

HEMEROTECA Y DOCUMENTACION

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO.



ENEP ACATLAN

ACA-T-2000

DERECHO

HEMEROTECA Y DOCUMENTACION

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD



T E S I S  
QUE PRESENTA LA PASANTE  
MARGARITA JIMENEZ LEON  
Para Obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO

M-0057473

Naucalpan, México.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

A LA MEMORIA DE MI PADRE--  
SR. CASIMIRO JIMENEZ SOSA  
EN RECUERDO A SU CARINO Y  
EJEMPLO FRATERNAL

QUE ESTE TRABAJO SEA EL RECUER  
DO DE MIS AMIGOS POR AQUEL CA  
RINO QUE NOS TUVIMOS EN LAS --  
AULAS DE LA UNIVERSIDAD FRATER  
NALMENTE: FRANCISCO, SALVADOR,  
Y DIEGO 24/05/81 AGRADECIENDO--  
SU AYUDA ESPIRITUAL QUE CADA -  
INSTANTE SOLICITAN AL ETERNO -  
PARA QUE MI EXISTENCIA SEA ---  
PLENA.

EN HONOR A LA MUJER QUE --  
ME DIO LA EXISTENCIA Y QUE  
CON SU EJEMPLO, DESVELOYS Y  
CARINO ME HIZO UNA MUJER -  
DE BIEN DANDOME LA FUERZA-  
Y FORTALEZA PARA SEGUIR --  
ADELANTE. A MI MADRE -----  
DEBORA LEON CASTRO VDA. DE  
JIMENEZ.

CON RESPETO Y AGRADECIMIENTO -  
AL PROFESIONISTA QUE CON SUS -  
SABIOS CONSEJOS Y EXPERIENCIAS  
ME TRANSMITE SUS CONOCIMIENTOS  
AL SR. LICENCIADO JORGE LOPEZ-  
GARDUNO, GRACIAS.

AL SR. LICENCIADO ANTONIO  
MALUF GALLARDO NOTARIO --  
PUBLICO NUMERO CUATRO DE-  
TLALNEPANTLA, QUIEN CON -  
SUS REGANOS, GRITOS Y CON  
SEJOS HA SIDO PARA MI UN-  
EJEMPLO DE PERSONA PROFE-  
SIONISTA Y PORQUE PERSO--  
NAS COMO EL QUEDAN POCAS,  
GRACIAS.

CON FRATERNAL CARINO PARA -  
MIS HERMANOS: FRANCISCO, --  
AGUSTIN, ALFREDO, JESUS, --  
RAMON, MIGUEL ANGEL, ADRIAN  
ELIA SILVIA, MARTHA Y TERE-  
POR SU APOYO MORAL, GRACIAS

CON TODO RESPETO Y CARINO POR  
AQUELLOS HOMBRES QUE SE DIS--  
TINGUEN POR SU ALTA MORAL ---  
UNIVERSAL Y QUE ME TRANSMITIE  
RON SUS CONOCIMIENTOS EN EL -  
CAMINO UNIVERSITARIO, GRACIAS

CON GRAN RESPETO Y AGRADE-  
CIMIENTO AL SR. LICENCIADO  
FRANCISCO JAVIER LOZANO --  
BERNAL POR GUIARME EN LA -  
ELABORACION DE ESTE TRABA-  
JO, GRACIAS.

CON AGRADECIMIENTO AL  
SR. LICENCIADO ISIDRO  
MALDONADO RODEA POR -  
SU AYUDA.

CON AFECTUOSO CARINO PARA MI  
AMIGO SR. SEGUNDO ALCAZAR --  
PEREZ POR SU AYUDA FRATER---  
NAL, GRACIAS.

GRACIAS POR SER MI AMIGO -  
MARCO ANTONIO, FRANCISCO -  
JAVIER, HUGO, LUDY, GRACIE  
LA, AZMINDA, CARMEN, ELO,-  
MARIA DE LA PAZ, LEO, CRIS  
TINA, MARIA DE LOS ANGELES,  
GUSTAVO, OTI, CLEOTILDE, -  
JULIETA, REBECA, CRISTOBAL  
RUTH Y BENJAMIN, FRATERNAL  
MENTE.

CON CARINO AL LIC. FRANCIS  
CO URBINA, SALUD, FUERZA,-  
UNION.

TE TENGO PRESENTE AUNQUE -  
LA DISTANCIA SEA GRANDE, -  
CON AMOR GILDARDO ESPINO--  
ZA DIAZ.

# BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

## CAPITULO PRIMERO LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

	Pág.
PROLOGO .....	1
I.- INTRODUCCION .....	1
II.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	4
A).- DERECHO ROMANO.....	5
B).- FILOSOFIA ESCOLASTICA.....	6
C).- TESIS EMANADA DE LA REVOLUCION FRANCESA.	8
D).- LA TEORIA DEL IUS IN SE IPSUM.....	9
III.- TEORIA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD...	12
A).- DESARROLLO.....	12
B).- CRITICA A LA TEORIA.....	14
C).- CRITERIO QUE PROPONEMOS.....	18
a).- CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA.....	21
b).- CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.....	33

M-0057473

## P R O L O G O

Los derechos de la personalidad que deberían ser los más profunda y profusamente estudiados, toda vez que se trata de la tutela Jus--Privatística, de los bienes más valiosos del hombre, es la naturaleza misma que pide lo que le corresponde, dentro de la dimensión social.

Por ello los regimenes totalitarios eliminan el Derecho justo y los suplen por un imperativo formalista, desligando a los ciudadanos a quienes se dirige. Así llegan a la destrucción del hombre.

En el tema que vamos a tratar, hablaremos de los derechos de la personalidad del individuo, sus derechos personalísimos que actualmente están a la vanguardia con el Derecho, considerando para ello a los más modernos expositores italianos y españoles quienes tratan de estos derechos.



CAPITULO PRIMERO  
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

1.- El increíble avance de la ciencia y de la técnica, la difusión de los medios de publicidad como la radio, la televisión, el cine, los periódicos, las revistas, etc. el espíritu capitalista que predomina en nuestra sociedad, la ingerencia creciente del estado en la actividad de los particulares y hasta el nacimiento de un derecho social como derecho de clase, han traído como consecuencia un olvido de la individualidad de la persona\*, poniendo en peligro sus más preciados bienes.

Nuestra sociedad, olvidándose de la persona y de sus atributos que le son esenciales, se ha preocupado casi exclusivamente de regular la circulación de los bienes económicos; por lo que últimamente, para remediar esta situación, se ha sentido la necesidad de introducir en los códigos civiles un capítulo compuesto de reglas ad hoc que eficazmente contribuya a la protección de los valores humanos. Las reglas que compondrían este capítulo, estarían formadas por los llamados derechos de la personalidad.

Convencidamente creemos que de sobra se justifica la pro----

\* En el desarrollo del presente trabajo, cuando se utilice el concepto de persona en su sentido técnico jurídico, se acompañara de la palabra jurídica.

tección de estos derechos en los ordenamientos jurídicos, para que bajo su amparo los valores del hombre no se sigan perdiendo en una sociedad materializada.

Está fuera de toda discusión que la persona requiera de una tutela jurídica de su individualidad; en este punto todos los autores están de acuerdo. El problema empieza cuando se trata de determinar la manera como debe protegerse la persona; para algunos autores la protección debe hacerse mediante la observancia de normas que impliquen un mandato prohibitivo consistente en la obligación general de no interferir en la esfera personal de los demás, pero aclarando que tales normas que deben ser de derecho público, no otorgan a la persona un derecho subjetivo, por lo que su protección viene a ser un efecto reflejo del derecho objetivo. Otros autores consideran que independientemente de las disposiciones de derecho público que protegen a la persona es perfectamente viable la existencia de normas de carácter privado que tengan esta misma finalidad, pero sólo que a diferencia de la primera, estas nuevas normas no serían simples mandatos prohibitivos sino que otorgarían auténticos derechos subjetivos protegidos por una especial acción privada.

En torno a esta cuestión se presenta la más enconada polémica; si se admite la existencia de los derechos de la persona

## BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

- 3 -

lidad. En que consistiría su objeto? Se ha respondido que -- consistiría ya en la misma persona ya en los llamados bienes personales, o bien en los modos de ser o cualidades esen--- ciales de la persona. A ésto se argumenta que el objeto así concebido implica una forzosa confusión con el sujeto, cuando en verdad se trata de dos términos distintos e inconci--- liables.

Por nuestra parte en su oportunidad expondremos nuestro criterio sobre el objeto de los derechos de la personalidad, adelantando únicamente que tales derechos como cualquier o--- tro, sólo puedan tener un objeto, la conducta humana, por lo que en ningún caso puede haber confusión entre ésta y el sujeto de derecho o persona jurídica.

En la doctrina italiana y poco en la española los derechos - de la personalidad encuentran sus más brillantes exposito--- res, algunos de los cuales nos dan definiciones de ellos: DE CUPIS, dice que "Son aquéllos que tienen por objeto los mo--- dos del ser, físico o moral de la persona"(1). FERRARA.- Los define como "Aquéllos derechos que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de la perso-

na, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales"(2). DIGNI.- "Los derechos de la personalidad es necesario entender aquéllos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad".(3)

FEDERICO DE CASTRO.- Dice de ellos " Que conceden un poder a la persona para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades".(4)

## II.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

Aunque los derechos subjetivos de la personalidad, como afirma MESSINEO, "constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos; y son aquéllos una conquista de la ciencia jurídica, por último siglo" (5) la persona humana ha gozado de protección jurídica, salvaguardándose sus valores y facultades inherentes, incluso en el Derecho Romano. Lo que en realidad es moderno no es protección de la

personalidad sino la formulación de tal protección, como nueva y peculiar categoría de derechos subjetivos.

A).- DERECHO ROMANO.- Coinciden los autores en señalar que - en el derecho romano, la protección de la persona operó fundamentalmente a través de la llamada ACTIO INIURIARUM, y estima que tal acción era originada por el desprecio de la personalidad ajena. Entre nosotros, MARGADANT (6), que el concepto de injuria que originalmente designaba todo acto contrario al derecho, se utilizó desde medio milenio antes de Cristo, para el caso especial de lesiones causadas a una persona libre o a un esclavo ajeno, pero que después el pretor extendió este concepto a los casos de lesiones morales (difamación), el hecho de dirigirse al fiador antes de comunicarse con el deudor, para el cobro de un crédito, versos satíricos etc., en todos estos casos, la última podría ejercer la infamante actio injuriarum a estimatoria. La jurisprudencia surgida alrededor de la injuria, exploró la zona fronteriza entre moral y derecho, y la actio injuriarum se fue extendiendo cada vez más para combatir los actos contrarios a la conciencia moral que debía de observarse en el trato social.

B.- FILOSOFIA ESCOLASTICA.- La base técnica para la especificación de los derechos de la personalidad procede, según DE CASTRO (7), de la filosofía escolástica.

Esta doctrina que se apoya en el cristianismo, funde la idea básica de ésta, consistente en considerar a todos los hombres como personas, destacando además, la existencia de los llamados bienes personales que son aquellos que están en la persona, en su mismo cuerpo (in bonis corporis) distinguiéndolos de los bienes externos (bona exteriora).

Los bienes personales están formados, según esta teoría por la integridad corporal, la tranquilidad y el sosiego del ánimo y de la libertad; junto a estos bienes se señalan también el honor y la fama, sólo que se les considera de distinta naturaleza, aunque se acepta que unos y otros pueden ser lesionados en cuyo caso originan la obligación de reparar.

SANTO TOMAS (8) distingue los bona exteriora de los in bonis corporis y respecto a estos separa:

1.- Quidem integritas corporalis substantia (el que se lesiona por matar o mutilar).

2.- delectatio vel quies sensus (al que se opone el azotar y el producir dolor) Quodlibet sensum dolore afficiens.

3.- motus et usus membrorum (que se impide por la atadura y la cárcel).

Considera DE CASTRO (9), que las ideas de la filosofía escolástica no fueron eficaces hasta ser sistematizadas por los teólogos que formularon lo que se ha llamado la escuela española de Derecho Natural, y señala a DE SOTO, como el autor más importante, agrega que para este autor, el hombre tiene tres géneros de bienes:

a).- La vida. b).- El honor y la fama y c).- Los bienes temporales.

Sobre la vida, el hombre no tiene el dominio porque él puede exponerla, no está en cambio permitido que se suicide, es solo custodio de su vida. Por el contrario, el hombre tiene dominio de su honor y fama; pero no puede usarlos como el dinero, porque su valor es superior. Esta doctrina, señala DE -- CASTRO, es recogida por GROCCIO, quien directamente y por medio de sus comentaristas la divulga, especialmente entre los autores germanos.

C).- TESIS EMANADA DE LA REVOLUCION FRANCESA.

Se señala como una etapa más en la evolución doctrinal de los derechos de la personalidad, la teoría de los llamados derechos del hombre y del ciudadano o también de los de----rechos innatos. Sin embargo, la influencia que tal doctrina ejerció, no logró un enfoque afortunado del problema pues en verdad una teoría eminentemente política perteneciente al Derecho Público. A diferencia de la teoría de los llama--dos derechos de la personalidad, que responden al propósito de que sean concebidos y proclamados como nueva categoría de derechos privados.



La teoría de los derechos del hombre y del ciudadano, opina CASTAN TOBENAS (10), tiene una significación política muy clara, está vinculada a las declaraciones de derecho, formulada a partir del siglo XVIII, cuya doble característica --- política e individualista, se manifiesta con mucho relieve. Para DE CASTRO, esta teoría desplazará en las obras más in--- fluyentes después de GROCIO, a los derechos de la personalidad, pues lo que interesa es señalar la obligación que ---- tienen todos los hombres de considerarse iguales, y agrega, que respecto de los derechos de la personalidad: "La interfe--- rencia del concepto de los derechos individuales, con su es--- pecial significación política, ha sido perniciosa, pues el hábito de considerar comprendidos los bienes personales lle--- vará a que primero los civilistas se desatiendan de unos y otros como pertenecientes al Derecho Público, y a que des--- pués sea difícil distinguirlos entre sí, lo que dificultará el conocimiento teórico, y sobre todo, la protección jurídi--- ca práctica de los bienes personales" (11).

D).- LA TEORIA DEL IUS IN SE IPSUM.- En la exposición de es--- ta teoría que según los autores significa el atisbo por los antiguos doctores a la moderna teoría de los derechos de la personalidad, seguiremos de cerca la exposición que de ella

hace DE CASTRO (12).

Según este autor, la primera afirmación de un derecho sobre sí mismo, y hasta esta misma designación, se ha atribuido a GOMEZ DE AMEZCUA.

Este, en su obra TRACTUS DE POTESTATE IN SE IPSUM, se preocupa fundamentalmente por rechazar las trabas que indebidamente se iban imponiendo a la libertad del hombre. Desde las -- primeras líneas de su libro se enfrenta contra el aforismo neminem esse dominum membrorum suorum, porque era entendido, (dice) como regla negativa de la libertad; no es lícito ha-- cer nada fuera de lo expresamente permitido por el Derecho -- y, a ella le opone la regla positiva: Todo le está permitido al hombre respecto así mismo, excepto lo que le está expresa-- mente prohibido por el Derecho.

A Amezcua fundamentalmente le preocupa demostrar la regla po-- sitiva, y de ella deduce que dado que Dios le concedió al -- hombre libre albedrío, éste tiene potestad sobre sí mismo, sobre su vida (menos matarse), sobre su cuerpo y sus miem--- bros, sobre su honor y fama y hasta sobre su propia alma y -

bienes espirituales.

La construcción técnica de ese poder, queda quizá intencionalmente (dice), DE CASTRO, desdibujada y, ello es así, porque según este autor, la doctrina sufre una confusión que explica, porque AMEZCUA parte de una teología moral.

La función que explica porque AMEZCUA, parte de una teología moral a la que alude DE CASTRO, consiste en que para él es necesario distinguir el derecho subjetivo de las meras facultades, y de este modo se puede decir que el hombre es dueño de sí mismo y de sus acciones, para significar la propia libertad y responsabilidad a respetar por todos; más tal poder (para DE CASTRO, facultades), tiene una naturaleza distinta del derecho real del de crédito y del de familia, y agrega, que para AMEZCUA, la p<sup>o</sup>testad sobre sí mismo (libre arbitrio y libertad jurídica), implica facultades de uso y de ejercicio, mediante las que se desenvuelve y se exterioriza la personalidad por lo que no tiene el hombre un derecho dominical IN MEMBRA SUA, al modo como lo tiene el dueño sobre el esclavo.

Unánimemente la doctrina ha rechazado la existencia de un derecho sobre la propia persona a la manera como fue concebido en la teoría del IUS SE IPSUM, entendiéndose modernamente que el objeto de los derechos de la personalidad ya no es la persona considerada como un todo, sino más bien, ciertos atributos, cualidades o modos de ser de la persona misma. En esto se funda la llamada teoría de los derechos de la personalidad que a continuación expresaremos.

### III.- TEORIA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

#### A).- DESARROLLO.

El autor que en forma más clara ha expuesto esta teoría es de CUPIS (13) por lo que al desarrollarla nosotros seguiremos su construcción.

Sostiene este autor que los derechos de la personalidad deben distinguirse de la personalidad misma, ya que ésta consiste en la abstracta posibilidad de tener derechos, mien-

tras que aquéllos son facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad. De esta forma, la personalidad se concibe como un cascarón destinado a llenarse de derechos subjetivos y sin ellos, quedaría privada de todo valor concreto. Ahora bien, de todos los derechos atribuibles a la persona y, que dan contenido a la personalidad, los derechos de la personalidad constituyen según DE CUPIS, su núcleo fundamental: "Todos los derechos en cuanto destinados a dar contenido a la personalidad, podrían llamarse derechos de la personalidad; pero en el corriente lenguaje jurídico se reserva tal denominación para aquellos derechos subjetivos cuya función con respecto a la personalidad se especializa, constituyendo el mínimo necesario e imprescindible de su contenido" (14). Son éstos los derechos, "Sin cuya compañía todos los derechos subjetivos perderían todo interés respecto al individuo; tanto que podría llegar a decirse que si no existiera la persona no existirían como tales" (15). Son derechos esenciales que constituyen el núcleo más profundo de la personalidad, su objeto está constituido por los modos del ser físico y moral de la persona y se caracterizan por:

a).- Estar con la persona en un nexo estrechísimo, podría

decirse orgánico.

b).- Ser entre los bienes susceptibles de señoría jurídica, los más elevados, sin los cuales todos los demás pierdan su valor. Son objetos no exteriores, mas su no exterioridad no significa identidad con su titular, pues su modo de ser no es la misma cosa que persona.

B).- CRITICA A LA TEORIA.

La teoría de los derechos de la personalidad expuesta en la forma que hemos señalado, incurre en errores que impiden aceptarla plenamente. Ello ha motivado a que se formulen tesis escépticas y hasta francamente negativas en torno a ella, por lo que, si no queremos concluir negando la existencia de esta categoría de derechos, debemos buscarle una nueva formulación que nos permita superar los errores que actualmente presenta y que en seguida señalaremos.

Antes de analizar concretamente las principales objeciones que se hacen a la Teoría de los derechos de la personalidad,

- 15 -

es conveniente distinguir la critica que la doctrina más generalizada le ha hecho a la teoría de la que por nuestra parte le formularemos y como veremos son radicalmente distintas, limitándonos en este inciso sólo a la exposición de la primera y ello porque, como lo intentaremos probar, tanto la teoría como en la critica, caen en los mismos errores. Por consiguiente nuestras objeciones se dirigirán contra ambas, lo que supondrá su previa exposición. Por lo demás, no hay que perder de vista que la teoría que podríamos llamar clásica, la hemos expuesto ya en el inciso precedente, por lo que dejaremos para el presente, lo que hemos denominado critica a la teoría, sólo reseña de lo que la doctrina le ha hecho, reservando para el siguiente inciso, en el que trataremos de formular nuestra tesis, la exposición de nuestras objeciones, ya que además de la razón señalada primeramente, ellas más que eso, pretenden servir de base de lo que ahí se diga, a efecto de lograr una mejor estructuración de los derechos de la personalidad, fundada en conceptos jurídicos más técnicos y modernos.

Hecha esta aclaración que consideramos oportuna, pasaremos ahora a ocuparnos del tema.

Podemos decir que fundamentalmente la crítica se ha hecho -- consistir en lo siguiente: Es imposible la existencia de los derechos de la personalidad, sin confundir por completo en - el mismo individuo las cualidades contradictorias e inconci- liables de sujeto y objeto. Es decir, que un derecho sobre - la persona (ius in se ipsum) o sobre una proyección de ella (tesis clásica), implica necesariamente la identificación del sujeto con el objeto de derecho, lo que es inaceptable, pues se dice que la persona pasaría de este modo a ser obje- to de sí mismo; y se agrega que, aunque se argumente en con- tra que el objeto de los derechos de la personalidad ya no - es todo el hombre sino una proyección de su personalidad; de todas maneras es válida objeción, pues esas proyecciones, cualidades o modos de ser de la persona, le están indisolu- blemente unidos, de tal modo que no es posible su indivi- dualización por el derecho para constituir sobre ellos un es- pecífico derecho subjetivo.

FEDERICO DE CASTRO (16), por ejemplo, sostiene la anterior - posición diciendo que es imposible la individualización a que hicimos referencia, porque el todo (la persona) no tiene como objeto de una de sus partes (mano) o (salud) sino que - está formada de tales partes y con tales propiedades. Modo



de ser es la determinación del ser mismo según sus posibilidades (accidentales), en lo que serán sucesivos estados de su devenir (juventud, madurez), las cualidades esenciales (cuerpo, alma, vivir), no son objetos distintos ni separables, en cuanto precisamente son esenciales al hombre. El todo (la persona), no puede pues tener como objeto a una de sus partes, cualidades o modos de ser, sino que es todo compuesto de partes, con cualidades esenciales y cuyos modos de ser forman su indivisible existir.

Aunque se han esgrimido otros argumentos en contra de la teoría, la polémica versa en lo esencial en torno al punto reseñado.

Los partidarios de la teoría contestan que es a partir de CAMPO GRANDE, cuando se salva definitivamente la objeción, pues como él dice "El sujeto de ius in se ipsum es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de los derechos sobre la propia persona, consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, bien sea física o moral". "Como sujeto, el hombre obra con todas sus facultades físicas y morales indistintamente, como objeto funciona el hombre mismo, pero limitándose a una manifestación de su personalidad" (17). Por lo que respecta a la

posibilidad de individualizar tales cualidades, modos de ser o proyecciones de la persona, no ven ellos obstáculos para que del hecho de que necesariamente integren a la persona, - no se pueda mediante oportuna inducción o abstracción mental configurársele como objetos de derecho.

RUGGIERO (18) argumenta que si bien es cierto, que los modos o cualidades de la persona no gozan de objetividad externa, nada impide realizar una construcción suficiente justificada y lógica, para que mediante un juego mental podamos hacernos a la idea de una relación entre el todo subjetivo y la abstracción de sus manifestaciones consiguiéndose así, a través de este recurso teórico, la perfecta comprensión de la relación interna correspondiente.

Del enjuiciamiento crítico de la doctrina como de sus objeciones, nos ocuparemos como hemos dicho en el siguiente inciso.

#### C.- CRITERIO QUE PROPONEMOS.

Ya hemos dicho que incurren en error, tanto la teoría de los derechos de la personalidad, concebida a la manera como lo -

hace DE CUPIS, y a la que con pequeña diferencia se adhieren los tratadistas partidarios del reconocimiento de la categoría de derechos a que ella se refiere, cuando la crítica de que es objeto la propia teoría.

Demostrar esta aseveración y al mismo tiempo exponer nuestro criterio al respecto, serán los temas que ocupen las siguientes líneas.

La teoría a nuestro parecer, ha caído en dos errores fundamentales:

1.- Considerar como sujeto de derecho, como persona jurídica, al hombre.

2.- Afirmar que el objeto de los derechos de la personalidad es un modo de ser, una proyección, una cualidad del hombre.

La crítica por su parte, lejos de ver estos errores, de seña

larlos y destacarlos, incide en ellos, los acepta, los reafirma, y paradójicamente en ellos se basa para objetar la teoría, razonando; así como se afirma, el sujeto de derecho es el hombre y el objeto es también el hombre, sólo que en un modo de ser especial, y si por modo de ser se entiende una determinación del ser mismo, entonces el sujeto y el objeto de los derechos de la personalidad son el mismo individuo, lo que sencillamente es inaceptable, pues ambos conceptos son cualidades contradictorias e inconciliables. Esto quiere decir, que la crítica no le niega valor a la teoría, en cuanto ésta tiene de negativo, sino por el contrario, abunda en los errores de ella, y si bien es verdad que contrariamente a lo sostenido por ésta, afirma que no es posible que el hombre sea al mismo tiempo sujeto y objeto de los derechos de la personalidad, no es menos cierto que esta afirmación la hace dogmáticamente y no porque, como lo creemos fundadamente y trataremos de demostrarlo, la persona jurídica tenga una realidad distinta e independiente del hombre y el objeto de tales derechos, sólo y exclusivamente en cuanto a conducta humana.

Más para ello es absolutamente necesario ocuparnos antes del estudio de los conceptos jurídicos fundamentales de persona jurídica y de derecho subjetivo, como brevemente y a conti-

nuación lo haremos.

a).- CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA.

Antes que nada, debemos señalar que la palabra persona no es unívoca sino que tiene varias acepciones, siendo éstas principalmente tres: biológica, filosófica y jurídica.

En la primera acepción, la voz de referencia hace alusión al hombre.

Por donde podemos decir que en biología persona es sinónimo de hombre.

En filosofía general, se entiende por persona al ser capaz de proponerse fines y de encontrar los medios suficientes para realizarlos; también se entiende por persona, al sujeto capaz de conocer los valores o de llevar a cabo una conducta ética.

Ahora bien, para la ciencia jurídica, "persona significa lo mismo para la biología o la filosofía? Esto es, persona ----

juridicamente, "es ese hombre de que nos habla la biología o ese ser capaz de proponerse fines o de conocer valores, o es algo distinto, singular e independiente de las acepciones señaladas?

Al despejar esta incógnita se tienen los siguientes comentarios, para lo cual es conveniente ante todo aclarar, como lo hacen los autores (19), tres cuestiones que con frecuencia se confunden: 1.- "Qué es persona jurídica?. Es decir, que significa tener dentro de un ordenamiento jurídico la calidad de persona jurídica? Esto es, "a quiénes un determinado derecho positivo otorga o reconoce personalidad jurídica?.- 2.- "Qué significa ser sujeto de Derecho?. "Quiénes son dentro de un determinado ordenamiento jurídico positivo?.- 3.- "Quiénes deben ser personas jurídicas?. Esto es, "a quiénes el Derecho debe dotar o aceptar que poseen personalidad jurídica? Como se ve, las tres cuestiones plantean problemas distintos y su solución corresponde también a disciplinas distintas (Teoría Fundamental de Derecho, Dogmática del Derecho Positivo y Política Legislativa, respectivamente). Sin entrar en detalles, sólo nos ocuparemos del estudio de la primera: "Qué es persona jurídica?.

Para precisar más el propósito de nuestro análisis, es pertinente tener en cuenta que el concepto de persona jurídica se

usa en dos sentidos, uno amplio, entendiendo por tal el sujeto de derecho; de esta suerte, persona jurídica es todo sujeto de derecho. otro restringido, según el cuál, persona jurídica es el sujeto de derecho a saber, el sujeto de derecho colectivo.

Es precisamente, desde el punto de vista como se distinguen las personas jurídicas individuales de las colectivas, reservándose para las primeras el nombre de personas físicas y para las segundas el de personas jurídicas o morales. Refiriéndose a esta clasificación, el maestro RECANSES opina: "Estimo que ha sido un funesto error el hecho que de ordinario se haya separado o independizado exclusivamente la doctrina de la persona colectiva de la consideración general sobre el concepto jurídico de personalidad, generalmente se ha despachado con rapidez y sin poner gran atención al problema a la persona jurídica individual. Porque el individuo nos es dado como una realidad sustantiva de facilísimo reconocimiento, y además, porque la justicia o el derecho natural exigen que todo hombre sea persona en Derecho; se ha creído que ningún difícil problema planteaba la teoría de la persona individual, se han visto sólo dos cuestiones: la de en qué consiste el quién de la persona individual y la a de quién

debe otorgarse esa personalidad. La primera de estas dos ---  
cuestiones, la de que realidad sea la que sirve de sustrato  
a la persona individual, se ha contestado diciendo que ese -  
sustrato es el hombre. Y a la segunda de las mencionadas ---  
cuestiones, la de quién deba tener personalidad, se ha res--  
pondido diciendo que todos los hombres deben ser considera--  
dos como personas por el Derecho. Y ambas respuestas están  
bien, son correctas. Pero se ha dejado de reparar mientras -  
en el problema propiamente de la teoría jurídicamente pura,  
que consiste en la cuestión de determinar, qué quiere decir  
ser persona en sentido jurídico, esto es, en que consiste la  
personalidad jurídica como categoría específica del Derecho.  
Si se hubiera planeado con agudeza y amplitud esta cuestión,  
entonces se habría visto que lo que funciona como persona en  
el área del derecho, no es la plenitud del ser individual,  
no es la realidad del hombre concreto singular con su propia  
e intransferible existencia, sino ciertas dimensiones gené-  
ricas y comunes objetivadas y unificadas por el ordenamiento  
jurídico. En cambio, se ha tratado profusamente el tema de  
las personas colectivas, precisamente en gran parte, porque  
se presentaban con dimensiones de notoria dificultad los pro-  
blemas acerca de la realidad de los entes colectivos que fun-  
cionan como personas (morales, jurídicas y colectivas), y a-  
cerca de cual es la conducta que el Estado deba seguir con -  
respecto a ellos. Además, muchas veces, en gran número de



teorías se han involucrado estos dos problemas con el que -- sea o en que consiste desde el punto de vista jurídico, la personalidad concedida a esos entes.

