



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**
FACULTAD DE DERECHO
Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309



**"LA CONGELACIÓN DE EMBRIONES COMO VIOLACIÓN AL
DERECHO NATURAL DE LA VIDA"**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

RAFAEL MURILLO MARTÍNEZ

Asesor: Lic. Héctor Gustavo Ramírez Valdez

Celaya, Guanajuato

Febrero 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 Miriam mi compañera, amiga y esposa,
con todo mi amor incondicional.**

**A los grandes tesoros de mi vida, mis hijos
Rafael Salomón y Erick Andrés.**

**Mis padres Micaela y Arturo pilares de mi formación,
con todo mi respeto y amor.**

**Jorge Arturo, Rosa Isela, Manuel, Verónica y Marisol,
mis hermanos sinónimo de apoyo incondicional
en el esfuerzo de este logro.**

**En memoria a mi abuelita María,
profesora ejemplo de esfuerzo,
trabajo y amor a su profesión,
a quien Dios la tenga en su santa gloria.**

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO EL DERECHO NATURAL

1.1	Diferentes Tendencias del Derecho. ¿Qué es el Derecho?	1
1.2	Concepciones del Derecho Natural	3
1.3	Evolución Histórica del Derecho Natural	6
1.3.1	El Derecho Natural en Grecia	6
1.3.2	El Derecho Natural en Roma	8
1.3.3	El Derecho Natural Cristiano	8
1.4	La Escuela Clásica del Derecho Natural	10
1.4.1	Características de la Escuela Clásica del Derecho Natural	12
1.5	Tendencias Modernas del Derecho Natural	13
1.5.1	La Estimativa Jurídica	15
1.5.2	El Derecho Natural Neotomista	16
1.6	Las Normas	19

CAPITULO SEGUNDO EL DERECHO POSITIVO

2.1	Concepto de Derecho Positivo	26
2.2	Concepto de Derecho Vigente	27
2.3	Concepto de Derecho Formalmente Válido	31
2.4	Derecho Positivo como Disciplina Teórica	31
2.5	Principales Escuelas del Derecho Positivo	32
2.5.1	Los Glosadores	32
2.5.2	Los Post- Glosadores	33
2.5.3	La Escuela Exegética	34
2.5.4	La Escuela Histórica	35
2.6	El Positivism Jurídico	36
2.6.1	Tipos de Positivism Jurídico	36
2.6.1.1	Positivism Formal	36
2.6.1.2	Positivism Real	36
2.7	Diferencias entre el Positivism Jurídico y el Derecho Natural	37

CAPITULO TERCERO FINES DEL DERECHO

3.1	La Justicia como Valor Jurídico por Excelencia	40
3.2	Clasificación de la Justicia	44
3.3	La justicia como Problema de la Justificación de la Conducta Humana	47
3.4	El Objeto de la Justicia	48
3.5	El Bien Común	49
3.6	La Seguridad Jurídica	53
3.7	Fines del Derecho como producto de la Interdependencia Social	56
3.8	Los Valores y el Derecho Natural	57
3.9	Jerarquía de los Valores	60
3.10	Naturaleza de los Valores	61
3.11	La Vida como Valor Supremo	62
3.11.1	Derechos Conexos a la Vida	63

CAPITULO CUARTO PERSONAS

4.1	Origen de la palabra Persona	67
4.2	Concepto Ético de la palabra Persona	67
4.3	Concepto Jurídico de Persona	71
4.4	Tipos de Personas desde el Punto de Vista Jurídico	72
4.4.1	Atributos de las Personas Físicas	73
4.5	Personas Jurídico Colectivas	83

CAPITULO QUINTO LA CONGELACIÓN DE EMBRIONES

5.1	Concepto	85
5.1.1	Congelación de algunas especies animales	87
5.2	Problemas Éticos relacionados con la Congelación de Embriones	87
5.3	Problemática de la Muerte del Embrión	90
5.4	La Congelación de Embriones en la Actualidad	97
5.5	Los llamados beneficios que pueden ser obtenidos mediante la Congelación de Embriones	99
5.6	La Congelación de Embriones y el Derecho Natural	100
5.7	La Congelación de Embriones y el Derecho Positivo	101

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

Dados los múltiples avances que la ciencia y la tecnología han sufrido en los últimos tiempos, resulta necesario adecuar los ordenamientos jurídicos a tales manifestaciones que, día a día devienen cambiantes y con innovaciones no esperadas.

La ciencia de la genética y la fecundación de embriones humanos no escapa a tales avances e investigaciones, máxime que estas cuestiones se han visto en la necesidad de buscar otras vías alternas artificiales para obtener resultados que, en la normalidad de la naturaleza muchas veces no pueden lograrse.

Así, la congelación de embriones, como una moderna técnica de fecundación artificial, ha planteado delicados problemas jurídicos y morales; entre éstos están emergiendo con urgencia dramática los relacionados con la crío-conservación de los embriones.

En la actualidad existen lagunas jurídicas en la regulación de algunas situaciones que son surgidas a causa de dichos avances tecnológicos, siendo una de ellas la congelación de embriones, cuya actividad no está regulada y tiene como finalidad la conservación de embriones por tiempo indeterminado, ya sea meses o hasta años en estado de congelación, en espera de poder transferirlos a una madre sustituta que llevará a término el embarazo por encargo de una pareja extraña, o bien, para dar tiempo de realizar exámenes genéticos sobre algunas células embrionarias, y poder así, transferir solamente "embriones de alta calidad",

eliminando los defectuosos, o, finalmente, para tener reservado un precioso material viviente, que pueda ser usado en experimentos o para otros fines instrumentales.

En la presente investigación, se desarrollará el precitado tema, a efecto de determinar si la congelación o crío- conservación de embriones, en determinados casos y dada la finalidad para la que se lleva tal actividad, representa una violación al derecho natural de la vida y, por ende, a nuestros ordenamientos jurídicos, para lo cual, se aborda el estudio del derecho natural, del derecho positivo, la justicia, la equidad, el bien común y la seguridad jurídica, como valores o fines del derecho; así también, se analiza la vida como valor supremo; las personas, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico; y, finalmente, el tema que nos ocupa: La Congelación de Embriones.

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO NATURAL

1.1 Diferentes Tendencias del Derecho. ¿Que es el Derecho?

Esta interrogante ha sido analizada de diversas maneras y en la actualidad fundamentalmente encontramos dos posiciones: IUS NATURALISTA, y otra más que se ha denominado POSITIVISTA DEL DERECHO, conformando a esta última dos vertientes que son la visión FORMALISTA DEL DERECHO y REALISTA O SOCIOLOGICA DEL DERECHO.

a).- IUS NATURALISTA.- Atiende a los valores.

b).- IUS POSITIVISTA:

Formalista.- Atiende a la forma de creación.

Realista.- Atiende a la eficacia.

Como lo podemos apreciar, son tres corrientes que estudian el derecho, sólo que desde diferentes ángulos y de esta manera tenemos: EL DERECHO COMO VALOR, EL DERECHO COMO FORMA Y EL DERECHO COMO EFICACIA.

En virtud de lo anterior diremos que el realismo se va al ejercicio, el formalismo a las facultades derivadas de la norma; y el Ius Naturalismo a los derechos por el sólo hecho de ser persona.

La visión Ius Naturalista esta orientada a los valores, y de esta manera el Ius naturalismo esta identificado como el llamado derecho justo; además de que es parte de la validez intrínseca. Por otro lado el positivismo parte de una validez extrínseca.

Para el maestro García Maynez, dentro de su teoría de los tres círculos establece lo que seria una concepción del Derecho Perfecto del DERECHO IDEAL, formado por la suma del Derecho Natural, derecho formal y derecho social o real, mismos que según el maestro pueden unirse, separarse y pueden coincidir con el derecho ideal, en donde las tres corrientes van unidas.

