraré en los párrafos subsecuentes) en nuestro ordenamiento legal vigente, se contienen sobre todo en los artículos 27 (el cual establece las formas de propiedad; y para efecto de ésta tesis es el que interesa estudiar), y 123 constitucionales, preceptos que cristalizan las aspiraciones revolucionarias fundamentales, consistentes en tratar de resolver, en beneficio de las masas desvalidas, los problemas obrero y agrario.

En síntesis, mientras que la Constitución de 1857 refuta a los derechos del hombre como ELEMENTOS SUPRAESTATALES, (tal cual debe ser, según el espíritu, y los fines para los cuales fueron creados), la Constitución vigente los considera como una CONCESION por parte del orden jurídico del Estado, en el cual, el bien común o Justicia Social es un concepto que se integra con dos ideas fundamentales conjugadas (se dice que) armónicamente:

I.- EL RESPETO A LA PERSONALIDAD HUMANA DEL GOBERNADO; y,

II.-LA PROTECCION Y MEJORAMIENTO DE LOS SECTORES MAYORITARIOS DE LA POBLACION.

La tesis de que el hombre, como ente social, sólo es susceptible de ser preservado por el orden jurídico en la medida en que su conducta no dañe a otro, no perjudique a los intereses de la sociedad o no se o ponga al mejoramiento colectivo, es uno de los primordiales aspectos teleológicos que configuran el espíritu de nuestra Ley Suprema vigente, la Justicia Social se condensa en esta máxima: "suprimir la explotación del hombre Y DEL HOMBRE POR EL ESTADO".

ARBITRARIEDADES FUNDAMENTADAS CONSTITUCIONALMENTE

La Constitución vigente se aparta ya de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 57, no considera a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los refuta como un conjunto de garantías individuales que el Estado CONCEDE U OTORGA a los habitantes de su territorio.

Por otra parte, y sobre todo en materia de propiedad privada, parece ser que nuestra actual Ley Suprema, junto a los derechos fundamentales del individuo o garantías individuales, adopta el concepto correlativo, o sea, el de obligaciones individuales públicas, que tiene la implicación opuesta a la idea de "DERECHOS PUBLICOS INDIVIDUALES", le ha impuesto el deber, en algunos casos, de utilizar esas garantías en beneficio de la colectividad a que

pertenece.

La idea de obligación pública individual, concebida por Duguit, se ha plasmado, en efecto, en el artículo 27 constitucional, que considera a la propiedad privada, a la vez que como un derecho público individual para su titular, como una función social, con el correspondiente deber de utilizarla o emplearla para el bien general, se puede palpar con evidencia absoluta el régimen de intervencionismo estatal que establece nuestra Constitución vigente; se ha estimado a dichas garantías sociales como un conjunto de derechos inalienables e irrenunciables en favor de las clases económicamente débiles frente a las poderosas. A manera de ejemplo, puedo citar que al expropiarse en marzo de 1938 todos los bienes de las compañías petroleras, el Estado se convirtió en el explotador exclusivo de los yacimientos petrolíferos; en la Constitución de 17 opera el sistema de intervencionismo de Estado, alternando supuestamente (si se le puede llamar así) con el liberal-individualista.

8.1.-CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1917.

Lejos de sustentar nuestra actual Ley Fundamental la tesis individualista, se inclina más bien hacia la teoría rousseauiana, que asevera que las garantías de que pueden gozar los individuos frente al poder público son otorgadas a éstos por la propia sociedad, única titular de la soberanía, en virtud de la renuncia que, al formarla, hacen sus miembros acerca de sus prerrogativas, las cuales son posteriormente restituidas al sujeto, pero no como una necesidad derivada de una imprescindible obligatoriedad, sino como una gracia o concesión.

Los constituyentes de 1917 no dan razón alguna, expresamente, que los haya inducido a cambiar radicalmente no sólo el texto, sino el espíritu mismo de la Constitución de 1857 en lo tocante a las garantías individuales, al introducirse garantías de carácter social, al no ser ya el individuo el objeto de protección preferente de las instituciones sociales, al darle al Estado mayor intervención en la vida social, la declaración individualista RESULTABA INCONGRUENTE con el contenido del artículo constitucional, de 1917, y con ello se creó un espantoso híbrido de carta magna, el cual, como he afirmado; no tuvo causas fundamentadas legalmente, hablando en estricto derecho.

Por otra parte, y sobre todo en materia de propiedad privada, parece ser que nuestra actual Ley Suprema, junto a los derechos fundamentales del gobernado o garantías individuales, adopta el concepto correlativo, o sea, obligaciones individuales públicas, que tiene la implicación opuesta a la idea de "derechos públicos individuales". La obligación pública individual, desconocida en la Constitución de 57, con excepción de las fiscales y militares, es aquella que el Estado impone al individuo, al sujeto, constrigiéndolo a obrar o a hacer uso de sus bienes en beneficio de la sociedad.

En este sentido se puede decir que la obligación pública individual es el reverso del derecho correlativo, en términos abstractos, y que si el Estado, por medio del orden constitucional, ha concedido

en favor el individuo determinadas garantías, cuyo ejercicio y respeto son indispensables para el desenvolvimiento de la personalidad humana, también le ha impuesto el deber, en algunos casos, de utilizar esas garantías en beneficio de la colectividad a que pertenece; cuestión que es absolutamente contradictoria a la clásica idea de justicia establecida por los romanos.

En el régimen jurídico instituido por la Constitución de 17, opera con notoriedad el sistema de intervencionismo de Estado, alternando con otros regímenes, como son el liberal-individualista en cuanto a varias de las garantías individuales, y el nacionalista por lo que respecta al artículo tercero constitucional. Se ha criticado acremente a nuestra actual Ley Fundamental, porque se asemeja, según sus impugnadores, a un mosaico híbrido de tendencias contrarias y en ciertas hipótesis, contradictorias; posición con la cual estoy totalmente de acuerdo.

I.- ILEGITIMIDAD ORIGINAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

El derecho a la revolución puede tener, en algunos casos, una fundamentación moral, NUNCA JURIDICA, moralmente el derecho a la revolución se confunde con el derecho de resistencia del pueblo contra el poder político. Muy discutible el referido derecho, hay quienes lo admiten cuando el poder político desconoce y vulnera los principios fundamentales del derecho natural. Pero jurídicamente el derecho a la revolución no existe. "Un derecho legítimo a la revolución es decir, a la violación del Derecho, no puede existir nunca. La revolución es siempre una desgracia; no entra dentro del capítulo de la Filosofía del Derecho, sino en la de la Historia por lo que se refiere al éxito, y en el de la Moral, por lo que hace a los motivos. La mayor responsabilidad que un pueblo o un hombre de Estado puede echar sobre sí, es la violación del Derecho. Supone la imposibilidad moral de soportar el derecho formal, solamente la inevitable ruina del pueblo o el conflicto que ha llegado a ser insufrible entre la Moral y el Derecho pueden explicarla violación del Derecho en función de la Moral, con frecuencia el orden jurídico es injusto, pero su violación es y origina una injusticia aún peor.

Con la introducción de las modernas Constituciones y de la forma parlamentaria de la representación popular ha desaparecido paulatinamente la idea de un derecho de resistencia, jurídicamente fundado, frente al poder político, dando entrada a la concepción ahora dominante de que un derecho semejante puede ser reconocido, a lo sumo, como puramente moral.

"En el Estado de Derecho Constitucional NO puede ser conocido un derecho del pueblo a la revolución, porque allí donde existen medios jurídicos que ofrecen al pueblo la posibilidad legal de alcanzar una reforma del orden político de acuerdo con sus necesidades jurídicas, puede decirse que está asegurada la justicia"⁽⁷⁷⁾.

En nuestro "rígido" sistema constitucional ese medio jurídico consiste en la reforma constitucional, por conducto del

⁽⁷⁷⁾ TENA RAMIREZ FELIPE; "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO", EDIT. PORRUA S.A. VIGESIMAPRIMERA ED. MEXICO 1965, PAG. 66.

Constituyente Permanente.

La Constitución mexicana acepta íntegramente, en su artículo 136, la tesis expuesta. Dice así el citado precepto: "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 hubieran expedido, serán juzgados, así los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta"⁽⁷⁸⁾.

Aunque el precepto habla de rebelión, refiérese sin duda a revolución, en el sentido que antes se le ha dado al término, puesto que alude al establecimiento de un gobierno contrario a los principios que la Constitución sanciona; esto último equivale a la subversión violenta de los fundamentos constitucionales del Estado, que es en lo que consiste la revolución, y no simplemente a la rebelión contra los titulares del gobierno, sin tocar los principios de la Constitución.

Al decidirse expresamente por la tesis contraria al derecho a la revolución, nuestra ley suprema adopta una POSICION OPUESTA a la de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Constitución francesa de 1783, que en su artículo 35 decía: "Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo el derecho más sagrado y el deber más indispensable"⁽⁷⁹⁾.

A manera de comentario, cabe decir que no hay razón alguna para que en la Constitución vigente se aplique el precepto anterior; dado que en la Constitución de 1857 (la cual también lo consignaba) en su artículo 128, fué violado en principio por los revolucionarios y después por quienes crearon y redactaron la constitución de 1917. Aunque el actual artículo 39 constitucional prevea que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y que el pueblo tiene en todo el tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno; hay que dejar bien claro, que el artículo mencionado no es sino el perfeccionamiento del régimen que fué impuesto ilegítimamente; ya que como ha sido debidamente expuesto y asentado, la constitución de 57 expresamente prohibía y condenaba cualquier tipo de levantamiento armado; y por otro lado, de la exégesis de los actuales artículos 39 y 41 constitucionales respectivamente, se desprende que la manera de modificar el sistema y la forma de gobierno debe necesariamente ser pacífica y por medio de elección popular, lo anterior, se expresa para el caso de que se intentare justificar el defender la validez de la Constitución actual.

Formula tan notoriamente antijurídica y demagógica sólo es explicable dentro de una época que empezaba apenas a ensayar el derecho constitucional, 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; es lo

(78) OP CIT.- TENA RAMÍREZ PAG. 67.

(79) IDEM.

que el título noveno de la misma llama "inviolabilidad de la Constitución".

Sin embargo, casi todos nuestros regímenes reconocidos como constitucionales, han tenido su origen en el desconocimiento por la violencia de una Constitución anterior y ello acaeció con nuestra Constitución actual, que al reemplazar a la de 57 VIOLÓ el artículo 128 de la misma, IDENTICO al 136 de la vigente.

-¿Qué validez puede tener esta Constitución, emanada de la violación de la anterior?-

II.-HECHOS HISTORICOS QUE DETERMINARON LA APARICION DE LA CONSTITUCION DE 1917.

En el mes de febrero de 1913 un grupo de militares y civiles llevó a cabo un cuartelazo en la ciudad de México contra el gobierno legítimo del presidente Madero.

Cualesquiera que hayan sido los móviles de la rebelión, es lo cierto que en esos días se enfrentó la fuerza a la legitimidad, sin que la primera adujera en su favor ningún argumento sacado del derecho positivo .

Aquella rebelión militar NO fué un reto a la legitimidad en nombre de valores sociales, que los autores del movimiento invocaban como superiores a la misma legalidad.

Después de varios días de lucha en la Capital de la República, el jefe de las fuerzas leales al gobierno, general Victoriano Huerta, traición; al presidente Madero, aprehendiendolo conjuntamente con el vicepresidente Pino Suárez; los defensores de la Ciudadela se unieron al traidor, mediante un pacto firmado en la embajada de Estados Unidos.

- Se modificó sustancialmente la situación jurídica. Por renuncia del presidente y del vicepresidente, sustituyó a aquel de acuerdo con el artículo al de la Constitución de 57; - la Cámara de Diputados aceptó las renunciaciones-.

En efecto, las formalidades constitucionales se habían observado impecablemente.

Todos colaboraron a colocar el puente por donde el traidor ingresó a la legalidad el 19 de febrero de 1913, desde el punto de vista formal, por más que en el aspecto MORAL, HISTORICO Y JURIDICO EN EL FONDO; CONDENE enérgicamente la traición más ignominiosa de nuestra historia.

El dictamen del primer decreto, presentado ante la Cámara de Diputados, proponía "con dispensa de tramites" tres puntos resolutivos, aprobatorios los dos primeros de las respectivas renunciaciones formuladas por el Presidente Madero y el Vicepresidente Pino Suárez, y el tercero concebido en los siguientes términos:

-"III. Llamese al ciudadano Licenciado Pedro Lascuráin, actual Secretario del Despacho de Relaciones Exteriores, para que preste

la protesta de ley como Presidente interino de la República")-...

A continuación se abrió la sesión extraordinaria del Congreso General, celebrada en la MISMA NOCHE del miércoles 19 de febrero, en la cual Lascuráin rindió su protesta como Presidente interino....

En seguida, en sesión extraordinaria de la Cámara de Diputados, se hizo saber: "El Presidente interino de los Estados Unidos Mexicanos se ha servido nombrar, con fecha de hoy, Secretario de Estado y del Despacho de Gobernación, al señor general de división don Victoriano Huerta, quien ha otorgado la protesta constitucional"; ACTO CONTINUO se dió lectura al escrito de renuncia del Presidente interino Pedro Lascuráin y se aprobó en votación económica el decreto cuyos artículos decían: "10. Se admite la renuncia que presenta a esta Honorable Cámara el ciudadano Licenciado Pedro Lascuráin, del cargo de Presidente interino de la República. 20. Llámese al ciudadano general Victoriano Huerta, Secretario de Estado del Despacho de Gobernación, para que preste la protesta de ley como Presidente interino de la República"...

En aquella larga noche del miércoles 19 de febrero de 1913, fué recibido "el señor general de división don Victoriano Huerta, Secretario del Estado y del Despacho de Gobernación", quien rindió la protesta de ley como Presidente interino de la República-...

Las formalidades legales estaban extenuadas, no podían servir sino para solapar una situación notoriamente inmoral y antisocial...

Cuando a raíz del asesinato de Madero y de Pino Suárez, el gobernador de Coahuila, Venustiano Carranza, se rebeló contra Huerta, iba a hacer una verdadera revolución...

Poco importa que la revolución hubiera empleado el nombre de "constitucionalista", con el pretexto de restaurar una Constitución que estaba violando y que después iba a derogar...

Lo que posteriormente justificó legalmente a la revolución fué el "éxito" de la misma como en seguida se verá...

"Cuando los poderes existentes se mantienen aferrados a una rígida situación jurídica, carente hace tiempo de vida, en oposición con la convicción general del pueblo, sin adaptarse a las progresivas concepciones culturales, y permaneciendo sordos a todos los deseos y apremios de aquel, se puede y es permitido llegar a la revolución violenta. Porque el antiguo Derecho no es ya tal Derecho. El nuevo se halla en sus orígenes. La revolución no es ninguna violación del Derecho, sino única y exclusivamente creación del mismo"⁽⁸⁰⁾.

Por lo tanto es prudente cuestionarse si el derecho positivo de la Constitución de 57 tenía que ser violado para destruir a los gobernantes que tenían sus títulos conforme a ese derecho; si, por otra parte, la Constitución de 57 no satisfacía, ya las necesidades sociales, el cometido natural y lógico de la revolución consistía en derogar dicha Constitución y reemplazarla por una nueva; no hay que olvidar, la actitud legalista de Carranza, adoptada por error o

como táctica, se inicio con su LEVANTAMIENTO QUE PRETENDIO JUSTIFICAR AL AMPARO DE LA CONSTITUCION DE 1957.

Hay que subrayar que el modo NORMAL de comprobar la aceptación de una Constitución emanada de una revolución consiste en apelar al pueblo AD REFERENDUM; la Constitución así admitida sería una Constitución ratificada.

Sin embargo se dice que las condiciones que prevalecían en 1917 impedían emplear ese procedimiento democrático.

Hallábanse los revolucionarios en una situación precaria al respecto, y al alcanzar la victoria por medio de las armas, jamás pensaron ni quisieron jugarsela en los comicios, en 1917, y durante los años que inmediatamente le siguieron, las ideas avanzadas de la Constitución (particularmente en materia social), pertenecían a una MINORIA.

En el Congreso de Querétaro el diputado Machorro Narváez dijo: "LA REVOLUCION ACTUAL TODAVIA NO ES POPULAR EN MEXICO; LA MAYORIA DEL PUEBLO MEXICANO ESTA TODAVIA EN CONTRA DE LA REVOLUCION"⁽⁸¹⁾.

Para concluir, la Constitución de 17, que tuvo su origen en el desconocimiento de la de 57, y REPITIO en su artículo 136 la misma prohibición contra la revolución que la anterior consignaba.

(81) APUD; OP CIT.- TENA RAMÍREZ, "DIARIO DE LOS DEBATES" TOMO II PAG. 71.

CAPITULO DOS

EL ORDEN PUBLICO COMO LIMITACION GENERAL A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DEL HOMBRE.

I.- INTRODUCCION.

En este capítulo, trataré de establecer los parámetros de valoración, que hacen antagónica la teoría del Orden Público, al respeto a los Derechos del Hombre y del Ciudadano; ya que como demostraré a continuación, el Orden Público, Interés Nacional, Interés Público (y sus elementos), los Intereses Sociales, el Bienestar General, Bien Común, Derechos Sociales, Justicia Social, etcétera; son conceptos, que se diferencian unos de otros, solamente en peculiaridades que justifican y permiten que de alguna manera u otra se restringan las facultades que son innatas exclusivas y potestativas del individuo, así también que el Estado cometa (por medio del gobierno) todo tipo de barbaridades y atrocidades en perjuicio de los Derechos Individuales, escudado de manera inadmisibles en la falta de definiciones exactas en cuanto a las instituciones anteriormente mencionadas las cuales se apoyan en prejuicios y sofismas jurídicos, los cuales señalaré y dejaré al descubierto en el momento oportuno.

La justificación de limitaciones por razones de orden público, por una parte es clara, puesto que el ejercicio de todas las libertades legítimas y de todos los derechos puede llevarse a cabo solamente en una situación de paz, de orden y de seguridad; y, por el contrario, no resulta viable una situación de tumulto, de motín, de inseguridad; más, por otra parte, reconozco que la interpretación de cuales sean las justas exigencias del orden público plantea problemas que a veces pueden resultar espinosos, sobre todo porque esta expresión se ha usado por algunos con un especial sentido político de carácter ultraconservador. Ahora bien, aquí no puede importarle en absoluto ese sentido especial que la idea de orden público tiene en ciertas ideologías transpersonalistas, o incluso en algunas humanistas, pero de sesgo acentuadamente conservador. Aquí se debe interpretar el orden público simplemente como ausencia de perturbaciones materiales, tales como alborotos, algara das, motines, sediciones, en suma, como ausencia de desordenes.

II.- ANTECEDENTES.

"Los antecedentes del orden público se remontan al Derechos Romano, y parten de las dos premisas siguientes:

IUS PUBLICUM PRIVATORUM PACTIS MUTARI NON POTEST (Papiano).

PRIVATORUM CONVENIO IURI PUBLICO NON DEROGAT (Ulpiano)"⁽⁸²⁾.

El origen romano de la distinción en jus publicum y jus privatum, está fundada en el interés, según sea el interés protegido por la norma, colectivo o particular; ésta doctrina hace la distinción entre derecho público que protege intereses generales y derecho

(82) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS; "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO" EDIT.
PORRUA.- UNAM, SEGUNDA ED. PAG. 1179.

privado que se refiere a intereses particulares exclusivamente.

De las dos premisas anteriores, parten opiniones encontradas acerca del orden público, entre otros, SAVIGNI, quien afirmaba que el orden público no está en contraposición al privado por ser éste de naturaleza y de normas "absolutas e imperativas". Diferencia entre las normas de Derecho Público y Privado, ya que éste último permite la autonomía de la voluntad y por lo tanto es considerado como supletorio. Aunque en mi opinión personal; la circunstancia de que determinadas normas de derecho sean consideradas como de carácter supletorio, no implica necesariamente que éstas mismas sean a su vez consideradas como inferiores, ya que la norma supletoria viene (en este caso), a perfeccionar a la norma de origen, en las cuestiones no previstas por ella por motivo de la materia de que se trate; inclusive, yo afirmaría, que la norma supletoria (en este caso la de derecho privado), tiene cualitativamente más imperio que la primaria; por el simple hecho de reglamentar de manera más completa el negocio jurídico o el conflicto de intereses de que se trate.

Los conceptos "PUBLICAM CAUSAM Y PUBLICA UTILITAS", se aplican al derecho legislado y al consuetudinario (COMMON LAW = IUS COMMUNE), la doctrina contemporánea insiste en que la noción de orden público NO puede confundirse con la de derecho público por que la última se encuentra muy lejos de comprender todo el orden público.

III.- ORDEN PUBLICO.

CARBONIER dice que "El orden público es un mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad"⁽⁸³⁾.

El orden público está constituido por reglas y principios de segundo orden (METAREGLAS Y METAPRINCIPIOS) que excluyen el uso de ciertas reglas generalmente de orden privado; por lo tanto corresponde a las instituciones aplicadoras del derecho señalar que actos afectan el interés público. Como ejemplo; se pueden citar los siguientes casos: El artículo vigésimo séptimo constitucional que a la letra dice: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de UTILIDAD PUBLICA y mediante indemnización. La nación tendrá en todo el tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el INTERÉS PUBLICO, así como el de regular, en BENEFICIO SOCIAL, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una DISTRIBUCION EQUITATIVA DE LA RIQUEZA PUBLICA..."⁽⁸⁴⁾, o el artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal el cual dice: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o del INTERÉS PUBLICO serán nulos..."⁽⁸⁵⁾, (copia del artículo 31 del Código Civil Francés). En estos supuestos, tomados como ejemplo, hay que

(83) OP CIT.- PÁGS. 1179 - 1185.

(84) OP CIT.- CONSTITUCION, PÁGS. 34 - 36.

(85) CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EDIT. PORRUA SEXAGESIMA PRIMERA ED. MEXICO 1992, PÁG. 42.

establecer primero, quien y porque es competente para señalar que es el orden público; y el por que este concepto mayormente se expresa en las leyes administrativas, siendo que supuestamente es de imperio necesario para todo el derecho y/o el orden público en su conjunto.

BERNARD, comenta en sentido general; que orden público designa un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad (IDEA DE PAZ PUBLICA, objeto específico de las medidas de gobierno y policía).

"En sentido técnico orden público, es el conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad, principios, normas o instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (NO ESTA BAJO EL IMPERIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD), ni por la aplicación del derecho extranjero"⁽⁸⁶⁾.

El orden público no solo son normas legiladas sino, también la "cultura jurídica" de una comunidad o la "idiosincrasia" de ésta historia institucional; razonamiento con el que definitivamente no estoy de acuerdo, ya que si el orden público es una limitación legal y general a las libertades fundamentales del hombre en su conjunto, ésta debe necesariamente obedecer a razones absolutamente jurídicas, mediante un estudio totalmente legal, ya que todo derecho positivo es una obra circunstancial en un doble sentido; primero, en cuanto a los motivos de su gestación; y segundo, en cuanto a las finalidades prácticas de sus efectos reales de la aplicación de los mismos y también de sus consecuencias, las cuales han de justificar su existencia como norma jurídica imperativa dado el supuesto hipotético que la haga viable.

Doctrinalmente, el orden público esta constituido por principios y axiomas de organización social que todos lo admiten aunque no este definido, pero para tener como valido el juicio de que todos admiten, se debe incontrovertiblemente pensar en una cuestión muy relativa, ya que para que los individuos que conforman la sociedad puedan afirmar que admiten o desaprueban tal o cual causa, ley, u ordenamiento; se debe llevar a cabo un referéndum en el cual, los ciudadanos voten para decidir la conveniencia o inconveniencia de su imposición, es pertinente señalar que no aplicó la teoría del contrato social en primer lugar, dado que es una ficción jurídica; es pertinente señalar aquí, que las ficciones que hace la doctrina en cuanto a apreciaciones jurídicas y a situaciones hipotéticas, (en el dado caso de que tuviesen cabida en nuestro sistema legal), necesariamente se deberían adecuar a la realidad. La ficción solamente puede dar como resultado el error, la equivocación porque es una falsa representación del mundo del ser y en consecuencia una falsa valoración de la realidad temporal referida en cualquier momento, y en segundo lugar, en problemas que pueden resultar tan espinosos (como es el caso del orden público), hay que valorar por medio de un consenso definitivamente amplio, (como lo he sostenido con anterioridad), la necesidad de tenerlo que considerar como limitante absoluta a los derechos del hombre y del ciudadano, y/o como medio necesario de coerción o en su caso de aplicarlo como tal.

(86) OP CIT.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS; PÁGS. 1179 - 1185.

Según SMITH, Orden Público son las "ideas fundamentales sobre las cuales reposa la constitución social, cuya conservación el derecho ha creído su deber conservar". Por otro lado, BAUDRY LACANTINERTE afirma que "Hay leyes de orden público que regulan el derecho privado ejemplo (parentesco, matrimonio, etc.)"⁽⁸⁷⁾.

EL ORDEN PUBLICO FUNCIONA COMO UN LIMITE POR MEDIO DEL CUAL SE RESTRINGE LA FACULTAD DE LOS INDIVIDUOS SOBRE LA REALIZACION DE CIERTOS ACTOS, O SE IMPIDE QUE CIERTOS ACTOS JURIDICOS, VALIDOS TENGAN EFECTOS DENTRO DE UN ORDEN JURIDICO ESPECIFICO.

EL ORDEN PUBLICO, es un concepto común a diferentes sectores del Derecho, que no siempre es de fácil definición, se ha estudiado por la doctrina internacional desde tres puntos de vista:

A).- "En la Legislación Administrativa, de policía y penal. es un sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada; es decir lo normal y propio de los principios generales de base que disciplinan la dinámica de un ordenamiento, por lo tanto el orden público constituye un objeto de reglamentación pública y sobre todo de tutela preventiva, con textual y sucesiva o REPRESIVA"⁽⁸⁸⁾.

Es en este punto donde comienza a haber un conflicto de principios e intereses entre el Estado y los particulares; ya que como se ha establecido en el capítulo anterior, Los Derechos Fundamentales del Hombre DEBEN PREVALECER Y SER RESPETADOS POR SOBRE TODAS LAS COSAS; O MEJOR DICHO, NO PUEDEN ADMITIR RESTRICCIÓN ALGUNA SOBRE SI MISMOS.

"El Orden Público se entiende generalmente como un límite al ejercicio de derechos y especialmente vinculado con los derechos constitucionales de libertad; no puede cuestionarse un límite de carácter general vinculado al llamado orden público constitucional, por que los principios generales NO PODRIAN DERIVAR LÍMITES ULTERIORES MAS ALLA DE LOS PREVISTOS POR LA CONSTITUCION PARA CADA UNO DE LOS DERECHOS"⁽⁸⁹⁾.

