

TEMA II

EL NOTARIO COMO GARANTE DE LOS DE- RECHOS DE LAS PERSONAS

Trabajo elaborado por:

Not. Jaime Gerardo Baca Olamendi
Not. Pedro Bernardo Barrera Cristiani
Not. Miguel Ángel Espíndola Bustillos
Not. María Del Carmen Nieto Vega
Not. Jorge Ríos Hellig

Coordinador Nacional:

Not. Jorge Ríos Hellig

**Punta Cana, República Dominicana
Junio del año 2010**

EL NOTARIO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realizó motivado por la participación en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, como una clara expresión del desarrollo gremial de la especialidad notarial en la comunidad iberoamericana, así como una manifestación de hermandad entre todos los notarios de dicha región, organizado por la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, siendo en esta ocasión la sede Punta Canas, República Dominicana. Este tema titulado “El Notario como garante de los Derechos de las personas”, hace una reflexión sobre los beneficios de la función notarial en el ámbito de las personas como entes sujetos de derechos y obligaciones.

En virtud de que el notario además de ser un fedatario es un perito en derecho, y que en su origen, evolución y actualidad, se han y se siguen realizando ante su fe varios de los más importantes actos y hechos que se efectúan entre las personas, se analizó la vigencia de esta institución jurídica y la forma de garantizar el ejercicio de los derechos entre las personas, destacando su valor jurídico, político, social y económico de la Institución Notarial, así como el control de la legalidad en los instrumentos otorgados ante la fe del notario.

El presente trabajo se divide en tres rubros principales, siendo el primero de ellos una introducción histórica del notariado en general y su ubicación dentro del notariado de tipo latino, así como los diferentes aspectos que reviste en su actuación práctica, concluyendo este rubro en la importancia que reviste en la sociedad y en los sistemas jurídicos, ya que no existe ninguna otra figura o institución que pueda suplirlo o desempeñar las labores que éste realiza.

Posteriormente en la segunda parte de nuestro trabajo se aborda la función notarial en México, comenzando desde su desarrollo his-

tórico tanto en México como en el extranjero, así como la situación que ha alcanzado en la actualidad el notariado mexicano, destacando algunas de sus principales características de su función, entre ellas los deberes y funciones esenciales del notario, así como su relación con el Estado y la sociedad que permiten garantizar el ejercicio de los derechos de las personas tanto físicas como morales.

En la tercera y última parte se analizan los derechos subjetivos desarrollando su naturaleza, evolución y sus clases, para que posteriormente nos refiramos a los derechos humanos, fundamentales y los llamados derechos de la personalidad, demostrando que en la función notarial se aplican y vigila que se pueda ejercitar diversos derechos, entre ellos a los que hemos hecho referencia en sus diferentes especies.

Finalizando con unas claras conclusiones que nos permiten comprender en síntesis el tema que nos ocupa, es decir, la forma en como sigue garantizando en la actualidad el notariado latino el ejercicio de los derechos de las personas, mediante la aplicación y vigilancia del cumplimiento de diversas normas jurídicas, así como de la dación de fe en los instrumentos de su autoría.

Para la elaboración del presente trabajo se recurrieron desde las fuentes tradicionales bibliográficas, como lo son diversas obras de autores de Iberoamérica, incluyendo algunas fuentes electrónicas, citando la normatividad correspondiente en el desarrollo del presente trabajo.

Así mismo en virtud de los que elaboramos ésta obra somos notarios públicos de México, principalmente se tiene una visión basada en la realidad mexicana, pero también tiene aplicación en otros Estados de notariado de tipo latino, especialmente de los de origen romano-germánico, como son los que participan en esta Jornada Iberoamericana.

I. EL NOTARIO

1. *Introducción Histórica*

En esta introducción pretendemos destacar algunas características que se han gestado históricamente respecto al notariado y que consideramos esenciales a la institución, a saber:

1. El notariado ha satisfecho y satisface una necesidad colectiva.
2. La fe pública corresponde originariamente al Estado, precisamente porque se impone la obligación a particulares y

autoridades de tener por ciertos los actos y hechos que constan en los instrumentos notariales, a pesar de no haber presenciado su otorgamiento o realización.

3. El desempeño de la función notarial se ha distinguido de la prestación de un servicio público en el sentido propio de la expresión, por lo tanto no ha sido ni es un oficio temporal, no se encuentra sujeto a caducidad y no puede ser rescatado por el Estado.

Antecedentes legislativos en México. Nos conformaremos con mencionar sucintamente algunos antecedentes legislativos del notariado en México y en su Distrito Federal que nos parecen especialmente relevantes.

Decreto de la Regencia de 1864. Durante el siglo antepasado, el ejército francés invadió nuestro país y se proclamó el Imperio. Como consecuencia de ello se creó una Junta Superior de Gobierno, misma que comprendía, entre otros, una Asamblea de Notables que acordó que el Poder Ejecutivo estaría depositado en un órgano denominado Regencia.

Dicha Regencia expidió un decreto en 1864 que regulaba el ejercicio de la función notarial. En este decreto se denomina por primera vez notario a la persona que se encargaba de desempeñar el oficio de escribano.

Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano de 1865. Durante el segundo Imperio, Maximiliano de Hasburgo expidió la ley citada, en la que se definió al notario como el funcionario que el soberano investía con fe pública para redactar y autorizar los instrumentos en los que se contuvieran actos jurídicos o se hicieran constar diligencias dentro de procedimientos judiciales.

El notario poseía funciones vitalicias, pero se le permitía separarse temporalmente del ejercicio de la función o incluso renunciar a ella (previa licencia o autorización); también se le podía privar de su nombramiento por causa justificada.

Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867. Dicha ley implementó numerosas reformas de gran trascendencia, entre las que podemos destacar la prohibición de vender las notarías y la separación las funciones del notario y del secretario del juzgado.

Ley del Notariado de 1901. Fue promulgada el 19 de diciembre de ese año, y entró en vigor el 1º de enero de 1902. Estableció que el ejercicio de la función notarial era de orden público y se consideraba incompatible con cualquier cargo, empleo o comisión

públicos. Si bien se trataba de una función pública, el notario no percibía un sueldo proveniente del erario.

Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1932 y abrogó la anterior ley de 1901. Definió al notario como un funcionario investido de fe pública para hacer constar los actos o hechos a los que los interesados debieran —conforme a la ley— o quisieran dar autenticidad.

Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios de 1946. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 1946 e inició su vigencia en marzo de ese mismo año. Estableció el notariado como una función de orden público, reconoció el doble carácter de funcionario y profesional del derecho del notario y estableció como único medio para acceder al notariado en el Distrito Federal el examen de oposición.

Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980 e inició su vigencia en marzo de ese mismo año. En su mayoría se encontraba inspirada por la ley de 1946.

Por decreto de 27 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, se reformaron diversas disposiciones de dicha ley, entre las que destaca la reforma a su artículo 10, por la que se dejó de considerar al notario como funcionario, para ser en lo sucesivo un particular. El texto del artículo 10 reformado establecía a la letra: “Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”.

Ley del Notariado para el Distrito Federal de 2000. Fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo de 2000, y ha sido reformada por diversos decretos publicados en dicha Gaceta con fechas 14 de septiembre de 2000, 29 de enero de 2001, 26 de octubre de 2005, 25 de enero de 2006, 19 de mayo de 2006 y 15 de mayo de 2007.

Dicha ley es precisamente la que se encuentra en vigor en el Distrito Federal, considera al notario como un particular a aún cuando la naturaleza de su función sea pública en la medida en que es delegada por el Estado, el otorgamiento de su patente es de carácter vitalicio, pero puede dejar de desempeñar su cargo por licencia, excusa, suspensión o cesación por revocación de patente.

2. *La función notarial mexicana como parte del notariado latino*

Definición. El notario es un particular, profesional del derecho, al que la ley ha conferido la facultad de autenticar o certificar los actos o hechos —jurídicos o materiales— que se celebren o acontezcan ante él y se hagan constar en instrumentos de su autoría, con la finalidad de proporcionar seguridad jurídica a los prestatarios del servicio.

Contenido y efecto de la fe pública del notario. Como consecuencia de su función autenticadora, todo particular o autoridad debe considerar cierto lo que se encuentre asentado en las escrituras o actas elaboradas y autorizadas por el notario, salvo prueba en contrario que sea suficiente para desacreditar dicha presunción, siempre y cuando se haya hecho valer la nulidad por vía de acción en un juicio en que se hayan seguido todas las formalidades esenciales y en que el propio notario haya sido escuchado y vencido.

Carácter público de la función notarial. Para precisar el carácter de la función notarial es conveniente repasar algunos conceptos de derecho administrativo.

Concepto de servicio público. En un principio, se considero servicio público toda actividad llevada a cabo por los órganos del Estado, pero posteriormente se acotó el término a aquellas actividades que el propio Estado, ya sea directa o indirectamente realizaba con el fin de satisfacer necesidades colectivas o de interés general.

Servicios públicos propios e impropios. Hoy en día, se acepta que los servicios públicos pueden ser prestados incluso por particulares, trayendo como consecuencia que el concepto sea redefinido en función a su naturaleza. Aquellos prestados por el Estado o por concesionarios se denominan servicios públicos propios, y los que tienen el adjetivo de “impropios” son los prestados por particulares.

En virtud de lo anterior, se ha considerado que el carácter público de dichos servicios o actividades no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta, sino que se refiere al destinatario del mismo, es decir, que va dirigido al público.

Distinción entre servicio público y actividad privada de interés público. Tanto los servicios públicos como las actividades privadas de interés público satisfacen necesidades colectivas o de interés general, sin embargo, en el caso de los servicios públicos, los particulares no tienen un derecho preexistente para desempeñar la actividad correspondiente.

El notario ejerce una función pública impropia. No es un servidor público. Conforme a lo anterior, consideramos que el notario desempeña una función pública impropia, es decir, ejerce una facultad fedante que no le corresponde originariamente, pues le es delegada por el Estado, pero sin perder en ningún momento su carácter de particular al desempeñar su oficio.

Adicionalmente, el notario no es un servidor público, a pesar de que su función haya sido delegada por el Estado, en virtud de que no ocupa un cargo, empleo o comisión en la administración pública, no se encuentra sometido al erario y no recibe sueldo o iguala del Gobierno o de entidad pública alguna.

Lo anterior ha sido corroborado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como puede apreciarse en el siguiente criterio jurisprudencial (el subrayado es nuestro):

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Julio de 2005

Página: 795

Tesis: P/J. 75/2005

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

NOTARIOS. NO SON SERVIDORES PÚBLICOS.

Conforme al artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reputan como servidores públicos, entre otros, los representantes de elección popular y quienes desempeñen un empleo, cargo o comisión en la administración pública. *Ahora bien, toda vez que el notario actúa por medio de una patente otorgada por el Estado, no puede ser considerado servidor público, en atención a que su cargo no es de elección popular ni se halla dentro de la administración pública estatal o municipal, además de que el notario no depende del gobierno o de una entidad paraestatal, ya que si bien actúa por delegación del Estado, no está dentro de su organización administrativa ni burocrática.*

Acción de inconstitucionalidad 11/2002. Diputados integrantes de la Quincuagésima Sexta Legislatura del Congreso del Estado de Jalisco. 27 de enero de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Humberto Román Palacios; en su ausencia hizo suyo el asunto Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de junio en curso, aprobó, con el número 75/2005, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de junio de dos mil cinco.

Consecuencias del carácter público de la función notarial. El reconocimiento del carácter público del oficio notarial justifica o legitima la adopción de un régimen jurídico especial que regule dicha actividad.

Este régimen se encuentra regulado por las diferentes leyes del notariado de las entidades federativas, mismas que establecen los elementos que garantizan el adecuado desempeño de la función notarial, asegurando los elementos indispensables de cualquier actividad de interés general, a saber: su continuidad, regularidad, igualdad para los prestatarios (complementado por el carácter imparcial del notario), general y obligatoria.

3. *Su función social, jurídica, política y económica.* *Control de la legalidad*

Intervención económica y social. El notario interviene de manera constante y permanente en la formalización de diversos actos civiles y mercantiles que tienen una repercusión económica y social enorme.

De acuerdo a lo expuesto por el Licenciado Jesús Silva Herzog:

... El estudio ha buscado subrayar la función del notario como protector de los derechos patrimoniales de las personas y, en consecuencia, como parte de un ordenamiento jurídico e institucional que genera las condiciones de certidumbre indispensables para el funcionamiento de los mercados.

... La función notarial contribuye a reducir los costos de transacción de la economía en su conjunto, tanto mediante su papel como fedatario (que confiere el carácter de verdad legal y prueba plena a los instrumentos que produce, lo que contribuye a la prevención de conflictos y litigios) como mediante su asesoría en la aplicación de distintas opciones legales conforme a los intereses del usuario y a las normas legales en vigor, equiparable a una ingeniería de costos.¹

Otra de las formas de garantizar los derechos de las personas, es el mediante el secreto profesional, que se le impone al notario

¹ SILVA-HERZOG F. JESUS, *La dimensión económica del notariado. Aproximaciones a la contribución de la profesión notarial a la economía mexicana*, 1ª ed., Ed. Porrúa, México 200 pp. 111.

en el ejercicio de su función y al respecto Jorge Ríos Hellig nos indica que “ Actualmente existe la obligación absoluta de guardar lo que la doctrina llama “sigilo profesional”, está prohibido por un deber ético el divulgar a quien no ha intervenido el contenido de los instrumentos, esto pues, involucra varias actitudes, no solamente del notario, sino también de su personal. (Art. 252 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal)”².

Agregando que el cumplimiento del sigilo profesional puede ser de manera verbal o documental, siendo un ejemplo, la expedición de testimonios que de acuerdo con el Art. 146 de la Ley del Notariado sólo se pueden expedir a favor de los que intervengan en los actos jurídicos a que se refieran.

Mercado inmobiliario y colaboración en la satisfacción de las necesidades de vivienda. Su injerencia se resiente incluso a nivel macroeconómico, pues es parte fundamental e indispensable en los procedimientos de enajenación de inmuebles y constitución de garantías sobre los mismos, destacando su participación en operaciones relacionadas con la adquisición, lotificación, constitución de condominios, entre otros, de inmuebles que serán destinados a uso habitacional, precisamente combinando esfuerzos con autoridades administrativas e instituciones financieras para la satisfacción de la necesidad de vivienda de los trabajadores y de la población en general, auxiliando en el cumplimiento de los fines que persigue nuestra Constitución al consagrar el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, garantizando siempre que los mutuos, préstamos o créditos que se otorguen con dicho objeto queden debidamente garantizados, lo que repercute positivamente en la estabilidad financiera de todos los operadores involucrados, situación que no se ha observado recientemente en los mercados que no cuentan con el apoyo del notariado de corte latino.

Regularización de la situación jurídica de inmuebles. También conviene enfatizar la trascendencia que tiene la participación del notario en el proceso de regularización de la tenencia de inmuebles en México. Son numerosísimos los inmuebles que se encuentran prácticamente fuera del comercio formal por una serie de omisiones, errores o informalidades relacionadas con operaciones anteriores o pendientes sobre los mismos, y es precisamente el notario, algunas veces en colaboración con las autoridades, quien logra regularizar y

² RÍOS HELIG, JORGE, “Los principios éticos notariales en la Ley del Notariado para el Distrito Federal”, N°6 de la colección de temas jurídicos en brevíarios del Colegio de Notarios del Distrito Federal. Ed. Porrúa. México, 2001.

formalizar los actos jurídicos necesarios para que la propiedad de dichos bienes quede debidamente respaldada por un instrumento público inscribible; piénsese en todos los contratos traslativos que indebidamente se hacen constar en documentos privados, o en aquellos que se refieren a partes de inmuebles que pretenden enajenarse como si fueran unidades privativas, cuando realmente no se encuentran sujetos al régimen de propiedad en condominio, o en la omisión en que incurren algunas personas al no tramitar a su debido tiempo el o los procedimientos sucesorios de quienes fueron propietarios de bienes de distinta naturaleza. La intervención del notario en este procedimiento es imprescindible, pues permite la reincorporación al mercado formal de numerosos bienes, lo que implica de hecho un aumento en la riqueza circulante, con todas sus consecuencias.

Programas sociales. El notariado en México ha tenido una constante e importante participación con diversos órganos y organismos de la administración pública, tanto federal como local, para la prestación más eficiente y económica del servicio notarial y la satisfacción de las necesidades de vivienda y asesoría legal de la población, entre otras.

Destacan los convenios que han celebrado tanto la Asociación Nacional del Notariado como el Colegio de Notarios del Distrito Federal. Entre los primeros podemos destacar los múltiples convenios que se han celebrado con el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado o la Comisión Nacional de Vivienda, para la formalización de adquisiciones de vivienda por medio de créditos garantizados. Respecto a los segundos, cabe señalar los convenios celebrados con el Instituto de Vivienda del Distrito Federal y la Dirección General de Regularización Territorial, para la formalización de transmisiones de vivienda a personas de escasos recursos o para la elaboración de testamentos como actividad preventiva.

También debemos tomar en cuenta la obligación del notario de informar a los prestatarios del servicio sobre las facilidades o beneficios fiscales que resulten aplicables a los actos jurídicos que pretendan otorgar ante su fe, obligación que ha tenido especial relevancia en los últimos años precisamente por la expedición de numerosas resoluciones del Jefe de Gobierno del Distrito Federal para la condonación total o parcial de derechos e impuestos en trámites sucesorios o en programas de ayuda a personas que pretendan adquirir o formalizar la adquisición de inmuebles calificados

como de interés social o popular, conocidos coloquialmente como “Jornadas Notariales”.

Control de la legalidad. Sería imposible que el notario pudiera desempeñar satisfactoriamente su papel en la sociedad si no fuera responsable por la licitud de los actos que se otorgan bajo su fe.

Efectivamente, el notario no puede autorizar instrumentos en los que se contengan actos o hechos que sean contrarios a normas de orden público o a las buenas costumbres, lo cual garantiza la licitud y oponibilidad de los instrumentos elaborados por él.

Determinación del concepto de “buenas costumbres” en cada caso concreto. No se hace suficiente hincapié en la función que desempeña el notario como el operador jurídico que con mayor frecuencia aplica en cada caso concreto el concepto de “buenas costumbres”, para determinar la licitud o ilicitud de los actos celebrados entre particulares. En efecto, la actividad notarial y su imparcialidad garantizan la tutela de nuestra legislación y de los derechos de terceros, evita fraudes a la ley y permite la subsistencia de la ética profesional que deben tener los abogados y todos los profesionistas involucrados; frecuentemente es el notario el último bastión que se encarga de tutelar la legalidad de los actos de la población, y en ese sentido realiza una función no sólo preventiva sino correctiva, que fomenta el Estado de Derecho y la legalidad.

El notario como auxiliar de la administración pública. El notario cumple con diversas obligaciones que tienen por objeto mantener informadas a las autoridades de acontecimientos relevantes a las funciones de supervisión, vigilancia y gestión de la administración pública en asuntos fiscales, de inversión extranjera, de políticas de población, nacionalidad, entre otras; también interviene activamente en la retención y entero de impuestos tanto federales como locales, y recientemente en la inscripción de personas físicas o morales en el Registro Federal de Contribuyentes (RFC), con el objeto de aumentar la base de contribuyentes para combatir o dificultar la evasión fiscal.

En relación con lo anterior, los notarios deben:

1. Exigir a quienes otorguen instrumentos en los que se haga constar la constitución, fusión, escisión o liquidación de personas morales, que comprueben dentro del plazo legal, que han solicitado la solicitud de inscripción, aviso de liquidación o de cancelación, según corresponda, y en caso de omisión deben informarle al Servicio de Administración Tributaria (SAT).

2. Asentar en los instrumentos en los que se haga constar la constitución de personas morales, o la protocolización de asambleas

de las mismas, las claves del RFC de los socios que deban estar inscritos, cerciorándose de que coincidan con las que aparecen en sus respectivas cédulas. Si los solicitantes no le proporcionan la información o documentación necesaria debe dar aviso al SAT.

3. Informar al SAT de las operaciones relacionadas de enajenación y adquisición de inmuebles en las que hayan intervenido, así como de los ingresos que por tales razones obtengan las personas que residan en el extranjero cuando la fuente de riqueza se encuentre en territorio nacional.

4. Informar al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras cuando alguno de los sujetos obligados a inscribirse no acredite su inscripción o que esta se encuentra en trámite.

5. Exigir a los extranjeros que soliciten sus servicios que previamente acrediten su legal estancia en el país, y que las actividades que pretendan realizar les estén permitidas conforme a su condición y calidad migratoria.

Con base en lo que hemos señalado, queda claro que la función del notario es de suma importancia para la seguridad jurídica de la población, el fomento a la legalidad y el auxilio a las autoridades.

4. *¿Existen alternativas al notariado que resulten más eficientes?*

Carencia de alternativas eficaces. A pesar de los intentos de instaurar instituciones distintas al notariado que cumplan la función de conferir autenticidad a los actos y hechos que se hagan constar ante su fe, consideramos que no existe ninguna alternativa real que pueda satisfacer la necesidad de la población de contar con seguridad jurídica en sus actividades.

Corredores públicos. El corredor público fue concebido como un auxiliar para los comerciantes y para el comercio en general, sin embargo, al ser un fedatario creado por el órgano legislativo federal, carece de las más elementales facultades para cumplir cabalmente con dicho fin; nos referimos específicamente a la imposibilidad de dar fe de la transmisión o constitución de garantías inmobiliarias y del otorgamiento de poderes. En efecto, la regulación de dichas figuras compete de manera exclusiva a los órganos legislativos de las entidades federativas, de conformidad con los artículos 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso h), y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en consecuencia, sólo una persona facultada por las propias entidades federativas podría dar fe del otorgamiento de dichos actos.

A pesar de los múltiples intentos de los Colegios de Corredores de diversas entidades federativas, del Congreso de la Unión y de la Secretaría de Economía por ampliar las facultades de los corredores, nuestro máximo tribunal ha confirmado que sólo los notarios pueden dar fe de dichos actos, como se desprende de los siguientes criterios (el subrayado es nuestro):

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Abril de 2006

Página: 25

Tesis: 1a./J. 113/2005

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

CORREDORES PÚBLICOS. ESTÁN FACULTADOS PARA DAR FE DE LA DESIGNACIÓN DE REPRESENTANTES LEGALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y DE LAS FACULTADES DE QUE ESTÉN INVESTIDOS (REPRESENTACIÓN ORGÁNICA), CUANDO SE OTORGUEN EN LA CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN, FUSIÓN, ESCISIÓN, DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE AQUÉLLAS.

Conforme a los artículos 6o., fracciones V y VI, de la Ley Federal de Correduría Pública y 54 de su Reglamento, *a los corredores públicos corresponde actuar como fedatarios para hacer constar los contratos, convenios, actos y hechos de naturaleza mercantil (excepto en tratándose de inmuebles)*, así como en la constitución, modificación, fusión, escisión, disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles, en la designación de sus representantes legales y facultades de que estén investidos, y en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Ahora bien, si se toma en cuenta que la representación orgánica comprende actos como el nombramiento y facultamiento de los órganos de representación de las sociedades mercantiles (Consejo de Administración, Administradores o Gerentes), por ser éstos quienes en términos del primer párrafo del artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles representan orgánicamente a la empresa, es indudable que los corredores públicos están autorizados para certificar tales actos; *sin embargo, no están facultados para dar fe del otorgamiento de poderes o mandatos, los cuales son actos jurídicos de índole civil regulados por la legislación común*, pues el

mandato es un contrato previsto en los Códigos Civiles de todas las entidades federativas del país y que implica un acto de representación voluntaria en tanto que encuentra su fuente en la voluntad de las partes y se confiere precisamente a través del otorgamiento de un poder; de ahí que las pólizas y actas expedidas por los corredores públicos en que hagan constar la designación y facultades de representación de las sociedades mercantiles (representación orgánica), deberán admitirse para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, siempre y cuando dichos instrumentos cumplan con los requisitos legales y se trate de actos exclusivamente de carácter mercantil.

Contradicción de tesis 33/2002-PS. Entre las sustentadas, por una parte, por los Tribunales Colegiados Noveno en Materia de Trabajo y Noveno en Materia Administrativa, ambos del Primer Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Isaías Castrejón Miranda.

Tesis de jurisprudencia 113/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha tres de agosto de dos mil cinco.