Ahora bien lo que le da sentido a lo que es el derecho es la cuestión valorativa del derecho natural, ya que el derecho es valor y si no hay valor sencillamente no hay derecho, por lo tanto se considera al valor como algo esencial.

Debemos de recordar que desde el punto de vista Ius Naturalista, el derecho tiene que perseguir valores, pero desde el punto de vista formal positivista, se diría que el derecho es un instrumento y que puede no perseguir ningún valor, como sucedió con el derecho creado por Adolfo Hitler, en el que se pretendía la eliminación de los Judíos para que prevaleciera la raza Aria como raza superior.

Como ya se dijo, actualmente existen y persisten las tres posiciones acerca del derecho, simultáneamente y ninguna esta superada y filosóficamente las tres posturas son correctas y las tres son aceptadas. Pero en si no encontramos todavía, una respuesta sobre el concepto general de lo que es el derecho, solamente podemos decir que el derecho es ese “algo” que es creado y aplicado por el hombre, para regular su vida en sociedad, y que es llamado derecho, lo mismo en Australia, que en Roma, Rusia, Indonesia, o en Estados Unidos de Norteamérica, es ese “algo” que llamamos derecho independiente del sistema que se aplique en ese lugar determinado y que varia de un país a otro, pero aun y a pesar de esa variación sigue siendo llamado como derecho.

Pero para poder tener una concepción mas clara de lo que es ese “algo” al que llamamos derecho tendremos que analizar las tres corrientes que antes citamos.

Dicho lo anterior procederemos al estudio de las características y cualidades por separado, de cada una de las corrientes citadas anteriormente:

1.2 Concepciones del Derecho Natural

El derecho natural ha sido producto de la reflexión de los mas grandes filósofos de la historia tales como Aristóteles, Platón, Pitágoras, Heraclio, Santo Tomas, Grocio, Hobbes, Rousseau, Kant, Stammler, que ha sido algunos de los mas destacados expositores, que vivieron y se desarrollaron en diferentes épocas, lo que dio lugar a las grandes diferencias entre sus doctrinas; el punto de

referencia para comprender la esencia del derecho natural es la siguientes reflexión:

El derecho natural hace alusión al derecho propio he inherente a la naturaleza humana, que no es creado deliberadamente por un órgano gubernamental a quien compete la normatividad jurídica para su validez. ¹

Existe la corriente que determina que el derecho natural no ha sido creación del hombre, sino que proviene de la ley divina, y además la corriente racionalista, que expresa que el derecho natural proviene de la razón misma del hombre, considerando que es un conjunto de principios relacionados con los valores y mas que nada con el valor de la justicia que es asequible a la razón humana. Por lo tanto podemos decir que el derecho natural es un conjunto de principios que tratan de proteger al hombre en su calidad de tal, así como en su dignidad de ser humano.

La corriente filosófica del derecho natural, así como la corriente filosófica del derecho positivo, son dos teorías que tratan de contestar la pregunta referente ¿qué es el derecho?, para tratar de responder esta pregunta surge el lus naturalismo y el lus positivismo del cual podemos decir que es un conjunto de normas jurídicas con vigencia y aplicación en un lugar y tiempo determinados, en tanto que el lus naturalismo es un conjunto de principios valederos en todo tiempo y en todo lugar; pero seria absurdo hablar de un Derecho Positivo o Ley Humana, que no necesite del Derecho Natural, ya que todo ordenamiento jurídico es

¹ ROJAS ARMANDI, VICTOR MANUEL .Filosofía del Derecho. 5ª ed. Ed. Harla, México 1991, p. 224.

siempre histórico y a la vez racional; histórico por que fue necesaria la unificación de personas con un fin común, lo que implica una técnica que tiene la finalidad, la creación, perfeccionamiento y efectividad de la norma para un lugar y tiempo determinado, y a la vez racional en cuanto a la adecuación de esa técnica empleada a los fines o criterios racionales, que rigen la vida social, la Ley Humana constituye la aplicación de los principios de derecho natural a una materia social concreta, entonces; el derecho es al mismo tiempo positivo y técnico, y natural o racional, ya que en el se conjugan una técnica positiva y unos fines racionales o sea que el derecho positivo debe contener los principios y valoraciones del derecho natural, para que así, el derecho pueda cumplir con sus fines de bienestar común teniendo siempre en cuenta la dignidad humana.²

No se trata simplemente como lo hacen los luspositivistas de considerar solamente derecho, al conjunto de normas provenientes del estado, sin que importe su contenido valorativo, pues para que el derecho sea tal, es necesario la integración del luspositivismo y lusnaturalismo.

Ahora bien, es necesario determinar de manera precisa las diferencias jurídicas entre ambos derechos, para poder así comprender su naturaleza y lograr una mayor comprensión de cada uno de ellos:

² PRECIADO HERNÁNDEZ, MANUEL. Lecciones de Filosofía del Derecho. 4ª ed. Ed. Trillas. México 1999, p. 243

El Derecho Natural.- Tiene como ideal lo que es justo; de la justicia de carácter universal y permanente, en todo lugar y en todo tiempo, haciéndolo aparece como el ideal de la justicia que es inspirada de otros derechos naturales, en otras palabras es lo que debe ser.

El Derecho Positivo.- Lo jurídico de éste radica en su carácter impositivo u obligatorio, en su carácter coactivo, esto es, la esencia del derecho positivo, creado por un órgano del Estado, para ser aplicado en un determinado lugar y momento, con una vigencia determinada.

1.3 Evolución Histórica del Derecho Natural.

1.3.1 El Derecho Natural en Grecia.

En la antigua Grecia las normas jurídicas estaban fundadas en cualidades generales y naturales de la especie humana, mismas que son de carácter permanente y de validez universal. Es pues esta parte del mundo, la cuna de pensadores que elevaron al máximo el pensamiento puro basado en la razón, mismos que me permitiré enlistar en forma descendente, tratando de hacer una breve síntesis de la obra de algunos de ellos.

PITÁGORAS.- A quien le corresponde el merito de haber creado el método especulativo de carácter deductivo, lo que dio origen al racionalismo, pensamiento que se desvinculo completamente de la realidad fenoménica y

atiende solamente al discernimiento del pensamiento. es precisamente aquí donde se hacia necesaria la existencia de un derecho superior a los hombres, de esencia unilateralmente racional que funcione como regulador de la acción social en cualquier sociedad, el derecho natural nació como una necesidad epistemología del racionalismo que se entrega al conocimiento del derecho.

HERACLIO.- Utilizando un método cognoscitivo basado en la intuición puramente especulativa, llega a la conclusión de que existe una ley natural que es común al todo, que lo domina todo, que es suficiente a todo y todo lo supera, que proviene de Dios, y que de ellas se nutren todas las leyes humanas.

SÓCRATES.- Habla de los juicios éticos, diciendo que son descubrimientos a los que se llega por una forma peculiar de visión comparable a la representación de las relaciones geométricas.

PLATÓN.- Creía en la existencia de una idea eterna de justicia y la describe como la armonía orgánica de una república en la que cada individuo y cada clase eran llamadas a ocupar el lugar que les estaba destinado y a desempeñar una función apropiada.

ARISTÓTELES.- Hizo una distinción entre la justicia natural y la convencional. La parte que es natural, decía, tiene la misma autoridad en todas partes y es independiente de la opinión. La que es convencional, es meramente

producto de una situación particular, un mero pronunciamiento de un cuerpo legislativo que podría haber tomado ésta o la otra dirección.

Otra figura importante esta representada por *ZENÓN*, fundador de la filosofía de los estoicos quienes tenían como base de su concepción a la razón, como principio constitutivo del universo y del derecho, manifestando que si el individuo sigue estos postulados de la razón alcanza su propia naturaleza y se alcanza la concepción de un derecho de esencia racional, intrínsecamente valido debido a este principio de racionalidad lo que constituye un derecho natural absoluto.

1.3.2 El Derecho Natural en Roma

CICERÓN, adepto a la doctrina estóica expresa: “El verdadero derecho es la recta razón conforme a la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y le aleja del mal mediante sus prohibiciones”.