Este es el argumento que siempre ha esgrimido el Estado para fundamentar y legitimar los abusos que comete en agravio de los particulares; pero, como señalaré enseguida, en este momento es pertinente cuestionar que cosa sucedería en el caso de que quedase demostrada la ilegitimidad de origen de la Constitución o mejor dicho si quedarán al descubierto todas las causas históricas, éticas y/o políticas (que por cierto no concuerdan con las jurídicas), y que dieron origen al constitucionalismo mexicano en la manera en que se conoce actualmente. Por otro lado, cuando las causas y los motivos cambian, también debe hacerlo el espíritu de la ley; ya que esta última debe adecuarse forzosamente a la realidad social que hace a todas luces viable su aplicación, o sea, se debe adecuar necesariamente el mundo del ser con el deber ser; para reforzar la afirmación anterior, es pertinente citar a Kelsen y su teoría del supuesto o hipótesis normativa, la cual ha

(87) OP CIT.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, PÁGS. 1179 - 1185.

(88) IDEN.

(89) OP CIT.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, PÁGS. 1179 - 1185.

establecido que "Bajo determinadas condiciones un sujeto A debe observar cierta conducta; si no la observa, un sujeto B, (órgano del Estado), le aplicará determinada sanción", no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, satisfacción de una necesidad práctica, que consiste en producir en la realidad social unos determinados efectos, adecuados a la subsistencia de una sociedad correctamente ordenada, por lo tanto, la forma de la estructura lógica de la norma jurídica es: "SI ES A; DEBE SER B".

Por otro lado, dice García Maynéz que "el supuesto es uno de los elementos integrantes del precepto jurídico, y su importancia es capital, ya que señala los requisitos que condicionan a las facultades y los deberes establecidos por el mismo, los cuales son las consecuencias del supuesto. El supuesto jurídico puede definirse como el conjunto de condiciones de cuya realización depende la validez normativa de las consecuencias jurídicas"; consecuentemente, define el supuesto jurídico "como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma"⁽⁹⁰⁾.

Según la estructura lógica de la norma jurídico-impositiva, Kelsen sostiene que la estructura lógica de la norma jurídica es la de un juicio hipotético, cuyo supuesto constituye la condición normativa de un acto de coerción: (A) este juicio hipotético prescribe la sanción (B) sobre la base de que se realice el supuesto, Kelsen las llama normas jurídicas primaria y secundaria respectivamente. Ahora bien, esa norma jurídica primaria suscita el deber jurídico de comportarse de un modo diferente de aquel que constituye el supuesto para la sanción (norma jurídica secundaria).

Esta fórmula implica que la norma jurídica se halla dividida en dos normas separadas aunque recíprocamente conexas, en dos expresiones de un "deber ser": una, tendiente a lograr que cierto individuo observe la conducta "debida"; y otra, según la cual un segundo individuo (el órgano del Estado) debe imponer una sanción, en el caso de que aquella norma sea VIOLADA.

Por lo tanto, en relación al orden público, es de importancia fundamental y trascendental, que se dé una situación hipotética que haga necesaria su aplicación como limitante coercitiva a determinada conducta; (hasta este punto, así lo establece el derecho tanto en la Constitución como en la doctrina). El problema real estriba, tanto en la teoría como en la realidad, en la determinación exacta y expresa de dicha situación hipotética, la cual, va a justificar la imposición de la limitante denominada orden público; para no abundar más, es necesario que concurren tres circunstancias:

- I.- Que la causa hipotética sea factible y pueda ser viable en el mundo del ser.
- II.- Que la determinación de la causa "justificada" y su sanción sean representativas; esto es, que sean realmente aceptadas por un amplio consenso, y.

(90) GARCÍA MAYNÉZ, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", EDIT. PORRUA S.A. SEGUNDA ED. MEXICO 1967. PÁGS. 149 - 155.

III.-Que sea definida expresa y exactamente en una ley creada especialmente para el o los casos conducentes; y que dicha ley sea elaborada UNICAMENTE por el órgano competente o sea el poder legislativo, (excluyendo al poder ejecutivo y a sus agentes de la facultad anterior).

De lo contrario, habría que plantear las siguientes interrogantes; ¿Acaso es aplicable una ley obsoleta que ya no resuelve ni responde más a las necesidades de un momento diferente? por otro lado, ¿Sería válida una Constitución que solamente ha sido respetada de hecho y según algunos autores legitimada por el derecho, de una manera política y no jurídica?.

Para limitar el orden público, se debe atender a una situación de normalidad (Por lo general sucede en los países que constituyen el mundo libre), o por otro lado, como a una hipotética realidad ideal que se llevo a contemplar en los países del este, países satélites y países comunistas o de régimen socialista antes de que cayera dicho sistema, quedando demostrada la incicuidad, incompetencia, inaplicabilidad, y la tiranía de dicha forma de gobierno; que debería caracterizar las relaciones sociales, en los segundos Estados se elaboraba generalmente una noción elástica de orden público; dejando al ARBITRIO (y me refiero al significado gramatical de esta palabra ya que es una sinónimo de abuso y opresión); de los Organismos Administrativos o Poder Ejecutivo de los mismos la determinación de las circunstancias que para ellos constituyen el orden público y en consecuencia su ruptura.

Desgraciadamente en nuestro país se ha seguido ésta misma técnica legislativa, por diferentes razones y causas; entre otras, la más notoria, es para justificar y legitimar los abusos del poder público sobre los Derechos de los particulares. Como es bien sabido, estos actos de vandalismo legal, solamente son impugnables mediante el Juicio de Garantías; mejor conocido como Juicio de Amparo del cual, hablaré detenidamente más adelante.

B).- "El orden público para el derecho privado. Es igual al límite del ejercicio de autonomía de negociación, debido a que la misma esta limitada por ordenamientos legales instituidos"⁽⁹¹⁾, limitación, que a todas luces es injusta e ilegal; ya que como acertadamente establece la definición de Derecho Privado: Es el que se compone de las leyes que tienen por objeto arregar los intereses y negocios pecuniarios de los ciudadanos ENTRE ELLOS, (ejemplomodos de adquisición de la propiedad).

Así pues, tenemos que: **EL DERECHO PRIVADO SOLO SE LLAMA PRIVADO EN CUANTO AL OBJETO, POR VERSAR SOLAMENTE SOBRE LOS NEGOCIOS DE LOS PARTICULARES; PERO EN CUANTO A LA AUTORIDAD TODO DERECHO ES PUBLICO.**

Para entender de mejor manera lo anterior, es menester determinar de manera exacta, las definiciones de derecho público y las de derecho privado.

(91) OP CIT.- GARCIA MAYNEZ, PÁGS. 149 - 155.

1.- LAS GRANDES DIVISIONES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU ESTRUCTURA ESCALONADA.

1.1.- DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.

Afirma Coviello, que todos están de acuerdo en reconocer que las normas concernientes al individuo en la familia y en el desarrollo de su actividad patrimonial, son derecho privado (derecho civil o mercantil). Ahora bien, es evidente que las relaciones reputadas como derecho público hay siempre una persona (física o jurídica) investida del *ius imperii*, o sea de autoridad oficial, y que en tal calidad funciona como sujeto activo o pasivo de la relación, por lo tanto, se deduce lógicamente que la distinción desde el punto de vista del interés público o privado, para clasificar las distintas ramas del derecho, NO PUEDE TENER PRETENSIONES DE VALIDEZ ABSOLUTA Y DE PLENA CONSISTENCIA CIENTIFICA⁽⁹²⁾.

Si estudiamos la Tesis de León Duguit, se establece que, el derecho privado comprende un conjunto de normas que reglamentan la actividad de los particulares y el derecho público es el conjunto de normas que regulan todo lo relativo a la cosa pública (*res pública*), o como se dice en la actualidad, la actividad de los órganos del Estado y la de sus agentes.

La teoría de Jellinek respecto a la coordinación y supraordinación, en las relaciones del derecho privado son de simple coordinación, entre sujetos de igual categoría, y las del derecho público, son de supraordinación y subordinación respectivamente, entre sujetos de distinta categoría, por ser uno superior y el otro inferior, es decir, entre el órgano del Estado y el súbdito, aunque para Kelsen no existe distinción en las relaciones jurídicas que median entre particulares, o entre particulares y órganos del Estado, dado que el proceso es idéntico y no podemos hablar de relaciones de coordinación y subordinación.

El derecho público se distingue del derecho privado por los caracteres siguientes:

El derecho privado tiene por objeto las relaciones de la vida civil y mercantil, que está actualmente bajo la protección del Estado, pero que, en otras épocas históricas, han estado bajo la protección de organizaciones políticas de otro genero; sin que existiera el Estado, por lo contrario, el derecho público es el derecho del Estado; tiene por objeto las relaciones de la vida pública, constitutivas de la organización y de la actividad del Estado, organismo político que protege actualmente la vida civil de los pueblos.

El derecho público se divide en tres ramas; Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

Para no abundar más en la materia, en resumen es valido afirmar que DE NINGUNA MANERA, se puede imponer una "Ley de Orden Público", sobre una "Ley de Derecho Privado"; ya que ambas son de Orden Público, o sea SON IGUALES JERARQUICAMENTE, en cuanto su imperio

(92) RECASENS SICHES; "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", EDIT. PORRUA S.A.
- PRIMERA ED. MEXICO 1965, PAGS. 121 - 126.

pero para esclarecer lo anterior, es de fundamental importancia, dar un repaso a lo que es la jerarquía de las normas jurídicas, desde luego, no se deben confundir las normas o leyes de orden público con las de derecho público, estas reciben su correspondiente calificación en atención a la naturaleza del todo normativo del que forman parte, pudiendo tener singularmente un contenido dispositivo de carácter privado, por consiguiente, no toda norma o disposición de derecho público es necesariamente de orden público. A la inversa, tampoco necesariamente toda disposición de orden público pertenece al derecho público. Entonces ¿Cuál es la nota que caracteriza una disposición de orden público?.

En las diversas situaciones que suelen darse socialmente, pueden existir simples intereses privados o debatirse intereses públicos con los particulares. Pues bien, cuando una disposición legal única y exclusivamente, de modo directo, establece una regulación para los intereses privados en vista de una situación jurídica o fáctica determinada, se tratará de una norma de orden privado. Por el contrario, si una ley regula, los intereses que en ella tenga el Estado como entidad soberana o la sociedad, se estará en presencia de una norma de orden público .

1.2.- LA JERARQUIA DE LAS NORMAS JURIDICAS.

Entre dos normas de validez diferente no puede haber más que dos clases de relaciones: o relación de dependencia jerárquica de una norma respecto de la otra, o relación de la independencia de las dos normas entre si pero dependiendo jerárquicamente ambas de una norma de grado superior.

Retomando a Kelsen, el grado superior máximo "corresponde a la Constitución, y se llama "norma fundamental" pero que sirve de fundamento a la validez de todas las demás normas del sistema nacional"⁽⁹³⁾ .

Kelsen, desarrolla la teoría de la pirámide jurídica, en la cual, la cúspide estaría simbolizada por la Constitución en sentido lógico jurídico o norma fundamental hipotética, en el plano inmediato inferior la legislación ordinaria y los reglamentos, para descender después a la zona siguiente integrada por las sentencias y negocios jurídicos, y llegar a la base de la pirámide o capa inferior, constituida por los actos postreros de ejecución: Pena y Ejecución Forzada.

Cada norma de grado jerárquico superior tiene, respecto de las normas que le son inferiores, dos propiedades: La de regular su creación y la de establecer preceptos que deben ser respetados por las normas inferiores so pena de invalidez, la regulación de la creación de normas inferiores la pueden hacer la norma superior en forma expresa o en forma tácita.

Respecto de los preceptos de la norma de grado superior que deben ser respetados so pena de invalidez por las normas inferiores, se pueden distinguir tres clases: preceptos impositivos, estructurales o doctrinales.

(93) (CFR).- OP CIT. RECASENS SICHES (INTRODUCCION...), PAGS. 121 - 126.

- A).- Preceptos impositivos imponen derechos o deberes. Preceptos estructurales son las disposiciones que determinan la estructura jurídica de un órgano creador de normas.
- B).- Las normas estructurales reciben el nombre de "orgánicas".
- C).- Preceptos doctrinales, son aquellos que definen o distinguen algún concepto jurídico o hacen alguna declaración doctrinal.

1.3.- LOS GRADOS DEL ORDEN JERARQUICO NORMATIVO.

1.3.1.- Normas fundamentales, contenidas en "la ley primaria" o Constitución de una Nación; como ya se ha establecido, la Constitución o "ley primaria" tiene primacía sobre todas las demás leyes (Artículo 133 Constitucional).

1.3.2.- EL SENTIDO DEL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL.

Establece la jerarquía de las normas jurídicas, y dice la Constitución a este respecto: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema en toda la Unión..."⁽⁹⁴⁾, entonces, en este sentido, los Derechos del Hombre, traducidos en garantías individuales deben ser interpretados como normas primarias y fundamentales.

1.3.3.- Normas secundarias, contenidas por las leyes aprobadas por el Congreso; consecuentemente, tenemos que las leyes secundarias: son todas las leyes que, en ejercicio de sus facultades legislativas (según el Artículo 73 Constitucional), aprueba el Congreso de la Unión, se pueden distinguir en:

- A).- Leyes Secundarias o Leyes Ordinarias, que son las que dicta el Congreso en ejercicio de la respectiva facultad explicita sobre materia distinta de la Constitución misma, las Leyes Secundarias "secundum quid", pueden ser orgánicas, reglamentarias o complementarias. Las dos primeras clases desarrollan el texto Constitucional; la tercera lo adiciona.
- B).- Las Leyes Orgánicas son aquellas Leyes Secundarias "secundum quid" que desarrollan el texto Constitucional, regulando la estructura o el funcionamiento de algún órgano de autoridad.
- C).- Las Leyes complementarias son aquellas Leyes Secundarias "secundum quid" que adicionan o complementan un texto Constitucional que menciona la materia sin estipular nada sobre la misma.

1.3.4.- Normas reglamentarias contenidas en los reglamentos, decretos, ordenes y acuerdos emitidos por el Poder Ejecutivo y en sus casos por las Secretarías de Estado. Las normas reglamentarias están contenidas en los reglamentos que son ordenamientos jurídicos dados por la autoridad con el fin de facilitar el cumplimiento de una Ley. La facultad de expedir reglamentos para el mejor cumplimiento de las leyes es propia del Poder Ejecutivo. Los

⁽⁹⁴⁾ OP CIT.- RECASENS SICHES ("INTRODUCCION ..."), PÁGS. 121 - 126.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

decretos, ordenes y acuerdos son normas sobre materia particular y de aplicación restringida en el ámbito personal, emitidas por el Presidente de la República. El Artículo 92 Constitucional dice que "todos los reglamentos, decretos y ordenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario del Despacho, encargado del ramo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos", "finalmente, las circulares son las disposiciones dictadas por los Secretarios de Estado, jefes de departamento u otras dependencias oficiales, y que tiene por mira aclarar y FACILITAR a los empleados oficiales determinados aspectos de ley, para que éstos la apliquen con mayor equidad", en este sentido, y según marca la lógica jurídica, no pueden imponerse ni las leyes ni los reglamentos sobre las normas primarias; menos aún cuando los empleados oficiales "autoridades", no pueden aplicar la ley correctamente debido a su ignorancia o a su ya reconocida insensatez; esto se desprende de la causa que dió origen a las circulares y los oficios.

1.3.5.- Normas individualizadas, contenidas en las decisiones del Poder Judicial o del Poder Ejecutivo, o en convenios celebrados entre particulares, las normas individualizadas forman el grado más bajo en la pirámide jerárquica de las normas jurídicas, las normas individualizadas constituyen en favor de individuos determinados verdaderos derechos los derechos subjetivos a los que corresponde la obligación que tienen todos las demás personas y órganos del Estado de respetar esos derechos.

Por lo tanto, no puede prevalecer una ley de derecho público sobre la de derecho privado, por razón de su naturaleza (pública), por los motivos aludidos anteriormente acerca del génesis de la norma fundamental y de la reglamentaria respectivamente, ni tampoco por razón de la materia que sanciona, ya que la Ley de Derecho Privado reglamenta DE MANERA CONCRETA Y ESPECIALIZADA algunos de los Derechos (Fundamentales) de Propiedad y Libertad de negociación entre otros; los cuales como me he cansado de afirmar DEBEN SER RESPETADOS en todo momento por el Estado, el cual no debe tener ningún tipo de intervención legal en éstas relaciones sino es la de tipo jurisdiccional estrictamente hablando.

C).- "En lineamientos generales siempre el orden público, es un límite al ejercicio de derechos y no se define de manera precisa por que hay tantos ordenes públicos como constituciones y Estados existen en el mundo, ya que los principios generales y de base que sirven para la elaboración de las mismas, suelen ser o son diferentes para cada Estado"⁽⁹⁵⁾.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado se utiliza para indicar cuando no puede recurrirse al envío o al reenvío o cuando, una norma extranjera choca con las nacionales.

IV.- INTERES NACIONAL.

"Es un instrumento de acción política y últimamente es:

⁽⁹⁵⁾ OP CIT.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, PÁGS. 1179 - 1185.

1.- ANALITICO INEXACTO.- (Hay dos escuelas):

- A).- OBJETIVISTAS (Interés Nacional), lo equiparan y lo igualan siempre a la idea de poder.
- B).- SUBJETIVISTAS (Interés Nacional, lo igualan a las preferencias subjetivas de los líderes políticos, en el Derecho Sajón, lo que se llama DECISION MAKER APPROACH (Lo que el tomador de decisiones quiere que sea, o mejor dicho, "la aproximación del que toma las desiciones").

2.- "DIFERENCIA ENTRE INTERES NACIONAL E INTERES PUBLICO.

- A).- EL INTERES PUBLICO se usa siempre para la política INTERNA de una nación.
- B).- EL INTERES NACIONAL se usa para la política EXTERNA y suele relacionarse con la idea de SOBERANIA⁽⁹⁶⁾ .

La idea de soberanía, en éste último sentido debe analizarse de una manera minuciosa y detenida, no obstante que en ésta tesis ya ha sido citada en diferentes ocasiones. Es en este inciso en donde se hará un análisis cuidadoso de lo que realmente significa la soberanía, como causa, efecto, instrumento y fin y en general de su injerencia en la legislación.

En consecuencia, para Kelsen, la soberanía no es otra cosa que el orden jurídico supremo que no admite ningún otro orden superior, pues dejaría de ser en ese instante mismo, orden supremo y norma fundamental.

Para comprender exactamente el punto de discusión acerca de la idea de soberanía que ineluctablemente se relaciona con el interés público, en primer lugar, debo señalar (a diferencia de lo que opina Kelsen), que LA SOBERANÍA ESTA ESENCIALMENTE LIMITADA, no por la voluntad de un legislador o de un jefe de Estado, o de otra voluntad humana; sino por su naturaleza misma; es decir, hay tres grandes limitantes que señalan la esfera de su competencia, fuera de la cual NO existe poder jurídico; ya que se transforma en arbitrariedad, capricho, despotismo y por lo tanto deja de ser soberanía, "Esos límites a que he aludido, provienen de las ideas de bien, de lo público, y de lo temporal"⁽⁹⁷⁾ .

2.1.- EN QUE SENTIDO ES SOBERANO EL ESTADO.

En sentido etimológico, la soberanía corresponde a un enunciado de poder, como primera característica, hay que apuntar que se trata de un poder, pero el poder, aparte de darse dentro del Estado, existe también en el interior de otros grupos sociales, entonces, la soberanía es el adjetivo que comprende únicamente al poder del Estado y lo distingue con su presencia de los otros poderes sociales, "Soberano" es equivalente o es sinónimo de "supremo".

(96) GIUSEPPE DE VERGOTTINI; "DICCIONARIO DE POLÍTICA", NORBERTO BOBBIO-NICOLA MATTEUCI; EDIT. SIGLO XXI, MEXICO 1982 PÁGS. 1138 - 1139.

(97) GONZALO URIBE; "TEORÍA POLÍTICA", EDIT. PORRUA, SEGUNDA ED. MEXICO 1983, PÁGS 336 - 337.

2.2.- CARACTER INTERNO DE LA SOBERANÍA.

Se dice que tiene un aspecto interno cuando se refiere su calidad de poder rector supremo de los intereses de la comunidad política formada por un estado concreto, en nuestra constitución, el artículo 41, establece que: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus ríngenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podran contravenir las estipulaciones del Pacto Federal..."⁽⁹⁸⁾. Y se dice que tiene un carácter externo, cuando se refiere a las relaciones del Estado con otros Estados. Se dice que un Estado se presenta en el campo de las relaciones internacionales con ese carácter de "soberanía externa", en este último sentido, es el único caso en que reconozco la existencia de la soberanía, por otro lado, también se dice que todos los sistemas jurídicos deben coordinarse entre si en relaciones de subordinación y supraordinación respectivamente, y esto solo es posible merced a la sumisión de todos a la norma fundamental.

2.3 OBJECIONES QUE HACE DUGUIT AL CONCEPTO DE SOBERANÍA.

Duguit combatió enérgicamente el concepto de soberanía; en el sentido de ser la expresión de un poder supremo, inclusive entendiéndola como un derecho de mando cualquiera, aún cuando no fuese supremo, por tanto, en el fondo, tomando en cuenta la afirmación que he hecho, la crítica de Duguit se enfoca hacia el principio mismo de autoridad, tanto en el Estado como en cualquier otro grupo social, pues Duguit crítica cualquier clase de dominación del hombre por el hombre, Duguit hace al concepto de soberanía una doble crítica.

Dice que, en primer termino, suscita una serie de problemas que para él no tienen solución, que considera irresolubles, tales son el origen de la soberanía y el titular de este atributo.

Por otra parte, según Duguit, el concepto de soberanía contradice el principio capital de que el Estado, al igual que todo individuo o institución humana, esta sometido al Derecho. Dice que no es posible compaginar la existencia de un poder soberano con la idea de que ese mismo poder se encuentre sujeto a la regulación de un orden jurídico, procedo a continuación a examinar, pormenorizadamente, esas tres objeciones de Duguit:

Primera.- La primera objeción de este pensador consiste en afirmar que ese concepto (de soberanía) lleva a plantear problemas irresolubles, siendo uno de ellos:

La Segunda Objeción, la cual hace en el sentido del origen del derecho de soberanía.- Ese derecho consiste, en forma objetiva, en que unos hombres pueden mandar sobre otros. Y dice Duguit: ¿Qué explicación tiene esa situación?, ¿Por qué determinados hombres tienen el derecho de imponer por la fuerza su voluntad a los demás? Y afirma: "No es posible contestar esas interrogantes, pues la

⁽⁹⁸⁾ OP. CIT.- CONSTITUCION PAG. 60.

Única solución consistirá en demostrar que hay voluntades de una esencia superior a las otras, y esto no es exacto, pues todas las voluntades humanas son iguales"⁽⁹⁹⁾. En esta forma condena el origen democrático de la soberanía).

Tercera.- La tercera objeción parte del hecho de que dice Duguit: "Si se busca un origen teocrático a la soberanía; se considera que el poder en que ésta consiste proviene de Dios, entonces se rebasa el terreno científico e igualmente no se soluciona el problema". De lo anterior concluye Duguit que lo más conveniente es negar pura y simplemente la soberanía, puesto que no es posible encontrar una explicación satisfactoria del origen de la misma.

Según otros, la soberanía, queda claramente explicada: su origen es el Derecho Natural; se deriva de la naturaleza misma de las cosas, tal como son estas en la realidad. Es una consecuencia de la existencia del Estado y, por ello, por ser un hecho, por ser una cosa real, no hay necesidad de recurrir al derecho positivo, divino o humano, para poder comprender su esencia, para esclarecer lo anterior, se necesita precisar quien es el sujeto de la soberanía.

Un primer grupo de doctrinas afirma que el poder, de la soberanía corresponde al individuo o individuos que la detentan; esto es, a los gobernantes, es la antigua doctrina absolutista, Esta doctrina ya ha sido superada totalmente.

Un segundo grupo de doctrinas, nacidas de la corriente revolucionaria francesa y de los pensadores que la originaron, y expusieron sus teorías como una reacción a las doctrinas absolutistas a que me acabo de referir, son las que consideraban, como en el caso de Rousseau, al pueblo, A LA MASA HIPOSTASIADA, COMO TITULAR DE LA SOBERANÍA. Es pertinente señalar aquí, otro error de apreciación jurídica y filosófica; ya que como se ha visto durante el transcurso del tiempo; no es posible siquiera pensar en que se aseguran los derechos de todos los individuos, si se les toma como un todo en conjunto y no como un individuo parte de él.

Posteriormente, en virtud de la voluntad general, este poder, esta soberanía se delega en los gobernantes, aquí hay otra ficción jurídica que no resuelve el problema debido a las causas que ya he citado con anterioridad.

Duguit, quien expuso su teoría negativa de la persona moral, como base de la solidaridad social, consecuentemente toma de esa misma posición su argumento para afirmar que el pueblo, no siendo persona, no puede ser sujeto de derechos, de soberanía, pues únicamente podría serlo si fuese persona, y de acuerdo con su teoría no lo es. No es sino la suma de individuos que lo componen, sin originar un ente diferente.

"Si se aceptase que el pueblo tiene personalidad y que los gobernantes también la tienen.- dice Duguit.- llegaríamos a crear una dualidad de personalidades, la personalidad del pueblo y la de los gobernantes, y tendríamos que definir las relaciones que

(99) PORRUA PEREZ "TEORÍA DEL ESTADO" EDIT. PORRUA CUARTA ED. MEXICO D.F. 1986
PAGS. 353 - 366 .

existen entre ambas personas morales"⁽¹⁰⁰⁾. En este sentido se interpreta y se establece la soberanía en México.

La tercera doctrina que examina Duguit es la alemana, expuesta por Jellinek, Orlando, Esmein y otros juristas, que sostuvieron que el sujeto de la soberanía es el Estado mismo en su unidad e indivisibilidad. Esta teoría, tampoco resuelve el problema, ya que en el fondo, dan las mismas alternativas de la primera y la segunda doctrinas anteriores.

En conclusión, la existencia de la soberanía interna de un Estado, implica el análisis de un problema de magnitud mayor, puesto que como ya asenté arriba, el depositario de la soberanía es el Estado, pero el titular real de la misma es el pueblo; como lo establece el artículo 41 Constitucional, aunque a decir verdad, tampoco en cuanto a la definición de soberanía, ni en cuanto a la posible conveniencia de su observancia, ni de su imposición, ha existido un amplio consenso que permita y legitime su régimen de supremacía sobre los intereses particulares de los individuos.

V.- INTERES PUBLICO.

Proviene frecuentemente de consideraciones eminentemente prácticas y contingentes; que generalmente se determinan en función de las capacidades y de los recursos del Estado y, EVIDENTEMENTE NO PUEDEN SER CONTRADICTORIAS ENTRE SI*.