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Abril de 2006

Página: 112

Tesis: 1a./J. 123/2005

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

CORREDORES PÚBLICOS. LA FACULTAD PARA DAR FE DE LA DESIGNACIÓN DE REPRESENTANTES LEGALES DE SOCIEDADES MERCANTILES Y DE LAS FACULTADES DE QUE ESTÁN INVESTIDOS, NO EXCLUYE A LOS NOTARIOS PÚBLICOS DE ESA FUNCIÓN.

El artículo 6o., fracciones V y VI, de la Ley Federal de Correduría Pública, así como los numerales 6o. y 54 de su Reglamento autorizan a los corredores públicos para dar fe de la designación de representantes legales de sociedades mercantiles y de las facultades de que estén investidos, cuando se trate de la constitución, modificación, fusión,

escisión, disolución, liquidación y extinción de aquéllas o en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles, entre los cuales están el nombramiento y facultamiento a sus órganos de representación (Consejo de Administración, Administradores o Gerentes) quienes en términos de la Ley últimamente citada representan orgánicamente a la empresa; sin embargo, *dicha autorización no significa que la sociedad mercantil no pueda acudir ante notario público a extender tales designaciones y facultades de que están investidos los representantes legales, si así lo prefiere, porque, por un lado, la citada Ley societaria autoriza a los notarios para participar en materia mercantil, además de que ello es inherente a sus funciones y, por otro, el artículo 6o., último párrafo, de la Ley Federal de Correduría Pública establece que las funciones a que alude no se consideran exclusivas de los corredores públicos.*

Contradicción de tesis 33/2002-PS. Entre las sustentadas, por una parte, por los Tribunales Colegiados Noveno en Materia de Trabajo y Noveno en Materia Administrativa, ambos del Primer Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Isaías Castrejón Miranda.

Tesis de jurisprudencia 123/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de agosto de dos mil cinco.

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Abril de 2002

Página: 98

Tesis: 1a./J. 15/2002

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

CORREDORES PÚBLICOS. CARECEN DE FACULTADES PARA CERTIFICAR TESTIMONIOS NOTARIALES EN LOS QUE SE OTORGAN PODERES.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 6o., fracción VI, de la Ley Federal de Correduría Pública y 53, fracción V, de su reglamento, los corredores públicos sólo están facultados para actuar, como fedatarios, en la constitución, modificación, fusión, escisión, disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles, designación de sus

representantes legales y facultades de que estén investidos, así como en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles, pero no para certificar instrumentos públicos notariales en los que se contengan actos civiles; sin que sea óbice a lo anterior, lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del reglamento de la ley citada, que los habilita para certificar documentos, toda vez que dicha función se les otorgó en relación, exclusivamente, con actos de naturaleza mercantil, los cuales no incluyen la certificación de los testimonios notariales en los que se otorgan poderes. De sostener lo contrario se llegaría al extremo de aceptar que la certificación de los testimonios que hicieran respecto de los poderes con los que se pretende acreditar la personalidad, pudieran utilizarse válidamente en cualquier otra materia que no fuera la mercantil, como por ejemplo: juicios laborales, civiles, administrativos, etcétera, lo cual obviamente no es de su competencia; además, se provocaría falta de certeza y seguridad jurídicas, porque las certificaciones que realizaran de testimonios notariales adolecerían de control, por tratarse de documentos que no existen en su propio archivo, o bien conforme al artículo 20, fracción IV de la ley en comento no se trata de documentos mercantiles cuyos originales se hayan presentado para su cotejo, lo que no sucede con las certificaciones realizadas por los notarios públicos, ya que a éstos, para actuar la ley que los rige, les exige una serie de requisitos para expedir los testimonios notariales y las certificaciones que se hagan a ellos, circunstancia que el legislador tomó en cuenta para darles pleno valor probatorio por lo que las facultades para certificar documentos, con que están investidos los corredores públicos, sólo pueden ser entendidas respecto de los actos o pólizas en que hayan intervenido en materia mercantil.

Contradicción de tesis 51/2000-PS. Entre las sustentadas por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito. 27 de febrero de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Javier Solís López.

Tesis de jurisprudencia 15/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintisiete de febrero de dos mil dos, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

En suma, no se comprende como podría un corredor auxiliar con eficacia a los comerciantes cuando su fe no puede referirse,

entre otras cosas, a la constitución de garantías inmobiliarias o al otorgamiento de poderes.

A mayor abundamiento, es conocido por la mayoría de los operadores jurídicos relacionados con el comercio, que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de aquellos actos mercantiles que mayor seguridad requieren, puede quedar insuficientemente asegurado si no se otorgan garantías inmobiliarias, como la hipoteca o el fideicomiso de garantía; otras garantías que también se observan en la práctica —como la prenda sin transmisión de posesión— pueden válidamente constituirse ante notario. Respecto al otorgamiento de poderes, son innumerables los casos en los que una sociedad mercantil puede requerirlo, sin que sus necesidades puedan ser cubiertas de una manera que no sea muy costosa (operativamente) por sus administradores o gerentes.

Eficiencia. El notario, por ser precisamente un particular y por no depender del erario, se encuentra sujeto a la preferencia de los solicitantes del servicio, por lo tanto debe competir —siempre con lealtad— con los demás notarios, obligándolo a un constante perfeccionamiento de sus procesos internos, que van desde la modernización de los activos técnicos de su oficina hasta el adiestramiento y preparación de sus recursos humanos. Es importante destacar que los notarios perciben los honorarios que marca el arancel preparado por el Colegio de Notarios del Distrito Federal y aprobado por la administración pública del Distrito Federal, por lo tanto el único campo sobre el cual puede versar la competencia es el de la calidad del servicio.

Profesionalismo, probidad, preparación y responsabilidad. Para poder acceder al notariado es necesario reunir una serie de requisitos que aseguran que el servicio sea prestado con excelencia.

Para ser notario en el Distrito Federal es necesario aprobar dos exámenes sumamente exigentes, en los que el sustentante es sometido a pruebas tanto teóricas como prácticas, y es examinado por un jurado integrado por 5 miembros, de los cuales el Presidente es nombrado directamente por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, pudiendo ser notario, y los restantes son necesariamente notarios nombrados 2 por la Consejería Jurídica y de Servicios Legales de la Administración Pública del Distrito Federal y 2 por el Colegio de Notarios del Distrito Federal, quienes naturalmente son juristas prestigiados en numerosas materias. Aquellos sustentantes que aprueben el primer examen obtienen la patente de aspirante, y con ella tienen derecho a presentar el segundo examen, el de oposición, en el que sólo uno de los aspirantes puede salir triunfador, quedando abierta la posibilidad de que el

concurso quede desierto si ninguno de los sustentantes es considerado apto para ejercer la función notarial.

Además de la preparación académica y profesional, quienes anhelan acceder al desempeño de la función notarial deben ser personas de buena reputación personal, calidad y honorabilidad profesional, no ser ministros de culto, no encontrarse sujetos a proceso penal, no haber sido condenados por sentencia por delito intencional, y acreditar cuando menos 12 meses ininterrumpidos de prácticas profesional bajo la dirección y responsabilidad de un notario del Distrito Federal. Todo lo anterior es indispensable dada la importancia de la función.

En efecto, la responsabilidad en que podría incurrir una persona que no esté preparada para ser notario es inmensa, pudiendo ocasionar gravísimos daños y/o perjuicios a la sociedad, por lo tanto es completamente justificado que se exija absoluta excelencia para poder acceder al ejercicio de la función.

Para garantizar el buen desempeño de los notarios, la ley ha previsto distintas sanciones para quienes no cumplan cabalmente con sus obligaciones, estableciendo que el notario puede ser responsable civil, penal, administrativa y gremialmente por sus actos u omisiones. Cabe mencionar que el Colegio de Notarios del Distrito Federal debe otorgar fianza por sus miembros a favor de la autoridad administrativa.

Con todo lo anterior queda demostrado que el notario no es un profesionista ordinario, ya que se exige de él excelencia, y que el conjunto de requisitos legales para acceder al notariado aseguran que los solicitantes del servicio lo obtengan de un experto en la materia notarial y en todas las que le son conexas, como el derecho civil, mercantil, fiscal, administrativo e internacional, entre otros.

Intermediario con la autoridad. El notario asume por cuenta de sus clientes las cargas que se encuentran implícitas en el trato con autoridades administrativas de todos los niveles, relacionadas con la función notarial. Efectivamente, en un país que cuenta con más de 2000 municipios y 32 entidades federativas, la posibilidad de que los particulares realicen eficientemente por sí mismos los trámites que se presuponen para o son consecuencia de la elaboración y autorización de instrumentos notariales disminuye, porque se requiere de una amplia y constante experiencia y actualización técnica y administrativa.

Colegiación obligatoria. La obligatoriedad de la colegiación para los notarios es una de las principales causas de su eficiencia; permite la unificación de criterios, el intercambio de información valiosa, la constante actualización de sus miembros y la coordinación con autoridades para la concertación de programas sociales y de interés general.

Boletín “Doing Business in México 2007”. En el año de 2007, el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional publicaron un boletín titulado “Doing Business in México”, en el cual hicieron algunos comentarios relacionados con el notariado, entre los que sobresalen los siguientes:

1. “Los corredores desempeñan una función similar y más barata”; como hemos demostrado anteriormente, las facultades de los corredores son notablemente más limitadas, y su función no ha resultado tan eficiente como se planeó en un principio. Creemos que el problema reside en la confusión de quienes intentan equiparar las funciones notariales y de un corredor, en lugar de entenderlas como coexistentes y separadas en cuanto a su especialidad. En cuanto al costo del servicio, que es algo que preocupa mucho a quienes expiden el Boletín, el notariado en el Distrito Federal se rige, en sus honorarios, por un arancel aprobado por la Autoridad Competente, lo que hace que, comparativamente, por ejemplo en una operación en que se transmite la propiedad de un inmueble, el servicio que presta el notario no sólo sea más seguro, sino además, menos costoso, que lo que resulta la intervención de diversos actores en una operación de esa índole en los Estados Unidos de América.

2. Se reconoce que los tiempos para la constitución de una empresa son considerablemente menores cuando intervienen los notarios en la inscripción de personas en el RFC por medios remotos.

3. Se reconoce que las autoridades administrativas del Registro Público y de las oficinas catastrales, entre otras, son las responsables de la tardanza en la conclusión de las operaciones mercantiles e inmobiliarias.

4. Se sugirió que cualquier persona pudiera pagar sus propios impuestos. No podríamos estar más en desacuerdo, esta sugerencia presupone que somos una sociedad educada y que no evade impuestos, cuando lo cierto es que muchas personas sólo contribuyen al gasto público cuando les retienen los notarios, sus patrones o cuando pagan impuestos indirectos.

Por todo lo anterior, categóricamente afirmamos que no existe una alternativa más segura y más eficiente que la función notarial, cabe destacar que el notariado en el Distrito Federal le brinda a los prestatarios del servicio, independientemente de su situación económica, el acceso a los servicios de un profesional calificado (perito en derecho por examen de oposición), cuya actividad es supervisada por la autoridad y que responde por su desempeño

profesional, estableciendo la ley no sólo los mecanismos que le permiten al prestatario reclamar responsabilidad del notario, sino también los derechos de aquellos frente al notario.

II. LA FUNCIÓN NOTARIAL EN MÉXICO

1. *Introducción histórica*

Como complemento a lo señalado en el capítulo anterior, podemos considerar trascendentes para nuestro país, los siguientes antecedentes históricos:

1.1. Internacional

En el siglo VI de la era cristiana, por primera vez existe una regulación positiva del notario, debida a Justiniano que en su enorme obra de *Compilación y Legislación*, conocida como el *Corpus Juris Civilis*, dedica en las llamadas *Constituciones ó Novelas XLV, XLVIII y LXXVI* a regular la actividad del notario, entonces *Tabellio*, al protocolo, y otorga el carácter de fidedigno como pleno valor probatorio al documento por él redactado.³

En la Edad Media, a la escuela de Rolandino Rudolfo —a la cabeza—, se le atribuye la mayor influencia en el desarrollo de la ciencia notarial, se regula la actuación notarial con bases que han sido el sostén de la institución hasta la *Ley Orgánica Española de 1862*.⁴

El Código de las Siete Partidas en España obliga a que “las notas”, de los escribanos, se inscriban en el libro que llaman registro y también se llamó minutarario, a lo que Carral y de Teresa agrega: “Las cartas deben ser fechas por manos de escribanos públicos...porque falsedad ni engaño no pueda ser fecha en ellas”.⁵

1.2. En México

Antes del descubrimiento de América, existió la figura del Tlacuilo artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos de manera increíble.⁶

³ PÉREZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Derecho Notarial*, Porrúa, México 1996, p. 3.

⁴ CARRAL Y DE TERESA, LUIS, *Derecho Notarial y derecho Registral*, Porrúa, p. 67.

⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁶ PÉREZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Derecho Notarial*, Porrúa, cit., p. 10.

El 21 de Julio de 1525 el cabildo acepto la propuesta por parte de Hernán Pérez y otros escribanos de la ciudad de México, de que Juan Fernández del Castillo fuese escribano público, a quien pertenece el protocolo más antiguo que se encuentra en el archivo general de notarias del Distrito Federal.⁷

En 1573, apenas terminaba la conquista, se creó la primera organización de la nueva España, concede con el convento Grande de nuestro Padre San Agustín de la Ciudad de México, bajo el nombre de Cofradía de los Cuatros Santos Evangelista. La denominación de Cofradía se debe a que los evangelistas dieron constancia de la vida y doctrina de Jesús en el nuevo testamento.

En 1792, se erigió el Real Colegio de escribanos de México, que entre las finalidades propuestas se encontraban: "...Se podrá conseguir, mediante las cualidades apreciables en las personas, el objeto propio del empleo que es la fe pública y exterminación de abusos, que deslustran la estimación de tan noble cargo, con grave detrimento de los que se ejercen honoríficamente para lograr, se efectúe tan glorioso fin."⁸

2. Situación actual del notariado mexicano

Aunque en cada legislación en el ámbito internacional y aún en el ámbito nacional tratándose de cada Entidad Federativa como es el caso de México, pueden existir variantes como su Nomenclatura, la Vigencia de su Función, o Actividades Notariales que nos distinguen de un país o otro, pero la Naturaleza Jurídica de la Función Notarial es común o por lo menos muy semejante, en virtud de que la Fe del Notario surge por cualidades intrínsecas a la persona del Notario y por la necesidad de los habitantes de confiar plenamente en una persona Imparcial y Respetable de la voluntad de los demás, esto es, antes que sus conocimientos jurídicos, surge la Fe del pueblo en el Escribano o Notario como persona con ciertos requisitos morales.

Surge entonces la necesidad de ubicar al Notario Público en el esquema social y su relación con el Estado para lograr especificar su actuación y responsabilidad tanto de orden público como privado, y esta función es independiente a cualquier órgano de la administración pública, y por consiguiente, su tratamiento jurídico y administrativo es y debe ser autónomo.

⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁸ *Ibidem*, p. 20.

La ley no es la única fuente de derecho que responde al cuestionamiento medular del tema, y toda vez que ni a través de jurisprudencia, ni de usos o costumbres.

3. *La naturaleza pública y privada de la función notarial*

Luis Carral y de Teresa comentó: “La labor del notario bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado.”⁹

En virtud de que el notario público es una jurista o profesional del derecho investido de fe pública proveniente del Estado, los alcances de esta investigación son: Determinar la relación Estado-notario partiendo de las facultades inherentes a ambos conceptos, y en segundo, la exclusión de la figura del notario público de otras como funcionario público, autoridad pública o empleado público. Estas últimas, se encuentran sujetas a una regulación legal paralela a las normas aplicables en la función notarial.

La función notarial en amplio sentido origina dificultades para generalizar su concepto de manera exclusiva; sin embargo, de modo general se le atribuyen características propias de acuerdo al sistema de gobierno imperante en México, con base en la doctrina y disposiciones normativas vigentes que dan luz para su comprensión.

Las nociones de servicio público y función pública servirán para el análisis de la función notarial, y específicamente la posibilidad de inclusión de la figura del notario público en alguna de dichas acepciones, y por consiguiente, en el tratamiento jurídico-administrativo corresponde. Redundante es presentar en este tema, las notas distintivas de la actividad notarial para su delimitación adecuada frente a estas figuras que forman parte de la organización de funciones del Estado.

En ese orden de ideas, para conformar la actividad notarial con base en la ratio legis de la existencia del notario público, así como en las facultades y deberes del notario derivados de la ley de la materia, reflexionemos en los siguientes términos:

La denominación de servidor público, se compone entonces, de dos palabras que son el resultado de cualidades de personas con aptitud técnica y preparación dadas para realizar una función determinada dentro o para la administración pública.

Mientras que el servicio público se le da el calificativo de “público” por el solo hecho de que la organización, oficina o institución forma parte de la administración pública en cualquiera de sus manifestaciones; el servicio “al público” es un adjetivo del

⁹ CARRAL Y DE TERESA, LUIS, *op. cit.*, p. 68.

servicio como una finalidad en general necesaria para cumplir con las exigencias de la sociedad.¹⁰

La labor del notario público es más amplia que la de ser un simple autentificador de documentos; pero en este tema se comentará la actividad del notario, misma que para su estudio se separa en fases básicas con base en la fe pública que lo reviste.

En algunos países escribano es sinónimo de notario, por considerarse como depositarios de la fe pública, pero al dejar poco a poco la calidad de redactores para ser los autores del documento como configuradores formales de los negocios jurídicos que ante ellos se otorgan, abandonó en países como México tal denominación.

4. características propias de la función notarial en México

A. La función notarial es unipersonal, está a cargo del notario público y no de la notaría, pues ésta constituye el ámbito material de la función.

B. El notario tiene una función de prevención de conflictos legales, nunca tendrá facultad de juzgar; pues aunque el notario requiere de interpretar y aplicar el derecho, lo hará a manera de orientación, a la que está obligado antes de conformar los actos jurídicos para lograr equilibrar la tutela de intereses individuales y públicos, así como dar seguridad jurídica que permita lograr los fines de los interesados.

Nace entonces, la idea de que el Estado deba investir de fe pública a personas que reúnan ciertos requisitos y valores personales para cumplir dicha función, como el de honorabilidad, dignidad y preparación jurídica, que se analizarán más adelante.

Carral y de Teresa aporta como fundamento básico de la actividad notarial, que “si el Estado no hace posible que el particular pueda ejercitar su actividad con medios de seguridad que le permitan lograr el fin que persigue, no se puede decir que se ha llenado su función”.¹¹

Esta idea se conforma en virtud de que el Estado, en si mismo no es un ser pensante y con facultad de decisión, por lo que debe organizarse mediante tres poderes. A su vez, la función de fe pública, que en principio corresponde al Estado debe vestirse eficazmente no solo a través de los órganos públicos, sino de personas honorables con la sapiencia jurídica suficiente para dar seguridad

¹⁰ NIETO VEGA MA. DEL CARMEN, Tesis Especialidad de Notaría Pública, “Naturaleza Jurídica de la función Notarial”, 1996, pp. 5 y 6.

¹¹ CARRAL Y DE TERESA, LUIS, *op. cit.*, p. 13.

a las personas que quieran o deban formalizar los actos jurídicos que celebren, ello da lugar a la siguiente explicación de la actividad notarial propiamente dicha y así estar en posibilidades de correlacionar su función con las del Estado en amplio sentido.

5. *Actividad notarial en estricto sentido*

Conviene hacer una separación de los términos notariado, notaría y notario público; y para ello, es de hacer notar primeramente al notariado como una institución.

Algunos extranjeros, preguntan al Notario la manera en que pueden obtener una garantía en su propiedad con motivo del Título de adquisición o Escritura Pública ante Notario, pero es indudable que el Notario existe para asegurar la certeza, la permanencia y la paz jurídica entre los particulares. Esas cualidades de los actos jurídicos son indispensables. Miguel Soberón Mainero¹² se pregunta: “¿Cómo debo lograr esta certeza, permanencia, seguridad y paz jurídica? Respuesta: organizando el notariado que ya existe, y respetándolo en sus bases esenciales que son aquellas sin las cuales no se podrían lograr la seguridad jurídica, la paz y la certeza que son indispensables.

Para Giménez Arnau¹³ el notariado se estima como función o como grupo de quienes la desempeñan. La naturaleza del notariado se exterioriza en la practica en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, la que a su vez, es una prerrogativa del poder público que va encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que da forma al acto jurídico.

Según expresa Mengual y Mengual¹⁴ “Es evidente que el organismo notarial se ha creado y organizado para la autenticidad de los actos extrajudiciales en la vida normal y corriente”.

Olivarría Téllez¹⁵ afirma que “el notariado no es una figura nacida por alquimia doctrinal, sino surgida al calor de necesidades prácticas”, esto es, que como institución la actividad notarial es para un particular punto de vista, únicamente un servicio para la sociedad en la cual, se formalizan los actos de los particulares para

¹² *Diccionario jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones jurídicas, Porrúa y UNAM, p. 2218.

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ MENGUAL Y MENGUAL, JOSÉ MARÍA, *Elementos de Derecho Notarial*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, pp. 285.

¹⁵ OLIVARRÍA TELLEZ, *Contenido y Fuente del Derecho Notarial*, Primer Congreso tomo II.

garantizar seguridad jurídica de los mismos. En cambio, el notario realiza una actividad más amplia en la cual realizará todas las funciones que se mencionarán, para lo cual se requiere un despacho con cierta ubicación. Como diría el Doctor en Derecho Bernardo Pérez Fernández del Castillo, “El término notaría es un concepto que en el lenguaje común se emplea indistintamente para referirse a la actividad del notario o a su oficina”.

6. *Elementos de la función notarial*

A manera de síntesis, esta actividad no tiene sentido alguno si no se reúnen los elementos necesarios y secundarios para cumplir con la función notarial:

1. Elementos necesarios: protocolo, apéndice, sello, despacho de la notaría. De estos elementos, el protocolo y el sello son propiedad del Estado.
2. Elementos secundarios: guía (por número de instrumentos), índice (por nombres de intervinientes), el rotulo (anuncio al exterior de la notaria) y los archivos.¹⁶

7. *Deberes que deben observar los notarios*

En principio, como deberes jurídicos relacionados con el servicio inherente de la función notarial, la más importante de las contenidas en la ley del notariado en el Estado de Guanajuato son los que siguen:

- Recibir e interpretar jurídicamente la voluntad de los particulares.
- Redactar el documento en el que se consigne esa voluntad, dándole la forma exigida por la ley.
- Orientar al particular sobre la licitud del acto que pretende realizar.
- Autenticar los documentos pasados ante su fe.
- Conservar y custodiar los documentos originales.
- Reproducir estos documentos.

A su vez, el notario tiene actividades que en México son obligatorias como:

¹⁶ ÁVILA AÍMAREZ, PEDRO, *Estudios de Derecho Notarial*, Montecorvos, pp. 12 y 13.

- El uso de sello de autorizar.
- Formación de los apéndices correspondientes.
- Rendir informes a la autoridad que lo solicite.
- El aviso de iniciación, suspensión o reanudación de la actividad notarial.
- Someterse a supervisión de la autoridad correspondiente.
- Desempeñar personalmente la función.
- Prestar el servicio durante los días ordinarios y en horas laborales.

8. Funciones esenciales del Notario Público¹⁷

	1. Fedación:	2. Certificar:	3. Autorizar:
ORIGEN	Se adquiere directamente del Estado	Vierte materialmente la fe pública	Aprueba y confirma la autenticidad de documentos
FUNCIÓN	Función pública	Función pública notarial	Función pública notarial
MANIFESTACIÓN	Se manifiesta por lo general de manera tácita	Se manifiesta en cada actuación notarial	Se manifiesta dando eficacia jurídica a cada documento

8.1. Misión como Profesional del Derecho

Pedro Ávila Álvarez menciona la doble misión del notario:
 En su carácter de profesional del derecho:

1. Asesorar a quienes reclamen su ministerio.
2. Aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponer alcanzar.

En su carácter de particular que ejerce una función pública.

1. En la esfera de los derechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos;
2. Y en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

¹⁷ NIETO VEGA, MA. CARMEN, *op. cit.*, p. 33.