1.3.3 El Derecho Natural Cristiano

Para los padres de la iglesia el derecho natural absoluto significaba “el derecho ideal que hubiera seguido imperando de no haberse viciado la naturaleza humana pura con el pecado original”.

El Derecho natural lo heredo la filosofía cristiana de los estoicos y de los juristas romanos, mismo que fue organizado conforme a los dogmas de la iglesia cristiana, vinculando siempre este derecho con la imagen divina, que eran mucho mas superiores a cualquier norma de derecho positivo que haya sido creada por el hombre.

SAN AGUSTÍN.- Consideró en forma análoga que el gobierno, el derecho, la propiedad y la civilización todos son productos del pecado y que la iglesia como guardián de la ley eterna de dios, puede interferir cuando lo juzgue oportuno ya que tiene una soberanía incondicionada sobre el Estado. Señala que si el derecho positivo contiene disposiciones claramente contrarias a la ley de Dios, esas normas no tienen vigencia y no deben ser obedecidas.

El máximo exponente de esta época fue SANTO TOMÁS DE AQUINO, quien atribuyo a la razón como expresión máxima del creador, y que este había creado a todos los seres vivos que tienen un fin determinado y para lo cual había creado una Ley Universal.

Santo Tomás, divide a las Leyes en cuatro categorías a decir:

1.- NATURALES: Son aquellas que existen independientemente de la voluntad del hombre, y que son creadas por la voluntad divina.

2.- HUMANAS: Son aquellas que existen como producto de la voluntad del hombre.

3.- ETERNA: Es la que es creada por Dios, y son creadas para poder gobernar el Universo.

4.- DIVINA: Es la revelada por Dios, por medio de las Sagradas Escrituras, y esta recogida por el antiguo y nuevo Testamento.

Según Santo Tomás el precepto básico del derecho natural es que “debe hacerse el bien y evitarse el mal”. Esta época y con este sistema Tomista es evidente que la característica y fundamento de ella es la razón, y esta es la prueba de que el hombre participa de la naturaleza divina.

1.4 La Escuela Clásica del Derecho Natural.

En contra de los criterios anteriores sustentados por la iglesia se levanta el protestantismo en el siglo XVI, sosteniendo que todo el mundo tiene acceso inmediato ante Dios y no necesita de la mediación de un sacerdote.

Así, el derecho natural se transforma en su contenido, pues elimina toda relación con el concepto divino de Dios, y se fundamenta en el principio de la razón.

De entre los autores mas representativos de este pensamiento, citaremos al mas representativo de esta corriente mismo que se adapta mas al contenido del presente estudio, refiriéndonos a *HUGO GROCI*O, quien define el derecho natural como “un dictado de la recta razón que indica que un acto sea o

no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza moral.

Así también, podemos mencionar a TOMAS HOBBS quien consideraba al hombre egoísta y malvado y asegura que, “el derecho natural es el dictado de la recta razón que hay en nosotros acerca de aquellas cosas que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros”.

Por otra parte, SPINOZA señala que “Todo individuo tiene un derecho soberano a todo lo que está en su poder, o bien, que el derecho de cada uno se extiende hasta donde llega el poder determinado que le pertenece”.

PUFENDORF, entiende al derecho natural con la siguiente fórmula: “Que cada uno trate celosamente de preservarse a sí mismo en forma que no perturbe la sociedad de los demás hombres”.

WOLFF, enseña que el más alto deber de los seres humanos es aspirar a la perfección, base de la justicia y del derecho natural.³

JOHN LOCKE, reconoce una garantía última del derecho natural: “Todo el pueblo puede desplazar a su legislativo e incluso resistir al gobierno, en caso de quebrantamiento flagrante, si el gobierno ha invadido injustamente la propiedad de los súbditos o se ha hecho dueño arbitrario de las vidas y libertades del pueblo”.

³ TORRES GÓMEZ, ANTONIO. Introducción al Estudio del Derecho. 3ª ed. Ed. Universidad de Guanajuato. Guanajuato, México, 2000 P. 75-79.

MONTESQUIEU.- Este creador de la división del poder concretamente expresa: “el derecho natural consiste meramente en los instintos naturales de la humanidad que todo derecho positivo debe tomar en cuenta”. Menciona el instinto de propia conservación, el sexual y el impulso gregario.

ROUSSEAU.- Relaciona estrechamente al derecho natural con la igualdad de la cual manifiesta que: “No ha de entenderse por igualdad que los grados de poder y riqueza sean absolutamente los mismos para todos, sino que el poder esté por encima de toda violencia y no se ejerza nunca más que en virtud del rango y las leyes; en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y ninguno tan pobre que se vea precisado o venderse”

KANT, definía al derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad”⁴

1.4.1 Características de la Escuela Clásica del Derecho Natural.

Aunque en nuestros días la escuela clásica del derecho natural pueda parecer irreal o poco científica, es en si misma la base para dar respuesta a preguntas como; ¿Por qué el Estado, se preocupa por los derechos humanos?., ó ¿Por qué el Estado, tiene un constitución?., ó también ¿ Por qué casi todo Estado, se ostenta como Democrático?., la respuesta a estas preguntas se

⁴ IBIDEM P. 80-81.

encuentra precisamente en la escuela clásica del derecho natural. Ahora bien haciendo alusión a los aspectos estructurales mas importantes de la escuela clásica podemos citar:

1.- Que la razón es la forma unilateral la base de todos los fenómenos sociales, con independencia del testimonio de los sentidos.

2.- El iusnaturalismo es el antecedente intelectual mas importante del estado de derecho, ya que no se puede separar al derecho de las relaciones políticas y de las estructuras del poder social.

3.- Considera al hombre y lo caracteriza como esencialmente y unilateralmente racional, atribuyéndole a este el nacimiento y surgimiento de la sociedad, que es el producto de la decisión de los individuos en este sentido.

4.- Sirvió para que la humanidad tomara conciencia de la libertad y de la necesidad de defenderla.

1.5 Tendencias Modernas del Derecho Natural.

Desde mediados del siglo XIX hasta principios del siglo XX, la teoría del Derecho Natural sufrió un eclipse prolongado desplazado por el historicismo y el positivismo jurídico.

Sin embargo a principios del XX, hubo una resurrección de lo que el derecho natural, ya que el socialismo dejaba a la ciencia jurídica incapaz de

combatir sin que se recurriera a la filosofía con lo cual renaciera el derecho natural, el que adquirió nuevas características acordes con las necesidades del mundo moderno.

Las consecuencias sociales de la revolución industrial y del sistema capitalista durante casi siglo y medio, habían provocado que ya no se toleraría a un derecho natural en el cual el individuo fuera considerado como un ser aislado, con independencia de una sociedad que lo esclavizaba, por que las nuevas tendencias del derecho natural, fueron adicionadas con el contenido social que haría frente al marxismo, son dos las tendencias importantes dentro del moderno derecho natural; el Neokantismo o Estimativa Jurídica y el Neotomismos. Pero para ahondar Guerra Mundial, en donde Adolfo Hitler, pretendía exterminar a la raza Judía, para que prevaleciera la raza Aria, como un artaza superior a las demás, para lo que estableció un derecho que era creado de acuerdo con una constitución, y mismo que era aplicado, era un derecho positivo formalmente valido y realmente valido por que se aplicaba, pero estera un derecho injusto, ya que, no era posible que se creara un derecho que tuviera como finalidad la destrucción de una raza, la destrucción de la vida humana, siendo que la finalidad del derecho esta orientada a la búsqueda del bien común de la colectividad, todo lo anterior logro que nuevamente se volteara la vista a lo que son los valores y por consiguiente al derecho natural.