EL ORDEN PUBLICO, EL INTERES GENERAL Y EL INTERES PUBLICO EN LA DOCTRINA MEXICANA

En México, los juristas y estudiosos del derecho han contemplado ésta materia de estudio desde cinco diferentes puntos de vista.

1.- INTERES PUBLICO.- "Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado"⁽¹⁰¹⁾.

Entre las numerosas y diversas pretensiones y aspiraciones que son tuteladas por el derecho existen dos grupos:

- A).- Los que tienden a satisfacer necesidades específicas de individuos y grupos sociales, (en oposición al Interés Privado el cual, beneficia a ciertas personas).
- B).- Y los que justifican las pretensiones compartidas por la Sociedad en su conjunto; las que a su vez originan beneficios para todos, son garantizadas mediante la actividad constante de los órganos del Estado, y para referirse a ellas se utiliza la expresión "INTERES PUBLICO"; tiene mayor tutela que el interés privado y es protegido mediante disposiciones legislativas y medidas administrativas.

⁽¹⁰⁰⁾ OP CIT.- 353 - 366.

* NOTA: Por ser la definición de éste inciso de importancia capital para el desarrollo de éste tema, desarrollaré a continuación este tema como inciso independiente.

⁽¹⁰¹⁾ OP CIT.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, PÁGS. 1179 - 1185.

"En las relaciones de interés privado el Estado solo crea condiciones para que los particulares satisfagan sus pretensiones mediante su propio esfuerzo"⁽¹⁰²⁾, según la doctrina, esa es la naturaleza de la institución citada, pero en la práctica, es evidente que la cuestión es diferente; dado que como ya he señalado debidamente, persiste el horrible vicio de seguir aplicando las normas de derecho público por encima de las de derecho privado.

1.1.- "UTILIDAD PUBLICA".- (En la legislación mexicana significa lo mismo que interés público).

CASOS DE UTILIDAD PUBLICA.- Según el artículo primero de la Ley de Expropiación se mencionan cuestiones de interés público, de una manera casuística pero general, las cuales son:

- 1.- Establecimiento, explotación o conservación de un Servicio Público.
- 2.- Apertura, ampliación y construcción de obras públicas.
- 3.- Servicios de beneficio colectivo (vgr-embellecimiento de Ciudades, parques, etc).

En este caso particular, se contemplan como servicios de "beneficio colectivo" el embellecimiento de ciudades, parques, etcétera; cabe hacer la pregunta de ¿En qué grado se beneficia la colectividad con el "embellecimiento" de dichas áreas?, en su caso ¿En qué medida es un "beneficio" directo?; y en el peor de los supuestos ¿Cuál es el real precio que pagaría la colectividad (en su caso), o mejor dicho, los individuos y sus intereses para cumplir esta causa de utilidad pública?. Por otro lado, ¿Es justo que se perjudiquen intereses individuales para una labor tan intrascendente?, y ¿En qué medida se perjudican estos intereses y los colectivos respectivamente?. En la mayoría de los casos se pretexto de hacer uso del presupuesto estatal para llevar a cabo esta labor, por un lado se descuidan labores que pudieran tener un interés prioritario para la misma colectividad, y por otro lado, siempre se encuentra la manera de pasar a perjudicar al particular que conforma la minoría en relación con la colectividad bajo este mismo pretexto.

4.- Conservación de monumentos.

Es otro supuesto más absurdo que el anterior, dado a que si el inciso próximo pasado pudiera tener algún somero y precario motivo de estética citadina, o algún otro igual de intrascendente, es realmente ridículo que se considere como causa de utilidad pública la conservación de monumentos; por ejemplo, ¿A quién puede interesar el conservar una estatua de Benito Juárez, o de José López Portillo, o de Cristóbal Colón o de Fidel Velázquez?. En la medida en que a los individuos particulares definitivamente NO INTERESA la conservación de los citados monumentos, es proporcionalmente la medida en que las mayorías o la colectividad se desinteresa por dicha situación, ahora, ¿Es realmente una causa justificada de utilidad pública la inserción de ésta fracción en la Ley de expropiación?.

- 5.- Satisfacción de necesidades en caso de guerra y epidemias.
- 6.- Medios empleados para la defensa Nacional y mantenimiento de la paz pública.
- 7.- Defensa y aprovechamiento de elementos naturales, susceptibles de explotación.
- 8.- Equitativa distribución de la riqueza con ventaja exclusiva de una o varias personas, con perjuicios a la colectividad.

Esta causa de "utilidad pública", se asocia necesariamente con lo que establece el párrafo tercero del artículo 27 constitucional; estudiado con anterioridad en el segundo inciso del capítulo primero de ésta tesis; y aquí se desarrolla de una manera más amplia; por lo tanto, es sin lugar a dudas, la fracción más controvertida de todas por lo siguiente: En primer hay que analizar el texto y la perniciosa redacción de la misma: "La equitativa distribución de la riqueza", es una frase metafórica que suena muy bonito; pero hay que preguntarnos en el fondo en primer lugar: ¿Por qué la palabra equitativa?, ¿Si en el sentido gramatical de la misma se asocia lógica y generalmente la idea de justicia?, y ¿Esta solo es posible que exista cuando se DE A CADA QUIEN LO SUYO?, por otro lado, en el sentido que se le quiere dar a éste párrafo demagógico es el de injusticia estrictamente hablando una vez que se han juntado todos los elementos del mismo por las razones que cito a continuación. En segundo lugar, ¿Por qué la palabra distribución?, si ésta denota el repartimiento o la división de algo entre muchos; esto aunado a la palabra riqueza, crea un adominable conflicto de intereses, puesto que lo justo es que la riqueza se distribuya solamente entre QUIEN LA GENERA, y más estrictamente, entre quien o quienes tuvieron que invertir y arriesgar parte o la totalidad de sus bienes, su creatividad y su tiempo para conseguir tal o cual empresa. Entonces, que quiere decir el "legislador" con la tendenciosa redacción del párrafo que corresponde a la octava causa de utilidad pública, si en realidad, lo público se opone necesariamente a lo privado, y de una manera mucho más notoria, ¿Cuando se trata de bienes patrimoniales, que a su vez implican la idea de PROPIEDAD PRIVADA, y los derechos reales que de ella se desprenden?, o sea el dominio directo y absoluto sobre algún bien. ¿Acaso la riqueza no es de quien la hace, de quien pone en manos de la colectividad los medios de producción?, ¿De quién arriesga su Capital, para poder producir beneficios y crear fuentes de empleo?. En tercer lugar, hay que analizar el segmento formado por la frase " con ventaja de una o varias personas y con perjuicios a la colectividad"; como he pretendido demostrar, en el análisis anterior, no hay ningún problema con el hecho de que se beneficien una o varias personas, (en éste caso los titulares de la riqueza), ya sea que ésta se dió antes o después de que intervengan en ella los medios de producción, hay que distinguir dos momentos:

- I.- Cuando la riqueza se dá antes de que intervengan los medios de producción, por lo general, genera riqueza pero de una manera lenta, y ésta no crea más beneficios que para su titular.
- II.- Cuando en la riqueza ya existente, intervienen los medios de producción, o mejor dicho el trabajo de la misma y de su inversión, ésta genera más riqueza y de una manera más rápida, y no solamente beneficia a su titular, sino también, a terceras

personas que de otra manera, tal vez no saldrían beneficiadas a raíz de la riqueza ajena.

Entonces, se desprende evidentemente del párrafo anterior, que lo justo es que la riqueza no invertida o no trabajada, solamente redunde en "beneficios" exclusivos para su titular. La riqueza destinada a los medios de producción, lejos de dañar a la colectividad, la beneficia necesariamente, ya sea directa o indirectamente, si en éste sentido, el "legislador", quizo "distribuir equitativamente la riqueza", no hay duda, de que éste inciso es inaplicable, e innecesario, y producto de una mente enferma que presenta tendencias y ultrapersonalistas, colectivistas y socialístoides o comunístoides.

9.- Creación y fomento de empresas para beneficio de la colectividad.

Este inciso presenta la situación más peligrosa de que se tenga conocimiento en la historia de nuestro país, puesto que el tiempo ha demostrado que cuando el Estado por medio del gobierno quiere convertirse en empresario, la población mexicana ha sufrido las peores recesiones debido al exagerado gasto público que se dá cuando el Estado pierde su inversión, por el efecto inevitable de las eternas quiebras de las empresas paraestatales y las centralizadas; con el consecuente endeudamiento que representa, pagar la liquidación de la gente que llegó a laborar inocentemente en alguna de las citadas empresas cuyo fin era el de "beneficiar a la colectividad"; y lejos de ello, lo único que lograron fué el PERJUDICAR A LA COLECTIVIDAD.

10.- Medidas necesarias para evitar la destrucción de recursos naturales.

11.- Creación y fomento de centros de población y de sus fuentes propias de vida"⁽¹⁰³⁾ .

"La satisfacción del interés público es la finalidad primordial de las distintas actividades reglamentadas por la Ley que se conocen como servicios públicos los cuales, se encuentran definidos por el artículo 23 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, que a la letra dice:

1.- **SERVICIO PUBLICO.**- "Son las actividades organizadas que se realizan conforme a las Leyes o Reglamentos vigentes con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente necesidades de carácter colectivo". (ejemplo.-educación, salud, energía eléctrica, etc.)"⁽¹⁰⁴⁾ .

Algunos autores atribuyen un significado más restringido a la noción de interés público, estos juristas consideran que el interés público se constituye solamente por las pretensiones que tiene el estado PARA SATISFACER SUS NECESIDADES COMO INSTITUCION, de acuerdo con esta concepción las demás pretensiones dirigidas a satisfacer necesidades colectivas deben denominarse interés social o general, las cuales veré con mayor detenimiento en el inciso respectivo.

(103) LEY DE EXPROPIACION; EDIT. CARDENAS EDITORES MEXICO 1992 PAG. 15.

(104) LEY ORGANICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL, EDIT. PORRUA MEXICO 1992 PAG. 89.

V.- EL ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO COMPARADO.

PUBLIC ORDER, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS RECOGNIZED BY CIVILIZED STATES DOCTRINA SAJONA.

1.1.- ORDEN PUBLICO.

"En un estado de paz, y coexistencia entre los miembros de una sociedad a veces puede haber rompimiento de la paz cuando se pelea o se hacen disturbios o conductas con causa sin razón que provocan malestar en la vida pacífica, infligir el orden público tiene en particular circunstancias que han sido definidas por estatutos y/o leyes en las que se incluyen el ir armado, usar uniformes paramilitares o uniformes que indiquen ser miembro de un grupo político o de otro grupo incitando cambios o disgustos en la policía o las fuerzas armadas, sedición y/u otras ofensas"⁽¹⁰⁵⁾.

Lo dispuesto por los principios generales de la Ley que son reconocidos por los Estados civilizados en los que uno de los recursos con que la corte internacional puede expedir algunas reglas para aplicarse sobre casos particulares, son algunas clases de proposiciones que han sido tomadas para ser consideradas como principios generales que se pueden describir como cualquier rompimiento de un compromiso que involucra una obligación que implica hacer una reparación. Los miembros individuales de un cuerpo organizado no tienen derecho o acción independiente que pueda afectar los problemas de la organización. Eso ha sido sugerido con el fin de que la intención sea permitir que la corte aplique los principios generales de la Ley Municipal, particularmente de la Ley privada para aplicarse tan lejos como lo permitan las relaciones de los Estados.

Frecuentemente va a ser un problema de duda en el que las proposiciones particulares pueden ser llamadas como principios generales de derecho mismos que no han sido invocados frecuentemente por la corte, aunque cuando eso ha sucedido la corte ha recurrido a llamarlo de tal manera, el tribunal arbitral tiene sin embargo frecuentemente recursos de la Ley Municipal aplicados por analogía.

1.2.- TEORIA SAJONA DE LOS INTERESES.

Todos aquellos reclamos, deseos o demandas, los cuales son invocados por personas individuales o por grupos que buscan satisfacer y proteger cualquier ordenamiento de las relaciones humanas en una sociedad deben ser tomados en cuenta.

"EL SISTEMA LEGAL, DE UN PAIS, NO CREA INTERESES, YA QUE ESTOS SON CREADOS O EXTINGUIDOS POR LA MORAL, LA RELIGION, LA POLITICA, LA ECONOMIA O LA SOCIEDAD O CUALQUIERA OTROS PUNTOS DE VISTA DE LOS GRUPOS INDIVIDUALES O DE COMUNIDADES COMPLETAS"⁽¹⁰⁶⁾.

(105) "THE OXFORD COMPANION TO LAW", CLAREDON PRESS THIRD EDITION ENGLAND 1967, PAGES. 55 - 560

(106) IDEN.

El sistema legal reconoce o declina o vuelve a reconocer INTERESES PARTICULARES como lo es la protección legal; los juristas solamente clasifican ese reconocimiento. La discusión acerca de la certeza de otros intereses que debieran o deberían ser reconocidos, si el sistema legal ha reconocido un interés, lo hace diciendo o proveyendo a esas personas o grupos el tener una certeza legal en sus derechos, ensamblando todo eso en la seguridad y protección para sus propios intereses; o en otros casos dando una compensación por haber sido infringidos sus intereses y/o derechos; entonces toda esa comunidad tiene la certeza de que sus deberes son acordes a la naturaleza y la certeza de que sus intereses han sido asegurados y protegidos.

"Los intereses comunmente reconocidos por las comunidades se pueden clasificar en este orden:

A.- INTERESES INDIVIDUALES.- Incluyen intereses físicos la integridad de la persona, la libertad, honor, reputación, privacidad sentimental, libertad de culto y opinión, (eso en relaciones domésticas) en otras relaciones la libertad de negociar, libertad de poseer y de usar la propiedad, de donar y ceder, libertad de industria, libertad contractual y libertad de gusto.

B.- INTERESES PUBLICOS.- Que se contemplan desde el punto de vista de una comunidad organizada en la cual se incluyen los intereses del Estado como Entidad, identidad, seguridad, dignidad y reputación; en su territorio y reservas naturales, la paz y el orden, la seguridad de las instituciones, la conservación de las reservas, y el bienestar, modo, estilo y comodidad de la vida de sus ciudadanos-habitantes; (términos especificados y definidos en jurisprudencia de la corte federal de los Estados Unidos de Norteamérica)⁽¹⁰⁷⁾.

C.- INTERESES SOCIALES.- Todas aquellas demandas y deseos involucrados, un punto de partida hacia el hacer una elección correcta y necesaria, con respecto a un nivel de vida digno en una sociedad civilizada incluyendo la observación de la Ley y el orden, seguridad, salud, libertad de asociación, libertad de comercio, tratos, tratados, contratos y negocios, seguridad en adquisiciones y transacciones, el mantenimiento de la moral general, el progreso social, económico y cultural; el cuidado de los viejos, enfermos, dependientes y delincuentes, el cuidado de los correos, y el mantenimiento y cuidado de las buenas condiciones de vida para todos (por ejemplo el Seguro Social, el cheque para desempleados, y en general todos los términos definidos en la jurisprudencia de la corte federal de los Estados Unidos de Norteamérica)⁽¹⁰⁸⁾.

En la medida en que las sociedades se civilizan, la tendencia legal en la tierra es reconocer y proteger más intereses individuales en el mundo libre, aunque es tema de discusiones y dudas delimitar la certeza (legitimidad) de los intereses por ejemplo la privacidad, ¿Puede ser o es, o debe ser protegida?.

Conforme cambian los tiempos las relaciones y las situaciones, nacen nuevos intereses y la certeza de los mismos tiende a variar; pero la UNICA EXCEPCION a los intereses individuales de los cuales

(107) OP CIT. - 55 - 560.

(108) IDEM.

surgen los intereses públicos y los intereses sociales; se dá en los tiempos de guerra; bajo este caso el interés público se revierte y justifica limitaciones por causa del interés general de seguridad el cual; prevalece sobre los intereses legales solamente y bajo el único caso de la libertad personal, libertad de propiedad y libertad de gusto.

Similarmente el reemplazo de un gobierno o un sistema democrático por gobiernos o sistemas fascistas, socialistas o comunistas; pudiera o puede cambiar los valores, escalas, y efectos en la lista de intereses reconocidos a todos y cada uno de los ciudadanos del mundo libre.

Los intereses particulares, no se correlacionan con los derechos particulares y las obligaciones y deberes; puesto que varios derechos, obligaciones y deberes existen por protección a los intereses particulares, los intereses individuales por ejemplo en la integridad personal consagran la libertad del no ser maltratado o lastimado; y es protegida por derechos separados por ejemplo la reposición civil del daño causado, más la acción penal para actuar en contra del infractor, invocar la intervención policiaca y de tener la asistencia de un fiscal; más la obligación del Estado a la reposición del daño por su propia incompetencia.

"LOS PROCESOS CIVILES, CRIMINALES, Y ADMINISTRATIVOS, TODOS ELLOS DEBEN PROTEGER EL INTERES PARTICULAR"⁽¹⁰⁹⁾.

VI.- BIENESTAR GENERAL.

1.- ANTECEDENTES.

El concepto de bien común no es, de elaboración reciente; ya Aristóteles y santo Tomás de Aquino lo empleaban en sus doctrinas políticas, estimandolo el doctor Angélico como el fin a que debían tender todas las leyes humanas.

No obstante, el Bien Común se ha revelado como una idea INEXPLICADA en el pensamiento político de todos los tiempos, dandose por supuesto SIN DEFINIRSE o, al menos, sin explicarse; lo más cierto a este respecto, es que los conceptos aludidos que se tienen en las diferentes legislaciones; no son uniformes.

Se consideraba como "bien" aquello que apetece el hombre pero esta consideración, más propiamente formulada en el terreno moral que en el social, no nos resuelve el problema político que estriba en fijar el alcance de dicho concepto y de su actualización como finalidad de la convivencia humana.

2.- BIENESTAR GENERAL.

La sexta fuente de "justificadas restricciones" para las libertades individuales es el bienestar general. Prefiero emplear estas palabras "bienestar general" y no la expresión "bien común", que cuenta con una larga tradición en la filosofía jurídica y política, porque dicha expresión bien común se ha tomado equivocadamente, por virtud de algunas interpretaciones torcidas que algunas doctrinas le han dado. Así sucede que algunos pensadores y algunos políticos

(109) OP CIT. - 55 - 56.

-sobre todo los inspiradores por ideas antihumanistas o transpersonalistas- han entendido el bien común como un bien exclusivamente propio de la sociedad o del Estado, aparte e independiente del bien de sus miembros individuales, separado del bien de los seres humanos de carne y hueso, y sin relación directa con éste.

Según he apuntado ya, y desarrollaré con mayor amplitud más adelante, se debe interpretar el bien común como la suma de la mayor cantidad posible de bien para el mayor número posible de individuos, mediante el estricto respeto al carácter individual de sus intereses; y siendo tomados en todo momento como seres humanos individuales, nunca como miembros de una colectividad indeterminada.

La mayoría de los filósofos considera con acierto que uno de los valores principales, o, mejor dicho, de los fines más importantes que el Derecho debe cumplir, es el bien común.

Con la expresión "bien común" se ha indicado ciertamente muchas veces una tesis correcta, de raíz y fundamentación humanista; pero también otras veces se ha cubierto propaganda tendenciosa de carácter transpersonalista.

El bien común es el siguiente: o se concibe el bien común, al modo transpersonalista, como el bien del todo social, entendiéndolo éste como una supuesta realidad sustantiva e independiente, que vive por sí misma, que tiene existencia propia como un organismo, como una fantasmagórica alma nacional, como una mítica entidad de raza o de clase, como un poder en sí y por sí valioso; o, por el contrario, se entiende que el bien común no puede ser el bien de la sociedad, considerada ésta como algo aparte de los seres humanos vivos integrados en ella, sino que **EL BIEN COMÚN DEBE CONSISTIR SOLAMENTE EN LOS BIENES DE LAS PERSONAS REALES.**

Hay filósofos y juristas de decadentes tendencias colectivistas que afirman, que es igualmente cierto que los intereses egoístas de cada individuo deben quedar subordinados a los intereses generales, estos sujetos, incurrir en el peor y más espantoso absurdo que ha significado el más horrible retroceso en el progreso de la civilización occidental, ya que olvidan que las generalidades están conformadas por personas individuales, cuyos intereses legítimos son oponibles a la sociedad dado las prioridades, particularidades y beneficios que encierran para las personas privadas, además de que el origen de las masas colectivas lo conforman los seres humanos que viven en un momento histórico dado. Asimismo, si los "intereses generales", no son exacta y expresamente definidos en algún ordenamiento jurídico (como se ha visto con anterioridad), no existe razón válida para imponer restricciones de ninguna índole a los llamados "intereses egoístas del individuo".

Es por eso que el error es patente en la máxima que dá preferencia a los intereses generales. Esta máxima proclama que el interés particular debe ceder ante el interés común.

La primacía del bien común, por otra parte, se dá porque éste, el bien común, debe ser interpretado sobre todo como bienestar

general, es decir, como satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses de todas las personas, con el MENOR SACRIFICIO, con el menor desperdicio, ya que los valores individuales son siempre y necesariamente mucho más altos que los valores colectivos, debe ser así, porque el interés general es una magnitud cualitativamente distinta de los intereses individuales, pues se dice que es la suma de los intereses de todos los individuos, y, se afirma que es cuantitativamente superior, porque se ha llegado a esgrimir el argumento de que toma en cuenta no el interés de un individuo, sino los de todos.

No puede admitirse que haya ninguna razón de bienestar general que pueda prevalecer por encima del respeto debido a aquellas condiciones necesarias para los valores individuales; por ejemplo, no hay, ni puede haber, ninguna consideración de utilidad general que sirva de pretexto para que el Estado infrinja la libertad de pensamiento de un individuo, porque el rango de valores sobre el cual se funda libertad de conciencia es mucho más alto e importante que cualquier interés general. Aunque en casos como este se debe atender a la factibilidad y a la viabilidad del problema que se pretenda resolver; o sea, para que la causa de interés general opere, debe darse forzosamente una situación real e inminente que represente un desorden o peligro social.

Al bienestar general pertenece también un repertorio de bienes y objetivos comunes, como, por ejemplo, la paz, el orden social, el orden público, la prosperidad financiera del Estado, la integridad del territorio Nacional, etcétera, los cuales son condiciones que posibilitan la mejor realización en la mayor cantidad lograble de los intereses de todos, según una pauta armonía, fundada en la jerarquía de los valores. Es menester hacer notar que en cuanto a la prosperidad financiera del Estado, se debe atender al beneficio para sus habitantes, no al beneficio del gobierno de los mismos; ya que bajo la inicuca excusa del bienestar general, cada día se agudiza más la tendencia de hacer más eficiente la recaudación fiscal cuantitativa y cualitativamente; sin que la población se vea beneficiada directamente por el hecho de pagar más, en cuanto a las obras públicas (las cuales son prácticamente nulas) y/o en cuanto al producto nacional bruto (que sigue disminuyendo año con año). En este aspecto hay que hacer notar, que en nuestro país, se dá el único caso en el que se pretende incrementar la producción agrícola e industrial gravandola!

Así pues, el bienestar general consiste:

- a) En la mayor suma de bienes para los individuos, y
- b) También es un repertorio de condiciones sociales que faciliten beneficios para los individuos (ejemplo, una situación de seguridad, unida a una situación de confianza en el crédito financiero del Estado, no constituye unos beneficios directos para los individuos, pero se dice que si representa una condición favorable para que éstos puedan obtener ventajas mediante ciertas actividades).

Debo hacer especial hincapié en que los beneficios sean directos, pues so pretexto de beneficios indirectos o remotos se pueden

imponer los más monstruosos e injustificados sacrificios a los hombres. Considero injustificada la representación de un bien común que quiera ser referido a la sociedad o al Estado como entidades aparte e independientes de las personas humanas individuales.

Hay que repudiar por antihumana toda concepción del bien común como algo diverso de la suma de los beneficios que correspondan a los sujetos individuales, como algo no referido a ellos, sino propio de una supuesta entidad superior a ellos; como el conjunto de condiciones objetivas que hagan posible la realización de los fines de la persona, y la obtención de aquella máxima realización de los bienes individuales. Ahora bien, esta idea queda expresada en términos más claros con las palabras "bienestar general".

VII.- EL BIEN COMUN.

La tesis extremista que propugna ideas orientadas de la finalidad del Estado y del orden jurídico, como el liberal-individualismo y el colectivismo (transpersonalismo o totalitarismo), basadas en la observación parcial de la realidad social, necesariamente aplican una ideología sintética a la manera hegeliana que, admitiendo y rechazando respectivamente los aciertos y errores radicales de la tesis y de la antítesis, se integra con un contenido ecléctico que atingentemente explica y fundamenta la posición de las entidades individual y social como elementos que deben coexistir y ser respetados por el Derecho. Personalmente, descarto la posibilidad hipotética de que entre los dos elementos anteriores se llegare a dar una coexistencia, dado que el liberal individualismo propone valores desconocidos por el colectivismo y por el totalitarismo; y en consecuencia, son posturas irreconciliables. Por otro lado, tampoco pueden ser respetados los dos elementos por el derecho, ya que el sistema jurídico debe necesariamente desconocer alguno, dados los juicios de valor y la corriente en que se base.

Descartado el liberal-individualismo clásico como ideología político-jurídica, que erigía al gobernado particular en el objeto esencial de tutela por parte de las instituciones de derecho y vedaba a la acción gubernativa toda injerencia en las relaciones sociales que no tuviera como finalidad evitar pugnas o conflictos entre las actividades libres de los individuos, desconociendo correlativamente otras esferas reales e no se resumiesen en la personalidad humana específica; eliminado también el colectivismo que, como tesis opuesta a la anteriormente mencionada, despojaba al sujeto de sus fundamentales prerrogativas como ser humano para convertirlo en un conducto de realización de los fines sociales o estatales generalmente impuestos por la inclinación política de gobiernos percederos, en la actualidad, dentro de los sistemas democráticos, se va perfilando la doctrina del bien común, que, como afirma Ignacio Burgoa, "no es sino la adecuada y debida síntesis entre la postura liberal-individualista y la colectivista"⁽¹¹⁰⁾. La afirmación anterior, es un aberrante error; dado que como ya he apuntado, la "debida síntesis entre la postura liberal-individualista y la colectivista" si acaso, sólo es posible en teoría, puesto que como nuestro sistema jurídico e inclusive el político han demostrado prácticamente, y de lo anterior, ninguna Nación más que la mexicana ha sido amargamente un testigo, ES

(110) OP CIT.- BURGOA ("LAS GARANTIAS INDIVIDUALES"), PAG. 56.

IMPOSIBLE QUE PUEDAN SUBSISTIR SIMULTANEAMENTE.

