

IUSTITIA

Monografías

La Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual

Dr. Donato Cárdenas Durán

La Acción de *In Rem Verso*. Su Aplicación Práctica

Lic. Mónica Garza Barbosa

Artículos

Los Precedentes Judiciales en México, una Aproximación de Derecho Comparado con Especial Referencia al Ámbito del Derecho Internacional Privado

Lic. Carlos A. Gabuardi Arreola

La Filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para qué sirve?

Lic. Roberto Garza Barbosa

REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 8

NOVIEMBRE DE 2003

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann

Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem

Rector de la Zona Metropolitana de Monterrey

Dr. Salvador Treviño Martínez

Director de la División de Administración y Finanzas

Dr. Donato Cárdenas Durán

Director del Departamento de Derecho

Lic. Eloisa Fernández Rangel

Directora de la Carrera de Derecho

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Donato Cárdenas Durán

Dr. Héctor Alejandro González Hernández

Lic. Gabriel Cavazos Villanueva

Lic. Marlon Omar López Zapata

Lic. Roberto Garza Barbosa

EDITOR DE LA REVISTA

Lic. Roberto Garza Barbosa

D.R. © 2003 ITESM, Eugenio Garza Sada 2501, Col. Tecnológico, Monterrey, Nuevo León. C.P. 64849. Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio sin el previo y expreso consentimiento por escrito del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey a cualquier persona y actividad que sean ajenas al mismo.

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad de los autores y no necesariamente del ITESM o los editores. El hecho que los artículos aparezcan publicados no significa que el ITESM o sus editores se solidaricen con el contenido de los mismos.

El cuidado de la calidad de impresión de esta edición estuvo a cargo de la Lic. Guadalupe Niño, de Grafo Print Editores, S.A.

REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 8

NOVIEMBRE DE 2003

Prólogo a la edición 7
Dr. Donato Cárdenas Durán

Monografías

La Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual
(primera parte) 9
Dr. Donato Cárdenas Durán

La acción de *In Rem Verso*. Su Aplicación Práctica 83
Lic. Mónica Garza Barbosa

Artículos

Los Precedentes Judiciales en México, una Aproximación de
Derecho Comparado con Especial Referencia al Ámbito del
Derecho Internacional Privado 135
Lic. Carlos A. Gabuardi Arreola

La Filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para qué sirve? 187
Lic. Roberto Garza Barbosa

PRÓLOGO

La edición número 8 de IUSTITIA representa, por un lado la consolidación de uno de los instrumentos más importantes de comunicación del conocimiento jurídico que se genera en la Escuela de Derecho del ITESM. Por otro lado, el inicio de una nueva imagen y contenido de acuerdo a los estándares internacionales.

Ha sido para nosotros un verdadero privilegio intercambiar nuestra revista con escuelas de derecho, institutos de investigación, departamentos y facultades de derecho a nivel nacional e internacional pertenecientes a la Asociación de Facultades, Escuelas de Derecho, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica (ANFADE) y de la Asociación de Facultades, Escuelas de Derecho para América Latina (AFEIDAL).

Esperamos continuar con nuestros intercambios de revista para promover la generación y difusión del conocimiento jurídico que se produce en las Universidades.

Dr. DONATO CÁRDENAS DURÁN

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Dr. Donato Cárdenas Durán*

INTRODUCCIÓN

La creatividad es uno de los rasgos distintivos de las personas y una de sus más importantes dimensiones, que le han permitido un mayor impacto en todas sus manifestaciones históricas. El hombre ha hecho gala de su creatividad e ingenio, elaborando los productos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, desarrollando herramientas y tecnología creadas también por él mismo.

Ha utilizado su creatividad, fundamentalmente para el logro de sus objetivos, porque le es útil para resolver algún problema, para identificar sus posesiones y no necesariamente para que le fuera reconocida o protegida. El impacto económico, social, político y cultural de su producción intelectual conduce al reconocimiento de la creatividad humana a través de privilegios exclusivos corporativos y posteriormente

* Director del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey. Licenciado en Derecho por parte de la Universidad Regiomontana, Maestría en Educación con Especialidad en Derecho por parte del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Actualmente estudia el Doctorado en Estudios Humanísticos por parte del Tecnológico de Monterrey. El Doctor Cárdenas ha recibido los siguientes reconocimientos: Medalla al Mérito Docente por parte del Colegio de Abogados de Monterrey, Medalla al Mérito Investigador por su Tesis Doctoral, Medalla al Mérito Académico otorgada por la UANL; entre otros.

individuales, encuentra su máxima expresión en el período comprendido del XV al siglo XIX.

El Renacimiento, reflejado en el desarrollo de las artes, la técnica la ciencia y la literatura; la invención de la imprenta, la ilustración, la revolución industrial, la revolución francesa y todos los demás movimientos revolucionarios provocados fundamentalmente por la divulgación de ideologías que durante muchos años fueron objeto de censura, represión y falta de reconocimiento al autor de las mismas.

Francia, Inglaterra, España e Italia fueron los principales países en donde se produjeron los nuevos discursos ideológicos para reconocer los derechos fundamentales propios a la naturaleza humana, de entre los cuales se encuentra el derecho a la producción del ingenio humano, producto del trabajo intelectual propio de la naturaleza del hombre.

Todos los conceptos elaborados acerca del derecho, durante este período, estuvieron influenciados por los eventos políticos, económicos, culturales y sociales imperantes en esta época. Al igual que en el período de la recepción del derecho romano, las interpretaciones elaborados por los glosadores y postglosadores al texto romano fueron alejándose cada vez más de las ideas originales tratando de formar conceptos nuevos adecuados a la realidad imperante, pero sin considerar la esencia que los originaron.

Así, los conceptos para identificar los objetos del derecho se adecuan a las necesidades en un momento determinado, pero algunos de ellos no responden a la esencia, sino a una realidad concreta.

La tendencia de la doctrina jurídica para elaborar conceptos, tomando en consideración la realidad, el lugar, el momento y las condiciones ambientales ha desencadenado en una serie de teorías cuya vigencia cada vez es más limitada en el tiempo ya que no responden a elementos de carácter fundamental sino de carácter contingente.

Una de las razones que los romanos argumentaron para no definir el concepto de propiedad era precisamente porque creían que en un concepto no se puede incluir todo lo que un término pueda significar.

Así surge el problema de las interpretaciones extensivas y limitativas de los conceptos y las teorías que pretenden explicarlos, tomando en consideración una época y lugar determinado.

La mayor parte de los conceptos, se han elaborado de manera arbitraria para aplicarse bajo las condiciones reales en donde se producen. En la historia se observa como los pueblos han tenido como base para su desarrollo lo que les ofrece la naturaleza; los conceptos se explican bajo las condiciones de la naturaleza. También se modifican o crean nuevos productos para satisfacer sus necesidades; se crean nuevos conceptos para identificar los nuevos productos. Más tarde el desarrollo económico está fundamentado en la agricultura, por lo que la posesión y posteriormente la propiedad de la tierra es uno de los factores de riqueza y surgen nuevos términos e ideas para identificarlos. El hombre obtiene y produce todo lo necesario para satisfacer sus necesidades; se concibe la autosuficiencia.

Una vez satisfechas sus necesidades, los productos adicionales son intercambiados por otros que no se producen dentro del núcleo familiar; se conceptúa este intercambio, nace el comercio, que más tarde se convierte en la actividad más importante de la economía y la base para conceptuar.

Influenciados por el desarrollo industrial y comercial del siglo XVI en Inglaterra, Italia, Francia y España se otorgan privilegios exclusivos a los industriales y comerciantes establecidos, a los cuales denominaron patentes, con la intención de estimularlos para establecerse en su país.

Las patentes significaron los privilegios otorgados por los reyes a los industriales, comerciantes, editores librereros y otros, con la intención de promover el establecimiento industrial y comercial. Las patentes y los privilegios fueron conceptuadas fundamentalmente con un carácter económico.

Unido al desarrollo industrial y comercial, la divulgación de las ideas humanistas, políticas y religiosas que se propagaron masivamente por la invención de la imprenta, motivaron a los Soberanos a otorgar privilegios a los impresores y librereros, para limitar y censurar aquellas ideas contrarias a la política existente.

El derecho y la responsabilidad de las ideas contenidas en los textos que se imprimieron, fueron asignados a los bibliotecarios, libreros y editores, no en favor de los autores. Cualquier ideología contraria al régimen existente debía ser censurada. Con estas intenciones fundamentalmente de carácter político se otorgaron y definieron las patentes entre el siglo XV y XVIII.

Actualmente las patentes sirven para identificar los derechos que se otorgan a las personas físicas que realicen un producto de aplicación industrial que se puede denominar invención, modelo de utilidad o diseño industrial.

La idea de los derechos de autor y de los derechos industriales reconocidos a las corporaciones inicia su historia hacia el siglo XVI en Francia, por los privilegios otorgados por el Rey. Inicialmente para identificar los derechos de las corporaciones y posteriormente la de los autores o inventores.

Pero no fue sino hasta la época post-revolucionaria en que se abolieron todos los privilegios y monopolios otorgados a las corporaciones y se reconocieron los derechos sobre las obras del ingenio humano como derechos de propiedad individual.

En Francia los derechos intelectuales fueron concebidos como derechos individuales porque esa era la propuesta de la Revolución Francesa. El reconocimiento de los derechos individuales y en particular el de la propiedad a la que le atribuyeron la característica de ser un derecho natural. Adicionalmente a la concepción de la nomenclatura sobre derechos intelectuales su definición está influenciada por aspectos fundamentalmente de carácter social.

La producción intelectual fue reconocida como la más sagrada de las propiedades al provenir del ingenio humano.

La propiedad intelectual ha sido objeto de estudio, a partir del siglo XVIII, por juristas destacados quienes han pretendido identificarla y explicarla con base en las condiciones imperantes de la época. Cada una de las teorías responde a una realidad del momento en que diseña.

La teoría de la propiedad, surgida con motivo de uno de los eventos sociales, políticos y económicos de mundo; la Revolución Francesa hacia 1793 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El desarrollo de la propiedad individual como un derecho natural, contra la idea de la propiedad colectiva y los privilegios otorgados a las corporaciones.

La teoría del derecho personal o personalísimo seguida fundamentalmente en Francia y Alemania, propuesta por Kant, se nota la influencia del iusnaturalismo racionalista imperante en el siglo XVIII.

Posteriormente la teoría sobre los bienes inmateriales propuesta por Köhler, representa una innovación jurídica al identificar un derecho de propiedad pero no sobre los objetos reales, como se observa en la teoría romana tradicional, sino sobre bienes inmateriales, consideradas así las obras producto de ingenio humano.

Por último una de las teorías de mayor impacto, es la propuesta por Picard a quien se le considera como el creador del concepto de los derechos intelectuales como una cuarta categoría de derechos a los propuestos en la teoría tridimensional del derecho romano: derechos reales, derechos personales y obligaciones, se agrega la de los derechos intelectuales de Picard.

Otras teorías sobre la propiedad intelectual, que más bien responden a viejas tradiciones, es la teoría del privilegio o la del monopolio de derecho privado para aludir a las patentes otorgadas durante el siglo XV y XVI a las corporaciones.

Las teorías del derecho especial o del privilegio cultural, propuestas con la intención de identificar a la propiedad intelectual con relación a la función que desempeña en la sociedad o bien a la legislación especial en la que encuentra regulada.

Algo que se puede distinguir en cada una de ellas es que ninguna responde a elementos esenciales, sino más bien situaciones contingentes de carácter económico, político y social, que permiten elaborar conceptos aptos para resolver los problemas de la época.

Las teorías son elaboradas con la intención de otorgar una verdadera protección a las obras del ingenio, pero también se plantean los problemas de que si son o no una verdadera propiedad.

La decisión de que la obra del ingenio humano sí es una propiedad, es para otorgarle una protección semejante al derecho de propiedad individual, tomando en consideración el momento histórico que se vivía del reconocimiento de la propiedad como un derecho natural, sin atender a los elementos esenciales del concepto.

El concepto no responde a la naturaleza, ya que la propiedad en general tiene su origen en la ocupación y la producción intelectual lo tiene en la inteligencia humana.

Así la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual es un derecho personal en cuanto su origen. Pero la producción intelectual cumple su ciclo con la expresión material, con lo que también se cumple la idea de que ésta es de naturaleza personal, porque tuvo su origen en el ingenio humano.

Este derecho real de naturaleza personal le otorga al creador el derecho de uso y goce de los beneficios patrimoniales que la obra le pueda proporcionar, pero también un derecho a ser reconocido como el creador de la obra y de la paternidad de las ideas contenidas en la misma.

La teoría sobre las obras del ingenio humano que más impacta, por el establecimiento de una nomenclatura, aunque no haya sido considerada la esencia, es la de Picard con su idea sobre los derechos intelectuales al lado de la teoría tridimensional de los personales, reales y las obligaciones desarrollada en el derecho Romano.

De los autores modernos consultados, sobresalen los Franceses Albert Chavanne y Calude Clombet, sobretudo este último, con su idea de la naturaleza híbrida de los derechos de autor: los derechos morales son personales y los patrimoniales reales.

La discusión de que si la producción intelectual pueda ser identificada como derecho o como una propiedad, ha sido fundamentalmente con la intención de conocer la mejor forma de protección.

Pero la mejor forma, es a través de observar los elementos esenciales que conforman la producción intelectual, mediante el método fenomenológico y evitar reducir la idea de la obra del ingenio humano a una simple exégesis arbitraria para la regulación jurídica.

Ahora bien, si la obra del ingenio humano tiene su origen en el pensamiento, este es un derecho personal que debe ser protegido jurídicamente como tal y no ser un privilegio que se otorga, sino una motivación para que promueva la producción intelectual, en un ambiente de concordia de intereses intelectuales diversos de la humanidad en un mundo globalizado.

La inconsistencia del lenguaje jurídico y la ineficacia de la protección de la propiedad intelectual, se puede observar en la legislación mexicana, al atribuir al Ejecutivo Federal la facultad de otorgar privilegios en materia de propiedad industrial y al negar el carácter de monopolio a un derecho exclusivo que se le otorga a los autores e inventores para el aprovechamiento económico de su producción intelectual.

La inconsistencia con la legislación reglamentaria de derechos de autor y de propiedad industrial, es que mientras que la Constitución otorga privilegios, para el aprovechamiento económico, la legislación amplía a los derechos morales correspondientes a la paternidad de la obra.

El derecho personal que corresponde a la creación intelectual, debe estar expresado para que sea perceptible y aprovechar todos los beneficios económicos que pueda brindar, entonces surge un derecho real que tuvo su origen en el pensamiento humano. La propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal.

Los fines de la producción intelectual pueden ser diversos, de hecho la mayor parte de las legislaciones pretenden proteger la propiedad intelectual de acuerdo a una denominación y a los objetos a los cuales se aplica. Pero aún los fines y los objetos de aplicación pueden ser diversos de acuerdo a una época y lugar determinado; como lo fueron con la invención de la imprenta, la revolución industrial y ahora la revolución informática.

La más moderna de las clasificaciones de las obras del ingenio humano, es elaborada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en los siguientes términos: Los derechos de autor que se refieren genéricamente a las obras literarias, artísticas y las de carácter análogo; la propiedad industrial en donde se incluyen los derechos sobre las invenciones, marcas y secretos industriales.

El impacto de las relaciones internacionales y los intercambios de productos y servicios globales producen un retorno a la intención de conceptualizar la propiedad intelectual tomando en consideración elementos de carácter económico y no esencial, que puedan ser aplicados en todo tiempo y lugar determinado.

La OMPI por ejemplo dice que la propiedad intelectual tiene que ver con las creaciones de la mente y las divide en dos categorías: la propiedad industrial incluye las invenciones, patentes marcas dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas fotografías y esculturas y los diseños arquitectónicos.¹

El ADPIC (Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con en el comercio) dice que los derechos de propiedad intelectual son aquéllos que confieren a las personas sobre las creaciones de su mente, por un plazo determinado. Al igual que la OMPI los divide en dos grandes ramas: derechos de propiedad industrial y derechos de autor.

Estas dos grandes organizaciones internacionales no toman en consideración elementos esenciales sino contingentes: tales como las ramas de protección o la temporalidad sobre los derechos.

Pero por otro lado coinciden en que la propiedad intelectual son creaciones de la mente. Lo que implica que la propiedad intelectual es un derecho personal en cuanto a su origen en el pensamiento humano y real en su forma de expresión.

¹ <http://www.wipo.int/>

La producción intelectual y la expresión material no son independientes, sino interdependientes. Sin determinar la denominación que se le pretenda atribuir en cada país o momento histórico, la propiedad intelectual puede ser conceptuada tomando en consideración los elementos esenciales y no los contingentes de la siguiente manera:

La propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal derivado de la producción del ingenio humano, independientemente de la denominación que se le atribuya, que concede al autor el derecho de la paternidad de la obra y los beneficios económicos que le pueda proporcionar.

Como derecho real le otorga a su titular el derecho de uso goce y disposición en forma absoluta. Aunque tiene limitaciones como la propiedad en general, estas son fundamentalmente contingentes. Como derecho personal el derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra, reúne las características de inalienabilidad e intransmisibilidad.

La diferencia esencial con la propiedad en general es su forma de producción: mientras la propiedad en general se adquiere en su forma más originaria con la ocupación la propiedad intelectual se origina en el ingenio humano.

Para justificar la naturaleza esencial de la propiedad intelectual, en el capítulo primero de la investigación se realiza un análisis de los elementos que componen el título de la tesis "La naturaleza jurídica de la propiedad intelectual," con la intención de delimitar el marco teórico, para continuar posteriormente con el estudio de la idea central de la tesis: La propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal. Por lo que además se estudian los derechos reales y en particular el de la propiedad, desde su concepción en el derecho Romano hasta las concepciones de juristas contemporáneos. La adquisición, la protección y las características de la propiedad en general, se estudian con objeto de diferenciarlas de las de la propiedad intelectual.

En el capítulo segundo se hace un análisis, al igual que en el primero pero ahora sobre los derechos personales y sobre todo el período

de influencia para su reconocimiento y protección. El concepto de persona como generadora de conocimiento y sus dimensiones: ética, estética, social, histórica, política, ontológica y jurídica para concluir con el jus-naturalismo y sus diferentes etapas históricas que determinan la forma de protección de los derechos personales.

En el capítulo tercero se inicia con el estudio de concepto, adquisición y características de la propiedad intelectual; así como la presentación de las diferentes teorías sobre la propiedad intelectual, para lo que vale la pena aclarar la variedad de teorías y autores que las presentan: teoría sobre la propiedad, de los derechos personales o personalísimos, de los derechos inmateriales, de los derechos especiales, de los derechos reales, de los derechos patrimoniales, de los derechos especiales, de los derechos de la cultura, de los derechos de clientela, así como las teorías eclécticas.

También en este capítulo se estudian los antecedentes históricos de la propiedad intelectual en general y los factores económicos, políticos, sociales y culturales que influyen en su desarrollo: el Renacimiento, la Invención de la imprenta, la Revolución Francesa, la Revolución Industrial y la Revolución Informática.

El capítulo cuarto hace referencia a los derechos de propiedad intelectual en particular y la clasificación internacional en derechos de autor: obras literarias y artísticas y sus características; la de la propiedad industrial: invenciones y signos distintivos, como las marcas y nombres comerciales.

En el capítulo quinto se analiza el marco legal nacional e internacional con la intención de conocer las ideologías que determinan la concepción sobre la propiedad intelectual en los sistemas de tradición románica y la del *common law*: Estados Unidos, España, Honduras, Chile, Argentina, Italia, Francia y México.

En el mismo capítulo quinto se presentan los aspectos de los tres tratados más importantes y trascendentes de la propiedad intelectual: La Convención de Berna, El Convenio de París y el ADPIC.

Para concluir con esta parte introductoria, se reconoce que uno de los problemas más serios e importantes a los que se puede enfrentar en el estudio de la propiedad intelectual, es el que se refiere a la bibliografía. La mayor parte de los autores que estudian la propiedad intelectual y que se utilizan en esta tesis, explican la naturaleza de la propiedad intelectual con un lenguaje común y poca profundidad, no obstante la importancia tanto nacional como internacional, para explicar la razón o los principios fundamentales en los que se sustenta la legislación.

I. De los derechos Reales Marco Teórico Conceptual

Con la idea de delimitar el marco teórico conceptual, en este primer capítulo se definirán los términos que componen el título de esta tesis sobre "La Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual". Posteriormente se hará énfasis en la propiedad como derecho real.

A. La Naturaleza

Genéricamente la naturaleza es todo lo que se puede captar de manera sensible y en lo que el ser humano no ha participado para su creación. Sin embargo, para el estudio en este trabajo de investigación cuando se hace referencia a la naturaleza, se utilizará en el sentido del conjunto de características fundamentales² y comunes que le son propios a un ser o una cosa.³

En cuanto naturaleza jurídica, el derecho tiene como destinatario el ser humano, el concepto de naturaleza se aplicará no sólo a la de las cosas sino también a la de la naturaleza humana, considerándose lo

² El fundamento se puede conceptualizar como el o los principios que sirven de apoyo, base o soporte de algo.

³ La cosa tiene el carácter de jurídica, ya que se habla de la naturaleza jurídica.

Para concluir con esta parte introductoria, se reconoce que uno de los problemas más serios e importantes a los que se puede enfrentar en el estudio de la propiedad intelectual, es el que se refiere a la bibliografía. La mayor parte de los autores que estudian la propiedad intelectual y que se utilizan en esta tesis, explican la naturaleza de la propiedad intelectual con un lenguaje común y poca profundidad, no obstante la importancia tanto nacional como internacional, para explicar la razón o los principios fundamentales en los que se sustenta la legislación.

I. De los derechos Reales Marco Teórico Conceptual

Con la idea de delimitar el marco teórico conceptual, en este primer capítulo se definirán los términos que componen el título de esta tesis sobre "La Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual". Posteriormente se hará énfasis en la propiedad como derecho real.

A. La Naturaleza

Genéricamente la naturaleza es todo lo que se puede captar de manera sensible y en lo que el ser humano no ha participado para su creación. Sin embargo, para el estudio en este trabajo de investigación cuando se hace referencia a la naturaleza, se utilizará en el sentido del conjunto de características fundamentales² y comunes que le son propios a un ser o una cosa.³

En cuanto naturaleza jurídica, el derecho tiene como destinatario el ser humano, el concepto de naturaleza se aplicará no sólo a la de las cosas sino también a la de la naturaleza humana, considerándose lo

² El fundamento se puede conceptualizar como el o los principios que sirven de apoyo, base o soporte de algo.

³ La cosa tiene el carácter de jurídica, ya que se habla de la naturaleza jurídica.

natural del hombre como destinatario del orden jurídico desde el momento que es, es decir, desde el momento de la concepción.

Por lo que para la determinación de la naturaleza de la propiedad intelectual se describirán los elementos esenciales que le son propios al concepto.

B. La propiedad

Con relación a la propiedad intelectual, éste es un enunciado compuesto de dos términos: propiedad e intelectual.

En consideración a la tradición jurídica romano-germánica, a su forma de recepción en el mundo y con la idea del retorno a sus fuentes en las que se basa la escuela histórica de Savigny, para explicar la esencia de los conceptos modernos, se hace necesario consultar las ideas del derecho romano para encontrar el significado del término de propiedad.⁴

La mayoría de la doctrina sobre la historia del derecho, coincide al exponer que los juristas romanos no definieron el término de propiedad, fundamentalmente por la idea de que los conceptos y el lenguaje con el que se identifica, dificultan englobar en un concepto las diferentes formas en que se puede manifestar la propiedad, la cual esta sujeta a una serie de elementos contingentes de carácter político, económico, social y cultural.⁵ Sin embargo, los romanos utilizaron términos con los cuales se podía identificar a la propiedad, tales como: *mancipium*, *dominium*, *proprietas*.⁶

Mancipium es la acción de tomar con la mano la cosa que se adquiere, acompañada de ciertas fórmulas solemnes y en presencia de testigos. *Dominium* derivado de *dominus*, cuyo significado hace referencia al

⁴ Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 2ª ed. Ariel. España. 1980. p. 31.

⁵ Margadant S., Guillermo Floris. *Derecho Privado Romano*. 21 ed. Esfinge. México. 1995. p. 245.

⁶ Bialstosky, Sara. *Panorama del Derecho Romano*. 5ª ed. UNAM. México. 1998. p.102.

señor como poseedor y propietario. *Proprietas* referido a la propiedad como cualidad del objeto sobre el recae.⁷

De los anteriores significados se puede concluir que para los romanos, la propiedad se podía referir a la fórmula mediante la cual se podía adquirir el bien; al señor que la adquiría, o bien a la calidad con la cual se identificaba el objeto.

Los romanos también identificaron a la propiedad, según los beneficios que pudiera otorgar a su titular: *ius utendi* del *ius utens*, un derecho de uso sobre la cosa; *ius fruendi* del *ius fructus*, un derecho para disfrutar de los beneficios que el bien pueda proporcionar; *ius abutendi* del *ius abusus*, el derecho para disponer plenamente del bien.

Entre los años 1090 y 1230 la escuela de los glosadores, con la intención de lograr la aceptación más generalizada y de aplicación más práctica que teórica acerca del derecho romano, en toda Europa Occidental, y utilizando fundamentalmente la exegética jurídica y los elementos del derecho germánico para interpretar y explicar la letra de la ley, identificaron a la propiedad como el *ius utendi*.⁸ Esta idea del derecho de uso, explicada con una interpretación extensiva incluía la posibilidad de disposición y posesión como elementos del dominio que se ejerce sobre la propiedad.

A los Glosadores siguen los postglosadores o comentaristas desde el año 1230 hasta el renacimiento en el siglo XV, quienes crean una nueva ciencia del derecho, con base en una doctrina elaborada apenas apegada al texto romano influenciada por el derecho germánico y canónico.

Los postglosadores o comentaristas imponen la necesidad de derivar las normas jurídicas de los conceptos, construyendo un nuevo derecho de aplicación práctica y adaptado a las necesidades de la época.⁹ Como en el derecho romano, es evidente que en la técnica de los comentaristas

⁷ *Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español Latino*. 14ª ed. Bibliograf. Barcelona. 1982, p. 291.

⁸ Merryman, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. 2ª ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1997, p. 113.

⁹ Söhm, Rodolfo. Traducción de Wenceslao Roces. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Gráfica Panamericana. México. 1951, p. 81.

tas se utiliza un lenguaje jurídico que debe adaptarse a cada época y lugar determinado.

Tomando como base los términos con lo que en el derecho romano se identifica a la propiedad y con la intención de conceptuar este término, Guillermo Floris Margadant dice que "la propiedad es el derecho de obtener de un objeto toda la satisfacción que éste pueda proporcionar."¹⁰

Destacan en este concepto dos elementos: el objeto¹¹ y los beneficios que éste puede proporcionar. En cuanto al objeto, puede ser conceptuado como una cosa corporal y determinada. Por su origen en el derecho romano y por su contenido, en esta definición sobre la propiedad, Margadant sólo incluye cosas corporales, puesto que la idea del objeto es que éste es una realidad concreta, es decir, dotada de un cuerpo que se percibe por medio de los sentidos. Con relación a la satisfacción que el objeto puede proporcionar, éste se puede entender como los beneficios, ventajas o bienestar que obtiene la persona que posea el derecho sobre el objeto corporal de que se trate.

Se nota también en esta definición que Margadant no aclara si la propiedad es un derecho real o personal, quizá sea por el origen, el cual no es ser necesario aclarar, ya que se encuentra implícita la idea de que la propiedad es un derecho real.

Por otra parte, Rodolfo Söhm define el derecho de propiedad como "el señorío jurídico absoluto sobre una cosa", independiente de las limitaciones que se pueda imponer en favor de personas o del bien público, estas limitaciones agrega Söhm, son de carácter externo y ajenas a la esencia del concepto.¹²

Dos son los elementos que se pueden distinguir del concepto de Söhm: el señorío jurídico absoluto y el objeto sobre el que recae este poder absoluto. Se observa también en las ideas de Söhm que el objeto sobre el cual recae el derecho es un objeto corporal; pero también la

¹⁰ Cfr. Margadant S., Guillermo Floris. *Op., cit.*, p. 244.

¹¹ Un objeto para los romanos era una realidad concreta.

¹² Cfr. Söhm, Rodolfo, *op cit*, p. 163.

idea de este jurista de un señorío absoluto, es un derecho cuya única limitación estaría enfocada solamente en relación de otros derechos similares de aprovechamiento.

Es evidente la influencia del derecho romano en Söhm cuando se refiere al señorío como *dominium* con el que se identifica a la persona que ejerce el derecho sobre el objeto. En Margadant se identifica la idea románica, cuando se refiere al *ius fruendi* al conceptualizar la propiedad con base a los beneficios que el objeto pueda proporcionar.

Por otra parte Lafaille, con la intención de promover la pureza en el lenguaje jurídico, propone reservar la idea del concepto del dominio para el derecho real que se aplica a todas las cosas que están en el comercio y el término de propiedad a todo el género de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria.¹³

Otro concepto clásico sobre el derecho de propiedad es el de Planiol y Ripert quienes lo definen como "el derecho real de usar, gozar y disponer de los bienes en forma absoluta, exclusiva y perpetua."¹⁴ En este concepto se pueden distinguir elementos que diferencian la propiedad de otros derechos reales (*res*): el uso, goce y disposición, en forma absoluta, exclusiva y perpetua; y los bienes sobre los que recaen estos derechos. Se evidencia que Planiol y Ripert más apegados a la doctrina romana, utilizan algunas de las características de la propiedad romana para conceptualizarla, pero agregan otros elementos como la exclusividad y la perpetuidad.

Un elemento fundamental en el que coinciden y se aprecia en los conceptos de Söhm, Planiol y Ripert es el que corresponde al derecho absoluto sobre la propiedad. En el derecho romano también existe este elemento, puesto que el derecho de propiedad aunque tiene limitaciones resultado de su ejercicio, éstas se manifiestan únicamente para asegurar el derecho absoluto de la propiedad de los otros propietarios.

¹³ Lafaille, Héctor. *Tratado de los Derechos Reales*. vol. 1 Ediar. Buenos Aires 1943. p. 356.

¹⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Traducido por José M. Cajica Jr. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Cárdenas Editor. México 1991. p. 199.

Una característica que diferencia las definiciones de Söhm y Margadant con las de Planiol y Ripert es el de la perpetuidad.

Algunas de estas limitaciones están referidas esencialmente a los derechos de sus vecinos, tal es el caso de la limitación del propietario para realizar obras en su propiedad y que perjudique a su vecino, así como el derecho de cortar las ramas del árbol vecino cuando están dentro de su propiedad.

Además del elemento de un derecho absoluto sobre la propiedad, se identifica en cada uno de estos conceptos, uno que se puede considerar como de esencia, es decir fundamental, que es el de las cosas sobre el cual recae el derecho. En cada una de estas definiciones, la propiedad recae sobre las cosas o bienes corporales; es evidente que los autores se refieren a la propiedad como un derecho que recae sobre un objeto sensible y no a los derechos reales en general que también incluyen cosas incorpóreas.

De lo anterior se puede colegir que la naturaleza de la propiedad es un derecho real, cuyo objeto fundamental es el objeto corporal y de realidad concreta en el cual recae el derecho.

También se puede concluir que el concepto de propiedad no es un concepto unívoco, sino multívoco, que ha evolucionado, que es relativo, pero que la doctrina jurídica ha pretendido adecuar a todos los sistemas jurídicos.

Con la única intención de determinar el marco conceptual y en atención a las características de los anteriores conceptos, el derecho de propiedad se puede definir como el derecho real, exclusivo y perpetuo para usar, gozar y disponer de bienes y obtener de ellos todos los beneficios que puedan proporcionar.

Hasta ahora se ha definido el concepto de propiedad, con la intención de delimitar el marco teórico conceptual sobre la esencia de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual.

C. Lo intelectual

El segundo término que se identifica en el título de esta tesis, es el que se refiere a lo intelectual. El concepto **intelectual** se refiere a la inteligencia; del latín *intellectus* que deriva de los términos *intus* = en el interior y *lectus* = leer, es decir leer desde el interior. Lo que se refiere a la inteligencia no tiene cuerpo sensible, es incorpóreo; las producciones de la inteligencia son creaciones y abstracciones del pensamiento.¹⁵

El proceso de abstracción intelectual que surge desde adentro del individuo pasa por diferentes etapas consideradas como los modelos de producción del conocimiento:¹⁶

1. *Inteligencia práctica o modelo mecanicista*: en este modelo el sujeto cognoscente es el pasivo frente al objeto, es el primer proceso de la inteligencia en el que los conocimientos son considerados como reflejos sobre los objetos de conocimiento;
2. *Inteligencia concreta o modelo idealista*: en este modelo de conocimiento el sujeto produce y transforma la realidad; es la capacidad de la persona para operacionalizar los signos y los símbolos, excluyendo cualquier consideración de carácter afectivo;
3. *Inteligencia abstracta o materialista dialéctico*: capacidad de identificar, comparar, distinguir y clasificar las cualidades de un objeto, que a su vez actúa modificando la actividad práctica del sujeto.

Estas tres etapas corresponden a las tres formas elementales del pensamiento: concepto, juicio y razonamiento. Así el concepto pertenece al primer modelo como primera forma de operación intelectual.

Como en el derecho romano no se reconocía como cosas aquello que no tuviera existencia corporal concreta, como las producciones

¹⁵ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Fondo de Cultura Económica. México 1962. p. 408.

¹⁶ Ibarra Barrón, Carlos. *Lógica*. Addison Wesley Longman. México. 1998. p. 55.

culturales e intelectuales, surge el problema de identificar y definir el derecho de propiedad sobre la producción intelectual, pero no sobre el objeto material como el cuadro, la escultura, la pintura, sino la propiedad sobre la producción intelectual contenida en la obra material.¹⁷

El que los romanos no reconocieran los derechos intelectuales es también un aspecto de carácter contingente por la situación política, económica y social de la época y no porque no existieran producciones intelectuales, sino por las consideraciones y la importancia que en la época imperante se tenía de los derechos reales.

El período del Renacimiento se caracteriza por un gran crecimiento intelectual y por el otorgamiento de privilegios, no a los autores sino a los editores de las obras del ingenio, por lo que en el capítulo correspondiente a los acontecimientos que impactaron en el desarrollo de la protección a la producción intelectual, se profundizará sobre el tema.

Por ahora sólo se identificará la idea del intelectualismo como una posición epistemológica que determina que la esencia, existencia y origen del conocimiento es la razón a partir de una serie de conocimientos innatos. Los conceptos innatos,¹⁸ de que fuimos dotados por Dios, son los fundamentos del conocimiento científico universal.

El intelectualismo surge en oposición al materialismo, el empirismo y el realismo que coinciden en que el origen y la esencia del conocimiento están fuera del sujeto y se recibe por medio de los sentidos.

En el siglo XV una serie de eventos, políticos, económicos sociales y culturales provocan la reconsideración del origen del conocimiento. El surgimiento del idealismo como actitud reflexiva acerca de la realidad externa. Las guerras religiosas, las nuevas ideas sobre la tierra y el cielo ya no coinciden con la realidad; se ponen en crisis las ideas del pensamiento humano con relación al mundo exterior.¹⁹

¹⁷ Cfr. Margadant S. Guillermo Floris. *op cit*, p. 232.

¹⁸ Principios lógicos fundamentales: concepto de sustancia, causa, extensión y número. Sustancia, aquello que no necesita de otra cosa para existir.

¹⁹ García Morente, Manuel. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. 7ª ed. Editores Unidos Mexicanos. México. 1984. p. 108.

De lo anterior, se puede concluir que las producciones de la inteligencia son creaciones y abstracciones del pensamiento de naturaleza esencialmente personal no reconocida ni protegida en épocas en las que la situación económica, política, social y cultural no lo permitieron, no porque no existiera sino por razones puramente contingentes.

Una vez esclarecidos los conceptos que integran el título de esta tesis, sobre la "Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual", éste se puede conceptualizar *como al conjunto de derechos, características y principios fundamentales que una persona posee sobre los bienes que son producto de su creación intelectual.*

Ahora, lo que se pretende determinar es, que si los signos y los símbolos lingüísticos con los que se identifica la propiedad intelectual, corresponden con su concepción esencial a un derecho personal o un derecho real.

D. Naturaleza de la propiedad

Como ya se dejó establecido, la propiedad es un concepto multívoco y como institución jurídica es objeto de estudio no solamente por el derecho, sino por la economía, la sociología, la política y la filosofía. Así, que como la mayoría de las instituciones, su concepción y regulación jurídica está influenciada por elementos de carácter contingente.

Gayo, quien realizó innumerables interpretaciones y comentarios a la Ley de las XII Tablas, explicó e interpretó en las Institutas tres manifestaciones del derecho privado: las personas, las cosas y las acciones.

El derecho de las personas está relacionado con el derecho del *pater* sobre las personas sometidas a su potestad; el derecho de las cosas se refiere a las cosas sometidas a su señorío; y en el caso de las acciones considera fundamentalmente las acciones que las personas podían intentar contra las personas obligadas hacia él, a las que denominaba acciones personales y las acciones reales que se intentaban para proteger el derecho sobre las cosas, como la *vindicatio* (acción para defenderse).²⁰

²⁰ Topacio Ferretti, Aldo. *Derecho Romano Patrimonial*. UNAM. México. 1992. p. 13.

De acuerdo con la clasificación de Gayo se evidencia que, sobre los derechos reales, se ejercía un poder absoluto ya que las cosas estaban sometidas al señorío de las personas. La concepción de los derechos reales se identificaba con el señorío o poder que las personas tienen sobre las cosas.

La tradición jurídica se ha referido a la propiedad como el derecho que las personas tienen sobre las cosas para aprovecharse y obtener ventajas sobre ellas. Por lo que se identifica a la propiedad como el derecho real, esencialmente porque recae sobre cosas corporales, de tal suerte que la propiedad y el derecho se confunden y se convierten en uno.

Los otros derechos reales, que surgen posteriormente al de propiedad, como el usufructo o las servidumbres, no confieren a sus titulares las prerrogativas que se otorga a la propiedad y se consideran más bien desmembramientos de la propiedad.

La propiedad así concebida es de naturaleza real por el carácter corporal sobre el cual recae el derecho.

Como ya se explicó en los párrafos anteriores, no obstante que en el derecho romano no se tenía un concepto específico del derecho de propiedad, este se puede definir como el derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, gozar y disponer de bienes corporales (*res corporales*) y obtener de ellos todos los beneficios que puedan proporcionar.

De acuerdo con la mayoría de los conceptos sobre la propiedad, sólo las cosas de existencia cierta, que son útiles y que satisfacen una necesidad humana, son reconocidas como objetos del derecho de propiedad.²¹

Con relación a los objetos a los que se refiere la propiedad, existen múltiples clasificaciones; una de éstas es la que corresponde a la *res corporales* y la *res incorporales*. La *res corporales* son objetos sensibles, que se captan a través de los sentidos porque tienen cuerpo. La *res incorporales*, tienen existencia jurídica ideal, son abstracciones que se producen o captan mediante la inteligencia, no tienen cuerpo sensible. La *res corporales* se refieren a los objetos que se perciben a través de

²¹ Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. s/e, Zaragoza, España. 1987. p. 209.

los sentidos y las incorpóreas se refieren a los derechos: como los reales (a excepción del derecho de propiedad) y los personales.

Por la naturaleza del objeto sobre el cual recae el derecho de propiedad, los romanos lo ubicaron dentro de las cosas corporales, como una cosa real y no dentro de la clasificación de todos los demás derechos incorpóreas, considerados como construcciones ideales. Sin embargo, esta concepción obedece a situaciones de carácter contingente, en virtud de que en determinada época bajo determinadas situaciones no se reconocían los derechos individuales sobre la creación intelectual.

El derecho real por excelencia es el de propiedad y la propiedad recae sobre cosas y las cosas por su naturaleza tienen existencia corporal independientemente de la época, el lugar o la regulación jurídica.

Otra clasificación importante respecto a las cosas que conforman la propiedad, es la que se refiere a la *res mobiles* (cosas muebles) y la *res immobilis* (cosas inmuebles). Son muebles las cosas animadas o inanimadas que por sí o por fuerza externa tienen movilidad. Son inmuebles aquellas cosas que por su naturaleza, por su destino o por disposición de la ley no se pueden mover. Esta clasificación es importante ya que la legislación civil vigente en México en su artículo 758 establece: "Los derechos de autor se consideran bienes muebles."²²

Simple y llanamente la legislación mexicana se refiere a los derechos de autor,²³ sin distinguir el objeto material como derecho real sobre la cual se objetiva la idea general resultado de la actividad intelectual, de la idea misma de naturaleza fundamentalmente personal.

²² Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928 y en vigor a partir del 10 de octubre de 1932, según decreto del 1 de septiembre del mismo año.

²³ Los derechos de autor son una de las formas de propiedad intelectual más importantes.

1. Características de la propiedad

De la definición de propiedad como el derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, gozar y disponer de bienes y obtener de ellos todos los beneficios que puedan proporcionar, se puede deducir los siguientes elementos conceptuales:

1. Derecho real: para referirse a las cosas que tienen existencia sensible y diferenciarlo de otros derechos de esencia incorporeal.
2. Absoluto: con la limitación de permitir a los demás el ejercicio de su derecho, de no traspasar el ejercicio del derecho o limitado por el ejercicio de algún otro derecho real, como el usufructo, la servidumbre o cualquier otro de naturaleza real.
3. Exclusivo: el ejercicio del derecho corresponde sólo a su titular.
4. Perpetuo: se refiere a un derecho definitivo y permanente, que no termina por el transcurso del tiempo; dura tanto como la cosa sobre la que recae y no se extingue por el no uso.
5. Usar, gozar y disponer: *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* obtener del bien toda la satisfacción que este pueda proporcionar y el poder de disponer de él.
6. Bienes: fundamentalmente por ser un derecho real en oposición a los objetos ideales. Los bienes a los que se refiere la propiedad (*res corporales*) son objetos sensibles, que se captan a través de los sentidos porque tienen cuerpo material.

Dos son los elementos esenciales de la definición: 1) el derecho real en cuanto se refiere a cosas de existencia corporal; 2) las cosas son bienes que producen beneficios.

También se pueden distinguir algunos elementos contingentes del concepto: el carácter absoluto, exclusivo y perpetuo del derecho; y los beneficios de usar, gozar y disponer de los bienes sobre los que recae el derecho. Son contingentes porque el carácter absoluto puede estar limitado jurídica o socialmente; el aspecto exclusivo puede estar limitado en la

propiedad común o copropiedad; la perpetuidad puede estar limitada a la expropiación por causa de utilidad pública.

Los beneficios de uso, goce y disposición pueden estar restringidos por otros derechos o garantías reales constituidos sobre la propiedad.

Así la propiedad es confundida con la cosa sobre la cual recae, es tratada como una cosa y no como un derecho.²⁴

2. Formas de adquisición de la propiedad

La ocupación es la principal y originaria forma para constituir la propiedad.

La ocupación es la aprehensión material de una cosa que no pertenece a nadie y con la intención de apropiarse de ella.²⁵

Para los Romanos había cosas que estaban fuera del comercio y que no podían ser objeto de apropiación, por ejemplo: las cosas divinas (*res divini juris*), destinadas fundamentalmente a los dioses y las cosas humanas (*res humani juris*), que comprendían las cosas públicas, las comunes y las que no podían pertenecer a nadie. Todas aquéllas que eran objeto de apropiación pudieron hacerlo mediante alguna de las siguientes formas:²⁶

1. *mancipium*, forma más solemne de transmitir y adquirir todos los derechos de propiedad, mediante la enajenación o venta.
2. *in jure cessio*: una forma de adquisición de la propiedad por cesión de derechos.
3. *adjudicatio*: adjudicación de las cosas hechas por un juez.
4. *assignatio*: asignación, repartición, distribución.

²⁴ Rouast, André. *L'evolution du droit du proprieteè*. Travaux de l'Assotiation Henri Capitant. 1945. p. 45.

²⁵ Radbruch, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista del Derecho Privado. Madrid. 1959. p. 177

²⁶ Cfr. Söhm, Rodolfo, *op. cit.*, p. 157.

5. *usucapio*: la adquisición del dominio de una cosa por la posesión continua y prolongada. Implica la pérdida de los derechos de su antiguo propietario.
6. *traditio*: la acción de entregar una cosa a una persona, con la idea de constituirlo en propietario.
7. *occupatio*: la forma más antigua de apoderamiento, mediante la ocupación de una cosa que carece de dueño.

3. Formas de protección de la propiedad

Uno de los aspectos importantes en la propiedad es la forma de protección contra las perturbaciones que se presenten contra el legítimo titular, en el derecho romano antiguo se pueden identificar, entre otras, las siguientes:²⁷

1. *Legis actio per pignoris capionem*: acción real intentada para el embargo de bienes.
2. *Legis actio vindicatio*: acción reivindicatoria, dirigida para reclamar la entrega de la cosa cuando se encuentre en posesión de otro.
3. *Legis actio negatoria*: acción para defenderse contra las perturbaciones de gozar pacíficamente sobre el derecho de propiedad.
4. *Legis actio per manus injectionem*: acción personal intentada contra el deudor, que consistía en poner la mano sobre la persona del deudor. Esta acción es utilizada también por el deudor encarcelado para defenderse contra el acreedor.

En el antiguo derecho romano anterior al de las XII Tablas, las relaciones jurídicas fundamentales estaban fundadas sobre la base de los derechos

²⁷ Von Ihering, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Volumen 1. Oxford. México. 2001, p. 111.

reales, sobre todo por las relaciones de poder que el *pater* tenía sobre las personas y sobre las cosas. Las acciones personales se traducían en la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación o de realizar una determinada conducta.

Las relaciones entre los jefes de familia provocadas por las necesidades económicas, trajo como resultado el intercambio de mercancías y la idea de otra forma de obligación, resultado de la actividad económica. Esta idea creaba un *nexum* de contenido personalísimo entre el acreedor y el deudor, en donde el deudor se autopignoraba y quedaba sometido al arbitrio del acreedor.²⁸

Los excesos cometidos por el acreedor sobre la persona del deudor originaron la promulgación de la Lex Poetilia Papiria hacia el año 321 a.c.

La Lex Poetilia, prohibía comprometer a la persona del deudor en beneficio del acreedor y se limitaba la garantía solamente a sus bienes.²⁹

Con esto surge la idea del derecho de crédito como la facultad que tiene el acreedor de exigir del deudor el cumplimiento de una obligación, garantizado por una acción personal. Es decir un derecho de crédito u obligación garantizado por una acción personal.

El poder que se ejercía sobre las personas y las cosas impedía la existencia de un verdadero derecho personal inherente a la condición humana, confundiéndose el derecho personal con las acciones personales.

Se considera que esta confusión no se configura en el derecho romano sino en la glosa o durante el período de los comentaristas, quienes utilizan indistintamente el término de derecho personal o derecho de crédito, para hacer referencia al *juris vinculum* que se establece entre las personas del acreedor y el deudor que da origen a las obligaciones.

No obstante la evolución histórica, la doctrina moderna sigue utilizando esta idea de los derechos personales o de crédito como si fueran acciones personales, confundiéndose con los derechos personales inherentes a la condición humana.

²⁸ Cfr. Söhm, Rodolfo. *op. cit.* p. 196.

²⁹ Cfr. Bialostosky, Sara. *op. cit.* p. 122.

Por lo que éste es el momento para afirmar que los derechos personales a los que se hace referencia en esta tesis, son los derechos inherentes a la naturaleza de la persona humana y no a las acciones que corresponden al actor cuando el deudor incumple con las obligaciones.

II. De los derechos Personales Marco Teórico Conceptual

La existencia de derechos inherentes a la condición humana, que no son formulados por el derecho positivo, pero que deben ser reconocidos y protegidos por un cuerpo normativo, ha generado una serie de teorías que estudian su identidad lingüística en las diferentes tradiciones jurídicas: un derecho objetivo (*law*) y un derecho subjetivo (*rights*) son un ejemplo de la diferente apreciación que se tiene el sistema del *Common Law* y en la tradición Romana acerca del derecho y la ley.

Kelsen se refiere al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido y aclara "el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho, sino solamente la protección de aquél interés que el derecho objetivo establezca".³⁰

Ante esta afirmación de Kelsen surge la cuestión de que si los derechos de producción intelectual como interés jurídicamente protegido, lo están porque el estado lo establece o porque son derechos inherentes a la condición humana anteriores y reconocidos por el derecho objetivo.

Por lo anterior y de la misma manera que el concepto de propiedad como derecho real fue objeto de estudio en el capítulo anterior, ahora corresponde el estudio y análisis del concepto de persona como generador del conocimiento en sus diferentes dimensiones.

La identificación de la producción intelectual como un derecho inherente a la condición del ser humano como persona, frente al deber del estado de protegerlo, es una de las razones fundamentales que le dan origen al presente capítulo.

³⁰ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa, México, 1991, p. 146

Por lo que éste es el momento para afirmar que los derechos personales a los que se hace referencia en esta tesis, son los derechos inherentes a la naturaleza de la persona humana y no a las acciones que corresponden al actor cuando el deudor incumple con las obligaciones.

II. De los derechos Personales Marco Teórico Conceptual

La existencia de derechos inherentes a la condición humana, que no son formulados por el derecho positivo, pero que deben ser reconocidos y protegidos por un cuerpo normativo, ha generado una serie de teorías que estudian su identidad lingüística en las diferentes tradiciones jurídicas: un derecho objetivo (*law*) y un derecho subjetivo (*rights*) son un ejemplo de la diferente apreciación que se tiene el sistema del *Common Law* y en la tradición Romana acerca del derecho y la ley.