Tal vez la causa por la cual la teoría jurídica no ha logrado ni siquiera una mediana claridad en sus estudios sobre la persona colectiva, sea el haber querido enfocar conjuntamente las varias cuestiones dispares que la misma suscita, tratando de solucionarlas todas mediante una sola receta" (20).

Con esta explicación vemos como algunas teorías acerca de la personalidad jurídica se han elaborado deficientemente -- pensando sólo en las personas jurídicas colectivas, cuando en realidad deben de ocuparse de la persona jurídica en general, pues su esencia es única.

Todavía, antes de reseñar suscintamente algunas teorías de la personalidad, es oportuno señalar el origen etimológico de la palabra persona, pues ello ayudará a la mejor comprensión del tema.

FERRARA, citado por GARCIA MAYNES, dice que: "No obstante --

las investigaciones glosológicas hechas hasta ahora, la palabra es aún bastante obscura y las más probables es la derivación que de ella hace AULOGELIO de personare.

Cierto que entre los latinos el sentido originario de persona fué el de máscara, larva histrionalis, que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena con el fin de hacer su voz vibrante y sonora, y poco después, la palabra pasó a significar el mismo actor enmascarado, el personaje, así en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio, se lee la lista de las personas. También en el lenguaje teatral se usaban las expresiones personam gerere, agere, sustinere, en el sentido de sostener en el drama las partes de alguno de representar a alguno. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida. Y como el actor que en el drama representaba la parte de alguno, -- también del que en la vida representaba alguna función, se decía: gerit Personam (principis conusulis, etc.). Persona quiere decir aquí, posición, función cualidad" (21).

El maestro RECASENS SICHES, aludiendo el significado original de la palabra persona, escribe: "De momento, del hecho -- conocido de que la palabra persona significó originariamente

y en sentido propio máscara, careta que usaban los actores. Me interesa apuntar aquí la observación siguiente: En tal acepción, persona viene a indicar un papel, una función previamente determinada, preestablecida, diseñada de antemano - y, ésto es, no el hombre que representa en el teatro, sino el rol por él desempeñado, y por otra parte, me interesa subrayar también que ese traslado de la primitiva significación de la palabra persona - como máscara - se hace al campo de los conceptos jurídicos" (22).

Con estos antecedentes podemos ya iniciarnos en la exposición de algunas teorías de la personalidad, para lo cual seguiremos de cerca un interesante estudio debido a BARROSO FIGUEROA, titulado "Del Concepto de Persona Jurídica", publicado en el número sesenta de la revista de la facultad de Derecho de México.

Este autor, haciendo la aclaración de que "Es imprescindible para los juristas educados en la corriente romanista, el estudio del antecedente de cada institución en este Derecho", (23) llega a la conclusión de: "Con titubeos excusables el jurista antiguo y ante un problema tan complicado, los Roma-

nos habian conseguido, con el vocablo "persona" caracterizar un concepto esencialmente juridico o sea el sujeto individual de derechos y obligaciones. La personalidad colectiva les era conocida, pues tras una evolución gradual lograron la abstracción que es característica de la llamada persona moral, ésto es un ente cuya existencia patrimonio y actuación es independiente de la de sus miembros, MARGADANT cita a ALFENO Y ULPIANO EN este sentido" (24).

a).- TEORIA DE LA FICCION.

Como ya lo observamos, algunas teorías referidas a la personalidad entre ellas la de la ficción debida fundamentalmente a SAVIGNY, se han elaborado tratando de explicar exclusivamente los problemas que plantea la persona moral, lo que en opinión de RECANSENS (25), trajo como consecuencia un olvido de la persona jurídica individual y por ende, un deficiente estudio de la personalidad.

Para BARROSO FIGUEROA, los partidarios de esta teoría consideraran a la persona moral como un ente ficticio, pues al partir del dato que la persona es un sujeto volente, estiman "

que las personas colectivas carecen de voluntad y por tanto no pueden ser sujetos verdaderos de derecho, de donde se deriva la conclusión, de que son creaciones ficticias, fundadas en la suposición de que existe un sujeto de derechos ahí donde no hay un sujeto de voluntad" (26).

La teoría toma como punto de partida la tesis de ----- WINDSCHEIDS, relativa al derecho subjetivo, según la cual -- éste: "Es un poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico" (27), de donde, si derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, sólo los seres dotados de ella pueden ser sujetos de derecho, esto es, personas, por tanto, al carecer de voluntad las personas morales, son entes ficticios es decir, entes creadas artificialmente.

SAVIGNY, como ya dijimos, al fundar su teoría de la ficción , en la obra de WINDSCHEIDS, se ve expuesto a las críticas formuladas a esta última siendo ellas principalmente, según el resumen que hace BARROSO FIGUEROA, las siguientes:

1.- Existen casos en que el titular de un derecho subjetivo

no desea ejercitarlo, circunstancia que no destruye la facultad, como ocurriría en el caso de que el derecho dependiera de la voluntad.

2.- Aunque muchas personas carecen de voluntad en el sentido psicológico, poseen facultades y soportan obligaciones. Si lo esencial del derecho subjetivo fuera el querer, estas personas carecerían de tales derechos subjetivos.

3.- Los derechos subjetivos no desaparecen aunque el titular del mismo ignore su existencia y no tenga, por tanto, un querer orientado a ellos.

4.- Existen derechos cuya renuncia no produce consecuencias legales de donde se ve que los derechos no dependen de la voluntad"(28).

Estas críticas que por sí solas bastarían para la quiebra de la teoría de la ficción, no obstan sin embargo para que a esta última se le formulen objeciones directas, y así, GARCIA MAYNEZ, resumiendo las objeciones formuladas por Ferrer--

ra, señala:

1.- La teoría de la ficción, como corolario de una falsa concepción del derecho subjetivo es necesariamente, falsa también.

2.- Además, si fuese cierto que la esencia del derecho subjetivo y de la personalidad jurídica es la facultad de proponerse fines y realizarlos o en otros términos, la voluntad, habría que llegar a la conclusión de que en los entes colectivos, los órganos deben ser considerados como sujetos de los derechos y obligaciones de la corporación, ya que los órganos son seres volentes y obran en representación de aquélla.

3.- Las personas colectivas no son entes ficticios, sino poderosas individualidades sociales, que realizan en la vida un papel importantísimo.

La teoría de la ficción no nos dice cuál es la esencia de

aquéllos seres: se aleja de la experiencia y desconoce las realidades.

4.- Otro de los argumentos refiérese a la limitación establecida por SAVIGNY, cuando define las personas jurídicas como seres creados artificialmente por el legislador, para las relaciones patrimoniales, dicha limitación no se justifica, -- porque los entes colectivos poseen múltiples derechos extra-patrimoniales o no patrimoniales, como por ejemplo, los honoríficos.

5.- Por otra parte, si las personas jurídicas son seres ficticios creados por la ley, "cómo explicar la existencia del Estado? Porque el estado es también una persona jurídica colectiva. Ahora bien, si éste es el creador de todas las ---- ficciones llamadas personas jurídicas, "quién es el creador de la ficción estatal? "Como puede una ficción ser creadora de otras ficciones?.

6.- Por último esta teoría nos ofrece un cuadro deficiente de los medios de extinción de las personas jurídicas, porque todo lo reduce a la destrucción por obra del legislador, y



también aquí hace dominar el arbitrio, ya que no pone ninguna condición ética para la supresión de las personas jurídicas...." (29).

Es evidente la insuficiencia de la teoría de la ficción para explicar la naturaleza jurídica de las llamadas personas morales, de todas las críticas formuladas por FERRARA, la más sólida nos parece la que nos explica la naturaleza jurídica del Estado, es decir, que no se vé cómo si el Estado es una ficción, a su vez crea otras ficciones. En conclusión podemos aceptar como explicación de la existencia de las personas morales que sean simplemente una ficción.

#### b).- TESIS DEL DERECHO SIN SUJETO.

Marginalmente señalaremos que como reacción de la teoría de la ficción, se presenta la tesis de los derechos sin sujeto, en la cual la esencia de las personas morales estriba en que éstas constituyen su patrimonio destinándolo a un fin.

Bástenos para desechar esta teoría el hecho de que el patrimonio como conjunto de derechos u obligaciones, sólo puede ser predicado de un sujeto de derecho, es decir, el contenido de la norma jurídica es siempre conducta humana. Por tanto, los derechos y obligaciones que forman el patrimonio, su ponen siempre un sujeto capaz de conducirse jurídicamente.

c).- TESIS DE FRANCISCO FERRARA.

Un paso muy importante en la determinación del concepto de persona jurídica, lo constituye la tesis de FRANCISCO FERRARA, al afirmar categóricamente que la personalidad es un producto del orden jurídico. Lo jurídico, dice FERRARA, no le viene al hombre por su naturaleza sino por la Ley.

BARROSO FIGUEROA al comentar esta tesis, señala que para FERRARA, "El derecho subjetivo no es más que un efecto del objetivo, individualizado y hecho propio del particular (30) y que el deber jurídico es un estado de sujeción a la norma; de donde resulta que la persona viene a ser el titular de un poder o un deber jurídico", pero "Esta titularidad no le --- viene de la voluntad sino del derecho". La cualidad natural

del hombre, de ente racional y volente, es sólo la base ética para que el derecho le reconozca personalidad. Antes de una organización estatal, el hombre no es persona, aún constituido el orden jurídico, "la historia demuestra que por largo tiempo ha habido una clase de hombres a los cuales se negaba la calidad de sujetos de derechos, los esclavos" (31).

Con estos elementos FERRARA, define a las personas jurídicas (colectivas), como "asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación judicial como sujetos de derechos" (32).

Después de formular algunas críticas, GARCIA MAYNEZ concluye que "No hay que olvidar, sin embargo, los méritos de la doctrina pues la personalidad jurídica, como su denominación lo indica es siempre creación del derecho.

Esto significa simplemente que las personas jurídicas no pueden ser creadas por el mero arbitrio del hombre, pues la aptitud de ser sujeto de derechos y deberes deriva de un conjunto de elementos intrínsecos que, por lo demás FERRARA, se

ñala con admirable claridad....." (33).

d).- TESIS DE HANS KELSEN.

Sin duda alguna es KELSEN, quién ha logrado, hasta ahora, la más clara concepción de la persona jurídica.

Exige KELSEN, que en el conocimiento científico se observe la pureza del método; de ahí que su teoría pura del derecho sea frente a todo elemento meta jurídica, principalmente --- fenoménico ética y por ende considera que es un error meto-- dológico introducir elementos extraños al Derecho para expli-- car las categorías jurídicas de éste. Para el mundo de lo jurídico, los sujetos de derecho no existen como unidades -- biológicas o psicológicas, sino como elementos estrictamente jurídicos, así "El hombre, que es un objeto esencialmente distinto del derecho, de la biología y la psicología, no --- está en realidad, en tal relación con el derecho, que pu--- diese ser objeto de la ciencia jurídica.

El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la --

persona, y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia. Sin embargo a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esta distinción, se está aún lejos de haber extraído de ella toda la consecuencia posible. Compruébese esto en la distinción entre personas físicas y personas jurídicas, sosteniendo que las personas físicas son los hombres, y las personas jurídicas, todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres (34).

"Si el hombre ha de ser objeto del conocimiento jurídico, -- tiene que diluirse en el derecho, pero lo que el orden jurídico se apropia, no es todo el hombre, no es el hombre en -- cuanto tal; es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones, sólo algunas acciones particulares, a varias de las cuales se les designa negativamente como "omisiones", son las que hallan entrada en la Ley jurídica como condiciones o consecuencias" (35).

KELSEN nos explica cómo la confusión en torno al concepto de la persona se debe a la costumbre de substancializar los conceptos. La persona jurídica, dice, no es algo diferente

de los derechos subjetivos y deberes jurídicos que la componen; sólo que, como consecuencia de la aludida costumbre, esos derechos y deberes, se presentan a la mente humana, subjetivizados, personificados. Persona jurídica, dice, es un concepto antropomórfico, pero es un error, añade, considerar que las cosas sean algo distinto a la suma de sus elementos el hombre (de ellas) es sólo un símbolo, es su expresión unitaria. La persona jurídica como expresión unitaria de un conjunto de derecho y obligaciones, es simplemente centro ideal de imputación normativa; por ello, para él: "el concepto de persona jurídica, definida esta como sujeto de deberes jurídicos y derechos subjetivos, responde a la necesidad de imaginar a un portador de tales derechos y deberes. El pensamiento jurídico no es satisfacer con saber que cierta omisión humana constituye el contenido de un deber o de un derecho. Alguien ha de existir que "tenga" el deber o el derecho. En esta idea se manifiesta una tendencia general del pensamiento humano. Cualidades empíricas observables son también interpretadas como atributos de un objeto o de una sustancia y gramaticalmente pueden presentarse con predicados de un sujeto. Esta sustancia no es una entidad adicional. - El sujeto gramatical que la denomina es únicamente un símbolo para expresar el hecho de que las cualidades forman una unidad. La hoja no es una entidad nueva, además de todas sus cualidades - verde, lisa, redonda, etc., sino únicamente su

unidad omnicompreensiva. En el pensamiento ordinario determinado por las formas del lenguaje la substancia es convertida en una separada, a la que se atribuye una existencia independiente, además de sus cualidades. El sujeto gramatical, la substancia, aparece por decirlo así, como nuevo miembro de una serie formada por los predicados o cualidades inherentes a la substancia. Esta duplicación del objeto del conocimiento es característica del pensamiento mitológico primitivo llamado animismo. De acuerdo con la interpretación animista de la naturaleza, cada objeto del mundo sensible es considerado como la morada de un espíritu indivisible" (36).

Para KELSEN, que una persona tenga derechos subjetivos y deberes jurídicos quiere decir, únicamente que éstos se encuentran unificados dentro de una porción determinada del orden jurídico o mejor dicho, se da expresión a las circunstancias de que las facultades y los deberes estarán contenidos dentro del complejo normativo unificado, pues si el sujeto titular del derecho no es una substancia real que soporte el deber y la facultad, tampoco, consiste en una substancia jurídica distinta y co-existente de aquella que constituye el contenido de los predicados jurídicos.

La persona no es, no puede ser otra cosa que la unidad de esos predicados, ésto es, de los derechos y deberes (y por tanto de las normas jurídicas).

Nada es posible pensar acerca de ella, en tanto que mera unidad de derechos y obligaciones, que no esté representado por ellos; que sería por ejemplo, un trabajador (como sujeto específico del derecho del trabajo), fuera las obligaciones y facultades que como tal le atribuye el orden jurídico, hablar de persona como algo coexistente al lado de sus cualidades significa duplicar el objeto del conocimiento; por eso dice KELSEN que, la persona es "un complejo de normas de derechos concretamente el conjunto de todas aquellas normas jurídicas que tienen por contenido la conducta de un hombre ya como deber, ya como facultad.

Que el principio de individualización que nos proporciona aquí la unidad es sólo medio jurídico. Pero la esfera jurídica queda constituida desde el momento en que el sustrato de esta unidad está formado por normas jurídicas y que la persona física es considerada como una parte del derecho objetivo, como un orden jurídico parcial delimitado de cierto modo pues frente al sistema totalitario de las normas de derecho frente a la totalidad del orden jurídico, la persona jurídica



ca representa un sistema parcial más o menos arbitrariamente delimitado.... Si se designa al sujeto de derecho como titular de este orden jurídico parcial, como el sujeto que posee facultad y deberes regulados en dicho orden, se realiza la personificación del mismo y se da expresión al hecho de que estos deberes y facultades tienen su puesto en dichos sistemas.... El sujeto no es sino el centro común de referencia de estos contenidos, los cuales reciben su plena determinación jurídica por referencia a la unidad del sistema totalitario, por el conocimiento de la posición que ocupan dentro del orden jurídico, pero si el sujeto de derecho no es más que una expresión unitaria, un centro de referencia, esto ocurre tan sólo para impedir que el juicio siguiente: "Un sujeto de derecho, una persona tiene derechos subjetivos se -- convierte en esta vacua tautología; hay derechos subjetivos. Un sentido completamente diverso tiene esta proposición; un hombre "tiene" deberes y facultades jurídicas". "El tener implica aquí una relación por entero diferente, quiere decir esto: la conducta de ese hombre es contenido de las normas jurídicas, pero la conducta de una persona" no es nunca contenido de las proporciones de derecho. sólo es la conducta humana" y sólo porque la conducta de un hombre es el contenido de las normas, pueden referirse esos contenidos a la unidad de un sistema de normas jurídicas y sólo por eso la per-

sona - como personificación de una unidad - puede tener deberes y facultades jurídicas, del mismo modo que un sistema un orden tiene contenido" (37).

Con el pensamiento anteriormente transcrito, KELSEN, constituye la noción de persona jurídica individual (persona física) según opinión de RECANSES, para áquel... "cuando el ordenamiento jurídico atribuye determinados deberes y derechos, determinada conducta de ciertos hombres individuales, no a éstos en cuanto a tales, sino a un sujeto ideal supuesto --- tras ellos, que funcionan como término central y común de imputación de todos esos aspectos, entonces tenemos a la persona jurídica social o colectiva. Esto es pues un complejo de normas jurídicas que regulan la conducta reciproca de un conjunto de hombres dirigida hacia un fin común. La persona colectiva es, pues también una parte del ordenamiento jurídico delimitada conforme a un cierto punto de vista, concebida como sistema unitario de derechos y deberes a un centro --- común de imputación consistente en que un conjunto de deberes y derechos son concebidos unitariamente, en cuanto al ordenamiento jurídico que los establece los atribuye a un sujeto ideal.

Ahora bien, este sujeto ideal no es más que la expresión de la unidad del ordenamiento o conjunto de normas, delimitado, independizado al tenor de cierto punto de vista (38).

Para concluir con el punto de vista de KELSEN, diremos que -- para él, según RECASENS, "El precepto jurídico contiene sólo conducta humana, ésto es de individuos; sólo merced a la a-- tribución de esta conducta a la unidad de un ordenamiento -- parcial o sistema de normas jurídicas, surge el concepto de persona.

Cuando la base de la delimitación de este sistema u ordena-- miento parcial es la unidad humana, tenemos la persona jurí dica individual; cuando el criterio de la delimitación es la conducta reciproca de varios individuos en vistas a un -- cierto fin, construimos el concepto de persona jurídica co-- lectiva. Y si concebimos unitariamente la totalidad del sis-- tema jurídico referida a un punto ideal común de imputación de cuantos actos establece como propios de dicho sistema he-- mos construido el concepto del Estado como persona" (39).

Con los anteriores conceptos creemos haber dado una idea somera de la tesis de HANS KELSEN, y aunque su teoría ha sido objeto de variadas críticas sin embargo pensamos que él como nadie se acerca a la noción jurídica de persona.

Se objeta que ha deshumanizado el Derecho que aunque su teoría constituye un valioso aporte en la dilucidación del problema jurídico de la personalidad, éste aparte es "....-- principalmente formal y técnico con preponderancia excluye de la norma jurídica y con prescindencia consiguiente del sujeto de derecho" (40).

Pero a esto se contesta que el jefe de la escuela de Viena se ha limitado a conceptuar lo que el Derecho es, tal como es, y no resulta culpa suya que el Derecho sea fundamentalmente norma.

En conclusión, como este estudio no tiene por objeto un detallado análisis de la personalidad, sino que únicamente pretende lograr la distinción de los preceptos de hombre y persona (jurídica) destacando que el primero, en cuanto tal, es ajeno al derecho y que tan solo nos interesa como soporte de

la conducta, contenido de la norma, en tanto que la persona jurídica si es un concepto fundamental de la jurisprudencia, una categoría jurídica, consideramos que con el pensamiento del autor de la Teoría pura de Derecho queda ampliamente satisfecho este objeto.

b).- CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.

Hemos visto que la teoría de los derechos de la personalidad pugna por el reconocimiento de esta categoría de derechos, destacando que su objeto consiste en los modos de ser físico o moral del hombre. Así mismo dijimos que tal teoría ha recibido la crítica de la doctrina que niega que pueda existir una categoría de derechos que tenga el hombre como sujeto y objeto de los mismos, pues ello, se dice implicaría una confusión de tales términos. Se argumenta además que sobre semejante objeto no puede reconocerse un derecho subjetivo, aceptando a lo sumo que su protección se logra de manera refleja al observarse ciertos mandatos prohibitivos. Los que así piensan estiman que hay ciertas posibilidades de obrar derivadas de la norma jurídica que no alcanzan el rango de derechos subjetivos, sino son tan solo meras facultades efec--

tos reflejos del derecho objetivo.

Por ello es necesario emprender un elemental examen del concepto de derecho subjetivo a fin de estar en condiciones de considerar si se conoce con el nombre de derechos de la personalidad ó realmente lo son.

Ya en un principio hacíamos la aclaración de que no puede aceptarse como objeto de los derechos de la personalidad, -- ciertas cualidades o proyecciones de la persona, pues el objeto de cualquier derecho, solo es conducta humana.

No obstante, si creemos que pueden determinarse ciertas conductas típicas que constituyen el objeto de los derechos de la personalidad, de la misma forma como otras lo son de los derechos reales o personales.

A pesar de ser un concepto muy conocido, algunos autores --- niegan la existencia de los derechos subjetivos. Sin duda alguna es KELSEN, el autor que más obstáculos pone para la a--- ceptación de estos derechos, con fundamento en la pureza de

su método, para estudiar el derecho al tratar el tema que -- nos ocupa -Derecho objetivo, lo hace, con un criterio exclusivamente normativo y formal, préscindiendo de los elementos de carácter psicológico o social, que en el mundo de los --- hechos pudiera corresponder a las normas de derecho.

En tal virtud, estima que el error de las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, reside en que lo ven como algo substancialmente distinto del - derecho objetivo, cuando en realidad son idénticos, es de--- cir, para KELSEN, solo hay un derecho: EL OBJETIVO. KELSEN, cree que sólo puede hablarse de derecho subjetivo cuando --- nuestra conducta determina la creación de una norma jurídica (por ejemplo cuando se celebra un contrato se esta creando una norma jurídica individualizada).

Sólo en este caso tal facultad -conducta humana- puede llamarse derecho subjetivo, por lo que éste lo define como "el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende de la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma"(41).

Para el autor que comentamos, todo hecho de conducta al que el orden jurídico atribuye la función de ser creador de derecho, como tal, es necesariamente condicionante de deberes jurídicos, lo que explica que el Derecho Subjetivo figure como parte del proceso que desemboca en el acto coactivo, en caso de antijuricidad. Por ejemplo, si se celebra un contrato, se ha creado una norma jurídica que necesariamente impondrá el deber jurídico de cumplir con lo estipulado, determinando, en caso de incumplimiento, el acto coactivo estatal.

Por tanto, en el pensamiento de este autor los derechos reales, los derechos de libertad y todos aquellos que son considerados correlativos de un deber general de respeto, no son propiamente derechos subjetivos pues en este caso la voluntad no ha determinado la existencia del deber jurídico y, -- por tanto, no ha sido factor en la creación de normas jurídicas.

A reserva de hacer mayores comentarios a esta teoría, lo mismo en este capítulo, cuando hablamos de las ideas de RECAN--SES, como en el siguiente cuando expongamos la clasificación de los derechos reales, personales y de la personalidad, vea



- 49 -

mos por ahora la crítica que hace GARCIA MAYNEZ, a la misma.

GARCIA MAYNEZ (42) impugna la tesis de KELSEN sosteniendo -- que al equiparar éste las nociones de derecho objetivo y de derecho subjetivo, argumentando que el segundo es el mismo - objetivo en determinada relación con un sujeto, equivale a confundir las nociones de norma y facultad, pues "la circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sea lo mismo"(43).

Más adelante agrega: "El sofisma de KELSEN es comparable al paralogismo en que incurria quien dijera que como entre las ideas de padre e hijo, media una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas (44).

Tampoco acepta GARCIA MAYNEZ, los argumentos invocados por KELSEN, tendientes a demostrar que los derechos reales y el de libertad son simples reflejos de un deber general de respeto. Al efecto y aunque acepta que los derechos reales de libertad son correlativos de un deber general de respeto impuesto a todas las personas, ello -aclara- no constituye una

duplicación superflua del concepto de deber, ni mucho menos demuestra que no sean autenticos derechos sino tan sólo esos derechos, como cualquier otro, son correlativos, de un deber.

El término reflejos -agrega- no está empleado, pues un derecho no puede nunca ser copia trasunto o reproducción de obligaciones. Además en opinión de GARCIA MAYNEZ, no se explica en la tesis KELSENIANA, por que razón no se hace en los derechos de crédito, el mismo razonamiento que se hace para sostener que los derechos reales y el de libertad no son tales, pues en última instancia también los derechos de crédito son correlativos de una obligación aunque ésta no sea general, sino especial. De tal suerte, "la teoría que discutimos podría aplicarse, con igual rigor lógico, a los derechos personales. Estos son también reflejos de ciertas obligaciones, pero ello no quiere decir que no existan ni que sean duplicación inútil del deber correspondiente. Mi derecho a exigir una cosa que he comprado es correlativo del deber del vendedor de entregármela y sin embargo, no podemos declarar que aquella facultad duplique la manera superflua, la obligación del vendedor. Lo único que podemos decir, tratándose de los derechos de crédito, como de cualquier otro, es que el derecho subjetivo es correlativo de un deber general o es

pecial de una de varias o de todas las personas" (45).

Por su parte el maestro RECANSES SICHES, estudia el derecho subjetivo y nos dice que la palabra Derecho significa por una parte la norma jurídica, pero además, "empléase dicha palabra para expresar otra cosa: la facultad, la autorización y la pretensión de un sujeto de determinar normativamente la conducta de otro" (46). Hace énfasis RECASENS, en que se trata siempre de la conducta de otros, pues considera que aunque en ocasiones tal relación se exprese refiriéndola a la propia conducta, sólo se quiere significar con ello que se está facultando para que los demás no perturben el ejercicio de la actividad autorizada. Estima que existen tres tipos de situaciones que denotan la existencia de un derecho subjetivo, ellos son: A).- conducta propia jurídica autorizada y protegida, definida por el deber negativo de los demás de no realizar ninguno de los actos que pueden perturbarla o bien negarla, un ejemplo de este tipo de situaciones sería andar por la calle, conservar la propiedad de una cosa, ---- etc.; B).- Facultad de exigir una conducta de otro, poniendo para ello el aparato coercitivo del derecho, sería por ejemplo, el cobro de una deuda; y C).- Poder jurídico de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas,

tal sería celebrar un contrato, casarse, etc.

Observa el Maestro que tanto en los romanistas como en el -- lenguaje vulgar, a todas estas situaciones se les llama de-- recho objetivo, por lo que es necesario conocer su esencia - para ver si esta denominación es igualmente válida para to-- das ellas. para lograr este objeto, sostiene que no debe re-- currirse a elementos extraños al concepto de lo jurídico co-- mo serian por ejemplo, las nociones de voluntad e interés.

Profundizando en sus análisis, nos dice que "La norma juri-- dica autárquica de imposición inexorable, coercitiva -regula o coordina, desde un punto de vista objetivo, las activida-- des sociales de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto (pretensor), la capacidad normativa de determinar en otro sujeto (obligado) en varios, un determinado comporta-- miento, 'esto es la situación o conducta de un sujeto consti-- tuye el supuesto y la terminación de un deber u obligación en otro u otros sujetos. En este sentido latísimo, tener un derecho subjetivo quiere decir que a una situación o conduc-- ta une la norma, liga el deber inexorable de un cierto tipo de conducta de otro sujeto. Así en términos generales y en la mas amplia aceptación, el derecho subjetivo es la cuali--

dad que la norma atribuye a ciertas situaciones de unas personas, consistente en la posibilidad de terminar jurídicamente (por imposición coercitiva), el deber de una especial conducta en otra y otras personas" (47).

Así pues, para el maestro RECASENS, la esencia del derecho subjetivo consiste en que siempre encontramos en éste una determinada situación o conducta de un sujeto, que es el supuesto que determina, a virtud de la norma jurídica, la existencia o la actualización de deberes en otros sujetos. Ahora bien el maestro considera que tal situación se da en las tres que anteriormente hemos señalado por lo que a las mismas se les puede calificar de derechos subjetivos. En tal virtud, señala lo que él llama tipos puros de derechos subjetivos, y que según él son tres, que corresponden respectivamente a cada una de las situaciones anteriormente señaladas a ellos son:

A).- "El derecho subjetivo como mero reverso de un deber jurídico de los demás" (48). Lo característico de este tipo de derechos subjetivos es que para su actualización forzada mediante el aparato coercitivo, no es precisa la interven---

ción del titular del derecho, pues la impone el Estado de oficio.