1.5.1 La Estimativa Jurídica.

Para Kant, Filósofo Prusiano, las ideas se transmiten mediante símbolos, los que existen como elementos generalizadores del entendimiento de la naturaleza de los objetos sensibles, pero esto no quiere decir que los rasgos sensibles que acompañan al objeto lo deban acompañar en el futuro, ya que el elemento simbólico expresa un conjunto de cualidades que caracterizan a un objeto y estos son llamados juicios sintéticos, que adquieren un carácter universal y necesario que requiere ser confirmado por la experiencia o sea, son a priori, por que expresan en si mismos la propiedad del objeto, su esencia, con independencia de la realidad empírica. La esencia de los objetos sensibles, no se encuentra en la realidad, en plantas, animales, sociedades o en el derecho, sino en las acciones sintéticas del intelecto, que reúne diversas ideas en un solo acto del conocimiento.⁵

Ahora bien, se entiende por estimativa jurídica, la construcción de un criterio valorativo del derecho positivo, basándose en ordenamientos jurídicos históricamente dados, este criterio valorativo es una forma meramente sensible con valores en si y a través de la cual el intelecto juzga los ordenamientos positivos, al compararlo con sus respectivos valores ideales, estos criterios valorativos son una necesidad ética del pensamiento, partes necesarias y

⁵ ROJAS Op. Cit. (1) p. 249

universales inherentes al intelecto que establece las condiciones óptimas de concreción y funcionamiento de los sistemas jurídicos positivos. Por lo que podemos concluir que la estimativa jurídica depende de la especial configuración de la razón tendiente a la valoración que sea válida para todo tiempo y lugar.

1.5.2 El Derecho Natural Neotomista.

Esta corriente surge en Francia y a diferencia de otras, no se basa en las concepciones del derecho natural clásico o en alguno de sus autores, sino en las doctrinas del derecho natural cristiano, de Sto. Tomás de Aquino, cuyas principales características son las siguientes:

1.- El Derecho Natural esta constituido por normas que se derivan de la naturaleza racional del hombre y en última instancia de la naturaleza de las cosas.

2.- Los principios del derecho natural son reglas externas de validez absoluta, cuyo contenido no es variable.⁶

3.- El Derecho Natural ha de considerarse no solo compatible con el positivo sino auto implicativo, en cuanto a éste constituye el medio para la aplicación y precisión de dichos principios generales.

⁶ Preciado Hernández Rafael. "Lecciones de Filosofía del Derecho". UNAM, México 1986, p. 239.

4.- Para el Neotomismo, la Ley positiva que no este de acuerdo con los principios del derecho natural, debe ser considera y sin carácter vinculante para los hombres.

De lo anterior se resume que los Neotomistas concebían como principio fundamental y general del derecho natural a la razón y lo vinculaban con la concepción divina de Dios, de la que habla Santo Tomas de Aquino.

Ahora bien, ahondando en lo que son los valores, podemos decir; que los valores no son elementos dados en la realidad, no son ingredientes reales de ella, por consiguiente no son conocidos en la experiencia de las cosas por percepción de los sentidos, sino por el contrario son obtenidos a través de la intuición cuando captamos la idea o la esencia del objeto; estamos captando su valor, y como el valor el valor es algo es relativos al ser y por lo mismo, no es comprensible y razonable que se separe el valor del ser y seria incomprensible e irrazonable ser sin valor y un valor sin ser.

Lo que puede ocurrir es que el valor tenga lo que llamamos un aspecto negativo, esto es, que así como existen valores positivos también así existen aspectos negativos, o sea, que van a existir valores positivos y valores negativos como son: la justicia y la injusticia, la verdad y la falsedad, el bien y el mal, la vida y la muerte, etc. y las cosas que se les da un valor positivo les llamamos bienes; y aquellas en que reside un valor negativo las llamamos males.

También existe jerarquía o rango entre los valores, esto es que cada valor independientemente de ser valor, es mas valioso que otros valores o es mas

valor o menos valor que otros, por ejemplo, la vida como valor supremo o la bondad divina, comparándolas con la riqueza o la pobreza, una tiene mas valor que otras. Es suma, el percatarnos de que la belleza, el bien, la moral, la justicia, como objetos valiosos, consiste en captar, o sea de que coincida con la idea que tenemos de valor, o como males, tiene que hacer una estimación, independientemente de la percepción de la realidad, que muestre si posee un valor o un desvalor. Pero el hecho de que concibamos algo como valioso no quiere que exista en la realidad, además ya que idealmente quiere ser plasmados en la realidad, y las realidades solo cuando presentan valores, son una realidad justificada. He aquí la importancia de que los valores puedan interrumpir en el mundo de la realidad. Ya que así mismo los valores que se refieren a una determinada realidad y no son cumplidos o encarnados en ella; suceda que esa realidad sin dejar de ser realidad, aparece como no justificada. Parar concluir terminare diciendo que los valores o el valor es un ente ideológico en intima con el ser, y que además se concibe a través de un juicio de valor y que tiene como característica el hecho de que son universales, generales, temporales y que pueden interrumpir en la realidad, y también que se encuentran interrelacionados unos valores con otros, y sus respectivos soportes en los que encarnan. Hay valores como los morales que solo pueden darse en las personas realmente existentes y no en las cosas; y los valores jurídicos solo pueden darse en la colectividad; y otros como los de utilidad solo se dan en las cosas y en los procesos; otros como los vitales referentes a la salud, vigor, destreza, etc., solo se dan en los seres vivos, y así podemos decir que el valor realizado en una cosa, no

es nada mas que la virtud de comparar la cualidad relativa de esa cosa, con la idea del valor. Se repite por ultimo, que no debe caerse en el equívoco de pensar que además de las cosas que valen, existen los valores en sí; no, los valores son relaciones que en la conceptualización pueden definirse, pero en la realidad solo tienen sentido en relación con las cosas que valen. ⁷

1.6 Las Normas.

Para tratar este imprescindible tema, resulta necesario establecer la diferencia entre ley natural y normas de conducta, por lo que, el derecho, es un producto humano, un producto cultural que se expresa como un conjunto de normas, pero es muy diferente a las leyes de la naturaleza. Así, las diferencias entre la ley natural y las normas de conducta son las siguientes:

SER	DEBE SER
LEYES NATURALES	NORMAS DE CONDUCTA
INDEFECTIBLE (Inviolable)	VIOLABLE
DESCRIPTIVA	PRESCRIPTIVA
FALSA (Invalida la Teoría)	VALIDEZ O INVALIDEZ
INMUTABLES	MUTABLES
UNIVERSALES	NO HAY UNIVERSALIDAD

⁷ Terán, Juan Manuel. "Filosofía del Derecho". 11ª ed. Ed Porrúa, S.A., México. D.F. 1989, p. 221

Se afirma que la ley natural es indefectible por la razón de que la norma de conducta regula hechos; en tanto que la ley natural describe fenómenos que se tiene que dar, necesariamente, por ello la ley natural es indefectible y por ello es descriptiva. La norma de conducta es violable puesto que va dirigida a seres humanos quienes tienen el aspecto de lo volitivo para decidir si lo cumplen o no, por eso es violable.

La ley natural es descriptiva por hechos que han de suceder o habrán de darse, en tanto que la norma de conducta es prescriptiva por que establece una modalidad de conducta, un deber ser, por lo que cuando la ley natural, no se da en el tiempo y en el espacio, como estaba descrita, se dice que es una ley natural falsa y en contrario sensu, por lo que necesita una continuidad en los fenómenos que describe. Pero en el caso de las normas de conducta no pueden ser falsas o verdaderas sino que son validas e invalidas.