La doctrina del Bien Común como un fin del Estado, para conseguir la justicia, se encuentra viciada desde su origen, porque es demagógico y además antijurídico el conseguir justicia para la colectividad por medio de la imposición de la injusticia hacia los individuos; además de que la determinación de la justicia, no es potestativa del Estado (el cual siempre está influenciado por sus oscuros intereses), la justicia, como al menos yo la entiendo, es una institución universal que implica fundamentalmente el DAR A CADA QUIEN LO SUYO.

En cuanto a su instrumentación (o sea los medios que se emplean para conseguir el supuesto ideal) y para terminar en cuanto a su manifestación real en el mundo del ser, también, como ya lo he apuntado con anterioridad, los fines del Estado y en particular el procurar el bien común, implica una enumeración exacta de que es el bien común, y una cuidadosa estructuración del mismo para no afectar intereses más importantes que los que se buscan.

El Bien Común, como idea lógica y como meta ética del orden jurídico estatal y de la política gubernativa, puede ser ponderado partiendo de un doble punto de vista o adoptando un doble criterio: el formal y el material, a los cuales me refiero sucesivamente.

a)- Criterio Formal.

"El Bien Común es, ante todo, un concepto sintético, o sea, implica la aceptación ficticia y armoniosa de los aciertos de la tesis y de la antítesis teología del Estado"⁽¹¹¹⁾. La anterior afirmación, pone en evidente duda la legitimidad, la validez y la seriedad con las que se debe hacer un estudio jurídico y en consecuencia y con mayor razón una ley; puesto que como ya he dicho con anterioridad, el sustentar algunas teorías jurídicas en cuestiones de ficción, vicia las causas, los medios, los efectos y los fines de la verdad que se pretende demostrar; cabe dejar en claro, que "el Bien Común" en sí, es una FICCIÓN conveniente para que el Estado pueda realizar sus fines; los cuales, -es momento de asentarlo-, la mayoría de las veces dan origen a las formas más ultrajantes de represión y de coerción sobre los derechos fundamentales de los individuos; especialmente en cuanto a los derechos de libertad y de propiedad.

Por otro lado, el Bien Común, no se fundamenta ni en el individualismo ni en el colectivismo excluyentemente, y como fin verdadero de la organización y funcionamiento estatales, se debe atender a las dos esferas reales que ineluctablemente se registran en la sociedad: la particular y la colectiva o de grupo. (Esta situación precaria se dá por el simple hecho de que las posturas individualista y colectivista, son por excelencia antagónicas; y NO se puede llegar a pensar en una situación intermedia, dado que una cedería ante la otra. Por otro lado, es evidente, que si se ha de adoptar alguna postura conveniente y en consecuencia se ha de excluir a la otra, el hombre libre, obviamente debe y va a optar por la liberal-individualista, dado a las ventajas y a la bondad de los preceptos que establece).

⁽¹¹¹⁾ OP CIT.- BURGOS ("LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES"), PAG. 43.

Se afirma que con vista al carácter sintético del Bien Común, necesariamente debe abarcar, en una pretensión de tutela y fomentación, a las entidades individuales; y a las sociales propiamente dichas, implicando una concordancia entre los desiderata de ambas. Concordancia que solamente se pudo dar, en la época en que nuestra tradición jurídica y legislativa vivía momentos de caos, dado a las circunstancias históricas que prevalecían a finales del siglo pasado y a principios de este. (razones que han quedado descubiertas y analizadas en el capítulo que precede).

También, he establecido anteriormente que el hombre está dotado de una capacidad natural para procurar su felicidad, siendo la libertad bajo tales auspicios un factor consubstancial a la personalidad del hombre, el orden jurídico debe reconocerla o, al menos, no afectarla esencialmente a través de sus múltiples derivaciones específicas. Por tanto, para pretender realizar el Bien Común, el Derecho debe garantizar una esfera mínima de acción en favor del gobernado INDIVIDUAL.

De esta quizá, el Bien Común se traduce, frente al individuo, en la permisión que el orden jurídico de un estado debe establecer en el sentido de reconocer y legitimar al gobernado el desempeño de su potestad libertaria a través de variadas manifestaciones especiales que se consideran como medios indispensables para la obtención de la felicidad personal.

Ahora bien, se dice que tal permisión no debe ser absoluta, ya que, según se ha establecido con antelación, el Derecho, como esencialmente normativo, al regular las relaciones sociales, forzosamente limita la actividad de los sujetos de dicho vínculo. Aunque esta limitación, debe ser simplemente la que impone el legislador a la sociedad en su totalidad, respetando siempre las garantías individuales de libertad y de propiedad respectivamente.

Por ende, para mantener el orden dentro de la sociedad y evitar que ésta degenera en caos, la norma debe prohibir que la desenfadada libertad individual origine conflictos entre los miembros del todo social y afecte valores o intereses que a éste corresponden, posición con la que me encuentro de acuerdo; SIEMPRE Y CUANDO "el caos, la desenfadada libertad, y los conflictos", a los cuales se ha aludido, representen un peligro GRAVE E INMINENTE para los individuos, y cuando estas causas sean definidas expresamente en algún ordenamiento legal.

Todo régimen jurídico que aspire a realizar el Bien Común, al consignar la permisión de un mínimo de actividad individual, correlativamente (se dice que) tiene que establecer límites o prohibiciones al ejercicio absoluto de ésta para mantener el orden dentro de la sociedad y preservar los intereses de la misma o de un grupo social determinado. De esta afirmación se desprende a la luz de la razón una inminente discriminación hacia los sujetos individuales o hacia las minorías, "las cuales tienen el legítimo derecho de desobedecer los mandatos institucionales cuando ven sus derechos afectados por razón de las valoraciones subjetivas que se esgrimen"⁽¹¹²⁾.

(112) HUME DAVID; "DEMOCRACY & DESOBEDIENCE", EDIT. CLAREDO PRESS, OXFORD

En este sentido, pues, el Bien Común se ostenta como la tendencia esencial del Derecho y de la actividad estatal a restringir el desempeño ilimitado de la potestad libertaria del sujeto.

Desgraciadamente, la doctrina que afirma que el individuo debe desempeñar su actividad, no sólo enfocandola hacia el logro de su felicidad personal, sino dirigiendola al desempeño de funciones sociales, implica que las limitaciones institucionales, instrumentadas por la Ley, permitan cualquier tipo de abuso en contra de los individuos, dado que a las "funciones sociales" propiamente dichas, no han sido expresadas exactamente, no se han establecido como tales por un consenso claro, inobjetable y uniforme en la sociedad, por lo tanto, el orden jurídico ha salido ya de los estrechos límites que le demarcaba el sistema liberal-individualista, y ello se revela patentemente en el concepto y función de la propiedad privada. En efecto, ésta ya no es un derecho absoluto bajo la idea romana, según la cual el propietario estaba facultado; para usar, disfrutar y abusar de la cosa, sino un elemento que debe emplear el dueño para desplegar una "función social", cuyo no ejercicio o indebido uso origina la intervención del Estado traducida en diferentes actos de imposición de modalidades, restricciones injustificadas (o justificadas de manera mafiosa), o, inclusive, en la expropiación.

Otra defensa para las arbitrariedades que se cometen en pos del bien común, estriba en la ficción jurídica que ha sido "comunmente aceptada" en el sentido de que "La verdadera igualdad que debe establecer el Derecho se basa en el principio que enuncia un tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales". Según los principios rectores del derecho clásico hasta los albores del siglo pasado, siempre había existido la máxima de que todos los individuos eran iguales ante la Ley, y aún más, los ideales democráticos modernos detrás de los cuales supuestamente nuestra Constitución se escuda, establecen también que todos los individuos deben gozar de igualdad jurídica; entonces hay que cuestionarse el porque se admite que haya sujetos desiguales y en consecuencia porque el trato debe de ser desigual para los mismos, arguyendo algún tipo de justificación más válida que el simple demagógico hecho del querer proteger bajo ciertas situaciones los intereses de los más desvalidos o en su caso limitar las aspiraciones y los intereses de los poderosos, dando como consecuencia necesaria el atropello de los principios de igualdad y de justicia del que deben forzosamente gozar los individuos, y aunque hay quienes llegan a afirmar temerariamente que la igualdad absoluta es una utopía, es mucho más preferible basar cualquier sistema democrático en el ideal de igualdad; porque de lo contrario se incurre en el espantoso despotismo y se destruyen más libertades en lugar de las que necesariamente debe generar una sociedad civilizada; esto sin las consecuentes restricciones a los derechos patrimoniales y más estrictamente hablando del derecho de propiedad.

La doctrina de que la norma jurídica debe facultar al poder estatal para intervenir en las relaciones sociales, y principalmente en las de orden económico, a fin de proteger a la parte que está colocada en una situación de desigualdad, es por demás injusta y demagógica,

ya que el resultado en el mundo del ser no ha demostrado más que negligencia por parte del poder estatal para "proteger" a los grupos homogéneamente débiles, además de representar la justificación más ignominiosa de la razón humana en detrimento de los individuos afectados por éste régimen de tutela.

Se dice que si se pretende lograr el bien común en un Estado, es menester que tal objetivo se consume simultáneamente con los demás que si han apuntado, de lo que se concluye que un régimen de derecho que merezca ostentar positivamente el calificativo de verdadero conducto de realización del bien común, no debe fundarse o inspirarse en una sola tendencia ideología generalmente parcial y, por ende, errónea, sino tener ideario director todos aquellos postulados o principios que se derivan de la observancia exhaustiva de la realidad social y que tienden a exaltar, en una adecuada armonía, tanto a las entidades individuales como a los intereses y derechos colectivos, yo no estoy de acuerdo con esta afirmación, dado a las razones que he referido anteriormente, en cuanto a las posturas filosofías e ideales irreconciliables.

El bien común se revela como el reconocimiento o permisión de las prerrogativas esenciales del sujeto, indispensables para el desenvolvimiento de su personalidad humana, a la par como la prohibición o limitación de la actividad individual respecto de actos que perjudican a la sociedad o a otros sujetos de la convivencia humana, imponiendo al gobernado determinadas obligaciones cuyo cumplimiento redunde en beneficio social. Dichos beneficios deben ser directos y deben obedecer a intereses directos y más importantes es una escala de valores, como ya lo he apuntado anteriormente.

Por otra parte, frente a los intereses colectivos, el bien común debe autorizar la intervención del poder público en las relaciones sociales para preservar los intereses de la comunidad o de los grupos desvalidos, con tendencia a procurar una igualdad real, al menos en la esfera económica.

El bien común no consiste exclusivamente en la felicidad de los individuos como miembros de la sociedad, ni sólo en la protección y fomento de los intereses y derechos del grupo humano, sino en una equilibrada armonía entre los desiderata del hombre como gobernado y las exigencias sociales o estatales.

b) Criterio Material.

En el afán de proteger auténticos intereses de la sociedad, bajo el deseo de establecer en el seno de la misma una verdadera igualdad real mediante un intervencionismo estatal en favor de los grupos desvalidos, no se debe restringir a tal grado el ámbito de actividad de la persona humana, que impida a éste realizar su propia felicidad individual.

Como los intereses sociales, como las exigencias privativas de cada Estado, como las deficiencias, vicios y errores que deben corregir en cada régimen históricamente dado para procurar el bienestar y el progreso de un pueblo, varían por razones temporales y espaciales, es evidente que no puede aducirse un contenido universal de bien

común a través de cada uno de los aspectos sintéticos que éste presenta, siempre respetando, sin embargo, la órbita mínima de desenvolvimiento libre en favor de las entidades individuales, el bien común, se infiere como el elemento central que debe ser tomado en cuenta por el orden jurídico.

Es por ello por lo que cuando se tutela jurídicamente al sujeto particular, en las proporciones anteriormente apuntadas, se preserva por igual a las entidades sociales, pues éstas no están compuestas sino por personas individuales, de lo que se colige que, procurando la felicidad de cada una de las partes -individuos- se pretende obtener el bienestar de toda sociedad o pueblo.

El reconocimiento que el orden jurídico estatal hace respecto del mínimo de libertad humana y de sus lógicas y naturales derivaciones, así como de otros factores o circunstancias imprescindibles para el desenvolvimiento de la personalidad del hombre, es pues, lo que constituye los derechos públicos individuales, que en nuestro sistema constitucional reciben el nombre de GARANTIAS INDIVIDUALES, las cuales son el único medio de defensa legítima y legal en contra de los abusos que comete el Estado por medio de sus agentes en contra de los particulares, pero es prudente en éste momento, el valorar la necesidad real y practica de este medio de defensa en el precario estado de derecho en el que vivimos actualmente, dado que, para que el juicio de constitucionalidad sea viable, debe existir forzosamente un abuso o un detrimento en el derecho del individuo afectado, y como es bien sabido, éste debe estar fundado y motivado. La motivación y la fundamentación debe ser real y debe existir en el mundo del ser, por consiguiente, cuando ésta se dá, existe una violación del derecho la cual ha se ha dado A PRIORI; para evitar esta situación precaria, se debe restringir al Estado su esfera de acción mediante ordenamientos bien estructurados y expresamente definidos; esto llevaría como consecuencia una mayor afectividad del juicio de garantías en el momento en que se llegare a presentar la necesidad de su operatividad.

VIII.- LOS LLAMADOS DERECHOS SOCIALES.

Desde hace, aproximadamente, unos cuarenta años, tanto en las obras de doctrina como en textos constitucionales, se puede hallar la afirmación de un repertorio de derechos "sociales" del hombre, los cuales se dice que deben ser añadidos a la lista de los derechos individuales o de libertad y de los derechos democráticos. Se trata de una serie de derechos -llamados también económicos, sociales y culturales-, entre los que suelen figurar el derecho a condiciones justas de trabajo y a la protección contra el paro o desempleo, los derechos a un nivel decoroso de vida en cuanto a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, y los derechos de seguridad social en casos de accidente, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de la persona, y el derecho a la educación. En el caso de que estos derechos están expresamente reglamentados y definidos, puede operar la causa de Orden Público siempre y cuando no implique un menoscabo directo e irreversible sobre un derecho o interés individual dado. Por lo tanto, la aplicación de los fines del Estado en cuanto al Bien

Común se refiere, DE NINGUNA MANERA PUEDE SER DE CARACTER GENERAL Y FLEXIBLE. Flexible en cuanto a la interpretación de una causa conveniente que justifique la intervención de la autoridad aplicadora de la norma.

Los llamados derechos sociales tienen por objeto actividades positivas del Estado, del prójimo y de la sociedad, para suministrar al hombre ciertos bienes o condiciones. En contraste con los llamados derechos individuales, cuyo contenido es "un no hacer", un "no violar", un "no perjudicar", por parte de las demás personas y SOBRE TODO de las autoridades públicas, resulta que, por el contrario, el contenido de los derechos sociales consiste en "un hacer", un "contribuir", un "ayudar", por parte de los órganos estatales.

Las presiones a las que se puede ofrecer y se ofrece resistencia, por injustificadas o injustas que pueden parecer sus sanciones en situaciones concretas, representan, no obstante, una amenaza menos grave para la libertad social que las presiones coercitivas que logran su objeto. Y estas presiones presentan todos los grados de sanción, desde leves y momentáneas pérdidas de prestigio hasta serios y duraderos perjuicios económicos. Por consiguiente, NO conviene hacer generalizaciones acerca de su justificación en situaciones de conflicto de intereses.

Se ha empleado no sólo la idea de "prestación de servicios", sino también la idea de "suministro de condiciones". La prestación de servicios por los entes públicos al individuo puede ser una de las formas mediante las cuales se satisfagan los derechos sociales, pero NO es el único modo posible.

HAY QUE RECONOCER QUE TODOS, ABSOLUTAMENTE TODOS LOS DERECHOS SON SOCIALES.

IX.- LA JUSTICIA SOCIAL.

La expresión "justicia social" denota la "justicia para la sociedad"; y como ésta se compone de individuos, su alcance (se dice que) se extiende a los miembros particulares de la comunidad y a la comunidad misma como un todo humano unitario.

Si un régimen jurídico se estructura tomando exclusivamente en cuenta los intereses de los grupos mayoritarios de la sociedad sin considerar los intereses individuales de todos y cada uno de sus miembros componentes, la persona humana, en todos los aspectos de su entidad, se diluye dentro de un contexto social sin tener más significación y valía que las de una simple pieza de una gran maquinaria o las de un mero instrumento al servicio insoslayable de objetivos que se le imponen coactivamente y se mantienen con la represión gubernativa.

Es evidentemente lamentable que sobre los intereses particulares de ca dá quien están los intereses colectivos, que se resumen dentro del concepto genérico de "interés social", el cual, a su vez, presenta diversas implicaciones demográficas, que se expresan en el "interés público", el "interés común", el "interés nacional", el "interés general" o el "interés mayoritario". Atendiendo a la

aparentemente indiscutible hegemonía del interés social sobre el interés particular, a nadie le debe estar permitido desplegar su conducta mediante actos que lesionen o perjudiquen dicho interés en sus variadas manifestaciones.

Si la prevalencia del interés social sobre el interés particular impone a todo miembro de la sociedad la obligación negativa de no comportarse noctivamente en detrimento de la colectividad, toda persona, merced al inobjetable principio de solidaridad humana, debe desempeñar su conducta en beneficio de los grupos mayoritarios que forman la sociedad. El siquiera intentar legitimar este sofisma de manera legal, implica una imposición arbitraria de acentuado carácter colectivista -ultrapersonalista- en sí, el aceptar como válido el "razonamiento" anterior, pondría en peligro la existencia de la libertad, y esto solo sería posible cuando se ciega eternamente la luz de la inteligencia humana.

La prevalencia del interés social sobre el interés particular la reitera Ihering expresando al efecto las siguientes ideas: "El interés de la sociedad, tiende no sólo a lo que conviene el individuo, sino a lo que conviene a todos, en lo que todos pueden existir, y esto, no es otra cosa que la justicia. Ella esta por encima de la libertad. El individuo no existe sólo para sí, sino también para el mundo por eso la libertad: lo que conviene el individuo debe subordinarse a la justicia, que conviene a todos"⁽¹¹³⁾. La consideración más sería que puede hacerse a esta aportación de Ihering es la siguiente: no puede haber un ideal más elevado y que sea digno de igual o mayor protección que aquellos de LIBERTAD y PROPIEDAD; absolutamente NADA debe estar ni está por encima de la libertad ya que partiendo del supuesto de que así fuere, los individuos se convertirían en esclavos unos de otros, o lo que es peor; en esclavos del Estado, del gobierno o de los agentes de ambos a quienes en su caso compete establecer que es la justicia y cuando se dá ésta por encima de la libertad.

Dentro de esta situación, los órganos estatales realizan frente a él múltiples actos de autoridad de diferente índole, los cuales, en un régimen de derecho, deben estar sometidos a normas jurídicas fundamentales que establecen las condiciones BASICAS E INELUDIBLES para su validez y eficacia y demarcan su esfera de operatividad.

Consiguientemente, si uno de los objetivos de la justicia social estriba en evitar la explotación del hombre por el Estado, o mejor dicho, por el gobierno del Estado, el orden jurídico que en ella se inspire y la política gubernativa que tienda a realizarla deben prever y observar, respectivamente, las citadas garantías, pero esto es una utopía, puesto que como asentó hace algunos párrafos; cuando esas garantías son invocadas es porque en todos los casos el Bien Común, el Bienestar General, los Derechos Sociales o la Justicia Social, han creado un peligro constante e inminente sobre la libertad o la propiedad de alguien.

Sin dejar de tomar en consideración que nuestra misma Ley Fundamental consigna un régimen de intervencionismo de Estado cuya finalidad primordial estriba en tutelar a la propia colectividad

(113) APUD.- IHERING "EL FIN DEL DERECHO", TOMO I, PAG. 117, OP CIT.- RECASENS SICHES ("INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO").

mediante la regulación, bajo múltiples aspectos, de las conductas individuales, la Ley Suprema de 1917 es el ordenamiento jurídico fundamental en que se recoge preceptivamente la JUSTICIA SOCIAL o BIEN COMUN, sin que se le pueda adjudicar ningún calificativo exclusivo ni excluyente, pues no es ni individualista liberal ni estatista ni colectivista, sino que es un monstruoso híbrido que pretendió expresar una verdadera síntesis "armoniosa" (cosa que no se dió ni es posible que se de cuando absurda y artificiosamente se busca invocar y equilibrar dos sistemas antagónicos por excelencia) de los primordiales imperativos de carácter filosófico, político, social y económico que deben condicionar a todo derecho positivo básico para conseguir la felicidad de un pueblo mediante la protección y desenvolvimiento progresivo de todos y cada uno de sus miembros integrantes, como hombres singularmente considerados y como sujetos pertenecientes a las clases mayoritarias y olvidándose de las clases minoritarias las cuales -es momento de afirmarlo- son las únicas capaces de generar beneficios directos a la población.

CAPITULO TERCERO.

I.- EL "FUNDAMENTO" DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1.-INTRODUCCION.

Para poder establecer los parámetros de valoración que permitan desarrollar adecuadamente este capítulo, primero es necesario dar un recorrido rápido por los antecedentes que formaron y configuraron esta injusta rama del derecho.

2.-ANTECEDENTES.

De acuerdo con los postulados del individualismo que consideraban que son bastantes la actividad de los particulares y el libre juego de las Leyes económicas, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas dentro de la sociedad, el Estado en una primera etapa histórica posterior al mercantilismo de los antiguos regímenes políticos, se encontró reducido a un mínimo en cuanto a sus fines y, lógicamente, en cuanto a sus atribuciones, pues dichos fines se limitan al mantenimiento y protección de su existencia como entidad soberana y a la conservación del orden jurídico y material en tanto que es condición para el desarrollo de las actividades de los particulares y el libre juego de las leyes sociales y económicas. Por tanto, en esta primera etapa las atribuciones del Estado consisten fundamentalmente en atribuciones de policía, que lo obligan a abstenerse de intervenir en las esferas de acción de los particulares más allá del límite necesario para el mantenimiento del orden, motivo por el cual el Estado en esta etapa se conoce con la designación de "Estado gendarme".

No es dudoso, sin embargo, que en esta primera etapa, el Estado asumía atribuciones compatibles con la libre actividad privada, cuando ésta era insuficiente, o no remunerativa, pero si exigida para la satisfacción de necesidades colectivas, lo anterior; se desprende de la operatividad del sistema capitalista que consagra la libre competencia ya que es evidente, que en cuanto se fomenta la producción; el beneficio para la sociedad es mucho mayor puesto que se generan fuentes de trabajo y aumenta la comercialización de productos; por lo tanto, en éste sentido, las atribuciones del Estado resultan benéficas EN CUANTO SON COMPATIBLES CON LA ACTIVIDAD PRIVADA.

La doctrina ha utilizado diversos criterios para dar un fundamento y para señalar el campo de aplicación del derecho administrativo; durante el siglo XIX el criterio predominante fué la existencia de la soberanía o poder público, sosteniendo que es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos, (que es en lo que consiste la soberanía o el poder público), resulta inadecuada para la aplicación del derecho privado que solo regula relaciones entre personas con voluntades iguales; este criterio fué del que se valieron los Estados del siglo XIX para crear de alguna manera u otra el derecho administrativo como un escape para poder cometer todo tipo de exceso y abusos en contra del individuo gobernado, ya que como quedó demostrado en el

capítulo anterior, según la tesis de Duguit acerca de la soberanía; no es legítima la aplicación de una "voluntad superior", de ningún individuo, ni de la masa hipostasiada llamada Estado; puesto que tal apreciación choca con la esencia de la libertad del ser humano; ni siquiera la voluntad del que detenta el poder (o sea los agentes del Estado); puede ser impuesta justamente, debido a que todos los hombres son iguales para el derecho aún después de la desafortunada invención del "trato igual para los iguales y desigual para los desiguales".

Este proceso según se dice, ha ido avanzando al producirse como consecuencia del sistema liberal un desajuste en la vida social que se ha agudizado por una serie de factores, como son el aumento de población, los progresos de orden técnico, y la ostensible desigualdad de las clases sociales; éste es un juicio injusto hacia algunos inconvenientes del sistema liberal-capitalista; puesto que el surgimiento de la desigualdad entre las clases sociales, es patente bajo cualquier otro sistema y definitivamente se recrudece más en los regímenes socialistas, comunistas o bien de intervencionismo estatal; de ello, los testigos somos nosotros mismos y la historia no miente. Mas bien si alguien se avoca a buscar la causa de tales problemas; inevitablemente va a llegar a la conclusión de que el Estado (sea cual sea) es en mayor o menor medida incompetente para salvaguardar los intereses de sus gobernados, con la agravante de que por regla general, cuando esto llega a su ceder, los sistemas más siniestros son los que tienen un derecho administrativo menos flexible y más arbitrario, como desgraciadamente sucede en nuestro país.

En la segunda etapa, se arguyó neciamente que el individuo no ha sido capaz de satisfacer las necesidades de la colectividad, se va desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la que se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a ésta restricciones o limitaciones para armonizarla con el interés general; va creando servicios públicos y va encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia que no ha logrado el capitalismo del sistema liberal. De esta manera el "Estado gerdarme" se va transformando en un "Estado providencia" o "Estado Social de Derecho".

En este aspecto, "el Estado providencia", o el "Estado Social de derecho"; ha abusado de sus facultades y atribuciones; puesto que si bien, la razón humana no es capaz de demostrar absolutamente la inoperatividad de éste sistema; es porque hay que reconocer que lo único bueno y justificado, de éstas maneras de imponer ciertas restricciones a la actividad particular, es cuando el Estado se sustituye total o parcialmente en los incisos que corresponden a la prestación del seguro social. Pero hay que dejar bien claro que en otros aspectos (la mayoría de ellos); la imposición de restricciones injustificadas o "justificadas" a la actividad privada resulta siempre en un menoscabo de la libertad individual y algunas veces se atenta contra las garantías de propiedad.

3.-LAS ATRIBUCIONES DEL ESTADO.

Como se puede apreciar el problema de cuales son las atribuciones

del Estado se encuentra íntimamente vinculado con el de las relaciones que en un momento dado guarden el Estado y los particulares, ya que las necesidades individuales y generales que existen en toda colectividad se satisfacen por la acción del Estado y por la de los particulares. DE MANERA QUE LA AMPLIACION DE LA ESFERA DE LA ACTIVIDAD DE UNO TIENE QUE TRADUCIRSE FORZOSAMENTE EN MERMA DE LA ESFERA DE ACCIÓN DE OTROS. Desde mi personal opinión, esta situación resulta injusta e insostenible; y una solución más aceptable sería que el Estado redujera su esfera de acción considerablemente, y simplemente se dedicara a su función administrativo-ejecutiva, prestado los servicios de seguridad social que le han sido encomendados.

La doctrina ha distribuido las atribuciones del Estado respecto de los particulares en los tres grupos siguientes:

a) ATRIBUCIONES DEL ESTADO PARA REGLAMENTAR LA ACTIVIDAD PRIVADA.