Para el Doctor en Derecho Bernardo Pérez Fernández del Castillo,¹⁸ la actividad del notario consiste en escuchar, interpretar, aconsejar, preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento. Estas fases ameritan explicación adicional las relativas a certificar y autorizar. Pero no basta con los pasos a seguir por el notario, si no el contenido de su actuación, que fundamentalmente es constituida por la fedación, certificación y autorización, motivo de las notas siguientes.

9. Relación del Estado con el notario y la sociedad



9.1. Control de legalidad ante el ciudadano

La fe notarial es de carácter público, en virtud de que es un atributo del Estado que, a través de su *ius imperium* es ejercitado a través de los órganos estatales y del notario; lo cual se traduce en una verdad oficial, pero no como consecuencia de una resolución al libre juicio del notario, si no únicamente con el objetivo de no dejar dudas sobre la voluntad de las partes que soliciten o deban solicitar su intervención.

Para Bañuelos Sánchez “si la situación del notario no tuviera una finalidad fundamental probatoria, si el instrumento notarial no probara nada, no se podría hablar de fe pública notarial.”¹⁹

¹⁸ PÉREZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *op. cit.*, p. 152.

¹⁹ BAÑUELOS SÁNCHEZ, FROYLÁN, *Derecho Notarial*, Ed. Cárdenas, p. 58.

De acuerdo con el autor, es cierto que el notario da forma al instrumento partiendo de la voluntad de los comparecientes, pero también lo es, que se trata de hechos que se plasman de manera duradera.

El Estado a través de la ley otorga al notario la fe pública; eso significa que la fe pública notarial es desempeñada en nombre del Estado. Aunque tiene el mismo fundamento de toda la fe pública, que consiste en buscar el fin de seguridad jurídica; tiene diferente manifestación y consecuencias que la fe pública de la autoridades públicas propiamente dichas.

Características.

1. La fe pública notarial actúa en manos del notario en el instante mismo de que se produce el hecho, y en la fe pública general, procuran comprobar el hecho una vez ocurrido éste.
2. De la característica anterior, se deriva que la fe pública notarial no opera sobre el derecho objetivo, si no sobre el hecho con base en el derecho objetivo; ya que las demás van encaminadas a autenticar disposiciones, acuerdos y resoluciones (legislativa, administrativa o judicial respectivamente).
3. Los hechos sobre los cuales opera son únicamente aquellos que originan derechos subjetivos y no los que engendran principalmente sanciones u obligaciones.
4. El notario actualiza la fe pública una vez que se lo solicita una persona física o moral.

La denominación del fedatario surge precisamente de la ley, ya que le da la facultad al notario de autenticar. Como consecuencia, para el Doctor en Derecho Bernardo Pérez Fernández del Castillo²⁰ los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario, tienen el carácter de auténticos, su valor es erga omnes.

10. Poder certificante

El llamado poder certificante es la posibilidad de dar validez o eficacia jurídica predominante a ciertas aseveraciones, que haya instituido en la ley, cuando ella establece que determinas instru-

²⁰ PÉREZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *op. cit.*, p. 153.

mentos “hacen fe”. Nos lleva lo anterior, a que el primer requisito para certificar es el establecimiento en el texto legal, posteriormente adecuarlo a la autoridad, funcionario o persona de que se trate por último, se dará eficacia a documentos que lo requieran, pues hay documentos que requieren de una o de varias firmas de funcionarios para su eficacia, según se trate de las razones políticas, sociales o jurídicas que en la ley se instituyan.

Ahora bien, la certificación se materializa dentro de la actividad del notario al dar fe, adecuando la función notarial al caso particular. El Doctor en Derecho Bernardo Pérez Fernández del Castillo la conceptúa como “la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública”, y agrega que “el notario por su calidad de fedatario al certificar formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.”

Se infiere entonces, que cuando se habla de constatar, se entiende certificar en términos del derecho notarial, pues la certificación es el reflejo de la fe pública, ya que esta no se puede palpar ni materializar si no a través de la actuación de personas que están en el supuesto adecuado conforme a sus cualidades particulares y profesionales para tener dicha fe pública.

Cabe agregar, que si el notario tiene fe pública, tendrá entonces la facultad completa y definitiva de dar certeza a los actos.

La firma y el sello del notario son por las razones expuestas, elementos sine qua non en la actividad del notario, ya que constituye la identificación plena de la persona del notario, que diferencia de los funcionarios públicos, son la única posibilidad de dar autenticidad a los documentos, además de que los organismos públicos tienen calidad de dirección, centro, órgano, etcétera; mientras que del notario no se habla de notaría sino del notario como depositario de la fe pública pues incluso no requiere de un organigrama o estructura administrativa. De este modo y considerando la actividad notarial ampliamente señalada, en el siguiente capítulo se identificará la figura del notario de manera específica así como en la naturaleza propiamente dicha de su función.

11. *El Notario Público Mexicano*

Con el propósito de sistematizar el estudio del campo notarial y partiendo de los datos expuestos en el capítulo anterior este apartado comprenderá la función del notario tanto en su origen como en su concepción contemporánea; lo anterior a través del método inductivo que se aplicará concomitantemente a cada una de las

figuras subjetivas de la administración pública que son de relevancia en relación a la persona del notario, logrando así una idea respecto al tratamiento que jurídicamente se debe dar.

Los notarios públicos basan su actuación en fundamentos legales que pueden variar de un Estado a otro, según lo establecido en las disposiciones normativas locales que entre otras son la Ley del notario, el código civil y la Ley orgánica del poder ejecutivo del Estado principalmente, mas no significa que reciban un tratamiento variante en cuanto a la esencia de su función.

Es usual el sinónimo de fedatario público que se atribuye al notario, lo cual trasciende al origen de la función notarial, pues precisamente la fe pública constituye la garantía que da el Estado de que determinados hechos que configuran el objeto de la función notarial son ciertos. La fe pública es entonces un atributo del Estado siendo el único que puede delegar dicha investidura.

De las formas de nombramiento de Notario que resume la historia de México y que son nombramiento político, por título profesional, sistema de adscriptos, sistema de oposición, y actualmente de manera generalizada es el Examen de oposición y la reunión de requisitos legales y morales partiendo básicamente del Título profesional de abogado o licenciado en derecho y Título de Notario Público.

12. *El Notario Público como garante de los derechos de las personas físicas y morales*

Para comprender los beneficios, derechos y garantías que tienen las personas físicas y morales mediante por la Fedación de sus actos, es conveniente abordar los comentarios del autor Rafael Rojina Villegas, quien establece los siguientes atributos de las Personas:

12.1. Atributos de las personas físicas

Las personas físicas o seres humanos, tienen los siguientes atributos:

1. Capacidad;
2. Estado Civil;
3. Patrimonio;
4. Nombre;
5. Domicilio;
6. Nacionalidad.

12.2. Atributos de las persona morales

Las personas morales. Tienen los siguientes atributos:

1. Capacidad; 2. Patrimonio 3. Denominación o razón social; 4. Domicilio; 5. Nacionalidad.²¹

Existe una correspondencia entre los atributos de la persona física y los de la moral, exceptuándose lo relacionado con el estado civil, que sólo puede darse en las personas físicas, ya que deriva del parentesco, del matrimonio, del divorcio o del concubinato. Y la capacidad de las personas morales se distingue de la de las personas físicas en dos aspectos:

- En las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio.
- En las personas morales su capacidad es de goce.

La nacionalidad de las personas morales se define de acuerdo con el artículo 5º de la vigente Ley de Nacionalidad y Naturalización, tomando en cuenta dos factores: que se hayan constituido conforme a las leyes mexicanas y que, además, establezcan su domicilio en el territorio de la República. Dice al efecto dicho precepto: “Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal”.

13. *Personas morales*

La palabra sociedad del latín *societas* (*de secius*) que significa reunión, comunidad, compañía, se puede definir metafísicamente como la unión intelectual o moral de seres inteligentes en base a un acuerdo estable y eficaz para conseguir un fin conocido y querido por todos. Se dice que la sociedad es unión moral porque requiere del acuerdo libre e inteligente de varios hombres para conseguir un fin común. El fin puede ser de muy diversa naturaleza: mercantil, política, cultural, educativa, recreativa, etc., pero en todo caso se exige para la existencia de la sociedad, que se dé el consentimiento de alcanzar entre todos los socios ese fin.²²

La sociedad se integra por hombres, seres racionales y libres. Estos hombres no son simplemente individuos que, pudiendo vivir aislada-

²¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Compendio de Derecho civil Introducción, Personas y familia*, México, 2000, pp. 153-157.

²² *Diccionario jurídico mexicano, op. cit.*

mente, se unen para la defensa de las fuerzas naturales o frente a otros enemigos. El hombre que se une en sociedad es un ser, como dijo Aristóteles, de naturaleza social, es decir, un ser que por una parte, necesita de la vida social para poder subsistir, pero, por otra, es un ser que se perfecciona al relacionarse con los demás.

Además de la unión voluntaria de seres racionales en torno a un fin común, la definición adoptada, menciona la necesidad de que el acuerdo sea estable y eficaz para que exista una sociedad. Esto postula la existencia de un orden por el cual se distribuyan los trabajos y se repartan los beneficios, y postula también la existencia de una potestad (o gobierno) que vigile el cumplimiento de tal orden. Tanto es evidente que toda sociedad, toda unión moral de hombres, requiere un orden para constituir una unidad, como lo es también que necesita una potestad que haga efectivo ese orden y al mismo tiempo haga efectiva la unidad del ser social.

La constitución de la sociedad crea un nuevo sujeto jurídico: la persona social, al mismo tiempo que engendra derechos y obligaciones de los que son titulares las partes que en dicha constitución intervienen, derechos y obligaciones cuyo conjunto forma el estado o calidad de socio. Para que se produzca la plenitud de esos efectos precisa la observancia de ciertas formas y requisitos, cuya omisión acarrea la irregularidad de la sociedad.²³

El sistema jurídico mexicano reconoce diversas clases de sociedades, entre ellas, las mercantiles.

Las sociedades mercantiles tienen los siguientes elementos esenciales:

1. Personalidad jurídica

El artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles otorga personalidad jurídica a las sociedades mercantiles inscritas en el Registro de Comercio, y también a aquellas, que sin haber cumplido ese requisito, se exteriorizan como tales frente a terceros.

La atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles les confiere el carácter de sujetos de derecho, las dota de capacidad jurídica de goce y de ejercicio.

La sociedad mercantil es una persona jurídica distinta de la de sus socios, y, en tal virtud, tiene un patrimonio, un nombre, un domicilio y una nacionalidad distintos a los de sus socios.

²³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO., "Derecho de las obligaciones", 11ª edición, México, Porrúa, 1996.

2. Patrimonio social y capital social.

Las sociedades mercantiles, en tanto que son personas morales, tienen un patrimonio constituido por el conjunto de sus bienes y derechos. Este patrimonio social se integra inicialmente con las aportaciones de los socios y después, sufre las variaciones que la marcha de los negocios de la sociedad le imprime. El capital social es el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad y expresado en moneda de curso legal, como valor de las aportaciones realizadas por los socios. Para Mantilla Molina, “el capital social es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios, y señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las ganancias de la sociedad”.

Sin este requisito, la sociedad no puede nacer a la vida jurídica.

Ninguna sociedad mercantil podrá, pues, constituirse a menos de que los socios aporten un capital determinado, fijando al efecto su cuantía en la escritura constitutiva.

Debe distinguirse entre los conceptos de capital social y patrimonio social. El capital social es la cifra aritmética que representa el valor de las aportaciones de los socios; el patrimonio social es el conjunto de bienes y derechos realmente poseídos por la sociedad en un momento determinado.²⁴

3. Nombre

Como personas jurídicas, las sociedades mercantiles necesitan un nombre que las distinga de las demás.

El nombre de las sociedades mercantiles puede ser una razón social o una denominación. La razón social debe formarse con los nombres de uno, de alguno o todos los socios. La denominación social puede formarse libremente, siempre que no origine confusiones con la empleada por otras sociedades.

4. Nacionalidad

La escritura constitutiva de las sociedades mercantiles deberá señalar el domicilio de las mismas. Este es un requisito esencial del

²⁴ LEZAMA GAMFROS, JAVIER *et al.*, *Lexicología jurídica*, México, UNAM / Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, 1995

acto constitutivo según lo dispone la fracción VII del artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El domicilio social puede fijarse libremente, pero, en todo caso, deberá ubicarse en el lugar en donde se encuentre establecida su administración.

5. Nacionalidad

Las sociedades mercantiles pueden tener una nacionalidad distinta a la de sus socios. La legislación mexicana distingue entre las sociedades mexicanas y las sociedades extranjeras. De acuerdo con el artículo 9º de la Ley de Nacionalidad, debe entenderse por sociedades mercantiles mexicanas, las que se constituyen con arreglo a la ley y tienen su domicilio legal dentro de la República mexicana. Son sociedades mercantiles extranjeras, en consecuencia, las que no reúnan alguno de estos dos requisitos.

6. Finalidad social

La fracción II del artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dispone que la escritura constitutiva de las sociedades mercantiles deberá indicar el objeto de las mismas, esto es, hacer referencia a la finalidad social.

Así pues, debe declararse y establecerse en la escritura constitutiva la clase de actividades que la sociedad se propone realizar. La existencia de un objeto o finalidad es requisito indispensable de toda sociedad mercantil. Sin él, la sociedad no se explica. Por eso el artículo 229, fracción II, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece la disolución de las sociedades por imposibilidad de seguir realizando su objeto principal o por quedar este consumado.

7. Duración de la sociedad

La escritura constitutiva debe indicar también la duración de la sociedad señala el artículo 6º, fracción IV, de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Los socios pueden pactar libremente el plazo de duración de la sociedad. Se considera contrario al espíritu de la Ley General de Sociedades Mercantiles pactar sociedades con duración indefinida, ya que si bien la ley no impone plazo si dispone la fijación de un término cierto (arts. 229, frac. I, 233 y 236

LGSM). Excepto, claro está, cuando la ley establece como obligatorio que las sociedades sean de duración indefinida, como sucede, por ejemplo, con las cooperativas o las instituciones de seguros.

Los requisitos para formalizar la constitución de una Sociedad mercantil o civil son los siguientes:

- Denominación;
- Nacionalidad;
- Domicilio de las personas físicas o jurídicas que constituyan la sociedad;
- Razón social o denominación;
- El objeto o finalidad social;
- El domicilio;
- La duración;
- Administración y/o designación de los representantes legales.

Aunque este tema de elementos de una persona moral es eminentemente académico, deben mencionarse porque aunado a la elaboración de un **escritura** constitutiva por parte del Notario Público en México, las personas morales pueden sufrir modificaciones en su objeto, en su administración, puede liquidarse, fusionarse, escindirse, por lo que el Notario debe orientar a sus representantes para no perder su regularidad e historia legal, actualizando su estado financiero y legal. Por lo anterior, la intervención Notarial es constante para dar Fe de sus acuerdos y en algunas ocasiones presenciar y hacer constar el desarrollo de la celebración de Asambleas Generales.

Sociedad civil

Es importante conocer tanto las características de la sociedad civil, como las de la sociedad mercantil, así como la diferencia entre ambos tipos de sociedad, para la correcta aplicación de la ley en un caso concreto:

El Código Civil define la sociedad civil como el “contrato mediante el cual los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”.

El Notario es, en consecuencia, garante de la correcta formalidad legal de los actos jurídicos celebrados ante él entre personas físicas, personas morales o entre personas físicas y personas mora-

les, ya que el Estado ha conferido como se mencionó al principio de este trabajo, la Fe que el Notario, sin ser parte de los organismos gubernamentales, sin ser un servidor público, quien debe acatar este mandato estatal para con los clientes que formalizan o han formalizado actos y ratifican su voluntad ante el Notario.

Por ello, la labor del Notario como garante de la seguridad jurídica, requiere de la actualización constante básicamente en materia civil, mercantil, administrativa en ocasiones, así como fiscal como área accesoria y necesaria.

III. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

1. *Introducción: el Derecho subjetivo*

Sin duda uno de los temas más gratos para abordar el análisis de la proyección jurídica de la función notarial, hoy tan necesaria para apuntalar su debida defensa, es el relativo a los derechos de las personas.

Ya que si bien la percepción inmediata que se obtiene de la intervención notarial, es decir, la que se materializa instrumentalmente, y que se refiere a la seguridad jurídica brindada a un caso en concreto (que ha sido adecuado a las disposiciones de la Ley) y a su certeza jurídica (que acredita la verdad de su realización), atiende al más extendido de sus análisis, no debe olvidarse la percepción que se obtiene del la reflexión de sus implicaciones legales.

Esta percepción mediata, y que es producto de un estudio a fondo de esa función notarial, logrará revelar una participación calificada en la fijación o defensa de los derechos de las personas, ya que, como veremos más adelante, en la confección del instrumento público, deberán considerarse todos los aspectos que conllevan los derechos subjetivos de las partes.

2. *Evolución histórica del concepto de los derechos subjetivos*

Baste por ahora, dentro de este punto, iniciar un breve análisis sobre la construcción conceptual de estos derechos, la cual ha suscitado polémicas doctrinales a lo largo de la historia de la ciencia jurídica. Desde el surgimiento del concepto de “derecho subjetivo” y durante toda su evolución histórica, los problemas conceptuales han tenido una enorme repercusión en la cultura y la vida política de occidente. Si este tema, sobre el que se ha escrito

tanto y desde tantas posiciones, sigue siendo hoy motivo de innumerables debates es porque a través de él se busca explicar y resolver aquello que el individuo —o los grupos— pueden exigir de los demás o del Estado.

La primera concepción que sobre los derechos subjetivos se elabora es la civilista, y que según el jurista francés León Duguit,²⁵ descansa en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, y además, en el Código Napoleón.²⁶

Es decir, por la influencia de la teoría del derecho natural, sustentada por Grocio, Locke, los fisiócratas, entre otros, es la que se fundamenta en la idea de que el hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, indisolublemente unidos a su calidad de ser humano.

Por lo tanto, el Estado no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno, y la regla de Derecho, o Derecho objetivo, tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo y prohíbe al Estado hacer leyes o realizar actos que atenten contra ellos. El límite de la actividad de cada cual tiene por fundamento y por medida la protección de los derechos de todos.

²⁵ DUGUIT, LEÓN, *Las Transformaciones del Derecho*, Ed. Helista S.R.L., Argentina, 1975, p. 96.

²⁶ Aunque el Derecho romano pudo distinguir en ocasiones la idea objetiva del *ius*, de la subjetividad que supone la potestas o facultas, no se preocupó de matización intelectual alguna para su diferenciación, como fue tradición de utilitarismo romano. Para el romano es suficiente con conocer que su organización jurídica y política le posibilite un actuar en tanto que *civis romanus sui iuris*. Conoce y valora la importancia de la potestad, la aprecia y la defiende, pero no necesita pensarla. Durante el medievo, la concepción jurídica imperante hace necesaria la preocupación intelectual por fijar el significado de la expresión derecho subjetivo, al enfrentar la concepción romanista de la omnipotencia del poder del emperador contra los principios religiosos y morales que imponían respeto a las personas y a sus derechos naturales y derivados de la condición de tal. La trascendencia del problema se incrementará con el triunfo de la estructura feudal, que, defendiendo la importancia de los privilegios de la tierra, resalta la relevancia práctica de la defensa del derecho subjetivo, y de su inicial creación, frente a las pretensiones centralizantes de la monarquía. El Renacimiento pudo ya distinguir perfectamente dos conceptos referidos al término derecho, uno con relación al mandato contenido en la norma (*ius praeceptivum*), y otro directamente referido al ámbito de posibilidades reconocidas al hombre, por el solo hecho de serlo. Rota la relación de la persona con el estatuto social, la profesión o el oficio —propio del momento anterior—, surge el hombre, solo, independiente frente a la vida, en cuya actividad se le afirman aptitudes y posibilidades de hacer, que vienen con él mismo desde su cuna.

Para los tratadistas argentinos Enrique R. Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova,²⁷ esta posición se encuentra dentro de las denominadas teorías tradicionales, y en la que el derecho subjetivo era algo que el Derecho objetivo encontraba delante de sí ya constituido y que estaba encargado de garantizar o proteger.

Así, por ejemplo, el derecho de propiedad, como derecho subjetivo, es considerado como algo natural a cualquier persona, y el ordenamiento legal, es decir, el Derecho objetivo, se limita únicamente y exclusivamente a reconocerlo y, por tanto, a establecer las disposiciones necesarias para protegerlo de cualquier intromisión o perturbación ajena.

Los citados autores argentinos, asimismo nos explican que una de estas teorías tradicionales era la teoría de la voluntad, la cual hacía cifrar el derecho subjetivo en la facultad de obrar de la persona.

Así, para Windscheid, uno de sus expositores, por ejemplo, si el propietario tiene el derecho de enajenar sus propiedades, es el poderío o señorío de su voluntad, reconocido por el orden jurídico, el que determina su derecho subjetivo, es decir, su voluntad es decisiva para el nacimiento de sus facultades de propietario, o en otras palabras, para la actuación de los preceptos legales.²⁸

Von Ihering, quien fue uno de los impugnadores de esta concepción, encontró que ésta tuvo sus orígenes en la filosofía de Hegel,²⁹ y en la que el Derecho en sentido objetivo es la voluntad general y el derecho subjetivo es un fragmento de ésta que viene a hacerse concreto y existente en la persona privada.³⁰

Sin embargo, León Duguit nos advierte que esta teoría descansa en una concepción principalmente de orden metafísico. Y para demostrarlo cita a uno de sus más célebres exponentes, al Profesor Jellinek,³¹ quién

²⁷ Aftalión, Enrique, Fernando García Olano y José Vilanova, *Introducción al Derecho*, Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1960, p. 230.

²⁸ GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 187 y GALINDO GARFAS, ERNESTO, *Primer curso de Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México, p. 27.

²⁹ HEGEL exponía: "...en la propiedad, la persona está unida a sí misma... el aspecto accidental de la propiedad es que yo pongo en esta cosa mi querer: por tanto, mi querer es arbitrio... y la cosa sólo por mi querer puede pasar a otro...". HEGEL, G.W.F. *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 325.

³⁰ AFTALION, GARCÍA Y VILANOVA, *op. cit.*, p. 232.

³¹ Según el Maestro Eduardo García Máynez, la teoría del profesor de la Universidad de Heidelberg, para quien el derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual, es una teoría ecléctica, es decir, una combinación de las teorías opuestas, entre Winds-

sostiene que el derecho subjetivo es un poder de querer, o el poder de imponer a los demás el respeto de su voluntad. De tal manera, nos dice Duguit, la noción de derecho subjetivo, implica siempre dos voluntades, una frente de otra; una voluntad que puede imponerse a otra voluntad. Y que esto implica, también, una jerarquía de las voluntades, y en cierta forma una medida de las voluntades y una afirmación sobre la naturaleza y la fuerza de la substancia voluntad.

En su trabajo sobre las transformaciones del derecho privado, Duguit nos dice que esta es, precisamente, y ante todo, una afirmación de orden metafísico. Y se pregunta: ¿pero cuál es la naturaleza de la voluntad humana?, ¿cuál es su fuerza?, ¿Una voluntad puede ser en sí superior a otra voluntad?, y responde diciendo que he aquí unas cuantas cuestiones cuya solución es imposible en ciencia positiva.

Aftalión, García y Vilanova, agregan que otra crítica a la doctrina de la voluntad, consiste en que no contempla en absoluto, el valioso aporte que hizo el Maestro mexicano Eduardo García Máynez, y que se refiere a los casos en que la existencia del derecho subjetivo no requiere de una manifestación de voluntad de su titular, como sucede en tratándose de los derechos a la vida, a la integridad corporal o a la libertad, los cuales son conferidos por el ordenamiento jurídico sin tenerse en cuenta la voluntad de su titular.³²

Es por ello que Duguit nos dice que en contraposición a esta caduca concepción del derecho subjetivo surgió un nuevo sistema de orden realista, que elimina poco a poco su concepción metafísica.

Por tanto, y de acuerdo con León Duguit, los derechos subjetivos no pueden definirse como el reconocimiento del poder que tiene la voluntad de los sujetos, y que éste únicamente es recogido y materializado por el Derecho Objetivo.