B).- El derecho subjetivo *strictu sensu*, se distingue del anterior en que el cumplimiento del deber correlativo al mismo, se exige por el titular del derecho. Aquí surge --según RECASENS-- el derecho subjetivo como pretensión, es decir, ya no se trata de un mero reverso de deberes jurídicos, sino -- que, en última instancia la actualización del deber jurídico va a depender precisamente del ejercicio del derecho por su titular "por lo tanto, en este sentido estricto o puramente técnico forma un deber jurídico de otra persona que da lugar a un derecho subjetivo, o pretensión de mi parte, sólo en tanto que la exigibilidad del deber es colocada a mi disposición por el precepto; dicho con otras palabras cuando en el precepto jurídico se establece que para que el Estado realice contra el obligado un cierto acto coactivo, se precisa una determinada declaración mía" (49).

C).- El derecho subjetivo entendido como poder de formación o de modificación jurídica.

"Consiste en la facultad de una persona para determinar el nacimiento, modificación o extinción de ciertas relaciones jurídicas. En este sentido es decir por ejemplo, que el propietario tiene el derecho de ceder su crédito, que tales personas tienen el derecho de celebrar determinados contratos - etc." (50).

Aunque de indudable valor, no compartimos plenamente la construcción de RECASENS, pues primero, y en contra de la opinión dominante, no aceptamos la idea KELSENIANA, adoptada por RECASENS, consistente en que la norma jurídica regula siempre la conducta de otro, aunque como dice RECASENS -esta relación se exprese a veces como referida a la propia conducta. Para estos autores nuestra conducta sólo está determinada jurídicamente a través de la obligación que pasa a todo el mundo de no interferirla, o sea que la conducta propia no está realmente regulada, sino simplemente permitida, y en cambio la conducta ajena es la única verdaderamente regulada, de esta tesis deduce KELSEN, que los derechos reales y el de libertad, no lo son, pues según él no existe el derecho a usar y disfrutar una cosa, sino que únicamente existe el deber jurídico de los demás de no impedir ese uso o disfrute de donde estos derechos no son más que un simple re-

flejo de un deber jurídico, o como dice RECANSENS, un mero reverso de un deber jurídico de los demás.

En esta forma, si yo paseo, no es porque tenga derecho a hacerlo, pues mi conducta no está regulada por la norma, sino porque los demás tienen el deber de no impedírmelo; si uso de la cosa objeto de mi propiedad, si la vendo, lo gravo, lo dono etc., no es porque tenga derecho a ello, sino porque -- los demás tienen el deber de no impedir jurídico sin reconocer un derecho subjetivo correlativo, lo que quiebra definitivamente la teoría de la bilateralidad.

RECANSENS SICHES, al sostener esta misma tesis, aunque sin -- llegar al extremo de negarles el carácter de un derecho a la propiedad, libertad jurídica, formula una definición similar a la de KELSEN, sobre el derecho subjetivo, puede decir que la conducta de un sujeto es un supuesto determinante para la existencia de obligaciones jurídicas a cargo de sujetos ex-- traños, es afirmar, como lo hace KELSEN, que una manifesta-- ción de voluntad es condición de un deber jurídico ajeno.

Una teoría muy interesante, que al mismo tiempo objeta la te



sis de KELSEN Y RECASENS, es la del maestro OSCAR MORINEAU.

Para MORINEAU (51) el derecho subjetivo consiste en una autorización de conducta (propia o ajena) otorgada por la norma a un sujeto.

Este autor observa que debe distinguirse plenamente la autorización de la conducta hecha por la norma, de la conducta facultada o autorizada por la norma; la primera es propiamente el derecho subjetivo en tanto que la segunda es lo facultado, es la conducta objeto del derecho. Con esta observación no se incurre en el error de conceptuar al derecho subjetivo como un hecho cuando se dice por ejemplo que es la facultad de exigir un determinado comportamiento, pues una cosa es el facultamiento y otra la facultad; el facultamiento está en la norma, pertenece al mundo normativo, es precisamente la esencia del derecho subjetivo, en tanto que la facultad es la conducta, es un hecho, en el objeto de facultamiento.

Ahora bien, "de qué manera regula la norma jurídica la con--

ducta humana? MORINEAU, lo hace de dos maneras: o bien nos -  
faculta a un hacer u omitir actos propios, como en el caso -  
de la propiedad por ejemplo, o bien nos faculta a recibir un  
hacer u omitir actos ajenos, como en el caso de la presta---  
ción de servicios. Es decir para MORINEAU, siempre que se --  
trata de derecho subjetivos, nos estamos refiriendo al facul  
tamiento de conducta hecho por la norma a un sujeto, ya sea  
que la norma faculte la propia conducta del sujeto o que fa-  
culte al sujeto a gozar de la conducta ajena.

De esta idea parte MORINEAU, para criticar a KELSEN Y A RECA  
SENS que niegan que el derecho regule o faculte nuestra pro-  
pia conducta, lo que los lleva, al primero a negar la exis--  
tencia de los derechos reales y de liberad, y al segundo a -  
considerarlos, como mero reverso de un deber juridico impues  
to a los demás. Al respecto se pregunta "qué explica o funda  
menta el deber a cargo de todo el mundo, de respetar, por e-  
jemplo el uso, goce o disposición de la cosa de mi pro-----  
piedad?, evidentemente no es el castigo como quiere KELSEN,  
lo que funda un deber sino que es el derecho correlativo, en  
este caso, el derecho de usar, disfrutar y disponer de la co  
sa. En la opinión de MORINEAU, un deber juridico no es tal  
por el hecho de estar sancionado pues la sanción es la conse  
cuencia juridica del incumplimiento del deber, no su funda--

mento, para él, la secuencia lógica es la siguiente: Porque tenemos un derecho subjetivo (autorización de conducta), es que se impone un deber jurídico. Ahora bien la forma como el derecho garantiza el respeto a la conducta contenido del deber jurídico -que faculta o autoriza es sancionado o castigado el incumplimiento de ese respeto, es decir, castigando la violación del deber jurídico.

Considera MORINEAU, que la única razón lógica y axiológica que hay para imponer un deber jurídico es que es necesario para el ejercicio de un derecho, de donde deduce que no hay deberes jurídicos sin derecho subjetivo correlativos. Porque tengo derecho de usar de las cosas de mi propiedad es porque se impone el deber de respetar ese uso, porque tengo derecho a pensar es porque se impone el deber de respetar mi voluntad de hacerlo, etc., por tanto, en opinión de este autor, no es el castigo lo que fundamenta el deber jurídico, sino es la necesidad lógica consistente en que si el derecho autoriza una conducta, debe garantizar el respeto a esa conducta facultada, lo cual lo hace imponiendo el deber jurídico y -- sancionado su incumplimiento.

Con el objeto de no incurrir en repeticiones, habida cuenta de que este tema hemos de volver a tocarlo en el próximo --- capítulo consideramos suficiente, por ahora, señalar la idea esencial de MORINEAU, que mira el derecho subjetivo como --- autorización o facultamiento de conducta haciendo notar que tal autorización puede ser tanto de la conducta propia, cuanto de la ajena. Por otra parte nos interesa también señalar el pensamiento de MORINEAU, de que es el derecho subjetivo - el único fundamento lógico y axiológico del deber jurídico, por lo que es un error hablar de deberes jurídicos que no -- tengan derecho subjetivos correlativos.

Con algunas variantes en cuanto a la acepción de ciertas notas que integran el concepto de derecho en su sentido objetivo, éste generalmente es definido como conjunto de normas -- que regulan la conducta humana en forma bilateral y coerci-- ble. La bilateralidad del derecho consistente en que la norma jurídica, al regular la conducta humana, lo hace otorgando derechos e imponiendo deberes correlativos, de tal suerte que frente al obligado jurídicamente, existe siempre alguien facultado para exigir el cumplimiento de la obligación. Así pues la norma jurídica otorga facultades e impone obligaciones, las primeras reciben el nombre de derechos subjetivos y los segundos de deberes jurídicos.

Obviamente, el ejercicio de un derecho subjetivo y el cumplimiento de un deber jurídico, son conductas necesariamente -- autorizadas y por tanto lícitas, pero además y en esto reside el problema que nos preguntamos "¿toda conducta lícita es, forzosamente o el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber? o bien, "¿es posible el ejercicio de facultades lícitas que no constituyan el contenido de derechos subjetivos o deberes jurídicos?. Después de éste breve análisis del concepto del derecho subjetivo nosotros contestamos que no es posible. Toda posibilidad jurídica es o derecho subjetivo o deber jurídico, cuando la norma de derecho me autoriza determinada conducta (una acción o una omisión), soy titular de un derecho subjetivo de cuyo deber jurídico correlativo serán titulares todas las personas obligadas a no impedir el ejercicio de mi conducta autorizada.

Ejemplo, cuando la norma jurídica me autoriza a usar, disfrutar y disponer de la cosa de mi propiedad, soy titular del -- derecho subjetivo de propiedad, de cuyo correlativo deber -- jurídico son titulares todas las personas obligadas a respetar mi derecho.

Cuando la norma jurídica me autoriza a recibir una conducta ajena, soy titular del derecho subjetivo a esa conducta, de cuyo deber jurídico correlativo es titular el sujeto obligado a prestar la conducta que tengo derecho a recibir. Ejemplo: cuando la regla de derecho autoriza al comprador a recibir la conducta del vendedor consiste en entregar la cosa -- que ha vendido, el primero es titular de un derecho subjetivo, y el segundo del deber correlativo. Por tanto, para nosotros, toda conducta lícita es contenido de derechos subjetivos o de deberes jurídicos. Por todo lo anterior, es de concluirse que si hay ciertas posibilidades de obrar, que pueden determinarse típicamente, con características propias y diversas de las que forman otras categorías de derechos -- subjetivos (reales y personales) tales formarán una nueva y especial categoría de derechos.

Nosotros pensamos --como trataremos de probarlo en el próximo capítulo-- que en el caso de los derechos de la personalidad, dadas sus peculiares características, se da esta posibilidad teórica de configurarlos comprendiendo una nueva categoría de derechos. Además como después lo veremos creemos que en este caso a estos derechos no les facultaría la característica de estar protegidos por una especial acción civil.

De las objeciones planteadas por la crítica a la teoría de los derechos de la personalidad y de las que por nuestra parte hemos señalado, nos queda por tratar el problema del objeto de los derechos de la personalidad, más como este estudio será el tema central del próximo capítulo, sólo le haremos esta ocasión breve referencia.

Nosotros hemos aceptado la bilateralidad como nota esencial del derecho, según ella, como lo hemos visto, la norma jurídica, al regular la conducta humana lo hace imponiendo deberes y atribuyendo facultades, por lo que a esta clase de normas también se les llama imperativas atributivas, ahora bien, el nexo que une al obligado (titular del deber jurídico) con el pretensor (titular del derecho subjetivo), se llama relación jurídica.

Y como la bilateralidad es nota esencial del derecho, necesariamente se desprenderá de una norma jurídica un derecho subjetivo y un deber jurídico correlativo, los cuales forzosamente estarán en contacto a través de la relación jurídica, esto tiene una importancia primordial.

La relación jurídica supone necesariamente la existencia de un sujeto pasivo (obligado) y uno activo (pretensor), lo que excluye la posibilidad de que una relación jurídica se establezca entre una persona y una cosa.

Dicho en otro giro: El objeto de la relación jurídica es siempre conducta humana, conducta del facultado y conducta del obligado, de donde el objeto de los derechos de la personalidad sólo puede consistir como en cualquier otro derecho, en conducta humana. Por tal razón disentimos de la opinión sustentada en el sentido de que el objeto de estos derechos lo constituyen cualidades o modos de ser del hombre. De esta equivocación aunada a la de no distinguir el concepto de hombre del de persona jurídica surge la crítica consistente en que en esta clase de derechos los elementos sujeto y objeto se confunden, lo que conduce a la negación de la teoría.

ROJINA VILLEGAS cuando hace el estudio de los derechos reales, escribe: "Se afirma que el objeto de tales derechos es el bien o la cosa, siendo así que tiene que ser conducta humana, pues teniendo el derecho objetivo o conjunto de normas, por objeto directo la regulación de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, necesariamente los de---



rechos subjetivos y los deberes jurídicos también deberán tener por objeto dicha conducta" (52).

Más adelante el mismo ROJINA, al hablar de las doctrinas que consideran como objeto directo e inmediato de los derechos reales, el bien o la cosa sobre la cual se ejerce el poder jurídico, agrega que "en este aspecto consideramos que hay un grave error, pues sería tanto como afirmar que los derechos reales son; los únicos dentro del gran conjunto de los derechos subjetivos, que tienen por objeto cosas o bienes, en tanto que los demás se refieren siempre a una conducta especial del pretensor y del obligado o sujeto pasivo" (53) Resumiendo hasta aquí tenemos:

1.- La crítica basada en la pretendida confusión de los elementos sujeto-objeto de los derechos de la personalidad es falsa porque:

a).- El sujeto activo titular del derecho, no es el hombre sino la persona jurídica.

- 66 -

b).- El objeto de los derechos tampoco es el hombre; ni siquiera algo que esté en el hombre, forme parte de él o sea una cualidad del mismo, sino que es simplemente conducta humana.

2.- La crítica consistente en que tales derechos son sólo efectos reflejos del derecho objetivo, es falsa porque:

a).- Toda posibilidad de obrar lícitamente es deber jurídico o derecho subjetivo.

b).- No hay deberes jurídicos sin derechos subjetivos correlativos.

c).- Aceptada que sea la existencia de derechos subjetivos -- no pueden desconocerse los de la personalidad argumentándose tan sólo que son efectos reflejos del derecho objetivo, pues tales efectos reflejos son auténticos derechos subjetivos -- que explican la existencia de un deber universal de respeto.

CAPITULO SEGUNDO  
DERECHOS DE LA PERSONALIDAD  
DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES

	PÁG.
I.- PREAMBULO.....	67
II.- DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES DIVER-- SAS TEORIAS.....	67
III.- TESIS DE MORINEAU.....	74
IV.- LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	92

## CAPITULO SEGUNDO

### DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES.

#### 1.- PREAMBULO.

En el siguiente capítulo según anunciamos oportunamente, trataremos de configurar los derechos de la personalidad como constitutivos de una nueva categoría de derechos subjetivos privados. Para tal efecto intentaremos, ante todo obtener una noción de los derechos reales y personales que nos permita compararlos con los de la personalidad, a fin de estar en condiciones de ver si realmente son en tal forma diferentes entre sí, que puedan dar lugar o no a una nueva categoría de derechos subjetivos privados.

Es decir, en este capítulo ya no se trata de examinar si --- jurídicamente es posible la existencia de los derechos de la personalidad, sino de abordar un problema diferente; el de --- qué, o bien, si lo que se entiende por derechos de la personalidad son una especial categoría de derechos subjetivos, o bien, si tales derechos están ya comprendidos dentro de alguna de las dos citadas categorías clásicas; La de los de---rechos reales o la de los derechos personales.

#### II.- DERECHOS REALES Y PERSONALES DIVERSAS TEORIAS.

La clasificación de los derechos en reales y personales ha

merecido la atención de los juristas, quiénes han elaborado, una serie de teorías, algunas de las cuales han sido superadas y por tanto sólo conservan un mero valor histórico.

Una de las teorías más conocidas que trata de definir la naturaleza jurídica de estos derechos, es la que sostienen los autores de la llamada escuela clásica, principalmente AUBRY Y RAU Y BAUDRY LACANTINERIE (1) En cuanto a la naturaleza jurídica de estos derechos, la escuela clásica postula que es esencialmente diversa, pues en tanto que el derecho real consiste en "un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento parcial o total, siendo éste poder jurídico oponible a terceros" (2) el derecho personal; en cambio, consiste en una " facultad - en virtud de la cual una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, denominada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa" (3).

Considerando que la tesis de MORINEAU, acerca de los derechos reales constituye, al mismo tiempo que una teoría de estos derechos, una crítica a la escuela clásica, nos abstenemos, por el momento, de mayores comentarios a esta doctrina.

Frente a la escuela clásica que postula una irreductible separación entre los derechos reales y personales, tenemos, -- dos teorías que se han denominado monista en virtud de que sostiene la identidad de los derechos reales y personales. - Estas teorías son: Monista Personalista de Ortolan, Planiol

y Demogue, que identifica los derechos reales con los personales y la Monista Objetivista de Gaudemet Jallu, Gazin y Salielles, que asimila los derechos personales con los reales. ROJINA VILLEGAS, al exponer la teoría Monista Personalista, afirma que Ortolan Planiol y Demogue, para sustentar su tesis de que el Derecho Real es idéntico al personal hace primero la crítica a la Escuela Clásica y en tal sentido agrega que estos autores sostienen que "No es exacto que haya una relación jurídica directa e inmediata entre la persona y la cosa; que es un axioma incontrovertible, que las relaciones jurídicas deben fincarse entre sujeto; que por consiguiente, en toda relación jurídica, existen un sujeto activo y otro pasivo, así como un objeto; que el derecho real como tal implica una relación jurídica por lo que necesariamente debe tener un sujeto activo y un sujeto pasivo; que Baudry Lacantinerie al afirmar que el derecho real es una relación directa entre persona y cosa, le da a ésta el carácter de sujeto pasivo, lo que es un absurdo, por consiguiente no puede haber relación entre persona y cosa" (4) Esta crítica considera ROJINA VILLEGAS, obligó a Ortolan y a Planiol, a buscar un sujeto pasivo en el derecho real.

Siguiendo con la exposición que hace ROJINA VILLEGAS (5) de la escuela personalista, nos dice que para él, la relación jurídica que se establece como consecuencia de un derecho real es idéntica a la de crédito, pues aún cuando presenta

características específicas distintas en sus atributos esenciales, el proceso o mecanismo a través del cual se constituye y funciona la relación jurídica es el mismo, porque toda relación jurídica tanto en el derecho real como en el personal, supone el sujeto activo y pasivo.

Los autores de la Escuela Personalista, sostienen que la escuela clásica reconoció implícitamente la existencia del sujeto pasivo en los derechos reales, al afirmar que éstos son oponibles a terceros. Precisamente en esta oponibilidad a todo el mundo de los derechos reales es donde se encuentra para la escuela personalista el sujeto pasivo de los derechos de que se denominan sujeto pasivo universal.

A diferencia de la escuela personalista, que asimila los derechos reales o los personales, GAUDEMET Y GAZIN (6) sostienen también una tesis monista, pero cuyo contenido esencial es que equiparán los derechos personales a los reales, motivo por el cual esta teoría es llamada objetivista.

Partiendo del dato de que el Derecho Moderno los sujetos de una obligación, pueden cambiarse, sin que ésta se extinga, llegan estos autores a la conclusión de que el derecho de crédito, por tal motivo se ha despersonalizado para patrimonializarse, pues lo que actualmente importa, es, según ellos, un patrimonio responsable, más que la persona del deudor.

Llevando al extremo estas ideas se llega a sostener en esta tesis, que puede concebirse el derecho personal incluso sin

sujeto pasivo, afirmándose que es el patrimonio quién debe al patrimonio.

De manera fundamental se objeta a esta teoría que es absurdo hablar de obligaciones sin sujeto, pues del hecho de que pueden cambiarse el acreedor y el deudor de una obligación, no puede decirse que ésta se despersonalice, sino por el contrario la substitución, está demostrando precisamente, que no puede haber un instante en la vida de una obligación sin sujeto pasivo, lo que es tan obvio que no requiere mayor comentario.

Por último tenemos una teoría sostenida por PLANIOL Y RIPERT(7) que se ha denominado ecléctica en virtud de que pretende combinar la escuela clásica con la tesis personalista. Consideran PLANIOL Y RIPERT, que la tesis personalista era incapaz de lograr una cabal concepción de los derechos reales y personales en virtud de que el sujeto pasivo universal de los derechos reales no es privativo de estos derechos, si no de cualquier derecho absoluto definieron los derechos reales como "Un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado para aprovecharlo total o parcialmente, siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado, que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en ejercicio de su derecho"(8). Como puede verse, esta teoría constituye realmente una tesis ecléctica entre la clásica y la personalista, puesto que,



por una parte al sostener que el derecho real es un poder --  
juridico que ejerce una persona sobre un bien para poder a--  
provecharlo total o parcialmente, sostiene un aspecto de la  
escuela clásica, que se ha denominado " aspecto interno de  
la tesis ecléctica y al agregar a la definición que ese po--  
der juridico es oponible a un sujeto indeterminado que tiene  
obligación de respetarlo introduce un aspecto de la tesis --  
personalista que se ha denominado dentro de la teoría ecléc  
tica, como aspecto externo de los derechos reales. Esta te--  
sis si bien no sin algunas objeciones, es más o menos acepta  
da por la mayoría de los autores GARCIA MAYNES, por ejemplo  
después de breve estudio de las más importantes teorías for  
muladas acerca de los derechos reales y personales, concluye  
que de todas ellas es verdadera la de PLANIOL la concepción  
del derecho real como vinculo juridico entre una persona,  
sujeto activo y una cosa objeto de derecho, es enteramente -  
falsa.

Toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes;  
por ende, cosa no puede formar parte de aquella, derechos y  
deberes los tienen solamente las personas (9) Así pues este  
autor partiendo de la tesis de PLANIOL, nos da las siguien--  
tes definiciones "Derechos de Crédito es la facultad que una  
persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada

deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa" (10). "Derecho real es la facultad correlativa de un deber - general de respeto- que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir" (11).

ROJINA VILLEGAS, por su parte, sin aceptar plenamente la --- teoría de PLANIOL, considera que en esta doctrina" se evita el error" que incurre la escuela de la exégesis, al omitir precisar la naturaleza de la relación jurídica que se crea entre el titular de un derecho real y todo los terceros, como sujetos pasivos indeterminados" (12).

No obstante discrepa en lo que denomina aspecto interno o -- contenido de los derechos reales negando que sea como quiere PLANIOL, un poder económico de aprovechamiento o en funcio--- nes de garantías.

Al respecto, considera que el poder que se ejerce sobre la - cosa en los derechos reales, no es económico sino jurídico, pues consiste en un conjunto de posibilidades normativas para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, sin requerir que tales actos o facultades se ejerciten. Desde luego que para este autor, el derecho real es completamente diverso al derecho de crédito u obligación a la que define como " una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir de otro sujeto llamado deudor una prestación o una abstención"

(13).

### III.- TESIS DE MORINEAU.

Nosotros pensamos que uno de los autores que ha visto con mayor claridad y al mismo tiempo con mayor profundidad, el problema de la naturaleza jurídica de los derechos reales y personales es OSCAR MORINEAU, como ya lo vimos este autor define el derecho subjetivo como autorización de conducta hecha por la norma. La conducta así autorizada no sería operable si al mismo tiempo la norma que la autoriza no impusiera también el deber jurídico a cargo de todo el mundo de que debe respetarla. Ahora bien, el cumplimiento del deber de respetar la conducta autorizada por la norma, no puede quedar al arbitrio del obligado, pues de esta forma se crearía la anarquía, además de que sólo los poderosos conseguirían el respeto de sus derechos. Por tal razón la norma que autoriza una conducta, otorga también la facultad de exigir el respeto de la misma, de donde concluye MORINEAU, que " lo que llamamos derecho subjetivo no es un dato simple, sino la función de dos facultades: la autorización de conducta y la facultad de exigir el deber correlativo" (14).

En seguida agrega que es indispensable determinar en que consiste esta facultad exigiendo pues si precisamente se ha agregado al concepto de derecho para escapar de la anarquía y para cumplir el postulado esencial de que todo el mundo y no sólo los poderosos obtengan el reconocimiento y respeto de sus derechos no podemos por tanto pensar que tal facultad --

permita ejercer violencia para exigir el deber jurídico correlativo, pues sería tanto como caer en los males que se tratan de evitar. Efectivamente la facultas exigendi, no puede dar derecho a la violencia ni a la justicia, por propia mano, de donde es imprescindible conocer cual es su alcance. Al respecto escribe MORINEAU: "Con fundamento en este nuevo vacío axiológico y en una necesidad social indiscutible procedemos a transformar la facultas exigendi: a).-Se concede el uso de la fuerza a la comunidad política-representada por los titulares del poder y b).- La facultas exigendi de los demás, de todos los sujetos de derechos subjetivos, con excepción de la autoridad, queda reducida a la facultad de decir algo a otro. Esta transformación se verifica en el precepto constitucional que prohíbe hacerse justicia por sí mismo y ejercer violencia para reclamar nuestros derechos. El precepto indicado es la consagración del Estado de DERECHO. Está prohibido hacer violencia, no sólo para cobrar nuestro crédito, sino aún para evitar la interferencia sobre nuestro patrimonio conducta o persona, salvo el caso de legítima defensa" (15).

Un paso muy importante en el estudio de MORINEAU, lo constituye la observación de que el facultamiento que hace la norma es tanto de la conducta propia cuanto de la conducta ajena. Esta observación como veremos le permitirá fundamentar la clasificación de los derechos en absolutos y relativos,

la cual será a su vez la base para precisar la naturaleza -- jurídica de los derechos reales y personales.

Considera MORINEAU, que es evidente que la manera como la -- norma jurídica regula la conducta humana, es facultando nuestra propia conducta y es en virtud de tal facultamiento por lo que la norma concede el derecho de exigir el deber correlativo. En los derechos absolutos la norma faculta al individuo a una acción u omisión, paralizando la conducta de los demás, en relación con el derecho otorgado al derechohabiente, ejemplo: cuando se faculta a un sujeto a usar, prohíbe -- el uso a todos los demás pero además considera que no basta para lograr la cooperación social el que la norma únicamente le autorice determinada conducta propia pues tal autorización sólo provoca la omisión en los demás siendo necesario también motivar la acción de éstos mediante la fórmula de destinar la conducta de un sujeto a otro lo que da nacimiento a los derechos relativos. Por eso piensa este autor que "la -- primera clase de derecho ( absoluto) autoriza la conducta de cada uno y para lograrlo jurídicamente prohíbe a los demás a interferir en la persona o conducta del sujeto, facultado. Por el contrario esta segunda clase de derechos relativos no regula la conducta del sujeto facultado, sino que le destina la conducta de otro", (16) "De donde resulta que es perfectamente correcto afirmar que los derechos relativos son: para el sujeto del derecho, el facultamiento de la conducta ajena"(17).

Ciertamente si analizamos un derecho de crédito, vemos que el acreedor en cuanto tal, no tiene derecho a hacer u omitir nada sino que ejerce su derecho cuando otro (el deudor) hace u omite para él, es decir cuando recibe la conducta ajena de que es destinatario en virtud de su derecho.

Este descubrimiento le permite a MORINEAU, refutar una idea muy divulgada, consiste en que todo derecho debe ser respetado por todo el mundo por tanto todo derecho aún el relativo en este sentido, es absoluto. Esto es falso pues como opina MORINEAU (18), un derecho como objeto de conocimiento, no -- puede ser a la vez absoluto y relativo; pero además, si el derecho absoluto faculta la propia conducta y el relativo la conducta ajena, no es posible, que el derecho relativo sea -- también absoluto. Sólo es absoluto el derecho que faculta -- nuestra propia conducta pues al hacerlo, impone a todo el -- mundo el deber de respetar la conducta ajena, es relativo -- porque impone solamente al deudor el deber de prestar su conducta. "No es necesario que el resto de las personas presten su conducta o dejen de prestarla en relación con estos de--- rechos (relativos) y por tanto en esta clase de derechos no existe un deber a cargo de todo el mundo, decir que todo derecho debe ser respetado por todo el mundo implica que el derecho de crédito es correlativo de deberes a cargo de todo el mundo" (19).

El acreedor (titular de un derecho relativo) únicamente, ---

tiene derecho a la conducta del deudor y a exigirla, pero de ninguna manera tiene derecho en cuanto acreedor, a recibir a exigir conducta de todo el mundo.

En cambio el propietario titular de un derecho absoluto si tiene derecho a exigir que todo el mundo respete su derecho. Si alguien me impide gozar de mi derecho de crédito, es evidente que no está violando ese derecho, sino que está facultado al deber de abstenerse correlativo de los derechos absolutos, que determinan una relación jurídica, por entero diferente a la que existe entre acreedor y deudor. El derecho de crédito única y exclusivamente puede ser violado por el deudor puesto que éste, es el único obligado en esta relación jurídica.

Como la base o la esencia de la tesis de MORINEAU, es la afirmación de que el derecho faculta nuestra propia conducta, así como también nos destina conducta ajena, y que según se trata de uno y otro caso, estaremos en presencia de derechos absolutos o relativos y; además como tal idea es rechazada - por la mayoría de los autores, creemos necesario insistir un poco más en este tema a efecto de precisar mejor la forma en que este destacado maestro fundamente su teoría.