Si el Estado interviene regulando jurídicamente esa actividad es porque los intereses individuales necesitan ser coordinados a fin de mantener el orden jurídico.

Respecto a los medios adecuados para el ejercicio de las atribuciones que forman esta primera categoría, las doctrinas basadas en el individualismo sostienen que el Estado debe usar, con absoluta preferencia, leyes supletorias, REDUCIENDO AL MINIMO LAS DE CARACTER IMPERATIVO; que las disposiciones tendientes a la protección del derecho deben ser preventivas más que represivas ya que estas últimas imponen, por su naturaleza, serias restricciones a la libertad individual.

Por el contrario, las doctrinas estatistas consideran que la intervención del Estado en la reglamentación de la actividad privada debe hacerse por medio de las leyes imperativas, principalmente en todos aquellos casos en que la experiencia ha demostrado que el libre juego de las leyes económicas es insuficiente para mantener el equilibrio entre las clases sociales, aunque se deja ver entre líneas, que lo que buscan las doctrinas de carácter estatista, es únicamente la imposición de leyes imperativas con el resultado que tal conducta irresponsable engendrarla en el sistema; ya que éste tipo de leyes, facultan al poder público en general a cometer todo tipo de arbitrariedades sin que siquiera los particulares puedan recurrir a los medios de defensa más elementales.

Las mismas doctrinas también abogan por el desarrollo de la legislación preventiva al lado de la represiva considerando que ésta es ineficaz para dar protección al Derecho ya que sólo actúa cuando se ha consumado su violación. Esto no es más que el apoyar la tesis de imponer dos tipos de restricción a la libertad individual (en vez de solamente una); como lo sostienen las doctrinas basadas en el individualismo.

Por lo que hace a la intervención del Estado en los patrimonios privados, hay varios grados. Mientras que el intervencionismo de Estado la aconseja en forma moderada, el socialismo la preconiza sin ninguna limitación ya que es precisamente el medio más adecuado

para llegar a la finalidad que persigue ese sistema que proclama la esclavitud del hombre por el Estado y sus instituciones.

Según Gabino Fraga, la actitud que adopta la legislación mexicana sobre esta primera categoría de atribuciones no puede reducirse a una sola tendencia, tal afirmación a mí se me hace insostenible, ya que hasta ahora, y como ya lo asenté debidamente en los capítulos anteriores, las posturas son antagónicas e irreconciliables; y esto genera el caos jurídico en el que vivimos, y más aún, es una fuente inagotable de injusticias que se cometen por parte del Estado en nombre del orden público.

En efecto, la legislación civil se ha inspirado fundamentalmente en la doctrina individualista, que sustenta el artículo quinto constitucional al reconocer, dentro del capítulo de las garantías individuales, la libertad de contratación de los particulares. Así es que en dicha legislación han predominado las disposiciones de carácter supletorio sobre las de carácter imperativo y las preventivas sobre las represivas, por más que ya se vaya marcando la tendencia a aumentar las disposiciones imperativas y preventivas, como lo demuestran las leyes para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera (D.O. de 9 de marzo de 1973), la de Registro de la transferencia de tecnología (D.O. de 11 de enero de 1982), la de Inversiones y Marcas (D.O. de 1 de febrero de 1976) y la Federal de Protección al Consumidor (D.O. de 22 de diciembre de 1975 y de 7 de enero de 1982).

En sentido contrario se ha orientado la reglamentación de las relaciones entre patrones y obreros, pues conformándose a las doctrinas estatistas, la legislación mexicana ha optado decididamente por regular dichas relaciones usando de normas imperativas, irrenunciables en cuanto constituyen protección para los trabajadores. (Constitución Federal, artículo 123).

Por lo que hace a la intervención del Estado en los patrimonios privados, las leyes acusan también un franco estatismo. El artículo 27 de la Constitución Federal da a la propiedad privada el carácter de una función social, sustituyendo este concepto al del derecho subjetivo destinado únicamente a producir beneficios a su titular, que sustenta la doctrina liberal, en éste aspecto, es pertinente comentar que el espíritu del artículo 27 constitucional choca abiertamente con la anterior Constitución de 1857 de corte acentadamente liberal, esta triste situación, ha creado severos conflictos de interpretación aparentes en la misma Constitución y de una manera más acentuada en las leyes secundarias; y es que el artículo 27 constitucional no debió haber tenido cabida nunca en nuestra Constitución Federal debido a que nuestra realidad social en 1917, tanto como en 1993 no acepta restricciones en materia de propiedad.

En una forma que no deja lugar a duda, el párrafo tercero del citado artículo 27 consagra en toda su amplitud ese concepto de la propiedad, al disponer que "la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su

conservación".

b) ATRIBUCIONES DEL ESTADO PARA FOMENTAR, LIMITAR, Y VIGILAR LA ACTIVIDAD PRIVADA.

La intervención del Estado realizando esta categoría de atribuciones tiene el propósito también de mantener el orden jurídico; pero a diferencia de las que forman la primera categoría cuyo propósito es el de coordinación de intereses individuales entre sí, las de ésta tienden a coordinar esos intereses individuales con el interés público.

Las doctrinas estatistas, por el contrario, sostienen que el fomento y ayuda de la actividad privada constituyen medios necesarios para corregir las desigualdades que crea la lucha económica, por las injustas y perjudiciales consecuencias de la libre concurrencia.

La doctrina individualista sostiene respecto de esta categoría de atribuciones que en un principio deben excluirse las que fomentan la actividad privada en forma que cologen al individuo en situación superior en la lucha económica y fue alteren de cualquier manera la libre concurrencia entre los factores de la producción.

Por lo que hace a la limitación y vigilancia de la actividad privada, también considera que el ejercicio de tales atribuciones crea un estado artificial, que obstruye la coordinación de las actividades individuales, sosteniendo, por tanto, que la intervención del Estado debe reducirse al mínimo y excluirse el sistema de previa autorización por constituir una seria traba a la libertad natural.

Las doctrinas estatistas, por el contrario, sostienen que el fomento y ayuda de la actividad privada constituyen medios necesarios para corregir las desigualdades que crea la lucha económica, que la suvención, la tarifa proteccionista y el impuesto que se establece con el propósito de proteger determinadas actividades son medios a los cuales el Estado debe recurrir "si no quiere ver trastornada su economía por las injustas y perjudiciales consecuencias de la libre concurrencia"⁽¹¹⁴⁾. En este sentido, habría que establecer en un principio, cuales son las "injustas y perjudiciales" consecuencias de la libre concurrencia si es que existen en la realidad; luego, se tendría que demostrar que esas consecuencias son perjudiciales para el Estado; lo cual sería aún así absolutamente irrelevante, si dichas consecuencias son beneficiosas a la sociedad o a determinado grupo de individuos.

En cuanto a la limitación y vigilancia de las actividades privadas, mientras que la doctrina liberal sólo tolera restricciones a la libertad en tanto que son necesarias para preservar el interés del orden, el de la tranquilidad y el de la salubridad pública, las doctrinas estatistas estiman que, además de esos intereses hay otros como son los de orden económico, a cuyo respecto es también indispensable establecer limitaciones, sistemas de control, de previo aviso o previa autorización para el ejercicio de la

⁽¹¹⁴⁾ (CFR).- FRAGA GABINO; "DERECHO ADMINISTRATIVO"; EDIT. PORRUA S.A. VIGESIMOSEXTA ED. MEXICO 1987. PAG. 17.

actividad de los particulares.

Por lo que hace a este segundo grupo de atribuciones el Estado mexicano presenta las más variadas tendencias, antes de la Constitución de 1917, se pueden encontrar leyes de protección, a la minería, al establecimiento de nuevas industrias, al desarrollo de actividades agrícolas, demostrando todas ellas intención de que el Estado interviniera en favor de esas actividades.

En el artículo 2a de la Constitución citada, y precisamente como una reacción contra los abusos que llegaron a cometerse en la aplicación de las medidas de intervención indicadas, se prohíbe terminantemente la exención de impuestos y las prohibiciones a título de protección a la industria.

Además, el propio artículo 28 dispone que "la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia...todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercio, o servicios al público...; y en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de una clase social".

Parece ser, pues, que en este particular la legislación constitucional mexicana se conserva dentro de la doctrina liberal por más que existe una interpretación diferente en leyes secundarias como son la Orgánica del citado artículo 28 (D.O. de 31 de agosto de 1934), y en la de Atribuciones al Ejecutivo en Materia Económica (D.O. de 30 de diciembre 1950), esto no es más que el resultado de la desafortunada inserción del articulado constitucional y un efecto secundario del artículo 27 constitucional.

c) ATRIBUCIONES DEL ESTADO PARA SUSTITUIRSE TOTAL O PARCIALMENTE A LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES O PARA COMBINARSE CON ELLA EN LA SATISFACCION DE UNA NECESIDAD COLECTIVA.

Respecto de esta categoría de atribuciones, la doctrina liberal sostiene que el Estado no se encuentra en condiciones de realizar actividades del orden económico, porque su organización misma se lo impide, ya que implica un sistema complicado de relaciones entre funcionarios y empleados que no se acomoda a la rapidez y elasticidad que exige el negocio lucrativo, además no existe el interés personal, que es la base del desarrollo de la empresa comercial, ni la aptitud técnica que se requiere, y por el contrario domina el criterio político, que no es el indicado para el éxito de dicha empresa y que necesariamente falsea el juego de la libre concurrencia.

Excepcionalmente, ningún inconveniente de principio existe para conceder a los encargados de la empresa un interés personal que estimule su iniciativa, ni para que, en general, el manejo de la empresa pueda ser eficaz, pero hay que recordar, que el Estado no puede verse beneficiado patrimonialmente, porque entonces estaría incurriendo en una violación al artículo 28 constitucional por un lado, además de que el mismo tiene su origen en actividades que se deben circunscribir a "servir y proteger", y no beneficiarse en

detrimento de la sociedad.

La base que en un principio acepta nuestra legislación, es la del sistema liberal, obligado el Estado por el artículo 28 constitucional a intervenir para perseguir y castigar todo acto que tienda a coantrariar la libre concurrencia, se encuentra impedido por la misma razón para realizar cualquier actividad económica que pueda enfrentarse con la de los particulares y para desvirtuar la libre concurrencia que el propio precepto considera como bastante para armonizar los factores que intervienen en la lucha económica.

Pero este principio sufre algunas excepciones. Así, en primer término, el artículo 27 constitucional establece como facultades exclusivas de la Nación la explotación del petróleo, de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, y la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público, el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y el mismo artículo 28 constitucional establece con el carácter de monopolios oficiales, la acuñación de moneda, los servicios de correos, telégrafos, de radiotelegrafía, la comunicación vía satélite y la emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del gobierno federal, en estos casos existe una gestión directa del Estado en ejercicio de sus facultades exclusivas.

En segundo lugar, la legislación de nuestro país establece algunos, casos de paralelismo de la actividad oficial con la privada, siendo de citarse por su importancia los servicios de asistencia, de enseñanza, de la explotación de algunas riquezas naturales y de vías de comunicación.

Dentro de esta misma categoría de atribuciones se encuentran por una parte los servicios públicos administrativos, y por la otra las empresas de Estado. Los servicios públicos admitidos aún dentro de un sistema liberal, son los de defensa nacional, de policía, de comunicaciones, de prestaciones exigidas por la vía urbana, de puertos marítimos y aéreos, de irrigación, etc. Estos servicios se realizan en unos casos por gestión directa del Estado, en otros mediante concesiones y en un buen número por organismos descentralizados.

Para poder seguir el cabal orden del estudio del sistema administrativo, es prudente analizar la relación que guardan las funciones del Ejecutivo junto con las atribuciones que él mismo se otorga.

4.--LA FUNCION ADMINISTRATIVA.

Se ha dicho que en los regímenes constitucionales modernos no hay coincidencia entre la división de Poderes y la división de funciones; que en la legislación positiva, a cada Poder no corresponde una sola categoría de actos de naturaleza homogénea y que, por lo tanto, definir la función por el órgano que la realiza es igualar con un criterio externo actos que intrínsecamente se diferencian de un modo radical.

Lo anterior es una de las principales defensas del derecho administrativo; para invadir funciones, competencias y jurisdicciones; la razón de éste exceso de atribuciones, es evidente, ya que se dice que si simplemente el poder ejecutivo se dedicara a realizar su única atribución, la cual es la de ejecutar o hacer cumplir las leyes, estaría de cierto modo impedido para actuar en las cuestiones que le competen.

Además algunas doctrinas sostienen que no hay que "igualar con un criterio externo actos que intrínsecamente que se diferencian de un modo radical"; esta razón es equívoca e inclusive inoportuna, puesto que para empezar, el juicio anterior parte de que dichos actos intrínsecos se "diferencian de un modo radical"; de ser exacto esto, es obvio también, que hay que aplicar "criterios diferentes para actos diferentes"; con mayor razón cuando esta situación acarrea necesariamente el IMPUTAR funciones, atribuciones, poderes y facultades (que por cierto NO le corresponden) a un solo órgano de la administración pública federal, como lo es el poder ejecutivo.

Desde mi personal punto de vista, la situación anterior, es como crear un verdadero LEVIATHAN que puede pasar por sobre los poderes institucional y constitucionalmente creados, y lo que es peor aún, sobre las voluntades de los gobernados, luego entonces, mi juicio, en éste sentido; sería, para buscar una justicia más eficiente, el limitar al máximo las funciones del derecho administrativo y circunscribirlas únicamente hacia el ámbito ejecutivo; para nivelar la acción de los diferentes poderes, y en este aspecto, al final hacer una ESTRICTA división entre lo Legislativo, lo Ejecutivo y lo Judicial.

Berthelemy considera la función administrativa "como la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley"⁽¹¹⁵⁾, dicha consideración refuerza y afirma mi juicio anterior acerca de las facultades de la administración pública federal.

El principio dominante de nuestra organización constitucional es el de que los poderes públicos SOLO PUEDEN OBRAR EN VIRTUD DE FACULTADES EXPRESAS Y LIMITADAS, por lo tanto; resulta que toda actividad del Estado debe encontrarse autorizada por una disposición legal.

Sin embargo, cuando el poder público obra con facultades discretionales, cuando celebra contratos, y, en general, en todos aquellos casos en que la ley no impone una obligación, sino que se limita a autorizar determinadas actividades, no puede decirse propiamente que está ejecutando la ley, por más que esté obrando dentro de ella; el problema se vuelve más complejo porque materialmente, NO se puede afirmar que se está contraviniendo la ley, pero si se puede cuestionar la ineficacia y la insensatez de la misma y del sistema jurídico en que se funda el derecho administrativo.

Sostiene Vedel, que el término de ejecución de las leyes abarca una tarea más general que "es asegurar el mínimo de condiciones

(115) BERTHELEMY, "TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF", NOUVEAU ED. PARIS 1920 PÁGS. 1, 11 Y 17.

necesarias para la continuidad de la vida nacional, es decir, el mantenimiento del orden público y la marcha de los servicios públicos"⁽¹¹⁶⁾.

En efecto, el artículo 89 de la Constitución, que señala las facultades y obligaciones del Presidente de la República, ENUMERA EN PRIMER LUGAR, LA DE EJECUTAR LAS LEYES, PERO ADEMÁS CONSIGNA OTRAS FACULTADES CUYO EJERCICIO NO CONSTITUYE PROPIAMENTE EJECUCION DE LA LEY, A PESAR DE SER FUNCIONES ADMINISTRATIVAS tales como las de nombramiento y remoción de funcionarios y empleados civiles y militares (fracciones. II, III, IV, V, XVI, XVII, XVIII, y XIX); la de disposición de la fuerza armada y de la Guardia Nacional (fracción XIII), ÚNICAMENTE. Dicho artículo constitucional NO faculta al ejecutivo a expedir leyes ni formular procedimientos; ni establecer sanciones. Ni mucho menos para excusarse en cuanto a las "hipotéticas" irregularidades que su actuación llegare a engendrar, escudado en la creación de una rama del derecho denominada Derecho Administrativo creada (por cierto) por la sistematización jurídica; la cual, no es ni formal ni materialmente una fuente de Derecho propiamente dicha, la razón de mi anterior afirmación, es evidente porque DONDE LA LEY NO DISTINGUE; NO DEBEMOS DISTINGUIR.

Hauriou es otro de los autores franceses que define la función administrativa diciendo que "tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de LOS INTERESES GENERALES haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa"⁽¹¹⁷⁾.

En esta definición se encuentran los siguientes elementos: el fin de la función, los medios con que se realiza y LOS LÍMITES QUE LA CONSTRIÑEN, además, señalándose en la definición los intereses que se manejan, en la realidad Hauriou hace aparecer como un elemento de la función lo que es una atribución del Estado: la gestión de los asuntos corrientes del público; aunque sólo he tomado el elemento fin medio de defensa del derecho administrativo PARA CRITICAR las definiciones de que vengo hablando, creo prudente examinar aquí los demás elementos de la definición de Hauriou.

Otro de los que señala es el relativo a los medios que se emplean por la función administrativa para realizar el fin que constituye el primer elemento de la definición. Esos medios son la policía y los servicios públicos.

Creo que este nuevo elemento también puede ser la causa de confusiones porque la policía y los servicios públicos son medios que principalmente deben basarse en disposiciones de carácter legislativo, no administrativo, en éste sentido, por enésima vez repito, que debe establecerse una definición exacta, concreta, expresa y limitativa del Orden Público, para poder limitar los abusos que comete el Estado; la cuestión de esos límites más bien debe estudiarse en relación con las atribuciones y no con respecto

(116) APUD.- VEDEL GEORGES: "DROIT ADMINISTRATIF", PARIS 1976; OP CIT. ("DERECHO ADMINISTRATIVO"), PAG. 55.

(117) HURIOU MAURICE; "PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT PUBLIC", DECIMA ED. PARIS 1921, PAGES. 11 Y SIGUIENTES.

a las funciones del Estado.

En cuanto a que el artículo 90 constitucional establece la organización de la administración pública federal; de su interpretación literal se colige que no se encuentran fundamentadas ni establecidas las atribuciones ni las funciones del Estado en cuanto a dicha forma de administración; y se alude simplemente a la distribución de los negocios del orden administrativo de la federación únicamente.

Según Jellinek, "las funciones materiales resultan de la relación existente entre la actividad del Estado y los fines del Estado. En razón del fin jurídico del Estado, una parte de su actividad tiende al establecimiento y a la protección del derecho; esta parte de su actividad se separa de las otras funciones que tienen por fin afirmar la fuerza del Estado y favorecer la civilización...la administración realiza tareas concretas obedeciendo al impulso dado por las reglas jurídicas"⁽¹¹⁸⁾, este es uno de los criterios más extendidos entre los autores de los diversos países, adoptando en unos casos la modalidad de que el fin es la conservación del organismo del Estado o de que la función realiza FINES DE INTERES GENERAL.

4.1.-DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE LA FUNCION ADMINISTRATIVA, LA LEGISLATIVA, Y LA JURISDICCIONAL.

Desde luego, con la legislación se realiza la diferencia, ya que por virtud de ésta nunca se realizan actos materiales, ni se determinan situaciones jurídicas para casos individuales, la esencia del legislativo es, como se recordará, la creación de situaciones jurídicas generales, abstractas, impersonales.

De la función jurisdiccional se distingue la administrativa porque en ésta no se recurre a la idea del motivo y fin, como sucede con la primera. La función administrativa NO supone una situación preexistente de conflicto, ni interviene con el fin de resolver una controversia para dar estabilidad al orden jurídico.

La función administrativa es una actividad ininterrumpida que puede prevenir conflictos por medidas de policía; pero CUANDO EL CONFLICTO HA SURGIDO, SE ENTRA AL DOMINIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL, sin embargo, hay quienes afirman que si la función administrativa llega en algún caso a definir una situación en derecho, lo hace, no como finalidad, sino como medio para poder realizar otros actos administrativos; el único comentario al respecto, es en el sentido de que el motivo que tiene la administración pública para aglutinarse las funciones antes citadas; es exclusivamente con el fin de atribuirse poco a poco más facultades.

II.- DIFERENTES TIPOS DE ABUSOS QUE SE COMETEN EN NOMBRE DEL ORDEN PUBLICO.

Generalmente, la ley justifica determinadas conductas que el Estado comete en perjuicio de los particulares; sin importar los motivos

(118) JELLINEK G; "THEORIE GENERALE DE L'ETAT; SISTEMA DEL DIRT PUBLICI SUBJETIVI"; TOMO II PAG. 317.

intrínsecos que pueda tener la Administración Pública, o el carácter subjetivo de los agentes de "la autoridad". Estos abusos abarcan en ocasiones conductas nocivas que se cometen desde el presidente de la república hasta los llamados "funcionarios de hecho"; estos sujetos (todos ellos), excepcionalmente actúan bien-intencionadamente, y aún así causan perjuicios, sin embargo, en la mayoría de las veces, sus acciones son encaminadas a beneficiarse a costa de los individuos que no forman parte del espectáculo político.

En éste sentido, hay que distinguir entre los ultrajes que dichos sujetos cometen al margen de la ley; y los que se cometen dentro de la misma, por lo tanto hay que estudiar de una manera profunda, las fuentes legales que facultan a los agentes del gobierno y del Estado a cometer "justificadamente", todas las conductas indebidas con las que perjudican al individuo; en este inciso, se comprenden principalmente instituciones administrativas, tales como la facultad discrecional, los servicios públicos, y la expropiación, éstas tres consideradas como la fuente "jurídica" de lo que he tenido a bien llamar "los abusos que se cometen en nombre del orden público".

III.-LA FACULTAD DISCRECIONAL.

El principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no están previstos o autorizados por disposición general anterior tiene en la mayoría de los estados modernos un carácter casi absoluto; pues SALVO EL CASO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL, en ningún otro y por ningún otro motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental⁽¹¹⁹⁾.

Definición: "Hay poder discrecional para la Administración, cuando la ley o el reglamento, previendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en que momento debe obrar, como debe obrar y que contenido debe dar a su actuación"⁽¹²⁰⁾.

Partiendo de la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la ley, además de las causas o hechos así como el motivo del acto, pueden muy bien significar que la ley otorgue discreción para juzgar si existe circunstancia bastante que provoque la intervención de la autoridad y que obligue a ésta a realizar un acto determinado una vez que discrecionalmente se ha llegado a la conclusión de que el motivo existe, o bien por el contrario que siendo la ley la que fije los motivos se deje en libertad a la autoridad competente para determinar el contenido mismo de su actuación; los actos administrativos se clasifican en dos categorías: EL ACTO OBLIGATORIO, y EL ACTO DISCRECIONAL.

a).-ACTOS OBLIGATORIOS.

En esta clase de actos la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar sino también si ésta debe actuar y como debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad

(119) (CFR).- OP CIT; FRAGA GABINO ("DERECHO ADMINISTRATIVO"); PAG. 99

(120) IBIDEM, PAG. 100.

administrativa de modo de no dejar margen a diversidad de resoluciones según la apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias del caso, este tipo de actos es el que en la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de América se conoce con el nombre de actos ministeriales y constituye la base para determinar la procedencia del writ of mandamus.

En este sentido, el Derecho Administrativo puede resultar útil tanto para los fines del Estado como también para los de los particulares; ya que dentro del régimen jurídico de los mismos, se sigue el bondadoso y lógico principio de que para las autoridades y para los agentes del gobierno o del Estado, LO QUE NO ESTA EXPRESAMENTE PERMITIDO, ESTA PROHIBIDO, la experiencia jurídica y la historia de la misma en nuestro país, nos ha enseñado que así debe de ser, ya que las facultades que pudieren llegar a tener estos sujetos deben estar enumeradas en la ley correspondiente, o en su defecto en los reglamentos (o en último de los casos en las circulares que se les expiden); ya que la obligación pública que tienen por motivo de su cargo les constribe a conducirse con rectitud y dentro de sus atribuciones exclusivamente. (bueno, al menos eso se pretende).

b).-ACTOS DISCRETIONALES.

Tienen lugar cuando la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en que momento debe obrar o como debe obrar o en fin que contenido va a dar a su actuación, aunque desde mi personal punto de vista, ese poder libre de apreciación debería circunscribirse únicamente hacia la abstención para actuar; cuestión que sería menos perjudicial para el resto de la población en su esfera particular.

Este tipo de actos administrativos, resultan bastante nocivos y terriblemente perjudiciales para los particulares, y en última instancia (y por vía de excepción para el Estado); ya que dejar a la administración "un poder de libre apreciación", es equiparable a darle ese mismo poder a un ser que muchas ocasiones puede resultar irracional; ya que las autoridades que se encuentran investidas de "éste libre poder de apreciación", en su gran mayoría, (y me refiero a 9 de cada 10), no tiene la suficiente preparación ni mucho menos el criterio para poder decidir como actuar de una manera debida sin afectar los derechos de terceros; vgr.- ¿Cuántas veces, la secretaria de hacienda y crédito público no ha cambiado sus normas de recaudación fiscal si previo aviso a los particulares sin explicar la manera correcta de asentar los datos correspondientes en las mismas con la consecuencia de que luego el particular debe pagar multas y recargos que no le son imputables?, o en el peor de los casos, el mismo particular sale siendo la víctima de la "inquisición fiscal" por alguna supuesta falsa declaración de impuestos por motivo del descontrol institucionalmente creado por dicha secretaria; éste tipo de irregularidades, se dá a todos los niveles, vgr.- ¿Cuántas veces, la policía no cierra arbitrariamente 2 de 3 carriles en las arterias de mayor afluencia para que los barrenderos limpien las banquetas a las horas pico?. ¿Cuántas veces el departamento del Distrito Federal no se autoriza manifestaciones de cualquier número de gentes que realmente ni siquiera tienen una causa fundamentada

para crear el caos en la ciudad?. ¿Hay realmente discreción en cuánto al funcionamiento de la facultad discrecional?.

Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino PERMISIVOS O FACULTATIVOS se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional, igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público.

Lo peor del caso, es que como se señala en el párrafo precedente, el carácter subjetivo de la "autoridad", le enviste de un poder absolutamente arbitrario y desproporcionado que inevitablemente redundará en el perjuicio de los derechos de las personas privadas; Ahora, el error más escandaloso estriba en que, el ir del menor mal al mayor; crea un conflicto insuperable tanto para el derecho como para la filosofía, dado que el prohibir cualquier causa o conducta o acto por "necesidad", "equidad", "razonabilidad", o "suficiencia", y que esto quede al libre arbitrio de un cuasilltrado puede perjudicar intereses más legítimos y más convenientes para un individuo e inclusive para la sociedad.

Por otro lado, si éste criterio o carácter subjetivo se limita solamente a las exigencias del interés u orden público, la ley y el sistema están creando un verdadero LEVIATHAN, porque sucedería que cualquier motivo sería bueno para imponer alguna restricción en nombre el interés u orden público hacia todos los gobernados.