Sin embargo, según Planiol y Ripert,³³ las ideas de Duguit no obstante corrigieron el positivismo jurídico sostenido por la doctrina alemana, por la aplicación de la idea de solidaridad social, fueron vigorosamente combatidas en Francia, sobre todo después de la guerra, advirtiéndose un renacimiento del idealismo jurídico.³⁴

cheid, para quién la voluntad del beneficiario del orden jurídico depende poner en juego los medios de garantía que el propio ordenamiento jurídico otorga, y de Jhering, para quién la nota esencial en el derecho subjetivo es el interés protegido de dicho beneficiario.

³² Argumento visible en GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 364.

³³ *Ibidem*, p. 3.

³⁴ Que niega la existencia de cualquier derecho distinto del creado y sancionado por el Estado.

Otras teorías sobre la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos, en oposición a las tradicionales, se denominan teorías unificadoras que consideran interdependientes los conceptos de Derecho objetivo y derecho subjetivo, y dentro de las cuales se encuentran las doctrinas normativistas que hacen depender el derecho subjetivo del Derecho objetivo.

Al respecto, el Maestro Eduardo García Máynez,³⁵ nos expresa que dentro de las doctrinas normativistas encontramos la teoría expuesta por el ilustre jurista Hans Kelsen,³⁶ quien plantea la siguiente cuestión: "...¿cuándo puedo decir que el derecho objetivo se ha convertido en mi derecho subjetivo?..", y responde diciendo que el derecho objetivo se transforma en derecho subjetivo cuando está a la disposición de una persona, o sea, cuando aquél hace depender de una declaración de voluntad de ésta, la aplicación del acto sancionador. Y concluye que: "... derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma..."³⁷

De hecho, el filósofo vienés desestimó la existencia conceptual del derecho subjetivo, ya que como nos explica el autor argentino Santos Cifuentes,³⁸ en la teoría pura del derecho se coloca en primer

³⁵ GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *op. cit.*, p. 191.

³⁶ Son numerosos los autores que, tomando como origen la contraposición entre el Derecho y el derecho, como dos caras de una misma moneda, han permitido a KELSEN negar la independencia del derecho subjetivo como categoría, reaccionando contra el exagerado individualismo. Comte no reconocía sino un solo derecho subjetivo: cumplir con el deber; tesis difundida por Duguit, quien no reconoce más derecho subjetivo que el adscrito al estado, línea seguida por los teóricos del régimen soviético y los nacionalsocialistas; pero también por las escuelas sociológicas (Holmes, Pound), deseosas de resolver el problema mediante la sustitución de términos. Pero son, sin duda, más abundantes las tesis defensoras de la existencia del derecho subjetivo, aunque discrepen respecto a su esencia. Tomando como punto de partida la noción hegeliana de libre voluntad, Savigny cataloga el derecho subjetivo como un poder atribuido a una persona, para actuar en una esfera en que su voluntad es soberana; que Windscheid formalizará con su noción del querer autorizado (Wollen-Duerfen). Pero hacer descansar el derecho en la voluntad no ayuda a explicar cómo quienes carecen de ella son, no obstante, titulares de aquél (locos, niños de escasa edad); objeción de Thon dirigida a fundamentar su teoría del oficio en el mecanismo de la representación, que, o se acepta, o al querer hacerla descansar en una autorización de la norma, hace que se extinga el valor de la pretendida voluntad soberana.

³⁷ GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *op. cit.*, p. 192.

³⁸ CIFUENTES, SANTOS, *Derechos Personalísimos*, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Desalma. 3ª edición, Buenos Aires, 2008, p. 116.

plano el deber jurídico, el cual no es más que la norma jurídica individualizada, y sólo cuando la norma coloca al individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor, y éste, no es más que un aspecto del derecho objetivo porque se produce la reducción o absorción del no por el otro.

El Maestro García Máynez opina que la identificación que hace Kelsen sobre las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo es errónea, ya que nos dice que la circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sean lo mismo, ya que el derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona; la regla normativa es, en cambio, el fundamento de tal facultad.

Con lo que estimamos, el Maestro García Maynez, nos acerca a una definición más jurídica, que las anteriores consideraciones, sobre lo que es el derecho subjetivo.

3. Caracteres y definición jurídica de los derechos subjetivos

Y para continuar en este mismo sentido, tomamos de forma sucinta algunos de los razonamientos que el Maestro Oscar Morineau expuso en un artículo publicado en 1954,³⁹ quién para explicarnos qué es el derecho subjetivo, nos remite inicialmente al razonamiento de que la norma jurídica regula la conducta de las personas, autorizándola o prohibiéndola, ya sea como acción o como omisión, y que la autorización de conducta hecha por la norma a un sujeto es precisamente el derecho subjetivo, y por el contrario, su prohibición es lo que se denomina deber jurídico.

Así mismo, nos dice que este binomio inseparable derecho subjetivo deber jurídico, tiene su razón en que de nada serviría autorizar una conducta a todos los hombres sobre todas las cosas, pues con ello se crearía la anarquía y el predominio del más fuerte, y que para poder autorizar una conducta jurídicamente a un sujeto, sobre un objeto determinado es necesario prohibir a los demás que actúen sobre dicho objeto, y entonces, aparece el deber jurídico como medio o consecuencia necesaria derivada de la autorización, del otorgamiento de un derecho subjetivo.

Tal autorización a la propia conducta de los sujetos en los casos en que ésta no recae sobre objetos exteriores a ellos, es de-

³⁹ Publicado en Jus, *Rivista di Scienza Giuridiche*, de Milán Italia, Nueva Serie, Anno V. Fracs II de junio de 1954.

cir, cuando se mueven, se expresan, trabajan, se asocian, etc, nos dice el Maestro Morineau, requiere igualmente imponer a los demás el deber de respetar a la conducta autorizada.

Expresa que cuando los derechos subjetivos autorizan la propia conducta del sujeto se denominan absolutos, y que éstos son reales cuando autorizan una conducta sobre las cosas.

Nos indica que tratándose de derechos subjetivos absolutos reales, la cosa es objeto de la conducta autorizada por el derecho subjetivo y prohibida por el deber correlativo, mas no es el objeto del derecho o el deber, como se ha sostenido.

Advierte que este instrumento construido para autorizar la propia conducta de los sujetos aún resulta incompleto sino aparece fundido con el derecho de exigir el deber correlativo, ya sea que esta facultas exigendi se le otorgue al derechohabiente o al Estado, pues es de la esencia de la regulación jurídica autorizar o facultar a alguien que no sea el mismo obligado a exigir el deber correlativo.

Por otro lado, nos expresa que la norma no autoriza una conducta en forma incondicionada, pues entonces no estaría regulando una conducta si a todo el mundo autorizara o prohibiera toda conducta posible; sería el caos jurídico y no la regulación jurídica de la conducta. Por tanto, para que alguien tenga el deber de entregar una cosa o de trabajar para otro, es necesario que previamente se haya realizado un hecho cuya realización depende que la norma autorice una conducta a un sujeto y la prohíba a otro y éste quede obligado a prestársela. Y nos dice que el hecho de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias —que alguien quede autorizado y otro obligado— se llama supuesto jurídico.

Por tanto, y siguiendo las ideas del Maestro Oscar Morineau, creemos que los derechos subjetivos son únicamente la autorización de la propia conducta de un sujeto, actualizando el supuesto jurídico previsto en la norma, fundida con la autorización, al mismo sujeto, de exigir el deber correlativo, o sea, el respeto de su propia conducta autorizada.

Así como que resultaría innecesario, desde el punto de vista estrictamente jurídico, tratar de definirlos utilizando cualquier otra consideración, aunque ésta resulte de gran valor, ya sea de carácter social, histórico o ideológico, ya que lo que estaríamos haciendo es definir el contenido y no el continente de este instrumento legal.

Los contenidos de los mismos, es decir, las conductas autorizadas, podrán referirse a valores que han sido de muy difícil consecución

para las sociedades, como por ejemplo la propiedad, la libertad, el sufragio, la legalidad, etcétera, pero esto no debe significar que a través de ellos se defina qué son los derechos subjetivos.

Con esto no queremos decir que para el derecho sean indiferentes estos contenidos, ya que obviamente en ningún caso podrían ir en contra del sistema jurídico imperante, sino que, en palabras del Maestro Morineau, son precisamente los valores que el propio Derecho trata de conseguir, ya que el Derecho es finalmente el instrumento creado por los hombres para lograr finalidades o valores colectivos.

En conclusión y para efectos de nuestros comentarios, creemos que desde el punto de vista estrictamente jurídico, uno de los derechos subjetivos por excelencia, el derecho de propiedad, no es el poderío o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico, siendo por ello ésta decisiva para el nacimiento de las facultades de propietario, o en otras palabras, para la actualización de los preceptos legales previstos en la norma.

Por tanto, tampoco es un derecho individual inalienable e imprescriptible, de los llamados naturales, indisolublemente unidos a la calidad de ser humano.

Si no que al ser un derecho subjetivo, de naturaleza absoluta y real, como nos enseñó el Maestro Morineau, se define como la autorización para que un sujeto, que se ubica en un determinado supuesto jurídico, como puede ser el que celebre un contrato, sea declarado heredero o sea adjudicado en un juicio, use, aproveche y disponga de una cosa, y en la forma y las condiciones previstos en la norma.⁴⁰

4. Clases de derechos subjetivos

Sin embargo, ¿porqué frecuentemente se considera a los derechos subjetivos, como derechos inviolables de las personas?, ya ante la implementación de cualquier programa gubernamental, y en el que se toman decisiones que afectan los derechos de las personas, ha tenido, y seguramente seguirá teniendo, como respuesta la inmediata invocación a su protección, incluso en términos de la concepción civilista a la que se refirió León Duguit o del *ius naturalismo* que defendieron Locke y los fisiócratas.

⁴⁰ Definición que consideramos se acerca más a una construcción estrictamente jurídica de lo que es el derecho de propiedad, como lo es también la elaborada por Julien Bonnecase.

Y ante ello, surgen las interrogantes: ¿Finalmente triunfó el concepto individualista de los derechos subjetivos?, ¿Se trata de derechos inherentes al hombre y por ello inviolables, ó son simples derechos delimitados por la norma jurídica?

Y es que en los años recientes, y ante la difusión mundial de programas que han buscado eliminar los abusos y la violencia de que han sido y son objeto millones de seres humanos, es que se ha retomado el tema de los derechos del hombre, ahora también conocidos como “derechos humanos”,⁴¹ y la idea de que éstos son los inherentes a toda persona por el sólo hecho de serlo.

Derechos que no fueron consagrados en textos legislativos constitucionales, según el Licenciado Francisco Porrúa Pérez,⁴² sino hasta la segunda mitad del siglo XVIII, con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América y la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre que siguió a la Revolución Francesa en 1789.

Y como lo expone el Doctor Sergio García Ramírez,⁴³ lo que pudo parecer suficiente para los americanos emergentes que se alejaban de la corona inglesa o para los revolucionarios que recorrían las calles de París en 1789, ya no lo es para quienes hoy transitamos las calles de las grandes concentraciones urbanas del tercer milenio.

Es por ello que, dentro de los principales derechos que actualmente están dentro de esta protección, ahora universal, se encuentran, a la libertad, a la propiedad, a la verdad, a la nacionalidad, a la legalidad e irretroactividad.⁴⁴

Pero si estos derechos son considerados universalmente como inviolables de los seres humanos, ¿cómo podrían entonces buscarse las justificaciones legales que permitan supeditar estos derechos de las personas a las disposiciones de interés público?, y más aún, si en ellas, por ejemplo, se contemplan disposiciones que obliguen

⁴¹ Aunque esta expresión nace en el ámbito del derecho internacional, ya adquirió carta de naturalización en la mayoría de los países, como en México, en donde se han creado comisiones de derechos humanos, tanto a nivel federal como en todos los estados de la República.

⁴² PORRÚA PÉREZ, FRANCISCO, *Teoría del Estado*, Ed. Porrúa, México, 2004.

⁴³ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y la Justicia Penal*, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 10

⁴⁴ Debemos reconocer, además, que existen otros, de carácter político, como el de sufragio, los cuales se han ido incorporando gracias a las victorias de los regímenes democráticos.

a sus titulares a ejercerlos de determinada forma o inclusive a limitarlos.

Encontrar una respuesta positiva, en ese contexto, podría resultar insuperable.

Y más aún, si destacados juristas, como el Maestro Antonio De Ibarrola, han afirmado que uno de los derechos subjetivos por excelencia, el derecho de propiedad, no depende de la arbitraria voluntad del gobernante, ni puede éste abolirlo o limitarlo en forma contraria al derecho natural, ya que no es una concesión graciosa del Estado a los particulares, y por tanto, únicamente debe tutelarlos y reglamentarlos.⁴⁵

Sin embargo, es aquí donde resulta pertinente elaborar una precisión jurídica, y en la que tomaremos como ejemplo, nuevamente, al derecho subjetivo de propiedad.

Esta se refiere a que el acuerdo unánime sobre las condiciones de vida, subsistencia y desarrollo a que tiene derecho todo ser humano, y entre las cuales se encuentra la de ser propietario, es una garantía que les debe otorgar todo ordenamiento jurídico para acceder a la propiedad, y para no permitir perturbaciones en ella de forma ilegítima.

En tal virtud, todas las personas, por el sólo hecho de serlo,⁴⁶ tienen el derecho de ser propietarios, es decir, tienen el “derecho a la propiedad”, así como también tienen derecho a no ser privados de ella de manera ilegal. Lo contrario, sería una violación a los derechos humanos.

Pero lo anterior no significa que la específica regulación jurídica de esa propiedad a la que accedimos, que si bien, por su propia naturaleza, también debe considerar su protección contra actos ilícitos, se encuentre inmersa en el concepto de los “derechos humanos”.

Es decir, esa regulación que se denomina “derecho subjetivo de propiedad”, como instrumento jurídico en el que se contiene a la

⁴⁵ DE IBARROLA ANTONIO, *Cosas y Sucesiones*, Ed. Porrúa, México, 1986, pp. 282 y 288.

⁴⁶ De acuerdo al artículo 22 del Código Civil Federal mexicano, y sus concordantes de las entidades federativas, para el caso de las personas físicas, éstas son titulares de derechos desde su nacimiento, e inclusive desde el momento en que son concebidas, ya que por Ley se les tiene por nacidas, aunque en este último supuesto, para que se confirmen sus derechos, de conformidad con el artículo 337 del mismo ordenamiento, es necesario que el feto, desprendido enteramente del seno materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil.

propiedad, no es un derecho individual inalienable e imprescriptible, de los llamados naturales, indisolublemente unidos a la calidad de ser humano, sino que es el “derecho a la propiedad” o derecho público subjetivo, el que sí reúne dichas características y se encuentra enmarcado dentro de los derechos humanos, y que por tanto, sí debe tenerlo todo ser humano por el sólo hecho de serlo.

Porque una vez que somos propietarios, gracias a que teníamos el derecho de serlo, somos ahora titulares de otro derecho, el de propiedad. Los dos son derechos distintos; el primero (derecho subjetivo) garantiza el acceso al segundo (derecho público subjetivo), y en consecuencia, su tratamiento jurídico también es diverso.

Lo anterior, se confirma recordando, como nos dice el propio Maestro Antonio De Ibarrola,¹⁷ que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se estatuye que toda persona, sola o en colectividad, tiene derecho a la propiedad.

Así como el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, denominada también como Pacto de San José, titulado “Derecho a la Propiedad Privada”, establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes.

Igualmente que la Declaración de París de 1948, dispone que ninguna persona puede ser privada de sus bienes de forma arbitraria, sino que deberá ser mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley, con lo que ambos pactos reconocen el principio de legalidad a que deben estar sujetos los derechos de las personas.

Por tanto, y adicionalmente a las consideraciones que puedan argumentarse sobre la importancia política, social y económica de los derechos humanos, que si bien constituyen un elemento indispensable de justicia e igualdad en las sociedades actuales, o bien sobre su específica regulación legal, creemos que se debe concluir que el derecho de propiedad, es la autorización contenida en una norma jurídica para que un sujeto, que ha adquirido una cosa por alguno de los medios previstos en la Ley, la use, aproveche y disponga de ella, y en la forma y las condiciones previstos en dicha disposición normativa.

Así como que, el derecho de propiedad, como derecho subjetivo, no es el poderío o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico, siendo por ello ésta decisiva para el nacimiento de las

¹⁷ DE IBARROLA ANTONIO, *op. cit.*, p. 280.

facultades de propietario, o en otras palabras, para la actualización de los preceptos legales previstos en la norma, ni tampoco es un derecho individual inalienable e imprescriptible, de los llamados naturales, indisolublemente unidos a la calidad de ser humano.

Sin embargo, resulta pertinente aclarar aquí, que el sentido de inviolabilidad de la propiedad postulado por la Declaración de los Derechos del Hombre surgida de la Revolución Francesa, sí es un derecho público subjetivo acogido y vigente en los sistemas jurídicos de nuestras naciones, por cuanto hace al hecho de que nadie puede ser privado de ella, a no ser que lo exija evidentemente la necesidad pública.

Otra forma de apreciar esta distinción entre los derechos subjetivos y el derecho a su acceso y ejercicio (derechos públicos subjetivos), se ubica dentro del análisis, por cierto también polémico, sobre la necesaria o no correlatividad entre derecho subjetivo y deber jurídico. Wesley Newcomb Hohfeld⁴⁸ nos ha mostrado claramente, a través de su cuadro de correlativos jurídicos, que para tres de los sentidos en que solemos decir que tenemos un derecho —privilegio, poder e inmunidad—, el término “deber” no aparece como correlativo. Este autor reservó el término “deber” para limitar el sentido de lo que llamó derecho en sentido estricto o pretensión.

El uso del concepto de derecho subjetivo en sentido amplio es de enorme relevancia en el Derecho objetivo; de hecho, es así como suele emplearse con más frecuencia esta noción. En el Derecho público es particularmente relevante cuando se habla de derechos fundamentales o de derechos humanos, como el derecho a la vida, la libre expresión, etc., pero también en el Derecho privado cuando se habla del derecho de propiedad.

En una interesante investigación realizada durante su estadia en la universidad de Alicante, España, el Doctor Juan Antonio Cruz Parceró⁴⁹ sostiene la tesis de que para el derecho subjetivo, en sentido amplio, los términos “derecho” y “deber” no son necesariamente correlativos. El verlo del modo contrario, sostiene dicho autor, ha dado origen a muchas confusiones y a muchas disputas tratando de encontrar el “verdadero” deber correlativo

⁴⁸ CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO, *El Concepto de Derecho Subjetivo en la Teoría Contemporánea del Derecho*, Distribuciones Fontamara, Primera Reimpresión, México, 2004, p. 297.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 299.

de este tipo de derechos en sentido amplio, y se ha llegado a postular que existe un deber general de no interferir correlativo de estos derechos.

En este sentido podemos decir que el derecho (en sentido amplio) no es necesariamente correlativo de una obligación, aunque necesariamente será correlativo bien de obligaciones, o bien de no-derechos, sujeciones o incompetencias.

Desde nuestro punto de vista, puede concluirse que la afirmación de que siempre que hay un derecho hay un deber, tiene sentido sólo si nos referimos al derecho en sentido estricto o pretensión, es decir, si nos estamos refiriendo a una determinada relación jurídica. Así, también, tendrá sentido decir que puede haber derechos sin deberes, si hacemos referencia a un derecho en sentido amplio que esté formado de privilegios, poderes o inmunidades, y entonces podemos hablar de los derechos subjetivos denominados derechos humanos o derechos fundamentales.

5. *Derechos fundamentales y derechos de la personalidad*

En este orden de ideas, los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos (o más bien derechos públicos subjetivos), que está formado de privilegios, poderes o inmunidades, de los cuales es titular el hombre por el mero hecho de ser hombre. Es decir, que son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su raza, condición, sexo o religión.

Se designan con varios nombres: derechos humanos, derechos del hombre, derechos de la persona humana. Se emplea, en fin, el término derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales constituyen para los ciudadanos la garantía de que todo el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana.

Nuestras constituciones consagran en su texto los derechos fundamentales, inspirados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que sobre las mismas materias hayan sido ratificados.

Por lo que respecta al concepto de los derechos de la personalidad, el jurista mexicano Ignacio Galindo Garfías⁵⁰ nos dice que el objeto de los mismos consiste en el goce de bienes fundamen-

⁵⁰ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *Derecho Civil. Primer Curso*, Ed. Porrúa, México, 23^a edición, 2004, p. 322.

tales o esenciales a la vida espiritual y física del hombre, son cualidades reconocidas a la persona en el ordenamiento jurídico, que constituyen los presupuestos o requisitos necesarios para el goce de los demás derechos, pecuniarios o no pecuniarios, constitutivos del patrimonio de una persona, tanto en el sentido económico como en el sentido moral.

6. Cuestión terminológica. Derechos fundamentales en la terminología constitucionalista y derechos de la personalidad en la civilista

6.1. Derechos fundamentales

Desde el punto de vista de la terminología constitucionalista, en términos generales, nuestras naciones han adoptado la protección de estos derechos como garantías que ofrece el Estado para su acceso y ejercicio,⁵¹ y que pueden resumirse en los siguientes:

- A la libertad.
- A la dignidad.
- A la inviolabilidad del domicilio.
- Al secreto de comunicaciones.
- A la libre elección de residencia y circulación en sus territorios.
- A la libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones.
- A la prohibición del secuestro de publicaciones.
- A la libertad de reunión.
- Al derecho de huelga.

Por lo que se refiere a la terminología civilista, es decir, a la inclusión de los derechos subjetivos, en amplio sentido, que contemplan nuestras legislaciones, encontramos el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad y a la seguridad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y conciencia, a la libre profesión de una religión y a la inviolabilidad del domicilio.

Se agregan a los anteriores, aquéllos que igualmente han sido denominados como “Derechos políticos”, y que se refieren a la intervención del ciudadano en la vida pública. Por ejemplo:

⁵¹ Como ejemplos encontramos: los artículos 1 a 19 de la Constitución de la República Federal Alemana; artículos 8 a 32 de la Constitución Belga; artículos 71 a 79 de la Constitución Danesa y artículos 14 al 29 de la Constitución Española.

la libertad de expresión y de información, libertad de asociación y reunión, libre acceso a la justicia, derecho al sufragio, a participar en el gobierno, a exigir del poder que rinda cuentas de su actividad, etc.

Cabe mencionar aquí las destacadas características de este tipo de derechos subjetivos y que los hace claramente diferenciables de aquéllos que lo son en sentido estricto. Los derechos fundamentales poseen las siguientes características:

- imprescriptibles: No les afecta la prescripción.
- inalienables: No son transferibles a otro titular.
- irrenunciables: De modo que el sujeto no puede renunciar a ellos.
- universales: En el sentido de que son poseídos por todos los hombres.

6.2. Derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad, que son los mismos derechos humanos pero protegidos por la legislación civil, ya se encontraban regulados en el Derecho Romano. Sin embargo, muchos de los códigos civiles mexicanos no los contemplan ni regulan. La explicación de esta omisión tal vez se deba a que estos ordenamientos legales tomaron como ley modelo, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal, ordenamiento jurídico que omite su regulación.

Para poder apreciar la distinción conceptual entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, la advierte claramente Pacheco Escobedo⁵² de la siguiente forma "...Aunque el contenido de estos Derechos del Hombre en ocasiones puede presentarse como similar al contenido de los Derechos de la Personalidad, el enfoque es totalmente distinto. En el primer caso estamos frente a un derecho político que el ciudadano tiene ante el Estado. En cambio los Derechos de la Personalidad, son más bien el desarrollo actual dentro del Derecho Privado de aquél antiguo *ius in se ipsum*, o sea el derecho sobre sí mismo y la obligación que tienen los demás de respetar ese derecho. La primitiva concepción del derecho sobre la propia persona, ha sido superada y matizada y se entiende actualmente por Derechos de la Personalidad, los

⁵² PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO, "La Persona en el Derecho Civil Mexicano", 1 ed., Panorama, México, 1985, p. 54.

que corresponden a determinadas cualidades o atributos físicos o morales de la persona humana.

6.3. Recorrido histórico

El disfrute de los derechos fundamentales ha sido fruto de una continua lucha del individuo frente al Estado, empeñados durante siglos en un pulso en el que, poco a poco, han ido arrancando trabajosamente sucesivos reconocimientos de derecho por parte del Estado, poco propicio a tales concesiones porque comprendía que cada una de ellas representaba una limitación a su poder.