Kelsen se refiere al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido y aclara "el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho, sino solamente la protección de aquél interés que el derecho objetivo establezca".³⁰

Ante esta afirmación de Kelsen surge la cuestión de que si los derechos de producción intelectual como interés jurídicamente protegido, lo están porque el estado lo establece o porque son derechos inherentes a la condición humana anteriores y reconocidos por el derecho objetivo.

Por lo anterior y de la misma manera que el concepto de propiedad como derecho real fue objeto de estudio en el capítulo anterior, ahora corresponde el estudio y análisis del concepto de persona como generador del conocimiento en sus diferentes dimensiones.

La identificación de la producción intelectual como un derecho inherente a la condición del ser humano como persona, frente al deber del estado de protegerlo, es una de las razones fundamentales que le dan origen al presente capítulo.

³⁰ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa, México, 1991, p. 146

Se pretende esclarecer el concepto de persona y los derechos personales, parte fundamental de esta tesis, ya que la hipótesis central se refiere a que **la propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal**. Por lo que se estudiarán los conceptos de persona, la persona como sujeto de derechos y los derechos personales.

El poder jurídico, económico, social y cultural que durante la época del derecho romano que se ejercía sobre las personas y las cosas, impedía la existencia de un verdadero derecho personal inherente a la condición humana individualmente determinada y un reconocimiento a su esencia natural generadora de conocimiento.

Cuando se habla de la propiedad intelectual se refiere a producciones de la inteligencia humana. El ser humano es esencialmente un ser social y como miembro de la sociedad requiere un cierto ordenamiento natural impuesto por la naturaleza y cognoscible por medio de la razón. La existencia de un derecho natural es necesario y fundamental para la convivencia humana.

Con el problema de la determinación de la naturaleza de la propiedad intelectual surgen también otros problemas, ¿Dónde se origina el conocimiento? ¿En el pensamiento o en la realidad externa? Si la propiedad por su naturaleza recae sobre el objeto corporal, el concepto de intelectual se refiere a la persona, es decir, el sujeto individualmente determinado dotado de razón y de inteligencia; ¿Qué relación hay entre la propiedad del objeto real con el de la producción intelectual?

Uno de los problemas complementarios para establecer la naturaleza de la propiedad intelectual es identificar dónde se origina el conocimiento; si dentro del sujeto o fuera del él. Las corrientes epistemológicas del idealismo y el realismo, impiden tener una idea clara acerca de los dos elementos que componen la propiedad intelectual: la idea y el objeto en el que se materializa.³¹

³¹ Hessen, Juan. *Teoría del Conocimiento*. 18ª ed. Colección Austral. Espasa Calpe Mexicana. México. 1985. p. 79.

Por otra parte el objetivismo que establece que el conocimiento se genera en el objeto y el subjetivismo que propone que el conocimiento se produce en el sujeto.

Según Kant el conocimiento humano es un conocimiento por conceptos que se inicia por los sentidos, pasa por el entendimiento y termina en la razón. En la razón se realiza la abstracción de todo contenido del conocimiento. Así agrega, "todo raciocinio es una forma de deducir de un principio un conocimiento."³²

Por otra parte, Kant considera que en todo raciocinio el entendimiento humano es un conocimiento por conceptos, que se originan en el proceso del pensar espontáneo. Mediante el juicio, se establecen relaciones entre los conceptos y se concluye *a priori* por medio de la razón.³³

Estas teorías influyen en la protección del derecho sobre la producción intelectual; ya que si el conocimiento proviene de la realidad externa, estas producciones corresponden a la sociedad y si provienen de la realidad interna pertenece a su creador.

De estas dos ideologías se puede entender la existencia de la diversidad de teorías para explicar la naturaleza de la propiedad intelectual.

Por ejemplo del realismo y del idealismo se induce el fundamento de las teorías de la personalidad y de la naturaleza cultural de las obras producto del pensamiento humano.

Por otra parte, Bertrand Russell dice que el conocimiento no sólo es de hechos sino de conexiones entre los hechos. De tal manera que estas conexiones se realizan en el intelecto y es donde se genera el verdadero conocimiento.³⁴

En la figura número uno se observa el proceso mediante el cual se genera el conocimiento, que implica no sólo la observación de hechos sino una serie de conexiones que conducen a la verdad.

³² Kant, Manuel. *Crítica de la Razón Pura*. 2ª ed. Porrúa, Mexico, 1973, pp. 168 y 169.

³³ *ibid*, p. 170.

³⁴ Bertrand, Russell. *El Conocimiento Humano*. Planeta-Agostini. Barcelona. 1992. p. 428.

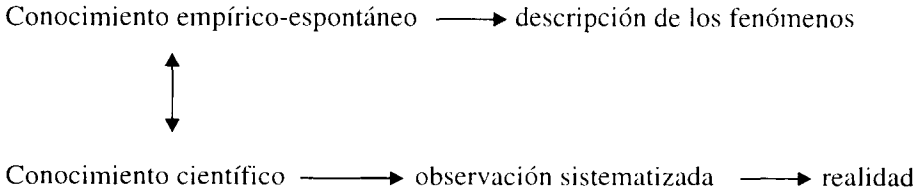


Fig. 1

Por otro lado escribe Larroyo, que los conceptos tienen como función determinar la materia del conocimiento.³⁵

Lo expresado por Larroyo puede ser representado de la siguiente manera:

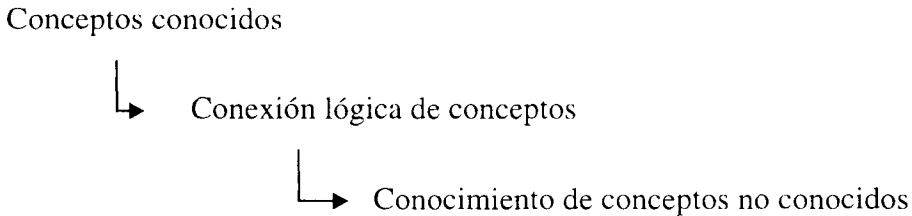


Fig. 2

En la figura tres, se observa otro proceso mediante el cual se diferencia el conocimiento natural que implica solo la relación entre la percepción de objeto y las diferentes conexiones intelectuales que implican una producción de carácter científico propio de la naturaleza humana.

³⁵ Larroyo Francisco y Cevallos Miguel Ángel. *La Lógica de las Ciencias*. Con una Introducción General en la Filosofía. 9ª ed. Porrúa., México, 1956, p. 113.

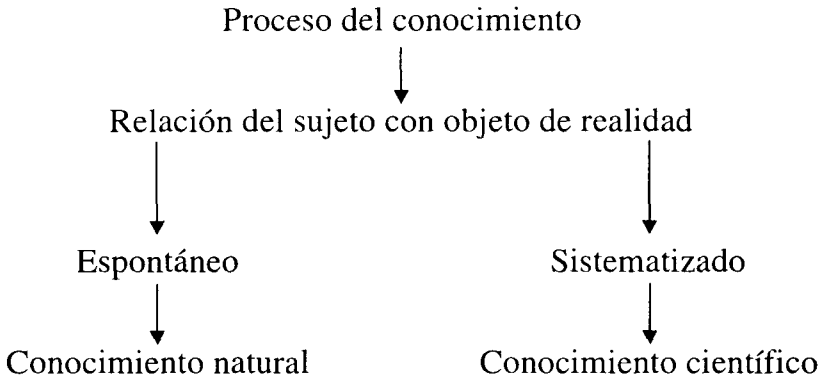


Fig. 3

La oposición entre el sujeto generador de conocimiento y el objeto como producto del mismo, determina la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y su forma de regulación jurídica.

Es evidente que el lenguaje que se utiliza para hacer referencia a los derechos personales se destaca la idea de la persona como titular de derechos, no sólo un derecho sobre las cosas, sino de derechos propios a su naturaleza humana.

A. Concepto de Persona

Kant dice que el hombre considerado como persona "vale decir como sujeto de una razón moralmente práctica, se eleva por encima de cualquier precio, porque como tal (*homo nuomenon*) no puede ser considerado como medio para alcanzar los fines de los demás, y ni siquiera los suyos propios, lo que quiere decir que él posee una dignidad..."³⁶

³⁶ Kant, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. UNAM. México 1968. p. XXXIV.

Desde el punto de vista de la filosofía del hombre, la persona es la expresión de la esencia del ser humano. Santo Tomás dice que "el ser humano es aquel que al mismo tiempo sea animal y racional. Si le faltara uno de sus elementos esenciales ya no sería hombre, no existiría como tal."³⁷

No sólo se concibe el concepto de persona desde el punto de vista filosófico, sino que desde la óptica de la ética la persona es un ser moral por su participación en la formulación de una serie de valores que determinan su misión del deber ser, que tiene que cumplir por su propia cuenta y responsabilidad.

Desde el punto de vista psicológico se habla de la persona concreta, la cual es resultado de una serie de factores biológicos, sociales culturales, como dimensiones del ser humano y que determinan su personalidad.³⁸

Por otro parte desde el punto de vista del lenguaje jurídico, el término de persona expresa al sujeto protagonista de las relaciones jurídicas.³⁹

El concepto de persona como ser humano y parte de la naturaleza es multidimensional y cada una de sus manifestaciones y dimensiones desarrollan su propia identidad e individualidad, única e irrepetible, generadora de conocimientos que determinan su propio crecimiento.

1. Dimensión Ontológica

El hombre es un ser en camino, posee propiedades trascendentales. El hombre no es sólo materia sino que también es espíritu. Ningún hombre en cuanto viva puede considerarse logrado, captado y alcanzado. Marchamos

³⁷ De Aquino, Santo Tomás. *Opúsculo sobre el ser y la esencia*. 2ª ed. Editorial Tradición. México 1979. p. 10.

³⁸ Gutiérrez Saénz, Raúl. *Introducción a la Antropología Filosófica*. 10ª ed. Esfinge. México. 1998, p. 25.

³⁹ Hervada, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*. 2ª ed. Editora de Revistas. México. 1988, p. 116.

hacia la plenitud objetiva en el orden del ser.⁴⁰ El fin último del hombre es la felicidad de conocer y alcanzar a Dios.

Pero ¿qué es el hombre? Una nada frente al universo, un todo frente a la nada, un medio entre la nada y el todo. Ante la imposibilidad de explicarse de la nada de donde ha salido y el universo en el que se encuentra involucrado, el hombre se ha lanzado a la búsqueda y conocimiento del principio y fin de todas las cosas. El conocimiento es una de las operaciones más comunes e importante de la vida humana.

Dentro de la extensa unidad de la naturaleza humana cada uno de los hombres posee una entidad única, original e irrepetible, que lo hace que ningún otro ente le sea idéntico.

Heinecio dice: "el hombre fue creado por Dios para buscar su felicidad, que consiste en el goce del bien, esto es, de todo lo que le conserva y perfecciona; y como no se puede buscar activamente una cosa sin deseársela, sin amarla, será el amor la fuente del derecho."⁴¹ Joaquín Xirau, citado por el Maestro Basave⁴² dice que "el amor es una actitud particular a la cual se le pueden asignar cuatro notas fundamentales:

- a. El amor supone abundancia de la vida interior,
- b. El sentido y valor de las personas y de las cosas aparece a la conciencia amorosa en su radiación más alta,
- c. Hay en amor ilusión, transfiguración, *vita nuova* o *renovata*,
- d. La plenitud del amor supone reciprocidad y, por lo tanto, en algún sentido fusión".

De la necesidad de alcanzar su plenitud el hombre se une a otros para lograr sus objetivos, ya que no puede hacer nada el uno sin el otro. En la reproducción por ejemplo; la unión de los sexos es un mandato divino y

⁴⁰ Cfr. Basave, Fernández del Valle Agustín, *op. cit.* p. 56.

⁴¹ Silva Santistéban, José. *Derecho Natural*. Casa de José Mesías. Lima, 3ª ed. s/f, p. 40.

⁴² Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del Hombre*. Colección Austral. México. 1963, p. 62.

una necesidad humana para la perpetuación de la especie y dejar tras de sí un ser formado a su imagen.⁴³

2. Dimensión Social

Hugo Grocio (1583-1645) dice que el hombre es un ser sociable y en ello fundamenta la existencia de un derecho natural y afirma que lo esencial de la naturaleza humana, es el *appetitus societatis*, entendiendo la naturaleza del hombre a vivir en comunidad pacíficamente y bajo reglas sensatas con sus semejantes. El hombre es un animal social.⁴⁴

La filosofía estoíca cuyo origen es obra de Zenón, establecía que el ser humano existía dentro de un sistema social organizado por un derecho esencialmente racional. Por su desamparo ontológico y por su afán de plenitud el hombre es un ser esencialmente social.⁴⁵

3. Dimensión Religiosa

Desde la época del derecho romano, el derecho y la religión estuvieron ligados a la actividad humana. En la búsqueda de una explicación sobre su existencia y una explicación al misterio de la vida, dos interrogantes acompañan a los hombres: ¿de dónde procedemos? y ¿hacia dónde nos dirigimos?

Por su naturaleza, la persona posee un sentimiento religioso de plenitud existencial. Toda la humanidad se ha ocupado de la religión, los legisladores se han ocupado de ella como el objeto de la más alta importancia.⁴⁶

⁴³ Aristóteles. *La Política*. Colección Austral. 12ª ed. Madrid. 1974. p. 22.

⁴⁴ Stammler, Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción a la 2ª ed. Alemana por W. Roces. Editora Nacional, México 1974, p. 40.

⁴⁵ Friederich, Joachimin Carl. *La Filosofía del Derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica México. 1964, p. 47.

⁴⁶ Balmes, Jaime. *El Criterio*. Librería de A. Bournet y Morel. París. 1849. p. 211.

El hombre no puede liberarse de la religión porque es inherente con su esencia, los hechos religiosos se encuentran en la historia de todos los pueblos.

En la dimensión religiosa, la inteligencia y el conocimiento humano actúan con la intención de explicarse todo lo que lo rodea. La cultura dice el Dr. Basave "está coloreada de religiosidad en todos su aspectos".⁴⁷

4. Dimensión Estética

Hegel (1770-1831) dice que las tres formas de manifestación del espíritu absoluto son: el arte, la religión y la filosofía. Desde sus orígenes el hombre ha dado señales de poseer una gran sensibilidad frente a la belleza.

Los instrumentos más rudimentarios, elaborados para sus actividades cotidianas, aparecen labrados con un toque de belleza.

La dimensión estética del hombre se encuentra en su espíritu, no es sólo un acto de contemplación, sino que incluye un acto de reflexión y gozo de la belleza. La dimensión estética del hombre es una experiencia de unidad entre el mundo sensible y el espiritual. La obra de arte es producto de la libertad humana y la expresión de su espíritu.

El Dr. Basave escribe "los hombres presentan una constante histórica: su dimensión estética, su sed de belleza".⁴⁸

5. Dimensión Ética

El hombre es un ser moral formado de relaciones. El orden ético se produce dentro de la conciencia del ser humano, quien posee una aspiración de paz interior, pero no por ser de carácter interno no se manifiesta externamente. La caridad por ejemplo, no basta con tener un deseo interno

⁴⁷ Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del Hombre*, op. cit. p. 259.

⁴⁸ Basave Fernández del Valle, Agustín. *Tratado de Filosofía*. Limusa. México. 1996. p. 109.

de realizarla, sino que deberá el hombre conducirse externamente para alcanzarla.

Ayudar al prójimo no basta con desearlo, sino que deberá exteriorizarse para que tenga valor. Algunas exigencias éticas son: la justicia, la libertad, la caridad.

Con relación a la dimensión ética del hombre, dice Kant: "Cuando el hombre obra de tal manera que la máxima de su acción, como máxima de universal existencia, realiza un acto bueno. No hay nada en el mundo absolutamente bueno fuera de la buena voluntad."⁴⁹

El Dr. Basave escribe "la vida humana tiene una textura ética. No se trata de algo que se pueda o no se pueda tener, sino que de la existencia del hombre antes de ser honesta o inhonesta, es moral".⁵⁰

6. Dimensión Histórica

El hombre es un ser en la historia, hace historia en cuanto está vinculado al tiempo y el espacio. La dimensión histórica del hombre está ligada a la descripción de los hechos pasados sobre determinados acontecimientos y los efectos en el presente.

La historia es un proceso interno que aproxima al sujeto con el objeto; es la identificación del hombre con otra realidad que le permite avanzar hacia el progreso.⁵¹

Adicionalmente la existencia humana se desenvuelve entre dos acontecimientos históricos de carácter biológico: el nacimiento y la muerte.

⁴⁹ Kant, Manuel. *Crítica de la Razón Pura*, op. cit., p. 20.

⁵⁰ Cfr. Basave Fernández del Valle, Agustín. *Tratado de Filosofía*. Op.cit. p.103.

⁵¹ Berdiaeff, Nicolás. *El sentido de la historia*. 2ª ed. Editorial Araluce. Barcelona. 1943. p. 24.

7. Dimensión Política

Dice Aristóteles "La naturaleza arrastra, pues, instintivamente a todos los hombres a la asociación política."⁵²

La dimensión política del hombre está determinada por su libre actuación para alcanzar un fin. Todo estado es una asociación de hombres en vista de obtener un bien común; es una comunidad política privilegiada. El poder político cuando se ejerce justa y legítimamente es el poder del pueblo. La idea del bien común y la justicia es el vínculo que mantiene unida a una sociedad.

8. Dimensión jurídica⁵³

El ordenamiento jurídico tiene como destinatario a la persona, preexistente a la norma. La norma, por su objeto, no existiría, no tendría sentido, ni intención si no existiera la persona.⁵⁴

El derecho como conjunto de normas jurídicas dictadas por autoridad legítima que ordenan y regulan las relaciones seguras, justas y objetivas al servicio del ser humano, le permiten defender sus derechos naturales:⁵⁵ derecho a la vida, a la salud, al trabajo, a la elección del domicilio, a la libertad corporal, de pensamiento, de palabra, derecho a la verdad, al respeto a la dignidad de su persona.

Cuando se habla del derecho natural se habla del hombre como realidad central de la sociedad y portador de derechos que le son inherentes a su propio ser ontológico, y no sólo a su dignidad como persona.

⁵² Cfr Aristóteles, *op. cit.*, p. 24.

⁵³ Hoyos Castañeda, Ilva Myriam. *El concepto de Persona y los Derechos Humanos*. Universidad de la Sabana. Colombia. 1991, p. 85.

⁵⁴ Branca Giuseppe, *Institución di Diritto Privato*. 6ª ed N. Zanichelli, Editores. Bologna, 1975. p. 103.

⁵⁵ Kalinowski, Georges. *Concepto Fundamento y Concreción del Derecho*. Abeledo-Perrot. Argentina 1982, p. 104.

El fundamento primero y último de todo derecho natural y positivo es el de la naturaleza del hombre en todas sus dimensiones, la historicidad no afecta su naturaleza.

Los derechos naturales no son enunciados abstractos sino cosas reales y concretas atribuidas a una persona por su propia naturaleza. El homicidio no es una acción antijurídica porque el estado le ha dado ese carácter, sino porque el derecho la vida es un derecho natural propio de la esencia del hombre. El estado reconoce un orden jurídico determinado por el derecho natural y su valor está determinado por una razón natural.

El fundamento y esencia del derecho natural es la persona humana en todas sus dimensiones y manifestaciones.

En cada una de las dimensiones en las que el ser humano se ve integrado son dinámicas, es decir han evolucionado con el hombre mismo. Es evidente que en el período feudal, época en la que el señor feudal no sólo es el amo y señor de las tierras sino también de las personas que en ellas habitan; la consideración de la persona tiene otro significado.

Durante este período, de privilegios al señor feudal, que dura desde el siglo IX termina en Europa por una serie de acontecimientos ideológicos, políticos, económicos, sociales y jurídicos tales como; el Renacimiento en Italia; la Revolución Industrial en Inglaterra; en Francia, termina después de la Revolución Francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.⁵⁶

Todos estos acontecimientos fueron promovidos por personas quienes tomaron la decisión de expresar su pensamiento y dieron origen a una serie de ideologías y discursos de carácter jurídico, político, económico y social que encontraron eco en la sociedad de la época y sobretodo formas de divulgación mediante la naciente imprenta a finales del siglo XV. Este período es conocido por la historia como la Ilustración.

⁵⁶ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo v, Selecciones del Reader's Digest. México. 1986. p. 1469.

La idea de la naturaleza provocó el resurgimiento, con un nuevo enfoque, de uno de los movimientos ideológico-jurídico más importantes para el reconocimiento de los derechos personales inherentes a la condición humana; el jusnaturalismo.

B. El Jusnaturalismo

El signo lingüístico con el que se designa al jusnaturalismo, es un signo compuesto de dos elementos: el jus y lo natural. Por lo que antes de abordar al estudio del jusnaturalismo como posición ideológica es necesario elaborar un concepto y delimitar el marco de estudio.

El *jus* para los romanos es el derecho, aquello que pertenecía a los hombres como derecho. De ahí el término de *justitia* como la virtud de dar a cada hombre lo que le correspondía y el *ars juris* como el arte del derecho: el arte de averiguar lo que le corresponde a cada hombre por su naturaleza.⁵⁷

Estas conceptualizaciones del derecho romano, permiten identificar a la justicia en la dimensión fundamental del derecho y los principios y fines del jusnaturalismo.

Elaborar un concepto de derecho ha sido uno de los más grandes retos de la doctrina jurídica. La palabra derecho significa lo que es recto en oposición a lo que no es. El derecho como norma significa regla y ésta es el instrumento que sirve para trazar líneas rectas. Así el derecho aplicado a la dimensión del hombre, es el instrumento que se utiliza para trazar conductas rectas. Así que lo que se aleje de conducir éstas conductas rectas no será derecho.

El concepto de derecho se utiliza para diferenciar a las normas jurídicas de otras manifestaciones de la voluntad humana: la moral, los usos convencionales, la estética, la economía o la política. Para algunos

⁵⁷ Cfr. Stammler, Rudolf, *op.cit.* p. 29.

teóricos se entiende por derecho, el conjunto de normas jurídicas eficaces para regular la conducta humana.

Miguel Villoro Toranzo define el derecho como "un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos por la realidad histórica".⁵⁸

El Maestro Basave ha propuesto la siguiente definición del derecho: "El derecho es una regla de vida social, una ordenación positiva y justa, establecida por la autoridad competente en vista del bien público temporal".⁵⁹

En sentido estricto el concepto de natural se refiere principalmente al orden de la naturaleza, a lo que no es cultura; todo aquello que el entendimiento puede captar de algún modo sensible y en donde el ser humano no ha participado en su creación. El ser humano es el supuesto fundamental sobre el cual se edifica toda la ciencia del derecho.

Como el derecho tiene como destinatario el ser humano, el concepto de naturaleza se aplicará únicamente al de la naturaleza humana. Lo natural del hombre como destinatario del orden jurídico desde el momento que es, es decir, desde el momento de la concepción.

Cuando se habla del jusnaturalismo, se habla fundamentalmente del derecho propio de la naturaleza humana, (derecho natural) independientemente del origen del orden jurídico.

Thomasius (1655-1728) piensa que la aspiración natural del hombre es la de vivir felizmente y durante el mayor tiempo posible.⁶⁰

El derecho natural puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas inherentes al ser humano y que le permiten alcanzar su aspiración de vivir justa y felizmente durante el mayor tiempo posible. Para tener más claro qué es el derecho natural, se presentan a continuación las

⁵⁸ Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1990. p. 127.

⁵⁹ Basave Fernández del Valle, Agustín. *Apuntes sobre la Dimensión jurídica del hombre*. s/f, s/e, entregados como material de estudio para el curso de Filosofía del Derecho, dentro del programa de Doctorado en Derecho. UANL, febrero de 2000.

⁶⁰ Cfr. Stammler, Rudolf, *op.cit.*, p. 41.

ideas de algunos distinguidos iusfilósofos que han expuesto su posición sobre el derecho natural.

Hugo Grocio definió al derecho natural con base a la necesidad innata de los hombres de vivir en sociedad; como aquello que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre. Las grandes aportaciones de Grocio se ven ensombrecidas al considerar al derecho natural en una sola dimensión del ser humano. La persona no sólo tiene una dimensión social, sino que la persona es un ser multidimensional.

Rudolf Stammler concibe el derecho natural como algo que excede a toda experiencia, que no tiene realidad empírica, pero que sirve de guía para el conocimiento de la realidad.

El Doctor Agustín Basave Fernández del Valle escribe, que el derecho natural es "un conjunto de normas supremas, evidentes e intrínsecamente válidas, cognoscibles por la razón del ser humano y congruentes con su naturaleza, que declaran, regulan y limitan la libre actividad humana en cuanto es necesario para la consecución armónica de los fines individuales y colectivos de la vida social".⁶¹

1. Momentos históricos del Jusnaturalismo

En todos los conceptos anteriormente analizados, se pueden distinguir elementos conceptuales influenciados por los pensamientos filosóficos de cada época en las que se concibió el iusnaturalismo.

1. El jusnaturalismo teológico: en los primeros siglos de la vida de los romanos el derecho y la religión estuvieron ligados. Los jurisconsultos romanos, distinguieron entre el *ius fas*, *ius civile*, *ius gentium* y *ius naturale*.
 - 1.1. El *ius fas* es el derecho sagrado, constituido por normas jurídicas, que regulan las relaciones de los seres humanos con la divinidad.

⁶¹ Cfr. Basave Fernández del Valle, Agustín. *Tratado de Filosofía*, op. cit. p. 213.

1.2 El *ius civile*, esta constituido por un conjunto de normas jurídicas estrictas y tradicionales reservadas fundamentalmente para ordenar las relaciones de los ciudadanos romanos.

1.3 El *ius gentium*, basado en principios de equidad y en la ley natural de todas las cosas; se concebía como el conjunto de reglas aplicables a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad. Es la parte del derecho romano que coincide en sus principios fundamentales con el derecho privado de otras naciones. Con el *ius gentium*, el *ius civile* se va transformando de un derecho local a un derecho común y universal.

1.4 El *ius naturale* esta integrado por todas las leyes que la naturaleza impone a los seres animados dotados de conciencia y de razón. Entendida la razón en un doble sentido: razón con relación a la mente humana; la razón o motivo, es decir, las causas o fines que motivan de manera diversa a los actos de los hombres.

En la Edad Media, la filosofía escolástica se concentró en los estudios sobre las tesis de Aristóteles, así como la íntima relación de la filosofía con la teología. Santo Tomás decía que el derecho natural es emanación de la ley natural universal que a su vez es la eterna ley grabada por Dios en el hombre y lo distinguía del derecho positivo emanada de la voluntad humana.⁶²

2. **El jusnaturalismo racionalista:** hacia el siglo XV se inicia una gradual separación de la filosofía política de la teología.⁶³ Surge un derecho natural cuyo contenido se origina en la recta razón. Una serie de sucesos históricos, políticos, económicos, sociales y científicos en los que los conceptos creados por Aristóteles no concuerdan con la realidad. Se inicia una nueva concepción

⁶² Cfr. Stammler, Rudolf, *op. cit.* p. 33.

⁶³ Sabine, George H. *Historia de la Teoría de la Política*. Fondo de Cultura Económica. México. 1981. p. 308.

del derecho como producto de la razón basado en principios de igualdad y libertad.

3. **El jusnaturalismo moderno:** hacia finales del siglo XIX el derecho natural se transforma en su contenido, ya que la palabra naturaleza no se emplea ya aludiendo a la ley suprema, sino a una serie de deseos y aspiraciones comunes a la naturaleza humana.

El jusnaturalismo moderno se presenta como una contraposición entre la coacción y la razón individual.

El período del jusnaturalismo moderno coincide con la época del surgimiento de la ideología de Augusto Comte (1798-1857) sobre el positivismo. Esta teoría rechaza cualquier especulación abstracta y conocimiento que se aleje de la realidad y que no se pueda hacer constar por la experiencia sensible. El positivismo es de tendencias realista, utilitarista y relativista, por lo que también rechaza toda intención absolutista.

A principios del siglo XX, con la primera guerra mundial y el nacimiento del totalitarismo fueron rechazadas las ideas positivistas de una norma válida sólo porque el estado las ha proclamado. Este sustento es una violación a los preceptos o principios más elementales de lo recto y de lo justo.

La palabra precepto se aplica a las reglas prácticas dictadas para la convivencia social y que fundamentan los deberes y derechos de los hombres tanto en sus relaciones individuales como sociales.

Algunos distinguidos juristas, como el Maestro Basave a estos preceptos los denomina principios evidentes, supremos y universales.⁶⁴ Mauricio Fioravanti, los denomina libertades⁶⁵ y Sergio T. Azúa los clasifica como principios generales del derecho.⁶⁶ Sin pretender ser exhaustivo a continuación se presentan algunos de los principios que fundamentan el derecho:

⁶⁴ Cfr. Basave Fernández del Valle, Agustín. *Tratado de Filosofía. op. cit.* p. 215.

⁶⁵ Fioravanti, Mauricio. *Los Derechos Fundamentales.* Trotta, Madrid, 1996, p. 24.

⁶⁶ Azúa Reyes, Sergio T. *Los Principios Generales del Derecho.* 2ª ed. Porrúa, México, 1998. pp. 64 y ss.

1. Vivir honestamente,
2. No dañar a otro,
3. Dar a cada quien lo suyo,
4. Seguridad de la ley,
5. Distribución de la propiedad,
6. La buena fe,
7. La igualdad ante la ley,
8. La fidelidad ante los compromisos,
9. La equidad,
10. La protección de los carentes de capacidad jurídica,
11. Los derechos basados en el parentesco consanguíneo,
12. La Libertad intelectual,
13. Honestidad en los tratos,
14. Limitación de los poderes del estado,
15. Tolerancia religiosa.

Se aprecia de todos estos principios el que corresponde a la **libertad intelectual** como fundamental a la naturaleza humana.

La ciencia formula generalizaciones empíricas basada en principios ya establecidos. Santo Tomás escribe: "En rigor científico toda ciencia aplicada está suponiendo los principios de la ciencia teórica fundamental, en la que se analizan los primeros principios".⁶⁷

Existe una verdadera ley, la recta razón congruente con la naturaleza, que se extiende a los hombres y es única, constante, eterna e inmutable que obliga a todos y para todos los tiempos, quien no la reconoce, desconoce su propia naturaleza de hombre.

Los hombres son iguales en su esencia: poseen una dignidad, poseen razón y un conocimiento general de lo que es bueno y lo que es malo, de la honestidad y de la deshonestidad, de la justicia y de la injusticia.

A la vuelta de un siglo de positivismo jurídico resucita la idea de un derecho superior a la ley, de carácter supralegal, para medir las leyes

⁶⁷ Cfr. De Aquino, Santo Tomás, *op.cit.* p. 8.

positivas cuando sean contrarias a derecho, independientemente de la denominación que pueda recibir; derecho divino, derecho de la naturaleza o como un derecho de la razón. Esta idea de derecho hace resurgir el concepto de derecho natural que se ostentaba en las antiguas universidades.⁶⁸

Uno de los factores que dieron origen y desarrollo de las universidades medievales fue el resurgimiento de la jurisprudencia. El derecho que se enseñó en las universidades, a finales del siglo XI no era el derecho positivo,⁶⁹ sino el derecho romano contenido en la compilación de Justiniano.

Con la escuela de jurisprudencia de Ravena, el derecho romano se introduce en la práctica, pero la escuela de Irnerio le da un carácter de ciencia a la jurisprudencia y se propone tres objetivos fundamentales en su escuela:⁷⁰

1. Dar un carácter autónomo al estudio del derecho,
2. El estudio el derecho justiniano en los textos originales,
3. El establecimiento del **verdadero** significado de la compilación de Justiniano.

La idea del derecho natural nunca dejó de estar en el pensamiento de los jurisconsultos europeos y resurgió debido a la expansión de la actividad estatal y como antídoto contra el positivismo; pero no con base en verdades eternas de una ley natural inmutable, sino en principios básicos y fundamentales inalterables pertenecientes a la dimensión jurídica del hombre y de una sociedad libre.

La nueva idea del derecho natural hace resurgir la concepción romana del *ius*, la idea de lo justo y lo recto como la base de todo derecho.

⁶⁸ Radbruch, Gustavo. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993. p. 180.

⁶⁹ El derecho europeo era predominantemente, local, tribal y consuetudinario que carecía de principios jurídicos.

⁷⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando. *La Universidad, Epopeya Medieval*. UNAM. México 1987. p. 31.

Duguit escribió: "Es perfectamente legítimo rehusar la obediencia a una ley que es contraria a lo que es justo".⁷¹

A partir del siglo XIX el derecho ya no era el concepto romano. El arte del derecho cambia por el concepto de ciencia del derecho que se refiere fundamentalmente a la aplicación de la norma jurídica⁷² para establecer un orden en la sociedad con el objeto de resolver las controversias y dar una solución justa a los conflictos de intereses en casos concretos.

Sin embargo, quienes han sido los defensores y promotores de una ciencia jurídica que tiene como objeto el conocimiento empírico producto de la aplicación de la norma, no se dieron cuenta que el concepto universal de derecho y sus categorías fundamentales son previos a la experiencia humana.

El derecho natural ha existido en todos los tiempos y en todas las civilizaciones. En cualquier pueblo, puede haber diferencias de raza, religión, cultura, pero en cualquiera de ellas, el hombre puede ser considerado como un sujeto de relaciones sociales en las que aspira al bien común y la justicia, pero sobre todo aspira al reconocimiento de sus **derechos personales**.

A diferencia de los derechos reales, los derechos personales son extra-patrimoniales, es decir no son objeto de valorización pecuniaria, pero esto no significa que su violación no pueda repercutir en el patrimonio de la persona lesionada.

Al lado de la doctrina jurídica, el desarrollo económico de la época impacta directamente en cuanto al reconocimiento de la propiedad como un derecho económico de naturaleza personal.

La doctrina de las fisiócratas de la escuela de Francois Quesney hacia 1756, considera a la propiedad territorial como el fundamento del orden natural. Uno de los principales exponentes de la fisiocracia es

⁷¹ Friederich, Carl Joachim. *La Filosofía del Derecho*, op. cit. p. 261.

⁷² Este concepto de derecho con relación a la aplicación de la norma hace referencia fundamentalmente al derecho positivo.

Mercier de la Riviere quien dice: "es imposible no reconocer el derecho de propiedad como una institución divina", por ser el medio para "perpetuar la gran obra de la creación." En la fisiocracia se considera que "la propiedad territorial es una consecuencia de la propiedad personal".⁷³

Aunque no es el motivo de esta tesis la crítica a la teoría de los fisiócratas, es evidente que el ambiente rural que se vivía en Francia en la etapa pre-revolucionaria, se menospreciaba la actividad industrial y comercial por ser actividades que no aportan nada, porque el hombre no es creador. Era tal la influencia del naturalismo de la época que solo el orden natural, para los fisiócratas era el mejor, por encima del orden artificial establecido por el hombre.

Se considera que las actividades industriales y comerciales no sólo aportan nuevas formas de desarrollo, sino que estas formas de desarrollo innovadoras y creativas son propias del pensamiento humano, y dan origen a la producción intelectual.

III. Propiedad Intelectual

A. Concepto

David Rangel Medina escribe acerca de la propiedad intelectual, que es el "conjunto de derechos resultantes de las concepciones de la inteligencia y del trabajo intelectual, contemplados principalmente desde el aspecto del provecho material que de ellos pueda resultar."⁷⁴

Se observa en la concepción sobre la propiedad intelectual que hace Rangel Medina, el énfasis en el provecho económico que puede resultar de la propiedad intelectual. Por otro lado identifica a los derechos producto

⁷³ Gómez Granillo, Moisés. *Breve Historia de las Doctrinas Económicas*. 2ª ed. Esfinge. México. 2000. pp. 53 y 54.

⁷⁴ Rangel Medina, David. *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. No. 23-24. México. Enero-Dic. 1974, p. 40.

Mercier de la Riviere quien dice: "es imposible no reconocer el derecho de propiedad como una institución divina", por ser el medio para "perpetuar la gran obra de la creación." En la fisiocracia se considera que "la propiedad territorial es una consecuencia de la propiedad personal".⁷³

Aunque no es el motivo de esta tesis la crítica a la teoría de los fisiócratas, es evidente que el ambiente rural que se vivía en Francia en la etapa pre-revolucionaria, se menospreciaba la actividad industrial y comercial por ser actividades que no aportan nada, porque el hombre no es creador. Era tal la influencia del naturalismo de la época que solo el orden natural, para los fisiócratas era el mejor, por encima del orden artificial establecido por el hombre.

Se considera que las actividades industriales y comerciales no sólo aportan nuevas formas de desarrollo, sino que estas formas de desarrollo innovadoras y creativas son propias del pensamiento humano, y dan origen a la producción intelectual.

III. Propiedad Intelectual

A. Concepto

David Rangel Medina escribe acerca de la propiedad intelectual, que es el "conjunto de derechos resultantes de las concepciones de la inteligencia y del trabajo intelectual, contemplados principalmente desde el aspecto del provecho material que de ellos pueda resultar."⁷⁴

Se observa en la concepción sobre la propiedad intelectual que hace Rangel Medina, el énfasis en el provecho económico que puede resultar de la propiedad intelectual. Por otro lado identifica a los derechos producto

⁷³ Gómez Granillo, Moisés. *Breve Historia de las Doctrinas Económicas*. 2ª ed. Esfinge. México. 2000. pp. 53 y 54.

⁷⁴ Rangel Medina, David. *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. No. 23-24. México. Enero-Dic. 1974, p. 40.

de la inteligencia desde el punto de vista del derecho patrimonial. Sin embargo, la producción intelectual no garantiza el éxito económico que ésta le puede generar a su creador, pero prevalece su derecho moral a ser reconocido como el autor de la misma.

Por otra parte, Luis Diez-Picazo, Antonio Gullón, Castán Tobeñas, al igual que otros autores y siguiendo con la tradición de la ley de propiedad intelectual española, hablan de la propiedad intelectual para referirse fundamentalmente a los derechos de autor cuyo origen son las obras literarias y artísticas y la distinguen de la propiedad industrial en la que se incluyen a las patentes y otras formas de aplicación a la industria.⁷⁵

Giuseppe Branca, habla de los derechos sobre las obras del ingenio, como bienes inmateriales, para referirse a los derechos del autor o del inventor los cuales no se confunden con la obra material en el que se fija.⁷⁶

Independientemente de la denominación y del objeto al cual se aplican: obras literarias, artísticas o patentes, en cada una de ellas existe un elemento esencial: cada uno de los objetos materiales sobre los cuales se reconoce el derecho, son productos originados en la inteligencia humana.

Por tal motivo y atendiendo a la naturaleza de la propiedad intelectual se puede decir que *es un derecho real de naturaleza personal derivado de la producción del ingenio humano que permite al autor el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y obtener los beneficios económicos que le pueda proporcionar.*

Según Luis Alberto Peña Guzmán, los derechos intelectuales surgieron con la intención de proteger el esfuerzo de intelecto humano cuando realiza una obra con un considerable aporte espiritual, caracterizado por el elemento de originalidad.⁷⁷

Como aproximación a la esencia de esta tesis, se puede afirmar que en virtud de que la producción intelectual es un proceso previo al producto material, la naturaleza de la producción intelectual es incorporal,

⁷⁵ Diez-Picazo Luis y Gullón Antonio. *Sistema de Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 6ª. ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 228 .

⁷⁶ Cfr. Branca Giuseppe, *op. cit.*, p. 101.

⁷⁷ Peña Guzmán, Luis Alberto. *Derecho Civil. Derechos Reales II*. TEA. Buenos Aires. 1975. p. 357.

en cuanto es un conocimiento que proviene del intelecto humano. Con esto se puede identificar la primera diferencia entre la propiedad intelectual y la propiedad en general: mientras la propiedad intelectual, respecto a las ideas de origen personal, es de naturaleza incorporea, la propiedad en general, en cuanto al derecho real, es de naturaleza corporea.

José Castán Tobeñas dice que la propiedad intelectual "es un conjunto de derechos que la ley reconoce al autor sobre la obra producto de la inteligencia y fundamentalmente la facultad de autorizar o negar la reproducción de aquélla".⁷⁸

Esta definición es de carácter formalista, ya que se refiere a los derechos que la ley reconoce en favor del autor. Claramente se identifica que el reconocimiento es posterior por la existencia previa del derecho sobre la producción intelectual. Con lo que surge un problema adicional al que ya se planteó; ¿La creación intelectual está constituida por los derechos que tiene el autor sobre la obra por que la ley se los reconoce? o ¿Se los reconoce porque la producción es anterior a la legislación?

Se considera especialmente que la producción de la inteligencia es propiedad de su creador por su propia naturaleza y no porque la ley así se los reconoce, es un derecho inherente a la naturaleza humana. El derecho sobre las creaciones humanas es anterior a la norma, es un derecho que pertenece a las personas por su naturaleza y no porque la ley así lo dispone.

Dos son los elementos fundamentales que se desprenden de la definición de Castán Tobeñas:

1. Conjunto de derechos reconocidos al autor sobre el producto de la inteligencia: en virtud de ser un reconocimiento al autor, éste se refiere fundamentalmente al carácter personal y moral de los derechos de producción intelectual; es el vínculo espiritual entre la creación (autor) y el producto (obra). Estos derechos

⁷⁸ Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II, Editorial Reus. Madrid 1978. p. 577.

son de carácter personal no-patrimonial que corresponden a la **producción** intelectual del autor como emanación de su persona y su naturaleza humana y,

2. La facultad de autorizar o negar la **reproducción** de la obra: este derecho puede tener un interés de carácter económico y se refiere esencialmente a los derechos patrimoniales que se puedan obtener sobre el bien producido de carácter corporal.

Todo lo que produce la inteligencia humana es propiedad originaria de su autor. Por su origen y su aplicación, la producción intelectual se ha agrupado en dos ramas fundamentales: los derechos de autor, que se refiere genéricamente a las obras literarias, artísticas y otras análogas; y la propiedad industrial en donde se incluyen los derechos sobre invenciones, marcas y secretos industriales.⁷⁹

Algunos autores hablan del derecho intelectual para referirse al conjunto de normas que regulan las prerrogativas y beneficios que las leyes reconocen a favor de los autores y sus causahabientes por la creación de obras artísticas, científicas, industriales y comerciales.⁸⁰

Estas concepciones son esencialmente formalistas, ya que se refieren a las prerrogativas que la ley reconoce a los autores sobre su creación intelectual.

Pero el derecho no es intelectual, sino que las producciones científicas y literarias son de creación intelectual, y los derechos derivados pertenecen a la persona por su propia naturaleza humana y por su carácter multidimensional y generador del conocimiento.

Considerando los objetos a los cuales se aplica pero no la naturaleza y con base en los anteriores conceptos, *se entiende por propiedad inte-*

⁷⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Organismo de las Naciones Unidas, creado para promover la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo, mediante convenio que establece la firmado en Estocolmo el 14 julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁸⁰ Rangel Medina, David. *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Intelectual*. Mc Graw Hill. México. 1998, p. 1.

lectual al conjunto de derechos de carácter patrimonial y no patrimonial, que pertenecen en forma exclusiva a las personas por su naturaleza y como los autores de obras intelectuales originales e innovadoras de aplicación industrial, así como a los de obras artísticas, literarias y todas aquéllas que sean de carácter análogo.

A continuación se explican algunos de los elementos que se desprenden de este concepto sobre la propiedad intelectual:

1. Derechos de carácter patrimonial y no patrimonial. El término patrimonio se deriva del latín *patrimonium* = *res patria, res familiaris* (*patri* = *pater* = *padre*) que significa los bienes que se poseen de los padres. En sentido estricto el aspecto patrimonial se refiere esencialmente a lo que pertenece a una persona por razón de patria o de su padre. En razón de su patria por el reconocimiento y protección que le pueda ofrecer el estado mediante una norma protectora o promotora; en razón de su padre por *hereditas, in jure cessio* o cualquier otra forma derivada. Lo no patrimonial lo que pertenece a la persona por él y no porque le fue dado o heredado. En sentido estricto se pueden identificar en los derechos no-patrimoniales los derechos morales de los autores, es decir, el derecho derivado del autor como productor de la obra.⁸¹
2. Exclusividad: implica que excluye la posibilidad de que otro haga uso del derecho sin autorización del titular. Este privilegio otorga a su titular el derecho, como el único autorizado, de explotar la producción intelectual.

⁸¹ Artículo 6 bis 1. Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. Convenio de Roma del 3 de junio de 1928. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Acta de París del 24 julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

3. Originales e innovación: la originalidad y la innovación son dos de los elementos fundamentales en la producción intelectual en este concepto se incluye a los autores de las obras y a los derechohabientes para los casos en que el titular de la innovación no sea el productor original.
4. El titular del derecho: El creador es el titular del derecho. Sólo la naturaleza humana es capaz de abstraer y de producir.
5. Ramas de protección: propiedad autoral que puede ser definida como el conjunto de derechos de carácter patrimonial y moral reconocidos a los autores de obras literarias y artísticas sobre su producción intelectual. Propiedad intelectual a la que se denomina propiedad industrial tiene como fundamento las creaciones e innovaciones de tipo técnico, tales como: un producto innovador, una mejora a un producto, un diseño original, un proceso nuevo; así como los que se refieren a los signos de diferenciación de bienes y servicios, los avisos comerciales y los nombres comerciales.

Como ya se dejó asentado en los párrafos que anteceden, la propiedad es un concepto que esencialmente se refiere a cosas corporales y el concepto de lo intelectual, hace referencia a las abstracciones del pensamiento; de las denominaciones anteriores se puede deducir que la denominación propiedad intelectual posee dos sentidos; uno de contradicción y otro de complementación:

1. Sentido de contradicción: el derecho propiedad es corpóreo y el proceso de abstracción intelectual es incorpóreo.
2. Sentido de complementación: el enunciado con el que se designa a la propiedad intelectual posee dos signos lingüísticos que se complementan y que incluyen los derechos corpóreos constituidos por la obra material (propiedad) e incorpóreos relacionados con la abstracción de las ideas contenidas en la obra material (intelectual).

Hasta ahora en ninguna de las definiciones anteriores los autores se han preocupado por incluir un aspecto de la propiedad intelectual y que lo diferencia de la propiedad en general: la temporalidad de los derechos intelectuales que le imprimen las legislaturas. Una de las razones quizá sea el que la temporalidad es un elemento no esencial y de carácter contingente.

1. Adquisición de la propiedad intelectual

Una de las características fundamentales del derecho de propiedad en general es su forma de adquisición. La propiedad en general, nace para la persona en el momento en que la adquiere. La forma más primitiva mediante la cual se adquiere la propiedad es la *occupatio*, en su forma más solemne mediante la *mancipium* o en cualquiera de las otras formas derivadas existentes.

Otra diferencia además del carácter temporal de la propiedad intelectual en relación con la propiedad en general como derecho real, es que aquélla no se adquiere, sino que es un proceso de creación de la inteligencia humana. Pero no cualquier producción intelectual sino aquélla que reúna las características de originalidad y novedad, es decir, que sea nueva y producto de la creatividad humana, ya que no se puede crear lo que ya existe.

La concepción Aristotélica de que el hombre es un ser racional aparece fundamentalmente unida a su capacidad creativa. Todo lo que no pertenece a la naturaleza es producción cultural. El hombre participa desde su origen en el desarrollo cultural. Los derechos derivados de la producción intelectual se refieren a la protección de las ideas contenidas en una obra material, no es sólo sobre la obra sino sobre la producción intelectual del sujeto.

En los derechos de propiedad intelectual se pueden distinguir dos aspectos elementales: 1) las ideas; aspectos de carácter incorporal y 2) la obra material; de naturaleza corporal.

2. Características de la propiedad intelectual

Como ya se dejó asentado en los párrafos que anteceden, la propiedad intelectual se puede conceptuar como un derecho real de naturaleza personal derivado de la producción del ingenio humano, independientemente de la denominación que se le atribuya, que permite al autor el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y obtener los beneficios económicos que le pueda proporcionar.

Es un derecho real en cuanto recaen en objetos corporales; es un derecho personal por su origen en el intelecto humano. Como propiedad, le permite al autor reivindicar su paternidad y obtener los derechos económicos que el derecho real pueda producir.

Ahora bien, tomando en consideración el objeto al cual se aplica, se entiende por propiedad intelectual al conjunto de derechos y obligaciones, que de manera exclusiva le corresponden a las personas que por su naturaleza son consideradas como los autores de obras intelectuales originales e innovadoras que se aplican al sector industrial, así como a los de obras artísticas y literarias.

Dos son los elementos esenciales de este concepto:

1. Es una producción humana por virtud de un proceso de abstracción racional de las ideas contenidas en el pensamiento.
2. Los derechos recaen no sólo en la objetivación material de las ideas, sino también en el contenido ideal.

El derecho moral sobre la producción del ingenio humano, considerado el derecho personal del autor, no se confunde con el objeto material en el que se fijan las ideas, considerado como el derecho real.

Se distinguen algunos elementos contingentes en el concepto anterior: obras de aplicación industrial, artísticas y literarias. Son contingentes porque están determinadas por el nombre con las que se les reconozca en una época determinada por la situación económica, política, social o jurídica: invenciones, marcas, nombres comerciales, modelos industria-

les, denominaciones de origen; o bien obras literarias, cinematográficas, fotográficas, audiovisuales, musicales, etc.