IV.-LOS SERVICIOS PUBLICOS.

Se ha considerado que el Estado, aún en los actos que realiza en gestión de su patrimonio, nunca llega a colocarse ni actuar en las mismas condiciones que los particulares, puesto que siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y GOZANDO DE PRIVILEGIOS DE QUE NO DISFRUTAN LOS PARTICULARES.

Tratado de sustituir el criterio de soberanía y poder público, un sector importante pero limitado de la doctrina francesa vino a colocar la noción de "servicio público", como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo.

Duguit al adoptar el criterio del servicio público lo hace porque como él mismo lo indica, con ello expresa su idea fundamental de negar los supuestos derechos de soberanía y de poder público y de afirmar que lo único que existe en el Estado son individuos gobernantes con deberes de servir la causa de la solidaridad social, para él el servicio público se define como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental"⁽¹²¹⁾.

Examinando las definiciones anteriores se puede comprobar que ni

(121) DUGUIT LEON; "TRATE DE DROIT CONSTITUTIONNEL", PARIS, 1921, PAG. 61.

aún entre los brillantes sostenedores de la teoría existe un mismo concepto del servicio público, pues mientras para Duguit es la actividad ejercitada por el Estado, para Jeze la característica se encuentra en el régimen jurídico aplicable a esa actividad y para Bonnard, en el medio, o sea la organización que realiza esa actividad.

En mi concepto, como lo afirmaré más adelante, existen servicios públicos a cargo del Estado, pero no creo que toda la actividad de éste pueda llamarse servicio público, también, como indica que existen servicios públicos manejados por particulares ya que tradicionalmente se ha considerado que el Estado no tiene el monopolio de la satisfacción de las necesidades colectivas.

La idea de servicio público está en la base de todas las reglas del régimen jurídico que se llama régimen del dominio público y del de los dineros o fondos públicos cuando se habla de un trabajo sobre un inmueble para un servicio público rigen reglas especiales, entre las que se encuentran las relativas a la expropiación y ocupación temporal de propiedades particulares; que los actos jurídicos relativos a los servicios públicos son actos jurídicos de derecho público, actos administrativos; que la responsabilidad del patrimonio y de los agentes de un servicio público está sujeta también a reglas especiales; que solamente los contratos que interesan al funcionamiento mismo de los servicios públicos son contratos administrativos sujetos a un régimen especial, y finalmente, que TODAS LAS REGLAS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE UN SERVICIO PUBLICO SON MODIFICABLES EN CUALQUIER MOMENTO POR LAS LEYES Y REGLAMENTOS, DE ACUERDO CON LAS NECESIDADES DEL INTERES GENERAL, como se dice que es el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional.

Lo anterior, no es sino la más exacta descripción de lo que es el derecho para el Estado y el más claro ejemplo de la arbitrariedad y tiranía del derecho administrativo.

Dentro de esta concepción, la situación de los agentes públicos, la de los bienes nacionales, el régimen de los impuestos, de la expropiación, de los contratos administrativos y el de los actos jurídicos administrativos se regula por normas especiales de derecho público, en cuanto se trata de situaciones y de actos que se encuentran íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado.

V.-LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA.

El dominio del Estado se integra en primer término por aquellos, bienes que adquiridos originalmente por el soberano por medio de la conquista, no llegaron a salir de su patrimonio en virtud de haber sido declarados inalienables; en segundo lugar, por aquellos bienes que el Estado va adquiriendo como consecuencia de sus transacciones con los particulares, y en tercer lugar, por los que el propio Estado adquiere por virtud de aplicación de determinadas leyes, como las de nacionalización y de bienes vacantes; en un principio, en el primer capítulo de ésta tesis, ya cuestioné muy seriamente si los bienes o mejor dicho el territorio nacional perteneció y pertenece legítimamente al Estado invocando la causahabencia que

supuestamente operó entre la corona española y la Nación mexicana, llegando a la conclusión de que dicha causahabiente no fué más que un pretexto para cambiar al tirano poseedor de la propiedad; y por lo tanto, aún invocando cualquier "circunstancia justificante", en principio, la propiedad es estrictamente de quien la detenta como tal, o sea las personas privadas. Por otro lado, es evidente que el Estado no es más que un ente que trata por todos los medios de adquirir propiedades a cualquier título, ya que trata de hacerlo "por la buena" ejecutando transacciones con los particulares las cuales son en todo momento ventajosas hacia el gobierno; pero el peor de los casos, se dá cuando el estado abusa de su "poder soberano", para nacionalizar o en su caso expropiar los bienes de los individuos.

La institución que para el efecto consagran las leyes es la de la expropiación por causa de utilidad pública.

La expropiación viene a ser, como su nombre lo indica, un medio por el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública y mediante la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad. En éste párrafo en particular, es conveniente señalar exclusivamente (sin siquiera valorar o no si en verdad existe la causa de utilidad pública y si ésta es realmente conveniente y si es fundamentada o no), que carácter tiene la citada "compensación"; ya que cuando ésta se dá, es porque el particular ya fué privado de su propiedad, posesión, dominio o derecho los cuales si bien para la ley mexicana no tienen un carácter de absolutos, por lo menos para el individuo y sus intereses si lo tienen; bueno, la supuesta "compensación", TODAS las veces; es desproporcionada ya que no representa ni siquiera el mínimo valor comercial, (quitando los daños y perjuicios que se causan); y si, en cambio, el valor que se toma en cuenta es el catastral y éste es básicamente significativo, ya que dependiendo de la base gravable proporcionalmente se paga el impuesto; y como es de todos sabido, a nadie le conviene pagar impuestos elevados; por lo tanto, cuando opera la citada "compensación" inevitablemente se deja en la ruina al individuo víctima de la ambición vandálica del Estado.

Aunque la expropiación como el impuesto constituyen un acto de SOBERANIA para cuya ejecución no se requiere el consentimiento del afectado; sin embargo existen entre la primera y el segundo diferencias sustanciales, pues mientras que en el impuesto, según se indica, es la riqueza con la que se contribuye a los gastos públicos. En la expropiación si existe una compensación de la propiedad de que se priva al particular, en la cual la mayoría de las veces puede operar la lesión civil, es que la expropiación no constituye, como el impuesto, una carga que se distribuya proporcional y equitativamente entre los individuos.

Bueno, para comenzar el comentario a éste último párrafo; es pertinente señalar que la soberanía es una figura abstracta que se refleja indebidamente en la realidad; ya he dejado claro, en el capítulo que antecede, que la única manera factible y razonable para aplicar e inclusive interpretar dicha figura es en cuanto a la soberanía externa, ya que de lo contrario, cuando ésta adquiere un carácter interno es absolutamente nociva y perjudicial y más aún,

es arbitraria y atenta constantemente contra los derechos de los ciudadanos o personas individuales; por lo tanto, el acto de soberanía que origina tanto la expropiación, como los impuestos, estaviciado de la más brutal tiranía y totalitarismo ya que deja sin valor alguno la voluntad del ser humano que es gobernado, y si me remito un poco más atrás, hacia la libertad del individuo, se llega a la conclusión de que la persona es libre inherentemente por su carácter autónomo y por su esencia, y ésta misma radica ineluctablemente en su voluntad, en el no ser un instrumento o un medio para fines ajenos; en éste orden de ideas, no existe un solo ser humano (que se precie de serlo), que está de acuerdo con que se le imponga una voluntad superior, venga o no de la colectividad, de la masa hipostasiada, ni mucho menos de "la Nación".

Ahora, en cuanto a la distribución de los impuestos, y dejando un momento por aparte si es justo, o conveniente la contribución relativa al patrimonio particular; hay que analizar si realmente la obligación contributiva redundaba en un beneficio para la colectividad (que es el carácter y el fundamento de los multitudes impuestos); o bien, si por otro lado, redundan en un beneficio exclusivo para el Estado y sus agentes. Para no entrar en discusiones bizantinas, sobre los beneficiados por la distribución de impuestos, solamente me pregunto, y también pregunto a los lectores de éste trabajo: ¿Nos conviene pagar impuestos para que toda la ciudad está llena de baches y si bien nos va de topes?; ¿Nos conviene pagar impuestos para que todas las banquetas estén pintadas de amarillo, siendo que en ningún otro país civilizado en el mundo existen ni topes, ni banquetas pintadas; por ejemplo?.

En esas condiciones el principio de igualdad de los particulares ante las cargas públicas se contrariaría si el expropiado fuera el único que tuviera que contribuir con su propiedad para un objeto que beneficia a toda la colectividad.

La expropiación por causa de utilidad pública se distingue también de las modalidades que el Estado puede imponer a la propiedad privada por razones de interés público según el artículo 27, párrafo III, de la Constitución Federal.

Esas modalidades en efecto, constituyen restricciones impuestas al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, de tal manera que, a primera vista, parece que el Estado, al establecerlas, está privando al propietario de una parte de su derecho, lo cual podría considerarse como un caso peligrosamente latente de expropiación, ésta constituye una medida de carácter individual y concreto que concentra sus efectos sobre un bien especial.

Por otra parte, mientras que con la expropiación se priva a un particular de sus bienes "en tanto que esto es necesario al Estado", las modalidades sólo afectan el régimen jurídico de la propiedad imponiendo una acción o una abstención, en tanto que el ejercicio absoluto de aquella puede causar un perjuicio a algún interés social cuya salvaguarda está encomendada al Estado. En este aspecto, se vuelve al problema original del amplio consenso acerca de que la salvaguarda de los intereses sociales está encomendada al Estado; ya que como he asentado anteriormente también, a los gobernados nunca se les ha preguntado si están de

acuerdo en que el Estado salvaguarde intereses que ni siquiera son suyos; ahora, si es cierto que la multitud salvaguarda está encomendada al Estado, éste debe tener otros medios para poder cumplir su fin, sin necesidad de tener que afectar necesariamente a uno o a todos. por ejemplo, cuando por medio de los subsidios, se intenta favorecer a cierta clase económica de consumidores o de productores; y de repente, estos son cancelados o en el mejor de los casos son disminuidos dejando la carga a quiénes se velan beneficiados de un modo u otro. ¿No está el Estado actuando en contra de los intereses sociales cuya salvaguarda tiene "encomendada"? O cuando el Estado por medio de sus negociaciones solicita empréstitos al extranjero y esto origina las devaluaciones, y perjudica a todos los mexicanos, ¿No está el Estado actuando en contra de los intereses sociales cuya salvaguarda tiene encomendada?.

La Suprema Corte de Justicia ha intentado hacer en los términos siguientes, la diferenciación entre el concepto de modalidad y el de expropiación: "Por modalidad a la propiedad privada debe entenderse, ha dicho, el establecimiento de una forma jurídica de carácter general y permanente que modifique la figura jurídica de la propiedad, la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación. Los efectos de las modalidades que se impriman a la propiedad privada consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de tal manera que éste no sigue gozando, en virtud de la limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho...la finalidad que se persigue al imponerse modalidades a la propiedad privada dentro de un sistema que haga prevalecer el interés público sobre el interés privado, hasta el grado en que la Nación lo estime conveniente...por lo que toca a los efectos jurídicos de la expropiación, debe decirse que no supone una extinción de los derechos del propietario, sino una sustitución del dominio o el uso, por el goce de la indemnización correspondiente...Ahora bien, precisados los conceptos de modalidad de la propiedad privada y de la expropiación, son fácilmente perceptibles las diferencias que las separan. La primera supone una restricción al derecho de propiedad de carácter general y permanente; la segunda implica la transmisión de los derechos sobre un bien concreto mediante la intervención del Estado, del expropiado, a la entidad, corporación o sujetos beneficiados. La modalidad se traduce en una extinción parcial de los derechos del propietario; la expropiación importa la sustitución del derecho al dominio o uso de la cosa por el goce de la indemnización. En aquella, la supresión de facultades parciales del propietario se verifica sin contraprestación alguna; en ésta se compensan los perjuicios ocasionados, mediante el pago del valor de los derechos lesionados ..."(122).

Con anterioridad a la vigencia de las disposiciones constitucionales transcritas, estuvo en vigor el artículo 27 de la constitución de 1857, así concebido: "La propiedad de las personas no puede ocuparse SIN su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y PREVIA indemnización"(123). En éste aspecto, la

(122) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACION; COMPILACION 17 - 88, TOMO I, PAG. 2568, SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

(123) CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1857.

Constitución de 1857, que por cierto fué ultrajada por un movimiento irracional y armado como ya lo establecí anteriormente en el capítulo primero; muy sabiamente establecía el carácter PREVIO de la indemnización que se debe pagar al afectado por el Estado. Es inadmisibles que en la actualidad haya operado un retroceso en cuanto al respecto de la propiedad del particular, ya que la legislación vigente NO PREVEE LA ANTERIORIDAD en cuanto al pago de la "compensación" al afectado, sino por el contrario; prevee el pago pero no establece un término en caso de controversia, así puede ser que si el titular del bien expropiado llegase a morir, personalmente nunca vería su pago; y moriría ultrajado en su patrimonio y hasta cierto punto en su honor, lo más terrible, es que tanto la Constitución, como la ley de expropiación pretenden al establecer: "La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta debe verificarse"; yo solamente añado: "solo faltaba que no".

Bajo el régimen de la Constitución de 1917, también se han expedido, aparte de leyes de expropiación en materias especiales (tierras, aguas, minas, petróleo, vías de comunicación, zonificación y planificación, etc.), algunas disposiciones de carácter general.

Así, en el Vigente Código Civil Federal, se consignan los siguientes preceptos:

Artículo 832.-"Se declara de utilidad pública la adquisición que haga el Gobierno de terrenos apropiados, a fin de venderlos para la constitución del patrimonio de la familia o para que se construyan casas-habitación que se alquilen a las familias pobres, mediante el pago de una renta módica".

De éste artículo, se desprenden varias situaciones que son aberrantes; en primer lugar, la interrogante es la siguiente: ¿Cómo puede ser posible que exista una utilidad pública que beneficie al Gobierno?; ya que en el dado caso de que realmente opere una causa de utilidad pública sobre algunos terrenos para ser habitados por familias pobres, ¿Como es posible que el gobierno primero expropie y después RENTE o VENDA?; y dado el caso de rentar, ¿Quién es el propietario?, ¿A qué precio?; ¿Quién se beneficia: las familias pobres directamente, o el gobierno indirectamente con su RENTA o VENTA de los terrenos a las familias pobres?; y en último de los casos, ¿Cuál es el patrimonio más afectado y cuál es el menos afectado: el del propietario expropiado?, ¿El de las familias pobres?, ¿El del gobierno?; ¿Quién hace realmente el negocio?.

"Artículo 833. El Gobierno Federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y característica manifestaciones de nuestra cultura nacional, de acuerdo con la ley especial correspondiente".

"Artículo 836. La autoridad puede, mediante indemnización, ocupar la propiedad particular deteriorarla y aún destruirla, si esto es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente una población o para ejecutar obras de evidente beneficio colectivo".

Aquí, hay un claro ejemplo de la insensatez y del evidente resago jurídico en el que vivimos; dado que si el Código Civil pretende reglamentar una cuestión tan trascendente como lo es la propiedad particular, en principio debería de protegerla, o si no, de menos debería remitir a la ley especial en materia de expropiación; o en su caso transcribir las disposiciones correspondientes SIN QUE SE AFECTE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONCURRENTE. Por otro lado la vaguedad con la que se emplea el término "mediante indemnización", es absurda y a la vez alarmante, ya que la palabra "mediante" no esclarece si la indemnización es anterior al acto, en el momento del mismo o bien posterior a él. Pero la intolerancia del citado artículo, no termina ahí, ya que NO hace alusión a lo que es una "calamidad pública"; y la determinación de ésta causa queda abierta a la "aptitud" y al arbitrio de nuestras siempre "diligentes y serviciales" autoridades, entonces se puede dar hipotéticamente un daño irreversible para el particular que caiga en la desgracia de éste supuesto; ya que la calamidad muy bien puede estribar en el simple hecho del rompimiento de una tubería con la consecuente inundación de alguna calle, y aparte, -es momento de decirlo-; con la redacción de éste artículo, ni siquiera se cuestionaría a quien es imputable el daño causado a la población; ya que muy bien puede ser que el culpable sea el Estado o el gobierno. Por otro lado, el "evidente beneficio colectivo"; redundante en una necesidad, ya que no puede haber un beneficio atribuible a la masa hipostasiada de seres humanos individuales, y con intereses particulares diferentes y en ocasiones hasta contrarios entre ellos.

En la fracción sexta del párrafo noveno del artículo 27 Constitucional; se indica que las leyes de la federación y de los estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. En éste párrafo, se insulta el intelecto de quienes por desgracia estamos regidos por la Constitución de 1917, ya que en primer lugar, los casos de utilidad pública, como ya lo dejé debidamente asentado en el capítulo que precede; NO HAN SIDO DETERMINADAS POR EL PODER LEGISLATIVO; sino que constan en una ley que se denomina "Ley de Expropiación", y ésta, a su vez fué expedida por el ejecutivo (vía decreto). Ahora, aunque tal aberración existe de hecho en el mundo real, es pertinente preguntarnos que pasaría en el determinado caso de que alguna legislatura de cualquier estado, determinase que no hay casos de utilidad pública que justifiquen la ocupación de la propiedad privada?. Legalmente, tanto el ejecutivo, como la Nación no tendrían ni jurisdicción ni competencia para imponerle su ilimitado imperio y se verían obligados a aceptar un oasis de libertad y de justicia en la arbitraria y totalitaria república mexicana.

La Ley de Expropiación siguiendo el segundo de los criterios expuestos, previene que el Ejecutivo hará la declaratoria de expropiación (artículo tercero) y oportunamente procederá, sin la intervención de otra autoridad, a la ocupación del bien afectado (artículos séptimo y octavo), la Constitución establece que la expropiación sólo procede por causa de utilidad pública. Es, pues, indispensable examinar, en segundo lugar, que es lo que debe entenderse por dicha causa, como ya quedó establecido en el

capítulo que precede a éste.

Ya en un principio indiqué que, de acuerdo con nuestro sistema legal, en unos casos la misma Constitución señala las causas que considera como de utilidad pública para basar en ellas la expropiación; pero la regla general es, según también ya indiqué, que las legislaturas son las competentes para fijar en las leyes secundarias los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada.

Se comprende desde luego que con motivo del señalamiento de esos casos, surgen problemas diferentes; uno de caracteres exclusivamente legal que consiste en determinar si la legislatura es soberana para señalar las causas de utilidad pública y otro, de caracteres netamente técnico que estriba en definir el criterio con el cual se debe reconocer que una causa es o no de utilidad pública.

Sobre el primer problema la jurisprudencia no ha llegado a definirse pudiendo citarse ejecutorias en sentido diferente y hasta perfectamente contrarias. En algunas de ellas se ha sostenido que es absurdo "suponer que la Constitución diera al Legislativo de la Federación o de los Estados, en su caso, la facultad de proceder en materia tan trascendental, en términos absolutos o discrecionalmente, siéndoles permitido obrar de un modo arbitrario o caprichoso hasta el grado de ir contra la naturaleza misma de las cosas....de aceptar que la Federación y los Estados son los que con autoridad infalible han de definir lo que ha de entenderse por causa de utilidad pública, saldría sobrando, porque equivaldría a borrarlo, el precepto terminante del párrafo segundo del artículo veintisiete, que, como una preciosa garantía, exige la existencia de esa causa para que proceda toda expropiación", y concluye diciendo: "es inconstitucional la expropiación declarada, sin que medie realmente la causa de utilidad pública, y los tribunales de la Justicia Federal están capacitados para resolver sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de las leyes....que determinen los casos en que sea de utilidad pública la expropiación de la propiedad privada...."(124).

En sentencia posterior, la misma Suprema Corte ha sostenido que el artículo veintisiete constitucional "ha querido conceder ha concedido a los Poderes Legislativos de los Estados, cuando se trata de bienes ubicados en su jurisdicción, una facultad soberana que ninguna otra autoridad puede invadir, no siendo susceptible, por consecuencia, de ser tratada en el juicio de garantías. De otro modo la Suprema Corte de Justicia se verla precisada a calificar cuando existe esa utilidad pública para negar la protección federal, cuando no existe, para concederla, sustituyéndose así las autoridades a quienes está encomendada esa calificación, atentos los términos del artículo veintisiete constitucional antes citado"(125).

Para dar una correcta solución a la cuestión planteada creo que es necesario definir previamente si es posible construir técnicamente

(124) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACIÓN; COMPILACION 17 - 88; TOMO IV, PAG. 918. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

(125) IBIDEN, TOMO XVIII; PAG. 1266 Y TOMO XLIV, PAG. 3237.

un criterio sobre lo que debe entenderse en abstracto por causa de utilidad pública, o si, por el contrario, hay que resignarse a que casuísticamente y de acuerdo con el criterio cambiante de los legisladores, vayan éstos estableciendo discrecionalmente casos en los que se considere que exista esa utilidad pública.

En realidad parece que en nuestro país los Tribunales siempre se han inclinado en el sentido de considerar que si es posible fijar abstractamente un criterio unitario de la causa de utilidad pública, y así la Suprema Corte de Justicia en una época estuvo considerando como esenciales para la existencia de la citada causa estos dos elementos:

"a) Que sea impuesta por una necesidad pública y que, por consecuencia, la expropiación que con fundamento en ella se haga, redunde en provecho común en beneficio de la colectividad y,

b) Que la cosa expropiada pase a ser del goce y de la propiedad del Municipio, Estado o Nación, y no de simples individuos"⁽¹²⁶⁾.

Esta actitud de avaricia y vorágine, por parte de la Nación (instrumentada por el gobierno); es el fundamento más fuerte que existe para proscribir de una buena vez el estado precario de propiedad en el que vivimos en este país, dado que la administración pública comprendiendo por ella al poder ejecutivo, al poder Legislativo y al poder Judicial, parecen no comprender (en pleno siglo XX), que el Municipio, el Estado y la Nación, están conformados por "simples individuos" que juntos conforman la sociedad que al final es a quien deben servir, no despojar; y que al final, todos y cada uno de esos individuos, son la razón de ser del Estado, de las instituciones y de los órganos creados para SU SERVICIO, PROTECCION Y AYUDA; en fin, la administración pública, y repito sus instituciones no son sino UN MERO INSTRUMENTO al servicio del ser humano gobernado, quien lejos de verse beneficiado, siempre debido a esta actitud viciosa, siempre se ve afectado por el Estado. No hay razón válida para que la propiedad que en alguna ocasión fué de algún particular, pase a ser de la Nación, del Estado o del Municipio; sin su consentimiento, si de alguna manera, la instrucción de la expropiación fué creada para "restituir a los desposeídos" quiénes a fin de cuentas, también son individuos y personas particulares.

Es fácil apreciar de lo anterior que, aunque uno de los elementos es bien definido, el del adquirente del bien expropiado, el otro o sea la determinación de lo que es necesidad pública y redunde en beneficio de la colectividad, desplaza el problema hacia el de precisar si existe un caso de necesidad pública que imponga ineludiblemente la expropiación. En este aspecto, es claro, como también ya lo establecí debidamente en capítulo anterior, que la necesidad pública, sea realmente tal; y no una necesidad demagógica, como en el caso de las fracciones comentadas en cuanto a los casos de utilidad pública de la ley de expropiación; ahora, el carácter ineludible de la expropiación es sumamente cuestionable, ya que si el Estado, es realmente la institución que salvaguarda el bien común, y los intereses de la sociedad (como

(126) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACION; COMPILACION 17 - 88; TOMO II, PAG. 440 Y TOMO IV, PAG. 918. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

vanamente se precia de serlo), debe buscar soluciones paralelas que no redunden en un beneficio inmediato y perjuicio irreversible y posterior al gobernado o a la sociedad en su conjunto, como pudiera darse en el caso de la "ineludible expropiación".

Resoluciones posteriores de la Suprema Corte de Justicia han venido, sin embargo, a cambiar el criterio sobre la causa de utilidad pública. En efecto, en la sentencia citada con anterioridad, de a de diciembre de 1936, siguiendo las ideas expuestas en la exposición de motivos de la ley vigente, y refiriéndose a la jurisprudencia de que acabo de hablar, indica que ella "ha sido contrariada en múltiples resoluciones, abandonándose un concepto insostenible dentro de una correcta interpretación del estatuto constitucional que rige la materia", "Ultimamente, sigue diciendo, se han precisado las ideas a este respecto, adoptándose la tesis de que la utilidad pública, en sentido genérico, abarca tres causas específicas: la utilidad pública en sentido estricto, o sea, cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio público; la utilidad social que se caracteriza por la necesidad de satisfacer de una manera inmediata y directa a una clase social determinada y mediante ella a toda la colectividad, y la utilidad nacional, que exige se satisfaga la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o como entidad internacional..."(127).

Considera como utilidad social, después de indicarse en la propia ejecutoria que "no puede marcarse una línea que separe radicalmente lo que debe entenderse por interés público, por interés social y por interés nacional, ya que las palabras "utilidad pública", encierran un concepto que no tiene como contrario más que el de "utilidad privada", concluye que "lo que la Constitución prohíbe es que se hagan expropiaciones por utilidad privada, pero de ninguna manera por causas de interés social o nacional", pues en última instancia todo interés social es un interés nacional y todo interés nacional es un interés público"(128).

Es realmente una vergüenza, que en la Suprema Corte de Justicia de la Nación se haya tomado una resolución tan a la ligera sobre una cuestión tan importante y que pudiere resultar tan espinosa como la anterior, puesto que para empezar, la Utilidad Privada en primer término no se define acertadamente en ninguna ley puesto que su carácter es total pura y absolutamente subjetivo; esto quiere decir, que la esencia de lo privado, se encuentra en lo exclusivo en favor de su dueño; por lo tanto, no es ni del interés ni de la competencia de las instituciones públicas el determinar las cuestiones privadas de quien ni siquiera se ha sometido a su jurisdicción, mucho menos de quiénes (entendiendo por ellos a la sociedad) tampoco lo han hecho. En segundo término, la insensatez e ingnorancia de quien haya emitido esta ejecutoria es patente y digna del reproche más enérgico a que haya lugar; puesto que de ninguna manera, todo interés social es un interés nacional, y muchísimo menos todo interés nacional es un interés público; puesto que como he tenido a bien hacerlo notar, en el capítulo anterior después de una investigación exhaustiva por cierto, todos esos

(127) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACION, COMPILACION 17 - 88, TOMO I, PAG. 2568; SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

(128) IDEM.

términos de línea totalitaria tienen sutilidades que a la luz de la doctrina NACIONAL E INTERNACIONAL, las distinguen unas de otras.