Ni los griegos, ni los romanos, concebían un área de autonomía del individuo frente al Estado; para ambos no existía la libertad individual fuera de la libertad de la ciudad. Particularmente en Grecia la libertad subjetiva se realizaba en unidad espontánea con el fin universal. Sin embargo, esta afirmación general debe ser matizada, tanto por lo que se refiere a Grecia como a Roma. En Grecia ya los estoicos y el pensamiento sofista entendía la idea de igualdad como natural a los hombres, es en la tragedia «Antígona» donde Sófocles nos habla de la necesidad de respetar leyes no escritas superiores a las del Estado. En Roma, la aportación más importante, aunque mediata e indirecta, es el nivel técnico que alcanzaron los romanos en la defensa del interés individual en el Derecho Privado, avance que sienta las bases para un reconocimiento de los derechos en el área pública.

En la Edad Media aparecen las primeras declaraciones de derechos, aunque de forma fragmentaria y con significación equívoca. Las Cartas Magnas, tanto desde el punto de vista de su elaboración, como desde el de sus destinatarios, son documentos estamentales que se limitan a recoger privilegios de un sector social determinado. Su mayor logro está en que estas declaraciones son textos jurídico-positivos, es decir, hacen posible promover con arreglo a ellos una acción ante el juez.

En el Absolutismo es cuando se dan los presupuestos ideológicos necesarios para la aparición de los Derechos denominados fundamentales, debido, sobre todo, al nacimiento del capitalismo y una nueva clase social, la burguesía.

Pero es en las Declaraciones de Derechos Americanas donde ya nos encontramos con verdaderos textos jurídicos que contienen, no sólo facultades reconocidas a los individuos, sino también la exis-

tencia de una conducta, negativa por lo general, del Estado respecto a dichas facultades. Estos derechos son accionables ante el juez, que puede declarar la constitucionalidad de las leyes que los vulneran, contrarían o menoscaban. Mención especial merece la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” de 1789, en la que se consagra definitivamente los derechos y libertades públicas. Se trata de una proclamación de principios de carácter filosófico que descuida el problema de sus garantías y efectiva realización. Se caracterizan estos derechos, por tratarse de derechos naturales, irrenunciables y universales. Son derechos anteriores a la sociedad, que sólo exigen del Estado una conducta negativa de abstención y respeto. Son derechos absolutos que no admiten condicionamiento alguno. Son derechos individuales que no contemplan la situación de la persona integrada en grupo. Son derechos abstractos, descuidándose los aspectos procesales para exigirlos.

6.4. Perspectiva jurídica-política (constitucional) y jurídica-privada (civil)

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, los derechos fundamentales protegen los derechos humanos en general, desde la vida y la salud hasta los derechos políticos y sociales, como el derecho de voto y el de ser oído y vencido en juicio. Los derechos de la personalidad constituyen un núcleo íntimo de derechos de la persona, como el derecho al nombre, al honor y a la fama, a la imagen, a la intimidad, etc.

Tanto los derechos fundamentales como los derechos de la personalidad son derechos humanos y tienen las mismas características de ser innatos, inalienables, absolutos y esenciales, y pueden ser los mismos. La diferencia se encuentra en que los derechos de la personalidad se ubican en la esfera de mayor intimidad de las personas.

Considerando el orden legal en donde se encuentran protegidos, los derechos fundamentales se encuentran protegidos normalmente en las Constituciones. Los derechos de la personalidad están regulados y protegidos en los Códigos Civiles. Puede darse una doble protección a estos derechos. Por ejemplo, el derecho a la vida, regularmente se encuentra protegido tanto por las Constituciones como por las legislaciones Civiles.

Atendiendo al medio de defensa, los derechos fundamentales son protegidos por las garantías individuales y, cuando han sido

violados, se restablecen mediante el juicio de amparo que se tramita ante las autoridades judiciales federales.

Aunque en el caso mexicano la primera parte de la Constitución (parte dogmática) se intitula “De las garantías individuales”, es necesario distinguir los términos. No son lo mismo los derechos garantizados que las garantías del ejercicio de los mismos.

A pesar de que el título primero se denomina “De las garantías individuales”, los que del artículo 1 al 28 se enlistan son los derechos fundamentales, no todos son las garantías. Las garantías son los mecanismos que hacen posible el ejercicio de los derechos cuando éstos han sido violados por alguna autoridad.

Aunque lo trataremos adelante, por ahora baste decir que los derechos de personalidad se protegen por medio de los juicios de responsabilidad civil y daño moral. Mediante el juicio de responsabilidad civil, la persona que ha sufrido una lesión a sus derechos de la personalidad puede reclamar el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren causado, y a través del juicio de daño moral, puede reclamar además una indemnización pecuniaria por el sufrimiento que se le ha causado.

6.5. Origen y fundamento: Concepción *ius naturalista* y *ius positivista*

Como hemos advertido en las líneas anteriores, en tratándose de la evolución histórica del concepto de los derechos subjetivos, y más aún, en el de los derechos públicos subjetivos o también denominados derechos fundamentales, persiste hasta nuestros días el debate sobre si dichos derechos son previos a su positivación, según el concepto *iusnaturalista*, o si en su defecto, como postula el filósofo español Gregorio Peces-Barba⁵³ constituyen la inserción de valores en las normas jurídicas en el Derecho Positivo, y la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de acuerdo al concepto *ius positivista*.

Dentro de esta última concepción, dicho autor fundamenta los derechos humanos en la moral, aunque sólo tienen plenitud como derechos cuando se les positiva, cuando acceden al Derecho Positivo. Sostiene que hay valores supremos, como la igualdad, la

⁵³ Citado por BEUCHOT, MAURICIO, *Filosofía y Derechos Humanos*, Editorial Siglo XXI, editores, México, 1993, p. 27.

justicia y el respeto a la dignidad humana, que deben plasmarse positivamente en las constituciones de los países.⁵⁴

El concepto que le parece clave en la fundamentación de los derechos humanos, es el que combina la libertad y la igualdad, ya que la libertad social, política y jurídica es el cauce del desarrollo de la dignidad humana. De acuerdo con ello, los derechos humanos se fundamentan en su condición de instrumento necesario para la realización del dinamismo que conduce desde la libertad de elección a la libertad moral, del proceso de emancipación que es la vocación de realización de la condición humana. Y concluye que hablar de derechos humanos supone hablar de una realidad integrable en el Derecho positivo como un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad.⁵⁵

En el ámbito latinoamericano, Roberto José Vernengo, argentino especialista en la obra de Hans Kelsen, considera una postura iusnaturalista la de los que postulan un fundamento moral para los derechos humanos, pues dice que es en realidad un fundamento metafísico disfrazado. Expresa que al no pertenecer los derechos morales a un conjunto normativo y al carecer de positivación, no tienen la aplicabilidad que sería deseable, ya que sus condiciones de aplicación a lo sumo serían metafóricas.⁵⁶ Concluye que es como querer dar a los derechos humanos fuerza moral por pensar que no tienen suficiente fuerza jurídica.

Por lo que respecta a la concepción iusnaturalista, el español Javier Hervada, fundamenta los derechos humanos en la naturaleza del hombre y expresa que una de sus notas esenciales es que estos derechos son preexistentes a las leyes positivas, por lo tanto, no pueden tener fundamento en la convención ni en la mera ley positiva; más bien, por ser derechos del hombre, tienen fundamentación en su naturaleza.

Agrega que sólo el auténtico derecho natural, y no la política, es la base inmovible de los derechos humanos. Sólo si se acude a ese fundamento realista y iusnaturalista se podrá evitar que tales derechos sean manipulados o controlados política e ideológicamente.⁵⁷

⁵⁴ Peces Barba, parte del positivismo de formal o formalista de Kelsen, pero lo corrige incorporando elementos materiales a ese convencionalismo, es decir, introduce elementos éticos como norma básica material.

⁵⁵ Aquí recordamos el derecho reflejo de Kelsen y a Wesley Newcomb Hohfeld con su cuadro de correlativos jurídicos.

⁵⁶ BEUCHOT, MAURICIO, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁷ BEUCHOT, MAURICIO, *op. cit.*, p. 29.

Nuevamente en el ámbito latinoamericano, el chileno Carlos Ignacio Massini, expresa que sólo a partir de una posición iusnaturalista es legítimo y coherente hablar de derechos humanos, ya que toda vez que si tales derechos pueden reclamarse o esgrimirse contra las legislaciones consideradas opresivas o contra los actos de gobierno que se siguen de ellas, resulta evidente que han de tener su fundamentación en ciertos principios diversos de esas legislaciones positivas.⁵⁸

6.6. Los derechos de la personalidad como verdaderos derechos positivos

Podemos considerar los derechos de la personalidad como el conjunto de derechos fundamentales que protegen los bienes constitutivos del núcleo más íntimo del ser humano. Son derechos que le son necesarios para lograr sus fines y que, en consecuencia, le pertenecen por el solo hecho de ser persona.

El derecho es un término análogo, por lo que se aplica a varios objetos de conocimiento que son en parte semejantes y en parte diferentes. En primer término, derecho es lo justo objetivo que se le debe a otro. Derecho es también la norma de conducta imperativo-atributiva, impuesta en forma obligatoria por la autoridad competente para regular la vida dentro de la sociedad. Y finalmente, derecho es la facultad, derivada o protegida por la norma jurídica, para exigir lo suyo de cada quien, lo que a cada uno le corresponde.⁵⁹

Los derechos de la personalidad no son otra cosa que derechos subjetivos humanos. De ahí que estos derechos se ubiquen en la tercera de las connotaciones anteriormente señaladas. Son facultades derivadas de una norma de Derecho Natural, que halla su fundamento en lo que es adecuado a la propia naturaleza humana. Gracias a ellos se tiene la posibilidad de exigir lo que a cada persona le corresponde.

Desde un punto de vista iusnaturalista, los derechos humanos son los derechos naturales de la persona humana. Por el hecho de ser persona, cada hombre es titular de un conjunto de derechos que le corresponden naturalmente, anteriores a cualquier intervención del Estado y que deben ser reconocidos y protegidos por éste.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁹ GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, *Temas de Filosofía del Derecho*, Ed. Noriega Editores, México, 2002, p. 17.

En los países de Derecho Romano Canónico (Derecho escrito por oposición a derecho consuetudinario o Common Law), en donde sus normas fundamentales se encuentran plasmadas en un documento jurídico político llamado Constitución, los medios de protección a los derechos humanos fundamentales, se encuentran ahí mismo establecidas.

Además de los derechos humanos que se encuentran protegidos y garantizado su ejercicio en las Constituciones, existe otro cuerpo de derechos humanos que sin dejar de ser derechos fundamentales y originales, se refieren al núcleo más íntimo de las personas y que el Derecho Civil denomina "Derechos de Personalidad".

Los derechos de la personalidad, al ser derechos naturales, gozan de las mismas características de todos los derechos derivados del Derecho Natural. Éstas son:

I. Esenciales. Esencia de una cosa es el conjunto de las propiedades que la constituyen como tal. Es aquello por lo cual un ser es lo que es y no algo diferente. Los derechos de la personalidad se encuentran dentro de estas propiedades, por lo que sin ellos las personas dejarían de ser personas humanas.

II. Personalísimos. Cada persona es un ser único e irrepitible, con un conjunto de derechos que sólo a ella le corresponde ejercer y que por lo tanto no puede realizar a través de representante o de terceras personas.

III. Originarios e Innatos. Estas dos características de los derechos de la personalidad son similares. Son derechos propios de la naturaleza humana, por lo que la raíz y el origen de ellos se encuentra en la propia naturaleza y los adquiere la persona desde el momento de la concepción.

IV. Sin contenido patrimonial. El contenido de los derechos de la personalidad es tan valioso que no puede ser apreciado en dinero. Ello significa que no pueden ser objeto de transacción comercial ni de transmisión alguna, por la que se obtenga a cambio un pago o compensación.

V. Absolutos. Son absolutos los derechos que valen en todas las circunstancias y frente a todas las demás personas. Y no pueden ser disminuidos ni relativizados bajo ninguna circunstancia ni por persona alguna.

VI. Inalienables e Intransmisibles. Como se apuntó en la fracción IV, al no tener contenido patrimonial, los derechos de la personalidad no pueden ser objeto de enajenación (alienación) ni de transmisión.

VII. Imprescriptibles. El transcurso del tiempo no puede ser nunca la causa de la adquisición o pérdida de estos derechos. Los derechos de la personalidad permanecen con la persona desde antes de su nacimiento hasta su muerte. El hecho de que una persona, por su conducta negativa o su comportamiento inmoral, haya conculcado su imagen, no significa que haya perdido su dignidad de persona y aun así conserva sus derechos fundamentales.

VIII. Irrenunciables. Ni siquiera la voluntad libre de una persona puede privar de su eficacia a estos derechos, por no tener contenido patrimonial. Solamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de renuncia.

Por su parte, Ignacio Galindo Garfías⁶⁰ nos dice que la doctrina ha ofrecido varias definiciones de los derechos de la personalidad, aunque en rigor, ninguna es lo suficientemente explícita para reflejar la verdadera naturaleza de estos derechos. Sin embargo, se les puede identificar por características que los distinguen de otros derechos:

- Son derechos subjetivos;
- Son derechos originales, esenciales y absolutos, (erga omnes);
- Se adquieren desde el momento de la concepción (innatos);
- Son imprescriptibles extrapatrimoniales (inalienables, inembargables), intransferibles e irrenunciables;
- Son individualizados por el ordenamiento jurídico;
- Confieren la facultad para exigir del Estado protección y garantice el ejercicio de la categoría de persona, y para exigir de cualquier particular respeto a las cualidades que integran dicha categoría (bienes morales: vida, integridad corporal, honor) ;
- Son condición fundamental para la existencia y desarrollo de la vida de la persona, como ser humano;
- Su lesión provoca un daño no patrimonial, no resarcible en dinero sino compensable;
- Se imponen al derecho objetivo por su naturaleza humana sustancial;
- Su objeto no es la persona del titular, sino la protección de los derechos esenciales de esa persona, necesarios y constitutivos de su personalidad en el mundo del Derecho.

⁶⁰ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *op. cit.*, p. 338.

6.7. Regulación internacional de los derechos de la personalidad⁶¹

A efectos de crear una declaración de derechos, es decir, una lista completa de derechos humanos que permitiese poner en marcha la promoción y defensa de los principios establecidos en la Carta de Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social, creó en 1946 su Comisión de Derechos Humanos.

Esta Comisión tuvo como principal misión redactar la Carta Internacional sobre los Derechos Humanos, concebida en tres partes: una declaración, un pacto y medidas de aplicación.

Después de un cuidadoso escrutinio y de numerosas votaciones sobre prácticamente cada una de las cláusulas y palabras, la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 1º de diciembre de 1948, en el Palacio de Chaillot de París. Desde entonces, en ese día se celebra el “Día de los derechos humanos”.

Esa fue la primera vez que una comunidad organizada de naciones se puso de acuerdo sobre las normas que permitirían evaluar el trato que recibían sus ciudadanos y ciudadanas. Si bien la historia conoció documentos previos —como la Declaración de Independencia de Estados Unidos, de 1776, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa, de 1789— que reclamaban los derechos naturales, iguales y universales para los individuos, la declaración de 1948 fue el primer instrumento con valor universal adoptado por un organismo internacional en la historia.

En ella se incorporaron valores comunes inherentes a los principales sistemas jurídicos y tradicionales religiosos y filosóficas del mundo. Desde el momento en que se adoptó, y hasta nuestros días, representa una declaración de las metas y aspiraciones que la comunidad internacional comparte y busca alcanzar.

Así, reconoce y afirma que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los mismos y de las libertades fundamentales, por lo que debe ser su principal beneficiario y debe participar activamente en su realización.

A sesenta años de su proclamación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos continúa más vigente que nunca y su plena garantía es aún una aspiración para la comunidad internacional.

⁶¹ En el desarrollo de este tema, nos basamos en la información contenida en el libro: ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA, EMILIO, *Para Entender Los Derechos Humanos en México*, Ed. Nostra Ediciones, México, 2009, pp. 15 a 20.

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que a grandes rasgos, los derechos humanos pueden definirse como los derechos inherentes a nuestra naturaleza sin los que no podemos vivir como seres humanos (...) nos permiten desarrollarnos plenamente y hacer uso de nuestras cualidades humanas, nuestra inteligencia, nuestras aptitudes y nuestra conciencia (...) se basan en el deseo, cada vez más extendido en la humanidad, de vivir una vida en la que se respeten y protejan la dignidad y valor inherentes de cada ser humano.

6.8. Naturaleza jurídica de estos derechos

Ignacio Galindo Garfías⁶² nos dice que algunos autores sostienen que los derechos de la personalidad no coinciden con la categoría jurídica de los derechos subjetivos, porque dicen, que la persona no puede al mismo tiempo ser sujeto y objeto de derechos, facultades y obligaciones.

Ahora bien, el objeto de estos derechos, cita a Beltrán Heredia, no es el bien en sí, como no lo es la cosa en el derecho de propiedad, sino el interés que el bien material o inmaterial representa para su titular, por lo cual, el Derecho lo reputa digno de protección y a través de las correspondientes acciones que la ley al efecto establece. Además existe el elemento subjetivo constituido por dicho titular (sujeto activo) y todos los demás (sujetos pasivos, los terceros).

Sostiene que es claro que son auténticos derechos subjetivos en los que coincide el interés del particular, para gozar plenamente de ellos, y el interés social expresado en el respeto que todos los terceros deben observar frente a su titular.

Así mismo, expresa que la nota característica de los llamados derechos de la personalidad, es que no se trata propiamente de un conjunto de derechos atribuidos a su titular, sino de un elenco de deberes impuestos a los miembros del grupo social en sus relaciones con todos los otros integrantes que les obliga a respetar la dignidad y la calidad intrínseca de todas las personas. El bien jurídico protegido por esos derechos esenciales, no es la persona misma (sujeto), sino su dignidad personal (objeto) no tanto en cuanto se relacionan con la persona, sino en tanto son materia de tutela jurídica, contra

⁶² GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *op. cit.*, p. 345.

abusos y usurpaciones por otros sujetos. Tales derechos de la personalidad (no la personalidad misma) por una parte quedan objetivados y surgen como “bienes jurídicos” y por lo tanto son la materia de los correspondientes derechos subjetivos.

Por otra parte, la materia de los derechos de la personalidad posee objetividad desde su origen como en el caso del derecho subjetivo a la imagen, al producto de la actividad intelectual, a la carta misiva, etc. Los derechos de la personalidad, abreviando, se refieren a un complejo de bienes, valores que el derecho protege en razón de que son inmanentes, son la esencia misma del ser “persona”. La persona constituye el contenido del concepto jurídico “personalidad”, pero su objeto no recae en la persona misma, sino sobre el conjunto de bienes o valores superiores, de orden moral que integran la personalidad.

Este concepto de personalidad es precisamente el punto de vinculación que existe entre el hombre en su calidad de persona y la norma jurídica o derecho objetivo, de ahí que los derechos de la personalidad se dirigen a proteger la posibilidad que tiene la persona de actuar como tal en el campo del Derecho, pues su objeto es garantizar los “bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, individualizadas por el ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a su aspecto como derechos humanos, éstos son valores, acuerdos políticos y normas jurídicas. Como valores deben ser traducidos en principios o acuerdos políticos y, para exigir su cumplimiento, deben concretarse en normas jurídicas o leyes. Lo anterior significa que no son algo terminado, sino que responden a necesidades fundamentales que no han sido completamente satisfechas y que se manifiestan en luchas y movimientos sociales.

Tal y como lo señala el segundo artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son derechos que nos pertenecen a todas y todos por el simple hecho de ser seres humanos:

- 1) Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- 2) Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo

administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Aunado a ello, la plena vigencia y respeto de los derechos inherentes a la persona constituye un elemento fundamental de todo Estado constitucional democrático de derecho. Por lo mismo, los gobiernos de cada país deben garantizar el cumplimiento de estos derechos a todas y todos sus habitantes.

Su consagración en diversos instrumentos internacionales, así como en nuestros ordenamientos constitucionales, es resultado del desarrollo de las ideas políticas y sociales de la humanidad, así como de la lucha de los pueblos por su libertad y por alcanzar fórmulas óptimas de convivencia.

Inspirados en valores de dignidad, justicia, igualdad y libertad, implican obligaciones a cargo de los Estados, a quienes les corresponde garantizar las condiciones para que sus habitantes puedan hacer efectivos estos derechos, de forma que sólo ellos pueden ser considerados responsables de violarlos. Son dos las formas en las que quienes detentan el poder público pueden cometer una violación a los derechos humanos: por acción o por omisión; es decir, por algo que el Estado hizo o por algo que debía hacer y no realizó.

Por lo tanto, el marco legal de los derechos humanos obliga a los gobiernos a actuar a favor de las personas y a omitir acciones que puedan perjudicarlas jurídica, física o psicológicamente.

Para comprender mejor esta idea puede tomarse como ejemplo el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que es fundamental para la sobrevivencia de todas las personas. Si bien los particulares pueden ser responsables de malgastar un recurso prioritario como el agua, de tirar basura en la calle, de no separar los residuos, de utilizar excesivamente el automóvil; o bien las empresas pueden ser responsables de verter contaminantes en los ríos, mares y atmósfera, el Estado es quien está cometiendo la violación a este derecho, pues a él corresponde velar porque estas situaciones no ocurran, legislar para imponer sanciones a estos actos dañinos e intervenir para sancionar a quienes los realizan.

Así, si bien los principales obligados son las autoridades y servidores públicos, todos —iglesias, partidos políticos, empresas, sindicatos, comunidades indígenas, padres y, en general, cualquier individuo— debemos respetarlos y promover su plena realización. Por ello, es fundamental tener presente que el único límite a todos los derechos humanos de una persona son los derechos de los demás.

Las principales características de los derechos humanos son:

- Son universales. Se aplican a todas las personas por igual, pues todos tenemos la misma dignidad.
- Son integrales. Al violarse un derecho inmediatamente se vulnera otro. Se dice que son integrales porque son independientes. No se pueden respetar aisladamente; debemos buscar el cumplimiento de todos para que realmente vivamos en una sociedad justa y digna.
- Son obligatorios. Por ser naturales y universales todos debemos respetarlos. También es necesario que todo ordenamiento jurídico los proteja para que pasen del plano de los valores al de la realidad jurídica. Los derechos humanos son valores y garantías que deben ejercerse y debe lograrse su cumplimiento.
- Son sancionables. A su incumplimiento corresponde una sanción determinada por la legislación correspondiente.
- Son irrenunciables. Nadie puede renunciar o despojarnos de ellos. Son intransferibles. No se pueden ceder a otra persona.
- Son naturales. Existen por el hecho mismo de que todos compartimos la naturaleza humana. Por lo tanto, no distinguen raza, sexo, posición social, religión, orientación sexual, posición económica, ideológica, política o laboral.
- Son históricos. Son un concepto que se ha ido fortaleciendo con el tiempo y a todos nos toca incidir en su fortalecimiento desde nuestro quehacer cotidiano.

6.9. Clasificación de los derechos de la personalidad

Una inicial clasificación, en términos generales, bien podría elaborarse de la siguiente forma:

Derechos Civiles: Son los que afectan de modo más directo a la persona. Se encuentran entre ellos como más importantes el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad y a la seguridad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y conciencia, a la libre profesión de una religión y a la inviolabilidad del domicilio.

Derechos políticos: Son los que se refieren a la intervención del ciudadano en la vida pública. Por ejemplo: la libertad de expresión y de información, libertad de asociación y reunión, libre acceso a la justicia, derecho al sufragio, a participar en el gobierno, a exigir del poder que rinda cuentas de su actividad, etc.

El maestro y jurista mexicano Ernesto Gutiérrez y González,⁶³ nos dice que el primero en elaborar una detallada clasificación es De Cupis, de la siguiente forma:

- I. Derecho a la vida y a la integridad física, que comprende:
 - Derecho a la vida;
 - Derecho a la integridad física;
 - Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver.
- II. Derecho a la libertad.
- III. Derecho al honor y a la reserva, el cual comprende:
 - Derecho al honor;
 - Derecho a la reserva (comprendiendo además de otras manifestaciones, el derecho a la imagen);
 - Derecho al secreto. (Comprendiendo el derecho a la intimidad).
- IV. Derecho a la identidad personal, que comprende:
 - Derecho al nombre (comprendiendo el sobrenombre, el pseudónimo y los nombres extrapersonales);
 - Derecho al título;
 - Derecho al signo figurativo.
- V. Derecho moral de autor (y del inventor).