3. Clasificación de los derechos de acuerdo a su naturaleza jurídica

A lo largo de la historia se han identificado innumerables clasificaciones de los derechos de acuerdo a su naturaleza, una de las más importantes es la de Gayo indentificaba en las Institutas, tres tipos de derechos: 1) Los derechos reales; 2) los derechos personales y; 3) las acciones.⁸²

Otra de las clasificaciones, ya en la época moderna, es la de Edmond Picard promotor de la Ley Belga sobre derechos de autor de 1886, considerado el creador de la teoría de los derechos intelectuales que agrega, a la teoría clásica del derecho Romano, una nueva categoría de derechos:⁸³

1. Derechos personales (*jura in persona propria*): patria potestad, matrimonio, mayoría de edad, interdicción, etc.
2. Derechos obligacionales (*jura in altero*): Compraventa, arrendamiento, mandato, etc.
3. Derechos reales (*jura in re materiali*): propiedad, usufructo, servidumbre, etc.
4. Derechos intelectuales (*jura in re intellectuali*): patentes, derechos de autor, marcas de fábrica, etc. Nueva denominación que agrega Picard a la de la tradición Romana.

Picard menciona, que regularmente se clasifica a la propiedad intelectual dentro de los derechos reales, con la intención de respetar la teoría clásica de la división romana. Sin embargo, los partidarios de esta idea

⁸² Cfr. Topacio Ferretti, Aldo, *op. cit.*, p. 13.

⁸³ Castrejón García, Gabino Eduardo. *El Derecho Marcario y la Propiedad Industrial*. Cárdenas Editor. México. 1999. p. 91.

pretenden explicar las características de los derechos intelectuales con el cartabón de los derechos reales y específicamente los de la propiedad, lo que resulta en muchas ocasiones forzar los elementos constitutivos. La propiedad intelectual dice, requiere un régimen distinto.⁸⁴

Se considera acertada la denominación que Picard le otorga a los derechos intelectuales. Sin embargo, ésta no responde necesariamente a la naturaleza; sino a una nomenclatura de concepción para diferenciarla de la tradicional teoría Romana.

En la propiedad intelectual, existe un lazo indisoluble entre la idea y la producción material en la que se objetiva, pero no se confunde. La propiedad intelectual, en cuanto propiedad que recae sobre objetos materiales, reúne las características de un derecho real. En lo que se refiere a su origen en el pensamiento humano, es un derecho de naturaleza personal. Si en el pensamiento no se genera un producto que se pueda materializar, no nace el derecho real. Se deduce entonces, que la propiedad intelectual es un derecho real que tiene su origen en la naturaleza personal.

El libro, por ejemplo, es el soporte físico en el que se materializa la obra. Las formas personales como se expresan las ideas están protegidas a favor del autor. Lo que se transfiere es el soporte físico en el que se encuentra el pensamiento del autor y no las ideas las cuales siguen perteneciendo a su creador ya que la expresión de las ideas son derechos personales con características de inalienables e intransmisibles.

En el mismo sentido explica Kant que un libro es un escrito que representa un discurso que el autor en nombre propio dirige al público. Quien a nombre del autor habla al público, se le llama editor.⁸⁵

El libro se compone en parte de un producto del arte del editor, al que se le denomina derecho real. Pero agrega Kant, que el libro además está compuesto por el discurso del autor, un derecho personal, que no puede ser reproducido sin consentimiento del autor.⁸⁶

⁸⁴ Cfr. Castrejón García, Gabino Eduardo, *op. cit.*, p. 92.

⁸⁵ Cfr. Kant, Immanuel. *op. cit.* p. 111.

⁸⁶ Cfr. *op. cit.* p. 113.

Los derechos reales surgen como resultado de la adquisición de estos objetos corporales (*iura in re corporale*). Con la adquisición de éstos también se obtienen ciertas facultades que se ejercen de manera absoluta, directa e inmediata sobre la cosa.

El derecho real más importante, por considerarse el más completo, es el derecho de propiedad. Se reconocen otros derechos reales sobre los cuales no se considera que su titular posea una facultad absoluta sino derechos limitados, tales como: el usufructo, la servidumbre y el de superficie.

El intercambio que se presentó como consecuencia de la transferencia de estos objetos materiales y con la intención de satisfacer las necesidades económicas de la familia, trajo también como resultado el surgimiento de otras relaciones jurídicas, tales como obligaciones y derechos de crédito.

Los derechos de crédito, en su origen, fueron considerados como derechos personales, en virtud de la autopignoración que hacía la persona del deudor al someterse a la voluntad del acreedor para garantizar sus obligaciones. De ahí la conceptualización de derechos personales como la facultad que tiene una persona llamada acreedor de exigir de otra, denominada deudor, la realización de determinada conducta.

Los excesos cometidos por el acreedor sobre la persona del deudor, originaron la sanción de la Lex Poetilia Papiria, hacia el año 321 a. c., la cual prohibió comprometer a la persona en provecho del acreedor, autorizando a comprometer sólo los bienes del deudor.⁸⁷

La Lex Poetilia determina el punto de inicio de la concepción moderna de la obligación, al promover que la responsabilidad del deudor se limitará a sus bienes e impedirá comprometer su persona. Con los derechos de crédito, en los que ahora sólo se pueden comprometer los bienes, se da origen también a los derechos reales de garantía: prenda e hipoteca.

⁸⁷ Pérez Lasala, José Luis. *Derechos reales y derechos de crédito*. Buenos Aires. Depalma. 1967. p. 17.

Así que el término de derechos personales, hace referencia a los derechos inherentes a la persona que le corresponden por su propia naturaleza, y constituyen los postulados del Derecho Natural, independientemente de la denominación con los que se les designe: derechos naturales, derechos inmutables, derechos del hombre, derechos civiles, derechos personalísimos, o de la personalidad, los cuales reúnen las características de intransferibilidad e inalienabilidad, ya que son derechos innatos de la persona dada su naturaleza humana y verificables por medio de la razón.

4. Denominación de propiedad intelectual por el objeto al cual se aplica

Es importante aclarar que la denominación no responde necesariamente a la naturaleza, sino que en muchas ocasiones la nomenclatura responde a una explicación para justificar su forma de regulación jurídica.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) dice que la propiedad intelectual se refiere fundamentalmente a las creaciones de la mente humana y se divide en dos categorías: la propiedad industrial y el derecho de autor.⁸⁸

La actividad del intelecto humano que tiene por objeto la solución concreta de problemas específicos y que se aplica a las invenciones, a las marcas, nombres comerciales, avisos comerciales, dibujos industriales, modelos industriales y denominaciones de origen, ha sido identificada como **derecho industrial**.

La actividad intelectual que se aplica a la creación de obras literarias y artísticas se le denomina **Derechos de Autor**.

La nomenclatura o denominación se confunden con la naturaleza, por eso existen innumerables teorías, juristas y escuelas que pretenden resolver el problema de la naturaleza con una denominación.

⁸⁸ <http://www.wipo.org/spa/general/ipip/intro.htm>

Lo que si se puede distinguir en los conceptos iniciales de derechos industriales y derechos de autor, es que éstos son producto de una actividad del ingenio humano.

B. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual

Tomando en consideración la clasificación más moderna sobre la producción intelectual propuesta por la Organización Mundial de la Propiedad intelectual en propiedad industrial y en derechos de autor, que tiene su origen en las Convenciones de París de 1883 y de 1886, se describirán múltiples y muy variadas teorías acerca de su naturaleza aunque de acuerdo con la posición de esta tesis responden fundamentalmente más a su contenido de carácter político, económico, social, histórico y cultural, que a su esencia.

La doctrina jurídica y el derecho positivo han pretendido ubicar en alguna de las siguientes posiciones la naturaleza de la propiedad intelectual:

1. Teoría de la propiedad

Teoría Francesa surgida con motivo de la Revolución Francesa instituyó el 24 de Julio de 1793, una ley para proteger a los autores de obras intelectuales como un verdadero derecho real de propiedad. De tal suerte que considera la propiedad autoral como un poder jurídico directo e inmediato sobre la producción de la inteligencia y de la que se pueden obtener todas las satisfacciones que el bien pueda producir.

Miguel Ángel Emery, cita al caballero de Boufflers en quien se inspira la ley Francesa sobre patentes del 24 de julio de 1793 que dice: "Si existe para un hombre una verdadera propiedad, es su pensamiento, ...tal propiedad es personal, independiente y anterior a toda transacción."⁸⁹

⁸⁹ Emery, Miguel Ángel. *Propiedad Intelectual*. 1ª. Reimpresión. Ediciones Astrea. Buenos Aires. 2001 p. 5.

Más tarde, cita Emery, entre 1810 y 1860 la jurisprudencia francesa incorpora los derechos morales o personalísimos, que ligan al autor a la obra después de la enajenación, y se le otorga el derecho a oponerse a la modificación y a la divulgación. Hacia 1878 en la Conferencia Internacional de París de 1878 se establecía que un hombre tiene el derecho natural de sus ideas.

Se observa que estas denominaciones, están influenciadas fundamentalmente por la ideas iusnaturalistas de la época, por lo que la posición del derecho real cambia y da origen a la teoría de los derechos personales o personalísimos.

2. Teoría del derecho personal o personalísimo

Teoría seguida fundamentalmente en Francia y Alemania, es propuesta por Kant (1724-1804) y Gierke posteriormente (1841-1921), considera que la producción de una obra intelectual es producto de la persona, este derecho dice es independiente del derecho patrimonial y debe ser considerada extensión de la personalidad, que se manifiesta por medio de la creación material.

Los derechos de la personalidad son considerados como "el conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir en definitiva manifestaciones de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual."⁹⁰

En este mismo sentido la doctrina Italiana se ha manifestado por la doctrina de los derechos personales. Di Franco sostiene que: *Che i risultati dell'attività intellettuale debbano riltersi così intimamente coessi con la personalità di cui sono emanazioni, da avere ad obbietto la persona stessa dell' autore richiedendo, in conseguenza le difese giuridiche che a questi si spettano a tutela della integrità corporales, della libertà, della reputazione, dell'onore.*⁹¹

⁹⁰ Lasarte, Carlos. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. 7ª ed., Tecnos. Madrid. 1996. p. 107.

⁹¹ Di, Franco. *Tratado della proprietà industriale*. Società Editrice Libreria. Milano. 1933. p. 9.

Esta teoría aplicable en la parte que corresponde a la creación intelectual, y los derechos de las personas como un derecho a la integridad corporal, a la libertad del autor de su honor y reputación pero nada expresa de la obra material en la que fijan las ideas y que le representan derechos patrimoniales.

Esta teoría da origen al derecho moral, al considerar que la propiedad intelectual constituye un derecho inherente a la persona del autor. Este derecho, agrega Kant, es inalienable al autor.⁹²

El discurso idelógico de Kant en relación a la teoría de los derechos personales o personalísimos y la naturaleza incorporeal de los mismos influencia a Köhler, quien considera a la propiedad intelectual dentro de los bienes inmateriales.

3. Teoría de los derechos sobre bienes inmateriales

Köhler⁹³ es el autor de esta teoría, que sostiene al igual que Schopenhauer que "la obra intelectual es propiedad de su autor". Al igual que Picard, agrega una nueva categoría de derechos para diferenciarla de los derechos reales, personales y las obligaciones, propuesta por los jurisconsultos romanos.

La producción intelectual siendo una abstracción de las ideas del pensamiento, puede ser considerada como inmaterial.

La idea de los bienes inmateriales que tiene su origen en la creación del intelecto es incompleta para aplicarse a la de la propiedad intelectual, porque solamente se refiere a la protección de la idea y confunde el derecho con el objeto corporal al cual se aplica el derecho, tal y como se hace con el derecho de propiedad en la tradición romana.

⁹² Perez de Ontiveros Baquero, Carmen. *Derecho de Autor: La Facultad de decidir la divulgación*. Civitas. Madrid 1993. p. 37.

⁹³ Köhler, Guiseppe. *Manuale delle privative industriali*. Milán. 1914. p. 15.

Según Joao de Gama Cerqueira, la principal aportación de Köhler es otorgarle a la propiedad inmaterial un carácter de temporalidad para diferenciarlo de la perpetuidad que caracteriza a la propiedad material, agregando además la clasificación de bienes inmateriales de la propiedad intelectual a la categoría tradicional de corporales e incorporeales.⁹⁴

4. Teoría del derecho real sobre cosas incorporeales

Ebs una teoría ecléctica apoyada en las ideas de Köhler y la teoría francesa de la propiedad apoyada por Planiol y Ripert; en Italia es apoyada por Messineo; por Puig Brutau y Gómez Segade en la doctrina española;⁹⁵ explica que el derecho de propiedad intelectual, aunque no reúne los requisitos de la propiedad en general, puede ser considerada como un derecho real pero sobre cosas incorporeales. Propuesta por Ferrara y Rodríguez Arias.

Concibe a la propiedad intelectual como un derecho *erga omnes*. Esta teoría se apoya en el contenido y la tutela de la ley sobre el derecho corporal, pero no incorpora la idea como producción intelectual de naturaleza personal sino que fusiona a ambas siguiendo la idea de la naturaleza de la propiedad en donde no se distingue el derecho del bien mismo. El objeto es incorporeal; se refiere a la idea a la que se le identifica como derecho real.

Efectivamente esta teoría puede aplicarse en parte a la propiedad intelectual ya que se refiere fundamentalmente a una cosa incorporeal, pero no incluye el proceso intelectual de abstracción, como un derecho personal propio de la naturaleza humana.

Es una de las teorías aceptable en parte, ya que no reconoce la naturaleza material de la obra real, por considerar únicamente los bienes

⁹⁴ Cerqueira, Joao de Gama. *El Derecho de Autor como Derecho de Propiedad*. Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística, 8 Julio-Diciembre. 1966 p. 260.

⁹⁵ Correa, Carlos M. y Bergel Salvador D. *Patentes y Competencia*. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 1996. p. 19.

inmateriales, en la que se materializa la obra intelectual que garantiza el respeto de la actividad personal del creador y de la cual no se puede separar.

5. Teoría del privilegio o monopolio de derecho privado

Como un dominio exclusivo sobre la producción intelectual para impedir a otros no autorizados la reproducción. Pero antes de otorgar el monopolio a los autores se otorgó a las editores y a las corporaciones.

Esta teoría se apoya fundamentalmente en la idea de la naturaleza del derecho que el estado le otorga al creador de la obra intelectual para explotarla de manera exclusiva en su beneficio por un tiempo determinado. (Laband, Roguin y Valverde).⁹⁶

De contenido histórico-formal, esta teoría, no se refiere a la naturaleza esencial de la propiedad intelectual. Su deficiencia estriba principalmente en el hecho de no reconocer la creación intelectual, sino solamente el derecho como privilegio o monopolio que se otorga al editor para la explotación material de la obra del ingenio.

Stolfi, autor Italiano escribe: *a quei tempi tutti I dritti mettevano capo al Sovrano, che poili conferiva ai sudditi, e talvolta anche agli stranieri, soto forma di privilegio. Era naturale di concedere privilegi librari, artistici e industriali a chi gli piacere, e che poteva essere persona diversa dall'autore, dall'artista, dall'inventore. Anche in tale condizione di cose, una teoria dei dirriti degli autori era impossibile perchè cio che si ottiene mercecè privilegio consegue efficacia giuridica da tale concessione, no dall'intima sua natura.*⁹⁷

Así la naturaleza de esta teoría se refiere fundamentalmente a la de la concesión del privilegio otorgado por el soberano a los libreros, artistas e industriales y no a los autores de la obra, lo cual impedía tener una

⁹⁶ Nava Negrete, Justo. *Derecho de la Marcas*. Porrúa. México. 1985. p.136.

⁹⁷ Stolfi, Nicola. *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística* 7 Enero-Junio de 1966, p. 41.

teoría del derecho de autor o de propiedad intelectual en relación a la persona generadora de conocimientos.

6. Teoría del derecho patrimonial

Josserand, tratadista Francés apoyado en la teoría de Picard, considera al lado de los derechos reales y los personales o de crédito, una tercera categoría que son los derechos patrimoniales, constituida por los derechos intelectuales a los que también denomina derechos de clientela.⁹⁸ Desde la perspectiva de ésta tesis, dos son los errores que se pueden distinguir en la teoría de Josserand: primero, al considerar los derechos personales o de crédito como sinónimos y segundo al asimilar los derechos intelectuales como de clientela, otorgando un carácter patrimonial en una época en la que se iniciaba un gradual reconocimiento a los derechos personales del autor.

Esta teoría no responde a la naturaleza de la propiedad intelectual sino a una clasificación de los derechos subjetivos. En lo que corresponde a los derechos personales y de crédito son derechos diferentes ya que los personales se refieren a los derechos de la persona por su naturaleza y los de crédito corresponden a las obligaciones.

Lo patrimonial deriva de los términos del latín *pater* = padre o *patri* = patria; es lo que pertenece a la persona porque le fue reconocido por su patria o heredado por su padre, aunque su connotación actual sea específicamente al carácter económico.

7. Teoría del derecho intelectual

Edmond Picard es el creador de la teoría de los derechos intelectuales quien agrega una cuarta categoría a la división tripartita del derecho

⁹⁸ Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo VIII. Ediciones Driskill. Argentina 1978. p. 363.

romano de los derechos personales, derechos reales y obligaciones. Picard introduce el concepto de derechos intelectuales⁹⁹ y considera que están integrados por dos elementos: uno moral y otro patrimonial.

Una gran aportación a la teoría del derecho de Picard, en cuanto a nominar un derecho que hasta entonces no se reconocía, como es el de los derechos intelectuales para referirse a la propiedad intelectual. Picard reduce su teoría a la idea del origen de la producción intelectual pero no hace referencia a su naturaleza y los diferencia de los reales y los personales solo por su nomenclatura. Esta denominación no responde a la esencia de la producción intelectual como un derecho propio de la naturaleza humana.

Es una de las teorías más acertadas en cuanto a la denominación, pero no en cuanto a la naturaleza de los derechos intelectuales.

Si se considera que el derecho moral es un derecho personal y el patrimonial es un derecho real, entonces la propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal.

8. Teoría del derecho personal-patrimonial

Los partidarios de esta teoría, explican que la propiedad intelectual representa un derecho de dominio sobre bienes intelectuales, que por su naturaleza especial abarca un contenido de aspectos de carácter personal y de carácter patrimonial, por lo que debe considerarse como derecho personal-patrimonial.

La producción intelectual es un talento personal; la persona ha sido dotada de una cualidad racional. La posibilidad de una producción intelectual le fue dada por su naturaleza humana. En cuanto al aspecto patrimonial si se acepta que lo patrimonial es un derecho real, entonces esta teoría podría considerar que la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal.

⁹⁹ Loredó Hill, Adolfo. *Nuevo Derecho Autoral Mexicano*. Fondo de Cultura Económica. México. 2000. p. 62.

9. Teoría del derecho de propiedad mueble

Teoría formalista adoptada fundamentalmente por el Código Civil vigente en México, cuando clasifica a los derechos de autor en la categoría de bienes muebles. También este Código adopta la teoría de la propiedad especial al remitir su estudio a la ley correspondiente de los derechos de autor.

Los bienes que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro por sí o por terceros. Si se considera que la producción intelectual es una obra material, es posible que pueda ser considerada como un bien mueble, pero los derechos son sobre la producción intelectual que pertenecen a la persona por su propia naturaleza racional.

10. Teoría del derecho de propiedad especial¹⁰⁰

Teoría formalista española basada sólo por estar regulada por una legislación especial se le otorga esta categoría.¹⁰¹ Esta teoría que propone Claudio Couhin sostiene que la propiedad industrial es una propiedad especial, que posee un conjunto de reglas particulares, y expresa que la propiedad intelectual se caracteriza fundamentalmente por el derecho exclusivo de reproducción.

Es evidente que esta teoría al igual que la del derecho de propiedad, se refiere únicamente al derecho sobre la obra material que se caracteriza por el derecho de explotación de la misma y no considera el proceso de abstracción intelectual previo a la producción material.

¹⁰⁰ Pachón Muñoz, Manuel. *Manual de Derechos de Autor*. Temis. Bogotá 1988. p. 8.

¹⁰¹ Marín Pérez, Pascual. *Derecho Civil, volumen III Derechos Reales y Registrales*. Tecnos. Madrid. 1984, p. 95.

11. Teoría del privilegio cultural

La cultura es todo en lo que el hombre ha participado para su producción. Sin embargo, la cultura no necesariamente es considerada como una producción individual sino como patrimonio de la sociedad. Como privilegio no expresa la esencia de la propiedad intelectual, sino su condición formal.

Esta teoría influenciada posiblemente por el realismo y empirismo de la época en la que el conocimiento provenía de la realidad externa.

12. Teoría del privilegio público

Tiene su origen en los privilegios que fueron otorgados por el rey durante la edad media y el renacimiento hasta antes de los movimientos ideológicos del Renacimiento. Estos privilegios exclusivos eran otorgados a los industriales, editores y demás corporaciones sobre la explotación patrimonial de las obras intelectuales. Además de la intención económica había un interés político de control de las ideas de la época.

Cada una de estas teorías tiene un valor fundamental, por sus aportaciones para esclarecer la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, pero también constituyen problemas jurídicos al no existir una directriz que ofrezca una respuesta a la naturaleza esencial de la institución jurídica que satisfaga las necesidades de las diferentes tradiciones jurídicas y que no necesariamente responda a aspectos históricos, políticos, económicos, sociales y culturales en una época y un país determinado.

El problema de los derechos de producción intelectual es un problema de términos y conceptos, no de esencia, independientemente de la denominación que se le pretenda asignar la propiedad intelectual posee una esencia fundamental.

Los derechos sobre la propiedad intelectual son derechos desconocidos en una época y lugar determinado y como consecuencia no reconocidos, aunque inherentes a la condición humana.

Se considera de particular importancia la aportación de la teoría de Picard, en cuanto a la formulación del término de **derechos intelectuales** aunque no distingue su carácter fundamental de naturaleza personal y se reduce a una simple nomenclatura de términos y conceptos.

C. Factores de influencia en las teorías sobre la naturaleza de la propiedad intelectual

Vivimos en un mundo de profundas transformaciones políticas, económicas, sociales y culturales, éstas evidentemente tienen su influencia en la forma de concebir a la propiedad intelectual. Pero la naturaleza esencial no cambia, se podría considerar, en algunos casos, que se ajusta a las necesidades de cada momento.

Grandes acontecimientos han determinado las dimensiones de la sociedad y su desarrollo en materia de propiedad intelectual. Sin hacer una lista exhaustiva o limitativa, se pretende mencionar solo algunos: la invención de la imprenta, la revolución industrial, la revolución francesa y la revolución de la informática.

El Renacimiento y la invención de la imprenta corresponden a una época en la que se inicia la divulgación masiva de ideologías que más tarde provocan los cambios en las estructuras políticas, económicas, sociales y jurídicas del siglo XVIII, período en los que se dan la revolución industrial y la revolución francesa. Estos acontecimientos determinan el panorama inicial del siglo XIX.¹⁰²

1. La Invención de la Imprenta

En el siglo XV se inicia una gradual caída del pensamiento filosófico de la época basado fundamentalmente en el realismo Aristotélico, desplazado

¹⁰² Margadant F., Guillermo. *Panorama de la Historia Universal del Derecho*. 6ª ed., Porrúa. México 1998. p. 295.

por el idealismo filosófico. Los conceptos hasta entonces desarrollados ya no concuerdan con la realidad.¹⁰³

El ambiente humanista renacentista fue un gran estímulo para el desarrollo del conocimiento técnico y cultural. Este período corresponde también al del pensamiento del jusnaturalismo racionalista.

La invención de la imprenta de tipos móviles de Gutenberg desarrollada y utilizada entre 1434 y 1439 en Francia, influye en la forma de ver al mundo de esa época, pero sobre todo la divulgación de ideologías que conformaron a un grupo de personas deseosas de conocerlas.

La imprenta no sólo impacta en el desarrollo de las obras literarias, objeto de protección de los derechos de autor, sino también como un invento objeto de protección de la propiedad industrial.

Hacia 1400 cada libro era copiado a mano, lo cual era muy tardado y costoso. Aunque las primeras obras que se divulgaron masivamente fueron de carácter Religioso como la Biblia y los Donatos,¹⁰⁴ más tarde fueron las obras originales de los pensadores de la antigüedad, con lo que se concluye también el período de la glosa y los comentarios de los grandes autores y la forma de considerar los derechos de autor.

E.P. Goldschmidt en su obra *Medieval Text and Their First Appearance in Print*, citado por Marshall Mc Luhan¹⁰⁵ dice:

Lo que he tratado de demostrar es que la Edad Media, por diversas razones y por diversas causas, no poseyó el concepto de "autor" con la misma significación exacta que hoy le damos. Gran parte del prestigio y fascinación con que los modernos investimos el término, y que nos hace considerar a un autor que ha conseguido publicar un libro como si hubiese alcanzado un estado más

¹⁰³ Cfr. García Morente, Manuel, *op cit.*, p. 109.

¹⁰⁴ Según la historia del libro, los Donatos era una especie de libro de texto que figura entre los libros xilográficos para la enseñanza de la gramática latina. Donatus del germánico-romano Aelius Donatus. p. 92. Fernando Serrano Migallón en la Nueva Ley Federal del Derecho de Autor de Editorial Porrúa, México, 1998, también habla de los "donats" en la p.19, como productos atribuidos a Gutenberg por las referencias técnicas y deducciones históricas.

¹⁰⁵ Mc Luhan, Marshall. *La Galaxia de Gutenberg*. Traducido por Juan Novella. Ediciones Aguilar. Madrid. 1972, p. 187.

próximo al de convertirse en un gran hombre, debe haber sido algo con lo que se ha ampliado el concepto más recientemente. Es innegable la indiferencia de los eruditos medievales por la identidad precisa de los autores de los libros que se estudiaban. Los mismos escritores, por otra parte, no siempre se molestaban en "citar" lo que tomaban de otros libros o de indicar de dónde lo habían tomado; tenían cierta cortedad para firmar incluso lo que era, sin ambigüedad y de modo inconfundible, propiamente suyo.

La invención de la imprenta dio al traste con muchas de las causas técnicas del anonimato, en tanto que, al mismo tiempo, el movimiento del Renacimiento creó nuevas ideas de fama literaria y propiedad intelectual.

Antes de la invención de la imprenta para la elaboración de un libro era necesario la participación de una serie de personas, desde copistas, bibliotecarios y escribas; la condición de autor no era la idea fundamental, sino lo más importante era la identidad del editor que lo había confeccionado.

Así la protección de las ideas contenidas en esas obras, más que proteger la paternidad, se protegió a los editores quienes se encargaron de divulgar los pensamientos contenidos en ellas y nuevas manifestaciones intelectuales de autores que encontraron una oportunidad para llegar a un mayor público.

Se inicia un período de protección intelectual mediante privilegios, aunque no de carácter personal a los autores, sí de carácter patrimonial a los editores.

De la misma manera que se protegía a los editores, también se inició la protección a los inventos, no a favor del inventor sino de las corporaciones en donde se utilizaba la novedad.

La protección a los editores era por el derecho de copia y no por el derecho del autor, la invención de la imprenta promovió la producción masiva de copias.

2. Revolución Industrial

Ninguno de los acontecimientos históricos que ahora son objeto de estudio pueden desligarse de uno, que se considera el origen de cada uno de ellos: el Renacimiento. Hacia el siglo XV el Renacimiento se inicia en Italia, posteriormente en Alemania, posteriormente de los Países Bajos a Francia a España y posteriormente a Inglaterra.

El Renacimiento es el período de divulgación ideológica que se inicia alrededor del siglo XIV y que en algunos países duró hasta el siglo XVIII. Se considera que fue en Italia en donde se inicia el Renacimiento, principalmente en Florencia y Venecia por ser los centros comerciales y de intercambio de las ideas más importantes de la época.¹⁰⁶

La primera patente, aunque no de invención, fue la que se otorgó en Venecia a Antonius Marini en 1443 quien se ofreció construir 24 molinos de harina para cada municipio de Venecia y solicitó al Senado la exclusividad para que no permitiera a nadie más, la construcción de un molino que operara sin agua, por un período de 20 años.¹⁰⁷

Galileo Galilei (1564-1642) famoso matemático, astrónomo, físico Italiano y profesor de matemáticas en Padua recibió una patente en Venecia el 15 de septiembre de 1594, por su invento que era aparato capaz de aventar 20 chorros de agua y regar la tierra, con el poder de un solo caballo. Sus derechos se extendieron por 20 años y se establecía que quienes lo infringieran serían condenados a perder sus máquinas y pagar una multa de 300 ducados.¹⁰⁸

En Inglaterra se inicia la revolución industrial mediante la cual se produce un cambio fundamental en la forma de producción artesanal por la producción mecánica, debido a los inventos y a las nuevas fuentes generadoras de energía.

¹⁰⁶ Roselle, Daniel. *Historia Universal*. Editorial Norma. Colombia. 1973. p. 234.

¹⁰⁷ Foster, Frank H. y otro. *Patents, Copyrights and Trademarks*. 2a ed. John Wiley & Sons. INC. USA. 1993, p. 4.

¹⁰⁸ *Id.*

No fue sino hasta 1623, durante el reinado del Rey Jacobo I¹⁰⁹ de Inglaterra (1603-1625) que se suscribió el *estatute of monopolies*, considerado el primer reglamento sobre patentes de invención. Este estatuto más tarde privilegiaba a las grandes invenciones del siglo XVIII: la lanzadera volante para la elaboración de telas de John Kay (1730); la spinning jenny, máquina de hilar algodón de James Hargreaves (1760); la máquina de vapor de James Watt (1769); la spinning mule, telar para hilar algodón de Samuel Cramton (1778).

3. La Revolución Francesa

La Revolución Francesa es el movimiento ideológico, que se inicia en Francia con la intención de alcanzar el equilibrio de todas las fuerzas económicas, políticas y sociales de la época.

Luis XV (1715-1774) influenciado por las ideas filosóficas y sociales que se habían iniciado durante el período de la ilustración (1750-1770) con Voltaire, Montesquieu, Rousseau y Diderot, decretó el 24 de diciembre de 1762, la abolición de todos los privilegios que hasta entonces se habían otorgado. Para 1791 se vuelven a otorgar con la intención de promover el progreso y el adelanto de la industria Francesa, concediendo privilegios a los autores de descubrimientos útiles.

El impacto de la Revolución Francesa, no obstante que los historiadores consideran que las causas principales son de origen político, económico y social,¹¹⁰ promueven un profundo desarrollo del derecho no sólo en Francia sino en todo el mundo.

¹⁰⁹ En History of patents, copyrights and trademarks de Frank H. Foster, en la página 7 habla de James I como el promotor de The Statute of Monopolies y no de Jacobo I como lo menciona Luis Alberto Peña Guzmán en su libro Derecho Civil, Derechos Reales II de Tipográfica Editora Argentina. 1975. p. 413.

¹¹⁰ Delgado de Cantú, Gloria Margarita. *El Mundo Moderno y Contemporáneo*. 3ª ed. Alambra Bachiller. México 1993. p 61.

El 14 de julio de 1789 es considerado como el día de la independencia nacional de Francia y el triunfo del pueblo sobre la tiranía. Durante el gobierno de Luis XVI (1774-1792) se llevó a cabo el evento histórico jurídico más importante *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de agosto de 1789, en donde se proclaman los principios fundamentales inherentes a la naturaleza humana tales como, la libertad, la propiedad y la seguridad.

Por lo que todos los privilegios hasta antes otorgados a los gremios en materia de propiedad intelectual fueron suprimidos en el tiempo de la revolución, para que en período post-revolucionario, se iniciara un gradual reconocimiento a los derechos individuales con la ley *Le Chapelier*.¹¹¹

4. La Revolución Informática

No existe consenso acerca de la denominación de la informática, tampoco acerca de su concepción, mucho menos acerca de la idea de derivar del concepto normas jurídicas encaminadas a resolver los problemas que se presentan y clasificarlas dentro de alguna denominación especial: informática jurídica, internet y derecho, derecho informático o iurismática. Esta problemática es semejante a la ideología de los romanos para englobar en un sólo concepto la idea de la propiedad.

Es evidente, tal y como sucedió con la invención de la imprenta en el siglo XV, el ingreso de la sociedad a las supercarreteras de la información, en el siglo XX, trajo como consecuencia la generación de nuevas formas de proteger los derechos de propiedad intelectual, pero se debe aclarar que esto no ha cambiado la naturaleza de la misma.¹¹²

En la sociedad moderna en donde las personas tienen acceso a innumerables tecnologías para copiar, un sistema adecuado para la protección a la propiedad intelectual es indispensable.

¹¹¹ Cfr. Delgado de Cantú Gloria Margarita, *op. cit.* p. 48.

¹¹² Rogel Vide, Carlos. *Derecho de Cosas*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1999. p. 19.

Han surgido organizaciones internacionales encaminadas a resolver los problemas que se presentan por el flujo sin fronteras de la información, con la intención de armonizar las legislaciones de todos los países, sin que se haya logrado hasta este momento.

(continuará)

LA ACCIÓN DE *IN REM VERSO*. SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Lic. Mónica Alicia Garza Barbosa^{*}

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio, gira en torno a la acción de *in rem verso*, la que deriva de la fuente de obligaciones denominada enriquecimiento sin causa. Poco conocida, casi no es recurrida o ejercitada por los abogados en la práctica, bien pudiera ser por ignorancia o por falta de estudio, cuando puede ser la salvación de muchos casos en los que aparentemente no hay salida o en evidentes casos de injusticia, siendo nuestra intención en el presente estudio precisar en qué consiste y advirtiendo y destacando una de sus notas esenciales, su naturaleza subsidiaria, donde radica su importancia y que deben tener presente los abogados, cada vez que se piense en su ejercicio.

Para la realización de la investigación hemos dividido el presente trabajo en dos partes: la primera habla acerca del enriquecimiento sin causa como una fuente de obligaciones y de la cual deriva la acción de *in rem verso*, haciendo una breve alusión a sus antecedentes históricos, señalando su concepto, su fundamento, explicando los elementos que

^{*} Licenciada en Derecho por parte de la Universidad de Monterrey. Con estudios de Maestría en Derecho Internacional por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Abogada en el ejercicio de la profesión, ha sido funcionaria del Tribunal Contencioso Administrativo del Estado de Nuevo León y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León.

lo integran y haciendo algunas consideraciones del pago de lo indebido, como su principal especie; la segunda habla sobre la acción de *in rem verso*, expresando brevemente sus antecedentes históricos, su concepto, haciendo una breve referencia al concepto procesal de la acción en general para entender aquél, su naturaleza subsidiaria derivada de uno de los elementos del enriquecimiento sin causa, su contenido, es decir, lo que se puede reclamar con ella, sus elementos personales, la carga de la prueba, sus efectos restitutorios haciendo la diferencia que señala el Código Civil de Nuevo León en cuanto al pago de lo indebido de mala fe incorrectamente, su duración, la vía procesal por la que se puede ejercitar y su aplicación práctica, haciendo referencia a la hipótesis contenida en el artículo 169 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a otros casos.

Para la realización del presente estudio, hemos recurrido a la doctrina, tanto mexicana como extranjera, para tener una visión completa de los puntos que hemos mencionado, a la jurisprudencia mexicana y a nuestra legislación, especialmente a la de Nuevo León.

El objetivo del presente trabajo es despertar el interés en el estudio de esta acción, como una posibilidad de encontrar una solución a un conflicto aparentemente sin salida, en base a que no haya una causa jurídica por la cual se pueda ejercitar una acción, o más bien, un fundamento para hacerlo o porque dicha causa no se pueda acreditar dejando en estado de indefensión a una persona, ocasionándose una injusticia. Con las nociones que aquí se exponen sobre la acción de *in rem verso*, esperamos que se tenga un concepto general sobre la misma y un incentivo para estudios más profundos de aplicación a casos concretos.

I. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

A. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El enriquecimiento sin causa, como una fuente de obligaciones, tiene sus antecedentes en el Derecho romano, derivado del principio de equidad

lo integran y haciendo algunas consideraciones del pago de lo indebido, como su principal especie; la segunda habla sobre la acción de *in rem verso*, expresando brevemente sus antecedentes históricos, su concepto, haciendo una breve referencia al concepto procesal de la acción en general para entender aquél, su naturaleza subsidiaria derivada de uno de los elementos del enriquecimiento sin causa, su contenido, es decir, lo que se puede reclamar con ella, sus elementos personales, la carga de la prueba, sus efectos restitutorios haciendo la diferencia que señala el Código Civil de Nuevo León en cuanto al pago de lo indebido de mala fe incorrectamente, su duración, la vía procesal por la que se puede ejercitar y su aplicación práctica, haciendo referencia a la hipótesis contenida en el artículo 169 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a otros casos.

Para la realización del presente estudio, hemos recurrido a la doctrina, tanto mexicana como extranjera, para tener una visión completa de los puntos que hemos mencionado, a la jurisprudencia mexicana y a nuestra legislación, especialmente a la de Nuevo León.

El objetivo del presente trabajo es despertar el interés en el estudio de esta acción, como una posibilidad de encontrar una solución a un conflicto aparentemente sin salida, en base a que no haya una causa jurídica por la cual se pueda ejercitar una acción, o más bien, un fundamento para hacerlo o porque dicha causa no se pueda acreditar dejando en estado de indefensión a una persona, ocasionándose una injusticia. Con las nociones que aquí se exponen sobre la acción de *in rem verso*, esperamos que se tenga un concepto general sobre la misma y un incentivo para estudios más profundos de aplicación a casos concretos.

I. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

A. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El enriquecimiento sin causa, como una fuente de obligaciones, tiene sus antecedentes en el Derecho romano, derivado del principio de equidad

contemplado en el Digesto, libro I, título XVII, fragmento 206, citado por el maestro Borja Soriano, que establece: "Es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro".¹

La primera aplicación de este principio surge con el pago de lo indebido, teniendo la obligación el que lo recibe de devolver lo pagado, sancionándose dicha obligación con la *condictio indebiti*; posteriormente, el principio de equidad tiene otras aplicaciones, surgidas no sólo del pago de lo indebido, sino extendiéndose a más casos donde alguno se enriqueciera a costa de otro y sancionándose con otras *condictios* y una *actio*, las cuales citaremos en su oportunidad.

En el Derecho francés, no existe norma expresa acerca del enriquecimiento sin causa, sino que su fundamento se encuentra en la jurisprudencia, la cual pasó por distintas etapas, estableciéndose finalmente, los requisitos del ejercicio de la acción de *in rem verso* como medio de defensa de esta fuente de obligaciones, se encuentra en una sentencia dictada en 1914, inspirándose en las explicaciones de Aubry y Rau. Por otra parte, el pago de lo indebido sí se encuentra regulado en el Código civil francés.

En nuestro Derecho mexicano, aparece por primera vez en el Código civil de 1870, consagrándose en el artículo 1659 el pago de lo indebido, citado por el maestro Azúa Reyes, el cual establece: "Cuando por error de hecho, pagare alguno lo que realmente no debe, podrá recobrar lo que hubiere dado, en los términos que establecen los tres artículos siguientes".²

B. CONCEPTO

Primeramente, debemos reconocer al enriquecimiento sin causa como una fuente de obligaciones que nace de un hecho jurídico voluntario lícito.

¹ Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Porrúa, 1968. p. 370.

² Azua Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Porrúa, 1993. p. 168.

A continuación expondremos algunas definiciones destacadas del enriquecimiento sin causa, de importantes juristas.

Miguel Ángel Quintanilla García, citando el "Vocabulario Jurídico" de Henry Capitant, lo define como "el desplazamiento de valor de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, y sin que ello esté justificado por una obligación jurídica o por la Ley".³

Rafael de Pina Vara establece que se produce el enriquecimiento sin causa cuando "una persona obtiene de otra un beneficio o ventaja, de naturaleza económica, que carece en absoluto de justificación".⁴

Eugéne Gaudemet considera que se manifiesta "cuando un patrimonio resulta acrecentado sin derecho, a expensas de una persona. Y existe un principio en virtud del cual nadie debe enriquecerse sin causa en detrimento de otro".⁵

Ernesto Gutiérrez y González lo define diciendo que, "es el acrecentamiento sin causa que obtiene una persona en su patrimonio, económico o moral, en detrimento –directo en el primero, e indirecto en el segundo– de otra persona".⁶

Por último, el maestro Carlos Sepúlveda Sandoval, lo define de la siguiente manera: "Hecho jurídico lícito, en virtud del cual opera un desplazamiento patrimonial que se ve enriquecido hacia otro que se ve empobrecido, existiendo una relación de causa a efecto entre enriquecimiento y empobrecimiento en ese hecho, sin que exista una causa jurídica que lo justifique".⁷

³ Quintanilla García, Miguel Ángel. *Derecho de las Obligaciones*. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1981. p. 131.

⁴ De Pina Vara, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Vol. III. México, Porrúa, 1973. p. 76.

⁵ Gaudemet, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Tr. de Pablo Macedo. México, Porrúa, 1984. p. 312.

⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. México, Porrúa, 1990. p. 443.

⁷ Sepúlveda Sandoval, Carlos. *De los derechos personales, de crédito u obligaciones*. Tomo I. México, Font, 1993. p. 196.

De la observación de las anteriores definiciones, consideramos que ya se tiene una noción acertada de lo que es el enriquecimiento sin causa. Consideramos que la señalada por el maestro Sepúlveda Sandoval es la más completa, ya que hace alusión a todos los elementos que integran la figura y que más adelante analizaremos, sólo pensamos que la palabra "hacia" debiera ser cambiada por la palabra "mientras" por ser más precisa. Creemos que en las citadas definiciones sería acertado hacer referencia al señalamiento de que es una fuente de obligaciones.

El Código Civil de Nuevo León, lo tiene contemplado en el artículo 1779, de la siguiente manera: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido". El citado artículo señala expresamente en su, consiste la obligación que surge de esta figura del enriquecimiento sin causa y que analizaremos en su oportunidad.

C. FUNDAMENTO

Como se desprende de las anteriores definiciones, el enriquecimiento sin causa surge cuando hay un enriquecimiento de un patrimonio a costa del empobrecimiento de otro, sin que medie una causa jurídica que lo justifique, es decir, sin que haya una razón por la cual se lleve a cabo, es decir, un contrato, un delito o alguna otra fuente de obligaciones.

Al respecto, el jurista Manuel Bejarano Sánchez establece:

Por lo general, nadie se desprende de sus bienes o presta servicios a otro sin haber recibido algo a cambio, sin esperar recibirlo o sin tener una obligación legal para ello... De lo contrario, la prestación carece de razón legal de ser y carece de causa, de base para subsistir, pues lo que se da sin estar obligado, puede ser recobrado en la medida que beneficie al que lo recibió.⁸

⁸ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. México, Harla, 1992. p. 199.

Por otra parte, Rouast, citado por De Gasperi, en la obra de Rojina Villegas, proclama la equidad como fundamento de la acción de enriquecimiento sin causa, según la cual: "toda prestación debe ser equilibrada por la contraprestación correspondiente. El desequilibrio resultante de un enriquecimiento en detrimento de otro no debe quedar sin compensación como principio de derecho natural".⁹

D. ELEMENTOS

Casi todos los doctrinarios, coinciden en señalar cuatro elementos integrantes de la figura del enriquecimiento sin causa, como se desprende de las definiciones que del mismo señalamos anteriormente y son: a) enriquecimiento de una persona; b) empobrecimiento de otra persona; c) nexo causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, y d) ausencia de causa jurídica que justifique el enriquecimiento.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha establecido expresamente los elementos que debe contener la acción del enriquecimiento sin causa o, mejor dicho, los elementos que deben acreditarse para que prospere dicha acción, como se ve a continuación:

ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO. ELEMENTOS. La acción de enriquecimiento ilegítimo a que se refieren los artículos 1882 del Código Civil y 26 del de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, está constituida por los siguientes elementos: 1.- Enriquecimiento del demandado, quien obtiene algo que no estaba en su patrimonio. 2.- Empobrecimiento del actor, al perder algo que estaba en su patrimonio, o dejar de recibir lo que tenía derecho. 3.- Que exista vínculo de causalidad entre los dos elementos anteriores, es decir, deben ser recíprocos y correlativos, de tal manera que no pueda existir el enriquecimiento si no es como objeto del empobrecimiento y a la inversa. 4. Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa jurídica, contractual o

⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo V. Vol. II. México, Porrúa, 1985. p. 41.

extracontractual, de modo que la persona empobrecida no tenga otro medio para obtener la indemnización.

JURISPRUDENCIA 192 (Sexta Época), P g. 593, Volumen 3a. Sala, Cuarta Parte, Apéndice 1917-1975.

El autor colombiano Uribe-Holguin manifiesta que la Corte de su país agrega otro elemento a esta figura y es "que con el ejercicio de esta acción 'no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley'... como en los casos de prescripción adquisitiva y extintiva".¹⁰ Consideramos que este elemento no es necesario, ya que entonces habría una causa que justificara el enriquecimiento, que es la ley y, entonces, no se formaría el elemento de que no haya una causa jurídica, por lo cual va incluido en éste.

El jurista francés, Bonnecase, simplifica los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa de la siguiente manera: "consideramos que estos elementos son dos: uno de hecho y otro de derecho. Desde luego un elemento de hecho: la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro patrimonio. Un elemento de derecho: la no justificación en derecho de tal pérdida o desplazamiento de valor".¹¹

El primer elemento, que es la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro, es lo que vendría a ser: el enriquecimiento de una persona, el empobrecimiento de otra y un nexo de causalidad entre los dos; el otro elemento, que es la no justificación en derecho de tal pérdida o desplazamiento, es la falta de una causa jurídica que lo explique.

Consideramos que esta simplificación de Bonnecase es valiosa, ya que va a servirnos para explicar el pago de lo indebido más adelante,

¹⁰ Uribe-Holguín, Ricardo. *De las obligaciones y del contrato en general*. Colombia, Temis, 1982. p. 101.

¹¹ Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Tr. de José M. Cajica México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 315.

como una especie del enriquecimiento sin causa. A continuación analizaremos cada uno de los elementos de esta fuente de obligaciones.

1. Enriquecimiento de una persona

El jurista Gutiérrez y González lo define como "el incremento, o aumento de valor, que una persona experimenta en su patrimonio económico activo y también la disminución que experimenta en su patrimonio pasivo económico".¹² De una manera más sencilla, Bejarano Sánchez establece que el enriquecimiento se da cuando "un sujeto ha alcanzado beneficios patrimoniales, ya sea por adquirir nuevos bienes o servicios, por evitarse alguna pérdida o por librarse de deudas. En todos los casos ha experimentado una ventaja económica".¹³

Von Tuhr expresa que el enriquecimiento puede ocurrir de dos modos:

1. Experimentando el patrimonio un aumento... puede afectar: a) Al activo patrimonial, haciendo entrar en el patrimonio un derecho nuevo o incrementando el valor de los derechos que ya lo integran. b) Al pasivo patrimonial, cancelando sin fundamento jurídico las deudas que gravan sobre el patrimonio.
2. Haciendo que el patrimonio no disminuya.¹⁴

Por su parte, Gutiérrez y González maneja las formas en que se puede llevar a cabo el enriquecimiento de la siguiente manera: "Enriquecimiento directo. Se presenta cuando se acrece de manera efectiva el patrimonio pecuniario activo del sujeto que se enriquece. 2. Enriquecimiento indirecto. Se da cuando hay una disminución en el patrimonio pecuniario 'pasivo' de una persona".¹⁵

¹² Gutiérrez y González, *Ob. cit.* p. 447.

¹³ Bejarano Sánchez, Manuel. *Ob. cit.* p. 200.

¹⁴ Von Tuhr, A. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Tr. de W. Roces. Madrid, Reus, 1934. p. 300.

¹⁵ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* p. 448.

Consideramos que la forma más acertada en que se da el enriquecimiento, es como lo establece Gutiérrez y González, ya que la no disminución de un patrimonio cuando debería ser, que es la variante en Von Tuhr, se encuentra incluida en el aumento del activo. Escogimos estos dos autores para explicar el enriquecimiento por que los consideramos ser más objetivos.

En cuanto al enriquecimiento de carácter moral, que maneja Gutiérrez y González, nos adherimos a la postura doctrinal alemana y francesa que dice: "Son admisibles los provechos de carácter moral, cuando entrañen consecuencias pecuniarias, que trasciendan al patrimonio en forma apreciable en dinero".¹⁶

2. Empobrecimiento de otra persona

Por otra parte, Gutiérrez y González define el empobrecimiento como "la disminución efectiva, y también la falta de aumento del activo pecuniario, que una persona sufre en su patrimonio".¹⁷ De otra manera lo explica Bejarano Sánchez, diciendo "como contrapartida del enriquecimiento, otro sujeto sufre un empobrecimiento que puede consistir en una transferencia de bienes, de servicios o en el sacrificio de algún beneficio. Esa pérdida lo convierte en acreedor".¹⁸

En lo que respecta a las formas en que se puede llevar a cabo el empobrecimiento, Gutiérrez y González comenta: "1. Empobrecimiento directo. Se sufre cuando una persona ve disminuir en forma real y verdadera, su patrimonio 'activo' pecuniario. 2. Empobrecimiento indirecto. Se realiza cuando el patrimonio pecuniario 'activo' de una persona aunque no disminuye, no se incrementa, esto es, cuando no aumenta, debiendo aumentar".¹⁹

¹⁶ Núñez Lagos, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. España, Reus, 1934, p. 110.

¹⁷ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* p. 448.

¹⁸ Bejarano Sánchez. *Ob. cit.* p. 200.

¹⁹ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* p. 448.