Cabe hacer notar que la diferencia entre la ley natural y la norma de conducta, radica en la mutabilidad de la norma de conducta y en la inmutabilidad de la ley natural, otra diferencia es la universalidad de la ley natural cualidad con la que no se cuenta la norma de conducta ya que va variando de acuerdo a cada ámbito específico. Por lo que también podemos concluir que el derecho se encuentra en el mundo del deber ser, exclusivamente. Por consiguiente debemos decir también que existen diferentes tipos de normas que son formas de ordenación de conductas, y todas pertenecen a un mismo género, es decir, que

todas son normas o reglas, pero existen una clase de normas que tienen características específicas a las que se le llama normas jurídicas, pero hay que decir también que todas en su conjunto son parte del deber ser y todas son normas de conducta. Y la forma de diferenciarlas es la siguiente:

N. JURÍDICA.	N. MORAL.	N. RELIGIOSA.	N. TRATO SOCIAL
BILATERAL.	UNILATERA	UNILATERAL	UNILATERAL.
HETERONOMA.	AUTONOMA	HETERONOMA.	HETERONOMA.
EXTERNA.	INTERNA.	EXTERNA/INT.	EXTERNA.
COERCIBLE.	INCOERCIBLE.	INCOERCIBLE.	INCOERCIBLE. ⁸

En consecuencia, la norma jurídica es:

BILATERAL.- Por que además de conceder derecho, impone obligaciones; esto implica una reciprocidad de estos, esto es, que si yo tengo un derecho, es por que existe alguien a quien yo puedo exigirle el cumplimiento, y si no es así estaremos en presencia de la unilateralidad.

HETERÓNOMA.- Esto quiere decir que existe alguien (órganos del Estado), que nos van a imponer la norma y también existe alguien que debe cumplirla, lo que es muy diferente de las normas que son autónomas por que uno mismo se las impone.

⁸ García Maynez Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", 28a, ed. Ed. Porrúa, México, 19. p. 85.

EXTERNA.- Ya que al derecho por regla general, solo le importa la conducta externa o exteriorizada y en algunos casos les interesa lo interno, pero solo por su repercusión que pueda tener en el exterior.

COERCIBLE.- Que significa la posibilidad de hacer cumplir la norma, aun en contra de nuestra voluntad, aun en contra de la voluntad del obligado; a diferencia de la norma moral que es incoercible. Por lo que, se ha expuesto resulta evidente la gran diferencia que guarda la norma jurídica con las otras normas. Ahora bien hay que decir que el propósito o finalidad de todas las normas es la de persuadir y orientar el cambio de la conducta humana, lo que logran mediante la amenaza, el castigo o el premio, por lo que además de determinar una forma de conducta, también establece su sanción en caso de desobediencia o incumplimiento, sanción que es distinta en cada una de las normas.

También puede darse el caso de que una conducta pueda ser regulada por varias normas o incluso por todas, por ejemplo: la Prohibición de “no mataras”, esta regulada por la norma religiosa y en la jurídica que también lo prohíbe y así mismo en la norma moral, donde también existe la mencionada prohibición. Y confluyen todas en el ejemplo de la figura del matrimonio, donde aparece además las de trato social, pero se puede dar la situación muy grave cuando una norma de conducta prevalezca sobre las demás normas; tal puede ser el caso de una norma religiosa cuando llega al grado de fanatismo. Pero así como pueden coexistir varias normas también pueden separarse y esto dependerá del bien o del valor que haya atrás, ya que debe haber algo mas de lo referente a que

si es jurídico o no lo es. Por ello al aspecto jurídico le va a importar mas lo social colectivo que lo individual. Consecuentemente no variamos en la necesidad de tratar de determinar que es lo que persigue la norma, cual es su finalidad, además del bien común, es necesario entonces que exista un valor, ¿Pero, cual es el valor?, que perdigue la justicia, por ejemplo debemos decir que la justicia solo busca dar a cada quien lo que le corresponde, esto es ser justo, lo que individualmente es su valor.

Así, tenemos valores como justo – injusto, agradable – desagradable, bueno – malo, etcétera, lo que ya fue ilustrado en el punto anterior referente a los valores.

Para referirnos a lo que es la norma moral, comenzaremos por decir que la moral no constituye un valor, ya que los valores, como ya lo dijimos, no pueden ser asequibles subjetivamente. Sino que deben ser universales, por lo que la moral es una norma de conducta, una forma de comportamiento que gravita sobre nosotros mismos.

La moral es el freno cultural a nuestro instinto, ya que todo ser humano cuenta con instintos y esto van siendo reprimidos por un contexto cultural y ese freno va a coincidir con lo que luego va siendo nuestra moral individual. Ahora esto lo vamos a relacionar con lo correcto y lo incorrecto. Y también existen otros frenos como lo son lo que esta bien y la idea de lo que esta mal, todas estas cuestiones se vuelven abstractas y las vamos concretando y determinando por

medio de la cultura o freno a los instintos. Lo que se va interiorizando en el subconsciente, por lo que no nos damos cuenta en que momento vamos adquiriendo estos frenos culturales, esta norma moral.

Pero existen lo que se llama mecanismos de ajuste, en donde, por medio de la racionalización que se implica justificar tal o cual conducta, que no este de acuerdo con la norma moral, por lo que podemos sentirnos muy mal o no sentir nada, o sea el castigo es incierto y la función de los mecanismos de ajuste, es esa, la de minimizar la culpa, ese sentimiento de que se obro mal. Entonces podemos decir que la moral es un mecanismo de control interno que nosotros mismos nos impusimos o interiorizamos, de cuya fuerza se pueden desprender consecuencias diferentes.

Se ha llegado a afirmar que la norma moral es la única norma autónoma y esto es determinante por que el mismo individuo se la aplica, la interiorización, por lo que si se aplica es que esta totalmente convencido de su moralidad; por ello la norma moral es la norma suprema, que por lo mismo debe de prevalecer, sobre las otras tres preciosamente por su autonomía y que es la base de las otras tres, ya que se considera como internamente lo adecuado.

La moral social esta compuesta de la suma de las otras moralidades individuales, pero debemos de tener en cuenta que la moral social puede influir en la moral individual, de lo que podemos decir al respecto que, en el campo del

derecho positivo tiene muchas referencias, tanto a la moral como a las buenas costumbres, solamente basta mirar los códigos, las Leyes, reglamentos que hacen alusión a la moral y a las buenas costumbres; entonces la autoridad jurisdiccional lo que hace cuando tiene que determinar en relación a la moral y a las buenas costumbres es referirse al uso reiterado de una conducta atendiendo al entorno. Así entonces podemos concluir diciendo que la norma moral no es un valor, sino que es una norma de conducta en forma de comportamiento que gravita sobre nosotros mismos, que es un freno a nuestros instintos por medio de la cultura, que es interiorizada en el subconsciente y que puede ser suavizadas sus consecuencias por medio de los mecanismos de ajuste. Y que por medio de la moral social influye en la vida diaria, a través del derecho positivo, como estimaciones de moral y de buenas costumbres.

CAPITULO SEGUNDO

EL DERECHO POSITIVO

2.1 Concepto de Derecho Positivo

Para poder definir el derecho positivo, atenderemos a las siguientes definiciones:

La primera nos dice que es un conjunto de normas jurídicas que integran la legalidad establecida por el legislador, así como el de aquellas que en un tiempo estuvieron vigentes y que quedaron abrogadas, pasando a constituir el derecho histórico de la nación.¹

La segunda de un tratadista Mexicano de nombre Trinidad García nos dice que el derecho positivo es un conjunto de normas jurídicas vigentes que el individuo debe de observar por que su fuerza de vigencia las hace obligatorias.²

La tercera nos dice que la positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente o no vigente.³

Ahora bien se hace necesario hacer la distinción entre derecho positivo y derecho vigente, distinción que se tratara en los dos capítulos siguientes.

¹ De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 20^a ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1994, p. 238

² idem

³ GARCÍA MAYNEZ. Op. Cit. (8) p. 38.

2.2 Concepto de Derecho Vigente.

Es vigente aquel derecho que realmente rige en un momento determinado al grupo social y que no ha sido derogado o abrogado, es decir que es un derecho actual.⁴

De lo que podemos afirmar que no todo derecho positivo es vigente, en cambio todo el derecho vigente es Positivo.