Así mismo, nos proporciona la clasificación hecha por Gangi:

- I. Derecho a la vida.
- II. Derecho a la integridad física o corporal.
- III. Derecho de disposición del propio cuerpo y del propio cadáver.
- IV. Derecho al libre desarrollo de la propia actividad o derecho de libertad; éste a su vez comprende:
 - Derecho a la libertad de locomoción, de residencia, y de domicilio;
 - Derecho a la libertad matrimonial;
 - Derecho a la libertad contractual y comercial;
 - Derecho a la libertad de trabajo.
- V. Derecho del honor.
- VI. Derecho moral de autor y de inventor.
- VII. Derecho a la imagen.
- VIII. Derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.

⁶³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *El Patrimonio*, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 746.

6.10. Formas de protección

Galindo Garfías,⁶⁴ nos dice que en la protección de la personalidad concurren tanto el interés público, como el privado, a través de la protección civil y penal de: a) el derecho a la vida y a la conservación de la misma; b) el derecho a la integridad corporal; c) el derecho sobre el propio cuerpo y salud, que comprende el de conservación de dicha integridad; d) el derecho sobre el cadáver (artículos 315, 336 y 346 de la Ley General de Salud, en el caso de México); e) el derecho a la libertad; f) el derecho al honor; g) el derecho a la vida privada; h) el derecho a la propia imagen; i) el derecho al secreto epistolar; j) el derecho al reconocimiento público de la autoría o paternidad de las obras que han sido creadas como fruto del ingenio o de la sensibilidad del autor. Agrega que la violación al deber de respetar los derechos de la personalidad compromete la responsabilidad civil del transgresor y es fuente de la obligación a cargo de éste, de compensar (no reparar) el daño moral causado a la víctima.

La cuantificación pecuniaria de esa indemnización compensatoria debe ser libremente apreciada por el juez, teniendo en cuenta la naturaleza del daño causado, las circunstancias y la posición económica y social del agente del daño (para México, artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal).

La protección a los derechos de la personalidad debe ser objeto de disposición legal expresa que determine la naturaleza compensatoria y los requisitos para que surja la responsabilidad civil de compensar a la víctima de un daño moral por la violación de ese deber de respeto a tales derechos que el Derecho objetivo impone a todos los terceros (*erga omnes*).

La maestra Elvira Villalobos Chaparro⁶⁵ nos explica la protección de estos derechos de la siguiente forma:

a) Responsabilidad civil

La protección civil a estos derechos se da, en primer lugar, por medio de la acción de responsabilidad civil, la cual consiste en el pago

⁶⁴ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *op. cit.*, p. 338.

⁶⁵ VILLALOBOS CHAPARRO, ELMIRA, Artículo: "Los Derechos Fundamentales" publicado en la revista electrónica "Debate Social" en www.debate.iteso.mx de la ITESO (Universidad Jesuita de Guadalajara) elaborado por la maestra Elvira Villalobos Chaparro de González y que corresponde a una síntesis del libro de ALBERTO PACHECO ESCOBEDO, *La persona en el Derecho Civil Mexicano*, Ed. Panorama, México, 1998. Capítulo 4, pp. 78 a 135.

de daños y perjuicios. La responsabilidad civil se divide en subjetiva y objetiva. Se llama responsabilidad subjetiva a la que resulta del daño causado directamente por una persona y responsabilidad objetiva cuando el daño ha sido causado por una cosa u objeto.

En nuestras legislaciones se establecen normas relativas a la obligación de pagar los daños causados tanto por imprudencia como por actos ilícitos realizados con la intención de dañar. Se establece también la excepción a esta responsabilidad, cuando el daño se ha causado como consecuencia de culpa inexcusable de la víctima.

Así mismo se regula la obligación de pagar los daños causados por menores, incapaces y demás personas que se encuentren sometidas a otras. Los padres, tutores o representantes legales de los incapaces o de las personas que se encuentren bajo su mando asumirán la responsabilidad, a menos que demuestren que en la comisión del daño no se les puede imputar culpa o negligencia, ya que ellos pusieron todos los cuidados y llevaron a cabo las acciones necesarias para impedir el daño y que les ha sido imposible evitarlo.

Cuando el daño sea causado por animales o por las ruinas de los edificios o por las cosas que se arrojen de ellos, serán responsables del pago de los daños y perjuicios los dueños de ellos.

Como sabemos, se llama responsabilidad objetiva porque el daño no ha sido causado por una persona sino por máquinas, instrumentos, aparatos o sustancias en sí mismos peligrosos. El dueño de la máquina, el instrumento, el aparato o la sustancia tiene obligación de reparar el daño, a menos que demuestre que ese daño se produjo por culpa inexcusable de la víctima, por fuerza mayor o caso fortuito.⁶⁶

b) Reparación del daño moral

Normalmente se encuentra regulada en nuestros ordenamientos secundarios, y en los que se establece que la violación de cualesquiera de los derechos de personalidad produce el daño moral, que es independiente del daño material. El responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización pecuniaria.

Esta indemnización será determinada por el juez competente, quien tomará en cuenta las siguientes circunstancias: I. La natura-

⁶⁶ Por fuerza mayor se entienden todas aquellas fuerzas ante las cuales el hombre se halla totalmente impotente, tanto para repelerlas como para evitarlas, aunque pudieran ser previstas y caso fortuito es un accidente que no se puede predecir.

leza del daño. II. Los derechos lesionados. III. El grado de responsabilidad. IV. La situación pecuniaria o el nivel de vida del responsable. V. El grado y repercusión de los daños causados, y VI. Los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

La reparación del daño moral consiste en una indemnización pecuniaria, que se determina independientemente de la reparación de los daños y perjuicios que se causaron al violarse el derecho de la personalidad. En los casos en los que el daño moral se haya causado por medio de una publicación en un medio masivo de comunicación, regularmente se establece la obligación de publicar un extracto de la sentencia en la que se haya condenado al responsable a la reparación del daño. Esta publicación deberá de hacerse en la misma forma e importancia con la que se hizo la publicación que ocasionó el daño al honor, decoro o prestigio de la víctima.

6.11. Principios orientadores constitucionales: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político

De este extraordinario recorrido, aunque haya resultado breve, sobre el largo y polémico camino histórico y doctrinal que ha tenido el concepto de los derechos de las personas, podemos aventurarnos a deducir algunas conclusiones significativas para el ejercicio notarial en nuestras naciones.

Las dos proyecciones bajo las cuales ha sido y seguirá siendo analizado el tema de los derechos subjetivos tienen cabida en nuestros ámbitos legislativos. Es decir, podemos concluir, sin temor a equivocarnos, que siguiendo una línea *ius positivista*, las construcciones jurídicas normativas que contienen la autorización de la propia conducta de un sujeto, una vez actualizado el supuesto jurídico previsto en ellas, fundidas con la autorización, al mismo sujeto, de exigir el deber correlativo, o sea, el respeto de su propia conducta autorizada, corresponden a una descripción, desde la ciencia del Derecho, de los derechos subjetivos, o si se quiere, corresponden a la definición de estos derechos en un sentido estricto.

De igual forma, podremos ponernos de acuerdo en que este tipo de derechos, siguiendo la orientación *iusnaturalista*, son igualmente construcciones jurídicas normativas que, reconociendo derechos fundamentales de los hombres, también autorizan la propia conducta de un sujeto, pero sin necesidad de identificar un deber jurídico correlativo, sino más bien el deber de la organización estatal de respetarlos.

El respeto al principio de legalidad y a la seguridad jurídica en nuestras naciones, no es sino una de las consecuencias tangibles del terreno ganado en el ámbito de la defensa y protección de los derechos subjetivos en ambas proyecciones.

En este contexto, la intervención notarial tiene una participación calificada en la fijación o defensa de esos derechos, al materializar instrumentalmente la seguridad jurídica brindada a un caso en concreto (que ha sido adecuado a las disposiciones de la Ley) y a su certeza jurídica (que acredita la verdad de su realización).

7. Examen de los derechos humanos más relevantes

7.1. Derecho a la vida

El ilustre maestro español de la Universidad Nacional Autónoma de México, Don Luis Recasens Siches, expresaba: "...Se ha dicho que la vida biológica del hombre no es un derecho sino que es un hecho. Es ambas cosas, pues el hecho de la vida biológica del hombre constituye a la vez la base de un derecho a la protección y defensa de ese hecho. La vida biológica del hombre, que desde luego es un hecho, constituye algo más que un mero hecho, comparado con los demás hechos de la naturaleza. Es también un derecho..."⁶⁷

La maestra Villalobos Chaparro⁶⁸ nos dice que el derecho a la vida constituye el derecho humano básico y fundamental. Comienza con la concepción y es anterior a cualquier otro derecho. La vida es el don más preciado de la persona. Es un derecho previo y básico en el orden al cual los demás derechos surgen como complementarios.

Agrega que el derecho a la vida constituye una condición de posibilidad para la existencia de todos los demás derechos. Este derecho implica, además, la existencia de una serie de derechos indispensables para su ejercicio, ya que sin la satisfacción de las necesidades básicas, por lo menos, no se puede vivir.

El jurista mexicano Jorge Alfredo Domínguez Martínez,⁶⁹ expresa que el derecho a conservar la vida se tiene al nacer; debe ser respetado por los demás, y que si bien la preservación de la

⁶⁷ RECASENS SICHES, LUIS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1965, p. 559.

⁶⁸ VILLALOBOS CHAPARRO, FIVIRA, *op. cit.*

⁶⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Ed. Porrúa, México, p. 271.

vida no encuentra señalamiento previsor expreso en la ley, sobran las disposiciones alusivas a ella; en Derecho Penal por ejemplo, hay una serie de preceptos referentes al homicidio con sus variadas modalidades, tanto agravantes como atenuantes, el abandono de personas y otros, pero al fin y al cabo, en todo caso tienden a la protección de la vida del ser humano. Agrega que en materia civil por su parte, la razón de ser de la obligación alimenticia es que el alimentista tenga a su alcance lo necesario para subsistir, o sea, lo indispensable para conservar su vida como el valor más preciado que pueda haber, como el valor jurídico en torno al cual giran todos los demás y por el que todo se pone en actividad.

Por su parte, el jurista mexicano Ignacio Galindo Garfías⁷⁰ sostiene que el derecho a la vida que no debe entenderse como el derecho a nacer, sino el que tiene todo ser humano de preservar su existencia, de los ataques que pueda sufrir la vida de esa persona provenientes de terceros.

Agrega que en este derecho a la conservación de la vida aparece claramente que en la protección de la personalidad, concurre el interés público y el interés privado, a través de la protección civil y la protección penal de la vida. La sanción del delito de homicidio concurre con la reparación del daño material y moral causado a terceros por el acto de privación de la vida a una persona.

Nos indica que es importante observar la aplicación de este principio (el derecho a la conservación de la vida) tratándose del homicidio en defensa propia: la privación de la vida del agresor para defenderse de una agresión actual, violenta e injusta.

La maestra Villalobos Chaparro nos advierte que los derechos de la personalidad, como todos los derechos subjetivos, se caracterizan por ser bilaterales y que esto significa que a cada derecho le corresponde correlativamente un deber. Por tanto, el derecho a la vida da a su titular el derecho a que se le respete su vida, pero al mismo tiempo le impone la obligación de cuidar y respetar su propia vida y la de los demás.

La protección al derecho a la vida se encuentra tanto en los instrumentos internacionales,⁷¹ como en nuestras constituciones y

⁷⁰ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *op. cit.*, p. 331.

⁷¹ El derecho a la vida ha sido establecido en el art. 10 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de Bogotá (1948), en el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), en el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el art. 2º de la Convención Europea para la Protec-

legislaciones penales y civiles, así como las normas individualizadas derivadas de las anteriores, algunas de las cuales que constan en los instrumentos públicos notariales. En especial, las legislaciones penales han tipificado los delitos de aborto y de homicidio para proteger el bien jurídico de la vida.

Al estudiar este derecho, dado que la existencia humana comienza desde el momento de la concepción, es conveniente analizar los derechos del no nacido.

El autor argentino Santos Cifuentes⁷² expresa que en la generalidad de las legislaciones, la persona es reconocida como tal a partir del nacimiento, y que el problema gira en torno al carácter jurídico existencial del nasciturus. Agrega que con esa capital cuestión entroncan variadísimos interrogantes que se presentan en la mayoría de los conocimientos humanos. La antropología, la filosofía, la teología, psicología, medicina y el derecho, interdisciplinariamente deben conectarse para dar cauce a las respuestas, habiéndole incluido la inquietud, en los últimos tiempos, en estudios agrupados bajo la denominación de bioética.

Nos dice que en el área jurídica, aparte de la significativa influencia de la ubicación del nasciturus como comienzo de la personalidad, con los cruciales y siempre renovados planteamientos del aborto y de la fecundación por medios extracorporales, la tendencia general, cualquiera fuese el principio adoptado —del nacimiento o de la concepción—, ha sido proteger el derecho de vivir desde que hay conceptus. Se proyecta en forma más clara y absoluta la base filosófica proteccional que parte del reconocimiento pleno del no nacido, atribuyéndole el carácter de persona o, en todo caso, de sujeto de derecho, especialmente al sostener un punto de partida del ser que impone soluciones coherentes con su afirmación.

Agrega que un nuevo panorama de interrogantes se ha dado a luz al conocerse la entraña del proceso biológico desde la fecundación, y se discute el punto inicial del conceptus, o cuándo puede decirse que hay concepción.

Expresa que la ciencia revela todas las etapas internas, antes ocultas, y la evolución formativa desde las primarias células, lo que lleva a renovados planteamientos sobre dicha determinación existencial. El

ción de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950), y en el art. 4º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (1969).

⁷² CIFUENTES, SANTOS, *Derechos Personalísimos*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, 3ª edición, Buenos Aires, 2008, pp. 215 a 710.

asunto debe ser tratado, pues, siguiendo cualquiera de los sistemas —persona desde el nacimiento o de la concepción—, puede decirse que queda en pie resolver cuál es el comienzo de la vida para cubrirla con el manto de la tutela jurídica. La evolución científica obliga, delante del esfuerzo en discurrir sobre el principio de la existencia de la persona, a dar solución a cuándo hay *nasciturus*.

Advierte que una rápida ojeada al panorama de los ordenamientos jurídicos todavía vigentes, pero que están en vías de profunda revisión, permitirá comprender la situación actual y la necesidad de amoldar rígidos esquemas de frente al futuro.

Finalmente Santos Cifuentes nos expresa que a la vera de la consagración normativa de dicha regla, diversas teorías se han desarrollado: 1) la doctrina de la concepción: desde este hecho de la naturaleza debe ser reconocida la capacidad jurídica, con el inconveniente hasta hace unos pocos años, de que era imposible determinar el tiempo de la concepción; 2) la doctrina del nacimiento: el feto no tiene vida independiente a la de la madre (*portio mulieris, vel viscerum*) y con anterioridad al corte del cordón umbilical es *pars viscerum matris*. Argumenta también que no es posible determinar el tiempo de la concepción; 3) la doctrina ecléctica: el nacimiento es el punto de partida de la personalidad, pero por una ficción se reconocen derechos al *nasciturus*, o bien se retrotraen los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. Es la dominante teoría de Savigny, impuesta en casi todos los códigos, falsa, artificiosa e innecesaria, según Castán Tobeñas, pues no hay que acudir a ficción alguna ni debe considerarse al concebido como ya nacido, ya que basta, para los fines prácticos del derecho, reconocer a su favor reserva de derechos eventuales. El concebido, sostuvo, es una *spes hominis* —esperanza de hombre—. Los hipotéticos derechos no suponen reconocimiento de existencia jurídica, ni implican ficción alguna, ya que son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos. Estas ideas del clásico español hacen recordar a la categoría del *concepturus*, acogida en el Código italiano de 1942 (arts. 462, 643, 715 y 784) y en el alemán de 1900 (art. 2178), como posibilidad de disponer de bienes sucesoriamente a favor de un sujeto inexistente, ni aún concebido —*nasciturus nondum conceptus*—, y 4) la doctrina de la viabilidad, la cual exige, además del hecho de nacer viva, que la criatura tenga aptitud orgánica para seguir viviendo fuera del claustro materno.

Expresa que el acogimiento mundial de la tradición romanista según Savigny, que aplica la máxima por la cual el nasciturus es reputado por nacido sólo si se trata de su beneficio, tiene dos vertientes: según una, la reserva o garantía de derechos con alcance general, comprensivo de los casos que no están expresamente contemplados en la ley; por la otra, esa máxima rige únicamente los escasos derechos que la ley especifica.

Nacida la criatura, nos dice Santos Cifuentes, la tutela de la vida tiene su centro en la tipificación delictiva del homicidio. La represión penal por dicho delito en todas sus formas, bajo las agravantes y atenuantes que el Código de la materia estatuye, no es más que un sensible y razonable amparo de la existencia humana. Las consecuencias del homicidio no sólo tienen incidencia en el ámbito represivo, sino también por vía de la reparación indemnizatoria, por lo que esa vida suprimida o interrumpida por mano ajena representaba para los allegados. Todas las conductas dirigidas a la comisión del hecho, sean dolosas o culposas como en el caso de accidentes, hayan o no obtenido el resultado como en la tentativa, e importen facilitar, directa o indirectamente el homicidio y su impunidad, como en la instigación, ayuda, encubrimiento, etc., son altamente perseguidas por el respeto que se debe a la vida física del hombre.

7.2. El aborto

Para México, en la mayoría de los Códigos Penales de las entidades federativas definen el aborto como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”, y a pesar de que es generalmente aceptada la excluyente de responsabilidad cuando el aborto se realiza en ciertas circunstancias establecidas en la propia ley penal, como cuando el embarazo es producto de una violación, o durante determinado tiempo de gestación, esto no significa que no sea una conducta objetivamente ilegítima privar de la vida a un no nacido. Éste es uno de los actos de mayor injusticia, ya que la víctima, a quien se le niega el derecho a vivir, es el ser más inocente e indefenso de la creación.⁷³

Santos Cifuentes nos proporciona un excelente panorama en el derecho comparado:

⁷³ VILLALOBOS CHAPARRO, EIVIRA, *op. cit.*, pp. 78.

Estados Unidos de América ha desarrollado la no punibilidad del aborto a partir del caso “Roe v. Wade”. Se declaró por la Corte Federal en este antecedente la inconstitucionalidad de una ley de Texas que penalizaba todos los abortos sin distinción, salvo los terapéuticos que tenían por finalidad salvar la vida de la mujer embarazada. Es claro que se declaró allí que el aborto no era un derecho absoluto y estaba sujeto a limitaciones. En el primer trimestre del embarazo no se podía interferir la decisión de abortar tomada por la madre en salvaguarda de su intimidad; durante el segundo, los Estados podían sancionar razonables disposiciones para proteger la salud de la madre, y en el tercero, los Estados podían reglar y proscribir el aborto, salvo en aquellos casos que fueren necesarios cuando estaba en juego la vida de la madre o su salud.

Esta doctrina americana en general se mantuvo, pues se consideraba que la Constitución sólo protege a las personas que han nacido y no existe tal protección para el feto, quedando fuera de la competencia de la justicia fijar el momento del comienzo de la vida. La doctrina “Roe” fue aplicada juntamente al caso de la ley de Georgia, también declarada inconstitucional en el caso “Doe vs Bolton”. Asimismo se mantuvo en el caso “Planned Parenthood vs Casey”, de 1992, frente a una ley de Pensylvania que establece una serie de requisitos para llegar al aborto, los que fueron declarados constitucionales, salvo la prueba de la notificación al esposo previa al aborto, aunque declarando que los Estados no podían prohibir el aborto antes de la viabilidad del feto.

España. Tiene ley orgánica que admite el aborto (9 de 1985) en diversas circunstancias: para evitar un mal mental o físico grave a la mujer, o que el embarazo fuera consecuencia de una violación y practicado dentro de las doce semanas y que el feto en caso de nacer tuviere graves defectos físicos o mentales, dentro de las veintidós semanas. Cuenta con una sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de abril de 1985 (53/85), en la cual se reafirma que el Estado debe garantizar la vida del nasciturus, que es un bien tutelado por la Constitución, pero que éste no es titular de un derecho y en ciertos casos contenidos en la ley no es punible el aborto, aunque requiere que sea la misma ley la que con certeza establezca los supuestos de despenalización.

Francia. El Consejo Constitucional en sentencia del 15/1/75 declaró que la mujer tiene el derecho de no abortar y los médicos pueden invocar su libertad de conciencia para no intervenir en

dicha operación. No existe un derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo y debe procederse sólo en caso de necesidad y de acuerdo con las condiciones y limitaciones legales. El aborto fue legalizado por la ley 75 del 17/11/75, que lo permite hasta la décima semana de embarazo.

Alemania. A partir de la ley del 26/6/92 sancionó una ley que permitía el aborto dentro del primer trimestre de embarazo, la cual fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional el 28/5/93.

Italia. El 22/5/78, se dictó la ley 194 que legalizó el aborto, pero gran parte de los médicos se excusan por objeción de conciencia.

Suecia, Noruega, Dinamarca, Austria, Grecia y Holanda. Admiten el aborto al solo pedido de la mujer, atendiendo a distintas etapas de la gestación (dieciocho semanas, doce semanas, primer trimestre).

Argentina. La Constitución, reformada en 1994, en el art. 75, que regula las atribuciones del Poder Legislativo, se refiere al régimen de seguridad especial e integral en la protección del niño (inc. 23, párr. 2º), y declara que esa tutela se extiende “desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental”. El embarazo es una etapa posterior a la concepción, desde que comienza con ella. El transcurso de ese período ha hecho dudar acerca del tiempo en que se declara la protección, pero es indudable que debe interpretarse que es a partir del estado de gravidez, que tiene ese momento inicial. Por otra parte, el embarazo sólo es posible en el seno de la madre y allí empieza y se prolonga, por lo que la cláusula constitucional no se ha referido a la concepción extracorpórea, ajena al embarazo en la etapa anterior a la implantación de los embriones en el útero de la madre.

En varios proyectos de ley se ha pensado si sería conveniente la intervención o no del notario público, inclinándose por la segunda por varias razones, en virtud de que la voluntad de la otorgante no pudiera manifestarse con un vicio de la voluntad, es decir, ésta no pudiera exteriorizarse de una manera libre y consiente.

7.3. La eutanasia

Aunque suelen distinguirse diversas especies, básicamente la eutanasia es conocida de manera general como la muerte sin dolor, ya que es la acción u omisión con la que, sin causarle dolor alguno, se provoca la muerte de una persona que se encuentra en estado terminal; es también, sin duda, un atentado contra la vida.

Aunque se pudiera considerar que la eutanasia es un acto de piedad, porque se provoca una muerte sin sufrimiento a una persona que ya no tiene ninguna posibilidad de vivir, con ella se priva al enfermo de la oportunidad de dar un significado trascendente a su sufrimiento. La eutanasia constituye un delito y es inmoral, sobre todo cuando se hace sin el consentimiento del enfermo. La capacidad de encontrar en el sufrimiento una forma de trascender es privativo del ser humano. Éste tiene derecho a ser respetado en la etapa terminal de su vida.⁷⁴

No se considera que sea eutanasia la negación del uso de medios extraordinarios para conservar la vida de una persona, cuando no tiene ya ninguna posibilidad de recuperación.

Santos Cifuentes⁷⁵ expresa que el homicidio y el no derecho a matar no importan exactamente el caso del agónico que solicita terminar sus días cuanto antes. El homicidio por piedad merece la despenalización. Hay en tales circunstancias condiciones distintas que deben ser tenidas en cuenta para una calificación penal propia.

Nos dice que de la misma manera, la disposición de la vida de otro, a pedido del titular de ese bien, no es igual como acto de disposición (en este caso absoluta e incondicionada) a cuando ello ocurre en dichas circunstancias terminales. Sentenciado el sujeto a morir en corto plazo de un mal incurable al tiempo en que decide la disposición que hace es relativa, pues ya la naturaleza se ha adelantado y es la que ha dispuesto la muerte por enfermedad determinada y que sucederá próximamente. Si no se dieran tales circunstancias no habría, por cierto, legitimidad alguna.