Podríamos añadir como otra forma de enriquecimiento ilegítimo, la no disminución del pasivo de una persona, cuando debió haberse producido; esto es lo que constituye la especie del enriquecimiento sin causa, que es el pago de lo indebido, la cual explicaremos más adelante.

3. Nexo causal entre enriquecimiento y empobrecimiento

El tercer elemento del enriquecimiento sin causa, consiste en la relación que debe existir entre el enriquecimiento de una persona y el empobrecimiento de la otra, o lo que se conoce como nexo causal entre uno y otro, lo cual es determinante para que prospere la acción de enriquecimiento sin causa.

Gutiérrez y González lo define así: "entre el incremento que sufre un patrimonio, y la disminución que resiente otro, debe existir una relación o conexión directa, pues de mediar un empobrecimiento que no está, relacionado con el enriquecimiento, no habrá esta fuente generadora de obligaciones".²⁰ Por su parte, Núñez Lagos considera: "si enriquecimiento y empobrecimiento son independientes entre sí, si pertenecen a distintos planetas, no ha lugar a la pretensión del enriquecimiento. De otra forma, cualquier empobrecido resultaría legitimado activamente para reclamar todos los enriquecimientos sin causa de que tuviera noticia".²¹

Para mejor entendimiento, Gabriel Marty cita el siguiente ejemplo:

Un concesionario de ferrocarriles construye una línea que termina en la ciudad de Arlés. Después reclama a la ciudad una importante suma pretendiendo que ésta se ha enriquecido sin causa por el hecho de la existencia del ferrocarril. La acción de *in rem verso* del concesionario fue rechazada, porque no había un lazo necesario entre el enriquecimiento de la ciudad y la explotación del ferrocarril.²²

²⁰ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* p. 449.

²¹ Núñez Lagos. *Ob. cit.* p. 112.

²² Marty, Gabriel. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Vol. I. Tr de José M. Cajica. México, Cajica, 1986. p. 258.

4. Ausencia de causa jurídica

Este cuarto elemento es también determinante para la integración del enriquecimiento sin causa y para que prospere la acción derivada del mismo, ya que puede crear confusiones a nivel práctico, como se explicará más adelante.

Gutiérrez y González dice: "El vocablo 'causa' significa aquí razón que ante la ley explique el empobrecimiento y el enriquecimiento; en consecuencia, la ausencia de causa, implica que no hay un motivo lícito o ilícito, para que explique el acrecentamiento y la disminución de los patrimonios".²³ Por su parte, Bonnecase explica este elemento como "la no-justificación en derecho del enriquecimiento".²⁴

Esto significa que si el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos de dos personas encuentran una causa jurídica en la ley, o en alguna de las otras fuentes de obligaciones, como son: algún contrato, una declaración unilateral de la voluntad, gestión de negocios, o en algún hecho ilícito, entonces no podrá integrarse la figura del enriquecimiento sin causa, ni podrá prosperar la acción derivada de la misma, como más adelante explicaremos, y habrá que buscar el cumplimiento de la obligación correspondiente, en la causa que le dio origen.

Este elemento fundamenta la subsidiariedad de la acción que deriva del enriquecimiento sin causa, lo cual tiene importancia práctica debido a la diferencia que existe entre los efectos restitutorios que derivan de esta acción y los que derivan de las acciones fundamentadas en otra fuente de obligaciones, que explicaremos en su oportunidad.

²³ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* p. 450.

²⁴ Bonnecase. *Ob. cit.* p. 319.

E. EL PAGO DE LO INDEBIDO

1. Concepto

Como ya lo habíamos visto con anterioridad, el pago de lo indebido es una especie del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, algunos autores como Quintanilla García consideran que es una fuente autónoma de obligaciones; al respecto, el mencionado autor expresa: "No estamos de acuerdo con los autores que opinan, que al pago de lo indebido se le debe tratar como una especie del género, enriquecimiento sin causa".²⁵

No obstante la opinión de este respetable autor, consideramos que el pago de lo indebido sí constituye una especie del enriquecimiento sin causa, por razones históricas, como se explicó en un principio, al decir que ambos surgen de la máxima romana de que nadie puede enriquecerse en detrimento de otro y porque los elementos del pago de lo indebido, se asimilan a los del enriquecimiento sin causa, como veremos más adelante.

Eugéne Gaudemet manifiesta que el pago de lo indebido surge cuando "una persona (*solvens*) ha llevado a cabo una prestación con el propósito de pagar una deuda, siendo que esta deuda no existía. De ello nace, para el *accipiens*, una obligación de restituir lo que ha recibido".²⁶ Por su parte, Azúa Reyes lo define como "la entrega voluntaria de una cosa o la prestación de un servicio que una persona hace a otra por considerarse erróneamente obligada a ello".²⁷

Gutiérrez y González manifiesta que el pago de lo indebido es "la entrega indebida de una cosa cierta, por error fortuito o provocado por un tercero, ignorándolo el que se beneficia con el error".²⁸ Consideramos que esta definición no es del todo correcta, ya que no necesariamente

²⁵ Quintanilla García. *Ob. cit.* p. 137.

²⁶ Gaudemet. *Ob. cit.* p. 304.

²⁷ Azua Reyes. *Ob. cit.* p. 171.

²⁸ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* p. 451.

debe ser la entrega de una cosa cierta, sino que puede ser una prestación de servicios, por establecerse así en el artículo 1956 del Código Civil de Nuevo León, al decir: "pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido".

Por otra parte, consideramos que no es trascendente establecer que el error sea fortuito o provocado por un tercero, porque los efectos restitutorios son los mismos, el caso es que haya incurrido en error.

El pago de lo indebido, se contempla en el artículo 1780 del Código Civil de Nuevo León, de la siguiente manera: "Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla..." Aún cuando con esta definición legal, pudiera pensarse en base a la crítica hecha a Gutiérrez y González, que sólo se establece que el pago consista en una "cosa", en el segundo párrafo del citado artículo se habla de "prestación cumplida", del cual nos ocuparemos al hablar de los efectos restitutorios. De esta manera, el cumplimiento de una prestación de servicios, también debe considerarse como pago hecho indebidamente en caso de que así sea y procede la acción de enriquecimiento sin causa.

2. Elementos

Marty señala como elementos del pago de lo indebido: "a) Es necesario que haya un pago. b) Que el pago sea indebido. c) Que sea un pago hecho por error".²⁹ Como se puede ver, estos elementos quedan integrados en el enriquecimiento sin causa: el pago consiste en el enriquecimiento de una persona, en el empobrecimiento de otra y, en el nexo causal entre ambos; el que sea indebido y realizado por error integran la ausencia de causa jurídica.

²⁹ Marty. *Ob. cit.* p. 248.

Algunos autores consideran que el error no es necesario, como Von Tuhr, que expresa: "Si el pago fue forzado, puede repetirse aún sin necesidad de que medie error; es decir, aunque se hiciese a sabiendas de que la obligación no existía".³⁰ Consideramos que en este caso, se puede repetir, pero no por ser la fuente de la obligación el pago de lo indebido, sino por un hecho ilícito. Por eso, si no hay error, quiere decir que se hizo aún sabiendo que era indebido o por alguna otra causa, la cual ser la fuente de la obligación de la que surgir el ejercicio de alguna acción.

3. Casos

Planiol y Ripert establecen que las formas en que puede ocurrir un pago de lo indebido es porque: "1. Nunca había existido una obligación: nada debía la persona que pagó y nada se debía a la que recibió el pago. 2. El deudor paga una deuda realmente existente a una persona distinta de su acreedor. 3. El acreedor recibe el pago de otra persona distinta de su deudor".³¹

II. LA ACCIÓN DE "IN REM VERSO"

A. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como ya habíamos visto en un principio, la figura del enriquecimiento sin causa, surge del principio romano de que "es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico en detrimento e injuria de otro"; esta máxima se aplicó primeramente a la especie de pago de lo indebido, del cual surge la acción denominada "*condictio indebiti*, que se

³⁰ Von Tuhr. *Ob. cit.* p. 307.

³¹ Planiol y Ripert, Marcel y Georges. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Tr. de José M. Cajica Jr. Tomo IV. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983. p. 514.

Algunos autores consideran que el error no es necesario, como Von Tuhr, que expresa: "Si el pago fue forzado, puede repetirse aún sin necesidad de que medie error; es decir, aunque se hiciese a sabiendas de que la obligación no existía".³⁰ Consideramos que en este caso, se puede repetir, pero no por ser la fuente de la obligación el pago de lo indebido, sino por un hecho ilícito. Por eso, si no hay error, quiere decir que se hizo aún sabiendo que era indebido o por alguna otra causa, la cual ser la fuente de la obligación de la que surgir el ejercicio de alguna acción.

3. Casos

Planiol y Ripert establecen que las formas en que puede ocurrir un pago de lo indebido es porque: "1. Nunca había existido una obligación: nada debía la persona que pagó y nada se debía a la que recibió el pago. 2. El deudor paga una deuda realmente existente a una persona distinta de su acreedor. 3. El acreedor recibe el pago de otra persona distinta de su deudor".³¹

II. LA ACCIÓN DE "IN REM VERSO"

A. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como ya habíamos visto en un principio, la figura del enriquecimiento sin causa, surge del principio romano de que "es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico en detrimento e injuria de otro"; esta máxima se aplicó primeramente a la especie de pago de lo indebido, del cual surge la acción denominada "*condictio indebiti*, que se

³⁰ Von Tuhr. *Ob. cit.* p. 307.

³¹ Planiol y Ripert, Marcel y Georges. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Tr. de José M. Cajica Jr. Tomo IV. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983. p. 514.

concedía para repetir lo que había sido pagado como si fuese debido, sin serlo en realidad".³²

Posteriormente, este principio se amplió a todos los demás casos de enriquecimiento sin causa, para lo cual se concedían acciones específicas, como las siguientes:

Condictio causa data, causa non secuta, por medio de la cual se demandaba la repetición de lo que se daba por alguna causa o motivo que se suponía existían, o iban a realizarse y no se realizaban ni tenían existencia. *Condictio ob terpem vel injustam causam*, acción que se otorgaba para repetir lo que se ha dado por una causa deshonesto o injusta. *Condictio sine causa*, la que se daba para obtener la entrega de una cosa que alguien retiene sin causa jurídica.³³

Por otra parte, existía también una acción derivada del citado principio, denominada *in rem verso*, la cual "concedía derecho al tercero, para exigir que el señor pagara por consecuencia de los contratos celebrados por el esclavo, si lo obtenido por éstos ha redundado en utilidad de su señor. No era justo que el señor se enriqueciera a costa del tercero que contrató con el esclavo".³⁴

Por lo anterior, se explica por qué algunas legislaciones establecen lo siguiente: "el Código austriaco regula la *actio* de *in rem verso* para los enriquecimientos indirectos, y la jurisprudencia, aplica el sistema de las *condictiones* para los enriquecimientos directos".³⁵ Esto se debe a que la primitiva acción de *in rem verso* se otorgaba por un enriquecimiento indirecto, a través del esclavo, y las *condictiones* de un enriquecimiento directo.

Algunos autores, entre ellos Diez-Picazo, consideran: "no creo que se pueda distinguir entre acción *in rem verso* y *condictio* como formas

³² Petit, Eugéne. *Derecho romano*. Tr. de José Fernández González. México, Porrúa, 1990. p. 451.

³³ *Idem*. p. 453.

³⁴ Núñez Lagos. *Ob. cit.* p. 156.

³⁵ *Idem*. p. 15.

diferentes de la acción de enriquecimiento injustificado".³⁶ Actualmente, varios países, incluyendo la doctrina y la jurisprudencia del nuestro, han conservado la denominación de *in rem verso* para todas las hipótesis de enriquecimiento sin causa, como lo expresa Uribe-Holguín: "impropiamente, esta denominación se ha conservado en derecho moderno para toda hipótesis de enriquecimiento sin causa".³⁷ Algunos autores, la conocen también como acción de repetición.

B. CONCEPTO PROCESAL

1. De la acción en general

Antes de seguir con el análisis de la acción de *in rem verso* o de enriquecimiento sin causa o de repetición, creemos conveniente explicar qué se entiende por acción en general para efectos prácticos.

No existe unanimidad de criterios para dar una definición exacta del concepto de acción, pero básicamente, existen dos corrientes doctrinales: "1. La teoría clásica... que viene desde el derecho romano... en la cual identificaban ésta con el derecho sustantivo; 2. Las teorías modernas o de la autonomía de la acción...".³⁸ El hecho de que los romanos identificaran la acción con el derecho sustantivo, explica porqué para cada derecho y situación jurídica, existía una acción específica, como en el caso de las diversas *condiciones* y la *actio de in rem verso* que se otorgaban para cada situación de enriquecimiento sin causa.

Consideramos que las teorías modernas o de la autonomía de la acción son las correctas y, de éstas, la más acertada es la teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, la cual explica Gómez Lara de la siguiente forma: "La acción es un derecho que se tiene para provocar la

³⁶ Díez-Picazo, Luis. "La doctrina del enriquecimiento injustificado". En *Dos Estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Ed. Civitas, S. A, 1988. p. 130.

³⁷ Uribe-Holguín. *Ob. cit.* p. 99.

³⁸ Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. México, Harla, 1990. P. 144.

función jurisdiccional, con o sin fundamento. Es decir, se tiene derecho a una sentencia, independientemente de que ella sea favorable o desfavorable a los intereses de quien haya iniciado el proceso".³⁹

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, podemos decir que la acción consiste en la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales, con el fin de que realicen su función que consiste en aplicar las normas jurídicas a los casos concretos planteados, determinando lo que debe ser. De esta manera, podemos notar que el ejercicio de la acción es independiente de la pretensión que se quiere lograr con la misma, es decir, con el derecho que se pretende hacer valer. El que ejercita su derecho de acción, no siempre tiene el derecho que invoca.

Esta teoría la acepta nuestra legislación mexicana, como se desprende del artículo 60. del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León, el cual reza como sigue: "El ejercicio de la acción motiva la iniciación del procedimiento aún cuando en la demanda no se mencione el nombre de aquélla siempre que se determine con claridad la prestación que se exige del demandado y el título o la causa en que se funde". Como se puede advertir, aquí se acepta la independencia del ejercicio de la acción iniciando el procedimiento, es decir, la actividad jurisdiccional empieza con la prestación exigida derivada de un derecho; la disposición alude al hecho de que la acción se ejercita aún y cuando no se designe su nombre, el cual en realidad corresponde a la manera como se identifica derecho que se pretende hacer valer, y que queda bien determinado si se expresa con claridad la prestación que se quiere lograr.

2. De la acción de *in rem verso*

En base a las ideas que anteceden, podemos ahora delimitar el concepto de la acción de enriquecimiento sin causa o de *in rem verso*, o más bien, de la acción que se ejercita para hacer valer la obligación derivada del enriquecimiento sin causa.

³⁹ *Idem*, p.149.

Como ya lo hemos citado anteriormente, el artículo 1779 del Código Civil de Nuevo León expresa: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido". Aquí se delimita cuál es el alcance de la obligación, objeto de la pretensión de la acción ejercitada por el enriquecimiento sin causa.

De esta manera, la acción de *in rem verso*, es la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales con la pretensión del actor (empobrecido) de obtener del demandado (enriquecido), la indemnización de su empobrecimiento en la medida en que el demandado se ha enriquecido, obligación derivada de la figura de enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, puede suceder que no se designe el nombre de la acción, o mejor dicho, la manera como se identifica el derecho que se pretende hacer valer; pero también puede suceder, que esta denominación se haga de manera errónea, es decir, que no corresponda con la pretensión de la acción y que en la demanda se designa como "prestaciones". En este caso, el juez debe proceder de acuerdo con la pretensión real derivada de las prestaciones, como lo explica la siguiente jurisprudencia:

ACCIÓN. PROCEDENCIA DE LA, QUE SE DESIGNA CON NOMBRE EQUIVOCADO... De acuerdo con lo previsto en el artículo... 2o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito..., se requiere para saber qué acción es la realmente deducida, que se atienda no a la denominación dada por el actor, sino a la naturaleza de las prestaciones reclamadas y a la causa de pedir, porque sucede con frecuencia que en la demanda se designa con un nombre equivocado a la acción que se deduce y que ese error se repita en la sentencia. Para ambas situaciones, cabe expresar que por no variarse el nombre de la acción deba considerarse distinta su naturaleza y esencia, porque la acción se hace valer esencialmente aportando hechos y precisando la prestación que se exige del demandado. En consecuencia, si la parte actora hizo una narración de hechos que no deja lugar a duda de cuál es la clase de prestación que se exige, y que aclara también cuál es la causa o título de la acción, debe considerarse que es al juzgador a quien compete aplicar el derecho.

JURISPRUDENCIA, 3a. SALA. Informe 1975, Segunda Parte, Pág. 45.

Lo anterior guarda importancia en relación con la acción cuya pretensión deriva del enriquecimiento sin causa, porque puede suceder que se designe la acción (que ya sabemos que es la manera como se identifica el derecho que se pretende hacer valer) como *in rem verso* o de enriquecimiento sin causa, o de repetición, cuando en realidad, de las prestaciones que se reclaman o de los hechos en que se fundamentan, se desprende que es otro el derecho que se debe otorgar, o viceversa.

Por ejemplo, el nombre de la acción que se ejercita (es decir, del derecho que se pretende obtener) es de *in rem verso*, pero, de las prestaciones que se exigen del demandado y de los hechos de la demanda se deduce que, en realidad, la acción que se está ejercitando es la de responsabilidad civil, derivada de un hecho ilícito, por lo cual, el juzgador deber otorgar el derecho derivado de la responsabilidad civil por la realización de un hecho ilícito. En este caso, es obvio que no se reunieron los elementos necesarios para configurar el enriquecimiento sin causa, debido a que había una causa del enriquecimiento, que precisamente es el hecho ilícito.

Esto reviste importancia práctica, debido a los alcances restitutorios o la amplitud de la obligación que puede resultar del ejercicio de una acción o de otra, que en el ejemplo señalado son más grandes en la figura del hecho ilícito que en el enriquecimiento ilegítimo, como lo destacaremos más adelante.

Pudiera suceder también el caso contrario, es decir, que se invoque un derecho derivado de alguna figura fuente de obligaciones, como el hecho ilícito, cuando en realidad, de las prestaciones exigidas y hechos de la demanda, se deduce que se reúnen los elementos del enriquecimiento sin causa, caso en el cual, deber otorgarse el derecho derivado de él, que en el presente caso, tiene un contenido más restringido que el del derivado de un hecho ilícito.

Con lo que hemos visto en el presente apartado, nos damos cuenta que la jurisprudencia de la Suprema Corte que define los elementos de la acción de enriquecimiento sin causa, se refiere más bien a los elementos

que forman la figura del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones, los cuales deben acreditarse para obtener el derecho derivado de esta fuente, que es la indemnización del empobrecido en la medida que el demandado se ha enriquecido, por medio de una sentencia pronunciada en ese sentido. En los casos referidos arriba, la sentencia no se obtiene en ese sentido, porque no se acreditan los elementos de esa fuente.

Respetando las ideas presentadas en el presente apartado, en adelante nos referiremos a la acción cuya pretensión es obtener la indemnización derivada del enriquecimiento ilegítimo, como se conoce comúnmente, acción de *in rem verso*.

C. NATURALEZA

La naturaleza de la acción de *in rem verso*, deriva del elemento del enriquecimiento sin causa, consistente en la ausencia de causa jurídica que explique dicho enriquecimiento. En este sentido, la doctrina ha denominado la naturaleza de dicha acción como subsidiaria y no en el sentido en que Pallares explica las acciones subsidiarias, diciendo: "se ejercitan con el carácter de eventuales, y sólo para que el tribunal las examine en el caso de que se declare improcedente la acción principal",⁴⁰ por lo que no hay que confundirla con esto.

Al respecto, Planiol y Ripert establecen: "Carácter subsidiario de la acción... La Corte de Casación ha subordinado la acción al hecho de que la persona empobrecida no goce de ninguna otra acción originada de un contrato, de un cuasi-contrato, de un delito o de un cuasi-delito".⁴¹

Por su parte, Rojina Villegas establece un procedimiento de exclusión para determinar la aplicación de la acción de enriquecimiento sin causa, en base a la ausencia de causa jurídica que lo justifique: "El pro-

⁴⁰ Pallares. *Derecho Procesal Civil*. México, Porrúa, 1981. p. 224.

⁴¹ Planiol y Ripert. *Ob. cit.* p. 621.

cedimiento de exclusión consistir en determinar que no obstante que no se trata de un contrato, ni de una declaración unilateral de voluntad, ni de un delito, ni de un hecho ilícito en general, existe, sin embargo, un enriquecimiento".⁴²

De acuerdo a lo expresado, si existe una causa jurídica que explique el enriquecimiento, consistente en cualquiera de las otras fuentes de obligaciones o de una disposición legal, entonces, la acción se ejercitar en base a dicha causa. El contenido del derecho que se pretenda alcanzar al ejercitar la acción, ser determinado por la causa que le da origen. Por ejemplo, si alguien considera que se ha empobrecido en base al enriquecimiento de otra persona, por el incumplimiento de un contrato (causa jurídica) celebrado entre ellos, el alcance de la obligación se regir de acuerdo a la obligación que se tenga que cumplir, estipulada en el contrato.

La siguiente tesis de la Suprema Corte explica la subsidiariedad de la acción de *in rem verso* como a se indica:

ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO.- ACCIÓN DE ELEMENTOS QUE LA CONSTITUYEN, ABUSO DE SU EJERCICIO POR PRETENDER QUE ABARQUE ACTOS CONTRACTUALES E ILÍCITOS QUE DAN ORIGEN A OTRAS ACCIONES... El desplazamiento patrimonial deber operarse, por un acto o un hecho, que no sea contractual ni ilícito; si el patrimonio se desplazó por un acto contractual, de éste derivar la acción ejercitable, nulidad, rescisión por lesión, etc., si se desplazó por un acto ilícito, este mismo, integrar la acción por ejercitar y en ninguno de ambos desplazamientos tendrá lugar la acción de enriquecimiento ilegítimo; acción que frecuentemente se emplea para enmendar resultados jurídicos desfavorables, por planteamientos procesales erróneos, para exigir responsabilidades que nacen de actos contractuales o bien ilícitos y extracontractuales, estimando que es más fácil de demostrar y más cómodo hacerla valer, que las acciones verdaderamente derivadas de ellos, con lo cual resulta, que es utilizada en exceso...

⁴² Rojina Villegas. *Ob. cit.* p. 47.

3a. SALA. Informe 1960, Pág. 55. Integra la JURISPRUDENCIA 182, SEXTA ÉPOCA, Pág 572, Sección Primera, Vol. 3a. SALA, Apéndice 1917-1965.

Como veremos más adelante, al analizar los efectos restitutorios del enriquecimiento sin causa, veremos que en nuestra legislación, dentro de la especie de pago de lo indebido, se confunde la fuente de obligaciones de enriquecimiento sin causa con la de un hecho ilícito, cuando el enriquecido ha procedido de mala fe.

La mala fe se debe considerar como un hecho ilícito y la obligación que nace del mismo, es distinta de la que nace del enriquecimiento sin causa, por lo que, cuando en un pago de lo indebido se ha procedido de mala fe, ya no debe considerarse como pago de lo indebido, especie del enriquecimiento sin causa, sino como un hecho ilícito. Esto lo analizaremos en su oportunidad.

Von Tuhr, extiende los casos de enriquecimiento sin causa, no sólo a las entregas sin causa válida alguna (como él lo maneja, sino también: "Las entregas verificadas en virtud de una causa jurídica que no ha llegado a realizarse. Las entregas cuya causa jurídica ha desaparecido".⁴³ Consideramos que este autor no es correcto en sus ideas, ya que en todo caso la razón de las entregas, obedece a una causa jurídica que aunque no se encuentra vigente, otorga derechos que se deben hacer valer ejercitando la acción correspondiente.

Existe un planteamiento interesante referente al ejercicio de la acción de *in rem verso*: ¿qué sucede cuando la acción cuya pretensión tiene por objeto la obtención del derecho derivado de alguna causa jurídica ha prescrito o caducado, se puede ejercitar la acción de *in rem verso*?

Para resolver esta cuestión, algunos doctrinarios opinan que sí se puede ejercitar y otros que no. Nosotros consideramos que en base a la naturaleza subsidiaria de la acción de *in rem verso*, que sólo surge cuando no hay una causa jurídica que explique el enriquecimiento, no puede ejercitarse dicha acción, ya que subsiste una causa jurídica, lo

⁴³ Von Tuhr. *Ob. cit.* p. 302.

que desaparece, es el derecho que otorgaba dicha causa en virtud del transcurso del tiempo. No se puede substituir el derecho desaparecido derivado de una causa, por el que otorga otra, que en este caso sería el enriquecimiento sin causa. Esto es distinto al caso señalado por Von Tuhr, ya que él menciona que la causa es la que se extingue y el derecho otorgado por ella subsiste, y debe ser en los términos de la causa que le dio origen.

Además, si se pudiera ejercitar esta acción, en caso de caducidad o prescripción de otra, derivada de una causa jurídica, habría una salida para todas las acciones que no se pudieran probar, dejando que caducaran o prescribieran y ejercitar la de *in rem verso*, o también, que por la imprudencia de haber dejado pasar el tiempo, se pudiera esquivar la sanción de perder el derecho con esta acción.

En este sentido se inclinan los siguientes autores citados por Manuel de la Cámara Álvarez. Mazeud considera que "si la acción que correspondía al empobrecido ha prescrito, tampoco cabe ejercitar la acción de enriquecimiento. De lo contrario, se privaría de sentido a las normas reguladoras de la prescripción".⁴⁴ Por su parte, Hernández Gil comenta: "si funcionaría al mismo tiempo una acción de enriquecimiento, el régimen del Derecho de las Obligaciones resultaría sensiblemente perturbado, dándose lugar a una frecuente concurrencia de acciones con grave quebranto de la seguridad jurídica".⁴⁵ Por último, expresa Lacruz: "la acción de enriquecimiento no puede admitirse cuando su ejercicio suponga con otro nombre, el de otra acción caducada o prescrita".⁴⁶

Sin embargo, en nuestro Derecho mexicano, sólo existe un caso en que se otorga la acción de enriquecimiento, por haber caducado la que corresponde, y es el de los títulos de crédito, contemplado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual analizaremos más adelante.

⁴⁴ De la Cámara Álvarez, Manuel. *Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa*. En *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, p. 191.

⁴⁵ *Idem*. p. 199.

⁴⁶ *Idem*. p. 195.

D. CONTENIDO

El artículo 1779 del Código Civil de Nuevo León, es el que establece el contenido o el alcance de la acción de *in rem verso*: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido". Es decir, el tope de la indemnización que debe hacer el que se enriquece al que se empobrece, es en la medida de su enriquecimiento, y no en la medida del empobrecimiento.

Al respecto, Bonnecase comenta:

El máximo está constituido por el empobrecimiento del actor en la acción de *in rem verso*; dentro de este máximo, el mínimo está representado por el enriquecimiento obtenido por el demandado... el actor nunca puede pretender un valor superior al que salió de su patrimonio, por pérdida o desplazamiento; y por su parte, el demandado nunca puede deber más del importe del provecho que obtuvo.⁴⁷

Por su parte, Bejarano Sánchez explica: "Se trata de una acción estabilizadora del equilibrio económico perturbado por el tránsito injustificado de bienes, y no de una medida reparadora de todo daño o pérdida resentidos".⁴⁸

En base a lo anterior, se pueden presentar tres hipótesis en cuanto al enriquecimiento: primera, que el enriquecimiento y el empobrecimiento de las dos personas sea igual, en este caso no hay problema; segunda, que el empobrecimiento sea menor que el enriquecimiento, en este caso, se deber indemnizar hasta donde llegue el empobrecimiento, el resto del enriquecimiento quedar en manos del enriquecido porque a nadie perjudica. Gutiérrez y González cita un ejemplo de esta hipótesis: "Facundo sin causa, trasmite el dominio de una finca de su

⁴⁷ Bonnecase. *Ob. cit.* p. 317.

⁴⁸ Bejarano Sánchez. *Ob. cit.* p. 202.

propiedad que vale cien millones, en esta suma a Procopio. Procopio de buena fe, recibe el inmueble creyendo tener derecho a él, y a su vez lo vende a Restituto en ciento veinte millones, ganando veinte",⁴⁹ por lo cual, sólo deber indemnizar cien millones.

Por último, la tercera hipótesis consiste en que el empobrecimiento sea mayor que el enriquecimiento, en este caso, sólo se debe indemnizar hasta donde llegue el enriquecimiento, no más. Bejarano Sánchez cita el siguiente ejemplo:

Por equivocación he sembrado melones en un terreno de su propiedad, contiguo al mío. Por desconocer la agricultura compré muy caras las semillas y el abono y pago, en alto precio los servicios de un hortelano. La siembra es de su propiedad por accesión, pero debe pagarme el monto de mi empobrecimiento (digamos \$20 000.00) hasta el valor del enriquecimiento que le he proporcionado (solamente \$10 000.00, que sería el precio corriente de los bienes y servicios), suma ésta última que usted, enriquecido de buena fe, deber abonar. No lograr, una restitución total de la suma invertida porque la acción de enriquecimiento sin causa no produce este efecto. Perder, el excedente pagado por mi inexperiencia.⁵⁰

No debemos olvidar, que la solución de estas hipótesis son cuando el enriquecido ha procedido de buena fe, es más, todo enriquecimiento sin causa es de buena fe, porque si fuera de mala fe, ya no se estaría ante la fuente de obligaciones del enriquecimiento sin causa, sino en la de el hecho ilícito derivado de la mala fe. Esto es importante porque el contenido de la acción derivada de esta fuente, ya no sería el del enriquecimiento sin causa, que es indemnizar del empobrecimiento en la medida del enriquecimiento, sino que sería en la medida del empobrecimiento que incluye los daños y perjuicios.

⁴⁹ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* p. 451.

⁵⁰ Bejarano Sánchez. *Ob. cit.* p. 202.

Por estas razones, consideramos que cuando se regula el pago de lo indebido de mala fe, en realidad se regula un hecho ilícito, porque el contenido de la acción que se ejercita, es decir, de la obligación que se tiene que cumplir por el ejercicio de esa acción, ya no es el mismo que el contenido de la acción derivada del enriquecimiento sin causa, como veremos al analizar dicho pago.

Por otra parte, consideramos que al hablar del enriquecimiento sin causa, en lugar de hablar de indemnización, debemos hablar de restitución, en base a su significado, que es: de indemnización: "Cantidad de dinero o cosa que se entrega a alguien en concepto de daños o perjuicios que se le han ocasionado en su persona o en sus bienes",⁵¹ y de restitución: "Acción o efecto de restituir. Restituir. Volver una cosa a quien la tenía anteriormente. Poner una cosa en el estado que antes tenía".⁵² Esto es más exacto en base al contenido de la acción.

También, del contenido de la acción de *in rem verso*, deriva el momento que debe tomarse en cuenta, para fijar la cuantía de la restitución (indemnización en el Código), como lo establece la siguiente tesis de la Suprema Corte:

ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO. EL MOMENTO EN QUE SE REALIZA EL ACTO GENERADOR, COMO BASE PARA LA FIJACIÓN DE SU CUANTÍA.- ...Esto quiere decir que la relación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento tiene que ser directa e inmediata y por tanto actual, esto es, que lo que haya que tomar en cuenta es la medida en que se produce el empobrecimiento y que lógicamente proporciona también la medida del enriquecimiento, pero no referido a un tiempo posterior al instante, a la época en que se efectúa el acto generador, sino al momento mismo de su realización. Es así que en el instante mismo en que una persona dispone, vendiéndolo a un tercero, de un terreno ajeno, esa persona se está enriqueciendo ilegítimamente a costa del dueño y por tanto la indemnización respectiva debe fijarse sobre la base del

⁵¹ De Pina, Rafael. *Diccionario de Derecho*. México, Porrúa, 1978. p. 241.

⁵² *Idem*. p. 332.

precio que en el momento de la operación tenía el metro cuadrado de terreno y no sobre la base del que después pueda tener ni por tanto del que los peritos fijen, referido al momento en que dentro del juicio rindan sus dictámenes.

3a. SALA. Informe 1959, Pág. 58, SEXTA ÉPOCA, Vol. XXI, Cuarta Parte, Pág. 86.

E. ELEMENTOS PERSONALES

1. Titularidad

De acuerdo con la opinión de Pallares y en relación con los elementos que constituyen el enriquecimiento sin causa, esta acción la puede ejercitar "la persona que sufre la pérdida correlativa al enriquecimiento ilícito, y los que representen sus derechos, entendiendo por tales, no sólo a los apoderados y representantes legales del directamente perjudicado, sino a sus causahabientes a título universal".⁵³ Es decir, el empobrecido, sus representantes y sus herederos.

En base a lo anterior, particularmente, en la especie de pago de lo indebido, el titular de la acción, ser quien haya hecho el pago, es decir, el empobrecido, sus representantes y sus herederos.

2. Contra quién se ejercita

Siguiendo con las ideas de Pallares, éste manifiesta que la acción se puede ejercitar: "a) Contra el que recibió la cosa en pago. b) Contra los terceros poseedores de la cosa, en los términos que prescriben los artículos 1885 y 1886. c) Contra la persona a cuyo favor se cumplió una prestación sin causa jurídica".⁵⁴

⁵³ Pallares. *Tratado de las acciones civiles*. México, Porrúa, 1985. p. 190.

⁵⁴ Pallares. *Ob. cit.* p. 191.

En este caso, Pallares sólo se refiere a la especie del pago de lo indebido, pero aplicándolo al enriquecimiento sin causa, en general, diremos que la acción se ejercita contra el que se haya enriquecido.

Ahora bien, ¿por qué la acción se puede ejercer contra el tercero poseedor de la cosa si él no es el enriquecido directo de la mencionada fuente? Es decir, adquirió la cosa, no en base al enriquecimiento, sino obedeciendo a una causa llevada a cabo con el enriquecido, independientemente del enriquecimiento sin causa.

La explicación está en que es causahabiente del enriquecido y, de acuerdo a la jurisprudencia de la Suprema Corte, "los causahabientes quedan sometidos a las obligaciones contraídas por sus causantes".⁵⁵ Ahora bien, de acuerdo con el diccionario de Rafael de Pina, causahabiente "es la persona que adquiere derechos o cosas por trasmisión de otra llamada causante",⁵⁶ y causante, es la "persona de la que se deriva algún derecho",⁵⁷ que en nuestro caso sería el enriquecido.

De esta manera, aunque el tercero no está relacionado directamente con el enriquecimiento, la causa por la cual adquiere esos bienes, por ejemplo, una compraventa, está fundada en el enriquecimiento sin causa y, por lo tanto, está sometido a las obligaciones de su causante, lo que se da en todos los casos de traslación de dominio a título particular o universal.

Por otra parte, los artículos 1885 y 1886 son los correspondientes al 1782 y 1783 del Código Civil de Nuevo León, los cuales se refieren a la buena o mala fe del tercero y dependiendo si la cosa dada en pago o que produzca el enriquecimiento, es cierta o fungible, por lo que el ejercicio de la acción tendrá distintos alcances, dependiendo de esta circunstancia y, adelantándonos un poco, la mala fe constituir un hecho ilícito con distintas consecuencias.

⁵⁵ *Jurisprudencia* 107 (Quinta Época), p. g. 305, Volumen 3a. Sala Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

⁵⁶ De Pina. *Ob. cit.* p. 127.

⁵⁷ *Idem.* p. 127.

F. CARGA DE LA PRUEBA

La solución la encontramos en el artículo 1788 del Código Civil de Nuevo León que establece:

La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclama. En este caso, justificada la entrega por el demandante, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió.

El tratadista Rojina Villegas opina respecto del enriquecido (*solvens* en el pago de lo indebido): "Como éste incurre en un error, se supone que hay una omisión, un descuido de su parte, y que está obligado, por consiguiente, a probar dos cosas: 1o. Que hizo el pago; 2o. Que lo llevó a cabo por error".⁵⁸

Por otra parte, Manresa, citado por Borja Soriano, en relación a una disposición igual del Código español a la nuestra, expresa:

Y la razón de dicha disposición es fácilmente perceptible, pues como el que hizo el pago fue el causante principal, si no único del hecho, y a él debe imputarse el error, no puede menos de venir obligado a la prueba del mismo, o sea que pagó con dicha circunstancia, a no ser que el que cobró negare haber recibido la cosa entregada en pago, en cuyo caso, en consideración a la mala fe que desde luego revela dicha negativa, le exime de la prueba del yerro, aunque no de la certeza del pago, cuya prueba viene a destruir la negativa del demandado dando los caracteres de verdad a la reclamación.⁵⁹

Con base a las opiniones expresadas con anterioridad, la interpretación del artículo citado es la siguiente: el actor debe probar el pago y el

⁵⁸ Rojina Villegas. *Ob. cit.* p. 57

⁵⁹ Borja Soriano. *Ob. cit.* p. 377.

error de ese pago; pero si el actor prueba el pago y el demandado lo niega, entonces éste deber probarlo y el actor quedar relevado de toda otra prueba, es decir, del error con que se realizó, en base a la mala fe que se desprende del demandado al negar un hecho probado. Pero, esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió, es decir, si no puede probar que no se realizó el pago, no le quita el derecho de demostrar que no era indebido, sino que obedece a alguna causa.

El artículo 1789 del Código Civil de Nuevo León, establece la siguiente presunción:

Se presume que hubo error en el pago, cuando se entrega cosa que no se debía o que ya estaba pagada; pero aquí a quien se pide la devolución puede probar que la entrega la hizo a título de liberalidad o por cualquier otra causa justa

Manresa da la siguiente explicación al citado artículo:

Dicha declaración... tiene su fundamento jurídico en la consideración derivada de lo que sucede en el orden natural de las cosas, según la que, quien da lo que no debe no puede presumirse que lo dona mientras no conste de una manera segura y eficaz que lo hizo por mera liberalidad. Más la presunción establecida en este artículo es meramente *juris tantum* y admite, por consiguiente la prueba en contrario...⁶⁰

Lo referente a la carga de la prueba en el Código citado, se refiere al pago de lo indebido, pero consideramos que deben aplicarse las mismas reglas a cualquier otro caso del enriquecimiento sin causa, ya que es una especie de éste.

⁶⁰ *Idem.* p. 377.

G. EFECTOS RESTITUTORIOS

1. Enriquecimiento sin causa

Como ya hemos visto en el artículo 1779 del Código citado, el contenido de la acción de *in rem verso*, es decir, los alcances que tiene o lo que se logra con ella, es que el demandado (enriquecido) restituya al actor (empobrecido) de su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido. Esta es la obligación que surge del enriquecimiento sin causa, ya que como hemos visto en la fundamentación de dicha figura, todo desprendimiento de parte del patrimonio, tiene una razón de ser (causa jurídica) y si no existe, es necesario restituir al patrimonio empobrecido en la medida del beneficio.

Esto, necesariamente, implica la buena fe del enriquecido, porque si no fuera así, ya no estaríamos ante la figura del enriquecimiento sin causa sino de un hecho ilícito por la mala fe y los alcances son indemnizatorios (es decir, incluye daños y perjuicios). Consideramos que, indebidamente en el Código citado, se contempla dentro de la especie del pago de lo indebido, la mala fe y las disposiciones que la regulan deberían desaparecer en virtud de que la fuente de las obligaciones que surjan con motivo de ésta, es la de hechos ilícitos y debe atenderse a las disposiciones del Código Civil que la contemplan.

A continuación veremos los efectos restitutorios en cuanto a la especie del pago de lo indebido como se contempla en el Código, teniendo en cuenta lo considerado en este apartado.

2. Pago de lo indebido

La regla general se encuentra establecida en el artículo 1780 del Código Civil, como ya hemos visto: "Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla". Aquí se encuentra el principio general derivado del enriquecimiento sin causa, es decir, el enriquecido (el que

recibe el pago, *accipiens*) tiene la obligación frente al empobrecido (el que realiza el pago, *solvens*), de devolverle lo equivalente a su enriquecimiento, es decir, la restitución de la misma cosa o su equivalente.

Después, se establecen otras modalidades en cuanto si la cosa se transmitió a terceros y si es cierta o fungible y dependiendo de la buena o de la mala fe.

a. Buena fe

El artículo 1784 establece:

El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta determinada, sólo responder de los menoscabos o pérdida de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ello se hubiere enriquecido. Si la hubiere enajenado, restituir el precio o ceder la acción para hacerlo efectivo.

Como podemos observar, esta disposición se refiere a cosa cierta y determinada y se sigue la regla general del enriquecimiento sin causa, en cuanto a que sólo responder de los menoscabos o pérdidas y de sus accesiones, en la medida de su enriquecimiento, es decir, aunque la cosa tenga menos valor, responder de los menoscabos o pérdidas en cuanto por ellos se hubiere enriquecido.

Por otra parte, si la hubiere enajenado, restituir el precio o ceder la acción para hacerlo efectivo; en esta situación, consideramos que el precio que se debe restituir es el valor de la cosa al momento de realizarse el enriquecimiento, no el que se tenga cuando se deba restituir así como lo establece la jurisprudencia que ya hemos transcrito en relación a esto, la diferencia la conserva el *accipiens*. La razón por la que tendrá que restituir el precio es porque no se puede recuperar la cosa porque ha sido enajenada a un tercero de buena fe, a título oneroso.

En este caso, la restitución del precio o la cesión de su acción para hacerlo efectivo, sólo significa que si el *accipiens* ya recibió el pago

del precio, debe restituirlo y si no lo ha recibido, debe ceder la acción que implica la cesión de sus derechos para hacerlo efectivo del tercero adquirente de buena fe.

El artículo 1785 es un caso específico del artículo 1783, que establece: "Si el que recibió de buena fe una cosa dada en pago indebido, la hubiere donado, no subsistir la donación y se aplicará al donatario lo dispuesto en el artículo anterior", el artículo anterior se refiere a que responder de los menoscabos y pérdidas en la medida del enriquecimiento.

El artículo 1786 establece:

El que de buena fe hubiere aceptado un pago indebido, tiene derecho a que se le abonen los gastos necesarios y a retirar las mejoras útiles, si con la separación no sufre detrimento la cosa dada en pago. Si sufre, tiene derecho a que se le pague una cantidad equivalente al aumento de valor que recibió la cosa con la mejora hecha.

Vemos que este artículo sigue la regla general del enriquecimiento, ya que sólo se debe restituir al *accipiens* en la medida del enriquecimiento, y si a la cosa se le hubieren hecho gastos necesarios y mejoras y se restituyera o devolviera con dichas mejoras, ya no sería en la medida del enriquecimiento, sino que iría más allá, porque aumentaría de valor el bien, por eso se deben abonar los gastos o, retirar las mejoras o pagar la cantidad equivalente al aumento de valor.

La segunda parte del artículo 1780 menciona los casos en que lo indebido consista en una prestación cumplida, señalando el caso de buena fe y de mala fe y establece: "Si lo indebido consiste en una prestación cumplida... si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido". Sigue las reglas del enriquecimiento sin causa.

Consideramos que las reglas establecidas en el pago de lo indebido en los casos de buena fe, deben considerarse también para cualquier

caso de enriquecimiento sin causa, ya que necesariamente debe haber buena fe.

b. Mala fe

b. 1. Hecho ilícito

Antes de pasar a analizar las disposiciones contenidas en el Código en cuanto a la mala fe, veremos por qué debe considerarse como un hecho ilícito. Primero, recurriremos a la doctrina del maestro Bejarano Sánchez para explicar la fuente de obligaciones denominada "hecho ilícito":

El hecho ilícito –fuente de obligaciones– es una conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil. O dicho de otra manera: hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente... Responsabilidad civil es, pues, el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros... La causa de obligaciones 'hechos ilícitos' puede surgir a propósito de cualquier hecho humano, siempre que se reúnan los elementos característicos... la recepción de mala fe del *accipiens* en el enriquecimiento ilegítimo. El daño, pérdida o menoscabo de bienes que están ya en poder de la víctima, se distingue del perjuicio, que es la privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso.⁶¹

Como se puede observar en lo expuesto anteriormente, la mala fe del enriquecido, constituye un hecho ilícito, en virtud de reunir las características de éste y, en consecuencia, genera la obligación de la respon-

⁶¹ Bejarano Sánchez. *Ob. cit.* p. 222-246.

sabilidad civil por la cual se reparan los daños y perjuicios sufridos. Como veremos en los casos de mala fe contemplados en el pago de lo indebido, se habla de este tipo de reparación y no de la restitución del enriquecimiento ilegítimo, por lo que deberían suprimirse esas disposiciones y seguir las del Capítulo V del Código Civil de Nuevo León denominado "De las Obligaciones que nacen de los Actos Ilícitos".

En la doctrina existe mucha confusión en este aspecto, por ejemplo, Marty menciona: "Contra el *accipiens* de mala fe puede dirigirse igualmente la acción de responsabilidad, fundada en la culpa cometida, al aceptar, a sabiendas, un pago indebido".⁶² ¿Cómo es posible que puedan concurrir estas acciones, si la de enriquecimiento sin causa es de naturaleza subsidiaria? Más bien, la acción que se debe ejercer es la responsabilidad derivada de la fuente de hechos ilícitos.

Por considerar que la obligación del enriquecimiento sin causa descansa en el hecho ilícito, Gaudemet critica a Planiol diciendo: "en el hecho ilícito, el deudor debería la reparación del perjuicio y estaría obligado en la medida de las expensas del autor del enriquecimiento. Y es el caso que sólo lo está en la medida del enriquecimiento, aún cuando éste sea inferior a los desembolsos".⁶³

b. 2. Disposiciones legales

El artículo 1781 menciona:

El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deber abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos y los dejados de percibir, de las cosas que los produjeren.

Además, responder de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que

⁶² Marty. *Ob. cit.* p. 254.

⁶³ Gaudemet. *Ob. cit.* p. 314

la recobre. No responder del caso fortuito cuando éste hubiere podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó.

Como se puede ver, la obligación que se describe es de responsabilidad civil derivada del hecho ilícito y la consecuencia el pago de daños y perjuicios; podemos decir que la sanción es en la medida del empobrecimiento, lo cual no es la regla del enriquecimiento sin causa, por lo que pensamos que en este caso, el pago de lo indebido debe remitirse al capítulo correspondiente a los hechos ilícitos.

Por otra parte, el artículo 1782, establece: "Si el que recibió la cosa con mala fe, la hubiera enajenado a un tercero que tuviere también mala fe, podrá el dueño reivindicarla y cobrar, de uno u otros los daños y perjuicios". Esta es una obligación de responsabilidad civil por las razones que ya hemos dado, ejercida contra enriquecido y tercero.

Por último, el artículo 1780 *in fine*, en cuanto a la mala fe, menciona: "Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación". Aquí se deroga el principio del enriquecimiento sin causa que dice que ser en la medida del enriquecimiento, sino que ser el precio corriente de la prestación.

c. Excepciones

El artículo 1787 establece:

Queda libre de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, dejado prescribir la acción, abandonado las prendas, o cancelando las garantías de su derecho. El que paga indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores, respecto de los cuales la acción estuviese viva.

El caso establecido se justifica, en base a que el *accipiens* de buena fe, creyendo recibir el pago de un crédito legítimo, como piensa que ya se le ha cubierto dicho pago se queda sin los medios con que contaba para exigirlo en caso de incumplimiento, por lo cual, si se permitiera la acción de enriquecimiento sin causa, y el empobrecido restituyera lo que entregó, el *accipiens* quedaría imposibilitado para ir contra su verdadero deudor.

Esto también es en razón de que el pago de lo indebido se hace por un error del *solvens* por lo que el *accipiens* no debe sufrir por ese error. De todas formas, podrá el *solvens* ir contra los deudores del *accipiens*.

Otro caso en que el *solvens* no puede repetir lo establece el artículo 1791 que dice: "El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho a repetir". En general, los doctrinarios consideran que esto es en razón a que se obedece a una obligación natural, que se deben respetar. La deuda prescrita se asimila a un deber moral.

H. DURACIÓN

En cuanto a la duración o al tiempo en que se tiene viva la acción de *in rem verso*, el artículo 1790 establece: "La acción para repetir lo pagado indebidamente prescribe en un año, contado desde que se conoció el error que originó el pago. El sólo transcurso de cinco años contados desde el pago indebido, hace perder el derecho para reclamar su devolución". De lo anterior se deduce que si el empobrecido se da cuenta de su error, su acción prescribe en un año contado desde ese conocimiento y si no se ha dado cuenta, su acción prescribe a los cinco años de ese error.

I. VÍA PROCESAL

Para el ejercicio de la acción de *in rem verso*, ¿qué vía se debe seguir? A continuación analizaremos varias hipótesis.

1. Ordinaria

El enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones civiles. La acción de *in rem verso*, debe tramitarse dentro de un Juicio Ordinario Civil, ya que no tiene una vía especialmente contemplada en el Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León, de acuerdo con el artículo 638 que establece: "Las controversias que no tuvieren señalada en este Código tramitación especial se ventilarán en juicio ordinario".

Pudiera ser que el juicio fuera mercantil, si se realiza lo que se considera actos de comercio conforme a la ley. Al respecto el artículo 1049 del Código de Comercio establece: "Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4o., 75 y 76 se deriven de los actos comerciales". El enriquecimiento sin causa se puede dar cuando intervengan comerciantes, bancos, etc.

2. Posibilidad ejecutiva

El artículo 646 del Código de Procedimientos citado establece: "Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que traiga aparejada ejecución". Entonces, para poder ventilar la acción de *in rem verso* a través de la vía ejecutiva, habría que tener un "título ejecutivo."