El primer argumento que presenta MORINEAU, para justificar - su clasificación de los derechos, en derechos a la propia -- conducta y derechos a la conducta ajena, es podríamos decir, de índole axiológica, en cuanto piensa que solamente aceptando los derechos a la propia conducta (derechos absolutos), -

se puede justificar el deber jurídico, a cargo de todo el mundo, de respetar esa conducta. Considera este autor, que el deber jurídico—que no es otra cosa que una restricción de la voluntad derivada de la norma jurídica—sólo tiene sentido si es necesario para el ejercicio de un derecho. De esta manera la obligación a cargo de todo el mundo, de respetar mi propiedad solo se explica en virtud de que es necesario para que pueda yo ejercer mi derecho de propiedad. En este sentido MORINEAU, escribe que "El deber jurídico de cada uno, de comportarse de tal manera, visto en forma aislada es una monstruosidad una restricción insoportable a la libertad de cada uno; pero visto en relación con el facultamiento de la propia conducta de cada uno, dicho deber adquiere sentido pleno, por ser una necesidad si queremos lograr jurídicamente el libre desenvolvimiento de los sujetos" (20) y más adelante agrega "esta doctrina se refiere a los autores, en especial a KELSEN, que niega los derechos a la propia conducta nos lleva al absurdo pues la única justificación de prohibir que alguien use o disfrute, que no interfiera en la actividad de otro, es que el sujeto autorizado a exigir también lo este a actuar' la única justificación del deber de abstención es lograr respeto de la conducta propia autorizada a cada uno. De donde resulta que el facultamiento de la propia conducta es realización de valores jurídicos, es la autorización de actividad valiosa y el único fundamento del de-



ber de respeto impuesto a todo el mundo, siendo el deber correlativo necesario derivado de la facultad. Pretender que lo único que debe existir es el deber de abstenerse es una perversión axiológica" (21).

Un segundo argumento de MORINEAU (22) diríamos que de carácter lógico consistente en que es absurdo pretender que el derecho reglamente sólo la conducta de los demás sin facultar la conducta propia, pues una cosa es por ejemplo que en el derecho real de propiedad todo el mundo tenga el deber jurídico de no usar, de abstenerse y otra muy diferente es que el titular tenga derecho a usar la cosa de su propiedad, si se niega que el derecho faculta nuestra propia conducta, no hay base para decir que el propietario tiene derecho de usar, disfrutar y disponer de una cosa pues tales autorizaciones son facultamiento de la propia conducta. Así considera MORINEAU (23) que "hasta el más ignorante del derecho puede comprender que es un absurdo que el derecho se limite a reglamentar el no uso, tratándose de las cosas, y que no pueda ni deba reglamentar el uso y que en los demás derechos se limite a regular la omisión y que no pueda ni deba regular la acción de cada uno cuando es precisamente lo único que existe, la acción de cada uno, la acción propia, ya que la omisión es simplemente falta de acción" (24).

Un argumento más de MORINEAU, para sostener su tesis de que el derecho autoriza nuestra propia conducta, consiste en que si partimos del hecho de que el titular de un derecho subje-

tivo (real o personal) tiene derecho a exigir el respeto de su derecho necesariamente tenemos que concluir que también tiene derecho a ejercitar la conducta cuyo ejercicio tiene derecho a exigirse respeto. Por ejemplo, si el propietario tiene derecho a exigir a todo el mundo, se abstenga de perturbar el uso disfrute y disposición de su propiedad, necesariamente tiene derecho también a ese uso disfrute y disposición. Mejor dicho, porque su conducta, esta autorizada por la norma, al permitirle usar disfrutar y disponer de su propiedad y con el fin de no hacer negatorio su derecho, tiene también el derecho a exigir que respeten su conducta autorizada.

Esta tesis le permite a MORINEAU advertir que la definición dada por todos los autores, de que el derecho de crédito es la facultad que una persona llamada acreedor, tiene de exigir de otra llamada deudor un hecho, una abstención o la entrega de una cosa, es incompleta, pues aunque ciertamente en los derechos de crédito existe la facultad de exigir al deudor, conducta debida es preciso reconocer, que lo que se tiene derecho a exigir tiene derecho a recibir, de donde, al omitirse esta característica en la definición, resulta incompleta. En efecto, si se concede la facultad de exigir, en los derechos de crédito una especial conducta, del deudor, se tiene que aceptar, desde luego que se es acreedor a tal conducta es decir, que se tiene derecho a recibirla, si se -

concede el derecho de exigir, en los derechos reales el respeto de todo el mundo a nuestra conducta, desde luego también tiene que admitirse, que se tiene derecho a ejercitar la conducta cuyo respeto se exige.

En descargo de la definición clásica de los derechos de crédito podría decirse que la característica que omite es tan obvia, que por ello no se señala; o también quizá que se considera implícita como nota inherente de la facultas exigendi. Sin embargo resulta pertinente hacer la aclaración pues si estimamos únicamente que los derechos de crédito son la facultad de exigir conducta debida, no sería posible distinguir por ejemplo en orden a los derechos relativos, un apoderado de un acreedor, el acreedor tiene derecho a la conducta del deudor y a exigirla; en tanto el apoderado sólo tiene derecho de exigir la conducta del deudor pero no a recibirla, pues que exige para otro, el acreedor. De ahí que es preciso reconocer expresamente que el derecho de crédito no se agota en la facultad de exigir siendo de su esencia, que autoriza a su titular a recibir conducta ajena.

Otro argumento de MORINEAU, de singular importancia, consiste en que si negamos la existencia de los derechos a la propia conducta negamos la existencia de todos los derechos relativos, pues estos suponen forzosamente que el titular tenga la facultad de prestar su conducta a los demás. Como podría, se pregunta MORINEAU (25) un propietario, por ejemplo prestar el uso de su cosa al arrendatario, si solo está como

quieren los autores, facultado a exigir la abstención de los demás, pero no facultado a usar, disfrutar y disponer de una cosa puesto que se niega que el derecho faculte nuestra propia conducta y a lo sumo se acepta que el derecho real sea - un mero reverso del deber de abstenerse. Con esta tésis el contrato de arrendamiento sería inexistente.

Si una persona solo tiene derecho a exigir que los demás no perturben su conducta, pero no tiene derecho a ella, toda -- vez que como se dice: Los derechos a la propia conducta no existen, como pues conviene en prestarla a otro, mediante un contrato de prestación de servicios...por ejemplo: Es por esta razón, por la que sostiene MORIENAU (26) Que los derechos absolutos, entendidos como derecho a la propia conducta son el fundamento de los derechos relativos, así como dice el -- autor que comentamos "supongamos que una persona no tiene derecho a usar y disfrutar; sencillamente, no podrá prestar a otro el ejercicio de su derecho y por tanto no podrá nacer el derecho relativo correspondiente y tampoco el deber correlativo.

Supongamos que una persona no tiene el derecho de trabajar - porque está en la cárcel. Sencillamente no podrá obligarse a trabajar y consecuentemente no nacerá el derecho de crédi

to correspondiente.

Ahora supongamos que una persona no tiene la libre disposición de sus derechos o sea la facultad de disponer; sencillamente no podrá obligarse a pagar o enajenar" (27).

Al llegar a la conclusión de que los derechos absolutos lo son para facultar la propia conducta, y los relativos por facultar la conducta ajena MORINEAU, da la base para comprender cabalmente los derechos reales y personales, dado que éstos no son sino especies respectivas de aquéllos. El estudio de MORINEAU, permite además refutar las diferentes teorías que se han elaborado en torno a los derechos reales y personales, dando paso así a una construcción más lógica que permite obtener un criterio exacto de la naturaleza de estos derechos. De tal suerte, tenemos que: 1.-Las doctrinas que como la escuela de la exégesis, sostiene que los derechos reales son aquellos que se ejercitan inmediatamente sobre una cosa, la cual es objeto del derecho es falsa por a).- No sólo el titular del derecho real sino también el titular de algunos derechos personales, ejercen su actividad de manera directa e inmediata sobre una cosa. Efectivamente el arrendatario el aparcerero, el sirviente, ejercitan su conducta directa e inmediatamente sobre una cosa, con derecho y sin embargo, no son titulares de un derecho real. Y que como dice: MORINEAU (28) para descubrir la esencia del derecho es absolutamente erróneo, por irrelevante, dedicarnos a hacer una descripción de la conducta del hombre, pues ésta en cuan

to hecho, no nos dice nada sino hasta que la referimos a la norma jurídica. Si se observa por ejemplo- dice MORINEAU, la conducta de un individuo que está cortando fruta en un huerto y se describe todas sus actividades en forma meticulosa, "no nos sirve absolutamente para nada desde el punto de vista jurídico, pues por más prolija que sea, toda ella será absolutamente irrelevante jurídicamente será la descripción de hechos naturales indiferentes al derecho... En efecto, su conducta, la misma conducta observada cuando no apelamos al concepto de derecho puede tener todos los siguientes significados jurídicos.

Puede ser el ejercicio del derecho de propiedad, si el que está cortando fruta es el propietario puede ser también el ejercicio de la copropiedad, si el que actúa es copropietario puede ser el ejercicio del derecho de usufructo si el individuo del ejemplo es usufructuario, puede tratarse, en su caso, del ejercicio del derecho de uso. Ahora bien en todos los casos anteriores, se trata del ejercicio de un derecho real, pero también puede tratarse del derecho de arrendamiento o de aparcería, si el individuo mencionado es arrendatario o aparcerero. En estos casos la misma conducta observada es el ejercicio de un derecho personal que autoriza conducta que recae sobre todas las cosas. Puede tratarse de un sirviente a quien el patron dio instrucciones de cosechar la fruta, en cuyo caso la misma conducta observada por nosotros

es ahora cumplimiento de un deber jurídico.

Puede tratarse de un ladrón, en cuyo caso la misma conducta observada es ahora violación de un deber.

De acuerdo con los ejemplos anteriores podemos afirmar que - no es posible partir de la conducta real de los hombres para descubrir el derecho, sino que es indispensable fundarnos en el derecho para poder descubrir de que conducta jurídica se trata. Sencillamente, la conducta humana, hecho puro cuando es percibido con independencia de los valores o de las normas se convierte en conducta jurídica cuando se refiere a la norma del derecho, por cuyo motivo es necesario conocer previamente el derecho para poder observar interpretar y conocer la conducta humana como fenómeno jurídico (29) b).- También resulta falsa esta escuela, en cuanto que como ya dijimos, la cosa no es nunca objeto del derecho, sino que sólo lo es la conducta humana.

c).- Otro error de la escuela clásica es afirmar que en los derechos reales, se obtienen de manera directa e inmediata - todas o parte de las ventajas que ésta es suceptible de dar. Este error lo comete inclusive GARCIA MAYNEZ (30) cuando da su definición de derecho real, ya transcrita con anterioridad. En efecto decir que los derechos reales son aquellos -- por virtud de los cuales, su titular obtiene de una cosa, todas o parte de las ventajas que la misma produce, es incurrir en su doble error pues por una parte hay derechos personales como los de arrendador, o los de aparcerero, por lo que

también se obtiene parte o todas las ventajas que una cosa es susceptible de producir y por otra, no todos los derechos reales otorgan a su titular las ventajas que una cosa produce como es el caso de los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca).

2.- Los autores- como PLANIOL, GARCIA MAYNEZ, ROJINA- que definen el derecho real, como correlativo de un deber general de respeto no tienen absolutamente nada acerca de su naturaleza jurídica pues es evidente que la indeterminación de los sujetos titulares del deber jurídico correlativo, no puede precisar la naturaleza del derecho. GARCIA MAYNEZ, por ejemplo escribe "Los derechos subjetivos privados, se divide en dos grupos: personales o de crédito y reales". El fundamento de la distinción radica, como explicaremos en el capítulo siguiente, en la naturaleza de los deberes correlativos y en la determinación o indeterminación de los sujetos pasivos de la relación jurídica" (31) lo que según comentarios de MORINEAU, "es como si dijéramos que la distancia entre dos botones radica en la naturaleza de sus ojales correspondientes" (32) por todas las razones expuestas y ante la insuficiencia de las teorías que han tratado el tema siguiente a MORINEAU, intentaremos llegar a una definición de los derechos reales y de los derechos personales. En realidad teniendo claro el concepto de los derechos absolutos y de los derechos relativos, ningún difícil problema plantea ya la de



terminación de la naturaleza de los derechos reales y personales.

Los derechos reales son derechos absolutos. Como tales, son derechos a la propia conducta. Es decir, son derechos que -- autorizan a su titular un determinado comportamiento. En esto radica su género próximo. Ahora bien, ¿en que consiste su diferencia específica? esto es ¿que distingue a los derechos reales de otros derechos absolutos?.

La diferencia específica de los derechos reales, que nos permite distinguirlos de cualquier otro derecho, consistente en que, los derechos reales invariablemente autorizan a su titular actividades u omisiones (conducta), con motivo o en relación de las cosas. Este dato es tan importante, que se ha llegado a considerar a la cosa, como objeto del derecho.

De tal suerte se ha dicho que lo que caracteriza al derecho real es la cosa; el señorío sobre la cosa el poder de hecho que se ejerce sobre la cosa, la inmediatez entre el titular y la cosa; etc. Como hemos visto de la mera observación de los hechos no podemos nunca descubrir la esencia del derecho lo que constituye la esencia de los derechos reales es que otorgan a su titular un determinado tipo de conducta, la que a su vez constituye el objeto del derecho sólo que en los derechos reales, esta conducta autoriza al titular, lo es siempre en relación o con motivo de las cosas, pero no debe confundirse la conducta humana como objeto de derecho, con la cosa sobre la cual se atribuye conducta: El derecho real, es

siempre irremisiblemente autorización normativa de la conducta del titular del derecho en relación con las cosas exteriores a él. Este dato es invariablemente y exclusivo de los derechos reales. Piénsese en cualquier derecho real (propiedad, usufructo, prenda, hipoteca, etc.) y se verá que en todos ellos, hay siempre conducta autorizada a un sujeto en relación con una cosa. Con objeto de fundar mejor esta afirmación considero oportuno transcribir unos pensamientos de MORINEAU. Al tratar este autor el derecho real por excelencia, el derecho de propiedad escribe: "El derecho de propiedad no es la cosa sobre la cual recae la actividad del propietario, ni la actividad misma". La cosa puede ser objeto de la actuación de los hombres propietarios, arrendatarios, empleados y aún de los ladrones; aún puede decirse que es propiedad de alguien o que no lo es; pero estamos seguros que la cosa misma no es el derecho de propiedad. La cosa puede tener valor económico o no tenerlo puede producir frutos que tengan o no tengan valor; pero estamos seguros que ni el valor económico o su ausencia de la cosa o sus frutos, es el derecho de propiedad. Sabemos que se refiere a la acción de un hombre cuando recae sobre la cosa, pero no nos damos cuenta de que tal acción puede producir o no producir satisfacción en el sujeto actuante y que el uso de la cosa puede reportar o no reportar ventajas económicas; tenemos la certidumbre de que ni la acción en sí, ni las sensaciones que pro-

duce en el sujeto, ni las ventajas económicas derivadas de la acción sobre la cosa son el derecho de propiedad. Veamos ahora si de la combinación de la acción y de la cosa brota este derecho. Tal combinación nos proporciona una relación de hecho entre el sujeto que actúa y la cosa.

Cuando esta acción sobre la cosa es lícita aparece como ejercicio de un derecho cuando es ilícita aparece como violación de un deber; pero tenemos la certidumbre de que aún cuando se trata del ejercicio del derecho de propiedad, ni la acción ni la cosa, ni la relación son el derecho de propiedad. Este derecho es evidentemente un objeto del conocimiento que le da sentido jurídico a la conducta pasiva o activa en relación con las cosas u objetos exteriores al hombre" (33).

En otra parte de su obra escribe "En resumen, el derecho de propiedad es el derecho absoluto, real, originario o fundante que faculta a su titular a actuar sobre objetos exteriores a él, El derecho real es el facultamiento de la propia conducta que recae sobre objetos exteriores al titular. El objeto exterior a que se refiere invariablemente un derecho real es: a).- Objeto de la conducta autorizada al titular y b).- Objeto de la conducta prohibida a todo el mundo (34).

Por tanto para concluir con este análisis de la naturaleza jurídica del derecho real, nosotros aceptamos la definición propuesta por MORINEAU, transcrita en el párrafo anterior, y que considera que el derecho real es el facultamiento de -

la propia conducta que recae sobre objetos exteriores al titular.

Como puede verse, nosotros hemos dado preeminencia al estudio del derecho real ante el derecho personal y ello por la siguiente razón: considerando como trataremos de probar que los derechos de la personalidad, son derechos absolutos (derechos a la propia conducta) resulta relativamente sencillo distinguirlo de los derechos de crédito que son derecho relativo, ésto es, que autoriza a su titular a recibir y exigir conducta ajena. En cambio la distinción entre los derechos reales y los de la personalidad, se presenta bastante más compleja dado que se trata de dos especies de un mismo género.

En efecto, como vemos los derechos de la personalidad, autorizan, como los derechos reales a determinada conducta a su titular, razón por la cual, era necesario precisar lo más posible los perfiles característicos de los derechos reales, determinando su diferencia específica para que al hacer lo propio con los derechos de la personalidad, veamos si constituyen o no una especial categoría de derechos subjetivos privados.

Así pues, respecto a los derechos personales o de crédito, consideramos suficiente con señalar que los mismos son derechos relativos y que como tales pueden definirse como el facultamiento de la conducta ajena, haciendo hincapié, a lo

sumo, en que la definición dada por los autores en el sentido de que estos derechos consisten en la facultad de exigir una determinada conducta al deudor, es parcial y por tanto - insuficiente para definirlo pues sólo nos presenta un aspecto de estos derechos, el de exigir la conducta debida, omitiendo el aspecto consistente en que por virtud de los derechos de crédito, se tiene el derecho a recibir la conducta ajena, de donde la definición no aclara suficientemente en que consiste la diferencia específica de los derechos de crédito, que es que convierten a su titular en acreedor de conducta ajena.

#### IV.- LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Habiendo llegado a un conocimiento lógico y jurídico de los derechos reales y personales, nos corresponde ahora hacer el estudio de los derechos de la personalidad, para en definitiva concluir si constituyen o no una categoría autónoma de derechos.

Como hemos dicho, los derechos de la personalidad se distinguen claramente de los derechos de crédito, en que los primeros son derechos a la propia conducta, en tanto que los segundos son derechos a la conducta ajena.

Por esta razón, no hemos considerado pertinente, hacer un estudio de la obligación, lo que rebasaría los límites de este trabajo, que consisten en lograr la caracterización de los derechos de la personalidad. En cambio si fué necesario hacer un estudio más profundo de los derechos reales, ya que

éstos, como los de la personalidad son derechos a la propia conducta. Creemos que la base para lograr la distinción entre estas categorías de derechos absolutos, reside en que, en tanto que en los derechos reales la conducta del titular del derecho está siempre en relación con un objeto exterior a él, que recibe el nombre genérico de cosa, en cambio, en los derechos de la personalidad la conducta autorizada al titular esta siempre en relación con un bien personal.

Nos referimos la denominación de bien personal frente a la de modos cualidades o proyecciones de la persona, por ser un concepto más jurídico y porque pensamos que expresa mejor la materia a que alude, pues ciertamente, el honor, la vida, la imagen de una persona, su integridad física, su nombre -- etc. son bienes quizá los más valiosos que pueda tener el hombre por lo que exige una cuidadosa tutela jurídica.

Por otra parte, esta denominación tiene antecedentes históricos desde los escolásticos, quienes, como hemos visto, hacen varias clasificaciones de los bienes, incluyendo en ellas a algunos de éstos que hoy consideramos como objetos de la conducta autorizada por los derechos de la personalidad.

No obstante, es indiferente el nombre que se le dé a tales bienes, pues como generalmente se sostiene, las cuestiones terminológicas carecen de importancia siempre y cuando se aclare el sentido que se le da a los conceptos.

La diferencia así establecida no es, como lo veremos meramen

te teórica, sino que tiene su fundamento en el derecho positivo.

Además la naturaleza de las cosas materiales sobre las que recae la conducta del titular del derecho real, es tan diferente de la de los bienes personales sobre los que recae la conducta del titular de los derechos de la personalidad, que necesariamente impone para los tipos de conducta, con estas cosas y bienes relacionados con un trato específico, no siendo posible en consecuencia, resolver los problemas que suscitan las cuestiones referentes al honor a la imagen, a la integridad física etc. Con las reglas dadas para resolver las cuestiones de propiedad, usufructo, etc. Pero sobre todo, lo más importante es que si estimamos que no existen los derechos de la personalidad, tenemos que concluir, que o los bienes personales están tutelados en el campo del derecho -- privado, a través de los derechos reales, o bien, que tales bienes personales no tienen en el Derecho Civil ninguna tutela.

Aceptar lo primero nos llevaría a conclusiones absurdas, tales como sostener la propiedad del honor, el nombre etc. o -- bien su hipoteca, usufructo. Como se ve, esta posición desnaturaliza el concepto de derecho real. La segunda posición es todavía más absurda, pues el derecho debe proteger con primordial interés a los bienes personales y no a las cosas, pero ¿porqué decimos que los bienes personales no son cosas relacionadas con la conducta del titular de un derecho real? -

Despejar esta incógnita es de vital importancia, pues hemos señalado que la conducta autorizada por los derechos reales está siempre en relación con una cosa, de donde se concluye que mientras no se logre la diferencia entre cosa o bien personal, estaremos imposibilitados para distinguir los derechos reales de los derechos personales o de la personalidad.

Para lograr lo anterior es necesario un estudio en lo conducente de los bienes, para probar que a la luz de nuestro Derecho Positivo, las cosas son siempre objetos corpóreos exteriores al hombre y que por tanto los bienes personales no son nunca cosas. Antes de hacer este estudio, es conveniente señalar que lamentablemente los errores en que incurrieron la escuela clásica y sus seguidores al hacer los estudios de los derechos reales consisten en considerar como su objeto a la cosa, han sido repetidos por los tratadistas que han elaborado la teoría de los derechos de la personalidad, pues también en este caso se ha pretendido que el objeto de estos derechos son los bienes personales (llamados cualidades o modos de ser de la persona) cuando que únicamente puede ser, en todo caso la conducta humana, siendo más criticable este error en la teoría de los derechos de la personalidad, toda vez que se contaba con la experiencia de la teoría de los derechos reales.

Si este error hubiera sido visto, ya por los partidarios de



la teoría, ya que por sus detractores no se hubiera perdido inútilmente el tiempo en torno a la cuestión de la confusión entre el objeto y el sujeto de derecho dado que si se hubiera tenido presente que el objeto del derecho es la conducta, y que ésta puede estar en relación con una cosa o con un bien personal, se habría entonces centrado el estudio de los derechos de la personalidad en cuestión, esencial de considerar si los bienes personales pueden constituir puntos de referencia, suficientemente definidos, para atribuir sobre ellos conducta humana autorizada por la norma de derecho de tal forma que ésta sea la base científica para determinar una nueva categoría de derechos subjetivos.

PRIMA FACIAE.-Resulta lo absurdo de considerar a los bienes personales como objeto directo (objeto de la conducta) de derechos reales. Pues repugna por ejemplo, la idea de considerar que el honor o el nombre puedan darse en usufructo o en prenda o bien que tengan un propietario que lo pueda hipotecar. Pero estas ideas, que el sentido común rechaza y que parecen ofender los más preciados bienes del hombre pueden ser también rechazados con fundamento en el Derecho Positivo?.

El Código Civil en su artículo 747, considera que sólo las cosas que no estén excluidas del comercio, pueden ser objeto de apropiación.

Determinado el alcance del concepto cosa nos permitirá concluir si los bienes personales son objeto de apropiación,

y por ende de la conducta del propietario, es decir, del titular de un derecho real. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, escribe -- que "desde un punto de vista jurídico, la ley entiende por bien todo aquello que puede ser objeto de apropiación. Este significado es distinto del económico, pues en este sentido, bien es todo aquello que puede ser útil al hombre. Por tanto aquellos bienes que no pueden ser objeto de apropiación, aún cuando sean útiles al hombre, no le serán desde el punto de vista jurídico" (35). Es importante hacer notar que en este párrafo, ROJINA VILLEGAS, usa el concepto de bien como sinónimo de cosa, cuando que considera que bien es todo aquello que puede ser objeto de apropiación, es decir propiedad de alguien, cual es precisamente el concepto de cosa, como el propio ROJINA, lo entiende más adelante cuando dice que 'Dentro de la división que hemos hecho estableciendo dos categorías, primera, la relativa a las cosas, y segunda, a los bienes en sentido lato se distinguen los bienes corporales y los incorporales es decir cosa por una parte y derechos por la otra; esta clasificación que distingue entre bienes corporales e incorporales viene desde el derecho Romano, los romanos consideraron bienes incorporales, tanto a los derechos reales como a los derechos personales, pero la propiedad, la confundieron con la cosa, sólo se nota la diferencia al tener que expresar la naturaleza de cada derecho indicando la distinción entre el derecho y la cosa. Esta distinción del

derecho romano ha pasado a nuestro Derecho, que la recoge -- tanto en la clasificación de los inmuebles como en la de los muebles" (36).

Confirmando esta idea EUGENE PETIT, indica que, en Derecho -- Romano "la palabra res tiene un sentido tan amplio como el -- que corresponde a la palabra cosa en nuestro lenguaje. Com-- prende todo lo que puede procurar a la persona alguna utili-- dad, y el jurisconsulto sólo estudia las cosas en su rela-- ción con las personas, desde el punto de vista de los benefi-- cios que les pueden prestar.

Estas relaciones se llaman derechos y tienen más o menos -- fuerza.

Las personas que pueden disponer de una cosa a su capricho, enajenarla y hasta destruirla, tiene el derecho más completo que es el derecho de propiedad" (37). El mismo autor dice -- más adelante "Las cosas, consideradas tal como la naturaleza las ha producido tienen una existencia material, un cuerpo; y son las cosas corporales que caen bajo los sentidos. Pero por una especie de abstracción se da también el nombre de cosas a los beneficios que el hombre obtiene de las cosas -- corporales, es decir a los derechos que pueden tener sobre ellas" (38).

Por su parte, el maestro FLORIS MARGADANT, escribe que "Cosa son el elemento del mundo exterior que pueden producir una -- satisfacción al hombre" (39).

Es pues, por lo acabado de ver, sumamente claro el concepto

de cosa lo mismo en el derecho romano que en nuestro derecho, como también en el lenguaje común. De donde se concluye que siempre que el código hable de cosas se estará refiriendo a objetos corporales exteriores al hombre y que es precisamente la concepción tradicional de cosa aceptada por nuestro Derecho.

De ahí que resulte obvio que cuando el artículo 747 del código civil dispone que "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio" Está señalado que solo los objetos exteriores al hombre pueden ser objeto de la conducta autorizada por el derecho de propiedad, quedando excluidos de ellos por tanto, los bienes personales.

Ahora bien, hemos visto que los bienes personales no pueden ser objetos indirectos del derecho real de propiedad, "Pero tal consideración nos autoriza a concluir que tampoco lo pueden ser los demás derechos reales? El derecho de propiedad es, como hemos visto, originario. Esto quiere decir que todos los demás derechos reales suponen el de propiedad, de tal manera que no puede existir una hipoteca, un usufructo, etc. sin el derecho de propiedad. Por donde resulta que un bien cualquiera que sea su índole, que no pueda ser objeto indirecto de la conducta del titular del derecho de propiedad tampoco lo podrá ser de la conducta del titular de ningún otro derecho real, por tal motivo no es necesario ha-

cer un estudio del usufructo, de las servidumbres, de la ---  
prenda, de la hipoteca, etc. para demostrar que la conducta  
de los titulares de tales derechos, en cuanto tales, no pue-  
de estar relacionada con un bien personal, pues basta, como  
lo acabamos de decir, con que la conducta del propietario no  
pueda estar relacionada con el mencionado bien, para que no  
lo pueda estar la del titular de ningún otro derecho real.  
Creemos que sobran los argumentos que permiten distinguir --  
los conceptos de cosa y bien personal y aunque también -----  
creemos que la cosa no es ni puede jamás ser derecho real y  
ni siquiera objeto de éste, no podemos sin embargo, negar o  
desconocer la influencia de la misma en la teoría de los de-  
rechos reales la cosa de la cual se dice que por virtud de -  
los derechos reales se puede aprovechar total o parcialmente  
es siempre un objeto exterior al hombre. Nosotros sostenemos  
que el derecho es autorización normativa de conducta; que en  
el caso de los derechos reales, la conducta autorizada recae  
sobre una cosa y que esta cosa es lo que tradicionalmente, -  
desde el Derecho Romano hasta nuestro Derecho, el sentido --  
común y la más elemental sindéresis entienden como un objeto  
corpóreo exterior al hombre. Ahora bien habiendo quedado ya  
claramente establecido que los derechos reales no pueden tu-  
telar los bienes personales, o mejor dicho que la conducta -  
que esta clase de derechos autoriza no puede relacionarse --  
con un bien personal, nos queda ahora por examinar si tales  
bienes son objeto de la conducta autorizada por alguna otra

categoría de derechos privados, o bien si son irrelevantes y ajenos al campo del Derecho Civil.