Desde el punto de vista penal, Santos Cifuentes nos brinda una visión de países que tomaron el buen camino. Así los códigos de Noruega (art. 235), de Polonia (art. 227), de Suiza (art. 115) y de Dinamarca (art. 240), que atenúan la penalidad del médico interviniente hasta incluso despenalizarlo. En América latina el Código uruguayo (art. 37), el anterior de Colombia (art. 364) dan facultades al juez para perdonar al culpable. Otros Códigos sólo atenúan la punibilidad, como el del Brasil (art. 121), el de Costa Rica (art. 189) y hasta erigen una figura tipo específica atenuada, como el de España de 1995 (art. 143, inc. 4) y el actual de Colombia (art. 326).

Agrega que en el orden civil es de recordar la ley de Holanda después de la controversia que empezó en 1969 y la opinión de la Comisión Consultiva de Bélgica creada en 1995. Esta última tuvo

⁷⁴ Loc. cit.

⁷⁵ CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*

en cuenta cuatro opciones: a) la legalización de la eutanasia; b) la regulación procedimental siguiente al hecho de la eutanasia, llevada a cabo en la relación médico paciente; c) la regulación procedimental a priori de las decisiones médicas más importantes en el término de la vida, incluyendo la eutanasia; d) el mantenimiento de la prohibición legal corriente de la eutanasia. La tercera opción fue la recomendada, pero que mantiene como la segunda del sistema holandés, a la eutanasia dentro del Código Penal, aunque la consideran legalmente justificada dentro de ciertas condiciones.

En Holanda la ley de 2002 fue sancionada por mayoría de ambas Cámaras del Congreso. La ley 26.691, para admitir una eximente aplicable al médico que haga que termine la vida de un paciente a pedido del mismo o preste ayuda al suicidio exige en el art. 2º, los requisitos de cuidado, sea que el médico: a) haya llegado al convencimiento de que la petición es voluntaria y bien meditada; b) haya llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora; c) que haya informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro; d) haya llegado al convencimiento juntamente con el paciente de que no existe otra solución razonable; e) que haya consultado con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre los requisitos de cuidado y a los que se refieren los apartados a d, y f) haya llevado a cabo el final de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles.

En lo que se refiere a la capacidad, la ley holandesa admite que el médico pueda atender a un paciente que cuente al menos con dieciséis años y que ya no pueda expresar su voluntad, pero que estuvo en condiciones de realzar una valoración razonable de sus intereses, al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una expresión por escrito que contenga una petición de terminación de su vida, se aplicarán por analogía los requisitos de cuidado referidos del art. 2º. Cuando el paciente tiene entre dieciséis y dieciocho años, el médico puede atender la petición después de que los padres o el padre o la madre que ejerza la patria potestad o la persona que ejerza la tutela haya participado en la toma de decisión. Cuando el menor tenga entre los doce y dieciséis años, si puede hacer una valoración razonable, el médico puede atender una petición del paciente sobre terminación de su vida en el caso de que los que ejerzan la patria potestad o la tutela estén de acuerdo.

En México, la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, aplica la Ortotanasia, la cual significa muerte correcta y distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles, procurando no menoscabar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgando los Cuidados Paliativos, las Medidas Mínimas Ordinarias y Tanatológicas, y en su caso la Sedación Controlada. Esta aplicación debe de hacerse mediante la manifestación de la voluntad expresa en un instrumento público notarial llamado "Documento de Voluntad Anticipada", el cual consiste en que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta ante un notario la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica (entendiéndose esta última como la utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal). Existiendo además una serie de disposiciones que le dan al notario una intervención relevante, en este tipo de situaciones.

7.4. Reparación del daño por violación al derecho a la vida

Por mucho tiempo se pensó que la reparación del daño causado por la muerte de una persona era imposible de valorar, ya que la vida no tiene precio. Sin embargo, se ha considerado que es de justicia indemnizar a los herederos o familiares de la víctima, de quien muchas veces dependía su subsistencia. La Ley Federal del Trabajo en México establece las bases para fijar el monto de la indemnización cuando la víctima era un trabajador, y la mayoría de los Códigos Civiles mexicanos conceden al juez la facultad de determinar la indemnización pecuniaria por violación a los derechos de la personalidad.

8. Derecho a la integridad física y moral. Derecho sobre el propio cadáver. Donación de órganos. La clonación

8.1. Derecho a la integridad física y psíquica

El artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que toda persona tiene derecho a su

integridad física y psíquica, así como que, en el marco de la medicina y la biología, se respetarán en particular: 1) El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley; 2) La prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas; 3) La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; y 4) La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

El artículo 4 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y que este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Igualmente dispone que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, y que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente y que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

El derecho a la integridad, tanto física como psíquica, consiste en el derecho al respeto de la persona total, integrada de materia y de espíritu. El Diccionario de la Lengua Española define la integridad como “la cualidad de íntegro” e íntegro como aquello “que no carece de ninguna de sus partes”. Aplicados a nuestra materia, se puede decir que el derecho a la integridad consiste en el respeto a todas y cada una de las partes que integran la personalidad humana.⁷⁶

Santos Cifuentes⁷⁷ nos explica las distintas regulaciones internacionales en la materia:

a) El Código Italiano. El artículo 5º del Código Civil italiano ha abierto un ancho panorama a la doctrina. Allí se establece: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”. Se deduce, como se ha visto, la prohibición del suicidio en resguardo de las buenas costumbres y, por ende,

⁷⁶ VILLALOBOS CHAPARRO, EIVIRA, *op. cit.*

⁷⁷ CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*

que el acto de exterminio no es una facultad; que el derecho al cuerpo tiene límites, así como el consentimiento sobre aquellos actos que importan una ofensa a la integridad contraria a las buenas costumbres, o impliquen una disminución permanente. Todavía, y es lo más interesante, se advierte que fuera de tales casos colocados en la esfera de la ilicitud civil, la persona puede actuar ejerciendo el derecho de disponer del propio cuerpo; consentir en la operación, el corte del cabello, el rasuramiento, el tratamiento médico, etcétera. Al fijarse la disponibilidad mediante consenso del interesado, se admite implícitamente el derecho en toda la extensión no prohibida por la norma.

Surge, pues, que ese derecho al cuerpo existe; está rodeado de facultades; permite usar y gozar del objeto que le corresponde; puede ser defendido privadamente, y la violación entraña consecuencias. Es más, en alguna medida se admite la disponibilidad, aunque no radicalmente, ya sea por acto propio o consentido a los terceros.

b) Los Códigos Latinoamericanos. La influencia del art. 5° del Código italiano ha sido extendida. Así, por ejemplo, aparece clara en el Código de Costa Rica de 1973, en el de Bolivia de 1976¹²⁵ y en el del Perú de 1984. En este último (arts. 5° y 6°), siguiendo los postulados de la Constitución de 1979 (art. 2°), se sienta el principio como importante novedad ante el Código de 1936, lo que permite abarcar el derecho a la salud. Pero en el art. 6°, después de consagrar la prohibición del italiano, agrega, en el párrafo 2°: “Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios”. Se ha interpretado esta última excepción como que tiende a la preservación de la vida de otras personas, favoreciendo la realización de actos de solidaridad con ese objeto y se la ha relacionado con los trasplantes de órganos no renovables, a los que se dedica ese cuerpo legal en el art. 7° y siguientes. Sin embargo, también podría pensarse que se vincula, por su separada extensión, a otro orden de daciones que no importen un perjuicio irreparable a la salud o una sensible reducción de la vida, como ser, para investigaciones científicas de suma utilidad en emergencias médicas generales —epidemias y enfermedades incurables—.

8.2. Derecho sobre el propio cadáver. Donación de órganos

Los trasplantes de órganos se han multiplicado por el progreso de la Ciencia Médica y que tienen lugar tanto en vida del donan-

te como tan pronto éste fallece, sin pérdida de tiempo en el último supuesto para evitar su descomposición. Es factible además, la posibilidad de donar órganos aún vitales durante la vida del donante y éste subsista porque se trate por ejemplo de un riñón por ser órgano gemelo. La donación de un órgano único, como en el caso del corazón no es posible hacerla, sino solamente al fallecimiento del donante.

Sea en una u otra de las posibilidades apuntadas, lo cierto es que el sujeto dispone de partes de su cuerpo y sólo él es quien puede tomar alguna resolución en relación con ello. En efecto, así fuere un reo condenado a muerte, no le corresponde a persona alguna, ni siquiera a la autoridad misma, de no ser el interesado, decidir sobre el destino de las partes del cadáver.

En este orden de ideas, Elvira Villalobos Chaparro, realiza un análisis de la legislación mexicana en esta materia:

... La Ley General de Salud en México dispone, en su artículo 314, que se entiende por disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación.

Este mismo ordenamiento jurídico establece, en su artículo 321, que los trasplantes de órganos o tejidos en seres humanos vivos, podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto y representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor.

Así mismo, el artículo 322 de la Ley en comento establece que la obtención de órganos o tejidos de seres humanos vivos para trasplante, sólo podrá realizarse cuando no sea posible utilizar órganos o tejidos obtenidos de cadáveres. Y en el segundo párrafo de este mismo artículo se prohíbe realizar el trasplante de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo.

Sobre el cadáver se puede disponer en vida, haciendo constar tal decisión en un testamento público abierto, o por escrito ratificado ante notario. Así mismo, se puede manifestar la decisión de disponer del cadáver, total o parcialmente, ante las autoridades de vitalidad al momento de tramitar la licencia para conducir automóviles.

En México la Ley General de Salud señala que la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes. En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse varios requisitos entre ellos que el donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante.

8.3. Derecho a la dignidad humana: vivienda, alimentos (protección de la familia)

De conformidad con las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁷⁸ se establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Así como que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Tiene asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez,

⁷⁸ Artículos 1, 7, 8, 9 y 25.

viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Dicho ordenamiento dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones, así como a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

Estos datos, según el ordenamiento en cuestión, se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

Igualmente dispone que deberá garantizarse el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

El derecho al respeto de la dignidad se logra con el cumplimiento de otro tipo de derecho como se tratara más adelante en este trabajo, en el derecho a contar con una vivienda digna y decorosa, así como los derechos en materia familiar como son el de alimentos, protección a la familia y el de la intimidad entre otros. En materia familiar en los distintos países sus ordenamientos jurídicos directa o indirectamente le dan intervención al notario público, como son en materia de sucesiones, patria potestad, tutela, régimen patrimonial del matrimonio y en el estado civil de las personas.

9. *Derechos Políticos*

9.1. Derecho a la libertad: la libertad civil

Los artículos; 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 7 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, coinciden en disponer que toda persona tiene derecho a la libertad.

El maestro Luis Recasens Siches exponía que la idea de la dignidad de la persona individual implica necesariamente el principio de la libertad individual, porque el hombre tiene fines propios que cumplir por su propia decisión y necesita el respeto y la garantía de su libertad, necesita estar exento de la coacción de otros individuos de la coacción de los poderes públicos que se interfieran con la realización de tales finalidades, que le son privativamente propias.⁷⁹

⁷⁹ RECASENS SICHES, LUIS, *op. cit.*, p. 559.

Agregaba que la libertad, desde el punto de vista social y jurídico, tiene varios aspectos: unos negativos, es decir, de valla, de cerca, que defienden el santuario de la persona individual frente a ingerencias de otros individuos, y frente a injerencias de los poderes públicos; y otros aspectos positivos, entre los cuales figuran los derechos democráticos a participar en el gobierno de su propio pueblo, y los llamados derechos sociales, económicos y culturales, gracias a los cuales obtenga las condiciones materiales y sociales, así como los servicios colectivos, para el libre desarrollo de sus propias posibilidades.

El maestro argentino José Manuel Estrada⁸⁰ citado por Salvador M. Dana Montano, entendía por libertad civil la ausencia de toda traba exterior que pudiera oponerse al cumplimiento del deber moral de parte del individuo. Por ello, llamaba a los derechos civiles como todas las garantías que con ese objeto (que ningún obstáculo estorbe al individuo la observancia del deber moral) está obligada la comunidad a establecer en beneficio de cada uno.

Expresaba que es un principio claro y adquirido definitivamente en moral, que todo derecho arranca de un deber que se relaciona con él y lo apoya y lo consolida. En los pueblos cuyas libertades y formas representativas emanan de la voluntad de un legislador, son estas inconsistentes, porque no encuentran base en los principios de moral que sustentan las democracias. Todo lo que es definitivo en las instituciones libres en punto a garantías, está con fiado a la moral, a la noción del deber, a la conciencia de los hombres, que la ley no puede sustituir sin desbordarse y usurpar.

Agregaba que la ley puede garantizarme la libertad del sufragio, mas esa garantía será ilusoria siempre que un funcionario perjuro tergiverse mi voto o falsee el de la mayoría, y encuentre jueces complacientes que legitimen su falsía. Puede la misma ley establecer la libertad de la imprenta y de la palabra, libertades preciosas sin las cuales la vida democrática es una inicua mentira o una cobarde traición, pero su precepto será nulo, en tanto que: una facción o muchas se nieguen a respetarme cuando use del derecho que las leyes me reconocen.

⁸⁰ DANA MONTANO, SALVADOR M., "El Concepto de Libertad Civil y la Libertad Política según José Manuel Estrada, Maestro Argentino del siglo XVIII", *REVISTA* número 79, enero/febrero 1955. Mundo Hispanico. Revista de Estudios Políticos del Centro de estudios políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia del gobierno de España.

Entiende, por tanto, por libertad civil aquella condición nacida de las leyes positivas y que tiene por objeto asegurar los derechos individuales que no nacen de la ley. Estos son aquellas garantías y franquicias recíprocamente exigibles entre los hombres en cumplimiento de la ley moral. Su fundamento está en la sociabilidad. Su naturaleza es la de una condición jurídica establecida y delimitada por la ley positiva. Su fin es garantizar, es decir, asegurar el libre y recto ejercicio de la natural e innata libertad individual humana.

Después de examinar las manifestaciones diversas de la libertad individual; la religiosa, la doméstica, la económica, la de enseñanza, la de asociación, la de prensa), expresaba que la libertad civil constituye un deber general: el de respetar el derecho ajeno en todos y en cada uno de los individuos que componen la sociedad. Todo debe suponer una responsabilidad, y toda responsabilidad es inabdicable, inajenable, propia, intransmisible : obliga en la conciencia como obliga en el honor.

Concluía que sólo será legítimo aquel estado social en que la comunidad de los hombres acepte y respete esta responsabilidad; y hemos dicho que en esto consiste la libertad política, es decir, en el ejercicio' de todas las fuerzas cuya posesión es indispensable si ha de ser real la responsabilidad que envuelve la libertad civil; y ahora añadido que el libre ejercicio de cada una de estas fuerzas constituye lo que se llama un derecho político.

Finalmente, debemos apuntar la definición que ofrece el maestro y jurista Ernesto Gutiérrez Y González:⁸¹ "...El derecho de libertad es el bien jurídico constituido por las proyecciones físicas del ser humano de ejercicio de una actividad positiva o negativa (acción y omisión), individualizada por el ordenamiento jurídico de cada época y región, y con solo las restricciones que este le determine...".

9.2. Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto. Derecho a la objeción de conciencia

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre⁸² dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y que este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de mani-

⁸¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *op. cit.*, p. 937.

⁸² Artículos 10 y 18.

festar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

La maestra Elvira Villalobos Chaparro, nos dice que la persona humana es, naturalmente, un ser que busca la trascendencia. Por eso se dice que es un ser creado por un ser infinito, que infinitos finitos no pueden llenar. El derecho a creer en un ser superior es un derecho sagrado, que el derecho positivo no puede más que reconocer, respetar y proteger.

Nos dice que el derecho a la libertad de creencias o libertad religiosa significa que en materia de creencias nadie puede ser obligado a actuar en contra de su conciencia, ni a ser impedido a actuar conforme a ella. Este derecho se encuentra también protegido en el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que “todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrada y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley”.

La protección a la libertad religiosa implica, también, la libertad de no creencia.

El derecho de objeción de conciencia consiste en negarse o resistirse a obedecer una ley o un acto de autoridad que vayan en contra de la conciencia del obligado, con base en sus valores, principios éticos o creencias religiosas.

9.3. Atentados contra el respeto a la libertad de creencias

Siguiendo la exposición de la maestra Elvira Villalobos Chaparro, en México, la promulgación de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público ha significado un avance de consideración en el respeto a la libertad religiosa y de creencias. Es muy importante la abrogación que esta ley hace de una serie de ordenamientos jurídicos persecutorios. Abroga, por ejemplo, la Ley Reglamentaria del artículo 3º Constitucional de 1927, que prohibía enseñar la religión en las escuelas, la Ley Reglamentaria del 7º Párrafo del artículo 130 constitucional de 1931, que limitaba el número de sacerdotes, y otras tantas leyes y decretos que no respetaban la libertad religiosa.

Sin embargo, la Ley es aún insuficiente para proteger plenamente la libertad de creencias, pues establece una serie de disposiciones que contienen aspectos negativos. Por ejemplo, el artículo

primero no respeta la objeción de conciencia, ya que en su segundo párrafo establece que las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Es importante privilegiar el orden jurídico respecto a los derechos de una persona en particular cuando su ejercicio implique violación al orden público. Pero cuando una ley o disposición jurídica sea notoriamente injusta, se debe respetar el derecho de la persona a oponerse a su cumplimiento. Tal como este artículo está redactado nos dice: “Eres libre de creer, con tal de que lo que crees no se oponga a lo que yo te mando”.

Un primer paso positivo en el orden jurídico local, en la línea proteccionista del derecho en cuestión, lo expone la maestra Villalobos Chaparro, para el caso del estado de Jalisco, México, es la reforma que adicionó el art. 18 ter de la Ley Estatal de Salud que introdujo la objeción de conciencia en favor de médicos y otros sujetos del sector.

9.4. Derecho a la libertad de expresión y opinión

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, dispone en su artículo 11 que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y libertad de expresión y que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y que este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

Luis Recasens Siches,⁸³ al respecto de este importante tema, expresaba que la libertad de pensamiento, en todos los órdenes (religioso, filosófico, científico, político, artístico, etc.) en tanto que tal libertad de no sufrir perjuicio ninguno de carácter social o jurídico en virtud de lo que se piense o por el hecho de pensar determinada cosa, es idealmente un derecho absoluto y sagrado como certeramente lo expresó el profesor René Cassin en las Naciones Unidas, y que este derecho tiene como consecuen-

⁸³ RECASENS SICHES, LUIS, *op. cit.*, p. 564.

cia el derecho a la libertad de expresión, la cual ya no tiene el carácter absoluto e ilimitado que es propio del primero, porque en alguna medida puede ser limitado para proteger el orden público, os derechos y libertades de los demás, y la decencia social.

9.5. Derecho a la libertad de residencia y circulación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 13 que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, así como tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Por su parte, el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y que de conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

Finalmente en este apartado se puede afirmar que en todos los actos jurídicos que se realicen y otorguen ante notario se debe de respetar el derecho de libertad en todas sus modalidades, como pueden ser el derecho a la libertad de sufragio, de creencias, de asociación, de residencia y circulación, así como el derecho a la libre testamentación entre otras.

10. *Derechos Sociales*

10.1. Derecho a un trabajo digno

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Así mismo, dispone que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Finalmente, establece que toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE establece que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

10.2. Derecho a la salud y asistencia sanitaria

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE establece, que toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, así como que al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

10.3. Derecho a la educación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la educación, y que ésta debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. Dispone que la instrucción elemental sea obligatoria y que la instrucción técnica y profesional debe ser generalizada; así como que el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Así mismo, establece que toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. Así como que este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

10.4. Derecho a la vivienda

El jurista e investigador mexicano Miguel Carbonell⁸¹ expone que el párrafo quinto del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa y que para alcanzar tal objetivo, dicho ordenamiento establece el mandamiento al legislador de establecer los instrumentos y apoyos necesarios, advirtiendo que la regularización constitucional contiene, como es evidente a partir de su simple lectura, una serie importante de errores. Señala que en primer lugar, le asigna el derecho fundamental a “la familia” y no a todos los individuos. En segundo término, lo que garantiza la Constitución es “el disfrute” de la vivienda, pero no su adquisición, que siempre suele resultar más difícil que lo primero.

Nos dice que, en términos generales, el derecho a la vivienda pretende dar satisfacción a la necesidad que tienen todas las personas de contar con un lugar digno para vivir. Tener una vivienda es de los tiempos antiguos una condición necesaria para la supervivencia para poder llevar una vida segura, autónoma e independiente. No solamente se trata de un derecho que persiga que cada persona pueda tener un lugar “para estar” o para dormir, sino que el derecho a la vivienda es una condición esencial para que puedan realizarse otros derechos, de modo que cuando no se cuenta con una vivienda los demás derechos pueden sufrir una grave amenaza; como lo explica Gerardo Pisarello,

Agrega que la pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajador, que se torna difícil de buscar, física y mentalmente, que se encuentra en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificultad el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, impracticable en cobijos abarrotados, carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política.

Advierte que la falta de vivienda es un problema serio para muchas personas en nuestro tiempo. Hay aproximadamente unos cien millones de personas que no tienen, en absoluto, ningún tipo

⁸¹ CARBONELL, MIGUEL, *Los Derechos Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, núm. 185, México, UNAM, 2004, pp. 124-222.

de vivienda en donde habitar: son los llamados “sin techo”, de los cuales unos treinta millones son niños de la calle, que asumen como vivienda “forma miserables de cobijo: tugurios, viejos autobuses, aceras, andenes de estación, calles y terraplenes de carreteras, sótanos, escaleras, tejados, cajas de ascensores, jaulas, laminas de plástico, cajas de cartón o refugios de aluminio y latas”. Además hay que considerar que cerca de mil millones de personas no tiene satisfecho su derecho a una vivienda digna, porque vive en lugares inseguros, precarios, sujetos o desalojos o como refugiados.

Pese a la importancia del problema de la vivienda, Miguel Carbonell expresa que desde el campo de lo jurídico han sido muy precarias las reflexiones que se han hecho. En buena medida, sostiene, el tema ha sido abordado por los especialistas en derecho administrativo, que lo enfocan desde la óptica del derecho urbanístico y hacen referencia a los planes de uso de suelo, a la distribución de competencia entre los niveles de gobierno y al régimen administrativo y contractual de la industria de la construcción. Son todavía muy escasos los trabajos que traten el derecho a la vivienda como derecho fundamental. Nos dice que tiene razón Pisarello cuando apunta que: “... desde el punto de vista jurídico, “el tono dominante de las reflexiones sobre el derecho a la vivienda como derecho humano ha sido menudo el de la resignación... el derecho a la vivienda aparece con frecuencia desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas, con escasa relevancia jurídica...”.

La transmisión de propiedad bienes inmuebles así como la constitución, transmisión y extinción de derechos reales sobre los mismos, en los países de origen romano germánico, así como los países en donde existe un notariado de tipo latino, se ordena que sea en escritura pública en atención de que el notario además de ser un fedatario es un perito en derecho. En atención a lo anterior actualmente existe una colaboración de la institución notarial con las autoridades para realizar programas de fomento y apoyo a la vivienda a la sociedad, especialmente a personas de bajos e incluso escasos recursos económicos, realizándose también programas de regularización de la propiedad inmobiliaria o también llamada de regularización territorial, así como en programas de financiamiento tanto con Instituciones Públicas como Privadas; todo lo anterior con una destacada intervención de los notarios públicos.

Así mismo el ordenamiento jurídico actualmente le da una relevante participación al notario en los actos jurídicos que tienen relación al uso del suelo, así como de los planes y programas de desarrollo urbano.

A. Vivienda Digna y Decorosa

El último autor en comentario Miguel Carbonell señala que lo cierto es que la Constitución mexicana otorga el derecho a disfrutar de una vivienda, pero no de cualquier vivienda, sino de una que sea “digna y decorosa”. La dignidad y el decoro de una vivienda no son cualidades fáciles de evaluar, pero seguramente tienen que ver con la posibilidad de que las personas puedan desarrollar, dentro de ellas, su autonomía moral y encuentren un mínimo de satisfacción de sus planes de vida.