El citado artículo continúa diciendo cuáles son esos títulos ejecutivos. La hipótesis en la que cabría la acción de *in rem verso* es la señalada en la fracción V que expresa: "Los convenios celebrados en el curso de un juicio ante el juez, ya sea de las partes entre sí o terceros que se hubieren obligado como fiadores, depositarios o en cualquier otra forma". Aquí cabría la posibilidad de que enriquecido y empobrecido fueran partes en un juicio en base al enriquecimiento sin causa y que celebraran un convenio de pago ante el juez.

El artículo 647 del citado Código establece que: "Las sentencias que causen ejecutoria y los convenios judiciales, laudos o juicios de

contadores, motivarán ejecución si el interesado no intentare la vía de apremio". En nuestro caso, sería una sentencia o convenio judicial con motivo del enriquecimiento sin causa. Lo anterior sería en materia civil; en materia mercantil, nos remitimos a lo establecido en el Código de Comercio.

Así pues, el artículo 1391 del citado Código establece: "El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución". Luego dice: "Traen aparejada ejecución" y las hipótesis que se aplican a nuestro caso son: "I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el artículo 1348". En nuestro caso, dicha sentencia sería con motivo del enriquecimiento sin causa.

La fracción III menciona: "La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288", el cual establece que "cuando la confesión judicial haga prueba plena y afecte a toda la demanda, cesar el juicio ordinario si el actor lo pidiere así, y se procederá en la vía ejecutiva". Este sería el caso de que el enriquecido en un juicio ordinario confesara el enriquecimiento.

J. APLICACIÓN PRACTICA

1. Caso de títulos de crédito

Debe reiterarse que la acción de *in rem verso* es de naturaleza subsidiaria, que sólo puede ejercitarse si no existe una causa jurídica que explique el enriquecimiento de la cual derive su ejercicio, aún cuando haya caducado o prescrito, por las razones ya expuestas. En este sentido, cabe destacar el caso de excepción contenido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la disposición siguiente:

Extinguida por caducidad la acción de regreso contra el girador, el tenedor de la letra que carezca de acción causal contra éste, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios, puede exigir al girador la suma de que se haya enriquecido en su daño.

Esta acción prescribe en un año, contado desde el día en que caducó la acción cambiaria.

¿Cómo podemos explicar que en este caso exista una acción de enriquecimiento sin causa? Antes que nada, analicemos los elementos que se consideran en el citado artículo, que tiene aplicación también, tanto al pagar, como al cheque, según se desprende del contenido de los numerales 174 y 196.

De conformidad al antes transcrito artículo 169, es necesario que haya caducado la acción de regreso contra el girador. Éste, es "la persona que con su firma se convierte en el autor de la orden incondicional de pago contenida en una letra de cambio, y que es responsable de la aceptación y el pago de la misma".⁶⁴ La acción se da contra el girador, porque como dice Cervantes Ahumada: "normalmente es el único que puede enriquecerse por ser su creador".⁶⁵

El contenido de la disposición de mérito se aplica también, tanto al pagar, como al cheque, como ya lo hemos indicado; en cuanto al primero, el artículo 174 establece: "...El subscriptor del pagar, se considerará como aceptante para todos los efectos de las disposiciones enumeradas antes, salvo el caso de los artículos 168 y 169 en que se equiparará al girador". De esta disposición se desprende que como el suscriptor del pagar, es su creador, se le equipara al girador para el efecto de evitar su enriquecimiento.

En cuanto al cheque, encontramos una regulación análoga en el artículo 196, que le son aplicables "... en lo conducente, los artículos... 166 a 169". Aquí consideramos que el librador del cheque se considera

⁶⁴ De Pina Vara. *Ob. cit.* p. 229.

⁶⁵ Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México, Herrero, 1984. p. 82.

como girador, por ser su creador y el único que se puede beneficiar, como ya hemos indicado.

Como podemos deducir, la acción de enriquecimiento sin causa contra el girador de una letra de cambio, el suscriptor de un pagaré o el librador de un cheque, por haber caducado la acción de regreso, está sujeta a que se carezca de acción causal contra el mismo girador, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios. Rodríguez Rodríguez la define como "la acción que compete al tenedor contra el girador, para que éste no se enriquezca a su costa, cuando ya no le queda ningún otro remedio legal para impedirlo".⁶⁶ Cabe reiterar lo que nos expresa Cervantes Ahumada: "Se trata de una acción típica de enriquecimiento injusto, que se da sólo contra el girador, porque normalmente es el único que puede enriquecerse en virtud de la letra, por ser su creador".⁶⁷

Para una mayor claridad de conceptos, siguiendo un simple procedimiento de exclusión, analicemos brevemente las acciones cambiarias y causales a que hace referencia la disposición legal aludida, para de esta forma precisar la aplicación y procedencia de la acción de *in rem verso*, cuya nota de subsidiariedad, es por demás obvia.

En este orden de ideas, la acción cambiaria, es la acción ejecutiva derivada de la letra de cambio, la cual puede ser directa, cuando se ejercita en contra del aceptante y de sus avalistas, y de regreso, cuando es contra todos los demás signatarios de la letra, dentro de los cuales se encuentra el girador.

Por otra parte, ¿qué debemos entender por acción causal? El artículo 168 de la citada Ley explica en qué consiste dicha acción:

Si de la relación que dio origen a la emisión o transmisión de la letra deriva una acción, ésta subsistir a pesar de aquéllas, a menos que se pruebe que hubo novación.

⁶⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Tomo I. México, Porrúa, 1957. p. 387.

⁶⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. *Ob. cit.* p. 82.

Esta acción debe intentarse, restituyendo la letra al demandado, y no procede sino después de que la letra hubiere sido presentada inútilmente para su aceptación o para su pago conforme a los artículos 91 a 94 y 126 al 128. Para acreditar tales hechos, y salvo lo dispuesto en el párrafo que sigue, podrá suplirse el protesto por cualquier otro modo de prueba.

Si la acción cambiaria se hubiere extinguido por prescripción o caducidad, el tenedor sólo podrá ejercitar la acción causal en caso de que haya ejecutado los actos necesarios para que el demandado conserve las acciones que en virtud de la letra pudieron corresponderle.

El jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez, explica el citado artículo como sigue:

Tres son las condiciones que deben concurrir para el ejercicio de la acción causal: Primera: persistencia de la acción causal; Segunda: presentación al cobro; Tercera: restitución de la letra. Se exige la persistencia de la acción causal, ya que esta acción puede no existir, bien porque aunque en un momento tuviese validez legal, haya desaparecido por novación o cualquiera otro motivo jurídico que haya establecido su ineficacia, o bien, porque nunca existió... Como segunda condición, la presentación al cobro... Por presentación inútil debe entenderse la presentación ineficaz, sin que sea necesario el ejercicio judicial de la acción y la imposibilidad de la ejecución de la sentencia por insolvencia del deudor o por otras circunstancias. La restitución de la letra, lo que se comprende si se tienen en cuenta las disposiciones que exigen que el pago de la letra se haga contra entrega de la misma, al mismo tiempo que la necesidad de que la persona que paga el importe de la letra, como consecuencia de la demanda que se entabla en su contra ejerciendo la acción causal, pueda a su vez demandar cambiariamente a los obligados anteriores. La acción causal es alternativa con la cambiaria si ésta existe... El tercer párrafo del artículo 168 implica un contrasentido, porque si la acción prescribió o caducó, no pueden haberse realizado los actos para impedir la prescripción o la caducidad. Sin embargo, el precepto tiene aplicación cuando la acción causal se endereza en contra del girador ya que éste no tiene ac-

ción cambiaria contra los otros obligados... La acción causal se concede al tenedor, ya fuese el que la tiene en su poder al vencimiento, ya cualquiera que la haya adquirido por haber pagado su importe a un tenedor posterior. No puede ejercerse por salto, sino que cada tenedor puede ejercerla con quien tiene relación cambiaria directa; el endosatario contra su endosante; el avalista contra el avalado; el primer tomador de la letra contra el girador.⁶⁸

De lo anterior se desprende que la acción causal la debemos entender como aquélla que deriva de la causa jurídica que dio origen al título de crédito de que se trate y que se encuentra sujeta a los requisitos señalados en el mencionado artículo 168 de la citada Ley.

Veamos todo lo anterior ejemplificativamente: supongamos que se celebra un contrato de compraventa de un automóvil; el comprador en pago, entrega al vendedor una letra de cambio, en la cual, él es el girador, el girado es otra persona "x" y el beneficiario es el vendedor; este último va con el girado para la aceptación de la letra y la obtiene; después el vendedor endosa la letra a otra persona en virtud de otro contrato, la cual a su vez la endosa a otro y así, sucesivamente; llegado el momento del vencimiento de la letra, el último tenedor acude al girado-aceptante, el cual se rehúsa a pagar, no se protesta la letra por la falta de pago, por lo cual caduca la acción cambiaria en vía de regreso, pierde la acción causal en contra del endosante, porque hubo novación (art. 168), a su vez, se carece de acción cambiaria directa contra el girado-aceptante, por insolvencia de éste. En este caso, como caducó su acción en vía de regreso contra el girador y carece de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios, se puede recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa establecida en el artículo 169 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Como ya se ha establecido, este último tenedor carece también de acción causal contra el girador, ya que él no era parte del contrato de compraventa que dio origen a la letra de cambio. En este caso, con-

⁶⁸ Rodríguez Rodríguez. *Ob. cit.* p. 346-347.

sideramos que hay enriquecimiento sin causa por parte del girador, ya que no hay una causa jurídica –es decir, no existe relación contractual– que justifique el enriquecimiento y el empobrecimiento del último tenedor, y el elemento de nexos causal del enriquecimiento sin causa entre los dos, se explica por el título de crédito.

Consideramos que cuando caduca la acción de regreso contra el girador y se carece de acción causal en contra de éste y acción cambiaria o causal en contra de los demás signatarios, hay un enriquecimiento sin causa por parte del girador, pues como el título de crédito es autónomo, es decir, se desvincula de la causa que le dio origen y si no se le paga al último beneficiario (no al directo, sino al último por haberlo adquirido vía endoso), se carecería de una causa jurídica que lo explique, pues la acción derivada del título de crédito, es independiente de la causa que le dio origen y si se carece de ésta, repetimos, existe un enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, en cuanto al beneficiario directo de la letra, consideramos que si caduca la acción de regreso contra el girador y se carece de acción cambiaria directa contra el aceptante, la acción que derive de la causa que le dio origen, está sujeta a los requisitos del artículo 168 y si no cumple dichos requisitos, también se le autoriza para ejercitar la acción de enriquecimiento; lo cual consideramos que es justo, ya que la acción causal en el caso particular se somete a requisitos derivados del título conforme lo establece la mencionada disposición legal, el cual si no existiera haría que la acción causal se ejercitara normalmente, y se le otorga la acción de enriquecimiento para que no pierda su derecho.

Destacando nuevamente la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, debemos expresar que su ejercicio está sujeto a un período de duración de un año, contado a partir de la caducidad de la acción cambiaria de regreso en contra del girador, por lo cual, debe suponerse que dentro de dicho lapso de tiempo se perdieron acciones de una mayor eficacia a través de las cuales se pudo haber obtenido el pago, a las que hace alusión el artículo 169, que son la cambiaria directa y la causal.

2. Otros casos

a. Enriquecimiento sin causa por no acreditar causa jurídica

El primer caso se refiere a una empresa "A" que contrata a un señor "N" en forma verbal, para que instale equipo de computación que le ha vendido a la empresa "B", a lo cual da cumplimiento el señor "N".

Ahora bien, la empresa "A" cambia a los directivos que contrataron al señor "N", el cual al ir a cobrar su pago por el trabajo de instalación, se encuentra con la sorpresa de que desconocen haberlo contratado. ¿Se puede ejercitar la acción de *in rem verso* para obtener el pago?

Para contestar esta pregunta, se deben acreditar los elementos del enriquecimiento sin causa: el enriquecimiento de una persona, el empobrecimiento de otra, un nexo causal entre ellos y ausencia de causa jurídica que justifique dicho enriquecimiento. Es de notar que en el presente caso, no se presenta este último elemento, ya que la causa consiste en el contrato de prestación de servicios celebrado por ambas partes y la acción ejercitable ser la derivada del incumplimiento de dicho contrato, por lo que la acción que se ejercite, ir encaminada a probar dicho contrato, además, los efectos restitutorios son más amplios que en el enriquecimiento sin causa. En base a estas consideraciones, se podría deducir que no se puede ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, ¿qué pasaría si al ejercitar la acción derivada de la causa jurídica que dio origen al enriquecimiento, no se pudieran acreditar los elementos que conforman dicha causa? ¿Sería justo que el empobrecido no obtuviera lo que se le debe?

En el presente caso, como ya lo señalamos, existe un contrato verbal de prestación de servicios, el cual es muy difícil probar por el cambio de los directivos de la empresa contratante y en el evento de que se dicte sentencia definitiva que declare la inexistencia del contrato, consideramos que sería correcto ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa ya que estamos ante la ausencia de causa jurídica que explique el enriquecimiento declarada judicialmente.

En este caso sería correcto ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa, ya que como vimos en los apartados de "Antecedentes históricos" y "Fundamento", es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro y que, toda prestación debe ser equilibrada por la contraprestación correspondiente, por lo cual, no sería equitativo que por no acreditarse la causa jurídica que dio origen al enriquecimiento, no se pagara lo que se debe.

Entonces, como se podría acreditar con mayor facilidad el enriquecimiento sin causa, pues hay un enriquecimiento indirecto por parte de la empresa, ya que debiendo disminuir su patrimonio para el pago de la instalación del equipo de cómputo que vendió, no disminuye, y hay un empobrecimiento indirecto del señor "N" en virtud de que debiendo recibir el pago por la instalación de dicho equipo, no lo recibió, existiendo un nexo causal entre los dos por referirse al mismo equipo de cómputo, por lo cual procede ejercitar la acción de *in rem verso* ya que se justifica el elemento de ausencia de causa, en virtud de que la causa jurídica que origina el enriquecimiento, no se puede acreditar por así haberse declarado en la sentencia definitiva.

De todo lo dicho anteriormente, se confirma la subsidiariedad de la acción de *in rem verso* por razones de equidad, que es el motivo por el que surge dicha acción.

b. Enriquecimiento sin causa

Sucede que una pareja se separa sin divorciarse y el esposo vive en amasiato con otra mujer, los cuales ponen en marcha un negocio, pero todas las operaciones y el patrimonio con que cuentan están a nombre del señor. Es el caso que el señor muere y todos los bienes que formó con la amasia pasan a formar parte de la sucesión hereditaria. ¿Podría la amasia interponer acción de enriquecimiento sin causa?

Consideramos que en este caso sí se puede porque se reúnen plenamente los requisitos del enriquecimiento sin causa: enriquecimiento de

la sucesión hereditaria; empobrecimiento de la amasia porque la mitad de los bienes que derivan del negocio que formó con el señor le pertenecen por su trabajo; nexo entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, que es la muerte del señor; ausencia de causa que justifique el enriquecimiento de la sucesión, con bienes que no le pertenecen y que han pasado a formar parte de ella sin razón alguna, ya que no forman parte de la sociedad conyugal y no existe otra acción por la cual pueda recuperar sus bienes. Como podemos ver en este caso, de no existir la acción de *in rem verso* no habría ninguna forma posible para restituir lo que pertenecía a la amasia.

c. Nuestra opinión

De los casos señalados anteriormente, podemos ver que la acción de *in rem verso*, surge por motivos de equidad, como lo expresaban los romanos, de manera que de no existir ésta habría innumerables casos de injusticia. Esto se debe a su naturaleza subsidiaria, que deriva de la ausencia de causa jurídica que justifique el enriquecimiento o que fuere oscura e irregular, ya que no habría motivo para explicar el desplazamiento de un patrimonio a otro.

Esto se corrobora con los casos que hemos señalado, tanto en los títulos de crédito, como en los dos últimos, ya que no habría otra manera de recuperar lo que se hubiere perdido, ya sea porque no existiera una causa jurídica de la cual derivara el ejercicio de una acción, o bien, porque ésta fuera difícil de acreditar, impidiendo el ejercicio de acciones que de ella derivaran, lo cual ocasionaría un evidente enriquecimiento sin causa.

En base a lo anterior, creemos que es necesario que los abogados se preocupen en estudiar esta acción ya que podría ser la solución a casos aparentemente perdidos y evitar innumerables injusticias.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El enriquecimiento sin causa es la fuente de obligaciones civiles de la cual deriva la acción de *in rem verso*, la cual surge del principio romano que enuncia: "es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro", es decir, su fundamento es la equidad y se puede definir como un hecho jurídico lícito en virtud del cual opera un desplazamiento patrimonial de un patrimonio que se ve enriquecido mientras otro que se ve empobrecido, existiendo una relación de causa a efecto entre enriquecimiento y empobrecimiento en ese hecho, sin que exista una causa jurídica que lo justifique; de lo anterior se desprenden los cuatro elementos que lo constituyen: el enriquecimiento de una persona, el empobrecimiento de otra, nexo causal entre ambos y ausencia de causa jurídica que lo justifique.

SEGUNDA. El pago de lo indebido es la principal especie del enriquecimiento sin causa, siendo sus elementos: un pago (que es lo que constituye el enriquecimiento de una persona, el empobrecimiento de otra y el nexo causal entre ambos); que sea indebido y que sea hecho por error (es decir, ausencia de causa jurídica que lo justifique).

TERCERA. La acción de *in rem verso* se puede definir como la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales con la pretensión del actor (empobrecido), de obtener del demandado (enriquecido), la restitución de su empobrecimiento en la medida que el demandado se ha enriquecido, obligación derivada de la figura del enriquecimiento sin causa.

CUARTA. Puede suceder que bajo el nombre de acción de *in rem verso*, en realidad se está ejercitando una acción de responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito, siendo importante atender a la pretensión que se exige y no al nombre de la acción, ya que los alcances restitutorios son distintos, como sucede en el pago de lo indebido de mala fe, que viene a ser un hecho ilícito y que debería contemplarse en el Capítulo correspondiente a dicha fuente de obligaciones.

QUINTA. Del elemento del enriquecimiento sin causa denominado "ausencia de causa jurídica que justifique el enriquecimiento", se deriva la

naturaleza subsidiaria de la acción de *in rem verso*, ya que surge cuando no hay otra acción por la cual se pueda reclamar la restitución del empobrecimiento, pues no hay causa jurídica de la cual se pueda derivar, o bien, ésta no se puede acreditar por ser poco clara, dejando en estado de indefensión al empobrecido, por lo que, por razones de equidad, se puede recurrir a esta acción.

SEXTA. Se ha discutido si se puede ejercitar la acción en estudio, por haber prescrito o caducado las acciones derivadas de alguna causa jurídica, lo cual no es posible porque existe la causa jurídica, pero desaparece el derecho que otorgaba por culpa o negligencia de su titular por no haber ejercitado las acciones correspondientes oportunamente, lo cual es sancionado por la ley, y no se puede salvar por la acción de *in rem verso*.

SÉPTIMA. El titular de esta acción es la persona que sufre la pérdida correlativa al enriquecimiento sin causa y los que representen sus derechos, ejercitándose en contra del enriquecido y sus causahabientes (surgiendo éstos en el pago de lo indebido, cuando se trasmite una cosa cierta). La carga de la prueba corresponde al que ha realizado el pago de lo indebido por ser un hecho suyo y por la máxima que dice que "el que afirma está obligado a probar", a no ser que el demandado lo niegue estando probado el pago, por lo cual, a éste corresponde probar dicho pago debido a su mala fe, quedando a salvo su derecho de acreditar que el pago es indebido. Esto se debe aplicar también al género enriquecimiento sin causa.

OCTAVA. El contenido de la acción de *in rem verso*, es decir, lo que se reclama con ella, es obtener del demandado la restitución del empobrecimiento del actor en la medida en que se ha enriquecido el demandado, por lo cual, el tope de la restitución ser el enriquecimiento, porque no se trata de una medida reparadora de todo daño o pérdida; pero sucede que cuando nuestra ley regula el pago de lo indebido, establece efectos restitutorios más amplios cuando es de mala fe, siendo en realidad una indemnización que incluye daños y perjuicios derivada de un hecho ilícito, lo cual no debería estar contemplado en las disposiciones del pago de lo indebido.

NOVENA. La vía procesal por la cual se puede ejercitar dicha acción puede ser ordinaria, ya sea civil o mercantil dependiendo si la naturaleza de los actos realizados son civiles o de comercio, y puede haber posibilidad de que sea ejecutiva, si se cae dentro de alguno de los supuestos de la fracción V del artículo 646 o del artículo 647 del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León, o dentro de las hipótesis de las fracciones I y III del artículo 1391 del Código de Comercio.

DÉCIMA. Existe un caso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el cual se puede ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa, contemplado en el artículo 169, que es cuando ha caducado la acción cambiaria de regreso contra el girador, la cual está sujeta a que el beneficiario carezca de acción causal contra el girador y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios del título de crédito; esto se entiende en virtud del fundamento de la acción de *in rem verso*, basada en la equidad, ya que no sería justo que el girador se beneficiara por ser el creador del título sin pagar, habiendo un enriquecimiento sin causa.

DÉCIMO PRIMERA. Como se ha precisado, las acciones derivadas del título de crédito son independientes de la causa que le dio origen a la creación de dicho título, por lo que se entiende que perdiéndose éstas, puede ejercitarse la de enriquecimiento sin causa

DÉCIMO SEGUNDA. En lo que respecta a la acción causal, que como su nombre lo indica, deriva de la causa que le dio origen al título de crédito, ésta se encuentra sometida a los requisitos del artículo 168, derivados del título, por lo que no sería justo que se perdiera por no reunir dichos requisitos, lo cual no viola la naturaleza subsidiaria de la acción de *in rem verso*; al contrario, la reafirma al evitar un enriquecimiento sin causa si sólo se tuvieran las acciones ya citadas, como consecuencia de la equidad, ya que no habría causa que justificara el enriquecimiento del girador.

DÉCIMO TERCERA. La acción de *in rem verso* puede ser de gran utilidad debido a su naturaleza subsidiaria, traducida en que se puede ejercitar si no hay otra acción derivada de una causa jurídica que justifique el enriquecimiento de una persona o si esa causa no se puede

acreditar provocando que surja un enriquecimiento sin causa, si por la falta de dicho acreditamiento no se pudieran ejercitar las acciones derivadas de la misma, al grado que podemos decir que si no existiera dicha acción, habría innumerables casos de injusticia, por lo que pensamos que es necesario su estudio por parte de los abogados postulantes, pudiendo encontrar una salida en dicha acción cuando parezca que ya no se puede hacer nada.

BIBLIOGRAFÍA

- Azua Reyes, Sergio T. *Teoría general de las obligaciones*. México, Porrúa, 1993. pp. 376.
- Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. México, Harla, 1992. pp. 621.
- Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Tr. de José M. Cajica. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985. pp. 678.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Porrúa, 1968. pp. 460.
- Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México, Herrero, 1984. pp. 422.
- De Pina Vara, Rafael. *Elementos de Derecho Civil mexicano*. Vol. III. México, Porrúa, 1973. pp. 384.
- De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. México, Porrúa, 1978. pp. 400.
- De la Cámara Álvarez y Diez-Picazo, Manuel y Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, dirigido por Manuel Alonso Olea. Madrid, Civitas, S. A., 1988. pp. 208.
- Gaudemet, Eugéne. *Teoría General de las Obligaciones*. Tr. de Pablo Macedo. México, Porrúa, 1984. pp. 534.
- Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. México, Harla, 1990. 429 pp.
- Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. México, Porrúa, 1990. 1083 pp.
- Marty, Gabriel. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Tr. de José M. Cajica. Vol. I. México, Cajica, 1986. 415 pp.

acreditar provocando que surja un enriquecimiento sin causa, si por la falta de dicho acreditamiento no se pudieran ejercitar las acciones derivadas de la misma, al grado que podemos decir que si no existiera dicha acción, habría innumerables casos de injusticia, por lo que pensamos que es necesario su estudio por parte de los abogados postulantes, pudiendo encontrar una salida en dicha acción cuando parezca que ya no se puede hacer nada.

BIBLIOGRAFÍA

- Azua Reyes, Sergio T. *Teoría general de las obligaciones*. México, Porrúa, 1993. pp. 376.
- Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. México, Harla, 1992. pp. 621.
- Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Tr. de José M. Cajica. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985. pp. 678.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Porrúa, 1968. pp. 460.
- Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México, Herrero, 1984. pp. 422.
- De Pina Vara, Rafael. *Elementos de Derecho Civil mexicano*. Vol. III. México, Porrúa, 1973. pp. 384.
- De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. México, Porrúa, 1978. pp. 400.
- De la Cámara Álvarez y Diez-Picazo, Manuel y Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, dirigido por Manuel Alonso Olea. Madrid, Civitas, S. A., 1988. pp. 208.
- Gaudemet, Eugéne. *Teoría General de las Obligaciones*. Tr. de Pablo Macedo. México, Porrúa, 1984. pp. 534.
- Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. México, Harla, 1990. 429 pp.
- Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. México, Porrúa, 1990. 1083 pp.
- Marty, Gabriel. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Tr. de José M. Cajica. Vol. I. México, Cajica, 1986. 415 pp.

- Núñez Lagos, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. España, Reus, 1934. pp. 242.
- Pallares, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. México, Porrúa, 1981. pp. 680.
- , *Tratado de las Acciones civiles*. México, Porrúa, 1985. pp. 572.
- Petit, Eugéne. *Tratado elemental de Derecho romano*. Tr. de José Fernández. México, Porrúa, 1989. pp. 717.
- Planiol y Ripert, Marcel y Georges. *Tratado elemental de Derecho civil*. Tr. de José M. Cajica Jr. Tomo IV. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983. pp. 626.
- Quintanilla García, Miguel Ángel. *Derecho de las Obligaciones*. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1981. pp. 367.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Tomo I. México, Porrúa, 1957. pp. 447.
- Rojina Villegas, Rafael. *Derecho civil mexicano*. Tomo V. Vol. II. México, Porrúa, 1985. pp. 736.
- Sepúlveda Sandoval, Carlos. *De los derechos personales, de crédito u obligaciones*. Tomo I. México, Font., 1993. pp. 258.
- Uribe-Holguín, Ricardo. *De las obligaciones y del contrato en general*. Colombia, Temis, 1982. pp. 260.
- Von Tuhr, A. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Tr. de W. Roces. Madrid, Reus, 1934. pp. 335.

Legislación

Código de Comercio.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León.

Jurisprudencia y tesis

Las citadas.

LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN MÉXICO, UNA APROXIMACIÓN DE DERECHO COMPARADO CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

por Carlos A. Gabuardi*

Introducción

México es generalmente considerado como un país que se ubica dentro de la tradición Romano-germánica,¹ en la cual la principal fuente del derecho es la norma jurídica legislada o aquella que tiene características similares a la de la norma jurídica legislada, es decir que es general abstracta e impersonal;² mientras que por otro lado, en los países que

* **Carlos A. Gabuardi** es abogado en el ejercicio libre de la profesión y es también Profesor de Derecho en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Maestría en Derecho otorgada por en la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane, Nueva Orleáns, Luisiana y actualmente es candidato al Doctorado en Derecho por la misma universidad. Quiero agradecer particularmente a la Dra. Ana María Alvarado Larios y al Magistrado Jorge Castañeda por toda su paciencia y buena disposición durante todas las veces en que discutí con ellos las ideas que aparecen en este artículo, su orientación y apoyo ha sido invaluable. También agradezco de manera especial el incondicional apoyo que como auxiliar de investigación he recibido de la Srta. Nora Denisse Partida, alumna de la escuela de derecho de la Escuela de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

¹ René DAVID & John E.C. BRIERLEY, **Major Legal Systems in the World Today**, 2d. Edition, The Free Press, New York. Pp. 31 a 137.

² Rafael ROJINA VILLEGAS, **Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia**, 29 ed., Editorial Porrúa, México, 2000. T. I P. 534.

pertencen a la tradición del Common Law,³ la principal fuente de derecho la constituye el precedente judicial.⁴

No obstante, más de un autor ha hecho notar que los rumbos de cada una de estas dos tradiciones jurídicas –la Romano-germánica y la del Common Law– evolucionan en líneas convergentes pues en los países que pertenecen a la tradición del Common Law cada vez se encuentra un mayor número normas jurídicas con las características de generalidad, abstracción e impersonalidad que son típicas de la tradición Romano-germánica; mientras que al mismo tiempo también se ha observado que en los países de tradición Romano-germánica existe una significativa tendencia a recurrir al uso de decisiones judiciales en cuanto las mismas son consideradas como fuentes del derecho.

En este sentido, en más de una ocasión he pensado que los juristas del Common Law, al aplicar e interpretar su derecho legislado y reglamentario, muy bien podrían aprovechar y aprender sobre las técnicas de interpretación jurídica que a lo largo de los siglos se han ido desarrollando en el seno de la tradición Romano-germánica.⁵ Pero al mismo tiempo, también me parece que hay mucho que nosotros –los juristas formados en la tradición Romano-germánica– podríamos aprender sobre la técnica desarrollada en la tradición del Common Law para la interpretación de sentencias judiciales.

³ René DAVID & John E.C. BRIERLEY, *Loc. Cit.* Pp. 285 a 417. Salvo que se indique otra cosa, cuando en este trabajo haga referencia a la tradición jurídica del Common Law, el comentario se hará en el contexto del Common Law Anglo-Americano.

⁴ *Idem.* Pp. 13 y 14.

⁵ Sobre este tema recomiendo leer el excelente artículo "Some Remarks on the the Method of the Civil Law" del Prof. Dr. Jur. Carl BAUDENBACHER (Carl BAUDENBACHER, "Some Remarks on the Method of the Civil Law", 34 *Texas International Law Journal* 333. 1999) Es artículo es la constatación de un jurista formado en la tradición romano-germánica a un artículo publicado por el Richard B. CAPALLI (Richard B. CAPALLI, "At the Point of decisión: The Common Law's Advantage over the CommonLaw", 12 *Temple International and Comparative Law Journal* 87. 1998) en el que CAPALLI se dedica a alabar el Common Law y a despreciar a la tradición romano-germánica. Huelga decir que BAUDENBACHER exhibe la frivolidad y superficialidad del artículo de CAPALLI haciendo una relación de las bondades y contribuciones de la tradición romano-germánica al mundo del derecho en general y a la tradición del Common Law en particular.

Así, el cometido que me he propuesto en la realización de este trabajo consiste justamente en explorar la viabilidad y relevancia de recurrir al método que para la interpretación de decisiones judiciales se ha desarrollado en la tradición jurídica del Common Law; y con tal propósito se hace necesario proceder a delimitar el sistema mexicano de precedentes judiciales,⁶ tanto en cuanto a su número, como con respecto a lo que se refiere a su posición relativa dentro del sistema mexicano, a su obligatoriedad y a su alcance jurídico.

I. El Sistema Mexicano de Precedentes Judiciales⁷

Cuando en México se piensa en precedentes judiciales, necesariamente se evoca el término jurisprudencia de una manera amplia y genérica; quizá porque el capítulo de la Ley de Amparo que se refiere a los precedentes judiciales se titula "De la Jurisprudencia de la Suprema Corte

⁶ Este ensayo se concentra en lo que ocurre en el sistema judicial federal, aunque en los Estados...

⁷ El presente ensayo se limita a estudiar los precedentes que provienen de tribunales que son formalmente considerados como judiciales, tales como los que provienen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito dictados al resolver cuestiones planteadas dentro del procedimiento de Amparo o de otros procedimientos que se ventilan ante estos órganos jurisdiccionales, aunque hago excepción de los tribunales en materia electoral. Sin embargo, habrá de quedar para mejor ocasión el estudio de los precedentes judiciales de otros tribunales federales tales como el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, los tribunales de lo contencioso administrativo y otros más. Por otro lado y aunque sea brevísimamente, me parece muy oportuno mencionar que en México más de un estado cuenta al menos en la ley con un sistema de precedentes judiciales, tal como es el caso de Coahuila, que le llama jurisprudencia (Título Décimo Tercero, artículos 261 al 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila), Morelos, que le llama jurisprudencia (Título VI, artículos 106 al 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Morelos), Veracruz, que les llama precedentes obligatorios (Capítulo II, artículos 11 y 12, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz), y Zacatecas, que le llama jurisprudencia (Título IV, artículos 59 al 63 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Zacatecas). Me parece que los precedentes judiciales de los estados ameritarían un estudio por separado.

Así, el cometido que me he propuesto en la realización de este trabajo consiste justamente en explorar la viabilidad y relevancia de recurrir al método que para la interpretación de decisiones judiciales se ha desarrollado en la tradición jurídica del Common Law; y con tal propósito se hace necesario proceder a delimitar el sistema mexicano de precedentes judiciales,⁶ tanto en cuanto a su número, como con respecto a lo que se refiere a su posición relativa dentro del sistema mexicano, a su obligatoriedad y a su alcance jurídico.

I. El Sistema Mexicano de Precedentes Judiciales⁷

Cuando en México se piensa en precedentes judiciales, necesariamente se evoca el término jurisprudencia de una manera amplia y genérica; quizá porque el capítulo de la Ley de Amparo que se refiere a los precedentes judiciales se titula "De la Jurisprudencia de la Suprema Corte

⁶ Este ensayo se concentra en lo que ocurre en el sistema judicial federal, aunque en los Estados...

⁷ El presente ensayo se limita a estudiar los precedentes que provienen de tribunales que son formalmente considerados como judiciales, tales como los que provienen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito dictados al resolver cuestiones planteadas dentro del procedimiento de Amparo o de otros procedimientos que se ventilan ante estos órganos jurisdiccionales, aunque hago excepción de los tribunales en materia electoral. Sin embargo, habrá de quedar para mejor ocasión el estudio de los precedentes judiciales de otros tribunales federales tales como el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, los tribunales de lo contencioso administrativo y otros más. Por otro lado y aunque sea brevísimamente, me parece muy oportuno mencionar que en México más de un estado cuenta al menos en la ley con un sistema de precedentes judiciales, tal como es el caso de Coahuila, que le llama jurisprudencia (Título Décimo Tercero, artículos 261 al 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila), Morelos, que le llama jurisprudencia (Título VI, artículos 106 al 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Morelos), Veracruz, que les llama precedentes obligatorios (Capítulo II, artículos 11 y 12, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz), y Zacatecas, que le llama jurisprudencia (Título IV, artículos 59 al 63 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Zacatecas). Me parece que los precedentes judiciales de los estados ameritarían un estudio por separado.

y de los Tribunales Colegiados de Circuito";⁸ quizá esto suceda por razones históricas aún más profundas, de cualquier modo es claro que en México el término jurisprudencia tiene más de un significado.

En la acepción más amplia del vocablo, se dice todo aquello que con anterioridad ha sido actuado o dicho por las autoridades en ejercicio de su función jurisdiccional constituye un precedente⁹ judicial. Sin embargo, en este ensayo habré de referirme única y exclusivamente a los precedentes que devienen de las sentencias judiciales y no de los que forman mediante otras actuaciones judiciales.

De este modo, cabe señalar que en México no todos los precedentes judiciales tienen la misma obligatoriedad y alcance jurídico, y pienso que de primera intención dichos precedentes judiciales podrían ser clasificados como sigue:

- a. Aquellos que forman parte de una sentencia¹⁰ ejecutoria,¹¹ en los que se establece un criterio¹² que se refiere a lo resuelto¹³

⁸ Título Cuarto, Capítulo Único, artículos 192 al 197-B de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Ley de Amparo).

⁹ **precedente.** (Del ant. part. act. de *preceder*; lat. *praecedens, -entis*). adj. Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos. || **2. m. antecedente** (? acción o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores). || **3.** Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&LEMA=precedente&FORMATO=DRAE). **judicial.** (Del lat. *iudicialis*). adj. Perteneciente o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&LEMA=judicial&FORMATO=DRAE).

¹⁰ Sentencia. Resolución judicial que pone fin a un proceso o juicio en una instancia o en un recurso extraordinario. Rafael DE PINA & Rafael DE PINA VARA, **Diccionario de Derecho**, 4 ed., Editorial Porrúa. 1992. P. 452.

¹¹ Ejecutoria. Documento judicial en el que se consigna una sentencia firme. Idem. P. 260.

¹² Tal como se usa en el uso jurídico mexicano se entiende por criterio la opinión o modo de interpretación que las autoridades han adoptado para tratar un determinado tipo de asuntos.

¹³ Marco la importancia de que lo resuelto debe estar directamente relacionado con los puntos controvertidos que hayan sido dirimidos, pues con frecuencia no todo lo contenido en las sen-

en los puntos controvertidos en el juicio¹⁴ de mérito¹⁵ y en los que se da el caso de que dicho criterio ha sido reiterado en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, siempre y cuando todas y cada una de las ejecutorias respectivas hayan alcanzado una cierta votación calificada, y que por lo tanto pueden integrar jurisprudencia definida.¹⁶

- b. Aquellos que forman parte de una sentencia ejecutoria, y en cuales se establece un criterio que se refiere a lo resuelto en los

tencias se refiere a los cuestionamientos centrales de la controversia. Justamente éste es el principio de congruencia consagrado en el artículo 190 de la Ley de Amparo en el que se establece que: "Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, no comprenderán más cuestiones que las legales propuestas en la demanda de amparo; debiendo apoyarse en el texto constitucional de cuya aplicación se trate y expresar en sus proposiciones resolutivas el acto o actos contra los cuales se conceda el amparo.", principio que en palabras del Ministro Genaro Góngora Pimentel "se traduce en el deber del juzgador de pronunciar su fallo de acuerdo exclusivamente con las pretensiones, negaciones o excepciones, que en su caso hayan planteado las partes durante el juicio. El requisito de congruencia prohíbe al juzgador resolver más allá (*ultra petita partium*), o fuera (*extra petita*) de lo pedido por las partes. Genaro GÓNGORA PIMENTEL, **Introducción al Estudio del Juicio de Amparo**, 8ª edición, Editorial Porrúa, México. 2001. P. 540.

¹⁴ En palabras de Becerra Bautista, juicio se refiere a la "legítima contención de causa que se disputa entre el actor y el reo, ante el juez, para que los pleitos se terminen por autoridad pública." José BECERRA BAUTISTA, **El proceso Civil en México**, 3ª edición, Editorial Porrúa, México. 1970 P. 40.

¹⁵ Efectivamente, tal como lo señalara el maestro Ramón PALACIOS VARGAS, a lo largo del proceso "debe procurarse una ininterrumpida congruencia, una logicidad concatenada que vaya desde la demanda hasta la sentencia y de esta a su ejecución." (J. Ramón PALACIOS, **La Corrección entre Acción y Sentencia**, Universidad de Nuevo León. México. 1955. P. 1).

¹⁶ En este contexto el término jurisprudencia se refiere a precedentes que tienen fuerza vinculante en los términos de la Ley de Amparo. Particularmente, el artículo 192 segundo párrafo de la Ley de Amparo: "Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas." En los términos del segundo párrafo del artículo 193 de la Ley de Amparo, "Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado."

puntos controvertidos del juicio que dio origen a la ejecutoria de mérito y en los que a pesar de que las ejecutorias hayan alcanzado una cierta votación calificada,¹⁷ dicho criterio no ha sido reiterado en por lo menos cinco ocasiones (estos precedentes son a los que se les llama tesis aisladas idóneas para integrar jurisprudencia).

- c. Aquellos que forman parte de una sentencia ejecutoria que ha constituido jurisprudencia o cuya votación se considera calificada como para formar jurisprudencia y en los cuales se establece un criterio que no se refiere a lo resuelto en los puntos controvertidos del juicio de mérito.¹⁸
- d. Aquellos que forman parte de una ejecutoria cuya votación no se considera calificada como para formar jurisprudencia y en los cuales se establece un criterio que se refiere a lo resuelto a los puntos controvertidos del juicio que dio origen a la ejecutoria.¹⁹
- e. Aquellos que forman parte de una ejecutoria cuya votación no se considera calificada como para formar jurisprudencia y en los cuales se establece un criterio que no se refiere a lo resuelto el juicio que dio origen a la ejecutoria.²⁰
- f. Aquellos que forman parte de resolución sobre contradicción de tesis.²¹
- g. Aquellos que declaran la invalidez de un cierto acto o norma general, que se refieren a los puntos cuestionados en una Controversia Constitucional o en una Acción de Inconstitucionalidad y que se decidió por el voto de una mayoría calificada.²²

¹⁷ Artículos 192 segundo párrafo y 193 segundo párrafo de la Ley de Amparo interpretados *a contrario sensu*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

²¹ Artículos 197 y 197-A segundo párrafo de la Ley de Amparo.

²² Artículo 41 fracción IV *in fine* de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas

- h. Aquellos que declaran la validez de un cierto acto o norma general, y en los que consecuentemente se desestimó la controversia constitucional o la acción inconstitucionalidad, que se refieren a los puntos cuestionados en la misma y que se decidió por el voto de una mayoría calificada.
- i. Aquellos que declaran la invalidez de un cierto acto o norma general, que se refieren a los puntos cuestionados en una Controversia Constitucional o en una Acción de Inconstitucionalidad que al decidirse no alcanzó el voto de una mayoría calificada., y en los que consecuentemente se desestimo la controversia constitucional o la acción inconstitucionalidad.
- j. Aquellos que declaran la validez de un cierto acto o norma general, que se refieren a los puntos cuestionados en una Controversia Constitucional o Acción de Inconstitucionalidad y que al decidirse no alcanzó el voto de una mayoría calificada.
- k. Aquellos que no se refieren a los puntos cuestionados en una Controversia Constitucional o de una Acción de Inconstitucionalidad, independientemente del resultado de la decisión o del número de votos con los que haya contado la decisión respectiva.
- l. Aquellos que forman parte de un voto particular²³ contenido en una ejecutoria y en los que se establece un criterio que se refiere a lo

cuya validez dependa de la propia norma invalidada;" y artículo 42 de ese mismo ordenamiento: "Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos." Ver también los artículos 72 y 73 del mismo ordenamiento.

²³ Voto Particular. Opinión que el miembro de un órgano jurisdiccional colegiado formula por escrito para hacer constar su disconformidad con la solución dada por la mayoría del caso resuelto. En los regímenes judiciales en que no se permite darle publicidad, se denomina "voto reservado. Rafael DE PINA & Rafael DE PINA VARA. Loc. Cit. p. 499. Artículo 186 segundo párrafo de la Ley de Amparo "El ministro que no estuviere conforme con el sentido de la resolución, podrá formular su voto particular, expresando los fundamentos del mismo y la resolución que estime debió dictarse."

resuelto en un determinado juicio, ya sea en asuntos que han llegado a formar jurisprudencia, o en asuntos cuya votación se considera calificada como para formar jurisprudencia o en asuntos cuya votación no se considera calificada como para formar jurisprudencia.

- m. Aquellos que surgen de alguna otra cuestión planteada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante cualquier procedimiento independientemente de la votación habida.

Ahora nos toca referirnos al peso específico o a la fuerza vinculante²⁴ que pueden llegar a tener dentro de nuestro sistema jurídico cada uno de estos tipos de precedentes judiciales, así como a lo relativo a la publicidad de los mismos.

II. El peso específico y a la fuerza vinculante de los precedentes judiciales

Aunque, tal y como se ha señalado, en México se usa el término jurisprudencia en un sentido amplio tanto para hacer referencia a los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como a los establecidos por los Tribunales Colegiados de Circuito en la resolución de los asuntos que son sometidos a ellos, en un sentido restringido, el término jurisprudencia se refiere únicamente a aquellos criterios que tienen fuerza vinculante.

En el ámbito del poder judicial federal, la jurisprudencia (*stricto sensu*) tiene fuerza vinculante cuando un determinado criterio debe ser seguido por la autoridad judicial que dictó el precedente y por sus inferiores jerárquicos, tal y como lo señalan los artículos 192 primer párrafo y 193 primer párrafo de la Ley de Amparo.²⁵

²⁴ **vinculante.** adj. Que vincula (? sujeta a una obligación). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBUSUsual?TIPO_HTML=2&LEMA=vinculante&FORMATO=DRAE)

²⁵ Artículo 192 primer párrafo: "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el

resuelto en un determinado juicio, ya sea en asuntos que han llegado a formar jurisprudencia, o en asuntos cuya votación se considera calificada como para formar jurisprudencia o en asuntos cuya votación no se considera calificada como para formar jurisprudencia.

- m. Aquellos que surgen de alguna otra cuestión planteada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante cualquier procedimiento independientemente de la votación habida.

Ahora nos toca referirnos al peso específico o a la fuerza vinculante²⁴ que pueden llegar a tener dentro de nuestro sistema jurídico cada uno de estos tipos de precedentes judiciales, así como a lo relativo a la publicidad de los mismos.

II. El peso específico y a la fuerza vinculante de los precedentes judiciales

Aunque, tal y como se ha señalado, en México se usa el término jurisprudencia en un sentido amplio tanto para hacer referencia a los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como a los establecidos por los Tribunales Colegiados de Circuito en la resolución de los asuntos que son sometidos a ellos, en un sentido restringido, el término jurisprudencia se refiere únicamente a aquellos criterios que tienen fuerza vinculante.

En el ámbito del poder judicial federal, la jurisprudencia (*stricto sensu*) tiene fuerza vinculante cuando un determinado criterio debe ser seguido por la autoridad judicial que dictó el precedente y por sus inferiores jerárquicos, tal y como lo señalan los artículos 192 primer párrafo y 193 primer párrafo de la Ley de Amparo.²⁵

²⁴ **vinculante.** adj. Que vincula (? sujeta a una obligación). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBUSUsual?TIPO_HTML=2&LEMA=vinculante&FORMATO=DRAE)

²⁵ Artículo 192 primer párrafo: "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el

En cuanto a la fuerza vinculante de los criterios establecidos por la Suprema Corte de la Nación al resolver contradicciones de tesis, cabe señalar que mediante enmienda al artículo 192 de la Ley de Amparo publicada el 1 de febrero de 1988, se estableció que "También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados", lo cual –desde luego– ha sido confirmado por los tribunales federales.²⁶

En virtud de lo anterior, se colige que salvo el caso de la jurisprudencia definida en los términos de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, ya sea por reiteración o por contradicción de tesis, así como

Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales." Artículo 193 primer párrafo: "La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales."

²⁶ "JURISPRUDENCIA. LA CONSTITUYE UNA RESOLUCIÓN DICTADA EN DENUNCIA DE CONTRADICCIÓN DE TESIS. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 107, fracción XIII, párrafos primero y tercero de la Constitución General de la República y 195 bis de la Ley de Amparo, la denuncia de contradicción de tesis tiene por objeto establecer el criterio que debe prevalecer y fijar la jurisprudencia. En consecuencia, las resoluciones que pronuncian las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las denuncias de contradicción de tesis, constituyen jurisprudencia, aunque las tesis denunciadas no tengan ese carácter. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO." Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: III, enero de 1996. Tesis: VI. 2o. 1/38. Página: 151. Precedentes: Revisión fiscal 36/91. Productos de Concreto de Poza Rica, S. de R.L. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez. Amparo en revisión 21/92. José Ávila Martínez. 29 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Amparo directo 282/95. Guillermo Peniche Suárez. 21 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz. Amparo directo 22/95. Julio César Padrón Alcocer. 28 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Víctor Ruiz Contreras. Amparo directo 538/95. Derivados de Frutas Puebla, S.A. de C.V. 22 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz. Nota: Véase tesis P.L/94 publicada en las pp. 35 y 36 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 83, noviembre de 1994."

en los casos de establecidos por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todos los demás precedentes judiciales carecen de obligatoriedad, aun y cuando de hecho los mismos puedan tener un significativo valor persuasivo.

Así, el valor persuasivo de los precedentes dependerá, entre otros, de factores tales como si el precedente en cuestión fue votado por unanimidad o por una mayoría calificada, si el criterio sostenido por el precedente en cuestión ha sido reiterado en más de una ocasión, de quien es el ministro o magistrado ponente, así como en los casos aplicables, de quienes fueron los ministros o magistrados que concurrieron o disintieron en dicha resolución.

Igualmente, considero que el valor persuasivo de los votos particulares dependerán en gran medida del prestigio personal de quien los haya emitido.

III. La publicidad de los precedentes judiciales

El medio oficial para la publicación de los precedentes judiciales es el *Semanario Judicial de la Federación*,²⁷ el cual es una publicación periódica establecida por el Presidente Benito Juárez mediante decreto de 8 de diciembre de 1870 en cuyo artículo primero se estableció que en este periódico se publicarían "Todas las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales federales, desde el restablecimiento del orden legal, y las que se pronunciaren en los sucesivo."

Así, por lo menos en su origen, parece claro que el propósito que se perseguía al establecer el *Semanario Judicial de la Federación* era justamente el de que se publicarían íntegramente las sentencias ejecutoriadas dictadas por la Suprema Corte de Justicia, aunque debe señalarse que lo dispuesto por la Ley de Amparo vigente es mucho más

²⁷ De ahora en adelante me referiré al *Semanario Judicial de la Federación* como al *Semanario*.

en los casos de establecidos por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todos los demás precedentes judiciales carecen de obligatoriedad, aun y cuando de hecho los mismos puedan tener un significativo valor persuasivo.

Así, el valor persuasivo de los precedentes dependerá, entre otros, de factores tales como si el precedente en cuestión fue votado por unanimidad o por una mayoría calificada, si el criterio sostenido por el precedente en cuestión ha sido reiterado en más de una ocasión, de quien es el ministro o magistrado ponente, así como en los casos aplicables, de quienes fueron los ministros o magistrados que concurrieron o disintieron en dicha resolución.