Para algunos autores. ENNECCERUS, por ejemplo, citado por -- DIEZ DIAZ (40) la protección de los bienes personales deben ser exclusivamente de tipo penal, ya que con esta pro-----tección, según él la personalidad queda suficientemente salvaguardada. En cambio para VON THUR, citado por el propio -- DIEZ DIAZ (41) la protección de la personalidad debe hacerse en forma meramente preventiva y sancionadora, mediante nor--mas de carácter público aunque reconoce que los derechos de la personalidad pueden dar lugar a algunos efectos dentro -- del campo del Derecho Privado, como por ejemplo a la indemnización por daños y perjuicios. Nosotros creemos que no basta para la tutela de los bienes personales con las normas de tipo penal, pues hay una serie de situaciones que quedarían -- fuera de la reglamentación penal y que desde luego merecen ser tratados por el derecho positivo, ciertamente el nombre, el honor, la imagen de la persona, el secreto epistolar, el llamado derecho moral de autor, presentan múltiples aspectos que deben ser analizados por normas de Derecho Civil. No todas las conductas relacionadas con los bienes mencionados -- constituyen un ilícito penal, siendo por ello mismo nece----sario que en el campo del Derecho Privado concretamente en el Derecho Civil, sea donde con mayor propiedad deba regla--mentarse la conducta humana con motivo de dichos bienes. ---

Pues, por ejemplo, el derecho (de la personalidad) a la integridad física presenta tan infinita gama de situaciones que difícilmente pueden ser entendidas y explicadas a la luz del ordenamiento punitivo. En efecto el derecho que le asiste a la persona de someterse a una intervención quirúrgica verbi-gracia, no se entiende si nos atenemos exclusivamente a las disposiciones que respecto al delito de lesiones contiene el Código de la materia; en cambio, es ampliamente comprensible, si lo consideramos como aspecto de un derecho de la personalidad que tiene por fin la tutela de un bien personal, - cual es la integridad física del hombre. Otros interesantes problemas que nos suscita este derecho, son ejemplo, las ---- transfusiones de sangre y los trasplantes de órganos, córneas, huesos, etc. Quizá hasta podrían verse a la luz del derecho a la integridad física las cuestiones de cambio de sexo y de control de la natalidad. Y lo inconcebible, pero - cierto, los bienes patrimoniales gozan actualmente en rela-- ción a los bienes personales, de una protección más amplia, cuando que es indiscutible que por regla general las perso-- nas aprecien más estos últimos que los meramente materiales. Así no es de extrañarse que las cosas estén protegidas tanto de ilícitos penales como de ilícitos civiles, y que en cam-- bio se escatime para los bienes personales la protección contra hechos que sin constituir un delito los lesionen. DIEZ - DIAZ, se pregunta por qué " Esas iniciativas, esas tendencias y en definitiva, esas creaciones y concreaciones de la perso

nalidad" (42), que nosotros hemos llamado bienes personales--no habrían de ser designadas de consideración por parte del Derecho Positivo, cuando que en el caso concurren intereses y aspiraciones lo suficientemente importantes, lo moralmente plausible y de patente repercusión, como para que la recepción y legitimación de los mismos se opere desde luego.

Resultaría pobre en exceso agrega-la existencia de reglas -- simplemente conminatorias de mandatos exclusivamente negativos y positivos en el último término, pues es forzoso reconocer que se impone y con sobrada razón un trato íntimo específico, completo que agote el conocimiento adecuado de las distintas facetas y sectores que suponen los derechos de la personalidad.

Afirmando la legitimación del Derecho Civil respecto a la regulación de los derechos de la personalidad, GUASP, ha dicho que "Si el Derecho privado parece sostener, frente a la desmedida invasión del Derecho Público en su tradicional esfera de competencia es merced apoyarse en la concepción del derecho de la persona o en el régimen jurídico de la personalidad. Una concepción personalista del derecho semeja cundir intensamente en la actualidad, cerca de los juristas afines al Derecho Privado como eficaz base que, por lo menos indirectamente habrá de traducirse en beneficio de las seculares instituciones civiles y procurar, en definitiva la substancia del derecho privado" (43) más aún RICA BARBERIES (44)



sostiene que la confirmación de verdaderos derechos subjetivos en orden a la personalidad humano es algo que efectivamente debería lograrse porque en el hombre- dice tenemos una unidad múltiple, un principio que puede proyectarse en diversas actuaciones, dignas de ser recogidas y positivamente tuteladas, Agrega que asistimos a una hipertrofia cierta del Estado que va invadiendo más y más la esfera privada y que el hombre se le va concediendo cada vez un papel menos importante; añade que todas las aspiraciones planificadoras del supremo ente público, no podrán suprimir la trascendencia de la persona en sus más íntimos aspectos, ni tampoco podrán desacreditar el fascinante valor que por sí misma la personalidad otorga a todo lo que a ella hace referencia; y concluye afirmando que el nombre, la imagen, la integridad corporal etc. encierran ciertamente un valor que merece ser reconocido, definido y garantizado por reglas ad-hoc de Derecho Privado.

También se dice que otro inconveniente para aceptar los derechos de la personalidad es que los bienes personales presentan serias dificultades para su determinación. En efecto, la comprensión de los bienes personales dado su carácter subjetivo, es mucho más difícil que la de las cosas que se nos presentan objetivamente, que tienen una realidad corporal, - que se perciben por medio de los sentidos. Sin embargo, tal dificultad no puede conducirnos a la negación absoluta de todos los derechos de la personalidad pues en primer lugar, no

es insuperable, y en segundo podria negarse que haya un derecho de la personalidad ahí donde sea dudosa la existencia de un bien personal que sirva de referencia a la conducta -- del titular del derecho, sin que por ello sea menester que se nieguen los derechos de la personalidad en los casos donde la existencia de los bienes personales no deja lugar a duda.

Por otra parte, en la doctrina se afirma que es a la jurisprudencia a la que corresponde ir configurando esta categoría de derechos determinando su extensión, valiéndose para ello de una serie de procedimientos y recursos técnicos que le ofrece el Derecho Positivo, como anular un contrato contrario a la moral o al orden público, rechazar pruebas judiciales que impliquen un atentado a la intimidad moral de una persona, valerse de la teoría del abuso del derecho, cuando se ejercite éste en menoscabo de la integridad física o moral de otro, pero, sobre todo, se dice, implantando la reparación del daño moral.

En este sentido y previendo los problemas que los bienes personales presentan para su determinación JOAQUIN DIEZ DIAZ, escribe que "si la legislación no puede preveer todos los supuestos, y si la proyección de la personalidad se presta a múltiples zonas de peligro e incertidumbre, se deduce la necesidad de que el ordenamiento jurídico establezca ciertas bases que informen el espíritu creador de los jueces" (45)

y agrega "que importa sentar que la categoría de los derechos de la personalidad no está cerrada y que lo deseable es confiar en que la protección de la persona se vaya perfeccionando mediante la aparición de unas normas generales que más por sus directrices que por su concreciones abonen y faciliten a la jurisprudencia su labor de estructuración de nuevos derechos" (46).

Con los conocimientos anteriores, creemos necesario dejar sentadas las siguientes bases: El derecho regula la vida intersubjetiva autorizándonos conductas propia y destinándose conducta ajena. El primer tipo de regulación da lugar a los derechos absolutos, los cuales el deber jurídico correlativo es a cargo de todo el mundo, y el segundo da lugar a los derechos relativos en los cuales el obligado jurídicamente siempre está limitativamente determinado.

Tradicionalmente, desde el Derecho Romano, los únicos derechos absolutos, privados son los derechos reales y los únicos derechos relativos privados son los derechos personales. Nosotros proponemos una nueva clasificación de los derechos subjetivos privados que considere junto a los derechos reales y personales, los derechos de la personalidad, de tal suerte que la clasificación quedaría como sigue:

I.- DERECHOS REALES, que son aquellos derechos subjetivos absolutos privados que autorizan conducta a su titular, con motivo o en relación con las cosas.

II.- DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- Que son aquellos derechos

subjetivos absolutos privados que autorizan conducta a su titular, con motivo o en relación con un bien personal.

III.- DERECHOS PERSONALES.- Que son aquellos derechos subjetivos relativos privados que autorizan o destinan al titular, conducta ajena.

Estamos conscientes que la elaboración jurídica de la categoría de los derechos de la personalidad, es aún incipiente; que ha pasado por múltiples vicisitudes; que ha incurrido en los mismos errores- en que en el siglo pasado- incurrió la escuela clásica respecto de los derechos reales, al no advertir que el objeto del derecho es la conducta humana y que -- las relaciones jurídicas suponen un sujeto activo y otro pasivo; que ha sufrido un gran descuido por tanto de los civilistas y juristas en general, cuanto del legislador pero también estamos seguros que no hay ninguna razón estrictamente jurídica, que impida su reconocimiento, por lo que los juristas deben avocarse a su estudio, para que, mediante su debida fundamentación y elaboración pueda incluirse como materia específica del código civil.

Estamos de acuerdo con quienes piensan que se impone en nuestra ciencia jurídica la necesidad de una corriente doctrinal que se inspire en lo que se ha llamado el retorno a la persona, pues es indudable que conducirá a humanizar el Derecho en una época que se caracteriza por la decadencia y pérdida de los valores humanos. Más como los derechos de la persona-

lidad tienen como finalidad lograr el goce máximo de los ---  
bienes personales e indudablemente deben responder a la idea  
de proteger ciertas y fundamentales manifestaciones en que -  
pueda proyectarse el hombre, resulta concluyente que al ter-  
minar en esa taréa determinando cuales deban ser los bienes  
personales tutelados, no deberá perderse de vista que los --  
limites dentro de los cuales se formule la teoria son el de  
los valores inherentes de la persona humana.

CAPITULO TERCERO  
CLASIFICACION Y CARACTERES DE  
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

	Pág.
I.- CLASIFICACION.....	109
II.- CARACTERES GENERALES DE LOS DERECHOS DE LA -- PERSONALIDAD.....	117
A).- SON DERECHOS ORIGINARIO O INATOS.....	117
B).- SON DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS.....	118
C).- SON DERECHOS PERSONALES O EXTRAPATRIMO--- NIALES.....	119
D).- SON DERECHOS INTRANSMISIBLES (INDISPONI- BLES).....	119
E).- SU LLAMADA NATURALEZA INTIMA EMINENTE--- MENTE INTERNA.....	119

### CAPITULO TERCERO

## CLASIFICACION Y CARACTERES DE LOS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

### 1.- CLASIFICACION.

Dijimos en el capítulo anterior que los bienes personales -- con los cuales está necesariamente relacionada la conducta del hombre que a la luz de la norma jurídica sirve de base para la estructuración de los derechos de la personalidad, presentan serias dificultades para su determinación. Ahora bien, como los bienes personales, también llamados atributos o modos de ser de las personas, han sido el dato que ha servido a los autores para clasificar los derechos de la personalidad, es fácil deducir que en relación a estos derechos se han dado las más diversas clasificaciones.

Ya sabemos que los bienes personales condicionan conducta -- típica autorizada por la norma de derecho, y ahora diremos que así como es la conducta la que, observada desde la norma jurídica permite la construcción de la categoría de los de-- rechos de la personalidad como de cualesquiera otros de---- rechos, es también--la conducta vista normativamente la que debe servir de base para la clasificación de referencia.

Pero como la norma jurídica autoriza conducta propia en rela

ción con un bien personal, y éste por tanto, es punto de referencia imprescindible de la conducta objeto de los derechos de la personalidad, es inconcuso que podamos clasificar estos derechos tomando como criterio los bienes personales.

Los bienes personales son de tal importancia y trascendencia para la vida humana, que el derecho no puede permanecer indiferente frente a ellos. De su importancia se deriva la exigencia de su tutela mediante normas jurídicas que autoricen o prohíban conducta a los sujetos de derecho; estas normas dan lugar a la categoría de los derechos de la personalidad, sin embargo, los bienes personales a pesar de su calificativo esencial de ser bienes que intrínsecamente son portadores de valores inherentes del hombre, tienen entre sí grandes diferencias, que lógicamente determinan también diferencias en las conductas autorizadas por la norma en relación a ellos. Así al distinguirse conductas típicas con los motivos de los diversos bienes personales, es posible la clasificación de los derechos de la personalidad. En el criterio de clasificación que proponemos, el bien personal da nombre al derecho de la personalidad que autoriza conducta con motivo de tal bien. Por ejemplo, el honor de una persona es un bien personal, objeto de conducta autorizada que da nombre al derecho de la personalidad que la autoriza; el derecho al honor. Lo mismo podemos decir de la imagen, el nombre la integridad física etc.



En realidad, la clasificación de los derechos es simplemente clasificación de normas jurídicas, que se hace un tanto arbitrariamente, para lograr su mayor comprensión. Las clasificaciones no deben tener nunca pretensión de validez absoluta, pues en ellas se presentan siempre zonas de fronteras que --son difíciles de precisar. Los criterios de clasificación son generalmente caprichosos; se puede tomar en cuenta como ejemplo el número de los sujetos titulares del derecho, el objeto de la conducta autorizada, la manera como se autoriza la conducta etc. Por ello no es urgente justificar la validez del criterio de clasificación, pues, repetimos, la misma no tiene más que un valor relativo. Pretende ser útil más que perfecta.

La mayor parte de los autores, partiendo del supuesto de una serie de particulares derechos de la personalidad, suelen reconocer como tales el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y a los signos distintivos de la personalidad (nombre, seudónimo, etc).

Hay otros autores que hacen una más extensa clasificación. RAVA, por ejemplo, citado por CASTAN TOBENAS (1) estudia el derecho de la integridad física (derecho a la integridad del cuerpo y de la propia salud) el derecho a la integridad moral (o derecho al honor) el derecho a la reserva (categoría amplísima en la que se incluye el derecho a la propia imagen, a la voz, a los secretos, a la no publicación de las o-

bras etc. el derecho a la libertad, que tiene como modalidades, desde el punto de vista del derecho privado, la libertad de locomoción y la residencia, la libertad matrimonial, la libertad contractual y comercial, la libertad de trabajo y la libertad testamentaria, y el derecho sobre las partes separadas y los productos de las personas a propósito del cual alude a la cuestión de los derechos sobre el cadáver). Por su parte STERNBERG, citado por el mismo CASTAN (2) agrupando en cierto modo los derechos de la personalidad (derechos al propio yo y cualidades personales) con los derechos sobre bienes inmateriales (derechos a los valores patrimoniales unidos a esas cualidades personales) por entender que los segundos van siempre unidos a los primeros y tienen en éstos su base, llega a una gran especificación, estudiando bajo el concepto de derechos relativos a los bienes espirituales (que abarca las dos citadas categorías) el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la salud, el derecho a la protección de los nervios y de la vida espiritual, el derecho a la propia imagen, el derecho a la existencia particular y a la vida privada, el derecho a la conservación y desarrollo, el derecho a la libertad, el derecho a la actividad industrial, el derecho al nombre y a los emblemas, los derechos de autor, el derecho de inventor, los derechos sobre muestras, modelos y el derecho de editor como derivado de la transmisión por parte de su autor o de sus herederos.

Los más modernos expositores italianos, dice CASTAN TOBENAS (3) dan un contenido amplio de los derechos de la personalidad, pero sin incurrir en la exageración de confundirlos con los derechos sobre bienes inmateriales. Se reconoce hoy que los derechos de autor y de inventor, aunque sean una derivación de los derechos de la personalidad, no se identifican con éstos y tienen muy diversa naturaleza; no tienen por objeto un atributo de la persona, sino la cosa producida por la actividad psíquica o intelectual, son perfectamente transmitibles a diferencia de los derechos de la personalidad. -- que son inalineables e imprescriptibles etc.

A este respecto opina CASTAN TOBENAS, que el derecho de ---- autor en su aspecto personal y no patrimonial, que suele denominarse hoy derecho moral de autor, puede ser incluido entre los derechos de la personalidad. El autor Italiano DE CUPIS, a quien también cita CASTAN (4) hace la siguiente clasificación:

#### I.- DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FISICA:

- 1.- Derecho a la vida.
- 2.-Derecho a la integridad física.
- 3.-Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver.

II.- DERECHO A LA LIBERTAD.

- 1.- Derecho al honor.
- 2.-Derecho a la reserva (comprendiendo, además de otras manifestaciones, el derecho a la imagen.
- 3.- Derecho al secreto.

III.-DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.

- 1.-Derecho al nombre (comprendiendo el sobrenombre, el pseudónimo y los nombres extrapersonales).
- 2.-Derecho al título.
- 3.-Derecho al signo figurativo.

IV.-DERECHO MORAL DE AUTOR Y DE INVENTOR.

Para justificar esta amplia catalogación de los derechos de la personalidad y su tesis básica de que la serie de los mismos es más numerosa de la que parece resultar de la disciplina que el legislador y concretamente el código civil italiano dan a tales derechos, argumenta DE CUPIS, que los

bienes que son objeto de los derechos de referencia (nosotros sabemos que son objeto de la conducta) tales como la vida, la integridad física, el honor etc. son protegidos en caso de violación por la acción que se reserva al perjudicado para obtener el resarcimiento del daño, y ésto basta para el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos, ya que no cabe duda, a su juicio de que quién puede conseguir por determinación de su voluntad el equivalente del bien ofendido, es titular de un derecho subjetivo sobre el mismo.

Para MESSINERO (5) los derechos de la personalidad deben ser los siguientes: el derecho personal de autor, el derecho sobre el propio cuerpo, el derecho a la imagen, el derecho sobre las memorias íntimas y el derecho al secreto epistolar. De las opiniones transcritas en torno a la clasificación de los derechos de la personalidad, vémos como en la doctrina hay mucha discrepancia para determinar cuántos y cuáles deben ser los derechos que configuren esta categoría; pero la verdad es que han sido con criterios poco científicos como se han excluido o incluido en las clasificaciones pretendidos derechos de la personalidad. Por nuestra parte consideramos que la clasificación de los derechos de la personalidad deberá hacerse tomando en cuenta las disposiciones respectivas de cada derecho positivo en particular. Así por ejemplo, pensamos que en nuestro derecho sería difícil aceptar la existencia de un derecho de carácter privado que protegiera

la vida o la libertad de las personas ya que, tales bienes - han estado ligados estrechamente respecto a su tutela al Derecho Público y se han considerado siempre objeto de garantías individuales, amén de contar con una basta protección penal.

Con esto no queremos decir que la vida y la libertad no puedan ser punto de referencia de la conducta que autoriza un derecho de la personalidad, si el derecho positivo así lo reconoce. Simplemente consignamos que dado nuestro sistema jurídico, la tutela de dichos bienes se hace por la vía del derecho público.

Por lo que respecta a la integridad física o inviolabilidad corporal podría decirse lo mismo que respecto a la vida y la libertad, sólo que aquí cabe la circunstancia de que en realidad de los hechos los actos de disposición del cuerpo, tales como el sometimiento a las intervenciones quirúrgicas, la donación de sangre, los trasplantes de córneas, huesos, órganos, etc. son ejecutados con tanta frecuencia y naturalidad que denotan la existencia de un derecho a realizar tales actos.

El derecho al nombre, el derecho al honor, los derechos a la esfera secreta de la persona--que comprenden principalmente el derecho a la imagen y el derecho al secreto de la correspondencia--y el llamado derecho moral de autor o sea el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales, --consideramos que son derechos que tienen un claro tinte pri-

vaticativo y que, por lo mismo, debe pugnarse por su reconocimiento en nuestro Derecho Civil Positivo.

## II.- CARACTERES GENERALES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Es preciso señalar en el tratamiento de este tema, el aspecto general que presentan los caracteres de los derechos de la personalidad, en el sentido de que no en todos estos derechos se presentan siempre las mismas notas, o mejor dicho, no todas las notas que la doctrina señala como características de los derechos de la personalidad se presentan en todos ellos individualmente considerados.

Tanto CASTAN TOBENAS (6) Como JOAQUIN DIEZ DIAZ ( Coinciden en (7), señalar, las siguientes características de los derechos de la personalidad haciéndolas depender de la nota fundamental de derechos esenciales del individuo, que acompaña a esta categoría de derechos.

A.- Son derechos ORIGINARIOS O INNATOS, con ésto, se quiere decir que estos derechos se adquieren por el sólo hecho del nacimiento de la persona sin necesidad de concurso de medios legales ulteriores de adquisición.

No obstante, opina CASTAN TOBENAS, que tal característica no

es uniforme, ya que no todos los derechos de la personalidad pueden conceptuarse como derechos innatos, puesto que alguno de ellos, como el llamado derecho moral de autor, no surge - sobre la base del simple supuesto de la personalidad y necesita la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho, en este caso, el producto de la actividad intelectual.

B.- SON DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS, ya que corresponden a los individuos como simples seres humanos, y se proponen asegurarles a éstos el goce de los atributos físicos o espirituales, que le sean inherentes.

Estas características, que en realidad plantea el problema de determinar la naturaleza jurídica de estos derechos, es muy cierta. La mayoría de los autores que sostienen la existencia de los derechos de la personalidad están de acuerdo en señalar que son de naturaleza privada, de donde deriva la correspondiente legitimación del derecho civil para su estudio y reglamentación. No obstante, se considera que no es posible desconocer el altísimo interés público que estos derechos tienen y a semejanza de los derechos de familia por ejemplo, se les conceptúa al mismo tiempo, como derecho y deber.

En conclusión; aceptamos que la naturaleza jurídica de estos derechos es privada, que es el Derecho Civil al que corresponde su estudio y que es en los códigos de la materia en donde deben reglamentarse; pero aceptamos también que debido a su enorme trascendencia social y al gran interés público



no son derechos cuyo cumplimiento pueda dejarse al arbitrio de su titular por lo que es necesario que sean también considerados como deberes, razón por la cual aún cuando caen dentro del derecho civil, requieren un tratamiento especial.

C.-SON DERECHOS PERSONALES, o más propiamente extrapatrimoniales, aunque se considera que estos derechos no tienen contenido económico, se acepta sin embargo que su lesión da lugar a consecuencias patrimoniales por la vía del resarcimiento del daño, encaminada a garantizar el equivalente de aquellos bienes personales que tutelan.

D.- Son derechos INTRANSMISIBLES, o mejor dicho INDISPONIBLES, considerados los derechos de la personalidad como derechos esenciales del individuo, se concluye necesariamente que resulta imposible jurídicamente disponer de los mismos. Como una nota más de estos derechos se dice que son IRRENUNCIABLES, O IMPRESCRIPTIBLES, pero creemos que no es necesario señalar tales notas como características autónomas de los derechos de la personalidad pues en verdad ya están comprendidas dentro de la nota general de la indisponibilidad, ello le permite afirmar que con tal característica se quiere decir que su titular no puede transmitir, renunciar o perder por prescripción de derecho.

E.- Joaquín Díez Díaz, agrega una nota más como característica de estos derechos: NATURALEZA INTIMA Y EMINENTEMENTE INTERNA que los conduce, a una estrechísima dependencia y con-

tacto con el campo moral. Agrega que por el hecho de referirse a nuestro propio yo tienen un fuerte tinte espiritual y de conciencia.

Como una consecuencia de ello deduce que estos derechos poseen una auténtica prioridad, porque son previos forzosamente a otro género de derechos, "sin derechos de la personalidad mal pueden sobrevenir derechos reales o de crédito".(8). No estamos de acuerdo completamente con el pensamiento de este autor en el sentido que la existencia jurídica de los derechos de la personalidad depende de su contenido moral. No negamos que estos derechos conllevan un gran contenido moral, pero su existencia depende de lo que en un momento dado, cierto sistema jurídico establezca y no del valor moral que en una determinada sociedad se les reconozca. Ciertamente, el honor, la fama, la imagen de una persona, el nombre, etc. pueden tener para las personas un gran valor: pero tal valor no determinará la existencia o nacimiento de un derecho ya que este sólo existirá cuando sea reconocido por el orden jurídico positivo de determinado país. En cambio, nada importa la existencia del derecho, la estima que del mismo puede tener su titular, cuando éste no es reconocido por el orden jurídico.

Por tanto, nuestra posición al respecto es que, sin negar el inmenso valor y contenido moral de los derechos de la personalidad, su existencia jurídica no depende de ello, sino que está determinada por lo que sobre el particular disponga ca-

- 121 -

da uno de los diferentes sistemas positivos.

CAPITULO CUARTO  
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD  
EN PARTICULAR

	Pág.
I.- INTRODUCCION.....	122
II.- DERECHO AL NOMBRE.....	126
III.- DERECHO AL HONOR.....	
IV.- DERECHO A LA ESFERA SECRETA DE LA PROPIA --- PERSONA.....	144
1.- DERECHO A LA IMAGEN.....	145
2.- DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA.....	149
V.- EL DERECHO DE AUTOR EN SUS MANIFESTACIONES -- EXTRAPATRIMONIALES.....	150
VI.- EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA.....	152
1.- LA TUTELA DE LA INTEGRIDAD FISICA.....	152
2.- EL TRANSPLANTE DE ORGANOS.....	159

CAPITULO CUARTO  
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD  
EN PARTICULAR.

I.- INTRODUCCION.

Aunque en la teoría se hacen como hemos visto, diferentes -- clasificaciones de los derechos de la personalidad, algunas de ellas bastante extensas, en este capítulo únicamente nos vamos a ocupar de aquellos derechos de la personalidad que -- pensamos pueden tener cabida en nuestro derecho positivo.

Dijimos en el capítulo anterior que aunque indudablemente la vida y la libertad son bienes personales sobre los cuales -- puede recaer conducta autorizada por reglas de derecho Privado, parece difícil que se acepte que en nuestra legislación haya una tutela civil de dichos bienes, pues hay la idea de que todas las cuestiones que ellos suscitan deberán ser tratadas por el Derecho Público, sin embargo, cada vez es más fuerte la corriente doctrinal que habla de las libertades Civiles-- frente a las políticas -- que deberan ser garantizadas por la Legislación Civil.

El alcance de la libertad civil lo expresa CARBONNIER, cuando dice que "La definición intrínseca de la libertad civil (por contra -- posición a la libertad Pública) nos revela

la existencia de una libertad garantizada frente a los particulares (y no frente al Estado), es provecho de otro particular puesto que "La libertad no sólo exige la abstención por parte del Estado, sino también la supresión de todas las potestades privadas" (I) una serie de cuestiones, todas ellas de singular importancia, se analizan a la luz del concepto de libertad civil, y a manera de ejemplo, podemos poner los siguientes: La servidumbre de paso, que se explica como un aspecto de la libertad de movimiento; la prohibición de obligarse a una prestación vitalicia de servicio, que se explica a través de la libertad civil de hacer o no hacer y la inviolabilidad del domicilio, que se conceptúa como un aspecto de la libertad en la esfera doméstica. En este punto nos parece acertado criticar una disposición legislativa que se contiene en el artículo 2479 del Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, en orden a la cual el arrendatario que tenga celebrado contrato voluntario de arrendamiento, previo el aviso que el arrendador le haya dado, en forma legal, de su deseo de que se dé por terminado, el contrato, tendrá obligación de poner cédulas y mostrar el interior de la casa a los que pretendan verla. Nos parece que esta disposición es contraria al principio de la inviolabilidad del domicilio. Más todavía cuando en el citado precepto no se fijan las horas dentro de las cuales se tiene la obligación de mostrar la casa, poniendo en grave peligro la tranquilidad nocturna que debe estar ampliamente protegida. Nos

ilustra CARBONNIER (2) Que en el Derecho Francés, tras de -- muchas vacilaciones y previo el cumplimiento de exigentes requisitos--- autorización del Presidente del Tribunal y en horas hábiles--- se admite--- que un agente judicial penetre en el domicilio de una persona para atestiguar un hecho relacionado con un proceso, aún en contra de su voluntad. Es el caso por ejemplo, de la necesidad de comprobar el delito de adulterio. En este orden de ideas si en el Derecho extranjero se exigen formalidades y se señalan severos requisitos para que un agente judicial penetre al domicilio de un particular, es aberrante que en nuestro Derecho se permita la violación del domicilio, por cualquier persona y a cualquier hora, sólo porque el arrendatario expresó su deseo de dar por terminado el contrato.

Otras manifestaciones de la libertad civil, son la libertad en cuanto al modo de vida, la libertad de conciencia y las libertades profesiones (principalmente a la libertad de trabajo y la libertad de comercio).

Por otra parte, es forzoso admitir que en orden a los derechos de la personalidad, que vamos a tratar, no existe en nuestra legislación Civil para el Distrito Federal, un apartado que regule en forma orgánica y sistemática estos derechos, y en el mejor de los casos, cuando son objeto de reglamentación específica, la misma, es totalmente anacrónica y elemental.

Basta observar las reglas dadas en relación al nombre que es uno de los pocos bienes personales que recibe especial mención en el Código Civil --- para darse cuenta de lo insuficiente de su tratamiento jurídico. Además, como la base para dar cabida en nuestro Derecho Civil a los derechos de la personalidad es la reparación del daño moral del que habremos de ocuparnos cuando estudiemos el derecho al honor y como la procedencia de la mencionada reparación se hace depender de la circunstancia de que concomitantemente se haya causado un daño patrimonial, resulta fácil concluir que el reconocimiento de los derechos de la personalidad en nuestro Derecho es, en verdad, bastante discutible.