Desde esta perspectiva, considera que un primer parámetro para evaluar cuándo una vivienda es digna y decorosa tendría que ver con la extensión de la misma en relación con sus habitantes: vivienda digna y decorosa, en esta textura, no sería lo mismo que vivienda hacinada y sin espacio que asegure una mínima comodidad e intimidad. Un segundo dato que nos permitiría evaluar si una vivienda cumple o no con las características que le asigna el texto constitucional se puede encontrar en el acceso y dotación de servicios que tenga: acceso a agua potable, electricidad, drenaje, etcétera.

En la Estrategia Mundial de la vivienda preparada por la ONU, la “vivienda adecuada” se define “un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada iluminación y ventilación adecuada, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Desde una perspectiva más general, expresa Miguel Carbonell la evaluación del grado de satisfacción que existe del derecho a la vivienda puede realizarse tomando en cuenta la posibilidad real de convertirse en propietario de la vivienda que habitan las personas y las políticas públicas que tienen las administraciones con respecto a la vivienda. Además, del derecho a la vivienda se desprende también un derecho a no ser desposeído arbitrariamente de ella, de modo que algunos derechos de rango inferior tendrán que ceder o acomodarse a este derecho fundamental.

B. Efectos Normativos del Derecho a la Vivienda

Este investigador nos dice que el Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la vivienda ha señalado que los Estados tienen al menos tres deberes generales en esta materia:

- El deber de procurar por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad.
- El deber de facilitar a quien carezca de hogar, o no tenga una vivienda inadecuada, o se encuentre incapacitado en general para ejercer los derechos vinculados a recursos habitacionales, la interposición de reclamos y demandas.
- El deber de adoptar, en un tiempo razonablemente breve, medidas que al menos indiquen el reconocimiento político y normativo de los elementos constitutivos del derecho a la vivienda.

Desde un punto de vista negativo, nos explica, que es obvio que tanto las autoridades como los particulares están obligados a no interferir en el disfrute de la vivienda y en general a no impedir su satisfacción por las demás personas.

Tomando en consideración las obligaciones positivas y negativas, se puede decir que el derecho a la vivienda asegura tanto el disfrute de la vivienda que ya se tiene, como la necesidad de que las autoridades tomen todas las medidas a su alcance para que quienes no la tengan accedan a ella.

A partir de las obligaciones positivas, expone que las autoridades deben constituir un entorno urbano que permita disfrutar de la vivienda y contar con los servicios mínimos indispensables para que sea habitable. Es decir, el derecho a la vivienda no se agota con el disfrute de la persona “de su vivienda, sino que requiere de un ambiente “extrterno” que también sea adecuado. En este sentido se habla de un derecho “al entorno urbano” o “derecho a la ciudad”.

En materia de derecho a la vivienda, nos dice que es muy importante prever mecanismos para dotar de transparencia las acciones de los poderes públicos con el fin de evitar un mal funcionamiento de los mecanismos necesarios para acceder a una vivienda construida con financiamiento público.

Desde luego, sostiene que es legítimo que el derecho a la vivienda sea satisfecho por empresas privadas, que sean ellas las que construyan las viviendas, pero eso no releva al Estado de la obligación de asegurar y hacer respetar el principio de igualdad en materia de derechos sociales, como lo establece el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Incluso, a partir del entendimiento del principio de igualdad des-

de un punto de vista sustancial, el Estado está obligado a tomar medidas positivas para atender preferentemente a los grupos más necesitados, los cuales deben gozar de una “Consideración prioritaria” dentro de las políticas públicas referidas a la satisfacción del derecho a la vivienda.

En buena medida los efectos normativos del derecho a la vivienda se pueden desprender de la regulación que hacen diversos instrumentos internacionales sobre el tema, asunto al que se dedica el siguiente apartado.

C. El Derecho a la Vivienda en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Comparado

Miguel Carbonell expresa que en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la vivienda esta previsto en varios instrumentos relevantes, tanto de carácter general como sectorial. Entre los primeros puede mencionarse el artículo 11 del Pacto Internacional de Derecho Económico, Sociales y Culturales. Aparece también en la convención sobre el estatuto de los refugiados y en la Convención de los derechos del niño.

A nivel internacional las diversas instituciones del notariado latino de los distintos países, pueden servir como instrumento para el logro de las finalidades establecidas en los tratados internacionales, así como en las constituciones de los correspondientes Estados.

11. *Derechos Económicos:*

11.1. Derecho a la libertad de empresa

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales. Así mismo en las diferentes leyes de los Estados imponen la obligación de constituir como modificar o liquidar las sociedades mercantiles ante notario, sirviendo éste último como un controlador de la legalidad en materia mercantil, como es en el caso de México, en donde existe una destacada participación del notario, asegurando la libertad de empresa, estableciendo la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 5° que “...Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones.

El notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta ley. ...”

11.2. Derecho a la propiedad privada y a la herencia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, así como que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Así como que toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a heredarlos y/o legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida, y que el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general así como la propiedad intelectual será protegida.

11.3. Derecho a constituir fundaciones

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE establecen que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

En estos dos últimos apartados es conocida de sobra la intervención que tiene el notario en estas materias y su participación como garante de tales derechos.

12. *Derechos Privados (ejercitables frente a los demás ciudadanos)*

12.1. Derecho al honor; a la intimidad personal y a la propia

El jurista argentino Santos Cifuentes, respecto del derecho al honor, expresa que es difícil caracterizar ese derecho personalísimo, ubicándolo en la dimensión ius privatística y captar la amplia tutela civil correspondiente. Ello porque regularmente la legislación privada, a diferencia del orden penal, es incompleta y carece de un

principio general. Si se añade a lo anterior las abstracciones propias del honor; las múltiples posibilidades de su expresión, quedan demostradas las vacilaciones, marchas y contramarchas de las corrientes doctrinales. Al haberse aprobado en 1984, por ley 23.054, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, llamada Pacto de San José de Costa Rica, se establece la “Protección de la honra y de la dignidad” y por tanto, incorpora y reconoce el derecho subjetivo correspondiente.

Agrega que no hay duda de que es uno de los principales bienes espirituales que el hombre siente, valora y sublima, colocándolo dentro de sus más preciadas dotes. Es una cualidad moral del ánimo, que puede ser herida, sufrir menoscabo, y que suele ser defendida con el mismo ahínco, con la misma fuerza de quien se afana entre la vida y la muerte.

Opina que la personalidad está sostenida en la reputación; crece, se agranda con la fama y el esfuerzo para consolidarla ante los demás; depende de la opinión ajena, pero también de la estima personal. Por ello, quien se sienta irremisiblemente deshonrado pierde las bases anímicas de la lucha y la superación, decae, debilita y padece el desgajamiento de los más interiores y firmes soportes de su individualidad; queda expuesto a la burla de los demás, al reproche y la indiferencia, a un sentimiento de fracaso, de vergüenza o turbación. El alma está herida, mas no han de olvidarse las posibles alteraciones psíquicas y hasta orgánicas de ese estado, y los efectos económicos que producen el caimiento, la inseguridad, la alteración íntima, la pérdida de la confianza y serenidad, así como la retracción social.

La sociedad necesita afianzar la excelencia, calidad y mérito de sus miembros. Ha de preocuparse por una elevada cima intelectual y perceptiva del hombre. Por la madura personalidad sin mengua. Resulta, pues, un medio eficaz y necesario, reconocer expresa y ampliamente el derecho subjetivo al honor; diaria envoltura del orden civil que permita salir por los propios fueros y defender uno.

Por su parte, la maestra Villalobos Chaparro, al respecto expresa que el honor es el mérito y la consideración que de la persona tienen los demás; que el honor lo ha ganado porque su labor ha sido de solidaridad hacia los demás y su presencia ha sido benéfica para la comunidad; y la fama es el renombre que tiene la persona al ser muy conocida dentro de la sociedad por la labor o actividad pública que realiza, independientemente de que sea benéfica para la comunidad.

Mientras que el honor se refiere al trato dado o recibido por los demás, la fama consiste en la popularidad de la persona dentro del grupo social. La protección legal al honor y la fama se funda en el derecho de todo ser humano a ser respetado y considerado por su dignidad personal.

12.2. Violación al derecho al honor y a la fama.

Agrega que el derecho al honor que una persona tiene dentro de la sociedad, puede ser violado a través de la palabra oral o escrita. Cuando una persona ha sido difamada o calumniada mediante un medio masivo de comunicación, el Código Civil de Jalisco obliga a que se haga la publicación de un extracto de la sentencia de la que se desprendan con claridad las circunstancias y el alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere conveniente, con la misma importancia y consideración que hubiere tenido la difusión original, por medio de la cual se causó el daño.

Por su parte, el jurista mexicano Ignacio Galindo Garfías,⁸⁵ expresa que el derecho al honor o mejor, a exigir el respeto al honor, es difícil de precisar porque ha variado históricamente en cada época. Sin embargo el honor consiste en la reputación, el buen nombre, la estimación social que una persona ha podido ganarse para sí mismo o como escribe Ferrara: "...es la estimación que acompaña a la persona y la circunda como una aureola de luz en la sociedad". También y desde el punto de vista subjetivo es el sentimiento de la estimación que cada persona tiene para sí misma. Es decir, el honor es la dignidad personal que se manifiesta en la consideración de los terceros y en el sentimiento de respeto y dignidad que cada persona tiene de sí misma. Este concepto constituye un bien jurídico de capital importancia, protegido por el derecho.

12.3. Derecho a la presencia física, a la imagen y a la voz de las personas.

Ignacio Galindo Garfías⁸⁶ nos expresa respecto al derecho sobre la propia imagen la intervención de los terceros está vedada para impedir que la imagen sea objeto de comercio o de ridículo o escarnio de los terceros. Impide que sin autorización de la persona a

⁸⁵ GALINDO GARFÍAS, IGNACIO, op. cit., p. 334.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 335.

quien ésta pertenece pueda publicarse la imagen de una persona y además, que en ningún caso, tal publicación pueda ser violatoria del derecho a la intimidad de la vida de aquélla. El derecho a la propia imagen garantiza el respeto de la persona.

Por su parte, la maestra Villalobos Chaparro nos dice que este derecho abarca la protección a la imagen física y a la voz de las personas y su violación da derecho a la restitución económica mediante la responsabilidad civil y el daño moral. Sin embargo, estrictamente hablando, no se puede considerar que la imagen de una persona le pertenezca solamente a ella; le pertenece en cuanto refleja su personalidad y evoca su recuerdo, pero cuando la reproducción de la imagen a través de fotografías, por ejemplo, no se hacen para dañar el honor o la dignidad de la persona y no se hace con fines comerciales, no puede prohibirse dicha reproducción.

Al respecto, Jorge Alfredo Domínguez Martínez,⁸⁷ nos dice que el derecho a la imagen pretende respeto a la esfera íntima y personalísima del sujeto y permite a éste impedir que su imagen sea explotada comercialmente sin su consentimiento.

Agrega que los artículos 86 y 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana son manifestación de lo anterior, y los transcribe:

ART. 86. Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización.

ART. 87. El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quien, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados. “No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos.

Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JÓRGE ALFREDO, *op. cit.*, p. 275.

En México los actos, convenios y contratos sobre derechos patrimoniales de los derechos de autor, formalizados ante notario público y que se encuentren inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor, traerán aparejada ejecución.

12.4. Derecho al secreto epistolar, telefónico, testamentario

La maestra Villalobos Chaparro nos expresa que la intromisión sin derecho en la correspondencia de una persona, así como la intromisión en sus comunicaciones telefónicas e impresas violan el derecho de las personas a guardar para sí sus secretos naturales. Son secretos naturales aquellos que por su propia materia se reservan en la intimidad de la persona.

Nos dice que el artículo 29 del Código Civil del estado de Jalisco, establece que las cartas particulares no pueden ser publicadas sin el consentimiento de ambos corresponsales o de sus herederos. Se exceptúa de esta prohibición la publicación que se haga por causas de utilidad pública o para defensa de algún derecho.

Debe destacarse aquí que el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación, así como que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Por su parte, la maestra Elvira Villalobos Chaparro, expresa que el secreto profesional es uno de los deberes de todo profesionista, y en especial de aquellos que traten materias tan delicadas como la salud, la libertad, la familia de las personas (médicos y abogados), es el deber de guardar el secreto profesional. Este deber incluye todas las confidencias que los clientes hagan al profesionista, con motivo del servicio que les están dando.

El artículo 10 del Código de Ética Profesional de dicha entidad federativa mexicana prescribe que:

Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aún después de que haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y, con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional.

Por lo que se refiere al secreto testamentario, la maestra Villalobos Chaparro, nos dice que la libertad de una persona para disponer de su patrimonio y determinar el destino que sus bienes tendrán después de su muerte, se encuentra asegurada con la figura jurídica del testamento.

Establece también que mediante el testamento se puede llevar a cabo el reconocimiento de un hijo y que, por lo que respecta a la transmisión de los bienes y derechos, el testamento es revocable en cualquier momento. Las mismas características del testamento de ser un acto de tal trascendencia que no sólo permite disponer del patrimonio para después de la muerte, sino llevar a cabo el reconocimiento de a un hijo, exigen el respeto a la voluntad del testador y mantener en secreto esa voluntad.

En México, concretamente en el Distrito Federal, en caso de que el notario público incurra en forma indebida en la revelación de alguna información de los actos y hechos otorgados ante su fe, lo hace acreedor a sanciones penales, civiles, administrativas y gremiales.

IV. CONCLUSIONES

I. Históricamente, el notario en su origen, evolución y en la actualidad ha hecho constar los actos y hechos más importantes que realizan entre las personas se otorgan ante su fe, satisfaciendo una necesidad colectiva, considerada por el Estado como la prestación de un servicio público, dotándola de fe publica y por ende garantizando los derechos más importantes de las personas.

II. En virtud de la importancia de la función notarial, el ordenamiento jurídico lo ha regulado, imponiéndole ya sea para su ingreso o bien para la adecuada prestación del servicio, una serie de requisitos que aseguran que sea prestado con excelencia, entre ellos con profesionalismo, probidad, preparación, eficiencia y atribuyendo una serie de requisitos e imponiendo una variedad de sanciones ya sea de carácter civil, penal, administrativa o gremial para aquellos que no cumplan cabalmente con sus obligaciones en ejercicio de su función.

III. La función notarial tiene una dimensión tanto económica como jurídica, política y social, ya que a diario interviene de manera constante y permanente en la formalización de distintos actos civiles y mercantiles que tienen una repercusión enorme en la sociedad, dando fe también de diferentes hechos relevantes de

distintos tipos como son entre otros administrativos, familiares, electorales, financieros, etcétera.

IV. En el análisis del presente trabajo se señaló que actualmente no existe ninguna alternativa real que confiera la eficiencia y seguridad que brinda la función notarial, concluyendo que el notario no es un profesionista ordinario sino que se exige de él excelencia y prudencia en su función. Así mismo la obligatoriedad de la colegiación para los notarios es una de sus principales causas de su eficiencia, permitiendo la unificación de criterios, el intercambio de información valiosa y la constante actualización de sus miembros, así como la coordinación con autoridades para la concertación de programas sociales y de interés general, logrando así garantizar el derecho de las personas.

V. Además de que el Estado inviste de fe pública al notario por reunir ciertos requisitos personales y profesionales, el notario asesora, interpreta y aplica el derecho garantizando en los distintos ámbitos, los principales derechos de las personas, logrando certeza, permanencia, seguridad y paz en la sociedad.

VI. El notario en su actuación además de garantizar individualmente los derechos de las personas físicas, también los garantiza en su aspecto colectivo, a través de la constitución, funcionamiento, organización y liquidación de las personas morales y de sus atributos, que han quedado señalados en el desarrollo de este trabajo.

VII. El notario como aplicador del derecho, en el otorgamiento de los instrumentos pasados ante su fe, facilita la transformación del derecho objetivo en derechos subjetivos, poniéndolos a disposición de las personas (ya sea físicas o morales, privadas o públicas), habiéndose analizado las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica, características y clases de los derechos subjetivos, entre ellos, los conocidos como derechos humanos, fundamentales y de la personalidad, que han quedado explicados en el desarrollo del presente trabajo.

VIII. El notario en el ejercicio de su función directa o indirectamente aplica y vigila el cumplimiento de los derechos fundamentales (en la terminología constitucionalista) y de los derechos de la personalidad (en la civilista), pudiéndose mencionar como especies de los primeros mencionados los derechos de libertad, dignidad, inviolabilidad del domicilio, secreto de comunicaciones, integridad física y el de la intimidad; y como ejemplo de los derechos de la personalidad, la

propiedad, la protección de los atributos de la personalidad, la libertad de asociación, la disposición del propio cuerpo así como del cadáver, a la imagen, a la libertad contractual y comercial entre otros, habiéndose analizado dichos derechos desde distintas perspectivas o dimensiones entre ellas como derechos humanos en su concepción *ius naturalista* y *ius positivista*, desde su aspecto civil, así como su regulación internacional.

IX. La intervención notarial tiene una participación calificada en la fijación o defensa de los derechos de las personas (en base a los principios orientadores constitucionales, principalmente el de la libertad, el de la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico), al materializar instrumentalmente la seguridad jurídica brindada a un caso en concreto (que ha sido adecuado a las disposiciones de las normas jurídicas) y a su certeza jurídica (que acredita la verdad de su realización a través de su fe pública).

X. La protección del derecho a la vida constituye la base para la defensa de los demás derechos, y aunque no existe una disposición expresa respecto del derecho de la preservación de la vida, se encuentran distintas normas que protegen la vida, muchas de las cuales se aplican en los instrumentos otorgados ante la fe del notario, por ejemplo, una autorización para donar un riñón de una persona viva otorgada en un acta notarial, conforme al ordenamiento jurídico aplicable. Así mismo la intervención notarial puede darse en todas las etapas de la vida, es decir, desde la concepción hasta la muerte de las personas, incluso antes de morir sobre la disposición de su cadáver.

XI. Una forma de garantizar el derecho de las personas en todos los actos jurídicos que se realicen y otorguen ante notario, es la obligación de éste último de respetar el derecho de libertad en todas sus modalidades, como pueden ser entre otras el derecho a la libertad de sufragio, de creencias, de asociación, de residencia y circulación, así como el derecho a la libre testamentación, obligación que surge de que existe la prohibición al notario de hacer constar actos ilícitos o imposibles física o jurídicamente.

XII. Conforme a la tradición y evolución que ha sufrido el notariado, en la actualidad el notario es garante también de los derechos llamados sociales en sus distintas modalidades.

XIII. En materia inmobiliaria en la actualidad, en atención de que el notario además de ser un fedatario es un perito en dere-

cho, participa en el cumplimiento de tratados internacionales, así como de normas constitucionales de que toda persona tiene derecho de gozar de una vivienda digna y decorosa, existiendo una colaboración de la institución notarial con las autoridades para realizar programas de fomento y apoyo a la vivienda a la sociedad, especialmente a personas de bajos e incluso escasos recursos económicos, realizándose también programas de regularización de la propiedad inmobiliaria o también llamada de regularización territorial, así como en programas de financiamiento tanto con Instituciones Públicas como Privadas, garantizando así este tipo de derechos, calificados como derecho social.

XIV. Así mismo por las cualidades físicas, morales y profesionales con que cuenta el notario, así como la certeza que brindan los instrumentos otorgados ante su fe, el ordenamiento jurídico ha impuesto que para garantizar los derechos de las personas, determinados hechos y actos consten ante su fe, como se mencionó entre los más actuales e importantes, la disposición de órganos y la manifestación de voluntad anticipada de las personas.

XV. En virtud de que el notario hace constar los hechos y actos más importantes que se celebran entre la gente, involucra la aplicación y cumplimiento de diversos derechos de distinta naturaleza, algunos de los cuales se indicaron y explicaron en el desarrollo del presente trabajo, como son: el derecho al honor, a la reputación, a la intimidad, a la dignidad, a la imagen, al secreto profesional, a los derechos intelectuales (como son los derechos de autor y el de propiedad intelectual), y a los derechos de tipo familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALION R. ENRIQUE, FERNANDO GARCÍA OLANO Y JOSÉ VILANOVA, *Introducción al Derecho*, Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1960.
- BAÑUELOS SÁNCHEZ, FROYLÁN, *Derecho notarial*, 4ª ed., México, Ed. Cárdenas, 1976.
- BEUCHOT, MAURICIO, "Filosofía y Derechos Humanos". Editorial Siglo XXI, editores, México, 1993.
- CARBONELL, MIGUEL, "Los Derechos Fundamentales", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, núm. 185, México, UNAM, 2004.

- CÁRDENAS VILLAREAL, HÉCTOR, “Criterios relativos a la Función Notarial emitidos por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Acción de Inconstitucionalidad “11/2002”)”, en la compilación de ensayos titulada “La Función Notarial y la Correduría” reunida por el Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Distrito Federal, 2005.
- CARRAL Y DE TERESA, LUIS, “*Derecho Notarial y Derecho Registral*”, Ed. Porrúa. 13ª ed., 1995.
- CIFUENTES, SANTOS, *Derechos Personalísimos*, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Desalma, 3ª ed., Buenos Aires, 2008.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El Concepto de Derecho Subjetivo en la Teoría Contemporánea del Derecho*, Distribuciones Fontamara, Primera Reimpresión, México, 2004.
- DE IBARROLA, ANTONIO, *Cosas y Sucesiones*, Ed. Porrúa, México, 1986.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Ed. Porrúa, México, 2005.
- DUGUIT, LEÓN, *Las Transformaciones del Derecho*, Ed. Helista S.R.L., Argentina, 1975.
- FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 2006.
- GALINDO GARFIAS, ERNESTO, *Primer curso de Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1985.
- GONZÁLEZ LUNA MORFÍN, *Temas de Filosofía del Derecho*, ed. Noriega Editores, México, 2002.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *El Patrimonio*, Ed. Porrúa, México, 2002.
- HAMDÁN AMAD, FAUZI, “Elementos y caracteres propios del servicio público y su ubicación dentro del Derecho Positivo Mexicano”, en la compilación de sus obras titulada “Ensayos Jurídicos de

- Derecho Constitucional y Administrativo” reunida por la H. Cámara de Senadores de los Estados Unidos Mexicanos, México, Distrito Federal, 2002.
- HEGEL, G.W.F., *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- LEZAMA GAMEROS, JAVIER *et al.*, *Lexicología jurídica*, México, UNAM / Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, 1995.
- MENGUAL Y MENGUAL, JOSÉ MARÍA, *Elementos de Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 1990.
- MORINEAU, OSCAR, *Jus, Rivista di Scienza Giuridiche*, de Milán Italia, Nueva Serie, Anno V, Fracs II de junio de 1954.
- PEDRO ÁVILA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Notarial*, 5ª ed., Ed. Montecorvo, S.A., 1982.
- PÉREZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Derecho Notarial*, Ed. Porrúa, 5ª ed., 1996.
- PORRÚA PÉREZ, FRANCISCO, *Teoría del Estado*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- RECASENS SICHES, LUIS, “Tratado General de Filosofía del Derecho”, Ed. Porrúa, México, 1965.
- RÍOS HELIG, JORGE, “La Práctica del Derecho Notarial”, 7ª ed., Editorial McGraw-Hill, México, Distrito Federal, 2007.
- , “Los principios éticos notariales en la Ley del Notariado para el Distrito Federal”, N° 6 de la colección de temas jurídicos en breviaros del Colegio de Notarios del Distrito Federal. Ed. Porrúa, México, 2001.
- SILVA-HERZOG F. JESÚS, “La dimensión económica del notariado. Aproximaciones a la contribución de la profesión notarial a la economía mexicana, 1º edición, Ed. Porrúa, México 2008.”

TESIS:

- NIETO VEGA MA. DEL CARMEN, Tesis Especialidad de Notaría Pública, “Naturaleza Jurídica de la función Notarial”, 1996.

FUENTES ELECTRÓNICAS Y REVISTAS:

Villalobos chaparro de gonzález, elvira, “Los Derechos Fundamentales”, publicado en la revista electrónica “Debate Social” en www.debate.iteso.mx de la ITESO (Universidad Jesuita de Guadalajara). *****

“Doing Business in México 2007. Comparing regulation in the 31 states and México City.”, publicación conjunta del Banco de México y de la Corporación Financiera Internacional, Washington DC, Estados Unidos de América, 2006.

DICCIONARIOS:

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ed. Porrúa, 2ª ed., México D.F. 1987.