Además debemos tener en cuenta un factor de suma importancia para el presente estudio siendo este la voluntad del estado, como fuente formal del derecho positivo, en cuanto a su validez, todo derecho positivo ya sea consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, judicial, etc., y lo que se llama voluntad del Estado es sencillamente un caso de la Ley General de Imputación Normativa, a saber: una serie de actos realizados por determinados individuos (Legisladores, Funcionarios Administrativos, Tribunales de Justicia, Partes Contratantes, etc.) no son atribuidos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es el Estado, lo que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas.⁵

⁴ Gómez González, Fernando Flores y otro. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 2ª ed. Ed. Olimpo, México, D.F. 1969. p. 52

⁵ Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 7ª ed. Ed. Porrúa, México 1981 p. 284

Dicho Derecho Positivo constituirá Derecho Vigente en la medida en que deberá ser aplicada, impuesta por el Estado, es decir por sus órganos.

Ahora, para establecer un punto de relación entre lo que es el derecho positivo que ya definimos, y la relación que guarda este con el Derecho Natural podemos decir que en el mundo del ser y del deber ser, existen dos formas de proposiciones las enunciativas y las normativas.

Las primeras son aquellas que denotan en que consiste un ser, qué es un realidad, la existencia de un hecho, el modo regular de acontecer de unos fenómenos, etcétera.⁶

Es decir, que los juicios enunciativos, se encuentran en relación directa con el mundo del ser, explican los fenómenos que acontecen en la naturaleza, tratando de determinar sus constantes; es decir sus relaciones.

Las proposiciones normativas no se refieren a la realidad de los hechos, ni a la manera en que estos se desarrollan, por el contrario hacen mención a un deber ser, esto es, establecer un comportamiento como debido.

Entonces el derecho esta integrado por proposiciones normativas, por lo que, cuando se hace referencia al derecho positivo se alude mas o menos directamente al derecho natural. Este es, según el pensamiento jurídico

⁶ Idem.

tradicional, el derecho que debe ser, es positivo simplemente el derecho que es. Pero, el derecho positivo, para nosotros, en realidad, es el derecho que en un momento histórico determinado y en relación con un pueblo determinado, según el criterio del legislador, no solo es, si no que también es lo que debe ser.⁷

Es decir, que el derecho positivo es un conjunto de normas o reglas de conducta que se aplican, que tienen vigencia en un lugar y tiempo determinado, naturalmente que existen corrientes que determinan que el derecho positivo, necesariamente tiene que tener su base en el derecho natural, pero también, existen corrientes que afirman que el derecho positivo es derecho independientemente de su contenido valorativo, por la sencilla razón de que ha sido creado por el Estado, de acuerdo con la normatividad existente para la creación del derecho, de esta manera, podemos pensar en la posibilidad de la existencia de un derecho injusto, esto siempre y cuando sigamos la corriente de la que hemos estado hablando, de que es derecho es tal, independientemente de su contenido valorativo.

También es necesario recordar dentro de la corriente del derecho natural que se desarrollo en la Edad Media, donde su máximo exponen que fue Santo. Tomás de Aquino., quien atribuyó a la razón como la expresión máxima del creador, y en donde gracias a la razón se tendieron puentes desde la divinidad hasta la mas insignificante existencia material., por lo que al hablar de derecho

⁷ De Pina, Rafael. Op. Cit. (9) p. 239.

positivo debe pensarse necesariamente en la positividad y la racionalidad como dos notas fundamentales del derecho. El derecho no solo es positivo, sino que simultáneamente es racional, por lo que se refiere necesariamente a una sociedad de hombres, y racional ó natural, dado que son los principios de la razón práctica los que dan validez normativa a las reglas jurídicas, distinguiéndolas de las reglas impuestas por la fuerza.

Para dejar más entendido lo que se expuso en líneas anteriores, y para tratar de establecer cual es el punto donde se conjugan el derecho natural y el derecho positivo, me referiré a lo que cita Renard, quien dice: “El derecho natural es un bastidor, la Ley positiva es el bordado que llena los intervalos; estatuye en aquello que es indiferente al derecho natural, y entiéndase bien que una vez dictada la Ley, cesa la indiferencia, y en derecho natural se la incorpora reforzándola con su propia autoridad. En cuanto a la decisiones gubernamentales ó parlamentarias y, de una manera general a las manifestaciones de la voluntad humana que no estén fundadas en derecho natural, a pesar de todas las formalidades, solemnidades y autoridades, nada tiene que ver con el derecho, de tal suerte que no hay una sola parcela del derecho positivo que no participe de cerca o de lejos, de la dignidad del derecho natural”.⁸

⁸ RENARD, citado por Preciado Hernández Op. Cit. (6) p. 155.

2.3 Concepto de Derecho Formalmente Valido.

Como hemos citado anteriormente el derecho positivo no siempre es derecho vigente y en cambio el derecho vigente siempre es positivo, y es precisamente en este punto en donde fundamentamos la validez del derecho, en su vigencia, si es un derecho es vigente es un derecho formalmente valido; y su formalidad se centra en la voluntad del estado, en el proceso de creación de la norma jurídica (Iniciativa, discusión, aprobación, sanción publicación e iniciativa de vigencia), por un órgano facultado para ello, de donde nace su fuerza y su facultad coercitiva, por parte del estado y de sus órganos.

2.4 Derecho Positivo como Disciplina Teórica.

A nivel teórico, el derecho positivo, constituye el tema esencial en la investigación de un grupo de especialistas conocidos como positivistas. Quienes coinciden en establecer que la naturaleza del derecho positivo y sus elementos comunes, para estos los temas dignos de importancia dentro de la teoría jurídica, son aquellos donde el derecho se conciben como producto cultural, formación para un fin, a diferencia de las concepciones iusnaturalistas que lo entienden de esencias trascendentales a la cultura y la historia.⁹

⁹ ROJAS Op. Cit. (1) p. 256.

2.5 Principales Escuelas del Derecho Positivo

2.5.1 Los Glosadores.

La escuela de los glosadores deberá considerarse como un antecedente de las modernas tendencias positivas. Debido a que su trabajo se centro sobre Corpus Juris Civile, mismo que está contenido en el Digesto de Justiniano, el cual contenía una gran compilación de obras de los juristas romanos clásicos, el Corpus Iuris constituye una obra poco sistemática que debía de organizarse y ordenarse; a efecto de encontrarle un sentido congruente y unitario, necesario para su aplicación. Y es este precisamente el mérito de la escuela de los glosadores. Las glosas⁹ no eran – sin más – simples explicaciones aclarativas de pasajes concretos; sino que iban más adelante, pues comportaban paralelismos y resoluciones contradictorias en totalidad del Corpus Juris, y buscaban soluciones.¹⁰

En esta escuela, se fijaban el texto romano y después referían a cada texto los problemas que podían encontrar solución en él.

Pero en realidad la interpretación de los textos romanos se prestó con frecuencia a arbitrariedades por falta de preparación ya sea histórica o gramatical por parte de los glosadores, lo que trajo cierta inseguridad al determinar

⁹ - GLOSA; Explicación ó comentario de un texto. Nota en un instrumento o libro de cuentas. Mus. Variación libre sobre un tema. Océano Uno, "Diccionario enciclopédico Ilustrado", Editorial Océano, edición 1993, Barcelona, España.

¹⁰ MARQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. "FILOSOFÍA DEL DERECHO" 1ª reimpresión Ed. Trillas, México 1996, p. 17.

las soluciones concretas, ya que el significado de los textos era susceptible de abarcar campos muy amplios.

Por lo mismo, se estableció un derecho estatutario que obligaba a estos juristas a interpretar el derecho romano lo más posible a la letra.¹¹

2.5.2 Los Post-glosadores.

Esta corriente orientó su actividad hacia las necesidades prácticas del derecho de la época, por lo que tuvieron que ir adaptando el derecho romano a las necesidades que se presentaban en la sociedad.