Igualmente, considero que el valor persuasivo de los votos particulares dependerán en gran medida del prestigio personal de quien los haya emitido.

III. La publicidad de los precedentes judiciales

El medio oficial para la publicación de los precedentes judiciales es el *Semanario Judicial de la Federación*,²⁷ el cual es una publicación periódica establecida por el Presidente Benito Juárez mediante decreto de 8 de diciembre de 1870 en cuyo artículo primero se estableció que en este periódico se publicarían "Todas las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales federales, desde el restablecimiento del orden legal, y las que se pronunciaren en los sucesivo."

Así, por lo menos en su origen, parece claro que el propósito que se perseguía al establecer el *Semanario Judicial de la Federación* era justamente el de que se publicarán íntegramente las sentencias ejecutoriadas dictadas por la Suprema Corte de Justicia, aunque debe señalarse que lo dispuesto por la Ley de Amparo vigente es mucho más

²⁷ De ahora en adelante me referiré al *Semanario Judicial de la Federación* como al *Semanario*.

restrictivo, dado que en su artículo 197-B establece que "Las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros y de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, que con ello se relacionen, se publicarán en el Semanario Judicial de la Federación, **siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla, además de la publicación prevista por el artículo 195 de esta ley. Igualmente se publicarán las ejecutorias que la Corte funcionando en Pleno, las Salas o los citados Tribunales, acuerden expresamente.**"²⁸

No recuerdo haber visto nunca algún ejemplar de la Primera, Segunda, Tercera o Cuarta Época,²⁹ pero sí he revisado muchos otros ejemplares del Semanario Judicial de la Federación, desde el primer tomo de la Quinta Época,³⁰ hasta los más recientes de la Novena Época-

²⁸ Lo que aparece en negrita lo ha puesto el autor, ya que este subrayado no forma parte de la Ley de Amparo.

²⁹ Las Épocas pueden dividirse en dos grandes períodos constitucionales: antes y después de 1917; dicha división obedece a que un gran número de tesis de jurisprudencia que fueron publicadas en las épocas Primera a la Cuarta, (antes de 1917), hoy son inaplicables (no vigentes), y por ello se agrupan dentro de lo que se ha dado en llamar "jurisprudencia histórica". Las épocas Quinta a la Novena (de 1917 a la fecha), comprenden lo que se considera el catálogo de la "jurisprudencia aplicable" o vigente. La Primera Época cubre el lustro de 1871 a 1875; durante este período fueron publicados siete tomos que contienen las resoluciones sostenidas por los Tribunales Federales del 3 de octubre de 1870 al mes de septiembre de 1875. A partir del mes de octubre del año 1875 y hasta el año de 1880, el Semanario Judicial de la Federación dejó de publicarse y durante este período las sentencias de los Tribunales de la República, en especial las del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, formaron parte de las columnas de "EL Foro" y "El Derecho", periódicos no oficiales de jurisprudencia y legislación. La Segunda época, está compuesta por diecisiete tomos y abarca el período de enero de 1881 a 1889. Doce tomos son los que conforman la Tercera época consignado los fallos del Poder Judicial de la Federación de enero de 1890 a diciembre de 1897. La Cuarta época, la más amplia de las prerrevolucionarias; principia en 1898 y finaliza en 1914 y se integra por cincuenta y dos tomos. En estas primeras cuatro Épocas del Semanario aparecen publicados, además de las resoluciones de los tribunales federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales. <http://www.scjn.gob.mx/Publicaciones/Epocas/NoticiaHistorica.htm>

³⁰ Establecido el nuevo orden constitucional, se instaló la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 10. de junio de 1917, y el 15 de abril de 1918 apareció el primer número de la Quinta Época-

ca,³¹ pasando por los de la Sexta, Séptima, Octava,³² y aunque no he realizado una revisión exhaustiva del Semanario,³³ sí he hecho un

ca, la cual estuvo regida, con excepción del primer año, por el "Reglamento para el Departamento de Jurisprudencia, Semanario Judicial y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", de 1919. Después de más de siete lustros, con ciento treinta y dos tomos identificados con números romanos, la Quinta Época llegó a su fin y dio paso a la siguiente. En esta época es de singular importancia subrayar que en el tomo IV empieza a compilarse la jurisprudencia en un apartado denominado sección de jurisprudencia que más tarde daría nacimiento a los llamados Apéndices del Semanario Judicial de la Federación, mismos que son de gran relevancia, ya que en sus páginas se sientan las doctrinas más trascendentes sostenidas por la Suprema Corte y que marcaron nuevos rumbos y establecieron amplios derroteros para la formación del derecho mexicano. <http://www.scjn.gob.mx/Publicaciones/Epocas/NoticiaHistorica.htm>

³¹ Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994 y que se reflejaron en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el citado diario el 26 de mayo de 1995, que abrogó a la anterior de 5 de enero de 1988 y sus reformas, marcaron la terminación de la Octava Época y el inicio de la Novena. Por acuerdo 5/1995 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 13 de marzo de 1995, se estableció como fecha de inicio de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación el 4 de febrero de 1995, la cual se rige por el acuerdo 9/1995, del Tribunal en Pleno, que determina sus bases. En la Novena Época se conjuntan las publicaciones del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, creada con la reforma a la Ley de Amparo del 5 de enero de 1988, de tal manera que en una publicación se comprenden las tesis de Jurisprudencia del Pleno, de las Salas y de los Tribunales Colegiados de Circuito, las tesis aisladas de los citados órganos, el texto de las ejecutorias o de su parte considerativa que se ordene publicar por el Pleno, las Salas, o los Tribunales Colegiados de Circuito, así como el texto de una de las ejecutorias que dieron lugar a una jurisprudencia por reiteración, las que motivaron una jurisprudencia por contradicción y aquéllas respecto de las cuales se formuló voto particular, incluyéndose éste. Asimismo, se incluyen los acuerdos generales del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal. La publicación del Semanario Judicial de la Federación es mensual y se compone de tres partes. La primera contiene las tesis y ejecutorias correspondientes a los Tribunales Colegiados de Circuito y la segunda los acuerdos del Tribunal Pleno y del Consejo de la Judicatura Federal. Al final se incluyen los índices de la publicación que comprenden las secciones necesarias para facilitar la localización de las tesis y ejecutorias respectivas. La publicación del Semanario Judicial de la Federación es mensual y se compone de tres partes. La primera contiene las tesis y ejecutorias del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte, la segunda las tesis y ejecutorias correspondientes a los Tribunales Colegiados de Circuito y la tercera los acuerdos del Tribunal Pleno y del Consejo de la Judicatura Federal. Al final se incluyen los índices de la publicación que comprenden las secciones necesarias para facilitar la localiza-

ción de las tesis y ejecutorias respectivas. Las publicaciones mensuales integran un volumen cada semestre, el cual contiene además, un índice general por orden alfabético y por materia de las tesis que comprende dicho período y una sección especial en donde se citan todos los acuerdos emitidos por el Pleno de la Suprema Corte y por el Consejo de la Judicatura, en orden onomástico. <http://www.scjn.gob.mx/Publicaciones/Epocas/NoticiaHistorica.htm>

³² Sexta Época: Esta Época, integrada por ciento treinta y ocho volúmenes numerados con cifras romanas, va de julio de 1957 a diciembre de 1968. Los volúmenes aglutinan las tesis y ejecutorias correspondientes a un mes. Asimismo, los volúmenes se componen de cinco partes editadas en cuadernos por separado. La primera parte comprende las tesis del tribunal Pleno y, las cuatro restantes, las tesis de las Salas numerarias. Al calce de las tesis se precisan los elementos de identificación de los precedentes que las sostienen. Además, se consignan los datos de los asuntos que sustentaron tesis iguales por el término de un mismo mes, así como los precedentes relativos. A continuación de la tesis se insertan las ejecutorias, ya sea íntegra o parcialmente, por acuerdo expreso del Pleno o de las Salas. Séptima Época: Las reformas y adiciones a la Constitución Federal y a la Ley de Amparo, efectuadas en 1968, marcaron la terminación de la Sexta Época y el inicio de la Séptima. Esta se compone por doscientos veintiocho volúmenes, identificados con cifras arábigas, que acogen las tesis y resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia (Pleno, Salas numerarias y Sala Auxiliar, en su segunda etapa de funcionamiento) y por los Tribunales Colegiados de Circuito, de enero de 1969 al 14 de enero de 1988. Esta Época estuvo regida por las "Bases" (Acuerdo del Pleno de 18 de febrero de 1970 y 28 de enero de 1971). En un principio, la Séptima Época agrupa las tesis y resoluciones relativas a cada mes. Sin embargo, los volúmenes 91 a 228 reúnen tanto las correspondientes a un semestre como a un año. Dichos volúmenes están compuestos por siete partes editadas en cuadernos por separado. La primera parte recopila lo concerniente al tribunal Pleno; las partes segunda a quinta lo relacionado con las Salas numerarias; la sexta, lo referente a los Tribunales Colegiados de Circuito y, la séptima, lo perteneciente a la Sala Auxiliar. Octava Época: Las reformas constitucionales y legales de 1988 hacían urgente un nuevo estatuto para la jurisprudencia. La Octava Época principió el 15 de enero de 1988, regulada por Acuerdos del Pleno de 4 de febrero y 11 de agosto de 1988. El cambio radical habría de iniciarse con el Acuerdo del Pleno de 13 de diciembre de 1988 (modificado por los de 8 de junio de 1989 y 21 de febrero de 1990). La Octava Época se publica en tomos identificados con números romanos y comprende las tesis, y en su caso, las ejecutorias correspondientes a un semestre. Cada tomo se encuentra integrado por dos apartados. La primera parte se refiere a la Suprema Corte, dividido en siete secciones: Pleno, Salas Numerarias, Sala Auxiliar (cada sección incluye cuatro índices: Temático-alfabético, onomástico, tesis de jurisprudencia y votos particulares), la séptima sección, Varios, comprende los acuerdos del Tribunal Pleno en el lapso respectivo. Cuenta con dos apéndices: uno de tesis de jurisprudencia y otro de tesis anteriores que no se publicaron en el volumen correspondiente, por no haberse recibido oportunamente. La segunda parte contiene las tesis establecidas por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuenta con los dos agregados y los cuatro índices mencionados. Hasta el tomo VI, la Octava Época se publicó en tomos que cubren un semestre. Una vez recuperado el rezago, a partir del tomo VII, la publicación comenzó a aparecer mensualmente. De igual manera a partir del tomo VII se publica un apartado de Índices que contiene regularmente: Índice Temático Al-

muestreo al azar de lo que ha sucedido desde 1918 cuando se publicó el primer tomo de la Quinta Época.³⁴

En resumen, con respecto a la publicación de los precedentes judiciales del poder judicial federal puedo identificar dos tendencias principales. Una con respecto a la publicación de las ejecutorias y otra con respecto a las tesis, debiendo anotar que lo que indico con respecto a lo ocurrido con respecto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación

fabético, Índice Onomástico, Índice de Resoluciones, Índice de Ejecutorias que integran Jurisprudencia, Índice de Votos Particulares del Pleno y Salas e Índice de Acuerdos del H. Tribunal en Pleno, así como Índice Temático Alfabético, Índice de Ejecutorias que integran Jurisprudencia, Índice Onomástico e Índice de votos particulares de los Tribunales Colegiados de Circuito. <http://www.scjn.gob.mx/Publicaciones/Epocas/NoticiaHistorica.htm>

³³ Pienso que podría ser interesante hacer un estudio sobre la manera en como fue evolucionando el Semanario Judicial de la Federación y el enfoque de la Suprema Corte de Justicia fue dando con respecto a la publicación de las ejecutorias y las tesis.

³⁴ Además del Semanario Judicial de la Federación existen otras publicaciones oficiales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una de ellas es la Gaceta del Semanario –y que oficialmente ha sido conjuntada con el propio Semanario– que fue creada con la reforma a la Ley de Amparo del 5 de enero de 1988 (según hice específica en la cita No. 30), de tal manera que en una publicación se comprenden las tesis de Jurisprudencia del Pleno, de las Salas y de los Tribunales Colegiados de Circuito, las tesis aisladas de los citados órganos, el texto de las ejecutorias o de su parte considerativa que se ordene publicar por el Pleno, las Salas, o los Tribunales Colegiados de Circuito, así como el texto de una de las ejecutorias que dieron lugar a una jurisprudencia por reiteración, las que motivaron una jurisprudencia por contradicción y aquéllas respecto de las cuales se formuló voto particular, incluyéndose éste. Asimismo, se incluyen los acuerdos generales del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal. El sitio de la Suprema Corte señala también que conjuntamente con el Semanario Judicial de la Federación, existen otros documentos denominados "publicaciones complementarias" que también nos dan a conocer un caudal de información sobre tesis de jurisprudencia y de precedentes sustentados por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Dichas publicaciones son: los Apéndices, los Informes, los Suplementos, el Boletín, los Precedentes y los Índices. <http://www.scjn.gob.mx/Publicaciones/Epocas/NoticiaHistorica.htm> Me parece también importante mencionar como órganos de divulgación los CD ROMS y la Internet; así como las muchísimas publicaciones comerciales (no oficiales), como las de Mayo y otras más, que hacían posible la difusión de la jurisprudencia antes de la llegada de los medios electrónicos.

ha sido replicado *mutatis mutandi* con respecto a la jurisprudencia *lato sensu* de los Tribunales Colegiados de Circuito.³⁵

En cuanto a la publicación de ejecutorias, debe señalarse que en el primer tomo de la Quinta Época aparecen publicados los textos íntegros de todas las ejecutorias que fueron utilizadas para establecer alguna tesis;³⁶ posteriormente, en algún momento y ya en ulteriores publicaciones empezaron a aparecer asuntos con respecto a los cuales la ejecutoria tan solo se publicaba parcialmente transcribiendo los "Considerandos"³⁷ y los "Puntos Resolutivos",³⁸ hasta llegar al punto en que en muchos asuntos de plano no se publicaba la ejecutoria, ni siquiera parcialmente.

Esta tendencia se incrementó en la Sexta Época y se ha ido acentuando más en la Séptima, Octava y Novena, y hoy día se puede considerar

³⁵ En este sentido debe observarse que los Tribunales Colegiados de Circuito y la consecuente publicación de sus tesis y ejecutorias sólo se dio hasta la Séptima Época.

³⁶ Quizá a algún estudioso le gustaría indagar sobre cual ha sido la relación a lo largo de los años entre tesis y ejecutorias publicadas, total o parcialmente, y el número de ejecutorias efectivamente resueltas.

³⁷ En la práctica forense mexicana, los Considerandos son una parte de la Sentencia en la cual el juez de la causa estructura y argumenta su decisión, apuntando los fundamentos jurídicos conforme a los que apoya la misma, así como los motivos o razones por la que considera que dichos fundamentos jurídicos son aplicables al caso concreto que resuelve. Normalmente los Considerandos son precedidos de un capítulo llamado Resultandos, que son un apartado en los que se hace una relación detallada de los hechos, pruebas y alegatos presentados por las partes. Me ha llamado la atención que encontrar una tesis de 1995 en las que se reconoce la posibilidad de que en México también pueda haber sentenciad de redacción más libre. CONSIDERANDOS: NO ES EXIGIBLE QUE EN LA SENTENCIA SE EXPRESE UN CAPÍTULO ESPECIAL de. La circunstancia de que no se expresen en forma especial, los considerandos de una sentencia, es intrascendente, si se hacen las argumentaciones respectivas, no siendo un formalismo que exija la ley, el señalamiento de un capítulo de ese género y aun cuando ello constituye una costumbre en la práctica forense, no es una obligación procesal. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 649/95. Joel E. Benítez Rodríguez. 4 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretaria: Julieta María Elena Anguas Carrasco. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: III, mayo de 1996. Tesis: II.1o. C.T.49 C. Página: 607.

³⁸ En la práctica forense mexicana los puntos resolutivos son aquel apartado en el que se otorgan o se niegan las prestaciones reclamadas en una controversia o en una solicitud judicial, son la conclusión en la que deriva lo expuesto en los Considerandos.

que la publicación íntegra o parcial de una ejecutoria es un acontecimiento excepcional que sólo ocurre cuando a juicio de los Ministros de la Corte o los Magistrados de los Colegiados éstos consideran que el asunto en cuestión tiene una especial relevancia jurídica.

Por otro lado, desde el principio la constante en el Semanario Judicial de la Federación fueron las tesis,³⁹ pero además puede decirse que el camino andado entre 1918 y el día de hoy ha transitado desde la publicación íntegra de las ejecutorias, para pasar luego por la publicación de extractos de las ejecutorias en las que ocasionalmente se contenían los razonamientos y fundamentos expresados en las mismas, hasta la situación que prevalece actualmente en la que la misma Suprema Corte mediante acuerdo del pleno ha establecido que una tesis es la expresión por escrito, en forma abstracta, sin contener en su texto datos concretos y de tal modo que la misma pueda ser entendida cabalmente sin recurrir a la resolución correspondiente.⁴⁰

³⁹ De una manera muy general podríamos decir que las tesis son versiones más o menos breves de los principales puntos tratados en las ejecutorias.

⁴⁰ Punto 1 del instructivo para la publicación de las tesis jurisprudenciales, las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis y los votos particulares aprobado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Acuerdo 11/88, adoptado por unanimidad de 19 votos (faltan datos sobre la fecha del acuerdo, además de que debe señalarse que aparece en cada uno de los tomos de la Octava Época. A continuación transcribo los cuatro primeros puntos de ese acuerdo, en la inteligencia de que lo realizado en negritas en esta cita fue hecho por el del autor de este ensayo y no es parte de la versión original del texto que aquí se transcribe: "1. Una tesis consisten en la expresión por escrito, en **forma abstracta**,⁴⁰ del **criterio de interpretación de una norma jurídica con el que se resolvió un caso concreto**. Luego la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución. 2. **La tesis no contendrá en su texto datos concretos** (nombres de personas, cantidades, objetos, etc.) de carácter eventual, particular o contingente, sino exclusivamente los de **naturaleza general y abstracta**. Si se considera necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, **en primer término, la formula genérica**, y en segundo lugar la ejemplificación. 3. La tesis deberá estar contenida en su integridad en la resolución correspondiente, y no contener aspectos que, aún cuando se hayan tenido en cuenta al formular la resolución, no formen parte de ella. 4. La tesis se redactará con claridad y **de modo que pueda ser entendida cabalmente sin recurrir a la resolución correspondiente**, pero no deberá formularse mediante la simple transcripción de una parte de ésta"

En atención a lo anteriormente dicho, quisiera hacer notar que soy de la opinión de que a lo largo de este proceso, al establecer los lineamientos para la publicación de tesis la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha modificado sustancialmente la esencia de la norma jurídica individualizada contenida en las sentencias, transformando su naturaleza jurídica, al grado de atribuirle a las mismas propiedades que son atinentes a las leyes en sentido material, como son la generalidad, la abstracción y impersonalidad de dichas normas jurídicas.⁴¹

Por ello, francamente me pregunto si es consistente con nuestro sistema jurídico el que un acuerdo del pleno puede llegar a tener este alcance y efecto de cambiar el sentido de la ley y de transmutar la naturaleza misma de las sentencias, que son normas jurídicas individualizadas ligadas a los datos concretos de la controversia, transformándolas en disposiciones de carácter general y abstracto.⁴² Y por si esto fuera poco, también habría que señalar que en nuestro sistema jurídico no existe ningún medio procesal para impugnar la legalidad de los acuerdos del pleno.

⁴¹ Efectivamente dice que es de la esencia de las leyes en sentido material el ser normas jurídicas generales, abstractas e impersonales. Cfr. Gabino FRAGA, **Derecho Administrativo**, 19ª ed., Editorial Porrúa, México. 1979 Pp. 42 43. Sobre el particular también cabe citar la siguiente tesis jurisprudencial: LEYES PRIVATIVAS. Es carácter constante de las leyes, que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación, y se apliquen sin consideración de especie o de persona, a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto que no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Las leyes pueden ser privativas, tanto en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad, se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas, protege el ya expresado artículo 13 constitucional. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Parte: XXVIII. p: 1959. TOMO XXVIII. Pág. 1959.- Guzmán Baldomero Domingo.- 11 de abril de 1930.

⁴² Diría que los acuerdos del pleno deben tener un mero alcance administrativo para las cuestiones domésticas de la corte, pero dudo que puedan llegar a tener un alcance reglamentario de una Ley Reglamentaria de la Constitución, como lo es la Ley de Amparo.

Por otra parte, hay que agregar –no sin un tono de preocupación– que en ningún momento de la historia del Poder Judicial Federal se han hecho públicos cuales son o han sido los lineamientos para escoger las tesis que se publican, como se lleva a cabo el proceso de seleccionar las tesis que se va publicar, o si hay alguien que revisa la consistencia entre lo publicado y lo que actualmente aparece publicado en las tesis.

Asimismo, y a mayor abundamiento, considero que las ejecutorias –en cuanto normas jurídicas individualizadas– deben de interpretarse en el contexto de las circunstancias y particularidades de hecho que les hayan dado origen, pues lo "resuelto en ellas" debe necesariamente estar concatenado una manera lógica con todos y cada uno de los elementos procesales de la controversia de mérito.⁴³

Por estas razones, me parece que el hecho de que no se publique el texto íntegro de las ejecutorias no sólo se contrapone al espíritu, al propósito y a la letra de lo dispuesto por la Ley de Amparo, si no que además, me parece que nuestro sistema jurídico sufre una gran pérdida por esta situación.

Consecuentemente, me parece que todo apunta a enfatizar la importancia de que se publique íntegramente el texto de las ejecutorias resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y si el argumento de que eso es precisamente lo que está mandado por los artículos 192, 193 y 197-B de la Ley de Amparo no fuera suficiente, también podría agregarse –entre otras cosas– la necesidad de difundir la cultura, sapiencia y conocimientos jurídicos desarrollados en las decisiones de la Corte y de los Colegiados.

No obstante, debo decir también que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Poder Judicial Federal entero han cambiado mucho y para bien desde 1995. No solamente con motivo de las importantísimas reformas constitucionales sobre la composición de la Suprema Corte que entraron en vigor el 1 de enero de 1995, sino que también, entre

⁴³ Cfr., J. Ramón PALACIOS VARGAS, *Loc. Cit.* P. 34.

otras significativas razones, por la gran calidad de los Ministros que la integran desde esta fecha, por las mayores asignaciones presupuestales que han sido hechas a favor de la Corte en el presupuesto Nacional, y de manera relevante, por el notable impulso que se ha dado a la difusión de la información del Poder Judicial Federal por medios electrónicos –como la Internet y los CD-ROM– y también con el establecimiento de las llamadas Casas de la Cultura Jurídica a lo largo y ancho del país.

Gracias a esto y a la amable disposición de las personas que laboran en la difusión de la información del Poder Judicial Federal y en particular gracias a la Casa de la Cultura Jurídica de Estado de Nuevo León, hoy –como nunca– es posible tener acceso a una gran cantidad información que antes hubiera sido imposible acceder.

Finalmente, debe destacarse la reciente publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la voluntad política de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para implementar y dar contenido efectivo a las disposiciones de dicha ley.

IV. Dos tesis sobre derecho internacional: sinopsis de casos que les dieron origen

Así las cosas, enfatizando nuevamente la importancia de que se publique íntegramente el texto de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quisiera referirme primero a dos casos concretos y a las consecuencias y alcance jurídico de los mismos, para luego referirme a la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

A. El caso del Sindicato de Controladores Aéreos:

El caso del Sindicato de Controladores Aéreos es una de las decisiones de mayor importancia dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la

otras significativas razones, por la gran calidad de los Ministros que la integran desde esta fecha, por las mayores asignaciones presupuestales que han sido hechas a favor de la Corte en el presupuesto Nacional, y de manera relevante, por el notable impulso que se ha dado a la difusión de la información del Poder Judicial Federal por medios electrónicos –como la Internet y los CD-ROM– y también con el establecimiento de las llamadas Casas de la Cultura Jurídica a lo largo y ancho del país.

Gracias a esto y a la amable disposición de las personas que laboran en la difusión de la información del Poder Judicial Federal y en particular gracias a la Casa de la Cultura Jurídica de Estado de Nuevo León, hoy –como nunca– es posible tener acceso a una gran cantidad información que antes hubiera sido imposible acceder.

Finalmente, debe destacarse la reciente publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la voluntad política de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para implementar y dar contenido efectivo a las disposiciones de dicha ley.

IV. Dos tesis sobre derecho internacional: sinopsis de casos que les dieron origen

Así las cosas, enfatizando nuevamente la importancia de que se publique íntegramente el texto de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quisiera referirme primero a dos casos concretos y a las consecuencias y alcance jurídico de los mismos, para luego referirme a la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

A. El caso del Sindicato de Controladores Aéreos:

El caso del Sindicato de Controladores Aéreos es una de las decisiones de mayor importancia dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la

Nación en los últimos tiempos, ya que en este caso la Suprema Corte estableció oficialmente el criterio de que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la constitución y por encima del derecho federal y el local, abandonando oficialmente la postura de que las leyes federales y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía normativa.⁴⁴

⁴⁴ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999 Tesis: P. LXXVII/99 Página: 46 Materia: Constitucional Tesis aislada. TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados." No se pierde de vista que en su anterior con-

Pero, ¿cuál es la historia detrás de tan importante criterio jurisprudencial?

1. Hechos que dieron origen al conflicto planteado por el Sindicato de Controladores Aéreos⁴⁵

En el mes de octubre de 1978, se creó el órgano desconcentrado denominado Servicios a la Navegación en el Espacio Aéreo Mexicano dependiendo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y todos los contro-

formación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis p. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis p. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA", sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis p. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."

⁴⁵ Los hechos narrados son un resumen de lo contenido en las pp. 2 a 5 de la Ejecutoria que resolvió el Amparo en 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo anteriormente citado.

ladores de tráfico aéreo de la red aeroportuaria del país quedaron adscritos a dicho órgano.

Luego, los controladores de tráfico aéreo del Distrito Federal, conformaron una sección sindical denominada Sección Sindical de Controladores de Tráfico Aéreo del D.F., adscrita al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Años después, el 28 de junio de 1997, argumentando estar inconformes con la representación sindical, los controladores de tránsito aéreo de toda la República decidieron en asamblea general extraordinaria separarse del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para formar un Sindicato gremial distinto para que representara el interés profesional de los propios controladores de tránsito aéreo frente a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, y al cual denominaron Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo.

Así, el mencionado Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, quedó conformado mediante el acta de asamblea constitutiva del primer comité que lo integró, así como sus comisiones, a la cual precedió la convocatoria respectiva de fecha 28 de "abril de 1997; habiéndose aprobado los estatutos que regirían la vida interna del Sindicato, habiéndose elaborado el padrón respectivo.

Posteriormente, el 4 de diciembre de 1997, el recientemente formado Sindicato Nacional de Controladores Aéreos solicitó al H. Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje el registro de dicha asociación sindical acompañando a dicha solicitud la siguiente documentación: a).- Convocatoria de fecha 28 de abril de 1997. b).- Treinta actas de asambleas locales de discusión de la Constitución de un Sindicato gremial y elección de delegado regional a la asamblea constitutiva. c).- Acta de asamblea constituyente del primer comité que lo integró, así como sus comisiones. d).- Lista de asistencia a la asamblea constituyente. e).- Estatutos para regir la vida interna del Sindicato aprobados por la asamblea constitutiva. f).- Padrón de los controladores de tránsito aéreo.

En respuesta a su solicitud, el 9 de diciembre de 1997, el H. Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, sesionando en pleno, emitió una

resolución que fue notificada a los a los solicitantes con fecha 14 de enero de 1998, mediante la cual se negó el registro solicitado con fundamento en los artículos 67, 68 y 69 de la Ley Federal de los Trabajadores al "Servicio del Estado.

2. Historia procesal del conflicto planteado por el Sindicato de Controladores Aéreos

Ante la negativa del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, el Sindicato de Controladores Aéreos interpuso una demanda de Amparo ante un Juzgado de Distrito alegando violaciones a los artículos 1, 9, 123 apartado B fracción X y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por cuanto dichas violaciones se referían al derecho de libre asociación sindical, al derecho de universalidad de la protección constitucional, así como el de la primacía constitucional y de la consecuente subordinación del orden jurídico mexicano a lo establecido por la constitución federal.⁴⁶

Seguidos los trámites procesales correspondientes, el Juez Primero de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal –que fue a quien correspondió conocer de este asunto– determinó que la cuestión de fondo en dicho juicio era la negativa del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje para otorgar el registro solicitado por el sindicato quejoso,⁴⁷ y resolvió otorgar el amparo y protección de la justicia federal al considerar que dicho acto reclamado era violatorio de las garantías constitucionales antes mencionadas.

En este resumen he obviado la discusión hecha por el juzgado de distrito con respecto a la interpretación de los artículos 1, 9 y 123 en el contexto de este asunto, pues debido a la enorme trascendencia de la tesis

⁴⁶ Los hechos narrados son un resumen de lo contenido en el Resultando Primero de la Ejecutoria que resolvió el Amparo en 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo anteriormente citado.

⁴⁷ Ver el Resultado Segundo de la Ejecutoria que resolvió el Amparo en 1475/98. *Idem*.

que sobre jerarquía constitucional surgió de este asunto, he preferido focalizarme en lo que se refiere a la interpretación y aplicación del artículo 133 constitucional.

Así, al referirse al principio de supremacía constitucional consignada en el artículo 133 la sentencia del juzgado de distrito señaló que la constitución prevalece sobre cualquier norma o ley secundaria que se le contraponga, teniendo primacía de aplicación sobre las misma, "sin que sea óbice que las leyes federales son también la ley suprema del país, puesto que ello no significa que puedan atentar a la constitución, por lo que todas las autoridades deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria."⁴⁸

En consecuencia, inconformes con la sentencia del juzgado de distrito, el Subsecretario B de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en representación del Presidente de la República y la parte tercero perjudicado, el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, interpusieron recurso de revisión.⁴⁹

Con fecha veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, admitió el recurso y el veintitrés de junio de mil novecientos noventa y ocho, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acordó turnar los autos, para su estudio, al Ministro Humberto Román Palacios.⁵⁰

3. Los argumentos y consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano

Resulta por demás interesante señalar que tanto los hechos del caso del Sindicato Nacional de Controladores Aéreos, como la historia procesal del amparo interpuesto con motivo de la negativa del Tribunal Federal

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

de Conciliación y Arbitraje apuntan a una problemática eminentemente doméstica, y que lo relativo a la aplicación del artículo 133 la discusión central del caso giró sobre la prevalencia de la Constitución sobre cualquier ley del congreso que se le contrapusiere, afirmándose la primacía de la constitución, aún y cuando por ello no se dejara de reconocer –aunque muy tangencial– que las leyes federales son también la ley suprema del país y que, consecuentemente, todas las autoridades deben observarlas preferentemente a cualquier otra disposición ordinaria.⁵¹

Ante esta realidad es natural que uno se pregunte, ¿cómo fue que a partir de un problema eminentemente doméstico la Corte elaboró un criterio sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el orden constitucional mexicano?

Lo que sucedió fue que al ventilar la revisión planteada contra la sentencia de primera instancia, la Suprema Corte de Justicia siguió básicamente dos líneas de razonamiento. En la primera confirmó que el acto reclamado violaba las garantías consagradas en los artículos 9 y 123; mientras que en la segunda –que es la que más nos interesa para efectos de este trabajo– además de confirmar que la constitución es la ley suprema del país, la Corte continuó elaborando un discurso sobre la posición jerárquica de los tratados en el orden constitucional mexicano.

Efectivamente, este proceso sucedió de la siguiente manera:⁵² Primero, la Corte desechó que se pudiera argumentar la inconstitucionalidad de una ley por que supuestamente contradice un tratado internacional, estableciendo que "la supuesta trasgresión del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización no se actualiza **en razón de que en términos del artículo 133 de la Constitución Federal, las leyes del Congreso gozan de una misma jerarquía a la de los Tratados Internacionales,**⁵³ por lo cual no se puede determinar la inconstitucionalidad de una Ley como la Federal

⁵¹ Idem.

⁵² Ver el Considerando Octavo de la Ejecutoria que resolvió el Amparo en 1475/98. *Idem.*

⁵³ El subrayado es mío, aunque el entrecorillado sí es una reproducción literal de una parte del texto de la ejecutoria.

de los Trabajadores al Servicio del Estado bajo el argumento de que contradice un Tratado Internacional."⁵⁴

Después, se hizo referencia a que en la exposición de motivos de las reformas hechas en 1994 al artículo 123 constitucional se hicieron consideraciones al contenido del mencionado Convenio 87; pero luego, de pronto y sin más, la Corte dio un salto cuántico⁵⁵ dándole una nueva dimensión al amparo que se inició por la negativa de un tribunal laboral de realizar el registro de un sindicato.

Efectivamente, a partir de este momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación procedió a elaborar toda una doctrina sobre la posición de los tratados en el ordenamiento constitucional mexicano y por su importancia transcribiré las partes que me han parecido más relevantes, aún y cuando estoy consciente de una transcripción tal larga resulta desusual en artículos como el que ahora escribo:

Ahora bien, la resolución del presente recurso plantea para el Tribunal Pleno el análisis de las siguientes cuestiones: las relaciones del derecho internacional con el derecho interno de nuestro país; de aceptarse aquél como parte de nuestro sistema jurídico, será necesario precisar, además los requisitos que deberá cumplir determinada norma del derecho internacional para estar vigente en México y su jerarquía frente a todas las demás normas del sistema y, finalmente pasar al examen del caso concreto del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo en relación con la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

De la transcripción anterior [hace referencia al artículo 133 constitucional que recién había sido transcrito] se desprende que constitucionalmente se reconoce en los tratados la fuente única del derecho internacional, por otro lado y

⁵⁴ No obstante, debe señalarse que esta es la primera referencia hecha en la ejecutoria con respecto al Convenio 87 y que la consideración de mérito se hace en el contexto del estudio del tercer agravio hecho valer por el Sindicato Tercero Perjudicado y la Presidencia de la República.

⁵⁵ "la expresión 'salto cuántico' ha sido incorporada a nuestro lenguaje para describir súbitos cambios en los niveles de actividad o entendimiento." <http://www.wcg.org/ESPANOL/articulos/buscandoenlaluz.htm>

como consecuencia de lo anterior, el constituyente mexicano reconoce la incorporación de las normas contenidas en los tratados dentro del sistema jurídico y las hace vigentes siempre y cuando cumpla con los requisitos que la misma establece.

Cabe mencionar que la doctrina internacionalista tradicionalmente ha explicado las relaciones entre las normas del derecho internacional con las del derecho interno a través de dos grandes grupos de teorías. La primera es una actitud abierta (teoría monista) y la segunda es una cerrada con respecto al derecho internacional (teoría dualista); ésta última fue concebida por Triepel y seguida por la doctrina italiana (Anzilotti, Donati, Gemma, Perassi, Morelli, Monaco), consiste en concebir el orden jurídico internacional y el nacional como dos dominios separados, independientes y originarios. De esta forma la Constitución Mexicana adopta la tesis monista con la particularidad de considerar como vigentes sólo las normas que estén de acuerdo con los mismos mandatos constitucionales.

Los países sajones, Inglaterra y los Estados Unidos, desde hace mucho tiempo, son los que han aportado mayores luces jurisprudenciales a esta cuestión. Desde un principio priva la regla "the international law is a part of the law of the land". (el Derecho internacional es una parte del Derecho del país). Es innegable que la tendencia mundial es la aceptación del derecho internacional como parte del interno y entonces, el problema se reduce más bien a determinar la forma en que las normas del Derecho internacional se incorporan al derecho positivo de un Estado y a la jerarquía que estas tiene en relación con la demás normas del sistema. La primera Constitución Política de México de mil ochocientos veinticuatro, hubo de copiar, en razón del gran prestigio que alcanzó pronto en ese país y en no poca parte por la propaganda e inducción del mismo, a la Constitución de los Estados Unidos de mil setecientos ochenta y siete, en algunas materias, incluyendo el sistema de organización gubernamental. De ahí que el artículo VI, párrafo 2 de esa Carta aparezca más o menor reproducido en el 161 de la Constitución Mexicana de 4 de octubre de mil ochocientos veinticuatro:

En este momento, la Suprema Corte hace una sinopsis de la evolución de las disposiciones constitucionales que establecen la jerarquía constitucional y la relación entre las leyes federales y los tratados internacionales para continuar con el análisis sobre el tema.

Para la resolución del presente asunto cobra particular relevancia el desenmarañar a la luz de las consideraciones antes expuestas, en primer lugar, los requisitos para la recepción de un tratado internacional en nuestro derecho y enseguida pasar a establecer su jerarquía y, en el caso concreto, establecer que norma debe aplicarse: el convenio 87 o la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

De acuerdo con la interpretación gramatical de la primera parte del artículo 133 para considerar que un tratado sea, junto con las Leyes emanadas de la Constitución y que sean aprobadas por el Congreso de la Unión, "la Ley Suprema de toda la Unión" es menester que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo: los primeros se hacen consistir en que el tratado esté o sea celebrado por el presidente de la República y que sea aprobado por el Senado. El requisito fondo consiste en la adecuación de la convención internacional con el texto de la propia Ley Fundamental. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del derecho internacional al positivo de nuestro país, al que doctrinariamente se le denomina se describen dos procedimientos: el ordinario donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etc) y el especial también llamado de remisión, el cual implica que la regla de Derecho internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: requisito de orden de ejecución en el caso de tratados y el procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Sin embargo, en el caso de derecho internacional convencional debe atenderse también a las disposiciones del propio tratado sobre el particular.

Recapitulando en materia de adaptación del derecho internacional al interno el procedimiento especial es el predominante. La adaptación (también por remisión) del derecho internacional convencional requiere de un acto *ad*

hoc. Dicho acto es la orden de ejecución, que consiste en la manifestación de la voluntad de que el tratado sea cumplido, aplicado en el interior del Estado. Esta orden se expresa en fórmulas como: "para su debida observancia..." que acompañan la reproducción (que no reformulación, porque es reenvío) del tratado. Regularmente la orden de ejecución está contenida en un Decreto o en una ley, de tal suerte que precede a la entrada en vigor del tratado, entrada que según su naturaleza, se verificará en el momento del cambio de los instrumentos de ratificación o del depósito de un cierto número de ratificaciones, de acuerdo con lo explicado.

Respecto al sistema de adaptación en México se opta por el especial, ya que debe ser un decreto del presidente de la República publicado en el Diario Oficial de la Federación donde se dé a conocer que un determinado tratado ha sido aprobado por él mismo y por el Senado, tal como lo establece el artículo 70 de la Constitución que ordena:

Luego se transcriben el artículo 70 constitucional y se hace referencia a una serie de criterios que se han recogido en diversas tesis dictadas por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, continuándose con el análisis sobre la posición de los tratados en el sistema legal mexicano.

La recepción del derecho internacional contenido en los tratados en nuestro país, depende también del requisito de fondo de que "estén de acuerdo con la misma...", la expresión por si misma resulta poco afortunada. sin embargo la teleología de la norma como se desprende de los antecedentes descritos de la reforma de mil novecientos treinta y cuatro parten de la reafirmación del principio de supremacía constitucional, esto es que el tratado no transgreda disposiciones constitucionales. Sin embargo, la interpretación gramatical puede llevarse al extremo de considerar que sólo lo que se encuentre dentro de los límites expresos de la Constitución podrán ser aceptadas como normas del Derecho internacional vigentes en México. Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características

de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por lo contrario merme la esfera de protección que la Constitución da por se a los gobernados.

Con la finalidad de ilustrar los razonamientos esgrimidos con anterioridad es preciso señalar que México es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, en vigor desde el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta, y ratificada por nuestro país el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro. En efecto la Convención de Viena contiene varios preceptos que aclaran la posición de la comunidad internacional frente al conflicto entre una norma de Derecho internacional convencional y el derecho interno de un Estado determinado; entre los artículos más importantes sobre el particular destacan:

"PARTE III. OBSERVANCIA. APLICACIÓN E "INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS. SECCIÓN "1.- OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS. Artículo "26.- Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor "obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas "de buena fe.--- Artículo 27.- El derecho interno y la "observancia de los tratados. Una parte no podrá "invocar las disposiciones de su derecho interno "como justificación del incumplimiento de un "tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de "lo dispuesto en el artículo 46. PARTE V "NULIDAD, TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA "APLICACIÓN DE LOS TRATADOS.... SECCIÓN 2. "NULIDAD DE LOS TRATADOS. Artículo 46.- "Disposiciones de derecho interno concernientes a "al competencia para celebrara tratados. 1. El "hecho de que el consentimiento de un Estado en "obligarse por un tratado haya sido manifestado en "violación de una disposición de derecho interno "concerniente a la competencia para celebrara "tratados no podrá ser alegado por dicho Estado "como vicio de su consentimiento, a menos que "esa violación sea manifiesta y afecte a una norma "de importancia fundamental de su derecho "interno. 2. Una viola-

ción es manifiesta si resulta "objetivamente evidente para cualquier Estado que "proceda en la materia conforme a al práctica usual "y de buena fe..."

Como se puede apreciar de los artículos transcritos la Convención de Viena acepta en principio la tesis monista internacionalista, sin embargo, acepta una excepción consistente en violación a disposiciones de importancia fundamental, tal es el caso evidentemente de las normas constitucionales. Desafortunadamente la Ley sobre la celebración de Tratados publicada en el Diario Oficial de la Federación el dos de enero de mil novecientos noventa y dos y en vigor al día siguiente, no contempla el supuesto, limitándose a establecer el otorgamiento de plenos poderes por el presidente de la República (artículo 3o), el trámite de sometimiento del acuerdo internacional a la aprobación del Senado (artículo 4o), el requisito de publicación en el Diario Oficial de la Federación (artículo 4o), los mecanismos de aceptación del tratado (artículo 5o), la coordinación de la Secretaría de Relaciones Exteriores en la materia (artículos 6o y 7o), y la resolución de controversias legales (artículos 8o a 11o).

Una vez sentados los requisitos de forma y fondo necesarios para la recepción de los tratados internacionales conviene clarificar la situación de la jerarquía de estas normas. Persistentemente sea formulado doctrinalmente la interrogante respecto a la jerarquía de las normas en nuestro Derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión.." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada con el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido como lo es el Congreso de la Unión y los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, dentro de ellas destacan las siguientes: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana y con la existencia de "leyes constitu-

cionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante esta diversidad de criterios esta Corte Constitucional percibe que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas el que por medio de su ratificación obliga a las autoridades de los Estados. Otra consideración importante para considerar esta jerarquía de los tratados es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia independientemente que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior la interpretación del artículo 133 nos lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental el cual textualmente ordena:

Artículo 124.- Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.

Esta Suprema Corte de Justicia no pierde de vista que en la anterior conformación del Tribunal se había adoptado una posición diversa. En efecto en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 60, correspondiente a diciembre de 1992, en la página 27 se puede consultar la tesis P. C/92 que es del tenor literal siguiente:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS "INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA "JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el "artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que "emanen de ella, como los tratados "internacionales, celebrados por el ejecutivo "Federal, aprobados por el Senado de la República "y que están de acuerdo con la misma, ocupan, "ambos el rango inmediatamente inferior a la "Constitución en la jerarquía de las normas en el "orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la "misma jerarquía, el tratado internacional no puede "ser criterio para determinar la constitucionalidad "de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las "Cámaras de Comercio y de las de Industria no "puede ser considerada inconstitucional por "contrariar lo dispuesto en un tratado "internacional. PRECEDENTES: Amparo en "revisión 2069/92. Manuel García Martínez. 30 de "junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: "Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares "y Lara. El Tribunal Pleno en su sesión privada "celebrada el martes diecisiete de noviembre en "curso, por unanimidad de dieciocho votos de los "señores ministros Presidente Ulises Schmill "Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz "Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón "León, Felipe López Contreras, Luis Fernández "Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba "Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, "Clementina Gil de Lester, Atanasio González "Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta "Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano "Azuela Gutiérrez, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo "Chapital Gutiérrez; aprobó con el número C/92, la "tesis que antecede; y determinó que la votación es "idónea para integrar tesis de jurisprudencia. "Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José "Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a "dieciocho de noviembre de mil novecientos "noventa y dos.

No obstante esta situación este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar este criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al mismo derecho federal.

En la aplicación concreta de los razonamientos vertidos en las líneas precedentes, en la resolución del presente caso, conviene destacar también la su-

premacía de los tratados frente a la legislación local. Esta posición ha sido soportada por las diversas teorías asumidas por los principales constitucionalistas mexicanos, las que plantean la superioridad de los tratados frente a la legislación local. Esta situación se ve reforzada no sólo por la fuerza normativa que representan los compromisos internacionales, sino sobretodo por el hecho de que es suscrito por el presidente de la República en su carácter de jefe de Estado y la participación del Senado en el proceso, que como se mencionó representa la participación de las entidades federativas en el proceso de incorporación de un compromiso internacional al derecho positivo mexicano. Cuando surgen conflictos entre lo prescrito por las normas de derecho interno y del derecho internacional adaptado como vigente, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, debe partirse de la base del nivel jerárquico de la norma en cuestión y sobretodo al mandato que la Constitución establece sobre el particular; un tratado tendrá la jerarquía que expresa o tácitamente la propia Ley Fundamental le dé. Aunque como ha quedado demostrado en las líneas anteriores los tratados conforman el segundo nivel jerárquico e incluso por encima del derecho federal y el local. Sin embargo, como se demostrará enseguida en el caso motivo del presente estudio, la propia norma fundamental establece la competencia federal originaria en materia de trabajo lo que significa que en esta materia la legislación local está supeditada específicamente a las disposiciones reglamentarias de la Constitución en materia de trabajo. De esta forma la fracción V del artículo 116 textualmente ordena:

Así, se transcribe el artículo 116 constitucional, y luego de manera que me parece por demás interesante, se indica que el multicitado Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) **se debe considerar como ley reglamentaria del artículo 123 constitucional.**⁵⁶ Después, la Corte hace una referencia a los orígenes de la OIT, su espíritu,

⁵⁶ El subrayado es mío, y he querido enfatizar esta parte porque es la primera vez que leo una referencia a que haya tratados que puedan ser reglamentarios de la Constitución.

la incorporación de México a ese organismo y los antecedentes del Convenio 87 y su adopción en el derecho mexicano.

De este modo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluye la ejecutoria haciendo un análisis del Convenio 87, lo declara consistente con el orden constitucional y afirma que la constitución del Sindicato Nacional de Controladores Aéreos está permitida y garantizada por dicho tratado internacional.

Ahora me parece que ha llegado el momento de pasar al siguiente caso.

B. El caso del conflicto de competencia en la esfera internacional:⁵⁷

Este es un caso muy interesante, pero antes de iniciar su sinopsis quisiera anotar que éste asunto se trata de un juicio de divorcio necesario,

⁵⁷ COMPETENCIA. ES IMPROCEDENTE EL CONFLICTO PLANTEADO ANTE EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. ENTRE UN TRIBUNAL MEXICANO Y UNO EXTRANJERO. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde al Poder Judicial de la Federación, en términos del Código Federal de Procedimientos Civiles, dirimir las competencias que se susciten en los casos siguientes: 1) entre tribunales de la Federación; 2) entre dichos tribunales y los de los Estados, y 3) entre los de un Estado y los de otro. El tercer supuesto se refiere a los casos en que emerge un conflicto competencial entre los tribunales pertenecientes a los Estados que conforman la República Mexicana, y no a un conflicto competencial suscitado entre un tribunal perteneciente a nuestro país y cualquier otro del orbe, pues de considerarse este último supuesto se estaría admitiendo la posibilidad de que el Poder Judicial de la Federación dirimiera un conflicto competencial entre un tribunal mexicano y otro de un país diverso, lo cual resulta inadmisibles, pues la intención del Constituyente de 1917 fue respetar la soberanía de las diversas naciones, contemplando en el artículo 133 constitucional la posibilidad de celebrar tratados internacionales, a los cuales quedan sujetos, una vez aprobados con las formalidades que la misma Constitución establece, las partes en conflicto así como el Juez de la causa. Varios 573/95. Consulta al Tribunal Pleno sobre el trámite relativo al conocimiento, por parte del Juez Trigésimo Tercero de lo Familiar en el Distrito Federal, del juicio de divorcio necesario promovido por José Luis López Cruz en contra de Morelia María Milagros Ybarra Valle. 18 de noviembre de 1996. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Miguel Ángel Cruz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dieciséis de junio en curso, aprobó, con el

y aunque el nombre del actor y el demandado se saben por la referencia misma del precedente, para efectos de la narración he querido de cualquier modo cambiar los nombres de quienes participaron en el mismo, así como las fechas y otros datos concretos que en mi opinión no alteran las líneas fundamentales del caso. Sin embargo, he mantenido intocada la identidad de los países que están involucrados en este asunto porque eso sí me ha parecido trascendente para el análisis de las consecuencias jurídicas del asunto.

1. Hechos que dieron origen al caso del conflicto de competencia en la esfera internacional: La historia de Pedro y Cecilia⁵⁸

El 5 de abril de 1993, Pedro Pérez (Pedro) presentó en la vía ordinaria, ante la Oficialía de Partes Común Civil-Familia del Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, una demanda de divorcio necesario en contra de su esposa, la Sra. Cecilia Rodríguez (Cecilia).

De conformidad con los hechos narrados por Pedro, el día 9 de mayo de 1988, él y Cecilia contrajeron matrimonio ante las autoridades del Registro Civil de Lima, Perú; y posteriormente ambos procedieron a inscribir su acta de matrimonio ante la Oficina Central del Registro en el Distrito Federal, en México.