VI.-LA INCONVERTIBLE NECESIDAD DE LA APLICACION LIMITADA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

En atención a los razonamientos que se han expuesto de manera general a lo largo de éste trabajo; es menester el hacer necesariamente un estudio rápido de la única manera de defensa legal que existe contra los abusos del Estado en detrimento del individuo. Por consiguiente, la única manera legal y de impugnación realmente eficaz en contra de los "medios legales" que tiene el Estado para imponer su "voluntad soberana"; es el Juicio de Amparo o Juicio de Constitucionalidad propiamente como tal, pero desgraciadamente hay que hacer énfasis precisamente en determinadas excepciones que existen en el mismo en cuanto a la tutela y a la defensa de las garantías individuales que pretenden ser protegidas.

En éste sentido, se pueden nombrar las siguientes situaciones que configuran las excepciones aludidas: La Improcedencia Constitucional de la Acción de Amparo y la Improcedencia Legal de la Acción de Amparo; éstas últimas las desarrollaré en éste inciso en función exclusiva de su injerencia en el ámbito del derecho administrativo.

1.- REGLA GENERAL.

El objeto de la acción de amparo en cada caso concreto se ostenta en la pretensión de su titular, esto es, del gobernado, agraviado o quejoso, consistente en que se le imparta la protección jurisdiccional por los órganos judiciales de control contra cualquier ACTO DE AUTORIDAD lato sensu que sea inconstitucional y específicamente que viole las garantías individuales.

Tal objeto se deduce, sin duda alguna, de la procedencia constitucional del amparo instituida en el artículo 103 de la Ley Fundamental y se manifiesta en la invalidación del acto, de sus efectos y consecuencias y en el restablecimiento, en favor del agraviado o quejoso, de la situación particular afectada al estado en que se encontraba inmediatamente antes del mismo; en consecuencia, sería absurdo, que el juicio de amparo no tuviese por finalidad la invalidación del acto de autoridad que se reclama en caso de que sea, inconstitucional, sino la convalidación del mismo en el supuesto contrario, por lo tanto, el proceso de amparo no se entabla para que se declare que dicho acto no se opone a la Constitución, sino para que jurisdiccionalmente se le considere violatorio de la misma, propósito que no es sino la pretensión del quejoso .

2.-IMPROCEDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO.

Los casos o situaciones abstractas previstos en la Constitución y en relación con los cuales la acción o el juicio de amparo son improcedentes, configuran algunas salvedades o excepciones a su procedencia Constitucional que se instituye en el artículo 103 de la Ley Suprema. Los mencionados casos o situaciones en que la acción o el juicio de amparo son constitucionalmente improcedentes,

son [entre otras que no importan directamente al desarrollo de ésta tesis]; (a manera de antecedente, ya que fué derogada en la reforma más reciente al artículo 27 Constitucional la fracción XIV, párrafo primero):

"contra resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o aguas dictadas en favor de los pueblos, cuando afecten predios que excedan de la extensión de la pequeña propiedad agrícola o ganadera".

Dicha improcedencia constitucional atentaba contra cualquier ideal de justicia y de equidad, ya que ésta disposición en particular le daba a la propiedad privada el carácter de precaria además de hacerla potencialmente inexistente a los ojos de la ley; puesto que el juicio de garantías es el único medio de defensa del individuo, y desgraciadamente en este caso era "improcedente por ministerio de ley"; hay que hacer notar que la reforma no ha operado de manera absoluta, puesto que hay otras situaciones de excepción dentro del artículo 27 Constitucional, a las cuales ya he aludido con anterioridad; de cualquier manera, es en este rubro donde se vuelve viable la teoría de la aplicación limitada de las reglas de orden Público (comprendidas de manera general); ya que cuando se llega el momento de impugnar cualquier acto mediante el juicio de amparo, es porque la violación a la constitucionalidad ya tuvo lugar en el tiempo y en el espacio tratándose de la materia que sea, lo grave de esto, es que cuando la propiedad privada o la libertad se encuentran involucradas en alguno de los abusos del poder del Estado, y por ende se ven afectadas, la situación cobra una peligrosidad terrible debido a que la situación puede potencialmente ser afectada de un modo irreparable y de hecho estamos hablando de los dos derechos más sagrados para la humanidad. El sistema de acción limitada del Derecho Administrativo en su conjunto, o por lo menos de los actos administrativos a que he aludido, en principio terminaría con la comisión de cualquiera de estas atrocidades "en nombre de la Nación y en defensa de la Constitución".

3.-LA IMPROCEDENCIA LEGAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO.

3.1.- Según el Artículo 73 de la Ley de Amparo, el sistema de señalamiento de la improcedencia legal de la acción de amparo, es limitativo, o sea que únicamente los casos y circunstancias consignados por tal precepto pueden constituir el motivo generador de la improcedencia, por que, por exclusión, fuera de las hipótesis legalmente enumeradas, no debe aducirse ninguna otra causa al respecto. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte, al afirmar que: "La Corte ha estimado que no existen más causas de improcedencia en el amparo, que las expresamente señaladas en la Ley".

Ahora bien, es realmente limitativo el sistema implantado por la Ley de Amparo por lo que se refiere a la fijación de las causas de improcedencia, o, por lo contrario, establece la posibilidad de que se reputen como tales otras circunstancias distintas de las expresamente mencionadas en el artículo 73?.

Al respecto, la fracción XVIII establece:

"En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Ley".

Esta disposición parece implicar que cualquier ordenamiento, independientemente de la categoría y naturaleza que sea, puede consagrar la improcedencia del juicio de amparo, bastando una mera declaración sobre el particular.

Yo estimo que, siendo el señalamiento de las causas de improcedencia de estricta legalidad, tal como lo ha asentado la jurisprudencia de la Suprema Corte, la disposición contenida en la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, interpretada literalmente, vendría a hacer nugatorio el sistema respectivo, puesto que dejaría la puerta abierta a toda actividad legislativa para declarar en cualquier ordenamiento normativo la improcedencia de la acción de amparo, sin limitación o condición alguna. Esta fracción representa la artimaña más usual de todas las que se vale el Estado para imponer su "imperio" al precio que sea; ya que basta que por medio de sus órganos emita cualquier ordenamiento de improcedencia para poder restringir al gobernado el goce de sus Garantías Individuales.

Otro caso, de improcedencia, lo constituye, la situación prevista por las fracciones IX y X del artículo señalado, en las cuales se establece la improcedencia del juicio de amparo por razón de la consumación irreparable del acto reclamado; la irreparabilidad del acto reclamado, que sirve de base al caso de improcedencia de que se trata, puede ser material o jurídica. A ambos tipos se refieren, respectivamente, las fracciones IX y X del artículo 73 de la Ley de Amparo.

En éste sentido, hay que agregar, que en la gran mayoría de los actos administrativos, en las resoluciones y en la interpretación de la ley en ésta misma materia, por lo general se implica inherentemente la consumación irreparable del acto reclamado.

Por lo tanto, El juicio de amparo es improcedente (fracción IX del artículo 73 de la ley de amparo):

"Contra actos consumados de un modo irreparable".

En este caso el cuestionamiento realmente alarmante es: ¿Cuál es el medio de defensa en este supuesto, si por ejemplo se expropia algún inmueble (obviamente de manera injusta), se le demuele inmediatamente, y se comienza la excavación en el predio afectado para alguna nueva línea del "metro"?.

Pudiera ser impugnado éste ejemplo con la hipotética reparación que el gobierno estaría obligado a efectuar; pero insisto, contra cualquier acto consumado de modo irreparable, y cuya causa no se justifique plenamente por "razón de orden público"; el particular ha sido despojado de su medio de defensa, además, hay que poner en tela de juicio la validez de la causa de "utilidad general" que implique un menoscabo en los derechos de libertad y de propiedad del individuo; porque, como ya lo he asentado bastantes ocasiones en el desarrollo de esta tesis: las mencionadas causas

institucionales, de un modo general, implican la transgresión eventual de tales derechos siempre de un modo "apriorístico", o sea primero se despoja o se afecta al individuo y luego comienza la controversia sobre la "justificación" del acto administrativo de que se trate. Pero, repito, la lesión en el derecho del individuo ya se ha dado en el tiempo y en el espacio, siendo que esto no debería de ser.

Por su parte la fracción X dispone; El juicio de amparo es improcedente:

"Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el juicio promovido por no poder decidirse, en dicho juicio, sin afectar la nueva situación jurídica".

También existe en este sentido, la Improcedencia del Juicio de Amparo por Violación al Principio de Definitividad; consignado en la fracción XV de la ley citada.

En lo que respecta a la materia administrativa, la fracción XV del invocado precepto dispone; El juicio de amparo es improcedente:

"Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo cuando deban ser revisados de oficio, conforme a la ley que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso juicio o medio de defensa legal, por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a la misma ley se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna por conceder la suspensión definitiva, independientemente de que este acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley".

Todo esto, como lo he sostenido con anterioridad, puede implicar la consumación del acto reclamado con la consecuente irreparabilidad ya sea física o jurídica del bien tutelado por el derecho; y de ahí surgen los efectos de dicha improcedencia; por lo tanto, el cuestionamiento valido con referencia a esta situación, es: ¿Para qué demonios existe el recurso del juicio de amparo si la misma ley indirectamente orilla su improcedencia justificada?. Este es otro argumento a favor de la aplicación limitada del Derecho Administrativo.

La disposición transcrita se refiere, obviamente, a los actos de las autoridades administrativas que no emanen de ningún proceso propiamente dicho que se siga ante los tribunales mencionados sino que deriven de algún procedimiento que legalmente se ventile ante tales autoridades o sean aislados. Hay que advertir que en las reformas de 1987, enfáticamente se establece que tales recursos o medios de defensa no deben ser agotados previamente al ejercicio de la acción de amparo, cuando el acto reclamado carezca de fundamentación, hipótesis que configura una salvedad al principio

de definitividad. Hay que recordar que la validez del acto administrativo radica precisamente en que este sea fundado debidamente y motivado; esta es la condición sine qua non para la existencia válida del mismo, yo opino, que la reforma de 1987 si bien, es bastante válida y procedente para dejar en claro lo anterior, por otro lado es innecesaria desde el punto de vista técnico jurídico; porque su aplicación estricta, presupone que ha existido un acto administrativo viciado de origen pero al que se le ha atribuido validez a la luz de la ley porque al carecer de fundamentación se le ha tenido como válido para poderle aplicar dicho ordenamiento, y esta situación es realmente reprochable y degradante. En consecuencia y para evitar todas estas abstracciones que hacen perder el tiempo a todos los involucrados en la situación jurídica y por motivos de "economía procesal"; es viable la teoría de la aplicación limitada de los actos administrativos lato sensu; en el sentido de restringir al máximo la aplicación de la facultad discrecional, el reglamentar expresa y castídicamente tanto la prestación como la concesión del servicio público y en particular sus características en relación a la imposición del mismo por motivos de Interés General y por otro lado y por sobre todo, la expropiación.

Mientras que las fracciones XIII y XV tal principio se traduce en la obligación que tiene el quejoso de agotar previamente los medios ordinarios de impugnación del acto reclamado, en la fracción XIV, ya no implica dicha obligación, sino que se alude a la circunstancia de que la promoción del recurso o medio de defensa ordinario contra el acto reclamado y que esté pendiente de resolución, excluye la procedencia del juicio de amparo. En otras palabras, mientras que las fracciones XIII y XV instituyen como causa de improcedencia del juicio de amparo el hecho de que este se haya entablado antes de ejercitar los recursos o medios ordinarios de defensa, en la fracción XIV tal causa se provoca por la existencia y promoción simultáneas del recurso o medio ordinario y la acción de amparo. Las consecuencias que se derivan de estas dos maneras de realización concreta del principio de definitividad del juicio de amparo, en cuanto a la excepciones legales y jurisprudenciales a él, son también distintas.

4.-ALGUNAS REGLAS JURISPRUDENCIALES QUE CONSIGNAN CAUSAS DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.

4.1.-Por razón de la índole de la persona; que se refiere al Estado en su carácter de fisco.

4.1.2.-Al tratar el tema de la improcedencia del juicio de amparo, no se debe pasar inadvertida la cuestión de si la acción constitucional protege o no la pequeña propiedad agrícola contra resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o aguas, la jurisprudencia que existe sobre este particular se estableció en el sentido de que el amparo contra actos que por los motivos indicados afecten a la pequeña propiedad, es improcedente.

Decía al respecto la Suprema Corte: "La fracción XIV del artículo 27 constitucional, EXCLUYE AL PODER JUDICIAL DEL CONOCIMIENTO DE TODA CONTROVERSIA QUE PUDIERA SUCITARSE CONTRA LAS RESOLUCIONES PRESIDENCIALES DOTATORIAS O RESTITUTORIAS DE TIERRAS Y AGUAS, aún

respecto de aquellas cuya inconstitucionalidad se hiciera derivar de la afectación de una pequeña propiedad agrícola. Por los términos absolutos que se consignan en la redacción de dicho precepto, atendiendo al principio interpretativo, de universal aceptación, que donde la ley no distingue nadie debe distinguir es evidente que no puede exceptuarse de esa generalidad a los pequeños propietarios, pues el texto referido alude a "los propietarios" (así sean grandes o pequeños), excluyéndolos del derecho de ocurrir al juicio de garantías"⁽¹²⁹⁾. Esta fracción fué derogada en nuestra Constitución vigente ya que como lo he señalado con anterioridad, el artículo 27 fué reformado; el único comentario que debería hacerse al respecto, es que esa misma Constitución de corte "social y revolucionario", hasta la vigencia de esta fracción habla traicionado a sus propios engendrados (al igual que a la población en general), situación que ha quedado conjurada para siempre gracias al neoliberalismo que opera actualmente en nuestra política económica.

La extensión de la procedencia del juicio de amparo, en su aspecto constitucional, solo en la propia Ley Fundamental debe tener sus limitaciones; la improcedencia del juicio de amparo, solo puede y debe consignarse por la propia Constitución, pues de lo contrario, si tal improcedencia se estableciera por una norma de índole ordinaria o secundaria, esta sería inconstitucional por pugnar contra el artículo 103 por razones obvias.

Un caso específico de limitación constitucional a la procedencia del juicio de amparo a que se refiere el precepto últimamente citado es el contenido en la derogada fracción XIV del artículo 27 Constitucional que veda a "los propietarios afectados con resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o aguas que se hubieren dictado en favor de los pueblos o que en lo futuro se dictaren "la posibilidad de que ocurran al juicio de amparo en defensa de sus intereses".

Ahora bien, de conformidad con los imperativos constitucionales a que acabo de aludir, ya no fué necesario que se hiciera la distinción en la fracción XIV del artículo 27 constitucional entre grandes y pequeños propietarios, pues al hablarse en ésta de "propietarios afectados" (o sea, los afectables que sufrieron un acto de afectación en sus propiedades), lógica y necesariamente aludió a los grandes propietarios que son los únicos que constitucionalmente pueden afectarse por los actos indicados con anterioridad. Sería una contradicción absurda e inadmisibles de la Constitución para consigo misma, que en el párrafo tercero y en la fracción XIV del artículo 27 constitucional declarara inafectable, como lo hace, la pequeña propiedad, y que en la fracción XV del propio precepto (en el cual por cierto se prohíben los latifundios), implicara la posibilidad de que hubiesen podido ser afectados sus titulares.

Por todo ello, lógica y jurídicamente se colige que, refiriéndose el concepto de "propietarios afectados", empleado en la supradicha fracción, única y exclusivamente se refiere a los latifundistas, en cuanto la improcedencia del juicio de amparo que sólo atañe a ellos y no a los pequeños propietarios. Yo simplemente sostengo que hay

(129) APÉNDICE AL TOMO CXVIII, TESIS 749.

que defender a cualquier precio la máxima del derecho que dice que donde la ley no distingue, no debemos distinguir; y por lo tanto, o se afecta por igual a los latifundistas y a los pequeños propietarios, o por otro lado se liberaliza la situación para los dos grupos por igual.

4.2.-Contra las circulares de la Secretaría de Hacienda mientras no sean aplicadas por una resolución fiscal concreta, la improcedencia del amparo en este supuesto está perfectamente justificada, ya que mientras una circular no se aplique mediante una resolución, orden o acuerdo a un particular, no causa a éste ningún agravio, por que consiste simplemente en un conjunto de instrucciones que los superiores jerárquicos dirigen a sus inferiores con el objeto de que ajusten su conducta a ellas.

4.3.-Contra actos de los Departamentos Jurídicos de las Secretarías de Estado. También en esta hipótesis la improcedencia se legitima plenamente, pues dichos Departamentos no son si no organismos de consulta, "sin más función que la de opinar acerca de los asuntos que se someten a su consideración, y sin que, por tanto tengan capacidad para decidir y resolver sobre ellos ni para ejecutar los acuerdos o mandamientos de los titulares de dichas Secretarías".

CONCLUSIONES GENERALES.

PRIMERA.

Hay otras razones "justas" para imponer determinadas limitaciones a las libertades individuales. que podrían reducirse a tres: por razones de ética social; por razones de "ORDEN PUBLICO" y del "BIENESTAR GENERAL", la valoración de la justicia de las razones antes citadas, es en la mayoría de los casos de carácter subjetivo de quien puede conforme a la ley hacer tales "juicios de valor", cuestión que desde su origen está mal, ya que las causas los medios y los efectos deben ser materia de un estudio objetivo por un lado, y por otro, SIEMPRE deben ser apoyados por un amplio consenso, circunstancias las dos, que nunca se han dado en la realidad dentro de nuestro sistema jurídico-legal y político.

Si las instituciones democráticas, como yo supongo, tienden a fomentar una libertad más amplia que un sistema autocrático, entonces yo propongo la democracia, la libertad es considerada como el fin más importante de las sociedades democráticas, no simplemente como un instrumento para que la democracia funcione, es considerada como un importante complejo de Derechos Humanos, a los cuales todos deben tener igual acceso.

También ha sido demostrado, que no existe interés social o estatal como criterio limitativo de la libertad del individuo; ya que por lo general, NI LA LEY FUNDAMENTAL, NI LAS LEYES ORGANICAS DE GARANTIAS INDICAN EN QUE CASOS SE ESTA EN PRESENCIA DE UN INTERÉS SOCIAL, ESTATAL, PUBLICO, GENERAL, etcétera de un modo científico, limitativo y expreso, por lo tanto, para limitar las diversas libertades específicas; en la mayoría de las veces se concretan los ordenamientos jurídicos a mencionar simplemente el interés del Estado o de la Sociedad como dique a la libertad humana en sus distintas y

correspondientes manifestaciones, y en sentido amplio, aquí radica el problema que es sujeto de este estudio; puesto que la justificaciones existentes son inválidas a la luz de la estimativa jurídica, de la lógica más elemental; y en si transgreden la razón, la libertad y la propiedad del individuo en sus diferentes manifestaciones.

SEGUNDA.

La justicia antigua, privilegiaba los asuntos privados, por lo tanto el hecho de que problemas de propiedades familiares hayan podido alcanzar semejantes dimensiones es un indicio evidente de una generalización de los intereses privados, este fenómeno resulta aún más palpable en la omnipresencia de los asuntos de robos de bienes muebles, en donde la pena corporal, llega a alcanzar dimensiones inimaginables; la cuales iban desde la reposición del objeto, hasta la pena de muerte; no se podría definir mejor el triunfo de lo privado sobre lo público, éste mismo fenómeno de la privatización general puede advertirse en muchos otros terrenos. Un monopolio real por excelencia como la moneda constituye un perfecto ejemplo de lo mismo.

Las declaraciones francesas de 1789 y 1793, entre los "derechos naturales e imprescriptibles" del hombre incluyen la propiedad, al lado e igual nivel que la igualdad, la libertad y la seguridad, la de 1789 dice, además (en su artículo 17), que "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado"; la de 1793 define el derecho de propiedad como "aquel que pertenece a todo ciudadano de gozar y disponer a su gusto de sus bienes, de sus rentas, del fruto de su trabajo y de su industria", la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1789 determina que nadie podrá ser privado de su vida, de su libertad, o de su propiedad sin un proceso conforme al Derecho; y que ninguna propiedad privada podrá ser tomada para uso público sin justa indemnización. Estos textos

constitucionales y otros similares parten del supuesto de que la propiedad privada individual, tal como se configuro en la Edad Moderna, es un derecho básico del hombre con rango parejo al de los demás derechos fundamentales o "naturales" de la persona; por lo tanto, el fundamento racional del derecho de propiedad, el cual no es un hecho, sino un derecho, consiste en la garantía de que los demás individuos no perturbaran el uso, el disfrute y la disposición de las cosas consideradas como propias.

Hay otras justificaciones de mayor radicalidad y solidez, son las que se fundan en el derecho a la propiedad privada como una consecuencia necesaria de la dignidad y libertad de la persona individual, **YA QUE LA PROPIEDAD PRIVADA ES EL MISMO DERECHO DE LIBERTAD, ES LA PROYECCION EXTERNA NECESARIA DE ESTA, PUES DE NADA SERVIRIA AFIRMAR LA LIBERTAD, SI SE NEGASE LA ESFERA EXTERNA EN QUE ELLA SE REFLEJA Y ACTUA.**

Cuando el individuo se ve despojado de su propiedad particular, cuando se excluye absolutamente la idea de que pueda gozar de la pertenencia privativa de determinado bien, su actividad económica desplegada en relación al objeto, materia de la propiedad, se realiza ante algo que corresponde a una estructura social que está sobre él, la que por consiguiente, lo emplea como un mero medio de obtención de fines que ella misma forja, la cual implica, evidentemente, **UNA NEGACION DE LA LIBERTAD DEL HOMBRE**, cuando menos en su aspecto económico.

Desgraciadamente, en nuestro sistema legal, y de hecho en nuestra Constitución actual lo anterior es inexistente y hasta fue objeto de "inquisición revolucionaria"; ya que el poder Constituyente de 1917, contempló dos causas que justifican actualmente la vejación y todo tipo de ultrajes a la propiedad privada; dichas causas son:

A).-EL PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL REINO, Y LA CAUSAHABIENCIA QUE OPERO EN FAVOR DE LA NACION MEXICANA EN

CUANTO A LAS PROPIEDADES DEL SOBERANO; el cual, en resumen estriba en la injusta teoría de un dominio que PUEDE DESPLAZAR A LA PROPIEDAD PRIVADA, convirtiendo en domainales los bienes de los particulares, no por vía de expropiación, sino en vía de regreso al propietario originario que supuestamente es la Nación.

B).--PRINCIPIO DE FUNCION SOCIAL (solidaridad social) DE LEON DUGUIT; el cual estriba en que toda propiedad privada debe tener su origen y debe radicar en la idea de una función social.

TERCERA.

"El liberalismo es el principio de Derecho político según el cual el poder público, no obstante ser omnipotente, se limita a sí mismo y procura, aún a su costa, dejar hueco en el Estado que él impera para que puedan vivir los que no piensan ni sienten como él, es decir, como los más fuertes, como la mayoría, el liberalismo es la suprema generosidad; es el derecho que la mayoría otorga a las minorías, proclama la decisión de convivir con el enemigo, más aún, con el enemigo débil"; es evidente que aunque haya quienes se atreven a cuestionar el anterior enunciado, afirmando que por otro lado, el liberalismo también generó desigualdad y explotación; se interprete correlativamente su posición colectivista y ultrapersonalista, aseverando que de cualquier forma es mejor "la desigualdad y explotación de un sistema libre y democrático", que la supresión de toda libertad de un sistema totalitario y tiránico, o en su caso la supresión aislada de alguna libertad fundamental de un sistema intermedio.

No existe un límite estricto entre los Derechos inherentes de unos y de otros; sino que simplemente existe un límite natural entre los mismos, el cual se encuentra trazado por el simple hecho de que se está hablando de la necesidad de configurar un

cuerpo normativo más perfecto que tenga como base la consagración suprema de los ideales de Propiedad y Libertad.

Todas las concreciones constitucionales democráticas, parten del supuesto de la creencia en unos Derechos Fundamentales del Hombre, que están por encima del Estado, que tienen valor más alto que éste, y entienden que uno de los fines principales del Estado consiste en garantizar la efectividad de tales derechos; el simple hecho de ponerse a elaborar la Declaración de los Derechos del Hombre, y el hecho de aprobarla, implican el admitir que hay principios "universalmente válidos" al menos para el presente momento histórico, en los cuales se debe inspirar la elaboración del Derecho positivo; y que esos principios se refieren precisamente al reconocimiento, y a la efectividad y a la garantía de las facultades humanas inherentes a cada quien, por lo tanto, no hay un valor superior a los que han sido consagrados por siempre de una manera u otra; éste hecho, también se desprende de que la búsqueda de la felicidad (aunque ésta sea subjetiva), tiene como medio y como fin a la vez el respeto y la permanencia eterna de la propiedad y de la libertad; estas, como muchas otras razones que han sido citadas, no lo son para un cuestionamiento que nunca se ha hecho, sino a uno que DEBERÍA hacerse, ya que de alguna manera, siempre ha estado presente en el pensamiento y en la naturaleza del ser humano, porque esto es innato.

El derecho a la felicidad humana, en la cual se encuentran intrínsecamente vinculados tanto el derecho de libertad como el de propiedad, no es una utopía; sino es el rango constitucional que tienen los principios que se denominan garantías individuales, de su propia y libre existencia; esto, ha venido convirtiéndose en realidad al pasar de los años; no obstante que la ficción estatal y gubernamental que justifica razones absolutamente invalidas como la generalización del orden público para poder vejar ingratamente a su razón de ser: el individuo. La aparente utopía de un mundo en el que el individuo pueda ser feliz; desaparecerá poco a poco, cuando

quiénes hacen las leyes, sean lo suficientemente inteligentes y leales a su naturaleza para dejar a un lado las ficciones ante problemas aparentemente indisolubles y busquen, y encuentren, y creen formulas que adecúen de mejor manera el mundo del ser y el del deber ser; cuando se nos cuestione y se defina como concebimos el deber ser; cuando no exista ni la más remota posibilidad de que sean interrumpidos por nada ni por nadie los valores supremos de Propiedad y Libertad, los cuales nos llevarán indudablemente a gozar de la Felicidad tan anhelada por todos los hombres.

A)-Los Derechos del Hombre son únicos y deben ser respetados por igual a todos los hombres, y a todas las naciones civilizadas.

B)-No deben ser objeto de limitación, de ninguna manera, por causas que sean ajenas al fondo jurídico-axiológico que entrañan.

La naturaleza ha hecho a los hombres libres e iguales; todo hombre nace con derechos inalienables e imprescriptibles, como son la LIBERTAD de todas sus opiniones, el cuidado de su honor y de su vida, el derecho de PROPIEDAD, la disposición entera de su persona, de su industria y de todas sus facultades, la expresión de sus pensamientos por todos los medios posibles, procurarse el bienestar y el derecho de resistencia a la opresión, el ejercicio de los derechos naturales no tienen más límites que aquellos que aseguran su goce a los otros miembros de la sociedad, inclusive, la declaración de Derechos del Hombre; pretende trazar entre el Estado y los individuos, LA LINEA DE DEMARCAION ETERNA QUE EL LEGISLADOR DEBE TENER SIEMPRE ANTE LOS OJOS COMO LIMITE QUE, DE UNA VEZ POR TODAS LE ES IMPUESTO POR LOS DERECHOS NATURALES, E INALIENABLES Y SAGRADOS DEL HOMBRE.