En el presente capítulo no pretendemos, de ninguna manera agotar todas las cuestiones que con motivo de los derechos de la personalidad pudieran presentarse. Tal corresponde a los investigadores de la ciencia jurídica, quienes con suficientes conocimientos y experiencia deberán agotar el estudio en torno a los mismos, indicando la forma como puedan y deban estructurarse. Por lo tanto, en los siguientes comentarios sólo nos alienta el deseo de apuntar la simple posibilidad de su reconocimiento en nuestro Derecho Positivo, señalando al mismo tiempo el gran descuido que se ha tenido respecto de ellos, lo que habida cuenta de su primordial importancia, --- constituye una laguna legislativa que debe ser llevada con un criterio moderno, acorde con la evolución y transformación de la sociedad, de manera que logre una efectiva pro---



tección de los bienes personales frente a los peligros que trae consigo el insospechado avance de la ciencia y de la técnica, aunque ya en nuestro país, se están haciendo esfuerzos para regular esta materia, por ejemplo el congreso federal en la reforma al Código Sanitario, establece o reglamenta las materias que analizaremos en su oportunidad.

## II.- DERECHO AL NOMBRE.

No serian posibles las relaciones juridicas, si los sujetos de derecho no tuvieran una identificación cierta, no confundible con la de los demás. La responsabilidad juridica sólo puede exigirse a una persona debidamente identificada. A esta ineludible necesidad responde el nombre de la persona, cuya importancia es tan grande, que va más allá de lo meramente juridico para invadir los ámbitos de lo social, político, etc. Relativamente a la naturaleza juridica de este derecho ya antes de que fuera concebido como derecho de la personalidad, se le distingue claramente de los derechos reales, lo que es lógico, pues como acertadamente escribe COVIELLO, "no puede considerarse ni como un derecho de propiedad, ni como un derecho patrimonial, cualquiera; porque el nombre no es un objeto exterior a la persona, ni tiene por si valor patrimonial; es por el contrario un derecho de indole esencialmente personal... Derivase de aqui que es un derecho inalienable e intrasmisible e incapaz de otros modos de adquisición, fuera de los originales" (3).

El maestro ROJINA VILLEGAS (4) por su parte sostiene también que el derecho al nombre no es un derecho de propiedad. Sin embargo considera que debe analizarse si el nombre implica realmente un derecho subjetivo; o es simplemente, una cualidad de la persona que no trae consigo facultad jurídica alguna. Sostiene que es un derecho subjetivo que debe clasificarse "no dentro de las facultades jurídicas que implican la posibilidad de interferencia en una esfera jurídica ajena, mediante la ejecución de actos autorizados por la norma sino dentro de aquel grupo de derechos subjetivos que sostienen en impedir que otro sujeto interfiera en nuestra esfera jurídica, en nuestra conducta, en nuestra persona" (5).

Mas como lo hemos dicho, no puede conocerse la esencia de un derecho con solo señalar el carácter indeterminado del titular del deber jurídico correlativo. Ni siquiera basta con señalar que el derecho al nombre es un derecho absoluto, pues los derechos reales, también son absolutos.

En realidad, si no tenemos conciencia de los derechos de la personalidad estaremos incapacitados para conocer plenamente el derecho al nombre.

El nombre es un bien personal que está tutelado por el Derecho. La forma como el Derecho tutela el nombre es autorizado a las personas conducta positiva o negativa, en relación a su nombre e imponiendo el deber correlativo a cargo de todo el mundo de respetar tal conducta. La autorización mencionada recibe el nombre de derecho subjetivo (de la personali-

dad) al nombre.

Entendiendo el derecho al nombre como un derecho de la personalidad podemos deducir, fácilmente, sus características --- principales, es un derecho absoluto privado, esta fuera del comercio, es intransmitible, indisponible, irrenunciable, no susceptible de adquisición por virtud de la posesión no estimable pecuniariamente etc.

Hemos dicho que el nombre es un bien personal que en nuestro Derecho es objeto de regulación jurídica. En efecto "nuestra Legislación Civil establece disposiciones fragmentarias contenidas en la reglamentación del Registro Civil de las personas y concretamente en las materias de actas de nacimiento y rectificaciones de actas, esas disposiciones son en síntesis las siguientes: los hijos de matrimonio deberán llevar el -- nombre de pila que se les ponga y que por ninguna razón debe omitirse, pero cuya elección es libre y voluntaria; deben -- llevar igualmente los apellidos de los padres, colocando en primer lugar el del padre y en segundo el de la madre. Si se trata de los hijos mal llamados naturales, deberán llevar únicamente el nombre de quien los reconoce, sin que pueda la madre omitir el suyo, ya que tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. En todo caso, el Oficial del Registro Civil tiene derecho a poner nombre y apellidos a los registrados cuando se presenten como -- hijos de padres desconocidos" (6).

Las observaciones que podemos hacer a esta regulación son -- las siguientes: En primer lugar, falta un apartado especial dentro del Código Civil que reglamente el derecho al nombre en forma orgánica y sistemática.

Las disposiciones dadas para formar el nombre de las personas, consistentes en que el nombre patronímico (o nombre de familia) se forma con los apellidos del padre y de la madre, en ese orden, mientras que el nombre de pila es de elección voluntaria, no resuelven muchas de las hipótesis que en la vida real se presentan. Así por ejemplo no se dice nada en nuestro Derecho, acerca del nombre de la mujer casada.

A pesar de que el nombre de la mujer casada, por una costumbre, social se forma con su nombre de soltera agregándole el apellido del marido precedido de la preposición "de", la ley es omisa al respecto, y creemos que es de suma importancia - que se regularice esta situación en el Código.

Las disposiciones referentes a los expósitos, aún cuando prevén- artículos 58 in fine- que sea el oficial del Registro Civil quién les ponga nombre y apellidos tal obligación no está debidamente reglamentada, como se hace por ejemplo en el derecho Italiano. De este modo según MESSINEO, --en la legislación Italiana se prohíbe al Oficial del Registro "poner apellidos que tengan en carácter de nombres de pila, poner nombre de pila (y en cuanto a los hijos de padres desconocidos, también apellidos) ridículos o vergonzosos, o que constituyan ofensa al orden público, a las buenas costumbres o

al sentimiento nacional o religioso, o que sean denominaciones geográficas de lugares. Está prohibido, además dar a los hijos de padres desconocidos, apellidos y nombres que puedan hacer sospechar su origen o bien apellidos extranjeros o de importancia histórica, o pertenecientes a familias ilustres, o en general conocidos en lugar donde se ha extendido el acta de nacimiento" (7).

Por otra parte yo considero que las materias de rectificación y cambio de nombre presentan todavía mayor insuficiencia "por regla general el nombre no puede cambiarse a voluntad de las personas, ni siquiera el de pila a menos de que se haga ante el poder judicial y en virtud de una resolución jurisdiccional, cuando se hayan comprobado las razones que la persona en cuestión alegue para pretender el cambio del nombre que aparece en su acta de nacimiento" (8).

Por nuestra parte consideramos que en relación con el cambio de nombre no puede hablarse, en cuanto al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de insuficiencia, sino de falta absoluta de regulación jurídica.

En efecto el Código de referencia no contiene ninguna disposición relativa al cambio de nombre. Lo único que se permite en nuestro derecho atento a lo dispuesto por el capítulo XI del Código Civil, que se titula de la rectificación de actas del estado civil, es precisamente la rectificación de las actas, cosa diferente al cambio de nombre, según veremos en se

guida.

El cambio de nombre supone que el nombre que está asentado en el acta (el nombre registrado) y el que realmente usa la persona en todos los actos de su vida, es el mismo. Es decir, entre el acta y la realidad social hay congruencia absoluta. En cambio, la rectificación de actas supone que el nombre que usa la persona en la vida real, el nombre por el que se le conoce el que la identifica y distingue de las demás es diferente del nombre que está asentado en su acta, es decir, el nombre registrado de donde se deriva la necesidad de adecuar el acta, rectificándola, a la realidad social.

Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis.

"ACTA DEL REGISTRO CIVIL.- Vide amparo Directo 4937/1982/1a. MARIA BENITA OCTAVIANA REYES-6 de junio de 1955, 5 votos actas del Registro Civil.

RECTIFICACION DE LAS MISMAS POR CAMBIO DE NOMBRE.- Es procedente la rectificación de las actas del Registro Civil para variar el nombre de alguna persona, cuando se demuestre que no hay propósito de defraudación o mala fé y cuando la finalidad es ajustar a la realidad social e individual el contenido del acta de nacimiento" (9).

Ahora bien, en el cambio de nombre, a diferencia de la rectificación de acta, no se trata de ajustar el acta a la realidad social, sino sencillamente de (en vista de un interés -- legítimo) cambiar el nombre de la persona, mediante la modi-

ficación de su acta de nacimiento.

El nombre, como se sabe, es un medio de individualización -- del sujeto, respecto de los demás hombres, por lo que otorga a su titular un derecho absoluto y exclusivo al uso del mismo; pero además la sociedad tiene interés en que no se cambie el nombre a voluntad de los interesados, pues de otro modo, lo que debe servir para diferenciar, se convertiría en fuente inagotable de confusiones, de donde se deriva el principio de la inmutabilidad del nombre. Así pues, el problema del cambio de nombre debe resolverse mediante la fórmula de conciliar, por una parte, el interés personal de cambiar el nombre cuando se alegue justa causa para ello, y por la otra el interés social de respetar el principio de la inmutabilidad del nombre.

Por considerar que la regulación del derecho al nombre que propone ANTONIO AGUILAR; en sus bases para un ante proyecto del Código Civil uniforme para toda la República, llena las lagunas que hemos señalado, creemos de interés transcribir-- rlas:

#### "NOMBRE DE LAS PERSONAS"

Art. 27.- El nombre de una persona física se forma con el apellido del padre y de la madre colocados en ese orden, y con el nombre de pila puesto a la elección de los progenitores.

Art. 28.- Cuando se presente a una persona como hijo de pa--

dres desconocidos, el Oficial del Registro Civil le pondrá nombre y apellidos, haciéndose constar esta circunstancia en el acta. En este caso no podrá el oficial imponer nombre o apellido extranjero ni aquellos que puedan hacerse sospechar el origen del expósito. Tampoco usará nombres o apellidos que puedan causar burla o descrédito al infante o exponerlo al desprecio Público.

Art. 29.- Cuando el hijo haya nacido fuera de matrimonio se le pondrá el apellido de su madre, sin perjuicio del derecho que tiene el hijo para adquirir el apellido de su padre al ser reconocido por éste, sea voluntariamente o mediante la investigación de la paternidad.

Art. 30.- El hijo adoptivo deberá usar el apellido de sus padres adoptantes.

Art. 31.- La mujer casada deberá agregar a su nombre el apellido de su marido, antepuesto por la preposición "de". Este apellido podrá seguir usándolo la viuda mientras no contraiga nuevas nupcias, pero no así en los casos de divorcio o nulidad del matrimonio, en los cuales la mujer perderá el derecho a usar el apellido del marido.

Art. 32.- Las sentencias ejecutorias que desconozcan o establezcan la paternidad o maternidad, producirán el efecto de privar u otorgar respectivamente a la persona de cuya filiación se trate, el derecho al apellido correspondiente.

Art. 33.- Toda persona tiene derecho a oponerse a que un tercero use su propio nombre, si éste no acredita su derecho --



legítimo a usarlo.

La sentencia puede declarar la prohibición de que lo use y el pago de daños y perjuicios. El derecho a controvertir el uso indebido de un nombre por otra persona, se transmite a los herederos del reclamante.

#### "CAMBIO DE NOMBRE"

Art. 34.- Ninguna persona puede cambiar a voluntad su nombre, ni siquiera el propio, pues toda alteración del nombre deberá estar fundada en causa justificada y ser decretada por la autoridad judicial competente.

Art. 35.- Sin embargo en caso de homónimo puede una persona pedir su cambio de nombre, lo que el Juez acordará si el reclamante demuestra que el uso de ese nombre le causa perjuicio moral o económico.

Art.36.- La demanda de cambio o modificación de un nombre, así sea simplemente el de pila, podrá ser controvertida por cualesquiera persona que se considere afectada por el cambio que se propone. A este fin, a toda demanda de cambio de nombre se le dará publicidad suficiente en el Periódico Oficial de la entidad y en un Periódico de los de mayor circulación de los que se publiquen en el lugar del domicilio del solicitante o en la población mas inmediata.

Art. 37.- En toda demanda de cambio o modificación de nombre será oído el Ministerio Público y antes de resolver lo procedente la autoridad judicial deberá recabar un informe de bue

na conducta anterior y falta de antecedentes policiacos del solicitante. Igualmente, lo hará saber a la Secretaría de Gobernación en el caso de que se trate de extranjeros o mexicanos naturalizados.

Art. 38.- El cambio o alteración del nombre no extingue ni modifica las obligaciones o responsabilidades contraídas por una persona bajo su nombre anterior.

#### PSEUDONIMO

Art. 39.- El pseudónimo usado por una persona en forma que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser tutelado al tenor de los artículos precedentes de este capítulo (II).

#### III.- EL DERECHO AL HONOR.

Para CASTAN TOBENA (10) e indudablemente que para quien ---- quiera que se precie de gente bien nacida, es el honor uno - de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana y que puede ser considerado como el primero y más importante de aquel grupo de derechos que protegen los matices morales de su personalidad.

Piensa dicho autor que es muy difícil precisar el concepto y naturaleza del honor, porque considera que éste ha tenido, históricamente, aspectos y manifestaciones muy diversas.

Según él, el honor lo podemos entender de dos sentidos: Objetivo y Subjetivo. En el primer sentido el honor es la reputación, el buen nombre o la fama de que goza ante los demás una determinada persona. O como escribe FERRARA, "es la estimación que acompaña a la persona y la circunda, como una ---

aureola de luz, en sociedad" (11). En el segundo sentido, el honor es el sentimiento de la estimación que la persona --- tiene de si misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral.

Con fundamento en estas dos acepciones, de CUPIS, define --- jurídicamente al honor como "La dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma" (12).

Para FERRARA, el honor es múltiple. Hay---dice---un honor individual que consiste en la dignidad misma de la persona humana y forma parte de su existencia moral, y un honor civil, que abraza la estimación pública del ciudadano, y un honor político, que considera al individuo en relación con su conducta política, y todavía un honor profesional, científico y literario, artístico, una honorabilidad comercial y otras infinitas modalidades de la respetabilidad humana" (13).

Para nosotros el honor es ese sentimiento de dignidad moral que acompaña a las personas, y el reconocimiento y respeto - de esa dignidad por parte de la sociedad. Consideramos que - el honor es un bien jurídico indivisible, único y que por lo tanto no podemos hablar de diversas clases de honores. Lo que sucede es que ese sentimiento de dignidad que constituye el honor, lo tiene la persona en todos los aspectos de su -- personalidad sin que podamos decir que una persona sea honorable desde el punto de vista político, porque posea un ho--

nor político, por ejemplo, y no lo sea desde el aspecto profesional, individual o artístico, porque carezca de estos tipos de honores. Pero si bien consideramos que no existen varios honores, si pensamos que el honor de una persona puede ser ofendido o lesionado de diversas maneras, como por ejemplo cuando se duda de su honradez profesional o de su seriedad comercial o científica, o cuando en nuestro medio se dice por ejemplo que tal persona no tiene palabra etc. En todos estos casos se ha lesionado un sólo bien jurídico de la persona; su honor, sólo que la lesión se ha producido en forma distinta, algo así como en un homicidio que puede cometerse de diversas maneras (arma de fuego, arma blanca, veneno - etc.) pero siempre se está lesionando un sólo bien jurídico; la vida.

En el campo de la moral bajo la influencia de las ideas cristianas, se considera que todo hombre, sin distinción de raza, nacionalidad o clase social, tiene dignidad, abandonándose definitivamente la idea de honor de clase, consistente en que sólo personas con cierta posición económica son honorables; por tanto, se considera al honor como algo inherente a todo hombre, como un bien jurídico primordial que debe ser tutelado y protegido por el Derecho.

Esto ha hecho decir el profesor argentino ALFREDO ORGAZ, que "nadie está a priori excluido de esta tutela, ni siquiera las personas deshonestas o de mala reputación; también éstas pueden ser sujetos pasivos de un delito contra el honor, ---

siempre que, de acuerdo con las circunstancias, el ataque debe ser considerado como ilegítimo, esto es como no justificado por un interés superior" (14) CASTAN TOBENAS (15) considera que este principio tiene excepciones, pues las leyes admiten como limitación la *exceptio veritatis*, o también la notoriedad del hecho atribuido a la persona; nosotros creemos -- que en nuestro derecho no puede aceptarse la *exceptio veritatis*, toda vez que el Código Penal vigente en su artículo --- 350, expresamente dispone que comete el delito de difama---- ción, quien comunique dolosamente a una o más personas, la imputación que se hace a otra, de un hecho cierto o falso, que puede causarle deshonra, descrédito, perjuicio a exponer al desprecio de alguien.

La protección civil de honor se piensa que debe incluir todas las manifestaciones de estimación de la persona y otorgar al ofendido no sólo el derecho al resarcimiento del daño, sino inclusive la facultad de hacer cesar en los casos - de que esto sea posible, el acto injurioso, mediante la supresión del medio en que éste haya sido realizado o pueda ser divulgado.

Ahora bien, "puede haber una tutela civil del honor, independientemente de la protección penal que se hace a través de los delitos de calumnia, difamación e injuria?".

Nosotros creemos que sí, mediante las figuras delictivas de la injuria la difamación y la calumnia, indudablemente que

se protege el honor de las personas, pero no contra ilícitos civiles, sino contra ilícitos penales, es decir, contra conductas que tipifiquen un delito. En cambio la tutela civil - del honor consiste en salvaguardarlo contra ilícitos civi--- les, pretende una protección del honor contra toda conducta que sin constituir un delito, lo lesione. La forma como funciona la protección del honor dentro del ambiente del De---- recho Civil, es mediante la reparación del daño moral.

Para nosotros no cabe duda que cuando se lesione el honor de una persona, y como consecuencia se le cause un daño, se --- tiene la obligación de repararlo.

El artículo 1910 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, consagra un principio general de derecho, -- según el cual todo el que causa un daño está obligado a repararlo. El artículo citado textualmente dispone que "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demues-- tre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o ne-- gligencia inexcusable de la víctima".

Como se ve, este artículo no distingue entre daño patrimo--- nial y moral sino que simplemente establece la regla general de que todo el que cause daño a otro está obligado a reparar-- rlo.

El Código Civil vigente, en su artículo 1916, dispone que por "daño moral se entiende la afectación que una persona sufre, en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor,

reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia si aquella muere, una indemnización, de los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso", ahora bien, este artículo también se aplicará al Estado en el caso previsto por el artículo 1928, de ello también hay una obligación por parte del Estado de reparar el daño moral, ya que anteriormente en este mismo artículo, no era aplicable la reparación del daño moral.

La reparación del daño como se sabe, consiste en el restablecimiento de la situación anterior a él, y solamente en los casos que esto sea imposible, cuando no pueda prestarse la auténtica reparación entonces por vía de compensación, se impone la obligación de pagar su equivalente en dinero. Pensamos que se puede distinguir las siguientes situaciones:

1.- Cuando por un hecho ilícito o contra las buenas costumbres una persona cause a otra daño exclusivamente patrimonial, por ejemplo cuando una persona sufre la pérdida de un bien que tiene un valor exclusivamente patrimonial.

De acuerdo con el artículo 1910, la persona que cause el da-

ño en este evento, está obligado a repararlo. La reparación consistirá en el caso que esto sea posible, en volver las cosas al estado que tenían antes de causarse el daño, y cuando no lo sea el pago en dinero de los daños y perjuicios.

2.- Cuando por un hecho ilícito o contra las buenas costumbres una persona cause a otra un daño exclusivamente moral, es por ejemplo el caso previsto por el artículo 143 del Código Civil.

Sobre este particular el artículo 1916, se ha circunscrito en reparar el daño moral.

En efecto aunque el maestro BORJA SORIANO, considera conveniente la reparación del daño moral, estima que no podrá haber indemnización de un daño moral si no acompaña un daño material, esto consideraba el maestro BORJA SORIANO, antes de que el artículo 1916, fuera reformado, ya que en ningún momento, ni en ningún artículo antes previsto tutelaba el daño moral, ahora vemos como el legislador, consagra el daño moral, en una relación contractual como extracontractual.

Por su parte el maestro ROJINA VILLEGAS, escribe "Se ha discutido en el derecho si debe haber reparación por el daño moral; en términos generales se ha considerado que los valores espirituales de la persona una vez que han sido lesionados, jamás podrán ser devueltos a su estado primitivo, cualquiera que sea la protección jurídica que se les conceda y la sanción que se imponga por el daño moral causado. Es evidente que si la reparación se entiende en un sentido restrin



gido, tal y como lo define el artículo 1915 del Código Civil vigente, al estatuir que la reparación del daño deberá consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, es obvio que no podrá lograrse tal resultado cuando se trate de daños morales.

Ahora bien el mismo precepto dispone que cuando sea imposible alcanzar el restablecimiento de la situación anterior al daño, la reparación consistirá en el pago de los daños y perjuicios causados... Ante la imposibilidad de reparar los valores espirituales lesionados o el dolor causado por un hecho ilícito, al herir los sentimientos o las afecciones de una persona, especialmente por la pérdida de los seres queridos, el derecho no ha encontrado otra forma de lograr una satisfacción para la víctima o sus herederos y una sanción para el culpable, que condenarlo al pago de una suma de dinero independientemente de la reparación penal en que pudiera haber incurrido. Estando de acuerdo en que se trata de una satisfacción muy imperfecta y que jamás podrá alcanzarse la reparación total como suele ocurrir tratándose de daños patrimoniales, pero sería injusto que ante la imposibilidad de alcanzar ese resultado, la víctima quedase desamparada.

Quienes niegan la procedencia de la reparación por daño moral alegando que jamás podrá traducirse en dinero un valor espiritual, olvidan que se cometería una mayor injusticia si ante la imposibilidad de una reparación perfecta el de---

recho no impusiera por lo menos una reparación imperfecta. Además en ciertos casos la indemnización pecuniaria puede proporcionar a la víctima satisfacciones espirituales que vengan a compensar los daños morales que hubiere sufrido... Esta reparación (se refiere al daño moral mediante el pago de una suma de dinero) según el mismo precepto (artículo --- 1916), deben ser tomados en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable.

Estamos de acuerdo con el maestro ROJINA VILLEGAS, en cuanto considera que el pago de una cantidad de dinero a título de reparación moral, es una reparación imperfecta, puesto que efectivamente jamás podrán traducirse en dinero los valores espirituales; pero como el propio maestro argumenta sería injusto que ante la imposibilidad de alcanzar una reparación perfecta, el Derecho no impusiera al menos una reparación imperfecta.

Más no coincidimos con su pensamiento cuando dice que sólo procede la reparación del daño moral, en los casos en que -- concomitante se ha causado un daño patrimonial. Creemos que la hipótesis que comentamos, o sea la de que por un hecho -- ilícito una persona cause a otra un daño exclusivamente moral, cabe dentro de la fórmula general del artículo 1910 --- puesto que este artículo no distingue entre daño moral y patrimonial, y sólo dispone que cuando se cause daño a otro se está obligado a repararlo, siendo indudable que ese daño pue

de ser no sólo material, sino también moral.

Es indudable que el que causa un daño a otro está obligado a repararlo ya que hay una base legal para fincar la obligación de reparar el daño y la consecuente indemnización, atento a lo dispuesto por el artículo 1910 que obliga al que cause un daño a otro está obligado a repararlo, independientemente que éste sea patrimonial o moral. Cuando sólo se cause un daño moral, debe dejarse al prudente arbitrio del Juez, de acuerdo con las circunstancias que en cada caso concreto se produzca la fijación de la indemnización correspondiente.

#### IV.- LOS DERECHOS DE LA ESFERA SECRETA DE LA PROPIA PERSONA.

Se entiende que estos derechos tienen por objeto proteger la inviolabilidad de la vida privada contra las intromisiones y las indiscreciones ajenas.

Están íntimamente relacionadas con el derecho al honor, al grado que algunos autores los incluyen dentro de él. Estos derechos reciben diversas denominaciones así por ejemplo, el derecho angloamericano habla del derecho a lo privado o derecho de intimidad (right of privacy); los alemanes de derecho a la esfera secreta de la propia persona; los italianos de derecho a la reserva.

Tiene este derecho como manifestaciones más destacadas, el llamado derecho a la imagen y el derecho al secreto de la correspondencia.

1.- DERECHO A LA IMAGEN.- Escribe CASTAN TOBENAS (16) que la invención de la fotografía y el grabado, así como el extraordinario desarrollo que en la vida moderna han alcanzado la - publicidad y la propaganda mercantil e industrial, plantearon a partir del siglo pasado, la cuestión del derecho a la imagen.

La doctrina en torno al reconocimiento y regulación de este derecho distingue dos etapas fundamentales; la primera de ellas, que es la concepción más antigua y radical, veía la imagen como una huella de la personalidad, una manifestación de nuestro cuerpo, y en esta forma entendía que así como el individuo tiene derecho sobre el propio cuerpo lo tiene también sobre la propia imagen, que es como la sombra de aquél. KAYSSNER, (17) uno de los más destacados partidarios de esta doctrina preguntaba por una protección absoluta del derecho a la imagen comprensiva incluso, de la legítima defensa, pensando que si alguien, quería por sorpresa y contra nuestra voluntad, hacernos una fotografía, podríamos llegar a romper la máquina en la cabeza del fotógrafo. Una concepción más actual nos dice CASTAN TOBENAS (18) supone que la imagen no es protegida por si misma como pertenencia o emanación de la persona, y por consiguiente, sólo se puede impedir que alguno pinte o reproduzca la imagen de otro, en cuanto su publicidad o difusión cause ofensa a la personalidad, por lo que entonces se concluye que la tutela de la imagen es una forma o derivación de la tutela del honor.

Para ORGAZ, se trata "De una manifestación singular contra las exhibiciones o publicaciones injuriosas, entendida esta palabra no con la acepción estricta del derecho penal, sino ampliamente comprensiva de todo ejercicio o lesión a un interés moral cualquiera digno de consideración".

En la legislación Italiana encontramos una novedosa reglamentación de este derecho de la personalidad, tanto en la Ley de 22 de abril de 1941, como el Código Civil, se le ha concedido en los siguientes términos al decir MESSINED (19) el derecho a la propia imagen (retrato inclusive en el caso de reproducción cinematográfica), pertenece a la persona en el sentido de que ella sola puede exponerla, publicarla o bien ponerla en el comercio; pueden hacerlo también los terceros, siempre que cuenten con el consentimiento (expreso o tácito de aquella o, después de su muerte, con el consentimiento -- del cónyuge, del descendiente o del progenitor, salvo el derecho de revocación de tal consentimiento.

Sin embargo, no es necesario el consentimiento cuando la reproducción de la imagen esté justificada por la notoriedad o por el cargo público desempeñado por la persona o por necesidades de justicia o de policía, por fines científicos, -- didácticos, o culturales cuando la reproducción esté vinculada a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que se hayan desarrollado en público. No obstante, aún en las circunstancias que acabamos de mencionar, el retrato no

puede ser expuesto o dedicado al comercio cuando la exposición o la comercialización origine perjuicio al honor, reputación o decoro de la persona retratada.

Todo ello dice MESSINEO—significaba que el pintor o el dibujante, el escultor o el fotógrafo, autor del retrato, aun -- conservando su paternidad no puede difundirlo sin más; de -- ahí una limitación de su derecho de autor respecto únicamente de la persona retratada.

Estas disposiciones se encuentran en la Ley de 1941 citada, y deben coordinarse, dice MESSINEO, con la norma general del Código Civil comprendida en el artículo 10 según la cual se puede pedir al juez que en caso de abuso ordene que cese la exhibición con reserva del resarcimiento del daño.

Para los efectos de este artículo, se considera que hay abuso de la imagen ajena en dos hipótesis; a).- exposición, publicación, fuera de los casos en que la misma está consentida por la Ley complementaria indicada y b).- exposición o publicación que --aún consentida por dicha ley--tenga lugar con perjuicio para el decoro o la reputación de la persona.

La respectiva acción corresponde a la persona que es objeto de la imagen o al hijo, al cónyuge o al progenitor.

Observa MESSINEO (20) que análoga tutela a la de la imagen, se ha considerado, también la prohibición de la reproducción de la voz del sujeto.

Este último derecho, como el de la imagen, es en Derecho italiano manifestación del llamado derecho a la reserva, que --

comprende también el derecho al secreto en torno a los acontecimientos de la vida personal salvo que se trate de hombres célebres, (pero aún en tales casos no sin limitaciones).

Por nuestra parte consideramos que la imagen de la persona, así como la voz del sujeto y los acontecimientos de la vida de las personas, son bienes personales que no están entre nosotros desprovistos de tutela jurídica, debiendo entenderse que quien actuando ilícitamente o contra las buenas costumbres los lesione, tiene obligación de reparar el daño, con fundamento en el principio general establecido en nuestro artículo 1910 consistente en quien cause daño, a otro está obligado a repararlo.

Sin embargo, considerando la grandísima importancia de la materia y la circunstancia de que la reparación del daño moral se ha restringido indebidamente haciendo su aplicación prácticamente nula, es necesaria la inclusión en el Código Civil, de reglas especiales que agoten el tratamiento específico del tema, haciendo efectiva una mejor protección a la persona.