De este matrimonio nacieron dos hijos: Cecilia y Pedro Pérez Rodríguez. Junto con la demanda Pedro presentó una copia certificada del Acta de Nacimiento de su hija Cecilia (Cecilia hija), la cual fue expedida por el Director del Registro Civil de la Ciudad de México, pero

número CIV/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete. Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Junio de 1997. Tesis: p. CIV/97 p.: 143 Materia: Común, Constitucional.

⁵⁸ Los hechos narrados son un resumen de lo contenido en los Resultandos Primero al Sexto de la Ejecutoria que resolvió el asunto Varios número 573/95. Consulta al Tribunal Pleno sobre el trámite que debe seguir el conflicto competencial anteriormente citado.

indicó que probaría el parentesco con su hijo Pedro (Pedro hijo) en el momento procesal oportuno.

Pedro también señaló que el domicilio y hogar conyugal de él y Cecilia había estado establecido en el Departamento No. 5 del Edificio 561, de la Calle Norte 72-C, Colonia Guillermo Prieto, Delegación Juárez, Distrito Federal, agregando que con fecha 21 de febrero de 1992, Cecilia había abandonado el hogar conyugal y ella actualmente vive en la Ciudad de Lima Perú.

Pedro solicitó la disolución del vínculo matrimonial por la causal de abandono de hogar, así como la pérdida de la patria potestad de su esposa sobre sus dos menores hijos.

Luego, en respuesta a una prevención que le fue hecha por el Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, que fue a quien le tocó el turno de conocer este asunto, Pedro presentó el Acta de nacimiento de Pedro hijo, misma que había sido expedida por el Registrador de la Municipalidad de Lima, Perú, y que había sido debidamente legalizada por el Cónsul Mexicano en dicha ciudad.

Una vez que la demanda fue admitida a trámite, el juez de la causa libró una Carta Rogatoria para que por los conductos diplomáticos conducentes se practicara el emplazamiento y se previniera a Cecilia para señalar domicilio para oír y recibir notificaciones en la Ciudad de México, Distrito Federal.

Seguidos los trámites legales, una vez que la Carta Rogatoria fue debidamente diligenciada por el Décimo Cuarto Juzgado en lo Civil de Lima, la Secretaría de Relaciones Exteriores remitió los documentos conducentes al Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal.

Posteriormente, con fecha 23 de mayo de 1994, la Cónsul General del Perú en México presentó ante el Juzgado Trigésimo Segundo un exhorto librado por el Juez Especializado del 16° Juzgado de lo Civil de Lima, Perú, y por conducto del cual el juez peruano solicitaba al Juzgado Trigésimo Segundo que se inhibiera de conocer del proceso seguido por Pedro en contra de Cecilia, pidiéndole además que remitiera el expediente respectivo a dicho 16° Juzgado de lo Civil de Lima, Perú.

Del exhorto presentado por la Cónsul General del Perú se desprendería que con fecha 21 de febrero de 1994, Cecilia había entablado un conflicto positivo de competencia internacional en razón del territorio ante la Mesa de Partes Única de los Juzgados Civiles de Lima, Perú, a fin de que previo los trámites de ley el Juez Trigésimo Segundo de los Familiar de la Ciudad de México, D.F., México se inhibiera de conocer del proceso de divorcio necesario entablado por Pedro,

Del escrito de Cecilia, se desprendería un historia diferente a la que Pedro había narrado en su escrito de demanda. De acuerdo con la versión de Cecilia, ella –de nacionalidad peruana– efectivamente había contraído matrimonio con Pedro –de nacionalidad mexicana– el 9 de mayo de 1988 ante las autoridades del Registro Civil de la Municipalidad de Lima, Perú. Ella había estado presente, pero Pedro había sido representado en dicho acto por el Sr. Luis Ernesto Caillaux Tuccio. Posteriormente, Pedro y ella contrajeron matrimonio religioso en la Ciudad de México, México el 18 de junio de 1988.

Efectivamente, Cecilia reconocía que Pedro y ella vivieron en el Departamento No. 5 del Edificio 561, de la Calle Norte 72-C, Colonia Guillermo Prieto, Delegación Juárez, Distrito Federal, México; sin embargo agregó que ellos también habían vivido en el Perú por tres meses al año durante todos los años en que vivieron juntos.

Por otro lado, Cecilia mencionó que Cecilia hija nació en el Perú el 6 de diciembre de 1989 en la Clínica Santa Brígida y que la niña había sido inscrita en la Municipalidad de Lima, y que Pedro hijo había nacido en el 29 de noviembre de 1991 en el Perú, en el Hospital María Madre de Dios, que había sido inscrito en la Municipalidad de Lima y que con fecha 14 de marzo de 1992 el niño había sido reconocido por Pedro.

Cecilia también narró que en el mes de junio de 1991, estando embarazada de Pedro hijo, ella y Pedro decidieron ir a radicar al Perú por razones de estudio de su cónyuge, habiendo ingresado al Perú con fecha 10 de junio de 1991. Pedro se inscribió como alumno libre en la Escuela de Odontología de la Universidad de Lima, ella comenzó a trabajar casi inmediatamente después de su llegada a Lima e inscribieron a Cecilia hija en la *St. Martin Nursery School*.

De conformidad con lo narrado por Cecilia, 16 meses después de llegar al Perú, Pedro le manifestó que él se iba a regresar a México porque extrañaba mucho a su familia y que su viaje duraría como máximo un mes, pues tenía la intención de regresar al Perú a culminar sus estudios, por lo que le dijo a Cecilia que no era necesario que ella y sus hijos lo acompañaran a México.

Así las cosas Pedro partió del Perú con destino a México el 4 de octubre de 1992 y hasta la fecha no ha regresado, y a pesar de que en diversas ocasiones Cecilia le había pedido a Pedro que le enviara los pasajes de avión para volver a reunirse y estar juntos como familia, Pedro se había negado constantemente.

Cecilia presentó diversas documentales con las que acreditaba su dicho y finalmente señaló que de conformidad con los hechos narrados y toda vez que el último domicilio conyugal se había establecido en el Perú, ella consideraba que el conflicto de competencia internacional resultaba procedente y que el juez mexicano debía de abstenerse de continuar conociendo de este asunto, pues conforme a sus argumentos, la competencia para conocer de este negocio correspondía a los Tribunales Peruanos, agregando que el derecho aplicable al caso era justamente el establecido en el Código Civil Peruano.

2. Historia procesal del desahogo del conflicto de competencia internacional planteado ante el juez mexicano⁵⁹

Una vez que el juez mexicano recibió el exhorto por el que se planteaba el conflicto de competencia internacional, el Juzgado Trigésimo Segundo de lo Familiar en el Distrito Federal mandó dar vista de su contenido a Pedro para que manifestara lo que conviniera a su derecho.

⁵⁹ Los hechos narrados son un resumen de lo contenido en los Resultandos Séptimo al Décimo Primero de la Ejecutoria que resolvió el asunto Varios número 573/95. Consulta al Tribunal Pleno sobre el trámite que debe seguir el conflicto competencial anteriormente citado.

Pedro desahogó la vista e hizo una serie de declaraciones y argumentaciones en las que contradijo las manifestaciones y declaraciones expuestas por Cecilia, pero principalmente, las declaraciones y argumentaciones de Pedro se dirigían a demostrar que ellos nunca tuvieron la intención de quedarse a vivir en el Perú y que ellos nunca establecieron un domicilio conyugal en Lima, Perú, si no que se había mantenido el domicilio conyugal en la Ciudad de México.

Naturalmente, el punto central para fijar la competencia en un asunto de naturaleza familiar por abandono de hogar reside en determinar cual fue el lugar del último domicilio conyugal de los cónyuge, pero cabe notar que en este caso hay una particular dificultad, toda vez que aunque Pedro se encontraba en México y argumentaba la aplicación de la ley mexicana, y Cecilia se encontraba en el Perú y argumentaba a favor de la aplicación de la ley peruana, y los criterios para determinar lo que se debe considerar como domicilio conyugal en México y en el Perú son distintos.

Sin embargo, quisiera concentrarme en lo que se refiere a cómo se tramitó este conflicto competencial y sobre cual fue la decisión de la Corte sobre este particular, pues la tesis publicada por la Suprema Corte de Justicia a partir de este caso se refiere justamente a este punto.

Así, una vez que Pedro desahogó la vista que se había ordenado, con fecha cuatro de julio de mil novecientos noventa y cuatro, el Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar en el Distrito Federal ordenó que se remitieran a la Suprema Corte de Justicia de la Nación los originales de las constancias de lo actuado a fin de que la Corte resolviera lo conducente, toda vez que la incompetencia planteada en su contra por el juez peruano se trababa de un asunto entre **entidades federativas distintas**.⁶⁰

De este modo, con fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, el Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que dicha Sala carecía de atribuciones para conocer de ese asunto y lo envió al Presidente de la Corte para que el Pleno de la misma determinara lo que fuese pertinente.

⁶⁰ El subrayado es mío.

Así, el tres de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 10 fracción XII⁶¹ y 14⁶² de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se turnó el asunto a uno de los ministros para que propusiera el trámite que debía dictar la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación al conflicto competencial planteado.

Por lo que seguidos estos trámites, el asunto elevado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación se archivó bajo el rubro de "varios" y se desahogo a manera de una consulta.⁶³

3. Los argumentos y consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al conflicto de competencia internacional planteado ante el juez mexicano⁶⁴

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el conflicto competencial suscitado entre el Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar en el Distrito Federal y el Juez Especializado del Décimo Sexto Juzgado Civil de Lima, Perú, era improcedente.

Para apoyar su opinión la corte se fundó en los artículos 104 y 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos argumentado que de la interpretación de estos artículos "se colige que nuestra Carta Magna reservó exclusivamente para los Tribunales de la Federación el conocimiento y resolución de los asuntos del orden civil que versen

⁶¹ Artículo 10. La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno: XII. De las demás que expresamente le confieran las leyes.

⁶² Artículo 14. Son atribuciones del presidente de la Suprema Corte de Justicia: II. Tramitar los asuntos de la competencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, y turnar los expedientes entre sus integrantes para que formulen los correspondientes proyectos de resolución.

⁶³ No he entrado el fundamento legal para la clasificación de varios, ni las facultades de la Corte para desahogar consultas, aunque me parece interesante y hasta conveniente que la Corte se avoque esta facultad.

⁶⁴ Esta es una sinopsis de lo argumentado en los Considerados Primero y Segundo de de la Ejecutoria que resolvió el asunto Varios número 573/95. Consulta al Tribunal Pleno sobre el trámite que debe seguir el conflicto competencial anteriormente citado.

sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales o de los tratados internacionales, salvo el caso en que los mismos solo se afecten intereses de particulares. Esto es así, en atención a que en el supuesto de que el conflicto irroge perjuicios a los particulares existirá jurisdicción concurrente y quedará a elección del actor escoger a un Juez Federal o Local para que conozca y resuelva del asunto respectivo."

La Corte consideró que conforme al artículo 106 constitucional interpretado en términos del Código Federal de Procedimientos Civiles (del Libro Primero, título Segundo del Capítulo Primero) corresponde al Poder Judicial de la Federación dirimir las controversias que se susciten los tribunales de la federación y los de los estados, o las de los estados entre sí, más no respecto a aquellas relativas al conflicto competencial que pudiese llegar a darse entre los tribunales pertenecientes a nuestro país y cualquier otro del orbe.

De este modo, la Corte sostuvo que admitir la posibilidad de que el Poder Judicial de la Federación dirimiera un conflicto competencial entre un tribunal mexicano y uno de un país diverso resultaría inadmisibles, dado que el Pleno de la Corte sólo ejerce jurisdicción sobre tribunales mexicanos y no sobre los extranjeros, señalando que la intención del Congreso Constituyente fue la de respetar la soberanía de otros países, contemplando en el artículo 133 constitucional, la posibilidad de celebrar tratados internacionales a los cuales los países quedan sujetos una vez que éstos son aprobados con las formalidades que la misma Constitución establece, de donde resultan inaplicables tanto el artículo 106 constitucional como el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia estimó –y esto es importantísimo toda vez que anuncia un contenido sustancialmente distinto al de la tesis que se publicó como derivada de esta ejecutoria– y atento al contenido de los artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶⁵ (que otorga el derecho que

⁶⁵ Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales

tienen todas las personas a recibir justicia), así como a lo dispuesto por el artículo 14 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal⁶⁶ (sic) (que recoge algunos principios del derecho internacional y de los tratados internacionales celebrados por México), los autos de juicio debían de remitirse nuevamente al Juez de los Familiar del Distrito Federal para que éste proveyera lo que correspondiera a derecho, ya que dicho asunto no podría quedar sin solución, pues en tal situación se contravendría en perjuicio del actor la garantía que tutela el artículo 17 de nuestra Carta Magna.

A todo esto, la Corte agregó además que el Juez del Distrito Federal tenía la obligación de fundar y motivar su competencia conforme a los elementos antes reseñados, y que asimismo también debería informar su resolución al Juez del Perú para que éste a su vez estuviera manifieste su parecer, ya que pudiera ser que alguno de los jueces contendientes —con base en los tratados internacionales— pudiera declararse incompetente.

que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

⁶⁶ Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho; II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado; III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos; IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto. Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

De esta manera quisiera pasar a hacer algunos comentarios sobre la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

V. Sobre la urgencia de que se publiquen íntegramente las sentencias y la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

La verdad es que a pesar de lo mucho que se podría comentar sobre la doctrina desarrollada por la Corte en relación a la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano, así como con respecto al tratamiento que dio la Corte al conflicto de competencia en la esfera internacional que se sometió a su consideración, y a pesar de lo muy tentado que me siento para desarrollar mis opiniones sobre lo dicho en ambos casos, me veo obligado a abstenerme por lo menos de momento; pues la razón por la que en esta ocasión he querido traer a colación estos casos ha sido principalmente para ilustrar como opera el sistema de las tesis que se publican en el Semanario Judicial de la Federación y en su Gaceta, pues además de que considero importantísimo que se publiquen íntegramente el texto de las decisiones judiciales y también me gustaría apuntar a la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

Con franqueza debo decir que en el caso del Sindicato de Controladores Aéreos la manera en que la Corte abordó el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento constitucional mexicano me pareció bastante forzada, y debo hacerse notar que en mi opinión y con base en lo que he leído en dicha ejecutoria, me parece que la ahora ya famosa tesis sobre la superioridad jerárquica respecto al derecho federal no surge de la resolución de las pretensiones sometidas la consideración del jueces de amparo en los términos de la ley de la materia, pues lo resuelto en ese caso —o como bien lo dijo el juez de distrito en la sentencia de primera instancia, la cuestión de fondo en dicho

De esta manera quisiera pasar a hacer algunos comentarios sobre la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

V. Sobre la urgencia de que se publiquen íntegramente las sentencias y la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

La verdad es que a pesar de lo mucho que se podría comentar sobre la doctrina desarrollada por la Corte en relación a la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano, así como con respecto al tratamiento que dio la Corte al conflicto de competencia en la esfera internacional que se sometió a su consideración, y a pesar de lo muy tentado que me siento para desarrollar mis opiniones sobre lo dicho en ambos casos, me veo obligado a abstenerme por lo menos de momento; pues la razón por la que en esta ocasión he querido traer a colación estos casos ha sido principalmente para ilustrar como opera el sistema de las tesis que se publican en el Semanario Judicial de la Federación y en su Gaceta, pues además de que considero importantísimo que se publiquen íntegramente el texto de las decisiones judiciales y también me gustaría apuntar a la necesidad de un método para el análisis e interpretación de los precedentes judiciales.

Con franqueza debo decir que en el caso del Sindicato de Controladores Aéreos la manera en que la Corte abordó el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento constitucional mexicano me pareció bastante forzada, y debo hacerse notar que en mi opinión y con base en lo que he leído en dicha ejecutoria, me parece que la ahora ya famosa tesis sobre la superioridad jerárquica respecto al derecho federal no surge de la resolución de las pretensiones sometidas la consideración del jueces de amparo en los términos de la ley de la materia, pues lo resuelto en ese caso —o como bien lo dijo el juez de distrito en la sentencia de primera instancia, la cuestión de fondo en dicho

juicio— era la negativa del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje para otorgar el registro solicitado por el sindicato quejoso⁶⁷ lo cual se consideraba como violatorio de las garantías consagradas en los artículos 9, 123 y 133 constitucionales.

Con todo, no dejo de reconocer que la doctrina formulada por la Corte respecto a la posición jurídica de los tratados internacionales es importantísima por muchas razones. Principalmente, porque dicha doctrina fija la posición de nuestro máximo tribunal sobre una materia en la que las posiciones doctrinarias de los autores son diversas y encontradas.

Con todo, no dejo de reconocer que todo lo dicho por la Corte en esta ejecutoria fija un precedente aún y cuando este carezca de fuerza vinculante y —en mi opinión— no sea idóneo para integrar jurisprudencia en los términos de la ley de amparo.

Por otra parte, es muy importante observar que esta ejecutoria fue votada por unanimidad de diez votos, ya que uno de los once ministros que integran el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encontraba ausente en el momento de la votación, de donde se colige que lo más probable es que esta vaya a ser la tónica que seguirá la Corte en los años venideros, pues al haberse aprobado la ejecutoria por unanimidad, es también de esperarse que mientras la composición de la Corte no cambie, resultaría muy difícil pensar que la postura de nuestro más alto tribunal llegara a cambiar. (Aunque uno nunca sabe...)

No obstante, insisto en que —en mi opinión— en lo relativo a la doctrina sobre la posición jerárquica de los tratados internacionales en el orden constitucional mexicano, nos encontramos ante una opinión tangencial de la Corte.

Sin embargo, el Pleno de la Corte —la máxima autoridad judicial de nuestro país— consideró que dicha tesis resulta idónea para integrar tesis jurisprudencial. De modo que en este caso estamos ante la presencia de una opinión tangencial de la Corte que eventualmente puede llegar a integrar jurisprudencia por reiteración.

⁶⁷ Ver nota 47.

Con todo, respetuosamente me permito disentir. Por lo menos en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo me parece que una opinión del Pleno del Pleno que no se refiere a lo resuelto en el desahogo del juicio de amparo no es por lo tanto idónea para integrar jurisprudencia.

Además, soy de la opinión que la tesis sobre la posición jerárquica de los tratados internacionales en el orden constitucional mexicano derivada del caso del Sindicato Nacional de Controladores Aéreos es importantísima y de un alcance inusitado, no sólo por las razones antes dichas, sino también por que el contenido de dicha tesis altera sustancialmente el espíritu y la letra de nuestra carta magna; pues mientras que la Corte ha considerado que los tratados tienen una jerarquía constitucional superior al de las leyes federales, el artículo 133 constitucional no parece indicar tal cosa, sino que ubica a los tratados después de las leyes federales que emanen de la constitución, pero con igual jerarquía a la de estas últimas.

Tal es la trascendencia jurídica que pueden llegar a tener las opiniones de la Corte.

Por otra parte, quiero tratar ahora al caso del conflicto de competencia en la esfera internacional al que he hecho referencia en este trabajo, pues aquí hay dos puntos que me parecen relevantes.

Primero, debo hacer notar esta tesis no deriva de un amparo, de donde consecuentemente tampoco deriva de una ejecutoria. Esta tesis deriva de un procedimiento que se resolvió como consulta de un juzgado local de primera instancia, y que al archivarse se clasificó bajo el rubro de "Varios".

También en este caso la Corte consideró que dicha tesis era idónea para integrar jurisprudencia. Y nuevamente tengo que decir que aunque no dejo de reconocer que todo lo dicho por la Corte en esta ejecutoria fija un precedente. Así que igualmente, por lo menos en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, me parece que una opinión del Pleno del Pleno que no se refiere a lo resuelto en el desahogo del juicio de amparo no es por lo tanto idónea para integrar jurisprudencia.

En segundo lugar, y esto me parece bastante delicado, resulta que lo que aparece en la tesis publicada distorsiona la opinión de lo resuelto en la consulta de mérito. Así, el rubro con el que se identifica dicha tesis anuncia lo siguiente: COMPETENCIA. ES IMPROCEDENTE EL CONFLICTO PLANTEADO ANTE EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, ENTRE UN TRIBUNAL MEXICANO Y UNO EXTRANJERO, agregándose en el texto de la tesis que resulta inadmisibles admitir la posibilidad de que el Poder Judicial de la Federación esté en aptitud de dirimir un conflicto competencial entre un tribunal mexicano y otro de un país diverso.

Si esto fuera lo que resolvió la Corte estaríamos ante una opinión verdaderamente escalofriante, pues en ese caso, al enfrentar un conflicto de competencia internacional planteado en México nos encontraríamos ante un grave problema de denegación de justicia, pues la consecuencia lógica sería que si nuestro máximo tribunal no puede estudiar un asunto de tal naturaleza, entonces, los de menor instancia pues mucho menos.

Afortunadamente eso no fue lo que resolvió la Corte. Lo que sucede es que las personas que redactaron la tesis en cuestión publicaron una versión parcial de la opinión del pleno y desafortunadamente se distorsionó lo resuelto por el Pleno de la Corte, pues dicha tesis se limitó a sintetizar lo establecido en el considerando primero, pero desatendió lo indicado en el considerado segundo. Pues efectivamente, aunque el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que aun y cuando la Corte carecía de facultades para resolver el mencionado conflicto internacional de competencia, el Pleno de la Corte también ordenó que el juzgado de primera instancia resolviera el conflicto competencial de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 constitucional en relación con el 14 del Código Civil Federal.

Y aún hay más. Pues aunque de la lectura de la ejecutoria sabemos que lo más importante de la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue lo resuelto en el sentido de que los tribunales no pueden incurrir en denegación de justicia y de que el juzgado de primera instancia tendría que resolver conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 14 del Código Civil Federal, esto puntos no se publicaron en ningún lado, ni en ninguna tesis.

En otras palabras, se omitió lo más importante. Además de que también se ignora cual haya sido el fin que tuvo este importantísimo asunto, pues las decisiones de juzgado de primera instancia tampoco se publican en ningún lado.

Consecuentemente, creo que esto ilustra muy claramente el porque me parece urgente que se publiquen las decisiones de los tribunales mexicanos. Tengo la esperanza de que la nueva ley de transparencia habrá de ayudar n mucho para este proceso.

Ahora, quisiera referirme brevemente a la importancia de contar con un método para el análisis de las decisiones judiciales y para este propósito quisiera volver los ojos hacia los Estados Unidos de América en donde se ha desarrollado una técnica de análisis que normalmente es conocida como *IRAC*, que son las siglas en inglés de *Issue* (cuestionamiento medulares de la discusión); *Rule* (norma jurídica aplicable); *Application* (aplicación o motivación jurídica); y *Conclusion* (conclusión),⁶⁸ y que es parte fundamental del método de síntesis de casos (*case briefing*, por su nombre en inglés).

La aplicación de este método de resumen de casos es algo cotidiano entre los miembros de la comunidad jurídica de los Estados Unidos y para explicarlo, me ha parecido oportuno traer a explicar los lineamientos básicos del mismo, usando los materiales que la Escuela de Derecho de la Universidad de Maine⁶⁹ tiene preparados para este propósito,⁷⁰ en la inteligencia de que cada lector deberá hacer la adecuación correspondiente a su propio contexto:

⁶⁸ Artículo 133. 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 la Ley Suprema de toda la Unión.

⁶⁸ Publicación hecha por el Profesor Bruce Zucker, del Department of Business Law en la California State University, Northridge <http://www.csun.edu/~bz51361/brief.pdf>

⁶⁹ <http://mainelaw.maine.edu>

⁷⁰ Nancy A. Wanderer, Materiales preparados por la Profesora Wanderer para el curso de Legal Research and Writing, <http://mainelaw.maine.edu/research/brief.htm>

La síntesis de un caso es un resumen de los componentes más importantes de una sentencia: los hechos esenciales del caso, los procedimientos antecedentes, los cuestionamientos medulares con los que se enfrenta el tribunal, y que fue lo que decidieron los tribunales y porqué. Escribir síntesis de casos ayuda a focalizar los aspectos relevantes del caso y sirve como una referencia útil durante el curso.

Antes de sintetizar un caso léalo por lo menos dos o tres veces. Luego, en el encabezado de la página escriba el nombre del caso y los datos de su referencia oficial. Finalmente, refiérase a cada una de las siguientes secciones en el orden que se da a continuación.

HISTORIA PROCESAL

Diga quien está demandando quien y porqué.

Diga como fue resuelto el caso por los tribunales inferiores.

Identifique cual de las partes fue la que apeló, a que tribunal y cuáles eran las peticiones planteadas.

HECHOS

Resuma los hechos esenciales que llevaron a la demanda, focalícese en los hechos que usted piense que fueron importantes para que el tribunal decidiera el caso.

CUESTIONAMIENTOS MEDULARES

Especifique los cuestionamientos medulares o los puntos controvertidos en el caso apelado. Cada cuestionamiento medular debe escribirse separadamente a manera de pregunta.

DECISIONES

Cada decisión es la respuesta que corresponde a cada cuestionamiento medular o punto controvertido ante el tribunal.

La decisión normalmente consiste en una transformación del cuestionamiento medular de una pregunta a una a una oración declarativa.

RAZONAMIENTO

Explique el razonamiento seguido por el tribunal para llegar a su decisión. Identifique cualquier consideración relativa al orden público o a consideraciones particulares de justicia equidad o particularidades del caso en el contexto humano, social, etc.

Identifique opiniones marginales significativas (*dicta*)⁷¹

VOTOS PARTICULARES / OPINIONES CONCURRENTES

Describa los puntos importantes que aparezcan en los votos particulares o en las opiniones concurrentes.

Naturalmente este proceso trae aparejados ciertos retos para nosotros, ya que estando educados y entrenados para pensar y razonar conforme a una lógica deductiva, iniciarnos en el uso de éste método requiere que nos reeduquemos para también poder razonar inductivamente.

Por otra parte, es una realidad que en nuestra tradición jurídica estamos educados y entrenados para pensar y razonar con un alto nivel de abs-

⁷¹ Obiter dictum (Pl. Obiter Dicta) Un comentario judicial hecho durante el curso de la deliberación de una sentencia judicial, pero que resulta innecesaria para resolver el caso y consecuentemente no crea precedente (aún y cuando pueda tener un valor persuasivo). "Estrictamente hablando un 'obiter dictum' es un comentario hecho o una opinión expresada por un juez de manera incidental –esto es marginal o colateralmente y no dirigida a lo planteado ante el tribunal; o es cualquier declaración jurídica enunciada por el juez o por el tribunal meramente a modo de ilustración, argumento, analogía o sugerencia... En el lenguaje cotidiano de los abogados, todas esas expresiones extrajudiciales de opiniones jurídicas son denominadas como 'dicta' o 'obiter dicta', estos dos términos se usan indistintamente." William M Lile et al, *Brief Making and the Use of Law Books (Elaboración de Síntesis de Casos y el Uso de Libros Jurídicos)* 304. (3ª edición, 1914). Todo lo anterior es cita textual del **Blak's Dictionary of Law**, 7th edition, West Group, St. Paul, Minn., 1999. p. 1100.

tracción y este nuevo proceso requiere un mayor nivel de razonamiento vinculado a las particularidades fácticas de los casos en cuestión. O dicho de otra manera, la norma individualizada contenida en las sentencias siempre debe interpretarse en el contexto y a la luz de los particularismos hechos de la controversia en cuestión.

Lo cierto, es que no debemos desconocer las realidades de nuestro propio entorno, la dinámica de nuestro sistema jurídica hace mucho que rebasó los rígidos límites de muchas de nuestras leyes, y que hay muchas de ellas que desafortunadamente quedaron anquilosadas en criterios del siglo XIX.

Consecuentemente, los retos y los desafíos del mundo actual nos obligan a elaborar nuevas doctrinas jurídicas que por un lado deben tener un buen soporte teórico y doctrinario, pero que al mismo tiempo no deben perder de vista las nuevas realidades y lo que actualmente sucede en nuestro entorno y aún más allá.

LA FILOSOFÍA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ¿PARA QUÉ SIRVE?

Roberto Garza Barbosa *

I. INTRODUCCIÓN

La participación de grupos económicos interesados en reformas legales es cada día más común. Sin embargo, el legislador debe tener un sentido que le lleve a determinar normas legales justas. Al decir justas, me refiero a que sean justas no sólo para los participantes en el proceso legislativo, sino para toda la sociedad.

¿Por qué existen los derechos de autor?, ¿por qué son creados? O tal vez, ¿por qué son reconocidos?, ¿son creados o son reconocidos por la sociedad a través de sus canales legales?, ¿cuáles son los principios básicos que se deben de tomar en cuenta cuando se elabora o modifica una ley que regule al derecho de autor?, ¿cuáles deben ser los términos de la misma?

Asumiendo que estas preguntas son las correctas, le presento al lector un breve estudio comparado de la filosofía de los derechos de autor. Estudio que comprende países de tradición continental; así como

* Profesor del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey. Licenciado en Derecho por parte de la Universidad Autónoma de Nuevo León; Maestría en Derecho Comercial Internacional por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey; Maestría en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Tulane. Actualmente candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Tulane.

países de tradición *common law*. El propósito es conocer la justificación de los derechos de autor. Así el lector determinará su propio concepto del mismo.

Intento introducir el concepto de justicia social a los derechos de autor, sobre todo a su proceso legislativo. Para ilustrar lo anterior, presentaré un estudio del proceso legislativo que derivó en las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de julio de 2003. Los principios filosóficos de los derechos de autor son necesarios para evaluar la sabiduría del legislador al momento de escoger los principios de justicia que incluirá la ley.

En la primera parte del trabajo, se incluyen unas consideraciones básicas. En la segunda parte le ofrezco un breve análisis de la filosofía de los derechos de autor en los países anglosajones o de tradición *common law*. En la tercera parte, haré una breve explicación de la teoría de la justicia social de John Rawls y su posible aplicación al campo de los derechos de autor. Después describiré brevemente los principios continentales de los sistemas de tradición romano-germánica para justificar derechos de autor y finalmente aplicar todo lo visto a la reforma de ley en cuestión.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES BÁSICAS

El punto de partida de cualquier institución legal es precisamente su justificación. La primera pregunta que nos debemos hacer es por qué esta institución o mecanismo legal existe. La respuesta que le podamos dar a esta pregunta básica la podemos ver reflejada en la estructura de las instituciones legales y el alcance de sus preceptos. En cuanto a los derechos de autor, la justificación básica de los mismos definirá su alcance y la relación entre el titular de los derechos de autor con el resto de la sociedad.

Hay varias concepciones y justificaciones para los derechos de autor. Todas ellas van de un lado a otro, dependiendo de circunstancias sociales

o políticas, escuelas de pensamiento, incluso intereses económicos. Tradicionalmente, los derechos de autor han sido conceptualizados por algunos filósofos y pensadores como un mecanismo instrumentalista diseñado para promover la creación de trabajos artísticos o de cierta utilidad que beneficiarán a la sociedad. Para otros, los derechos de autor no son otra cosa que un derecho natural sobre la propiedad, justificada precisamente por la labor de sus autores. Otra posición es que la felicidad individual y el desarrollo de la personalidad dependen de la propiedad y los derechos de autor deben ser considerados propiedad.

En esta investigación incluyo diversas filosofías, algunas provenientes del sistema legal anglosajón o *common law*, otras provienen del sistema legal romano-germánico o continental. Creo que en la mayoría de los casos o circunstancias, los pensamientos y las escuelas filosóficas no desaparecen con las fronteras. Para ilustrar lo anterior, le traigo como ejemplo la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas;¹ o bien, el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercaderías Falsificadas (ADPIC o TRIPS de aquí en adelante).² Ambos tratados internacionales establecen la obligación, entre sus miembros, de ofrecer un mínimo de protección para derechos de autor.

Con el propósito de dar un marco de referencia a las justificaciones de la propiedad intelectual expondré al lector algunos datos históricos útiles para realizar esta tarea. Sin embargo, no es el propósito de este estudio analizar la historia de la propiedad intelectual en cada uno de los sistemas legales existentes. Los derechos de autor están englobados o incorporados a lo que se conoce como propiedad intelectual, que es un término genérico utilizado para referir a un grupo de regímenes y mecanismos legales que comenzaron su existencia independientemente uno del otro en tiempos diferentes y en lugares diversos.³

¹ Tratado Internacional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1975.

² *Ibidem*, 30 de diciembre de 1994.

³ Ver Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property* 14 (1996).

Inglaterra tiene el crédito de haber creado la primera ley de derechos de autor, el Estatuto de la Reina Ana de 1709.⁴ Esta ley (o estatuto como textualmente le llaman ellos) fue decretada: "para el estímulo del hombre ilustrado a componer y escribir libros útiles."⁵ Como se puede apreciar tiene un objetivo instrumentalista que ha influenciado a varios sistemas legales y sus constituciones. Para ilustrar este punto, basta leer las palabras de la Constitución de los Estados Unidos de América dando al Congreso el poder de "promover el progreso de la Ciencia y las Artes útiles, asegurando por tiempos limitados a los Autores e Inventores el Derecho exclusivo de sus respectivos Escritos y Descubrimientos."⁶

Más aún, el párrafo 8 del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece una excepción a la prohibición general a los monopolios contenida en el propio artículo de la siguiente manera: "[t]ampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna manera." Estas palabras tienen un lenguaje instrumentalista, aunque más indirecto que su contraparte norteamericana. Sin embargo, si no fuese un objetivo instrumentalista, no diría "para la producción de sus obras," sino por sus obras. El privilegio es otorgado para la producción de la obra; o sea, para que se produzcan obras. La fracción XV del artículo 89 otorga al Presidente de la República la facultad de "[c]onceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria." Este último precepto es aplicable para los inventores, no autores. Sin embargo, me resulta interesante observar que ambos preceptos hablan de privilegios, en lugar de utilizar alguna otra connotación.

⁴ *Ver ibidem*, p. 14.

⁵ 8 Ann., c. 19 (1709)(Eng.).

⁶ U.S. Const. art. 1, 8 cl. 8.

Volviendo a Inglaterra, la justificación instrumentalista para los derechos de autor⁷ del Estatuto de la Reina Ana, surge después de tener otra justificación para los privilegios otorgados a los impresores con menos sentido del bien común. Grupos económicos haciendo presión o cabildeo para obtener un monopolio sobre una cosa que era producida por ellos.

En el siglo XV, los libros eran impresos y producidos por un gremio conocido formalmente como *stationers* (papeleros).⁸ Como todo gremio, incluyendo algunos gremios u organizaciones actuales; éste estaba interesado en las ganancias y le tenía miedo a la competencia.⁹ Por lo tanto, no es nuevo que grupos interesados obtengan lo que necesitan del gobierno, congreso o corona. Jessica Litman ha resumido la evolución de la ley de derechos de autor norteamericana como sigue: "[l]a ley que surgió de la conferencia de grupos participantes, agrandó el pastel de los derechos de autor y lo dividió entre sus miembros, no quedaron sobras del mismo."¹⁰ Esta observación la hizo en un artículo diseñado, no para criticar la ley en sí, sino para criticar a los tribunales por ignorar los tratos hechos por partes interesadas que cabildaron durante el proceso legislativo. Jessica Litman también ha publicado un libro que a mi parecer es trascendental, en el mismo analiza y critica el proceso legislativo de los derechos de autor en los Estados Unidos.¹¹ El mismo incluye varios artículos legales adaptados para su libro. Retornando a Inglaterra, en 1557 el gremio de los papeleros obtuvo un acta de incorporación.¹² La Reina María dio a la, ya entonces, Compañía de

⁷ Para los países de tradición *common law*, el derecho de autor es conocido como copyright, que significa derecho sobre la copia. La diferencia entre esta connotación y la de derecho de autor de los países de tradición jurídica continental o germánico-romana se debe a la base filosófica e inicio histórico de cada uno de ellos. Esta cuestión la abordaré más adelante. En todo caso, utilizo nuestra locución derechos de autor para nombrar lo que en países de tradición *common law* se conoce como copyright.

⁸ Ver Drahos, *supra* nota 3, p. 22.

⁹ Ver *ibidem*, p. 10.

¹⁰ Jessica Litman, *Copyright Legislation and Technological Change*, 68 Or. L. Rev. 275, 317 (1989).

¹¹ Ver *en general*, Jessica Litman, *Digital Copyright* (2001).

¹² Ver Drahos, *supra* nota 3, p. 22.

los Papeleros el control de impresión, como un medio por el cual ella pudiese controlar lo que la corona consideraba información sediciosa y hereje. Un académico que ha escrito un libro de filosofía de la propiedad intelectual, tema no muy común, ha dicho que de todas maneras la corona prefería utilizar otros medios más rigurosos para controlar discursos y expresiones no deseadas tales como la tortura y el asesinato.¹³

El monopolio otorgado a los papeleros, concebido primero como un medio de control de las ideas, fue un sistema de privilegios que les otorgó ganancias económicas. Este sistema no incluía beneficio alguno para los autores, sólo beneficiaba a los impresores.¹⁴ El derecho de imprimir pertenecía a los impresores y no a los autores. Este derecho duró más de un siglo, hasta que todos los decretos de licencia vencieron en 1664.¹⁵ Cuando esto ocurrió algunos impresores que no pertenecían a la Compañía de los Papeleros comenzaron a imprimir libros. Como consecuencia de lo anterior, la Compañía aplicó para una ley de derechos de autor en el parlamento, obteniendo menos de lo que esperaban. Esta ley es conocida como el Estatuto de la Reina Ana, que como lo mencioné anteriormente, es la primera ley en reconocer derechos a los autores sobre sus escritos.

Las provisiones más importantes del Estatuto de la Reina Ana fueron: otorgar al autor de un trabajo nuevo el derecho exclusivo de imprimir su libro por un período de catorce años; otorgar un período de renovación por otros catorce años si el autor vivía en ese momento; el registro se llevaba a cabo en el edificio de los Papeleros y se debían incluir nueve copias para las bibliotecas oficiales. Los remedios legales otorgados por el estatuto eran los siguientes:

... [S]i algún otro vendedor de libros, impresor u otra persona cualquiera, ...imprime, reimprime, o importa... sin el consentimiento del propietario...

¹³ *Ver idem.*

¹⁴ *Ver ibídem*, p. 23.

¹⁵ *Ver* Robert A. Gorman and Jane Ginsburg, *Copyright Cases and Materials* 1 (Quinta edición 1999).

¹⁶ *Ver ibídem*, p. 2.

entonces ese trasgresor... confiscará ese libro... al propietario de la copia... y lo destruirá... y después ese trasgresor... perderá un *Penny* por cada hoja que sea encontrada en su poder o su custodia, de él o de los tenedores de la copia.¹⁷

Esta ley fue instrumental y práctica. Reemplazó el sistema de privilegios por un sistema en dónde el interés público era la base. Cuando uno lee su título o preámbulo es fácil entender que fue diseñada para estimular el aprendizaje. Consecuentemente, le puedo asegurar que éste fue el primer propósito decente y loable de los derechos de autor, el estimular el aprendizaje y la ciencia.

El control monopólico de los papeleros sobre libros existentes había terminado debido a que la protección otorgada a esos libros estaba limitada a veintiún años.¹⁸ Obviamente, los impresores no estaban muy contentos con el Estatuto de Ana y como consecuencia de lo anterior, pretendieron utilizar un derecho de autor derivado de las decisiones judiciales y no del Estatuto, el llamado *common law copyright*. La cuestión legal era si los derechos estatutarios coexistían con los derechos derivados del *common law*. Al final, en *Donaldson v. Becket* se sostuvo que el Estatuto de Ana abrogó el llamado *common law copyright*.¹⁹

Estos casos dieron a los jueces una excelente oportunidad para analizar diversos enfoques filosóficos acerca de los derechos de autor. Antes de que los jueces ingleses sostuvieran en *Donaldson v. Becket* que el Estatuto de Ana había abrogado los derechos de autor provenientes del *common law*, un caso fue resuelto en 1769 sosteniendo lo contrario.²⁰ La cuestión legal en este caso era si el autor tenía un derecho sobre las copias de sus obras proveniente del *common law*. Y si así lo fuera, si este derecho había sido eliminado por el Estatuto de Ana.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Ver Drahos *supra* nota 3, p. 23.

¹⁹ Ver *idem*. Ver también Gorman and Ginsburg *supra* nota 15, p. 2. Ambos citando la decisión de House of Lords 4 Burr. (4th ed.) 2408, 2417, 98 Eng. Rep. 257, 262 (H.L. 1774).

²⁰ Ver *idem* Ambos citando a Millar v. Taylor (1769) 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201 (K.B. 1769).

Los jueces que decidieron este caso, apoyaron su decisión en varios conceptos: justicia natural, instrumentalismo, y propiedad basada en trabajo con beneficios sociales. El juez Mansfield, argumentó que aún antes o después de la creación de la obra, las pretensiones de los autores se basan en justicia.²¹ Para él, un autor debe recibir ganancias económicas de su propio ingenio, mente y labor. El Juez Willies en su parte de la opinión, da una base instrumentalista: "[e]s sabio en cada estado, incentivar las letras, y la difícil investigación del hombre ilustrado."²² Asimismo, remarcaba que la mejor manera de hacerlo es asegurando propiedad a los creadores. El Juez Aston a su vez, basó su razonamiento en una filosofía relacionada con la labor mental.²³ El razonamiento de éste parece estar influenciado por el análisis de Locke acerca de la propiedad contenido en el segundo libro de su obra *Dos Tratados de Gobierno*.

Este caso inglés incluye dos de las más importantes filosofías acerca de derechos de autor. Estas son: justicia natural sobre el trabajo y labor mental, y un enfoque instrumentalista. Estas dos filosofías son aplicables para todos los sistemas legales con mayor o menor nivel. Ya sea una o la otra. Hay otros pensamientos filosóficos muy importantes que no están incluidos en esta decisión, estos son precisamente la base de los derechos de autor en los países continentales de tradición romano-germánica. Estos pensamientos están basados básicamente en un derecho personal relacionado con la propia identidad del artista, influencia concebida por Immanuel Kant, él caracterizaba los derechos de los autores como de personalidad en lugar de derechos de propiedad.²⁴ O Hegel, quien justifica los derechos de autor en voluntad y no en trabajo.²⁵ Este

²¹ Ver Drahos *supra* nota 3, p. 24.

²² Ver *idem*.

²³ Ver *ibidem*, p. 25.

²⁴ Ver Neil Netanel, *Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law*, 12 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 1, 16 (1994). Citando a Immanuel Kant.

²⁵ Ver Barbara Friedman, *From Deontology to Dialogue: The Cultural Consequences of Copyright*, 13 *Cardozo Arts. & Ent. L.J.* 157, 168 (1994). Citando a Hegel.

tercer pensamiento continental es el fundamento de los derechos morales y de varias provisiones de la Convención de Berna. Como consecuencia, si nosotros añadimos éste pensamiento continental a las dos filosofías inglesas del caso *Millar*, encontraremos las tres principales corrientes de pensamiento que inspiran los derechos de autor alrededor del mundo.

En *Millar v. Taylor*, el juez disidente Yates, encontró que los principios generales de la propiedad están basados en derecho natural, pero concluyó que los objetos abstractos no pueden ser ocupados.²⁶ Al igual que el Juez Aston, Yates fundamentó sus conclusiones en Locke, pero alcanzando un resultado diferente. La mayoría de los autores anglosajones que escriben acerca de la filosofía de la propiedad intelectual encuentran en Locke su fundamento. Para ellos, hay una ocupación de los objetos abstractos que se basa en el trabajo. El juez Yates concluyó que los autores no tienen derecho de autor alguno, sino sólo el que se deriva del Estatuto de Ana. Esta opinión disidente sería en poco tiempo el razonamiento prevaleciente en *Donaldson v. Beckett*, en el que una mayoría de seis contra cinco concluyó que el Estatuto de Ana abolió el derecho de autor derivado del *common law*.²⁷ En este último caso, se consideró que los derechos de autor eran creación del Estatuto.²⁸ Una decisión instrumentalista no basada en Locke.

La principal discusión en cuanto a los derechos de autor es considerarlos como un mecanismo instrumentalista versus considerarlos como una cuestión de derecho natural o un reconocimiento al derecho natural del autor sobre su trabajo. Podemos agrupar diversas filosofías acerca de los derechos de autor en un grupo. Por ejemplo, Locke o Hegel perteneciendo al grupo de filosofías basadas en derecho natural. A pesar de ello, algunos autores han interpretado a Locke como un consecuencialista, pero la principal tendencia es considerarlo como un exponente

²⁶ Ver Drahos, supra nota 3, p. 26.

²⁷ Ver *ibidem*, p. 40.

²⁸ Ver *idem*.

del derecho natural. Considere lo siguiente: "[u]ltimadamente Locke subordina los derechos de propiedad a la determinación consecuencialista del bien común que sirve como la base del derecho de autor."²⁹ En esta investigación voy a considerar al pensamiento de Locke como justificación de derecho natural para los derechos de autor.

Hay otra perspectiva acerca de los derechos de autor que he mencionado anteriormente, es más realista y está basada en el hecho real de que grupos de interés, titulares de derechos de autor siendo autores o no, cabildean y presionan a su respectivo congreso con el propósito de obtener más a su favor. Estos grupos utilizan el derecho natural como la base de sus pretensiones. Aunque estas teorías de derecho natural son ampliamente usadas para justificar derechos de autor, pienso que la verdadera causa de los mismos es aquella que va desde el mecanismo instrumentalista hasta el hecho que grupos interesados obtienen modificaciones a las leyes que regulan los derechos de autor. Por lo tanto, en el presente estudio analizaré las diversas justificaciones que van desde las basadas en derecho natural, el instrumentalismo, y los grupos de interés.

III. PENSAMIENTO ANGLOSAJÓN

Los pensamientos naturalistas acerca de los derechos de autor o la propiedad intelectual niegan la presunción de que los derechos en la sociedad dependen para su justificación solamente en provisiones legales o constitucionales.³⁰ Los académicos norteamericanos naturalistas frecuentemente citan la opinión del Ministro Stewart de la Suprema Corte de Justicia de aquél país en el caso *Board of Regents v. Roth*: "[i]ntereses sobre la propiedad... no son creados por la Constitución. Por el contrario éstos son creados y sus dimensiones son definidas por reglas y entendimientos

²⁹ Friedman, *supra* nota 25, p. 160.

³⁰ Ver Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 Geo. L.J. 287, 288 (1988).

³¹ 408 U.S. 564, 577 (1972).

existentes que provienen de una fuente independiente..."³¹ Para mí una justificación de derecho natural para la vida, libertad propiedad o privacidad es acertada. Sin embargo, una justificación de derecho natural para los derechos de autor no considera el derecho de crear de otros autores posteriores, ni el derecho de otros miembros de la sociedad que no son autores. Al final, lo que es realmente importante es encontrar las circunstancias reales por las cuales la sociedad decide la estructura de los mecanismos legales eligiendo entre una opción u otra. En esta parte de la investigación describiré brevemente las filosofías anglosajonas importantes basadas en derecho natural sobre propiedad para justificar derechos de autor que se utilizan en los países de tradición *common law*.

A. JUSTIFICACIONES BASADAS EN LOCKE

La influencia de John Locke y su filosofía política ha sido sobresaliente. En el capítulo cinco del segundo libro de su obra *Dos Tratados sobre el Gobierno*,³² editado hace más de trescientos años, se discute la propiedad privada. Actualmente, hay varios académicos que aplican la teoría de la propiedad de Locke a la propiedad intelectual. Es decir, aplican una teoría diseñada para la propiedad física al abstracto mundo de la propiedad intelectual.

Los *Dos Tratados sobre el Gobierno* son considerados como un ataque al gobierno monárquico.³³ Específicamente, al argumento escrito por Robert Filmer en su obra titulada *Patriarca: el poder de los Reyes* (1680). De acuerdo a Filmer, Adán tenía absoluta autoridad sobre el mundo y sus herederos, los reyes, heredaron esa autoridad absoluta.³⁴ El segundo Tratado Sobre el Gobierno, declara que esta idea es imposible.³⁵ Para Locke, Dios le dio el mundo a la humanidad en común y no

³² Ver John Locke, *Two Treatises of Government* (P. Laslett, ed., Cambridge 1690) (1988).

³³ Ver Drahos, *supra* nota 3, p. 42.

³⁴ Ver *idem*.

³⁵ Ver *idem*.

sólo a Adán y sus herederos, los reyes. En el capítulo V de su Tratado, Locke se hace y resuelve una pregunta elemental: ¿Cómo puede un individuo tener propiedad sobre una cosa?³⁶

Esta pregunta es hecha porque en un Estado basado en la existencia del *commons*,³⁷ la propiedad privada no podría existir a menos que se obtuviese el permiso de todos los comuneros. El propósito de Locke es demostrar que la propiedad privada puede coexistir con la igualdad.³⁸ En contraste, para Filmer, la mera imposibilidad de obtener el permiso de todos para adquirir propiedad sobre una cosa, muestra que la humanidad no tiene el derecho común sobre la tierra y que la misma les ha sido dada, en su lugar, a Adán y sus herederos los reyes.³⁹ Para lograr resolver esta cuestión, lo primero que asume Locke es que "cada hombre tiene una propiedad sobre su propia Persona."⁴⁰ Esto lleva a Locke a concluir que el trabajo de cada persona le pertenece precisamente a esa misma persona. Luego, Locke explica que el hombre que remueve algo de la naturaleza y lo mezcla con su trabajo, eso que removió, le pertenece y es de su propiedad.⁴¹ Locke establece dos condiciones para obtener propiedad de la naturaleza. Primero, "suficiente y tan bueno es dejado en común para otros."⁴² La segunda condición es que la adquisición de propiedad debe de estar de acuerdo con los propósitos de Dios. Locke consideraba de Dios hizo las "cosas para que la gente las disfrute, no para que las tire o destruya."⁴³

³⁶ Ver Locke, *supra* nota 32, II p. 25.