La tesis de que la Declaración Universal viene a definir y precisar las disposiciones de la Carta de San Francisco en materia de derechos del hombre, y que, por tanto, ES UN TEXTO

DE DERECHO INTERNACIONAL POSITIVO, OBLIGATORIO PARA LOS ESTADOS, por varios estados, entre los que figuran Francia, Bélgica, Líbano, Australia, MEXICO, Chile y Panamá, no está por demás dejar bien asentado que EL HOMBRE POSEE TALES DERECHOS, NO PORQUE UN LEGISLADOR SE LOS HAYA OTORGADO, SINO SENCILLAMENTE EN VIRTUD DE SU CONDICION HUMANA.

La Constitución de 1857 implanta el liberalismo e individualismo como regímenes de relaciones entre el Estado y sus miembros, reflejo autentico de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación, para las que el individuo y sus derechos eran el primordial, y el único objeto de las instituciones sociales, que siempre debían respetarlos como elementos superestatales, el liberalismo implica la actitud que el Estado adopta o asume por conducto de sus órganos frente a la actividad particular, en el sentido de garantizar a ésta un amplio desarrollo mientras no provoque el desorden dentro del medio social, ambas posturas estatales, individualista y liberal, derivan claramente del articulado de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y se encuentran plasmadas en nuestra Constitución Federal de 1857, cuyo artículo primero dice a la letra: "EL PUEBLO MEXICANO RECONOCE QUE LOS DERECHOS DEL HOMBRE SON LA BASE Y EL OBJETO DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES. EN CONSECUENCIA, DECLARA QUE TODAS LAS LEYES Y TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAIS DEBEN RESPETAR Y SOSTENER LAS GARANTIAS QUE OTORGA LA PRESENTE CONSTITUCION"; por lo tanto, se concluye que la Constitución de 57 no declaró cuales eran los derechos del hombre específicamente considerados, sino que, dándolos por supuestos como una VERDAD INCONTRVERTIBLE, se contrajo a enunciar las garantías, concedidas al individuo, para asegurarlos.

En la declaración individualista de la Carta de 57 (que por cierto) resultaba congruente con el contenido ideológico de la nueva ley fundamental, las palabras del diputado don José Natividad Macías, uno de los más distinguidos constituyentes; resonaron en el siguiente sentido: "La conclusión a que se ha llegado es que el hombre tiene un derecho fundamental, que es

el derecho a la vida, y en este derecho está comprendido el derecho a la libertad y a la propiedad privada, el cual se traduce por el derecho a todas las necesidades naturales del individuo".

La Constitución vigente se aparta ya de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 57, no considera a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado CONCEDE U OTORGA a los habitantes de su territorio; sobre todo en materia de propiedad privada, parece ser que nuestra actual Ley Suprema, junto a los derechos fundamentales del individuo o garantías individuales, adopta el concepto correlativo, o sea, el de obligaciones individuales públicas, que contiene el razonamiento opuesto a la idea de "DERECHOS PUBLICOS INDIVIDUALES", le ha impuesto el deber, en algunos casos, de utilizar esas garantías en beneficio de la colectividad a que pertenece, la idea de obligación pública individual, concebida por Duguit, se ha plasmado, en efecto, en el artículo 27 constitucional, que considera a la propiedad privada, a la vez que como un derecho público individual para su titular, como una función social, con el correspondiente deber de utilizarla o emplearla para el bien general.

Los constituyentes de 17 no dan razón alguna, expresamente, que los haya inducido a cambiar radicalmente no sólo el texto, sino el espíritu mismo de la Constitución de 57 en lo tocante a las garantías individuales, al introducirse garantías de carácter social, al no ser ya el individuo el objeto de protección preferente de las instituciones sociales, al darle al Estado mayor intervención en la vida social, la declaración individualista RESULTABA INCONGRUENTE con el contenido del articulado constitucional, de 1917, y con ello se creo un espantoso híbrido de carta magna, el cual, como he afirmado; no tuvo causas fundamentadas legalmente, hablando en estricto derecho.

ILEGITIMIDAD ORIGINAL DE LA CONSTITUCION DE 1917.

El derecho a la revolución puede tener, en algunos casos, una fundamentación moral, NUNCA JURIDICA, la Constitución mexicana acepta íntegramente, en su artículo 136, la tesis expuesta. Dice así el citado precepto: "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 hubieran expedido, serán juzgados, así los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta"; hay, pues, en nuestro derecho, como manifestación de la superlegalidad constitucional, el principio de que la ley suprema NO esta al alcance de las revoluciones; es lo que el título noveno de la misma llama "inviolabilidad de la Constitución".

Sin embargo, casi todos nuestros regímenes reconocidos como constitucionales, han tenido su origen en el desconocimiento por la violencia de una Constitución anterior. Ello acaeció con nuestra Constitución actual, que al reemplazar a la de 57 VIOLÓ el artículo 128 de la misma, IDENTICO al 136 de la vigente.

Todos colaboraron a colocar el puente por donde el traidor ingreso a la legalidad el 19 de febrero de 1913, desde el punto de vista formal, por más que en el aspecto MORAL, HISTORICO Y JURIDICO EN EL FONDO; CONDENE enérgicamente la traición más ignominiosa de nuestra historia, poco importa que la revolución hubiera empleado el nombre de "constitucionalista", con el pretexto de restaurar una Constitución que estaba violando y que después iba a derogar; además, en el Congreso de Querétaro el diputado Machorro Narváez dijo: "LA REVOLUCION ACTUAL TODAVIA NO ES POPULAR EN MEXICO; LA MAYORIA DEL PUEBLO MEXICANO ESTA TODAVIA EN CONTRA DE LA REVOLUCION".

Para concluir, la Constitución de 17, que tuvo su origen en el desconocimiento de la de 57, y REPITIO en su artículo 136 la misma prohibición contra la revolución que la anterior consignaba.

CUARTA.

Aquí se debe interpretar el orden público simplemente como ausencia de perturbaciones materiales, tales como alborotos, algaradas, motines, sediciones, en suma, como ausencia de desordenes, de mi estudio; se desprende que el orden público está constituido por reglas y principios de segundo orden (METAREGLAS Y METAPRINCIPIOS) que excluyen el uso de ciertas reglas generalmente de orden privado, en consecuencia, en sentido general; el orden público designa un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad (IDEA DE PAZ PUBLICA, objeto específico de las medidas de gobierno y policía).

Se ha llegado a afirmar, que el orden público no solo son normas legisladas sino, también la "cultura jurídica" de una comunidad o la "idiosincrasia" de ésta historia institucional; razonamiento con el que definitivamente no estoy de acuerdo, ya que si el orden público es una limitación legal y general a las libertades fundamentales del hombre en su conjunto, ésta debe necesariamente obedecer a razones absolutamente jurídicas, mediante un estudio totalmente legal, ya que todo derecho positivo es una obra circunstancial en un doble sentido; primero, en cuanto a los motivos de su gestación; y segundo, en cuanto a las finalidades practicas de sus efectos reales de la aplicación de los mismos y también de sus consecuencias, las cuales han de justificar su existencia como norma jurídica imperativa dado el supuesto hipotético que la haga viable.

EL ORDEN PUBLICO FUNCIONA COMO UN LIMITE POR MEDIO DEL CUAL SE RESTRINGE LA FACULTAD DE LOS INDIVIDUOS SOBRE LA REALIZACION DE CIERTOS ACTOS, O SE IMPIDE QUE CIERTOS ACTOS JURIDICOS, VALIDOS TENGAN EFECTOS DENTRO DE UN ORDEN JURIDICO ESPECIFICO.

En la Legislación Administrativa, de policía y penal, es un sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada; es decir lo normal y propio de los principios generales de base que disciplinan la dinámica de un ordenamiento, por lo tanto el orden público constituye un objeto de reglamentación pública y sobre todo de tutela preventiva, contextual y sucesiva o REPRESIVA; por otro lado, el Orden Público se entiende generalmente como un límite al ejercicio de derechos y especialmente vinculado con los derechos constitucionales de libertad; no puede cuestionarse un límite de carácter general vinculado al llamado orden público constitucional, por que los principios generales NO PODRIAN DERIVAR LIMITES ULTERIORES MAS ALLA DE LOS PREVISTOS POR LA CONSTITUCION PARA CADA UNO DE LOS DERECHOS; en consecuencia para poder justificar la imposición de la limitante denominada orden público; es necesario que concurren tres circunstancias:

I.- Que la causa hipotética sea factible y pueda ser viable en el mundo del ser.

II.- Que la determinación de la causa "justificada y su sanción sean representativas; esto es, que sean realmente aceptadas por un amplio consenso, y.

III.-Que sea definida expresa y exactamente en una ley creada especialmente para el o los casos conducentes; y que dicha ley sea elaborada UNICAMENTE por el órgano competente o sea el poder legislativo, (excluyendo al poder ejecutivo y a sus agentes de la facultad anterior).

En cuanto a que el orden público, es materia exclusiva de derecho público, cabe afirmar que EL DERECHO PRIVADO SOLO SE

LLAMA PRIVADO EN CUANTO AL OBJETO, POR VERSAR SOLAMENTE SOBRE LOS NEGOCIOS DE LOS PARTICULARES; PERO EN CUANTO A LA AUTORIDAD TODO DERECHO ES PUBLICO; ya que para clasificar las distintas ramas del derecho, NO SE PUEDE TENER PRETENSIONES DE VALIDEZ ABSOLUTA Y DE PLENA CONSISTENCIA CIENTIFICA.

INTERES NACIONAL.

A).- OBJETIVISTAS; lo equiparan y lo igualan siempre a la idea de poder.

DIFERENCIA DE INTERES NACIONAL E INTERES PUBLICO.

A).- EL INTERES PUBLICO se usa siempre para la política INTERNA de una nación.

B).- EL INTERES NACIONAL se usa para la política EXTERNA y suele relacionarse con la idea de SOBERANIA".

La soberanía está esencialmente limitada no por la voluntad de un legislador o de un jefe de Estado, o de otra voluntad humana; sino por su naturaleza misma; es decir, hay tres grandes limitantes que señalan la esfera de su competencia, fuera de la cual NO existe poder jurídico; ya que se transforma en arbitrariedad, capricho, despotismo y por lo tanto deja de ser soberanía.

"Esos límites a que he aludido, provienen de las ideas de bien, de lo público, y de lo temporal"; la soberanía, suscita una serie de problemas que no tienen solución, tales como el origen de la soberanía y el titular de este atributo; no es posible compaginar la existencia de un poder soberano con la idea de que ese mismo poder se encuentre sujeto a la regulación de un orden jurídico; ya que en cuanto al origen del derecho de soberanía, éste consiste, en forma objetiva, en que unos hombres pueden mandar sobre otros. Y dice Duguit: " Qué explicación tiene esa situación?, por qué de determinados hombres tienen el derecho de imponer por la fuerza su voluntad

a los demás? Y afirma: "No es posible contestar esas interrogantes, pues la única solución consistirá en demostrar que hay voluntades de una esencia superior a las otras, y esto no es exacto, pues todas las voluntades humanas son iguales" .

Por otro lado, el interés público se determina en función de las capacidades y de los recursos del Estado, y "Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado".

La UTILIDAD PUBLICA, en la legislación mexicana significa lo mismo que el interés público.

El SERVICIO PUBLICO, "Son las actividades organizadas que se realizan conforme a las Leyes o Reglamentos vigentes con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente necesidades de carácter colectivo". (ej- educación, salud, energía eléctrica, etc.)", y ultimadamente, también es las pretensiones que tiene el Estado PARA SATISFACER SUS NECESIDADES COMO INSTITUCION.

Se debe interpretar el BIEN COMUN como la suma de la mayor cantidad posible de bien para el mayor número posible de individuos, mediante el estricto respeto al carácter individual de sus intereses; y siendo tomados en todo momento como seres humanos individuales, nunca como miembros de una colectividad indeterminada; el bien común es el siguiente: o se concibe el bien común, al modo transpersonalista, como el bien del todo social, entendiéndolo éste como una supuesta realidad sustantiva e independiente, que vive por sí misma, que tiene existencia propia como un organismo, como una fantasmagórica alma nacional, como una mítica entidad de raza o de clase, como un poder en sí y por sí valioso; o por el contrario, se entiende que el bien común no puede ser el bien de la sociedad, considerada ésta como algo aparte de los seres humanos vivos integrados en ella, sino que **EL BIEN COMUN DEBE CONSISTIR SOLAMENTE EN LOS BIENES DE LAS PERSONAS REALES**; la

doctrina del Bien Común como un fin del Estado, para conseguir la justicia, se encuentra viciada desde su origen, por que es demagógico y además antijurídico el conseguir justicia para la colectividad por medio de la imposición de la injusticia hacia los individuos; además de que la determinación de la justicia, no es potestativa del estado (el cual siempre está influenciado por sus inicuos intereses), la justicia, como al menos yo la entiendo, es una institución universal que implica fundamentalmente el DAR A CADA QUIEN LO SUYO.

Los llamados DERECHOS SOCIALES llamados también económicos, sociales y culturales, entre los que suelen figurar el derecho a condiciones justas de trabajo y a la protección contra el paro o desempleo, los derechos a un nivel decoroso de vida en cuanto a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, y los derechos de seguridad social en casos de accidente, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de la persona y el derecho a la educación; no adquieren vital relevancia en esta tesis puesto que **HAY QUE RECONOCER QUE TODOS, ABSOLUTAMENTE TODOS LOS DERECHOS SON SOCIALES.**

En cuanto a la JUSTICIA SOCIAL, el concepto genérico de "interés social", el cual, a su vez, presenta diversas implicaciones demográficas, que se expresan en el "interés público", el "interés común", el "interés nacional", el "interés general" o el "interés mayoritario".

QUINTA

El problema de cuales son las atribuciones del Estado se encuentra íntimamente vinculado con el de las relaciones que en un momento dado guarden el Estado y los particulares, ya que las necesidades individuales y generales que existen en toda colectividad se satisfacen por la acción del Estado y por

la de los particulares. DE MANERA QUE LA AMPLIACION DE LA ESFERA DE LA ACTIVIDAD DE UNO TIENE QUE TRADUCIRSE FORZOSAMENTE EN MERMA DE LA ESFERA DE ACCION DE OTROS, siendo esto así, hay que hacer notar que el Estado se las ha ingeniado para dividir sus "atribuciones de la siguiente manera":

- a).- ATRIBUCIONES DEL ESTADO PARA REGLAMENTAR LA ACTIVIDAD PRIVADA.
- b).- ATRIBUCIONES DEL ESTADO PARA FOMENTAR, LIMITAR, Y VIGILAR LA ACTIVIDAD PRIVADA.
- c).- ATRIBUCIONES DEL ESTADO PARA SUSTITUIRSE TOTAL O PARCIALMENTE A LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES O PARA COMBINAR SE CON ELLA EN LA SATISFACCION D UNA NECESIDAD COLECTIVA.

En cuanto a la FUNCION ADMINISTRATIVA, ésta ha sido analizada en atención a lo siguiente; en los regímenes constitucionales modernos no hay coincidencia entre la división de Poderes y la división de funciones; que en la legislación positiva, a cada Poder no corresponde una sola categoría de actos de naturaleza homogénea y que, por lo tanto, definir la función por el órgano que la realiza es igualar con un criterio externo actos intrínsecamente se diferencian de un modo radical, la función administrativa es entonces para el Estado, "la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley"; "es asegurar el mínimo de condiciones necesarias para la continuidad de la vida nacional, es decir, el mantenimiento del orden público y la marcha de los servicios públicos", en consecuencia, la defensa de la función administrativa es que "tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de LOS INTERESES GENERALES haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la "gestión administrativa", se dice que la función realiza fines de interés general.

En cuanto a la FACULTAD DISCRECIONAL, hay que recordar que para las autoridades y para los agentes del gobierno o del Estado, LO QUE NO ESTA EXPRESAMENTE PERMITIDO, ESTA PROHIBIDO.

Los actos discrecionales tienen lugar cuando la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en que momento debe obrar o como debe obrar o en fin que contenido va a dar a su actuación, aunque desde mi personal punto de vista, ese poder libre de apreciación debería circunscribirse únicamente hacia la abstención para actuar; cuestión que sería menos perjudicial para el resto de la población en su esfera particular; este tipo de actos administrativos, resultan bastante nocivos y terriblemente perjudiciales para los particulares, y en ultima instancia (y por vía de excepción para el Estado); ya que dejar a la administración "un poder de libre apreciación", es dejar en manos de un simple agente administrativo cuestiones que pueden y van a lesionar derechos básicos como la LIBERTAD Y LA PROPIEDAD; en consecuencia, si éste criterio o carácter subjetivo se limita solamente a las exigencias del interés u orden público, la ley y el sistema están creando un verdadero LEVIATHAN, porque sucedería que cualquier motivo seria bueno para imponer alguna restricción en nombre el interés u orden público hacia todos los gobernados.

En lo referente a los SERVICIOS PUBLICOS, se ha considerado que el Estado, aún en los actos que realiza en gestión de su patrimonio, nunca llega a colocarse ni actuar en las mismas condiciones que los particulares, puesto que siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y GOZANDO DE PRIVILEGIOS DE QUE NO DISFRUTAN LOS PARTICULARES, con la siguiente "justificación": "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la

fuerza gubernamental".

En mi concepto, existen servicios públicos a cargo del Estado, pero no creo que toda la actividad de éste pueda llamarse servicio público, también, como indiqué existen servicios públicos manejados por particulares ya que "tradicionalmente se ha considerado que el Estado no tiene el monopolio de la satisfacción de las necesidades colectivas", el problema aquí, estriba en que **TODAS LAS REGLAS DE ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE UN SERVICIO PUBLICO SON MODIFICABLES EN CUALQUIER MOMENTO POR LAS LEYES Y REGLAMENTOS, DE ACUERDO CON LAS NECESIDADES DEL INTERÉS GENERAL**, porque se dice que es el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional; lo anterior, no es sino la más inicua concepción de lo que es el derecho para el Estado y el más claro ejemplo de la arbitrariedad y tiranía del derecho administrativo; dentro de esta concepción, la situación de los agentes públicos, la de los bienes nacionales, el régimen de los impuestos, de la expropiación, de los contratos administrativos y el de los actos jurídicos administrativos se regula por normas especiales de derecho público, en cuanto se trata de situaciones y de actos que se encuentran íntimamente vinculados al cumplimiento de las "atribuciones del Estado".

En materia de EXPROPIACION, ésta viene a ser, como su nombre lo indica, un medio por el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una "causa de utilidad pública" y mediante la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad; entonces, hay que interpretar que la expropiación como el impuesto constituyen un acto de **SOBERANIA**, basado en el injustificado artículo 27 Constitucional y sus "modalidades", éstas en efecto, constituyen restricciones impuestas al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, de tal manera que, a primera vista, parece que el Estado, al establecerlas, esta privando al propietario de una parte de su derecho, lo cual podría considerarse como un caso peligrosamente latente de expropiación, ésta constituye una medida de carácter

individual y concreto que concentra sus efectos sobre un bien especial; por otro lado, el Estado, no estando satisfecho con haber alterado el espíritu de una Constitución que está viciada de origen, también ha impuesto reglas relativas a la comisión de sus abusos en las leyes secundarias.

La Ley de Expropiación, previene que el Ejecutivo hará la declaratoria de expropiación (artículo tercero) y oportunamente procederá, sin la intervención de otra autoridad, a la ocupación del bien afectado (artículos séptimo y octavo), la Constitución establece que la expropiación sólo procede por causa de utilidad pública. Es, pues, indispensable examinar, en segundo lugar, que es lo que debe entenderse por dicha causa, como se desprende del artículo primero de la ley de expropiación, el cual he impugnado muy severamente en el capítulo respectivo de ésta tesis.

Para dar una correcta solución a la cuestión planteada creo que es necesario definir previamente si es posible construir técnicamente un criterio sobre lo que debe entenderse en abstracto por causa de utilidad pública, o si, por el contrario, hay que resignarse a que casuísticamente y de acuerdo con el criterio cambiante de los legisladores, vayan estos estableciendo DISCRECIONALMENTE casos en los que se considere que exista esa utilidad pública; esta actitud de avaricia, vandalismo; por parte de la Nación (instrumentada por el gobierno); es el fundamento más fuerte que existe para proscribir de una buena vez el estado precario de propiedad en el que vivimos en este país, dado que la administración pública comprendiendo por ella al poder ejecutivo, al poder Legislativo y al poder Judicial, parecen no comprender (en pleno siglo XX), que el Municipio, el Estado y la Nación, están conformados por "simples individuos" que juntos conforman la sociedad que al final es a quien deben servir, no despojar; y que al final, todos y cada uno de esos individuos, son la razón de ser del Estado, de las instituciones y de los órganos creados para SU SERVICIO, PROTECCION Y AYUDA; en fin, la administración pública, y repito sus instituciones no son

sino UN MERO INSTRUMENTO al servicio del ser humano gobernado, quien lejos de verse beneficiado, siempre debido a esta actitud viciosa, se ve afectado por el Estado. No hay razón válida para que la propiedad que en alguna ocasión fue de algún particular, pase a ser de la Nación, del Estado o del Municipio; sin su consentimiento, si de alguna manera, la instrucción de la expropiación fue creada para "restituir a los desposeídos" quiénes a fin de cuentas, también son individuos y personas particulares.

SEXTA.

LA INCONTROVERTIBLE NECESIDAD DE LA APLICACION LIMITADA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Cuando la propiedad privada o la libertad se encuentran involucradas en alguno de los abusos del poder del Estado, y por ende se ven afectadas, la situación cobra una peligrosidad terrible debido a que la situación puede potencialmente ser afectada de un modo irreparable y de hecho estamos hablando de los dos derechos más sagrados para la humanidad. El sistema de acción limitada del Derecho Administrativo en su conjunto, o por lo menos de los actos administrativos a que he aludido, en principio terminaría con la comisión de cualquiera de estas atrocidades "en nombre de la Nación y en defensa de la Constitución"; en materia de Amparo, se han expuesto causas de improcedencia previstas tanto en la Constitución Federal, como en las Constituciones Estatales, como en la ley de amparo y para terminar de molestar a los particulares, también en determinadas jurisprudencias; entre las causas de improcedencia que más llaman la atención se encuentra la consumación del acto reclamado con la consecuente irreparabilidad ya sea física o jurídica del bien tutelado por el derecho; por causa directa e imputable a la administración pública; de ahí surgen los efectos de dicha improcedencia; por lo tanto, el cuestionamiento válido con referencia a esta

situación, es para qué demonios existe el recurso del juicio de amparo si la misma ley indirectamente orilla su improcedencia justificada?. Este es otro argumento a favor de la aplicación limitada del Derecho Administrativo.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Anderson Norman; "Liberty, Law & Justice", Stevens & Sons Press; London 1988.
- 2.- Barker Clive; "The Oxford Companion to Law"; Clarendon Press, London 1987.
- 3.- Bay Christian; "La Estructura de la Libertad"; Edit, Tecnos; Madrid 1985.
- 4.- Broodbeck & Feigl; "Philosophy in Science"; Clarendon Press, London 1989.
- 5.- Berthélemy; "H. Traité Eleméntarié de Droit Administratif"; Paris 1920.
- 6.- Burgoa Ignacio; "El Derecho de Amparo"; Edit, Porrúa S.A. vigesimoquinta Ed. México 1988.
- 7.- Burgoa Ignacio; "Las Garantías Individuales"; Edit Porrúa S.A. vigesima primera Ed. México 1988.
- 8.- Duguit León; "Traité de Droit Constitutionnel"; UNAM, México 1963.
- 9.- Florentino; DIGESTO; libro I.
- 10.- Fraga Gabino; "Derecho Administrativo"; Edit, Porrúa S.A. vigesimosexta Ed. México 1987.
- 11.- García Maynes; "Introducción al Estudio del Derecho"; Edit, Porrúa S.A. Decimoquinta Ed. México 1991.
- 12.- González Uribe; "Teoría Política"; Edit, Porrúa S.A. segunda Ed. México 1983.
- 13.- Hariou Maurice; "Precis de Droit Administratif et de Droit Public"; segunda Ed, París 1921.
- 14.- Hume David; "Democracy & Desobedience"; Clarendon Press, London 1987.
- 15.- "Historia de la Vida Privada"; del imperio romano al año mil, Tomo I; Edit, Taurus; octava reimpresión, Madrid 1990.
- 16.- Ibarrola de. Antonio; "Derecho Agrario"; Edit, Porrúa S.A. segunda Ed, actualizada, México 1985.
- 17.- Jellinek Georges; "Teoría Generalé de L Etat, sistema del Diriti Publici Subjetivi", Tomo II, UNAM; México 1987.
- 18.- Recasens Siches Luis; "Introducción al Estudio del Derecho"; Edit Porrúa S.A. primera Ed. México 1985.

19.- Recasens Siches Luis; "Tratado General de Filosofía del Derecho"; Edit. Porrúa S.A. novena Ed. México 1986.

20.- Serra Rojas Andrés; "Ciencia Política"; Editorial Porrúa, S.A. Octava Edición México 1985.

21.- Tena Ramírez Felipe; "Derecho Constitucional Mexicano"; Edit. Porrúa S.A. vigesimoprimer Ed. México 1985.

LEYES

22.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Editorial Trillas, Novena Edición México 1992.

23.- Código Civil para el Distrito Federal; Edit. Porrúa sexagésimaprimer Ed. México 1992.

24.- Ley de Amparo; Suprema Corte de Justicia de la Nación; "Manual del Juicio de Amparo; primera reimpresión, México 1989.

25.- Ley de Expropiación; Cárdenas Editores, México 1992.

26.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Edit. Porrúa S.A. 1991.

27.- Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal; Edit. Porrúa S.A. México 1992.

JURISPRUDENCIAS

28.- Suprema Corte de Justicia de la Federación; Compilación 17-88, (todos los Tomos); Semanario Judicial de la Federación.

DICCIONARIOS.

29.- Escribano; "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia"; Tomos I y II; Primera Ed. México 1979.

30.- Instituto de investigaciones jurídicas; "Diccionario Jurídico Mexicano"; Edit. Porrúa - UNAM, México 1990.

31.- Pina de. Rafael; "Diccionario de Derecho"; Edit. S.A. octava Ed. México 1985.

32.- Voltaire; "Obras Selectas"; Diccionario Filosófico; Edit. Ateneo, tercera Ed. Buenos Aires 1965.

33.- Vergotinni De. Guiseppe; "Diccionario de Política"; Edit. siglo XXI, México 1989.