Para la creación de estas normas se podría tener como modelo la obra de ANTONIO AGUILAR, que a su vez se funda en la doctrina italiana ya expuesta y en el Código Civil de Etiopía de 1960, el citado jurista en el texto que propone para los artículos 22 y 23 de su proyecto de Código Civil expresa:

"Art. 22 - La fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas ni reproducidas en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos de que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla o por la función pública que desempeñe o bien por necesidades de justicia o de la policía, cuando la reproducción de la imagen se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tenga lugar en público".

"Art. 23.- Si la imagen o fotografía de una persona se publica o se exhibe sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo que precede, aquélla puede solicitar y el juez ordenará que se suspenda la exposición o venta de las imágenes con el otorgamiento de daños y perjuicios" (21).

## 2.- DERECHOS AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA.

Respecto a los derechos de la personalidad, es en la doctrina italiana en donde mejor tratado encontramos este tema.

Este derecho, conocido en dicha doctrina como el derecho sobre el epistolario, comprende las cartas misivas, las memorias familiares y en general todos aquellos escritos de la misma naturaleza de éstos con carácter confidencial o íntimo, se considera que el titular del derecho es el autor del escrito, aún cuando materialmente la hoja sobre la que se escribe haya pasado a propiedad del destinatario del escrito o de terceros, a quienes se les reconoce el poder de des



rio, el contenido del derecho consiste en que solamente el autor del escrito, con el consentimiento del destinatario, es quien puede publicar su texto, o permitir su publicación. Como manifestación de este derecho, también protege en la legislación italiana tanto al remitente como al destinatario de una carta misiva, relativamente a que otro se entere del secreto epistolar, o lo divulgue.

#### V.- EL DERECHO DE AUTOR EN SUS MANIFESTACIONES EXTRAPATRIMONIALES.

A este derecho modernamente se le llama derecho moral de autor, denominación criticada por MESSINED (22) quien propone la de derecho personal de autor.

En torno a este tema los autores distinguen dos categorías de poderes:

Los derechos de contenido patrimonial o pecuniario, por ejemplo, explotación de la obra, cesión, enajenación, etc., y los derechos llamados morales y que mas bien deben de calificarse como extrapatrimoniales o si se quiere personales.

El segundo género de facultades da lugar al llamado derecho moral de autor, y constituye, según la mayoría de los tratadistas, un derecho de la personalidad.

En esta forma se dice que el objeto del derecho moral de autor no es obra, pues ésta es un bien de la naturaleza patrimonial, sino que consiste en el bien personal de la paternidad intelectual, en el modo de ser moral de la persona del

propio autor.

Se asigna como caracteres propios de este derecho el de ser inalienable e imprescriptible y no valuable en dinero, pero a diferencia de los otros derechos de la personalidad, no se estima que es un derecho innato pues presupone, como hecho - constitutivo, la creación intelectual.

Como contenido de este derecho tenemos principalmente:

1.- Garantizar al autor que otro no se atribuya la paternidad espiritual de su obra, o que la haga objeto de plagio, o de imitación, o bien que, atente a la integridad de ella mediante deformaciones, mutilaciones o modificaciones que -- puedan ser perjuicio para su honor, o para su reputación de autor.

2.- El derecho de publicación, también llamado derecho a lo inédito que consiste en la facultad que tiene el autor de decir si una obra suya se publica o no, ello por ser el único juez de la conveniencia de hacerlo o no.

3.- El derecho de la defensa de la integridad de la obra, -- que se desdobra en dos aspectos; uno positivo mediante el -- cual está facultado para modificarla, y el otro negativo que consiste en la facultad que tiene que impedir que la obra -- sea alterada o deformada por los demás.

4.- El llamado derecho de arrepentimiento, que consiste en -- la facultad que tiene el autor de repudiar su obra, esto es, de negarle su paternidad espiritual. Esto no quiere decir -- que el autor de una obra que la ha hecho pasar por propia --

puede atribuírsela a otro, sino simplemente que el autor no satisfecho con su obra, tiene el derecho de excluirla de la circulación y de impedir su reimpresión.

Este último derecho sin embargo, tiene limitaciones, pues se considera que sólo que se tengan graves razones morales se podrá retirar una obra del comercio, y siempre que se indemnizen a los que hayan adquirido el derecho de reproducción, de difusión o de representación etc., es decir, que deberá protegerse los legítimos derechos adquiridos por terceros.

#### VI.- EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA.

##### 1.- LA TUTELA DE LA INTEGRIDAD FISICA DEL HOMBRE.

La tutela de la integridad física de las personas, históricamente ha estado reservada, casi de manera exclusiva al Derecho Penal. Entre nosotros se lleva a cabo, principalmente, a través de los tipos penales comprendidos dentro del Código Penales, bajo los títulos de delitos contra la vida y la integridad corporal, delitos contra la salud y delitos contra la moral.

Sin embargo, modernamente, el avance de la medicina sobre todo, ha planteado una serie de cuestiones difíciles de explicar por medio de normas simplemente preventivas y, en última instancia, represivas. Esto ha hecho sentir la necesidad de crear normas jurídicas que vengán a regular estas cuestiones--por ejemplo, los actos de disposición del cuerpo tan importantes, y que actualmente se realizan al margen del de---

recho de manera que, al mismo tiempo que se protege la vida y la integridad física del hombre, no se le prive del derecho a ser tratado con los métodos terapéuticos más modernos con que cuente la medicina. Estas normas (de derecho privado) que van a venir a completar la tutela juspublicista de la vida e integridad física, se consideran comprensivas de los derechos de la personalidad a la vida e integridad física del hombre.

Por nuestra parte hemos señalado que no creemos factible el establecimiento, en nuestro Derecho Positivo, de un derecho privado en torno a la vida, y aunque respecto del derecho de la personalidad a la integridad física del hombre no hay base para su reconocimiento en el Código Civil no obstante es necesario su estudio en virtud de que algunas manifestaciones del mismo, por ejemplo las donaciones de sangre, cuentan al menos, con la tolerancia del Estado, mientras que otras, como los trasplantes de órganos, por ejemplo, pueden, incluso, en algunos casos, considerarse como constitutivas de delitos, por estas razones, aunadas a la gran importancia de la materia que hace imprescindible tanto una adición como una reforma legal, estimamos, indispensable tratar --aunque solo sea parcialmente y con obvias limitaciones-- el derecho a que nos hemos venido refiriendo.

El primer problema que debemos plantearnos es el de determinar si el derecho a la integridad física es un derecho de la personalidad, si tenemos presente la definición de los de---

rechos de la personalidad que hemos formulado y que los concibe como autorizaciones de conducta en relación con un bien personal, el problema se reduce a demostrar que la integridad física es un bien personal. Creemos difícil encontrar, después de la vida humana, otro bien más genuino que el de la integridad física de las personas. Los bienes personales, como hemos dicho, son algo inherentes al hombre mismo, son intrínsecamente valiosos, y a diferencia de las cosas, no son objetos exteriores al hombre, sino que están íntima e inseparablemente vinculados a él, por lo que también se les llama atributos, cualidades, proyecciones o modos de ser del hombre mismo. Ahora bien ¿quién duda que la integridad física es algo inherente y esencial al hombre y por ello intrínsecamente valioso? Por tal razón pensamos que no puede negarse el carácter de bien personal a la integridad física.

Siendo la integridad física un bien personal, lógicamente puede ser objeto de la conducta humana, de ahí la necesidad de que el derecho regule esta conducta, autorizándola o prohibiéndola, e imponiendo en el primer caso el deber correlativo de respetar la conducta que autoriza integrándose así con esta regulación jurídica, la tutela de la integridad física. Ahora bien, esta tutela no se reduce a sancionar el principio esencial de la inviolabilidad del cuerpo humano, sino que va más allá facultando al individuo para realizar todos aquellos actos de disposición del cuerpo que redunden

en beneficio de su salud, o que por virtud de ellos logre la conservación de su vida e integridad física, de sus facultades físicas o mentales o que en general le causen provecho. En este facultamiento consiste esencialmente el derecho de la personalidad a la integridad física.

De lo dicho, se desprende, que en torno a la tutela de la integridad física del hombre, podemos distinguir los siguientes aspectos:

A).- Protección de la integridad física contra ataques de terceros.

B).- Protección a la integridad física contra actos del propio individuo.

C).- Facultamiento para realizar cualquier conducta que redunde en beneficio de la propia integridad física.

Veamos cada uno de estos aspectos:

El primero de ellos es materia propiamente del Derecho Penal, al grado de que según MESSINEO (23) los efectos privados de esta tutela consistentes en la reparación del daño, son solamente reflejo de la amplísima protección de naturaleza penalística que de la misma se hace, por lo que para él, en este aspecto "no existe una específica tutela privatística del derecho sobre el propio cuerpo" (24).

Sin embargo CARBONNIER (25), sostiene que como consecuencia del principio *noli me tangere*, en el aspecto que nos ocupa -- si podemos encontrar una tutela privada. Ella consiste en -- que, en el ámbito del Derecho Civil, nadie puede ser obliga-

do a padecer un atentado contra su propio cuerpo, aunque --- dicho ataque venga justificado por el interés legítimo de otra persona. A diferencia del Derecho Privado, en el De---- recho Público, el principio de la inviolabilidad del cuerpo humano, admite excepciones por ejemplo en los casos de vacu- nación obligatoria, lo que se explica porque, según el autor últimamente citado, los conflictos que se susciten dentro -- del campo del Derecho Civil tienen lugar entre intereses i-- guales, ninguno de los cuales es a priori superior al otro; en cambio en el Derecho Público el interés del Estado (so--- cial), es superior al de los particulares. Como otras mani-- festaciones privadas de la tutela de la integridad física -- contra actos de terceros, tenemos que en el proceso civil, - la comparecencia de las partes no puede imponerse manu mili- tati; tampoco puede obligarse a una persona a una extracción de sangre o a un exámen médico. También en virtud del princi- pio noli me tangere, se explica porque en el procedimiento - civil la ejecución de un lanzamiento (por ejemplo de un a--- rrendatario) no se lleva a cabo expulsando materialmente al ejecutado, sino de manera indirecta, retirando el mobi----- liario. Este mismo principio, en el Derecho Civil, obliga al médico a pedir el consentimiento del enfermo antes de somete rlo a intervención quirúrgica y en general a cualquier trata- miento.

MESSINEO (26) aunque como hemos dicho, considera que este as

pecto de la tutela de la integridad física (contra ataques de terceros) lo hace exclusivamente el Derecho Penal, en realidad no niega que se produzcan algunas de la manifestaciones que en el Derecho Civil señala CARBONNIER, sólo que considera simplemente que las mismas se producen en un ulterior aspecto de la protección contra actos de terceros, apuntando que el mismo podría llamarse derecho al pudor, y consisten en la facultad de negarse "a someterse a visitas o inspecciones corporales o bien a someterse a cuidados médicos o a operaciones quirúrgicas, aún cuando sirvan para dar a la persona idoneidad física de la que carezcan" (27).

Los siguientes aspectos de la tutela de la integridad física o sean el de la protección contra actos del propio individuo y el de la autorización para realizar cualquier conducta que lo beneficie en su bienestar corporal los vamos a estudiar simultáneamente porque propiamente en ellos consiste el derecho que nos ocupa, y además porque ambos están íntimamente relacionados con la cuestión esencial de este derecho a saber; el poder de la disposición del propio cuerpo.

Los derechos de la personalidad, en general tienen como finalidad alcanzar el goce máximo de los bienes personales. En consecuencia, el derecho que ahora tratamos procura lograr que el hombre goce cabalmente de su integridad física. Para lograrlo, el Derecho lo faculta a hacer todo aquello que redunde en beneficio de su integridad física. En tal virtud podemos formular un principio esencial en esta materia; se ---



- 158 -

tiene derecho a realizar todos los actos de disposición del cuerpo que redunden en beneficio de él. En concordancia con este principio el individuo puede someterse a cualquier análisis, tratamiento quirúrgico o médico en general por más peligroso que sea, si ello es necesario para su salud o ---- bienestar corporal.

A contrario sensu, si el hombre puede hacer todo lo que lo beneficie físicamente, en cambio no puede hacer nada que lo dañe o lesiones en su integridad corporal. En consecuencia, podemos formular otro principio básico; están prohibidos todos los actos de disposición del cuerpo que causan daño a la salud o en cualquier forma afecten permanentemente la integridad física del hombre; o como dice el artículo 50. del Código Civil Italiano; "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan UNA DISMINUCION PERMANENTE, de la integridad física.." Por último, podemos distinguir todavía una serie de disposiciones del cuerpo, que sin redundar en su provecho, tampoco lo lesionan irreparablemente, siendo por otro lado de gran utilidad social, es el caso por ejemplo de las donaciones de sangre, injertos de -- piel, etc., estas disposiciones que son de gran utilidad social, cuando no ocasionen disminución permanente de la integridad social, deben permitirse siempre y cuando, además tengan un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la Ley, al orden público, a las buenas costumbres. En realidad, la

licitud del fin de las disposiciones del cuerpo no se exige nada más respecto de esta última, sino en general, de cualquiera de ellas, incluso las que vayan a tener efecto a la muerte de la persona sólo que, como atinadamente escribe MESSINEO (28) la licitud como límite al poder de disposición del cuerpo no se inspira en la protección de la integridad física, sino que se impone por razones de índole ética. Es por ejemplo, por tales razones que suele prohibirse el contrato, Meritricio.

## 2.- EL TRANSPLANTE DE ORGANOS.

Analizando a la luz de los principios esenciales que hemos formulado el problema de los trasplantes de órganos, podemos sostener lo siguiente:

A).- Los trasplantes de órganos, vitales, o no, pero que causen permanentemente disminución de la integridad del propio cuerpo y contrarios al derecho de la personalidad y a la integridad física, no deben permitirse.

En este punto es donde nosotros consideramos que se presenta el mayor problema, la prohibición de disponer de órganos que causen permanente disminución de la integridad física debe entenderse en forma absoluta, o puede admitir excepciones?

De hecho se han venido realizando asiduamente trasplantes de órganos que como el riñón ocasiona indiscutiblemente disminución permanente de la integridad física del donante. Ahora bien, con fundamento en el principio que prohíbe llevar a cabo cualquier disposición que afecte el bienestar corporal,

deberían proscribirse plenamente la práctica de estos transplantes; sin embargo en atención a razones morales humanitarias y de solidaridad social, resulta indudable que no hay - por que ser tan rigoristas.

En un informe dirigido al Licenciado ONESIMO CEPEDA VILLA--- RREAL, como Presidente del Consejo Directivo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, por el Licenciado LICIO LAGOS, quien presidió una comisión integrada por los Licenciados MANUEL PALAVINCE, JAVIER CREIXELL DEL MORAL Y BENJAMIN FLO-- RES BARRUETA, miembros de esa agrupación, con el objeto de estudiar los problemas jurídicos que suscitan los transplantes de órganos humanos, se sostiene la conveniencia de permitir disposiciones del cuerpo en atención exclusivamente al bien ajeno, el fundamento de su posición, lo encuentran e--- llos en el llamado principio de la caridad, según el cual es un acto bueno que un individuo dé algo suyo en bien de otro. Y más aún; se argumenta en ese informe que si se puede dar la vida por otro, cuanto más un órgano.

Así pues, en el trabajo que comentamos es el principio de la caridad del que justifica moralmente los actos de disposi--- ción de partes del cuerpo, "bien sea durante la vida del individuo o para después de su muerte, siempre que la motiva-- ción sea el bien ajeno. Sin embargo, aunque de esto parecía deducirse que carecen de justificación las disposiciones originadas por una finalidad de propio provecho, por ejemplo de

lucro (donación de sangre a cambio de dinero, o de un órgano, también con un fin lucrativo), aún los actos de este tipo, que pudieran clasificarse como lucrativos, podrán ser -- bien vistos por la moral si se trata, por ejemplo de obtener remuneración para atenciones familiares apremiantes y aún para satisfacciones de tipo personal; En todo caso habría -- que considerar la situación particular, con la advertencia de que ciertas figuras de disposición que tuvieran relieves no justificables, según los casos, serían censurables moralmente (29).

Como consecuencia de estas ideas, en el trabajo mencionado - se llega a las siguientes conclusiones:

A).- La persona tiene derecho a disponer en vida de parte de su cuerpo para beneficio de otro, con tal de que el motivo - que lo impulse sea conforme al orden público y a las buenas costumbres, ésto es a la moral.

B).- El derecho últimamente expresado tiene el límite de lo que es meramente un acto de administración del cuerpo, más no la disposición que entrañe su aniquilamiento. En conse--- cuencia, la disposición sólo ha de ser posible respecto de partes no esenciales y que sean también regenerables.

Es de notarse que en este estudio se señala como límite al poder de disposición del cuerpo, el hecho de que recaiga, sobre partes no esenciales y que sean también regenerables. Por lo tanto, debemos entender que los trasplantes de órganos como el riñón, que no son regenerables deben estar, en

opinión de estos autores, absolutamente prohibidos. Podemos decir que propiamente las disposiciones del cuerpo que se -- justifican en el estudio de la Barra de Abogados, son aque-- llos respecto de los cuales nosotros hemos sostenido la con-- veniencia de que se permitan en virtud de que si bien no --- tienen por objeto preservar la integridad física, tampoco le ocasionan una disminución permanente, siendo en cambio de gran utilidad social.

No obstante que el principio de la caridad sólo justifica, en el mencionado trabajo, las disposiciones de partes no e-- senciales y regenerables; pensamos que puede tener aplica--- ción para justificar la donación de un órgano no regenera--- ble. Si es moralmente posible, que una persona en un acto de heroísmo, arriesgue su vida para salvar la de un semejante, puede entonces aceptar que done uno de sus órganos si en e-- llo puede consistir la salvación de otra persona. Desde lue-- go debe señalarse que es a estas disposiciones, que estén -- inspiradas exclusivamente en razones altamente altruistas, de solidaridad humana, como consecuencia, por ejemplo del pa-- rentesco u otras razones análogas, y siempre y cuando no im-- pliquen el propio aniquilamiento o auto destrucción, por o-- tra parte es de insistirse en que la regla general es que ta-- les disposiciones deben estar prohibidas, aceptándose sólo excepciones cuando se produce en la forma como la hemos acep-- tado.

B).- Los trasplantes de aquellas partes del cuerpo cuya --- pérdida no originen permanentemente disminución de la inte-- gridad física, deben aceptarse.

En estos casos puede permitirse que incluso haya una remunera-- ción económica --sobre todo cuando la misma se va a desti-- nar a satisfacer una necesidad esencial, por ejemplo-- pues la finalidad social de los referidos trasplantes, habida -- cuenta de que no producen permanente disminución de la inte-- gridad física, los justifica.

Es lógico y natural que en todo caso las mencionadas disposi-- ciones sean esencialmente revocables por lo que tal carácter debe reconocerse y garantizarse plenamente.

### 3.- LOS ACTOS DE DISPOSICION SOBRE EL CADAVER.

En torno a este tema, lo primero que debemos señalar es que no es un problema de derecho de la personalidad. En efecto -- la integridad física , el bienestar corporal, la salud da -- preservación y el mejoramiento de todas las facultades fisi-- cas y mentales del hombre, es algo predicable exclusivamente a una persona viva, y constituye precisamente el bien a tute-- lar por el derecho de la personalidad a la integridad fisi-- ca. Obviamente, el cadaver y las disposiciones que del mismo puedan hacerse quedan fuera de la protección que pretende es-- te derecho. Sin embargo desde el punto de vista del benefi-- ciario y destinatario o receptor, si hay un derecho de la -- personalidad, en virtud de que con fundamento en el mismo el hombre puede hacerse todo aquello --aceptar un organo extra-

ño del cadaver, por ejemplo-- que redunde en beneficio de la salud. En consecuencia por la relación que con los derechos de la personalidad guarda este tema, es conveniente --aunque sólo sea marginalmente-- hacer algunos comentarios al respecto.

Por nuestra parte consideramos que en el mismo pueden distinguirse los siguientes aspectos: A.- Análisis de la naturaleza jurídica de la manifestación de voluntad por virtud de la cual una persona conciente en que se hagan a su muerte, - actos de disposición sobre su cadaver.

En relación a este aspecto podemos decir que nuestra actual legislación concretamente el Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales--no regula la manifestación de voluntad en orden a la cual una persona autoriza que a su muerte se disponga de su cadaver.

Las reglas del mandato y las relativas a la herencia de las personas que son las figuras a las que se han pretendido asimilar, no nos sirven pues aunque en cierto modo pudiera decirse que el médico que realice un transplante por ejemplo, sea mandatario del donante, jurídicamente no es posible, --- pues el mandato se extingue con la muerte del mandante.

Las reglas de la herencia tampoco sirve al respecto, ya que ésta es la sucesión de los bienes y derechos que no se extinguen con la muerte, es decir que los que forman el patrimonio de las personas y lógica y jurídicamente, el cuerpo huma

no no es un bien patrimonial.

En vista de lo anterior, y toda vez que ninguna de las figuras que contempla el Código Civil, puede explicar la naturaleza jurídica de la disposición en virtud de la cual una persona autoriza el uso para fines lícitos de su cadáver, se -- sostiene que el consentimiento así expresado suscita un problema irresoluble dentro de nuestra actual legislación, siendo menester que en lo futuro se creen leyes en las que se -- contemplen el problema advirtiéndose que tales normas constituirán una institución de naturaleza totalmente diferente a todas las del derecho civil tal como actualmente se le conoce.

Para nosotros la autorización que la persona haya dado para que a su muerte se disponga de su cadáver, o en su caso, ni se acepta esta posibilidad, la que de sus familiares, no debe estimarse como figura jurídica autónoma y de diversa naturaleza de la relativa a los actos de disposición del cadáver.

Es decir, la materia a regular es, precisamente la concierne a los actos de disposición material del cadáver señalándose como posible requisito\* para ello bien la autorización que en vida haya dado la propia persona, o bien el consentimiento de sus parientes.

Dentro del aspecto que nos ocupa -- la ley que venga a regularlo deberá determinar, entre otras cuestiones si los parientes por ejemplo pueden dejar sin efecto, la autorización



que en vida haya dado la persona de cuyo cadaver se trate. -  
Tambien debe precisarse las consecuencias juridicas--por e--  
jemplo, si debe haber reparaci3n del da1o --que resulten.

\*...Como requisito fundamental para  
el aprovechamiento de un cadaver.

se puede se1alar a).- la forma como deba certificarse la ---  
muerte. Es este el requisito m1s importante b).- La licitud  
del aprovechamiento o disposici3n del cadaver en todo caso  
la disposici3n que se haga de un cadaver debe tener un fin  
ilicito, 3sto es conforme a la Ley; al orden p1blico o a las  
buenas costumbres, fundamentalmente se podr1 usar un cadaver  
para aprovechamiento en tratamiento m3dico (transplantes de  
3rganos) o para servir a la investigaci3n cientifica; c).-  
El consentimiento de parte legitima para la disposici3n de  
un cadaver, al respecto pudiera legitimarse adem1s de la pro  
pia persona, a sus parientes m1s cercanos o en ausencia de  
ellos a las personas con quien viviera podrian tambien que--  
dar legitimados, en determinados casos, los directores de --  
ciertos hospitales de beneficencia por ejemplo.

De no haberse realizado un trasplante en los casos en que se  
tenia la obligaci3n de hacerlo.

B.- El segundo aspecto que puede distinguirse en orden a los  
actos de disposici3n de un cadaver, es el referente al pro--  
blema de la determinaci3n del momento de la muerte de la per

sona. Este problema puede plantearse así: "a partir de qué momento está jurídicamente muerta una persona? Este aspecto suscita, a su vez, varias cuestiones. "Qué es la muerte? "Como se manifiesta?" a partir de qué momento podemos decir que está muerta una persona?.

Estas interrogaciones prestan, ahora más que nunca, inusitada importancia.

En relación con la teoría de los derechos de la personalidad importa definir la muerte, pues es ella la única forma de extinción de estos derechos (con excepción quizá del derecho moral de autor).

Con todo y la trascendental importancia jurídica que la muerte conlleva, no es propiamente un problema jurídico, sino -- médico, en consecuencia el derecho debe aceptar como definición de muerte la que la ciencia médica proporcione. No obstante jurídicamente podemos definir la muerte como cesación de las funciones vitales.

La razón de la singular importancia con que actualmente se presenta el problema de la determinación de la muerte, es -- que tradicionalmente se decía que se manifestaba por la ---- ausencia de los fenómenos cardiovasculares y respiratorios, en tanto que últimamente se ha puesto la atención en el cerebro, definiéndose la muerte como el cese irreversible de la función cerebral. de cualquier forma repetimos, el problema no es jurídico , como tampoco lo es el de fijar el tiempo -- dentro del cual debe hacerse la disposición de los órganos

- 168 -

de manera que éstos sean útiles.

Todos estos datos debe aportarlos la medicina, y con ello el Derecho debe proceder, si es conveniente a regular la materia.

Respecto a la muerte y el cadaver, podemos señalar dentro de nuestra legislación, las siguientes reglas: El artículo 281 del Código Penal, ordena que se impondrá de 1 a 5 años de prisión y multa de 50 a 1000 pesos a quien profane un cadaver o restos humanos, con actos de vilipendio MUTILACION, obscenidad o brutalidad. El Código Sanitario dispone en su artículo 106 y 108 los requisitos para inhumación son principalmente que esté ordenado por el Oficial o el Juez del Registro Civil, previo certificado médico de defunción en los cementerios autorizados y hasta que haya transcurrido 24 horas contadas a partir del fallecimiento, salvo algunas excepciones (por ejemplo, cuando peligre la salud pública y siempre antes de que pasen 48 horas del fallecimiento. Por último el artículo 117 del Código Civil dispone "Ninguna inhumación se hará sin autorización escrita dada por el oficial del registro civil, quien se asegurará suficientemente del fallecimiento. No se procedera a la inhumación sino hasta despues de que transcurran veinticuatro horas del fallecimiento, excepto en los casos en que se ordene otra cosa por la autoridad que corresponda.

De la mera enunciación de estas normas completadas acaso con

las que en materia de actos jurídicos rigen el consentimiento y el objeto de los mismos, se puede concluir fácilmente que los actos de disposición por una persona de su cadáver o de parte del mismo son ajenos a nuestra legislación .

Nosotros somos de la opinión de que tal situación es producto, más que nada, de que el legislador no pudo proveer los fantásticos logros que en las últimas décadas ha alcanzado la medicina. Sin embargo, si no quiere impedirse el desarrollo y el avance de estas ciencias tan importantes para el -- hombre, debe regularse jurídicamente el problema, despre--- diéndonos de prejuicios sociales o religiosos que impida disponer de un cadáver aunque ciertamente éste no es simplemente una cosa, desprovista de toda significación social moral y religiosa. Pero tal significación no impide que el mismo pueda servir para aliviar el sufrimiento humano o la investigación científica.

Pues bien, en resumen y como consecuencia de lo dicho, podemos concluir lo siguiente:

a).- La determinación de la muerte es fundamentalmente un -- problema médico.

b).- A los derechos de la personalidad interesa dicha determinación del momento en que debe tenerse por muerta a una -- persona, por constituir el fallecimiento la forma de extin--- ción de tales derechos.

c).- Nuestra legislación desconoce--y más propiamente, prohíbe los actos de disposición sobre el cadáver.

d).-Los actos de disposición de un cadaver interesan a los derechos de la personalidad desde el punto de vista del beneficiario o receptor.

e).-Los actos de disposición de un cadaver cuando tengan un fin lícito (fundamentalmente servir para un tratamiento médico; aspecto de derechos de la personalidad, o la investigación científica, interés público) deben permitirse y en consecuencia regularse expresamente por la ley.

c.- El último aspecto que puede distinguirse en relación a la disposición de un cadaver es el de la naturaleza jurídica del derecho del destinatario de algún organo de ese cadaver. Sobre este aspecto ya hemos dicho que el derecho del destinatario, es un derecho de la personalidad y aunque en este punto puede tratarse temas muy interesantes, tal como la selección de receptores, en los casos en que el donante no lo haya precisado, consideramos que la cuestión esencial, o sea la determinación de la naturaleza jurídica del derecho que nos ocupa ya la hemos tratado, como dijimos es una manifestación del derecho de la personalidad a la integridad física, es la facultad que asiste a una persona para someterse a cualquier tratamiento médico, quirúrgico, incluso la aceptación de un órgano extraído de un cadaver, si ello es conveniente para su salud y bienestar corporal.

CAPITULO QUINTO  
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD  
ESTUDIO E INTERPRETACION DE NUESTRA  
LEGISLACION RESPECTO AL TRANSPLANTE  
DE ORGANOS Y TEJIDOS.

	Pág.
I.- ESTUDIO E INTERPRETACION DE NUESTRA LEGISLACION RESPECTO AL TRANSPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS...	171
II.- PRINCIPIOS ETICOS Y MORALES TRATANDOSE DE ---- TRANSPLANTES DE ORGANOS Y TEJIDOS.....	174
III.- ANALISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO - DE DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVE-- RES DE SERES HUMANOS PARA EL TRANSPLANTE.....	175
IV.- CODIGO DE TLAXCALA.....	177
V.- CONCLUSIONES.....	179

## CAPITULO QUINTO

### LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

#### ESTUDIO E INTERPRETACION DE NUESTRA

#### LEGISLACION RESPECTO AL TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS.

1.- Nuestra legislación, en esta materia, se encuentra considerablemente avanzada ya que está autorizando---cubriendo --- ciertos requisitos para proteger la vida humana---el tras---plante de órganos y tejidos, de seres humanos vivos con fines terapéuticos de investigación y educativos. Nuestra -- legislación muy acertadamente, acepta el trasplante de órganos, tomando como base, que debe hacerse agotando los órganos y tejidos de un cadaver, antes de que se utilice de un ser humano vivo.