³⁷ Concepto inglés que se refiere a lo que le pertenece en común a todos. De aquí en adelante, utilizaré el vocablo en inglés ya que no hay una traducción exacta que refiera lo que Locke quiere decir. Cuando hablo de *commons* obviamente no me refiero exactamenté a bienes municipales destinados al uso público.

³⁸ Ver Drahos, *supra* nota 3, p. 32.

³⁹ Ver Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self Expression: Equality and Individualism in Natural Law of Intellectual Property*, 102 Yale L.J. 1533, 1563 (1993).

⁴⁰ Locke, *supra* nota 32, II p. 27.

⁴¹ Ver *idem*.

⁴² Ver *idem*.

⁴³ *Ibidem*, II p. 31.

El Profesor Drahos ha hecho un excelente resumen de las ideas de Locke acerca de la propiedad:

1. Dios ha dado el mundo a la gente en común.
2. Cada persona tiene propiedad sobre su propia persona.
3. El trabajo de una persona le pertenece.
4. Cuando una persona mezcla su trabajo con algo en el *commons* él consecuentemente hace ese algo, su propiedad.
5. El derecho de propiedad es condicional a que la persona deje en el *commons* lo suficiente y tan bueno para otros comuneros.
6. Una persona no puede tomar más del *commons* de lo que puede usar para su ventaja.⁴⁴

Esta teoría de la propiedad es ampliamente aceptada y socorrida por académicos y pensadores. La misma tiene la habilidad de justificar diferentes sistemas de propiedad que van desde un comunitarismo expansivo hasta una interpretación capitalista.⁴⁵ La teoría de la propiedad de Locke fue diseñada para propiedad física. Sin embargo, ha sido adaptada por algunos teóricos para ser aplicada a la propiedad intelectual. Los teóricos que utilizan a Locke para justificar la propiedad intelectual, lo hacen porque no quieren que estos derechos tengan su fuente exclusivamente en la ley o en el derecho positivo.

Para explicar la propiedad intelectual basándose en Locke, los pensadores usualmente se concentran en la metáfora de la mezcla del trabajo. Algunos pensadores han encontrado un problema si nos concentramos sólo en trabajo y no en intención para apropiarse de algo o tomar posesión.⁴⁶

⁴⁴ Drahos *supra* nota 3, p. 43.

⁴⁵ Ver Benjamin G. Damstedt, *Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine*, 112 Yale L.J. 1179 (2003). Comparando a James Tully A, *Discourse on Property: John Locke and His Adversaries* 99 (1980) (interpretación comunitaria) con C.B. Mac Pherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke* 217, 250 (1962) (interpretación capitalista).

⁴⁶ Ver Drahos, *supra* nota 3, p. 43.

Aunque personalmente considero que sí debe haber intención, no es el propósito de esta investigación analizar si es correcto asumir que el simple trabajo sin intención puede crear derechos de propiedad.

Otra crítica que recibe Locke es que no siempre la misma cantidad de trabajo genera resultados iguales. Esto es debido a las diferencias que existen entre los hombres en lo que respecta a sus talentos. Se ha hecho la siguiente observación: "[t]odos los hombres no son creados iguales en su talento, y todos los hombres no están, consecuentemente, igualmente posicionados para desarrollar los recursos comunes para su mejor ventaja."⁴⁷ El mismo académico ejemplifica lo anterior comparando granjeros, el más fuerte con mayor inteligencia va a cosechar más y mejor que sus "vecinos más débiles o torpes."⁴⁸

Este problema es discutido por John Rawls. Para él, los activos naturales y las contingencias de su desarrollo son arbitrarias desde un punto de vista moral.⁴⁹ Este académico considera que los premios obtenidos son para cubrir el costo del entrenamiento y para promover el estudio.⁵⁰ Para Rawls la recompensa no es debida al talento natural sino para promover el aprendizaje. Este razonamiento es claramente instrumentalista. Por otra parte, Rawls establece que: "[e]n una sociedad bien ordenada los individuos adquieren reivindicaciones sobre una parte del producto social haciendo ciertas cosas incentivadas por arreglos preexistentes."⁵¹

Todos estos argumentos de Rawls son muy convincentes y válidos para mí. Desde mi perspectiva éste es un mejor entendimiento de lo que los arreglos de la sociedad deben buscar. De todas maneras, los razonamientos de Locke son perfectamente correctos e influyentes para otros pensadores, ya que superan los que existían en su época. El problema en todo caso, es que se quiera adaptar una teoría que fue diseñada para combatir a la monarquía para justificar propiedad intelectual. Dicho de otra manera,

⁴⁷ Stewart E. Sterk, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, 94 Mich. L. Rev. 1197, 1236 (1996).

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Ver John Rawls, *A theory of Justice* 311 (1971).

⁵⁰ Ver *ibídem*, p. 312.

⁵¹ *Ibídem*, p. 313.

se pretende adaptar una teoría que no fue diseñada para lo que se está buscando. Creo que es más fácil inventar algo nuevo que forzar conceptos.

El *commons* de Locke en el campo de la propiedad intelectual podría derivarse de Dios, tal como Locke lo concibió para la propiedad física. De esta manera sólo consistiría en cuestiones disponibles en la naturaleza no interviniendo para su creación la mano del hombre. O tal vez podríamos considerar que el *commons* consiste en todo aquello situado en el dominio público, más todo aquello que podemos utilizar bajo una defensa de uso justo o una limitación al derecho patrimonial de autor. Hay varias posiciones entre los académicos que interpretan y adaptan a Locke en este sentido. Una interpretación es que no hay tal cosa como un *commons* intelectual (*intellectual commons*).⁵² Ya sea una creación o un descubrimiento, no deriva de Dios ya que se requiere el trabajo del hombre para su creación, trabajo intelectual.⁵³ De acuerdo a ésta interpretación no hay *commons* intelectual.

Otra interpretación es que sí hay un *commons* intelectual, definido como "grupo de objetos abstractos descubribles."⁵⁴ Sin embargo de esta definición no queda claro si la misma incluye creaciones intelectuales o solo descubrimientos; cosas que provienen de Dios pero que no incluyen cosas que ya han pasado al dominio público. Hay diferencias entre los académicos en este sentido. Mi opinión es que el llamado *commons* intelectual debe también incluir todo el conocimiento desarrollado por la humanidad; es decir, creaciones humanas que están en el dominio público.

Para ilustrar este punto citaré lo dicho por Benjamín G. Damstedt en un artículo publicado en la revista jurídica *Yale Law Review*: "El dominio público no es equivalente al *common* de Locke... ya que el *common* de Locke contiene materiales no desarrollados en tanto que el dominio público contiene materiales desarrollados."⁵⁵ Este autor cita después a Barbara Friedman, quien tampoco considera el dominio público

⁵² Ver Drahos, *supra* nota 3, p. 49.

⁵³ Ver *idem*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Damstedt, *supra* nota 45, p. 1192.

como parte del *commons*. Ella a su vez critica a otra Profesora, Wendy Gordon al afirmar que: "ella se basa en interpretaciones cuestionables acerca de Locke que recientemente han sido propuestas en un esfuerzo por darle a su teoría de la propiedad una inclinación de izquierda."⁵⁶ Para ambos, Damstedt y Friedman, el *commons* es un regalo del creador que no incluye creaciones humanas. Contrariamente, para Gordon el *commons* está conformado por todo aquello "ya en existencia."⁵⁷ Gordon cuestiona si Locke pudo haber previsto alguna vez un *commons* compuesto por intangibles. Ella establece que los nuevos creadores inevitable y útilmente construyen sobre predecesores.⁵⁸ Con el propósito de alcanzar lo que ella denomina justicia intergeneracional, ella interpreta que el *commons* de Locke incluye al dominio público, estando éste compuesto por "aquellas creaciones intelectuales que ya están en existencia pero que no constituyen propiedad privada."⁵⁹ Desde mi punto de vista, esta interpretación es correcta. Después de todo, la teoría de Locke sirve para un propósito no previsto por él, si interpretamos una teoría para bienes tangibles a objetos intangibles como lo es la propiedad intelectual, también podemos interpretar al *commons* incluyendo creaciones humanas, todo en existencia. En cualquier caso, si no lo hacemos así la provisión de Locke de dejar tan bueno y suficiente generará la justicia requerida para futuros creadores.

La provisión de Locke para dejar suficiente y tan bueno como lo que se tomó en el *commons* para los demás es cumplida de mejor manera cuando la protección del derecho de autor esta limitada con el propósito de dejar algo en el *commons* para posteriores creaciones. Nosotros dejamos las cosas no peor que las encontramos, aunque, no se trate de creaciones que vienen de Dios. Pienso que la condición de dejar suficiente y tan bueno se relaciona con el *commons*, independientemente de quien creó lo que hay allí, es lo que se necesita para nuevas creaciones. Si un autor crea

⁵⁶ Friedman, *supra* nota 25, p. 164.

⁵⁷ Ver Gordon, *supra* nota 39, p. 1559.

⁵⁸ Ver *ibidem*, p. 1556.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1559.

algo y no deja parte de esa creación para ser utilizada en subsecuentes creaciones, entonces, él dejará las cosas peor de lo que las encontró. Esto debe ser así, si Usted usa algo que alguien más creó para hacer su creación y no deja aportación alguna para subsecuentes generaciones, entonces Usted dejará las cosas peor que como las encontró. Entonces, la cultura general debe ser considerada como parte del *commons*. El conocimiento utilizado para componer, escribir o crear no proviene de Eureka, tampoco es maná ni generación espontánea. Se crea sobre lo que ya existe.

Los autores necesitan para sus creaciones trabajos precedentes. Este material comprende trabajos que están en el dominio público; o bien, aquello que se puede utilizar para crear por medio de una limitación al derecho patrimonial del autor (o defensa de uso justo en Estados Unidos). Por ejemplo, el uso de previos trabajos en el presente artículo, aquellos de los que Usted encuentra referencia en las notas al pie, está basado en la fracción I del artículo 148 de la Ley Federal del Derecho de Autor⁶⁰ que establece lo siguiente:

Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos: ... I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra.

Imagine Usted, si los derechos de autor cubriesen ideas. Yo no podría escribir un artículo que hable de la filosofía de la propiedad intelectual debido a que en el pasado alguien tuvo esa idea. No podría hablar o escribir de lo que he investigado porque estaría usando las ideas de alguien más. Lógicamente, los derechos de autor no cubren las ideas, de acuerdo con la fracción I del artículo 14 de la Ley Federal del Derecho de Autor,

⁶⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996.

no son objeto de protección las ideas en sí mismas. En todos los países del mundo, los derechos de autor no cubren las ideas, de ser así, no habría corrientes de pensamiento.

Volviendo a la doctrina de Locke, hasta este punto todos mis predecesores han dejado tan bueno y suficiente como encontraron el *commons*. Esto es porque ellos usaron los materiales que tenían a su disposición. Ha sido escrito que:

Lo menos extensa que sea la protección de derechos de autor, lo más que un autor, compositor, u otro creador puede tomar de los trabajos previos sin infringir derechos de autor; consecuentemente, el costo de crear un nuevo trabajo es menor.⁶¹

Al igual que Gordon, Drahos, incluye a las creaciones humanas en el *commons*. Creaciones que son ahora parte del dominio público:

[C]onsiste en esa parte del mundo objetivo de conocimiento que no está sujeta a cualquiera de lo siguiente: derechos de propiedad o alguna otra barrera convencional (contrato por ejemplo); barreras tecnológicas (por ejemplo, encriptación) o una barrera física (manuscritos escondidos).⁶²

Si la creación no está en el dominio público, debemos basarnos en otros mecanismos para hacer ciertas partes de la misma disponibles para la cultura general. Estos mecanismos son las limitaciones a los derechos de autor que he mencionado anteriormente. Pienso que la condición de Locke de suficiente y tan bueno, debe incluir no sólo lo que un creador encuentra al crear sino lo que deja después de crear. Esta interpretación claramente se aparta de la interpretación clásica y correcta de Locke pero yo no encuentro ninguna otra fuente para las

⁶¹ William M. Landes y Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. Legal Stud. 325, 332 (1989).

⁶² Drahos, *supra* nota 3, p. 54.

limitaciones a los derechos de autor o usos justos de los mismos. Wendy Gordon ha argumentado que la cultura es parte del *commons* de Locke.⁶³

Benjamín D. Damstedt ha criticado a Wendy Gordon porque ella incluye cosas desarrolladas por el hombre en el *commons*, incluyendo la defensa por uso justo que existe en la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos que hasta cierto punto es parecida a las limitaciones al derecho de autor que existen en la Ley Federal del Derecho de Autor Mexicana. Para él las limitaciones por usos justos se basan en la segunda condición de Locke para adquirir propiedad, evitar que las cosas se tiren o se destruyan.⁶⁴ Este académico también se basa en los principios de Locke en cuanto a la transición hacia un gobierno civil. Describiendo que la propiedad es la principal causa por la que los individuos decidieron la transición de un estado natural a un gobierno civil,⁶⁵ el autor defiende el uso de preceptos legales que protegen medidas técnicas diseñadas para proteger derechos de autor. Entonces, casi de golpe encuentra una justificación para las limitaciones al derecho de autor por uso justo y al mismo tiempo para medidas de protección electrónica. ¿Contradictorio?

Para Damstedt, el *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)*⁶⁶ es un intento del gobierno de reconciliar intereses particulares como propiedad y provisiones de Locke.⁶⁷ Sin embargo, esas provisiones no son justificadas porque el DMCA no tiene las mismas defensas por uso justo que se prevén en las acciones normales de derechos de autor. Hay usos que no representan una alta cantidad de dinero y que no dañan las expectativas económicas del autor; por ejemplo, citar a alguien al escribir alguna investigación. Ese tipo de usos son, desde mi punto de vista, el corazón

⁶³ Ver Gordon *supra* nota 39, pp. 1559, 1562-63 y 1593.

⁶⁴ Ver Damstedt *supra* nota 45, p. 1209.

⁶⁵ Ver *idem*.

⁶⁶ Codificado principalmente en varias secciones del título 17 del Código de los Estados Unidos, 17 U.S.C. 1201-1205.

⁶⁷ Ver Damstedt, *supra* nota 45, p. 1216.

del derecho de autor. Pamela Samuelson ha establecido que: "si los trabajos son protegidos en contra de copia no autorizada por medio de tecnología o de contrato, entonces no hay nada que la ley del derecho de autor tenga que hacer."⁶⁸

He analizado diversos aspectos de Locke aplicados a la propiedad intelectual. Probablemente sean útiles para explicar o justificar propiedad intelectual o acciones del legislador. Probablemente puedan ser interpretados de manera tendenciosa para adaptarlos a lo que se busca. Es mejor buscar alguna otra justificación para los derechos de autor que no esté basada en Locke. Actualmente, no es fácil establecer en qué consiste el *commons* intelectual o en qué debe consistir. El *commons* no es lo que encuentras sino lo que dejas, pero argumentar esto así significa malinterpretar a Locke. Encuentro injustificado cualquier pensamiento que no le dé importancia a aquellos que vienen, los que no han creado aún, los que tienen que apoyarse en el *commons* intelectual. Después de todo, el derecho de autor fue creado para incentivar creación. Tiene que haber un balance y recursos para aquellos que no han creado o compuesto aún.

Propiedad intelectual es un buen nombre pero no es propiedad del todo, no está basada en un derecho natural de propiedad. Un derecho natural no desaparece con el tiempo. El derecho natural no prevé un impuesto del ciento por ciento a la herencia de alguna propiedad. Aunque se considere que la propiedad intelectual debe ser basada en derecho natural, debemos también pensar en el derecho natural de crear que tienen aquellos nuevos autores o autores posteriores. Recuerde que el conocimiento no nace por generación espontánea. Probablemente venga a la mente una balanza entre un derecho privado, una patente con el derecho a la vida que tienen las gentes de países con extrema pobreza muriendo o sufriendo porque una costosa medicina patentada no está

⁶⁸ *Idem*, citando a Pamela Samuelson, *Copyright, Digital Data, and Fair Use in Digital Networked Environments in Electronic Superhighway: The Shape of Technology to Come* 117, 125 (1995).

disponible para ellos. El derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad sí es un derecho natural, la propiedad intelectual, no.

Más aún, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha establecido en más de una ocasión que los privilegios de un monopolio limitado otorgado a los autores por la ley está diseñado para incrementar el bien común al proveer incentivos al esfuerzo creativo.⁶⁹ De manera que los derechos de autor en aquél país tienen una justificación utilitarista y no son un reconocimiento a algo preexistente, un derecho natural.

IV. RAWLS

La teoría de la justicia elaborada por John Rawls, es la teoría política más importante desarrollada en este siglo.⁷⁰ El rol de la justicia para Rawls es la primera virtud de la sociedad.⁷¹ En esta parte de la investigación haré una descripción muy breve y muy general de los principios de Rawls y la manera en que yo los adaptaría a los derechos de autor. Para Rawls, si una teoría aunque sea elegante no refleja la realidad; o bien es injusta, debe ser reformada o abolida.⁷² Aunque parezca lo contrario, rechaza el utilitarismo al establecer que la justicia niega que el sacrificio impuesto a algunos sea justificable si beneficia a otros tantos, incluso mayor en número.⁷³ La justicia representa una serie de reglas en la sociedad, que fueron negociadas por los individuos. La cuestión importante es determinar los términos en que la sociedad debe interactuar.

El propio Rawls establece el ejemplo de un individuo que se sabe adinerado.⁷⁴ Al negociar las reglas de la sociedad, obviamente le parecerá

⁶⁹ Ver *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417. 429 (1984); *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151. 156 (1975).

⁷⁰ Ver Brian Bix *Jurisprudence* 96 (Segunda edición 1999).

⁷¹ Ver Rawls, *supra* nota 49, p. 311.

⁷² Ver *idem*.

⁷³ Ver *idem*.

⁷⁴ Ver *ibídem*, p. 19.

injusto un nuevo impuesto destinado a medidas de beneficio social. Por el contrario, si se sabe pobre pues entonces su opinión en lo que respecta a la justicia de ese impuesto será contraria. El punto de partida para Rawls es que no hay un punto de partida. Los argumentos que se hacen, al negociar el contrato social, no deben estar basados en creencias morales o políticas que no serían aceptadas por un sector determinado de la sociedad. Tal como lo he mencionado anteriormente, para Rawls es difícil encontrar consenso después de una discusión abierta sobre un tema porque la misma estaría viciada por los intereses propios de cada uno de los negociantes. Las posiciones, circunstancias e intereses propios en la vida de cada negociador ocasionan vicios que hacen difícil la negociación.

Para evitar que los negociadores del contrato social tengan criterios de la justicia viciados por sus situaciones personales o intereses propios, se necesita que ellos no sepan ciertas características propias. Rawls establece una situación hipotética en la que cada uno de los negociadores estaría mágicamente cegado o vedado de cualquier conocimiento acerca de su situación personal en la vida y sociedad. Automáticamente un individuo no tendría conocimiento de su género, patrimonio, grupo étnico, inteligencia, habilidades, circunstancias sociales personales, ni de sus puntos de vista. Tampoco conocería aspectos tales como sus planes de vida ni su propia psicología,⁷⁵ incluyendo aspectos tales como aversión a los riesgos, pesimismo, optimismo, etc. A esto Rawls le llama posición original o velo de la ignorancia.⁷⁶ Lo que sí saben las partes negociantes es que cuando terminen de negociar van a vivir en la sociedad que diseñaron. Pero al no saber cómo ni dónde les tocará vivir, deben escoger principios con los que estén dispuestos a vivir, sin importar la posición en dónde vivirán al terminar la negociación.

De acuerdo con Rawls, el velo de la ignorancia es una situación hipotética a la que "una o más personas pueden entrar en cualquier momento....,

⁷⁵ *Ver ibídem*, p. 137.

⁷⁶ *Ver ibídem*, p. 136.

o tal vez mejor, simular las deliberaciones de esta situación hipotética, simplemente razonando en concordancia con restricciones apropiadas."⁷⁷ Las restricciones por las cuales uno debe razonar son aquellas que, sin importar nuestros puntos de vista o situaciones personales, de todos modos hubiésemos elegido. Finalmente, los datos que sí sabremos son: que la sociedad está sujeta a circunstancias de justicia, lo que sea que implique; los datos generales de la sociedad humana; las cuestiones políticas y los principios de teoría económica; la organización social y cuestiones básicas de psicología humana. Más aún, las partes sabrán si un dato podrá afectar su elección de principios de justicia.⁷⁸

Esta teoría viene acompañada por dos principios generales que vienen en un orden específico intencionalmente. El primero habla de un sistema de libertades igual para todos.⁷⁹ El segundo establece que las diferencias económicas se deben arreglar de manera que: a) haya un mayor beneficio para el menos aventajado; y, b) todos los cargos y posiciones estarán abiertos para todos bajo una condición de igualdad de oportunidades.⁸⁰ Estos dos principios tienen sus prioridades, consistentes en los casos en que son aceptables algunas restricciones a los mismos para el beneficio del sistema en general.

Esta es una foto general de la teoría de la justicia de John Rawls. Usted se preguntará, ¿qué tiene que ver esto con los derechos de autor? El problema surge cuando una determinada ley o precepto legal existe porque es producto de las negociaciones y cabildeo de determinados grupos económicos que resultan ser los titulares de los derechos de autor. En este caso, obviamente el precepto legal no refleja principios de justicia general, sino intereses económicos.

Si se ensancha la protección de los derechos de autor, esto será a costa del dominio público o las restricciones al derecho patrimonial de autor, los llamados usos justos. Cada vez que un precepto legal es

⁷⁷ *Ibidem*, p. 138.

⁷⁸ *Ver ibidem*, p. 137.

⁷⁹ *Ver ibidem*, p. 302.

⁸⁰ *Ver idem*.

cambiado para aumentar protección, obviamente habrá una disminución de ciertos derechos de la sociedad en general. Por ejemplo, si se aumenta el término de protección, una obra tardará más tiempo en entrar al dominio público. En los Estados Unidos, es impresionante descubrir que su legislación de derechos de autor ha sido modelada por grupos económicos interesados en obtener una mayor protección.⁸¹

En algunas ocasiones, los cambios tecnológicos son los que han inspirado cambios en la ley. Para ilustrar este punto, basta recordar aquellos tiempos en que sólo había discos de vinilo en el mercado, antes de que se explotaran comercialmente las cintas magnéticas. Los intérpretes no tenían derechos de autor sobre sus fonogramas. Ciertamente no necesitaban esta protección ya que era más fácil aprender a tocar el instrumento musical y ejecutar la canción que copiar el disco de vinilo en otro disco de vinilo.⁸² Esta tarea requeriría conocimientos de ingeniería, acústica e incluso artesanía. Con el advenimiento de nuevas tecnologías es obvio que la protección debió crecer. Es por eso que se incluyó la protección para artistas y ejecutantes sobre sus producciones y fonogramas. Ahora con la tecnología digital, hacer copias con prácticamente la misma calidad que el original se ha vuelto más fácil aún.

Personalmente, estoy de acuerdo en que la protección al derecho de autor debe cambiar con la tecnología. Históricamente ha cambiado, incluso con la introducción de los pianos de rollo que incluían un mecanismo con las piezas grabadas.⁸³ Pero el cambio puede llegar a ser excesivo. Para ilustrar lo anterior, el DMCA, ofrece protección legal prohibiendo el acceso a un trabajo que está protegido electrónicamente con una medida tecnológica de seguridad.⁸⁴ Por ejemplo, alguna encriptación, o mecanismo que no le permita a un usuario el acceso a un programa de computo en más de una computadora o utilizarlo siquiera si no tiene la licencia de

⁸¹ Ver Sterk, *supra* nota 47, p. 1245.

⁸² Ver Robert P. Merges, *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, 88 Calif. L. Rev. 2187, 2195 (2000).

⁸³ Ver Jessica Litman, *supra* nota 24, p. 39. Ver también *ibidem*, p. 2192.

⁸⁴ Ver 17 U.S.C. 1201(a).

uso. Otro ejemplo sería la encriptación de los sistemas DVD para que su contenido no pueda ser grabado en el disco duro de una computadora. O tal vez, la protección electrónica para evitar el acceso a algún libro o escrito en formato electrónico, incluso los que han pasado a dominio público, siempre que se le agregue algo nuevo que sea objeto de protección. Por ejemplo, una nota explicativa al cuento de *Alicia en el País de las Maravillas*. El DMCA, también prohíbe la manufactura, importación, oferta al público, o tráfico (*sic*) de alguna tecnología, producto o servicio destinado a burlar o violar las medidas de protección tecnológica destinadas a salvaguardar algún trabajo protegido por derechos de autor.⁸⁵ El problema es que no incluye las limitaciones por uso justo que contiene la propia ley, contenidas en la sección 107 de la misma. Las acciones derivadas de la violación de algún precepto del DMCA no están sujetas a las mismas defensas que las acciones tradicionales derivadas de infringir algún derecho de autor. Esto ha sido determinado por la generalidad de los tribunales, como muestra de ello tenemos el siguiente razonamiento:

Sin embargo, los demandados no están aquí siéndolo por infringir derecho de autor alguno. Están siendo demandados por ofrecer y proveer tecnología diseñada para burlar las medidas tecnológicas que controlan el acceso a los trabajos protegidos por derechos de autor y violar así la sección 1201(a)(2) de la Ley. Si el Congreso hubiera querido significar que la defensa por uso justo fuese aplicable a estas acciones, lo hubiera dicho así. Más aún como lo demuestra la historia legislativa, la decisión de no hacer al uso justo una defensa para un reclamo basado en la sección 1201(a) fue completamente deliberado.⁸⁶

Entonces, para efectos prácticos, no se permite que un profesor adquiera un software para descryptar un archivo que contiene una obra que analizará en una de sus clases, de la que sólo utilizará dos páginas. A

⁸⁵ Ver *ibidem* 1201(a)(2).

⁸⁶ *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d. 294, 322 (U.S. District Court 2000).

decir verdad, para él en específico, sí se contempla una excepción en la sección 1201(a)(C)(iii). Sin embargo, la sección 1201(a)(2), que es la que prohíbe se produzca, importe, u ofrezca este tipo de tecnología, no tiene una excepción similar. Por lo tanto, si el profesor no es capaz de diseñar por sí mismo la tecnología en cuestión, no podrá utilizar la obra protegida por alguna medida de tecnológica de protección. A menos, que el profesor pueda producir el mecanismo de descriptación, condición que creo es poco probable que ocurra. Cabe mencionar que, tal copia si se podría realizar bajo la defensa de uso justo.

Por ello pienso que debemos considerar a todos los sectores de la sociedad cuando determinamos el contenido de las normas jurídicas. En este sentido, Rawls es excelente guía para que el legislador desarrolle preceptos legales en los que se considere a la sociedad en su conjunto y no sólo principios que beneficien a un grupo determinado. Dado que tomaría decisiones que hubiese tomado sin importar en dónde se encuentre. Utilizando el velo de la ignorancia, los principios legales serían más justos. Si el legislador desarrolla principios de justicia, tomando una posición en la que no sabe si será algún titular de derechos de autor, o usuario de los mismos, entonces el resultado podría ser mejor. Entonces, el profesor tendría menos dificultades en encontrar una limitación al derecho de autor.

Ahora hablaré de nuestro sistema legal Mexicano. Al parecer nuestro legislador sí toma en cuenta a todos los posibles afectados con una reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor. Las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de julio de 2003, reflejan cierto sentido de la justicia para toda la sociedad y no sólo para los titulares de los derechos de autor. La iniciativa de ley original contenía unos cambios legales que, desde mi punto de vista, eran exorbitantes. Ampliaban los derechos de los titulares de los derechos de autor a costa de las limitaciones al derecho patrimonial, del dominio público e incluso de los productores o importadores de cualquier material virgen susceptible de ser utilizado para la copia de alguna obra protegida por la ley. Tal como fue publicada, también amplía la protección otorgada, pero estimo que

sus preceptos son lo suficientemente razonable. Lo que haremos ahora es analizar los principales filósofos continentales que justifican los derechos de autor. Podríamos decir, que éstos si son explícita y directamente inspiradores de nuestra ley. Después analizaré las pretendidas reformas y las reformas obtenidas a la Ley Federal del Derecho de Autor.

Como se dará cuenta, los derechos de autor basados en los principios continentales están centrados en la personalidad del autor. Claramente veo, si comparamos la legislación norteamericana con la mexicana, que la ley Mexicana se centra más en el autor y no en las grandes compañías que pudiesen ser titulares de los derechos de autor. La tendencia es más a proteger a los autores, artistas o compositores que a las disqueras, compañías cinematográficas u otros intereses particulares. ¿Por qué? Sencillamente, porque está basada en otras filosofías o justificaciones que le mostraré a continuación.

V. TEORÍAS CONTINENTALES PREDOMINANTES PARA JUSTIFICAR DERECHOS DE AUTOR

Una de las principales diferencias del derecho de autor de los Estados Unidos con los derechos de autor de México y de los países de tradición continental es que aquél aplica principios generales del derecho de propiedad al derecho de autor. En tanto que en los países de tradición continental, los derechos de autor están basados básicamente en la relación del autor con su obra.⁸⁷ De hecho, la Convención de Berna está influenciada por tendencias continentales acerca de derechos de autor en lugar de las tradicionales doctrinas de los Estados Unidos (utilitarismo y de manera secundaria Locke). Es por eso, que esta Convención fue adoptada por ellos casi cien años después de que se ideara por primera vez. La misma entró en vigor en los Estados Unidos el 1 de Marzo de 1989.⁸⁸ Más aún,

⁸⁷ Ver Netaniel, *supra* nota 24, p. 7.

⁸⁸ Ver *ibídem*, p. 3.

la ley que la implementa lo hace de una manera minimalista y no reconoce expresamente los derechos morales contenidos en la Convención de Berna.

Las doctrinas más importantes acerca de los derechos de autor en los países de tradición germánico-romana o continental son las derivadas de Immanuel Kant y Hegel. La duración limitada de los derechos de autor hizo que algunos académicos encontraran dificultad en su analogía con la propiedad.⁸⁹ De hecho, yo también encuentro dificultad en hacer una analogía con tales derechos de propiedad, ya que los unos y los otros surgen de circunstancias totalmente diversas. Para otros autores, la analogía de los derechos de autor con la propiedad no expresaba correctamente la conexión existente entre el autor y su creación.⁹⁰ Es por eso, que los derechos de autor de los países de tradición germánico-romana, están basados principalmente en estos dos filósofos, Kant y Hegel.

Para Kant, los derechos de autor eran considerados como de personalidad en lugar de propiedad, ya que los mismos expresan el interior del propio autor.⁹¹ Entonces, para Kant el derecho de autor no es un derecho que se ejerce sobre un objeto sino que se trata de un derecho inherente a la propia persona.⁹²

Un trabajo literario era considerado por Kant como un discurso dirigido al público mediante una forma específica.⁹³ Una narración hecha por el autor de sus pensamientos. Por ende, cuando alguna persona distribuye ilícitamente el trabajo del autor, está infringiendo la libertad de éste porque esta hablando en nombre del autor.⁹⁴

⁸⁹ Ver *ibidem*, p. 16. Citando a Pierre Recht, *Le Droit D' auteur, une Nouvelle Forme De Propriete* (1969).

⁹⁰ Ver *idem*.

⁹¹ Ver *ibidem*, p. 17. Citando a Immanuel Kant, *The Philosophy of the Law* 64 (W. Hastie trans. Photo reprint 1887) (1974); y, Martha Woodmanesse, *The Autor, Art. And the Market: Rereading the History of Aesthetics* (1994).

⁹² Ver *idem*.

⁹³ Ver *ibidem*, p. 18.

⁹⁴ Ver *idem*.

La difusión del trabajo o discurso del autor era visualizado por Kant de manera tripartita: el autor, la editora que publica y el público en general.⁹⁵ De esta manera, es el editor quien disemina el trabajo a nombre del autor y el público lo recibe.⁹⁶ El trabajo del editor es definido como una simple comisión para dar a conocer al público el discurso o pensamientos del autor.⁹⁷

Siendo el trabajo artístico un derecho inherente a la personalidad del autor, el mismo no es alienable o transferible.⁹⁸ Por tal razón, generalmente en los países de tradición romano-germánica, las transmisiones de derechos de autor son temporales. Por ejemplo, el artículo 33 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México establece que la transmisión patrimonial del derecho de autor no puede durar más de quince años a menos que la magnitud de la inversión así lo justifique. Consecuencia lógica, claro está, el hecho de considerar al trabajo del autor como una extensión de él mismo en lugar de una cosa externa.

Por otra parte, para Hegel, la propiedad privada está justificada debido a que uno ha establecido su voluntad sobre una cosa.⁹⁹ Entonces tenemos que para Hegel la propiedad intelectual no es considerada como una extensión de la personalidad sino como una cosa externa.¹⁰⁰ El pensamiento de Hegel puede ser resumido de la siguiente manera: la propiedad es necesaria para la supervivencia del individuo, no la supervivencia biológica sino también para hacer frente a la vida en el contexto del sistema social en el que uno se encuentra.¹⁰¹

Los pensamientos de Kant y de Hegel fueron desarrollados posteriormente por otros pensadores. Así, el pensamiento de Kant es el fundamento de los que consideran a los derechos de autor desde un punto

⁹⁵ *Ver idem.*

⁹⁶ *Ver idem.*

⁹⁷ *Ver idem.*

⁹⁸ *Ver idem.*

⁹⁹ *Ver Friedman, supra nota 25, p. 167.*

¹⁰⁰ *Ver Netaniel, supra nota 24, p. 19.*

¹⁰¹ *Ver Drahos, supra nota 3, p. 77.*

de vista monista.¹⁰² Los más prominentes pensadores monistas han sido Otto von Gierke y Philipp Allfred.¹⁰³ Ellos sostienen que el derecho de autor es un derecho fundamentalmente personal.¹⁰⁴ Por lo tanto, el derecho de autor es un derecho de la personalidad y no de propiedad. Su principal característica es que piensan que el derecho de autor es unitario e inalienable.¹⁰⁵ La única manera de transmitirlo es por sucesión. Un ejemplo de su aplicación es la Ley Alemana de Derechos de Autor, en la cual tales derechos ofrecen una protección unitaria.¹⁰⁶ De manera que no los dividen en derechos patrimoniales y derechos morales. Es un sólo cuerpo de derechos. Al igual que la Ley Federal del Derecho de Autor Mexicana, la ley Alemana de Derechos de Autor en sus artículos 29 y 31 no permite la transferencia indefinida de los derechos de autor.¹⁰⁷

En oposición a los pensamientos monistas basados en Kant, los seguidores de Hegel desarrollaron una teoría dualista, misma que establece que los derechos de los autores se dividen en derechos que protegen sus intereses económicos (derechos patrimoniales) y sus derechos personales (derechos morales).¹⁰⁸ El más prominente de los exponentes de esta doctrina es Josef Kohler, quien siguiendo la posición de Hegel, establece que los derechos de autor son sobre cosas exteriorizadas.¹⁰⁹ A su vez, para Kohler los derechos de autor protegen la voluntad del autor. O sea, estamos hablando de derechos patrimoniales y de derechos morales. Un ejemplo de esta doctrina dualista la podemos ver en la Ley del Derecho de Autor Francesa, que en su artículo 2 divide los derechos de autor en aquellos de naturaleza moral y aquellos de naturaleza económica.

¹⁰² Ver Netaniel, *supra* nota 24, p. 20.

¹⁰³ *Ver idem.*

¹⁰⁴ *Ver idem.*

¹⁰⁵ *Ver ibidem*, p. 21.

¹⁰⁶ *Ver idem.*

¹⁰⁷ *Ver idem.*

¹⁰⁸ *Ver idem*, p. 21.

¹⁰⁹ *Ver ibidem*, p. 22.

En México, la Ley Federal del Derecho de Autor, divide los derechos de autor en derechos morales (contenidos en los artículos del 18 al 23) y derechos patrimoniales (contenidos en los artículos del 24 al 29). Consecuentemente, en México tenemos una teoría dualista de reconocimiento a los derechos de autor. Recibiendo, por supuesto, una buena influencia de la doctrina monista en el sentido que los derechos de autor son inalienables. En todo caso, los derechos morales de la doctrina dualista son irrenunciables, imprescriptibles e inembargables.

VI. DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE JULIO DE 2003

No es el propósito de esta investigación hacer un análisis exhaustivo de las reformas en cuestión. Lo que analizaré es el proceso legislativo y algunas propuestas que acertadamente fueron suprimidas.

La iniciativa de reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor comenzó en la Cámara de Senadores, la Cámara de Diputados fue quien fungió como Cámara revisora. Algunos de los preceptos más controversiales fueron suprimidos por la Cámara revisora, quien los envió con sus observaciones a la Cámara de Senadores, que a su vez, estuvo de acuerdo con las modificaciones propuestas por lo que la reforma se aprobó y pasó al ejecutivo quien la publicó en el Diario Oficial de la Federación.

Los preceptos de la iniciativa original más controversiales que fueron suprimidos por la Cámara de Diputados son los artículos 40, 148, 151 y 152. Analizaré cada uno de ellos. El propuesto artículo 40 establecía lo siguiente:

Artículo 40.- Los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos, tienen el derecho a una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización, que esté destinada para uso personal y privado de quien la realiza, sin que existan fines de

lucro directo o indirecto, de conformidad con: I.- El pago de la remuneración compensatoria será realizado por el fabricante o importador de aparatos mecánicos, electrónicos o digitales con capacidad de almacenar, compactar, duplicar o reproducir cualquier tipo de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones y emisiones, así como por el fabricante o importador de soportes materiales vírgenes, que se expendan al público sin contener ninguna obra, y sean susceptibles de ser reproducidos en alguno de los aparatos mencionados; II.- Los distribuidores, mayoristas y vendedores al público de aparatos de reproducción y de los soportes materiales vírgenes descritos en la fracción anterior, deberán cerciorarse de que los importadores y fabricantes de dichos aparatos y soportes materiales, hayan cubierto el derecho de copia privada, de lo contrario serán solidarios responsables... V.- No procederá el pago de la remuneración compensatoria previsto en este Artículo, cuando los productores de fonogramas y videogramas introduzcan legalmente al mercado soportes materiales que contengan mecanismos o sistemas que impidan a terceros la reproducción no autorizada de los mismos.¹¹⁰

Lo que esta propuesta intentaba hacer es un sistema en el que se permitiese realizar copias y reproducciones privadas a los particulares de cualquier tipo de obra. Se pretendía eliminar algunas de las limitaciones al derecho patrimonial que ya están enumeradas por los artículos del 148 al 151 de la ley en comento y apostar algunas de ellas en el artículo 40 de la misma ley. Aparte, se pretendía cobrar por esos usos a los fabricantes e importadores de aparatos y materiales vírgenes capaces de soportar precisamente esas copias y reproducciones hechos por los particulares.

Esto es como si fuese una limitación al derecho patrimonial, pero fuera del capítulo correspondiente. Sin embargo, la balanza se iría en contra de los fabricantes o importadores de los aparatos o materiales

¹¹⁰ Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 1153, domingo 15 de diciembre de 2002 (consultado 30 de oct. 2003) <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Conteniendo la minuta enviada por el Senado.

vírgenes susceptibles de grabar, copiar o almacenar obras protegidas. Entre todos los problemas que este precepto representaría podemos mencionar varios.

El primero es que esos aparatos o materiales también tienen otros usos que no son precisamente la copia o almacenamiento de obras protegidas. Por ejemplo, una computadora personal sirve también para hacer trabajos no relacionados con la copia privada. Una grabadora de Disco Compacto sirve también para respaldar información personal. Una hoja blanca de papel, sirve también para tomar apuntes en clase o imprimir lo que uno escribe. Una copiadora, sirve también para imprimir exámenes. El sentido del precepto es tan amplio, que yo no dudaría que sería utilizado, incluso para agendas electrónicas, cualquier tipo de aparato, mecanismo o material virgen capaz "de almacenar, compactar, duplicar o reproducir cualquier tipo de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones y emisiones." Se asume *a priori* que todo será utilizado para hacer copias.

Segundo, esto traería repercusiones gravísimas a la industria del país. Absolutamente todo aparato o material virgen capaz de "almacenar, compactar, duplicar o reproducir cualquier tipo de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones y emisiones" elevaría su costo para que sus fabricantes o importadores pudiesen pagar esta remuneración compensatoria. Como la ley no distingue si algún aparato en particular realizó la copia, todos los fabricantes o importadores tendrían que pagar.

Tercero, esto no beneficia al autor. La manera en que se distribuirán esas compensaciones no beneficia directamente al autor o ejecutante ya que no hay manera certera de saber cuantas copias se hicieron de cada quien. Todo esto está basado en un sistema que se ha utilizado en los Estados Unidos, mismo que nació en Europa. Sin embargo, sólo es aplicable a cierto tipo de aparatos electrónicos con relación a obras fonográficas de artistas y ejecutantes. No a todo tipo de obras. Los Americanos lo llaman *Levy System*, y el formato en el que lo comenzaron a utilizar (no todos los formatos sino un formato en específico, de manera que no incluye CDs o casettes, videocasetes VHS o DVDs), a pesar de ser tecnológicamente viable, fracasó en el mercado dado que

el costo del aparato era muy elevado por las compensaciones prepagadas. Ahora imagine, un sistema igual pero para todas los formatos conocidos y de todas las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones y emisiones. Me resulta imposible siquiera pensar las consecuencias, hasta las hojas de papel que son materiales vírgenes susceptibles serían sujetas a la compensación.

De acuerdo con la fracción V del pretendido y no logrado artículo 40, estas compensaciones no son aplicables a obras protegidas por algún mecanismo tecnológico como lo es la encriptación. Esto se debe a que sistemas de compensaciones como éste no son compatibles con las leyes que protegen medidas tecnológicas de salvaguarda de obras. Estados Unidos, ha adoptado como alternativa el muy criticado DMCA, que aún así es menos oprobioso que lo que se intentó hacer en nuestro País.

Cuarto, en el proyecto de decreto elaborado por la Cámara de Diputados¹¹¹ que revisa la minuta enviada por el Senado, se establece que es inconstitucional: "...se examinó su naturaleza y la discutible constitucionalidad de tal medida, reconociendo que el primer sujeto obligado en observar la Constitución y la Ley debe ser precisamente el Organo Legislativo Federal, por lo que se determinó hacer las supresiones conducentes."¹¹² Todo esto sin dejar pasar los inconvenientes que traerían la implementación de las tarifas.

Otra fallida y quimérica propuesta que fue suprimida es la relativa a los artículos 148, 151 y 152. El artículo 148 establece algunas de las limitaciones por uso justo al derecho patrimonial del autor. Actualmente el artículo en cuestión establece que:

Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y

¹¹¹ Ver Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 1240-IV, martes 29 de abril de 2003 (consultado 30 de oct. 2003) <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Conteniendo el Decreto de Reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor aprobado por la Cámara de Diputados.

¹¹² *Idem*.

sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos... III. Reproducción de partes de la obra, para crítica e investigación científica, literaria o artística;... IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro...¹¹³

La propuesta pretendía agregar una frase a la fracción II: "si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho." Asimismo, pretendía cambiar la fracción IV por lo siguiente: [r]eproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, incluyendo el crédito obligado al autor que sin fines de lucro realicen las instituciones educativas o de investigación." Se pretendía eliminar los usos justos que más se utilizan, de manera que, aparte de comprar aparatos y materiales vírgenes que ya les fue cargada una compensación, el usuario estaría infringiendo la propia ley al utilizarlos.

En un intento delirante por agrandar el pastel, o tal vez hacerlo infinito, se pretendía modificar el artículo 152, y eliminar el dominio público. De manera que los derechos patrimoniales, serían prácticamente eternos. Violando claramente, los preceptos constitucionales que hablan de un privilegio por un tiempo determinado. Cito textualmente el artículo que gracias a la prudencia y sensatez de la Cámara revisora no llegó a ser parte de la ley en comento:

Artículo. 152. Las obras del dominio público pueden ser libremente utilizadas por cualquier persona, siempre y cuando no se persigan fines de lucro directo o indirecto y que se sujete a lo siguiente: I. Se deberán respetar los derechos morales de los respectivos autores y titulares de los derechos conexos; II. Los derechos de uso y explotación de las obras, se causarán cuando se realice la comunicación pública de la obra mediante su ejecución, representación o proyección, o el arrendamiento de los ejemplares o copias de los mismos en términos de la fracción II del artículo 27 de esta Ley. III. Estos derechos se cuantificarán en igual proporción a las tarifas aplicables por las so-

¹¹³ Gaceta Parlamentaria, *supra* nota 110.

ciedades de gestión colectiva debidamente constituidas en cada rama, considerando los medios y formas de explotación. IV. Las sociedades de gestión colectiva de cada rama efectuarán la recaudación de las cantidades que se originen por dichos conceptos...

Precisamente por la tendencia que se tiene en los Estados Unidos a que el título 17 del U.S.C. (United States Code) que contiene el *Copyright Act* sea modificado al gusto de los participantes en el proceso de cabildeo, no era de extrañarse que siguiendo esta tendencia nuestro legislador hubiese aprobado todo lo que le he presentado hasta ahora. La ley no fue producto de la sola participación de los grupos interesados, sino fue un ejercicio en el que el desarrollo de las políticas públicas se dio en base a un concepto de justicia entre autores, productores, disqueras, sociedad, industria y en general toda la población. A ello se debe el propósito de este trabajo, y la inclusión de Rawls en el desarrollo de las políticas públicas en las que el legislador no debe estar influenciado por las cuestiones que pueden viciar su labor. Rawls se puede aplicar a los derechos de autor, para crear preceptos basados en políticas públicas justas para toda la sociedad.

Ahora veamos algunas de las reformas, que sí se generaron en el proceso legislativo en estudio. Reformas que considero hasta cierto punto razonables. Por ejemplo, se reforma el artículo 29 y ahora los derechos de autor duran cien años después de la muerte del autor. También, aumenta al doble la duración de ciertos derechos conexos.

Se crea un derecho que no existía en nuestro País anteriormente, contenido en el artículo 92 bis. El mismo consiste en que los autores de artes plásticas y fotográficas o sus herederos, tienen el derecho irrenunciable de percibir del vendedor una participación del producto de la reventa de las mismas si ocurre en subasta pública, en establecimiento comercial o con un agente mercantil. Este derecho ya existía anteriormente en algunos países de tradición continental.

Por otra parte, se reforma el artículo 213 y se reconoce la jurisdicción concurrente de los tribunales estatales o del orden común. También se

establece el artículo 216 bis, que otorga al igual que la Ley de Propiedad Industrial por concepto de daños y perjuicios un mínimo del 40% del precio de la venta al público de un producto o servicio que conlleve una violación a un derecho de autor. Así, se hace más factible demandar por este concepto ya que si no hubiese estos daños y perjuicios legales mínimos, demostrar la pérdida o menoscabo en el patrimonio o ganancia lícita es sumamente difícil.

VII. CONCLUSIONES

Considero que debe aplicarse la teoría de la justicia de John Rawls al proceso legislativo de los derechos de autor. De esta manera se logrará una ley justa para los autores anteriores, autores posteriores, compositores, ejecutantes, editores, disqueras, titulares de derechos de autor. sobre todo para la sociedad en su conjunto. No se puede eliminar la creatividad posterior en aras de lo que ya está, tampoco se puede ir en contra de la sociedad en general para proteger a un sector determinado. Se debe crear una balanza justa y razonable de derechos para que los mismos no choquen los unos con los otros.

También se debe considerar el aspecto filosófico de los derechos de autor, para que se tenga una idea exacta del contexto en el que se está actuando. Así sabremos el porqué de lo que estamos haciendo.

Este número de la revista **IUSTITIA** editada por el Departamento de Derecho del ITESM Campus Monterrey, se terminó de imprimir en los talleres de Grafo Print, Editores, S.A., el día catorce de noviembre de 2003. La edición consta de trescientos ejemplares.

**PROFESORES DE PLANTA Y MEDIA PLANTA
DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO**

Dra. Ana María Alvarado Larios
Lic. Arturo Daniel Guerra Corrales, M.D.
Lic. Alberto Francisco Rebolledo Ponce, M.D.
Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala, M.D.
Lic. Carlos A. Gabuardi Arreola, LL.M.
Lic. César Luis Aranda Garza, M.D.
Dr. Donato Cárdenas Durán
Dra. Doricela Mabarak Cerecedo
Lic. Eloisa Fernández Rangel, M.D.
Lic. Gabriel Gerardo Farah Piñón, LL.M.
Dr. Héctor Alejandro González Hernández
Lic. Jorge Castañeda González, LL.M.
Lic. Julio César Cruz Chavira, LL.M.
Lic. Jorge Iván Salazar Tamez, LL.M.
Lic. Luis Ernesto Aguirre Villarreal, LL.M.
Lic. Marlon Omar López Zapata, LL.M.
Lic. Nicole Huiban, D.E.S.S.
Dr. Rogelio Martínez Vera
Lic. Rosa Gloria Alanís Sierra, M.D.
Lic. Rosa Aurora Moncayo de León, M.D.
Lic. Roberto Garza Barbosa, LL.M.



**TECNOLOGICO
DE MONTERREY®**