Es decir, esta disposición protege la vida humana y es determinante imperativa, de tal modo que a pesar de la procedencia y el buen éxito que pueda tener el trasplante, este no debe autorizarse si no se han agotado primero las posibilidades de utilizar los órganos y tejidos de un cadaver; en estas condiciones, resulta limitada la voluntad del sujeto para poder disponer en forma deliberada de sus órganos, atento al principio de protección de valores vitales. Resulta por ello, muy acertada la disposición que al respecto se establece en el artículo 199 del Código Sanitario que a la letra

dice" la obtención de órganos o tejidos de seres humanos vivos para trasplante, sólo podrá realizarse cuando no sea posible por cualquier circunstancia, utilizar órganos obtenidos de cadáveres".

En este mismo orden de ideas la disposición del artículo 200 del Código citado, prohíbe terminantemente realizar un 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. Disposición que se reitera y reafirma en la Ley General de Salud en su artículo 322 y su reglamento en su primer artículo in fine, disposiciones que son de aplicación Federal, para toda la República, pues se trata de Leyes Federales de orden público y de interés social; en efecto el artículo primero del reglamento de la Ley General de Salud, en materia de control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, en su párrafo segundo estipula: "Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público y de interés social".

En estas circunstancias las disposiciones que analizamos son irrenunciables para la naturaleza jurídica de que están investidas en atención a que se protegen valores vitales del ser humano. El mismo reglamento ya señalado complementa y -- precisa que: "Tratándose de trasplantes de órgano único no regenerable esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver".



Esta disposición no hace sino respetar los principios y directrices del Código Sanitario y de la Ley General de Salud en el sentido de protección.

1.- Esta reglamentación la encontramos en el artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Así se protege la vida del sujeto donante, limitando en forma categórica su voluntad y el derecho de disponer AD LIBITUM, de ciertos órganos, sin los cuales no sería posible según seguir viviendo. En estas condiciones la donación que de tal órgano hiciera el sujeto donante sería inexistente, pues estaría en franca contravención a las normas de orden público y de interés social que hemos señalado ya con anterioridad.

En concreto la regla general establecida por nuestra legislación en materia de trasplantes de órganos con fines terapéuticos es en el sentido que sólo podrá realizarse cuando no sea posible, por cualquier circunstancia utilizar órganos obtenidos de cadáveres. De tal manera que si después de los estudios clínicos, éstos reportan que no es posible utilizar el órgano o tejido de tal o cualquier cadáver, o que no existen disponibles en el banco o bancos de órganos el que se requiera o los que se requieran, entonces es cuando se procederá a obtenerlo de un ser vivo y siempre con las limitacio-

nes y prohibiciones AD SUPRA, señaladas.

## 2.-PRINCIPIOS ETICOS Y MORALES TRATANDOSE DE TRANSPLANTES DE ORGANOS Y TEJIDOS.

El Código Sanitario, la Ley General de Salud y su Reglamento, han puesto mucho cuidado en establecer cuales han de ser los fines de los trasplantes de órganos de seres humanos vivos que determinen su aceptación y legalidad. En efecto, la disposición del artículo 198 del Código Sanitario (2) establece una serie de condiciones y finalidades que deben cumplirse necesariamente para los trasplantes de órganos y tejidos, siendo entre otros los siguientes:

a).- Los trasplantes en seres humanos vivos, deberán ser con fines terapéuticos de investigación y educativos.

b).-Que el resultado de la investigación del trasplante haya sido satisfactorio.

c).- Represente un riesgo aceptable para la salud y la vida de quienes den y reciban.

d).- Que existan elevadas probabilidades de éxito terapéutico.(3).

De acuerdo con estas disposiciones legales si el trasplante de órganos y tejidos, no tiene esa finalidad curativa o de investigación, sino estética, vanidosa y fatua, estarán en contravención a los principios de la ética médica. En efecto la ética médica exige también que el trasplante en seres

humanos vivos, se lleve a cabo con fines curativos, no para satisfacer deseos que respondan a otra motivación distinta a la señalada por la ley de tal manera que si un galeno se presta para hacer ese tipo de trasplantes, estaría comprometiéndose muy seriamente su integridad moral pues de hecho, en no pocas ocasiones el médico sin escrúpulos, se presta para efectuar ciertas operaciones que van en franca pugna no sólo frente a los principios de ética médica sino en contra de las expresas disposiciones legales, incurriendo en graves actos delictuosos, que muchas de las veces quedan impunes.

### 3.-ANALISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTOS DE DISPOSICION DE ORGANOS TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS PARA EL TRASPLANTE.

a).- Desde luego se trata de un acto esencialmente gratuito, en efecto la legislación al respecto, establece una prohibición absoluta para comerciar ya con los órganos, tejidos o cadáveres de seres humanos, ya sean vivos o muertos, y en tales circunstancias el acto de disposición que tuviera como finalidad o simplemente hubiese de por medio una cantidad u una promesa o cualquier otra circunstancia parecida, sería un acto inexistente en materia de obligaciones pero constituti-

vo de hechos delictuosos en atención a la fracción segunda del artículo 500 del Código Sanitario. a).- Este carácter gratuito del acto de disposición se depende del artículo 21 del Reglamento de la Ley General de Salud y se sanciona - por el ya señalado artículo 500 fracción II del Código Sanitario que impone de seis meses a cinco años de prisión al -- que comercie con órganos o tejidos del ser humano vivo con el cadaver o sus partes. b).- Es un acto formal, pues el ---- artículo 16 fracción quinta del reglamento de la Ley General de Salud, exige que el consentimiento sea expreso por escrito, de lo contrario no es posible tramitar su autorización. Pudiendo ser público o privado dicho escrito que contiene la voluntad del sujeto disponente; es decir, se trata de un acto que puede ser celebrado ante notario o frente a dos testigos idóneos. A este respecto pueden también señalarse las disposiciones de los artículos 22, 27, 35 del Reglamento de la Ley General de Salud, así como los artículos 302, 303, 321, 500 del Código Sanitario. c).- Es un acto revocable y libre e inclusive válido para después de la muerte. En efecto, el artículo 202 del Código Sanitario, establece que para efectuar la toma de órganos y tejidos, se requiere que el -- consentimiento que dé el disponente originario se encuentre libre de toda coacción, el cual podrá revocarlo en cualquier tiempo, sin responsabilidad de su parte, siendo válido inclusive para después de su muerte, pues puede disponer de sus - órganos y cadaver por medio de testamento.

De acuerdo con todos estos elementos podemos dar un ensayo - de definición del acto que estudiamos, diciendo que " ES UN ACTO FORMAL ESENCIALMENTE GRATUITO Y LIBRE POR LO CUAL SE -- DISPONE EN VIDA DE SUS ORGANOS Y TEJIDOS Y DE SU PROPIO CADA VER PARA DESPUES DE SU MUERTE, POR MEDIO DE TESTAMENTO, CON LAS LIMITACIONES QUE ESTABLECE LA LEY".

4.-La Ley General de Salud en su artículo 323, así como el código Sanitario en su artículo 201 y el reglamento de la Ley General de Salud artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 hablan de un sujeto originario y varios secundarios siendo el primero el que dispone del órgano como titular del derecho que tiene sobre su cuerpo y se llama por ese motivo sujeto disponente, los sujetos secundarios son los herederos en los grados de parentesco más cercano, que pueden disponer de órganos de cadáveres de que se trate, siempre y cuando no haya habido disposición en contrario por el sujeto origina-- rio en vida, por un testamento o por cualquier disposición de su última voluntad.

#### IV.- CODIGO DE TLAXCALA Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Este Código, promulgado en septiembre de 1976 y que entró a regir el veinte de noviembre del mismo año fué en nuestro

Derecho el primero en reglamentar los derechos de la personalidad, como reconocer la existencia del patrimonio moral.

El artículo clave es " 1402 y que a la letra dice: " EL DAÑO PUEDE SER TAMBIEN MORAL CUANDO EL HECHO ILICITO PERJUDICA A LOS COMPONENTES DEL PATRIMONIO MORAL DE LA VICTIMA."

Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral el afecto, el titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, la buena reputación y la integridad misma de la persona; se incluye el reconocimiento expreso del patrimonio moral y de sus diversos elementos.

asimismo tenemos que en el Código Civil del Distrito Federal en materia común y para toda la República Mexicana en materia Federal está incluido y reformado el artículo 1916 que nos habla del patrimonio moral; ya que anteriormente este precepto no contenía la reglamentación del Derecho Moral.

### C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- Los Derechos de la Personalidad, pueden denominarse propiamente, bienes personales y tienen la naturaleza de ser derechos subjetivos y como tales están protegidos por el orden jurídico positivo, Código Sanitario, Ley General de Salud y Reglamento.

SEGUNDA.- Estos Derechos Subjetivos de la Personalidad, son atributos de la persona como ser humano, considerando sus valores más característicos, atendiendo su propia naturaleza (persona humana, dignidad, libertad).

TERCERA.- De acuerdo a la nueva Legislación sobre los Derechos de la Personalidad, resulta que ahora no es la conducta humana el único objeto del derecho sino las mismas partes integrantes de la persona humana desde el momento que pueden disponer de esas partes que lo integran.

CUARTA.- Los derechos Subjetivos de la Personalidad, son absolutos, sólo en el sentido de que al ser tutelados por el orden jurídico, deben ser respetados ERGA--OMNES, pero no son ilimitados, ya que la norma jurídica prohíbe al sujeto la disposición, AD-LIBITUM, de sí mismo.

QUINTA.- La clasificación tradicional de los Derechos Subjetivos de carácter privado, deben modificarse, para quedar incluida en ella, los derechos subjetivos de la personalidad, enriqueciendo así los llamados INTUITO--PERSONAE.

SEXTA.- Los derechos subjetivos de la Personalidad de acuer-

do a la nueva legislación, deján de pertenecer al orden del Derecho Privado, para pasar a formar parte del contexto estricto del Derecho Público, atento a lo que dispone el artículo primero del Reglamento de la Ley General de Salud.

SEPTIMA.- Nuestra legislación recoge las ideas y tendencias humanistas al proteger, como valor de la persona su propia vida, ya que el sujeto no puede disponer de ciertos órganos de los cuales depende su propia existencia.

OCTAVA.- Por tanto, de lo dicho, la regla general establecida por nuestra legislación en materia de disposición de órganos y tejidos, para el transplante con fines terapéuticos, es en el sentido que sólo podrá aquel efectuarse cuando no sea posible por cualquier circunstancia, obtener órganos obtenidos de cadáveres.

NOVENA.- Los únicos fines que se pueden perseguir con los transplantes de seres humanos vivos, son los terapéuticos, de investigación y educativos, quedando fuera desde luego, los fines estéticos y de otra índole.

DECIMA.- En la disposición de órganos y tejidos de seres humanos vivos interfieren también los principios de la ética médica.

DECIMA PRIMERA.- La naturaleza jurídica del acto de disposición de órganos y tejidos de seres humanos vivos, es esencialmente gratuito, quedando estrictamente prohibido su comercio.

DECIMA SEGUNDA.- El acto de disposición de órganos y teji---



dos, es un acto esencialmente formal, revocable y libre.

DECIMA TERCERA.- Ensayando una definición del acto de disposición de órganos y tejidos de seres humanos vivos podemos terminar diciendo "Que es un acto formal esencialmente gratuito, revocable y libre, por el cual se dispone, en vida de sus órganos y tejidos y de su propio cadaver después de su muerte, por medio de testamento, con las limitaciones establecidas por la Ley.

CAPITULO PRIMERO

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

	Pág.
PROLOGO .....	1
I.- INTRODUCCION .....	1
II.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	4
A).- DERECHO ROMANO.....	5
B).- FILOSOFIA ESCOLASTICA.....	6
C).- TESIS EMANADA DE LA REVOLUCION FRANCESA.....	8
D).- LA TEORIA DEL IUS IN SE IPSUM.....	9
III.- TEORIA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD...	12
A).- DESARROLLO.....	12
B).- CRITICA A LA TEORIA.....	14
C).- CRITERIO QUE PROPONEMOS.....	18
a).- CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA.....	21
b).- CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.....	33

CAPITULO SEGUNDO  
DERECHOS DE LA PERSONALIDAD  
DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES

	Pág.
I.- PREAMBULO.....	67
II.- DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES DIVER-- SAS TEORIAS.....	67
III.- TESIS DE MORINEAU.....	74
IV.- LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	92

CAPITULO TERCERO  
CLASIFICACION Y CARACTERES DE  
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

	Pág.
I.- CLASIFICACION.....	109
II.- CARACTERES GENERALES DE LOS DERECHOS DE LA --- PERSONALIDAD.....	117
A).- SON DERECHOS ORIGINARIO O INATOS.....	117
B).- SON DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS.....	118
C).- SON DERECHOS PERSONALES O EXTRAPATRIMO--- NIALES.....	118
D).- SON DERECHOS INTRANSMISIBLES (INDISPONI- BLES).....	119
E).- SU LLAMADA NATURALEZA INTIMA EMINENTE--- MENTE INTERNA.....	119

CAPITULO CUARTO  
LOS DERECHOS DE LA PERSONA FÍSICA  
EN PARTICULAR

	PÁG.
I.- INTRODUCCION.....	122
II.- DERECHO AL NOMBRE.....	126
III.- DERECHO AL HONOR.....	
IV.- DERECHO A LA ESFERA SECRETA DE LA PROPIA --- PERSONA.....	134
1.- DERECHO A LA IMAGEN.....	145
2.- DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA.....	149
V.- EL DERECHO DE AUTOR EN SUS MANIFESTACIONES -- EXTRAPATRIMONIALES.....	150
VI.- EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA.....	152
1.- LA TUTELA DE LA INTEGRIDAD FISICA.....	152
2.- EL TRANSPLANTE DE ORGANOS.....	159

CAPITULO QUINTO  
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD  
ESTUDIO E INTERPRETACION DE NUESTRA  
LEGISLACION RESPECTO AL TRANSPLANTE  
DE ORGANOS Y TEJIDOS.

	Pág.
I.- ESTUDIO E INTERPRETACION DE NUESTRA LEGISLACION RESPECTO AL TRANSPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS...	171
II.- PRINCIPIOS ETICOS Y MORALES TRATANDOSE DE ----- TRANSPLANTES DE ORGANOS Y TEJIDOS.....	174
III - ANALISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO - DE DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVE-- RES DE SERES HUMANOS PARA EL TRANSPLANTE.....	175
IV.- CODIGO DE TLAXCALA.....	177
V.- CONCLUSIONES.....	179

## M O N O G R A F I A S

INFORME: Dirigido al Licenciado Onésimo Cepeda Villarreal, Presidente del Consejo Directivo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, por el Licenciado Licio Lagos, quien presidió una comisión integrada por los licenciados Manuel Palavicini, Javier Creixell del Moral y Benjamín Flores Barroeta, con el objetivo de estudiar los problemas jurídicos que suscitan los trasplantes de órganos humanos.

## L E G I S L A C I O N

### I. - LEGISLACION MEXICANA.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, Año 1932.

Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Año 1932.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, Año 1934.

Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, Año 1982.

Código de Salud de los Estados Unidos Mexicanos, Año 1985.

Reglamento del Código de Salud de los Estados Unidos Mexicanos, Año 1985.

## J U R I S P R U D E N C I A

ACTAS DEL REGISTRO CIVIL.-- Vide amparo directo 4937/1953/1a. María Benita Octaviana Reyes.-- 6 de julio de 1955.-- 5 votos.

- II Edit. Antigua Librería Robredo- Décima Segunda Edición.- México 1963. Pág. 67.
- 36.- ob. cit. pág. 75.
- 37.- PETIT Eugene- tratado elemental del Derecho Romano. Edit. Edinal S. DE R.L. Novena Edición.- México 1961. PÁG. 165.
- 38.- ob. cit. pág. 170.
- 39.- MARGADANT F. Guillermo- El Derecho Privado Romano. Edit. Esfinge S.A. Décima Edición.- México 1969 Pág. 163.
- 40.- DIEZ DIAZ Joaquín-Derechos de la personalidad o bienes de la persona- Revista General de Legislación y Jurisprudencia.- Edit. Bosch Tercera Edición.- Madrid España 1963. Pág. 5 y sig.
- 41.- ob. cit. pág. 6.
- 42.- ob. cit. pág. 6.
- 43.- ob. cit. pág. 7.
- 44.- ob. cit. pág. 8.
- 45.- ob. cit. pág. 9.
- 46.- ob. cit. pág. 9.



- 1.-CASTAN T.José---Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo XXIV Año C. Edit. Reus Sexta Edición.- Madrid -- 1953 Pág. 5 y sig.
- 2.- ob. cit. pág. 5 y sig.
- 3.- ob. cit. pág. 20.
- 4.- ob. cit. pág. 21.
- 5.- MESSINEO Francisco--Manual de Derecho Civil y Comercial TOMO III Edit. E.J.E.A. Sexta Edición.- Buenos Aires. 1954. Pág. 3 y sig.
- 6.- CASTAN T. José - Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo XXIV. Año C. Edit. Reus Sexta Edición - Madrid 1953 Pág. 20 y sig.
- 7.- DIEZ DIAZ Joaquín--Derechos de la Personalidad o Bienes de la persona, Revista de Legislación y de Jurisprudencia Año CXI- Edit. Boch Tercera Edición.- Madrid España. Pág. 54 y sig.
- 8.- ob. cit. pág. 55 y sig.

- 1.- CASTAN T. José - Los Derechos de la personalidad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo XXIV Año C. Editorial Reus Sexta Edición Madrid 1953. Pág.65.
- 2.- ob. cit. pág. 54.
- 3.- ob. cit. pág. 57.
- 4.- ob. cit. pág. 59.
- 5.- MESSINEO FRANCISCO - Manual de Derecho Civil y Comercial - Tomo III Edit. E.J.E.A. Sexta Edición.- Buenos Aires 1954 pág.5.
- 6.- MARGADANT GUILLERMO - DERECHO ROMANO Edit. ESFINGE S.A. Décima Edición.- México 1960 pág.427-8.
- 7.- DE CASTRO Y BRAVO FEDERICO- de Los llamados Derechos de la Personalidad, Anuario de Derecho Civil - Tomo XII, Edit. Reus Décima Tercera Edición.- Madrid 1958 pág.1237 y Sig.
- 8.- ob. cit. pág. 1238.
- 9.- ob. cit. pág. 1239.
- 10.- ob. cit. pág. 54.
- 11.- ob. cit. pág. 1237 Y Sigs.
- 12.- ob. cit. pág.1237.
- 13.- ob. cit. pág.1237.
- 14.- ob. cit. pág.1238.
- 15.- ob. cit. pág.1239.
- 16.- ob. cit. pág.1237.
- 17.- ob. cit. pág.
- 18.- DIEZ DIAZ JOAQUIN - Derechos de la Personalidad o ----- Bienes de la Persona - Revista General de Legislación y Jurisprudencia año CVI Edit. Boch Tercera Edición.- Madrid España No. 6 junio de 1963 pág. 1256.
- 19.- DEL VECCHIO GIORGIO Y RECASENS, S. Luis---Filosofía del Derecho, Tomo I Edit. U.T.H.E.A. Primera Edición.- México, 1946.- pág. 365.
- 20.- ob. cit. pág.365.
- 21.- GARCIA M. EDUARDO.- Introducción al Estudio del Derecho Edit. Porrúa, Trigésima Edición.- México, 1961 pág.273.
- 22.- ob. cit. pág.352.
- 23.- BARROSO F. JOSE.- Del Concepto de Persona Jurídica.- Revista de la Facultad de Derecho.- México Tomo XV Edit. U.N.-A.M. Sexta Edición.- México 1985.- pág.821.
- 24.- ob. cit. pág. 823.
- 25.- ob. cit. pág. 369.
- 26.- ob. cit. pág. 824.
- 27.- ob. cit. pág. 187.
- 28.- ob. cit. pág. 825.
- 29.- ob. cit. pág. 825.
- 30.- ob. cit. pág. 829.
- 31.- ob. cit. pág. 829.
- 32.- ob. cit. pág. 829.
- 33.- ob. cit. pág. 294.
- 34.- ob. cit. pág. 276.

- 35.- ob. cit. pág. 276.
- 36.- ob. cit. pág. 857.
- 37.- ob. cit. pág. 835.
- 38.- ob. cit. pág. 378.
- 39.- ob. cit. pág. 380.
- 40.- ob. cit. pág. 835.
- 41.- ob. cit. pág. 192.
- 42.- ob. cit. pág. 194.
- 43.- ob. cit. pág. 194.
- 44.- ob. cit. pág. 194.
- 45.- ob. cit. pág. 197.
- 46.- ob. cit. pág. 331.
- 47.- ob. cit. pág. 336.
- 48.- ob. cit. pág. 340.
- 49.- ob. cit. pág. 340.
- 50.- ob. cit. pág. 343.
- 51.- MORINEAU OSCAR.- El Estudio del Derecho Edit. Porrúa, Tercera Edición.- México 1958 pág. 116 y sig.
- 52.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Compendio de Derecho Civil Tomo III Edit. Antigua Librería de Robredo.- Décima Segunda Edición.- México 1963 pág.46.
- 53.- ob. cit. pág. 46.

- 1.- CARBONNIER, Jean --- Derecho Civil, Tomo I Vol. 1 Edit. Boch. Décima Edición.- Barcelona 1960, Pág. 217.
- 2.- ob. cit. pag.217.
- 3.- COVIELLO Nicolás.- Doctrina General del Derecho Civil, Edit. U.T.H.E.A. Septima Edición.- México 1938 P'ag. 186.
- 4.- ROJINA V. Rafaél---Compendio de Derecho Civil, tomo I, Edit. Antigua Librería de Robredo.- Décima Segunda Edición.- México 1963. Pág. 196.
- 5.- ob. cit. pag. 197.
- 7.- MESSINEO, Francisco-Manual de Derecho Civil y Comercio Tomo III Edit. E.J.E.A. Sexta Edición.- Buenos Aires 1954 -- Pág. 9.
- 8.- AGUILAR G. ANTONIO, Bases para un anteproyecto del Código Civil, Uniforme para toda la república parte general, Derechos de la personalidad, Derecho de Familia.- Edit. U.N.-A.M. México 1967 Pág. 25.
- 9.- ob. cit. pag. 25.
- 10.- CASTAN T. José---Los Derechos de la personalidad---Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo XXIV.- Año C. Editorial Reus Sexta Edición.- Madrid 1953.- Pág. 65.
- 11.- ob. cit. pag. 68.
- 12.- ob. cit. pag. 69.
- 13.- ob. cit. pag. 70.
- 14.- ob. cit. pag. 70.
- 15.- ob. cit. pag. 71.
- 16.- ob. cit. pag. 7 -17.- ob. cit. pag. 71.
- 18.- ob. cit. pag. 75.
- 19.- MESSINEO, Francisco-Manual de Derecho Civil y Comer---cial Tomo III, Edit. E.J.E.A. Sexta Edición.- Buenos Aires. 1954. Pág. 20.
- 20.- ob. cit. pag. 20.
- 21.- AGUILAR G. ANTONIO.- Bases para un anteproyecto de código civil uniforme para toda la república parte general, Derechos de la personalidad, Derecho Familiar.- Edit. U.N.A.M. México 1967.- Pág. 63.
- 22.- CASTAN TOBENAS JOSE.- Los Derechos de la personalidad Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo XXIV Año C. Edit. Reus Sexta Edición.- Madrid 1953 pag. 75.
- 23.- ob. Cit. Pag. 75.
- 24.- MESSINEO, FRANCISCO.- Manual de Derecho Civil Comer---cial Tomo III Edit. E.J.E.A. Sexta Edición.- Buenos Aires 1954 pag. 20.
- 25.- ob. cit. pag. 20.
- 26.- ob. cit. pag. 22.
- 27.- ob. cit. pag. 17.
- 28.- ob. cit. pag. 17.
- 29.- ob. cit. pag. 17.

- 1.- ROJINA VILLEGAS Rafael.- Compendio de Derecho Civil Tomo II Edit. antigua librería Robredo. Décima Segunda Edición.- México 1963 PÁG. 20.
- 2.- ob. cit. pág. 21.
- 3.- GARCIA MAYNES Eduardo.- Introducción al estudio del Derecho Edit. Porrúa Trigésima Edición.- México 1961 PÁG. 206.
- 4.- ROJINA VILLEGAS.- Rafael.-Compendio de Derecho Civil Tomo II Edit. Antigua librería Robredo, Décimo Segunda Edición.- México 1963. Pág. 25.
- 5.- ob. cit. pág. 25.
- 6.- ob. cit. pág. 207.
- 7.- ob. cit. pág. 34.
- 8.- ob. cit. pág. 34.
- 9.- GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho Edit. Porrúa Trigésima Edición.- México 1961. Pág. 213.
- 10.- ob. cit. pág. 214.
- 11.- ob. cit. pág. 214.
- 12.- ROJINA VILLEGAS Rafael.-Compendio de Derecho Civil Tomo II Edit. Antigua librería Robredo, Décima segunda Edición.- México. 1963, Pág. 35.
- 13.- ob. cit. pág. 9.
- 14.- MORINEAU, Oscar. El Estudio del Derecho Edit. Porrúa -- Tercera Edición.- México 1953. Pág. 279.
- 15.- ob. cit. pág. 279.
- 16.- ob. cit. pág. 282.
- 17.- ob. cit. pág. 283.
- 18.- ob. cit. pág. 303.
- 19.- ob. cit. pág. 304.
- 20.- ob. cit. pág. 294.
- 21.- ob. cit. pág. 293.
- 22.- ob. cit. pág. 292.
- 23.- ob. cit. pág. 292.
- 24.- ob. cit. pág. 292.
- 25.- ob. cit. pág. 292.
- 26.- ob. cit. pág. 299.
- 27.- ob. cit. pág. 302.
- 28.- ob. cit. pág. 12.
- 29.- ob. cit. pág. 11.
- 30.- GARCIA MAYNEZ Eduardo.-Introducción al Estudio del Derecho Edit. Porrúa Trigésima Edición.- México 1961 Pág. 214.
- 31.- MORINEAU Oscar-El estudio del Derecho- Edit. Porrúa, Tercera Edición.- México 1953. Pág. 330.
- 32.- ob. cit. pág. 330.
- 33.- ob. cit. pág. 336.
- 34.- ob. cit. pág. 342.
- 35.- ROJINA VILLEGAS Rafael-Compendio de Derecho Civil, Tomo

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

- AGUILAR, G. Antonio--Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para toda la República-- Parte General de Derechos de la Personalidad, Derecho de Familia.- Edit. U.N.-A.M. México 1967.
- BARROSO, F. José-- Del concepto de Persona Jurídica-- Revista de la facultad de Derecho de México-- Tomo XV. Edit. U.N.-A.M. Sexta Edición México 1965.
- BORJA, S. Manuel--Teoría General de las Obligaciones--Edit Porrúa S.A. -- Quinta Edición.- México 1953.
- CARBONNIER, Jean -- Derecho Civil--Tomo I Vol. I, Edit. ----- Bosch. Décima Edición.- Barcelona 1960.
- CASTAN, T. José--Revista General de Legislación y Jurisprudencia-- Tomo XXIV.- Año C. Editorial Reus. Sexta Edición.- Madrid 1953.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de.--Anuario de Derecho Civil-- Tomo XII. Editorial Reus Décimo Tercera Edición.- Madrid 1953.
- COVIELLO, Nicolás-- Doctrina General del Derecho Civil Edit. U.T.H.E.A.-- Séptima Edición.- México 1938.
- DEL VECCHIO, Giorgio y RECANSES, S. Luis-- Filosofía del Derecho-- Tomo I Edit. U.T.H.E.A.-- Primera Edición.- México 1946.
- DIEZ DIAZ Joaquín-- Derechos de la Personalidad o bienes de la persona-- Revista General de Legislación y Jurisprudencia-- Año CXI. Editorial Bosch Tercera Edición.- Madrid España.- 1963.
- GARCIA M. Eduardo--- Introducción al Estudio del Derecho-- Edit. Porrúa-- Trigésima Edición.- México 1961.
- MARGADANT, Guillermo-- Derecho Romano---Edit. ESFINGE ----- S. A.-- Décima Edición.- México 1960.
- MESSINEO, Francisco-- Manual de Derecho Civil y Comercial--- Tomo III --- Edit. E.J.E.A.-- Sexta Edición.- Buenos Aires 1954.
- MORINEAU, Oscar,---Estudio del Derecho--- Edit. Porrúa--- -- Tercera Edición.- México 1953.
- PETIT, Eugene ---Tratado Elemental de Derecho Romano---Edit. EDINAL, S. DE R.L.--- Novena Edición.- México 1961.
- ROJINA V. Rafael --- Compendio de Derecho Civil---Tomo ----- II---Edit. Antigua Librería Robredo--- Décima Segunda Edición.- México 1963.