Incluso, llegaron a crear nuevas ramas de derecho como son el derecho internacional privado, la teoría de las corporaciones, la teoría general del derecho penal y del procedimiento penal.¹²

Esta Tendencia centró su atención en las necesidades prácticas del derecho, ó sea, en el derecho positivo mismo, en el derecho tal cual sirve como medio de control social, como sistema efectivo de las relaciones sociales.¹³

¹¹ CARPENTIERO FRANCISCO, citado por ROJAS Op. Cit. (1) p. 258.

¹² RADBRUCH GUSTAVO, citado por ROJAS Op. Cit. (1) p.p. 256-258.

¹³ IDEM

2.5.3 La Escuela Exegética*

Este movimiento codificador se inicia en Francia, después de la revolución de 1789, y para efecto de romper con el sistema monárquico y crear un de fundamento ideológico liberal. Por lo que era necesario que las nuevas instituciones jurídicas fueran racionalizadas al extremo y expuestas sistemáticamente mediante documentos escritos. La realidad se tenía que transformar y el derecho era uno de los principales instrumentos para el cambio, pero no el derecho tradicional y vivo, sino el derecho racionalizado y expuesto en proposiciones normativas.

El culto a la razón suprema es característica de la exégesis ya que hacer residir a priori el sistema material y forma el derecho perfecto en un número limitado de categorías. Por lo que el pensamiento lusnaturalista de la ilustración que se caracterizó por una excesiva fe en la razón. El legislador, como representante del pueblo, tiene fuerza y valor en sí, independientemente de las circunstancias socio-históricas, pues depende de la razón suprema.

El legislador, de esta manera sistematiza la razón suprema y la expone ordenadamente en diversos códigos.¹⁴

* Exégetica.- Adjetivo Relativo a la exégesis. En Derecho se dice del método expositivo que sigue el don de las leyes positivas y atiende sobre todo a su interpretación.

¹⁴ ROJAS Op. Cit. (1) p.259.

2.5.4 La Escuela Histórica.

Esta escuela nace en Alemania, durante la primera mitad del siglo XIX, y constituye una tendencia muy positiva en el estudio del derecho, en cuanto pretende inscribir en el mismo a la experiencia jurídica, al derecho tal cual se aplica en la vida diaria de un país y en una época determinada.

El prestigiado jurista Savigny, estima que:

No se da ninguna existencia humana completamente individual y separada; antes bien aquello que puede ser considerado como individual, ha de verse por otra parte, como miembro de un todo superior.

Por lo mismo considera que: No es, pues, ya la historia solamente una colección de ejemplos políticos y morales, sino el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado.¹⁵

Así, la historia es el todo humano dentro del cual debemos entender cualquier forma social incluso el derecho. Entonces, ninguna proposición normativa posee valor en sí, si no las referimos al momento histórico de la nación donde se aplica.

¹⁵ SAVIGNI citado por ROJAS Op. Cit (1) p. 261

2.6 El Positivismo Jurídico.

Para la ciencia del derecho, el positivismo, es una teoría que se integra antes que otra cosa por oposición al derecho natural, entendiendo que todo derecho que no posea existencia práctica y no sea empíricamente verificable, no constituye derecho positivo.

2.6.1 Tipos de positivismo jurídico.

2.6.1.1 Positivismo Formal.

Esta corriente nos indica que el derecho que no es creado de acuerdo con los procedimientos y con las facultades que otorga el Estado no constituye derecho, así es que para que exista el derecho desde el punto de vista formal positivo, es necesario que la creación de las normas jurídicas, provenga del Estado, a través de las bases de la normatividad existente.

2.6.1.2 Positivismo Real.

Esta categoría atiende sobre todo a la eficacia de la norma, a su aplicación, si un derecho no es aplicado y obedecido por quienes tienen que hacerlo, entonces es letra muerta y por consiguiente no constituye derecho, entonces el derecho positivo real es aquel que es obedecido y aplicado y por

consiguiente esta cumpliendo los fines para los que fue creado, lo que constituye un derecho eficaz. Dicho con otras palabras el realismo que tiende más a la aplicación del derecho en tanto es obedecido y aplicado y cumple con sus fines y propósitos. Más sin embargo el realismo sociologista o realismo conductista va a tender más al comportamiento de las personas; va a decir que tanto es obedecido el derecho, y en la medida que es cumplido y obedecido es eficaz, y esto se llama realismo conductista, en el sentido que puede observar el comportamiento; éste realismo a nivel aplicado, a nivel de obediencia es una corriente que en su concepción sociológica tiene mucho auge. La norma es obedecida, es aplicada, entonces hay un derecho que se vive como tal.

2.7 Diferencias entre el Positivismo Jurídico y el Derecho Natural.

Ahora bien, es necesario dejar establecidas las diferencias entre lo que es el derecho positivo y lo que es el derecho natural. Como ya dijimos el derecho positivo es aquel que es establecido y existe para un tiempo y lugar determinado, por lo que el derecho positivo es un derecho esencialmente histórico. En cambio el derecho natural, es un derecho anti-histórico, creado para todo tiempo y lugar, es universal y necesario.

Por lo que podemos decir que las diferencias entre el derecho positivo y el derecho natural, es que el primero tiene restricción temporal y el derecho natural, no la tiene. El derecho natural vale independientemente del

tiempo y del lugar; en tanto que el derecho positivo vale en un lugar y tiempo determinado.

Consecuentemente las tres corrientes de las que hemos hablado en forma simultánea, ya sea el naturalismo, el positivista en su visión formalista, o bien en su visión realista o sociológica, de las tres son aceptadas en la actualidad y las tres dan un significado a lo que es el derecho, sin lograr, claro está, una definición en el sentido lato, de lo que es el derecho.

Debe hacerse hincapié en que el derecho es importante por la cuestión valorativa que lleva en sí, y que esto es lo que le da sentido.

El derecho positivista formalista que se crea y aplica en nuestro país, no debe ser un derecho ajeno a la cuestión valorativa, por lo que el derecho no puede ser solo forma, sino que el derecho es valor, y sino hay valor en él, sencillamente no hay derecho, por lo que es importante que sea tomado en cuenta el factor de los valores al momento de la creación de las leyes como un elemento esencial, para que sea un derecho que cumpla con los fines para lo que fue creado, pero lo más importante sería, que además fuera un derecho justo, que atendiera a las cuestiones de los valores de seguridad, justicia, orden, bienestar común o general, y que tenga como prerrogativa la protección de los bienes jurídicamente tutelados, como son la libertad o la vida.

Dicho lo anterior, se procederá en el capítulo siguiente a hacer un estudio a fondo de lo que es la justicia, el bien común, y la seguridad jurídica; como fines del derecho, entre otros.

CAPITULO TERCERO

FINES DEL DERECHO

3.1 La Justicia como Valor Jurídico por Excelencia

¿Qué es la Justicia?

Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres desde Platón a Kant. Y sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizá sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva sino tan sólo procurar preguntar mejor.

La justicia se ha venido empleando como problema de la solución de conflictos de intereses o valores. La justicia es ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo. Pero ¿cuándo un orden es justo? Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos

permite alcanzar la felicidad. La aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad; al no poder encontrarla como individuo aislado, busca el hombre esta felicidad en la sociedad; entonces, la justicia es la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza. En este sentido, identifica Platón la justicia con la felicidad cuando afirma que sólo el justo es feliz y el injusto desgraciado. Pero, con esta afirmación de que la justicia es la felicidad, la cuestión no ha sido contestada sino desplazada, pues entonces se plantea la pregunta ¿qué es la felicidad?, entendiéndose por ésta, un sentimiento subjetivo, es decir, lo que cada uno considera como tal. En este caso es imposible evitar que la felicidad del uno entre en conflicto con la felicidad del otro. La felicidad de uno provoca irremediabilmente la desgracia de otro. Ningún orden social puede solucionar este problema de una mera justa, es decir, hacer que ambos hombres sean felices.

Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo si por justicia se entiende la felicidad individual. Pero un orden social justo es también imposible aún en el caso en que éste procure lograr, no ya la felicidad individual de todos, sino la mayor felicidad posible del mayor número posible (Jeremías Betham).¹

El derecho es una obra humana, pero no se trata de una obra humana casual o fortuita. Es una obra que tiene como raíz vital, un fin

¹ KELSEN HANS. “¿QUÉ ES LA JUSTICIA?” 7ª ed. Ed. Distribuciones Fontamara S.A. México, D. F. 1997. p.p. 8-14

determinado, como puede ser la satisfacción de necesidades tales como seguridad, certeza, la urgencia de resolver los conflictos en convivencia y en la cooperación, organización y limitación de poder político, etcétera, es decir, el derecho por ser un ordenador de conductas externas, representa un orden encaminado en la convivencia pacífica dentro de la colectividad, y cuando esa convivencia se rompe, ante la presencia de conductas contrarias a derecho, es cuando la norma jurídica interviene para regular esa conducta a efecto de que se desarrolle como “debe de ser”, ya que la norma establece modelos de conducta que necesariamente tenemos que observar para poder vivir dentro de la colectividad en forma pacífica; modelo de conducta que incluso se nos puede imponer a la fuerza, es decir, aún en contra de nuestra voluntad, por otra persona que se encuentre legitimado para ello. Todo lo anterior tendiente a la convivencia pacífica dentro de una colectividad en donde impere la justicia.

Analizaremos a la justicia como un valor, diciendo que la justicia o injusticia de un ordenamiento jurídico o de una norma jurídica no nos da cuenta de su eficacia, si no de su validez o fuerza obligatoria.²

Y al preguntarnos si ¿el derecho debe ser justo?, la respuesta a esta pregunta en un sistema positivo formalista, sería contestada que el derecho no necesariamente tiene que ser justo para ser derecho, he incluso podría ser un derecho injusto, pero eficaz y lo ideal es que fuera un derecho justo, para que

² ALVAREZ LEDEZMA MARIO. “INTRODUCCIÓN AL DERECHO” 1ª ed. Ed. Mc Graw-Interamericana de México, S.A. de C.V. 1995 p. 310.

gozara de plena validez moral a demás de la fuerza obligatoria de la que gozan las normas, y necesariamente al hablar de elementos de validez necesarios para su creación, como lo son el que sean expedidos por un órgano que se encuentre legalmente facultado para ello en este caso estamos hablando del poder legislativo, y así mismo debe ser fundamental el entrar al campo de los valores, que necesariamente deben ser tomados en consideración al momento de la creación de la norma, ya que si no es así, y no se atiende a estos equivaldría a que se entendería como sinónimo de fuerza, en donde estaríamos hablando de un derecho que no estaría justificado, por lo tanto se trataría de un derecho injusto.

La justicia es pues, la primera virtud de las Instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. No importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor.³

El Derecho tiene como meta realizar la justicia, siendo la norma jurídica instrumento o medio adecuado para alcanzarla. Bajo otro punto de vista, puede decirse que el derecho como facultad (derecho subjetivo) es objeto de la

³ KELSEN HANS. "TEORÍA DE LA JUSTICIA" 3ª ed. Ed. Fondo de la Cultura Económica, México, D.F. 2000 p.p. 17-18

justicia, en la medida en que ésta proporciona las bases para la buena repartición de los bienes, en el más amplio sentido del concepto.

La definición de justicia gira alrededor de dos principios nucleares: a).- dar a cada quien lo suyo y, b).- tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Así, se ha dicho que la justicia es la prudencia de dar a cada uno lo suyo o lo que le corresponde.

3.2 Clasificación de la Justicia

Tradicionalmente se ha distinguido entre: Justicia General (legal) y Justicia Particular, ésta última a su vez se divide en Justicia Distributiva y Justicia Conmutativa.

La Justicia General o Legal, se refiere a los derechos de la sociedad respecto de los individuos.

La Justicia Particular, se refiere a los derechos de los individuos, respecto de la sociedad o respecto de otros individuos.

La Distributiva tiende a que los miembros reciban lo que es debido por la sociedad, bajo un criterio de proporcionalidad.

La Conmutativa, tiende a regular aritméticamente las prestaciones entre los particulares.

Debemos mencionar también la justicia social, que se hace consistir en la debida distribución de la riqueza, sobre toda la riqueza superflua,

equitativamente. Los titulares del derecho serían las clases sociales más2 necesitadas y los obligados, los poseedores de la riqueza.⁴

Pero también existe una clasificación que nos dice que el derecho posee dos estándares o medidas de valoración:

El primero esta constituido por el orden, seguridad e igualdad jurídicas, estos valores poseen un carácter instrumental, por que si bien gracias a estos el derecho propicia un determinado ámbito social de paz, libertad de igualdad, dichos valores no explican si no a la luz de otros valores superiores, así, el segundo estándar valorativo esta constituido por dichos superiores que guían el derecho, les otorga los criterios o razones últimos de orden, seguridad e igualdad y esos otros valores superiores que le dan sentido al derecho son entre otros, el respeto a la vida e integridad humanas, la libertad, el bienestar social, la educación, etc., esto quiere decir que el primer estándar valorativo del derecho le otorga la validez formal y que el segundo estándar que esta constituido por los valores superiores le otorga la justificación o los justifica. Por lo tanto un derecho que no este de acuerdo con los valores que le dan validez al derecho y los valores superiores que justifican al derecho, no podrá ser considerado un derecho justo. Ahora bien, es preciso decir que no existe una acepción única ni absolutamente cierta de sobre cuales son los valores que deben componer a la justicia, pero pensando razonablemente y ya que el derecho es creado por y para el hombre, y que tiene como fin por excelencia a la justicia, esta debe de tener siempre como

⁴ TRUEBA OLIVARES, EUGENIO. “GUÍA TEMÁTICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO” 2ª ed. Ed. Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, Guanajuato, México, 2000 p.p. 64-66.

punto de referencia al ser humano, para que este logre su mejoramiento, respeto y realización. Ahora bien existen varias acepciones de lo que significa la palabra justicia una en sentido amplio (lato sensu), y la segunda en sentido restringido (estricto sensu). En lato sensu; definición dada por el filósofo griego Platón, definiéndola como una virtud fundamental de la cual se derivan todas las demás virtudes, pues constituye el cargo el principio armónico ordenador de estas, el principio que determina el campo propio de acción de cada una de las demás virtudes: de la prudencia o de la sabiduría para el intelecto, de la fortaleza o valor para la voluntad y de la templanza para los apetitos y tendencias.⁵

Por otro lado, Aristóteles nos da una definición de justicia en estricto sensu, diciendo que, consiste en una medida de proporcionalidad de actos, la cual representa el medio equidistante entre el exceso y el defecto. Y así, se pueden citar muchas más definiciones de lo que es la justicia en donde podemos incluir las definiciones de grandes filósofos como San Agustín, Santo Tomás de Aquino y otro más, pero dichas definiciones omnicomprensivas de la palabra justicia, han ido cayendo de desuso sucesivamente, casi desde la época de Aristóteles, por lo que generalmente cuando se habla de justicia, con esta palabra se trata de significar la idea que debe inspirara al derecho.

⁵ Platón, citado por Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", séptima edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1981, p.479

3.3 La Justicia como Problema de la Justificación de la Conducta Humana

El hecho de que los verdaderos juicios de valor sean subjetivos y que por lo tanto sea posible que existan juicios de valor contradictorios entre sí, no significa en ningún caso que cada individuo tenga su propio sistema de valores. En realidad, muchos individuos coinciden en sus juicios valorativos. Un sistema positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado sino que es siempre el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado. El que varios individuos coincidan en un juicio de valor no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo.

Un rasgo característico del hombre es el sentir una profunda necesidad de justificación de su conducta: el tener una conciencia: La necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. La conducta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande come el pequeño, tanto en el reino animal como en el humano.

Como el hombre es racional, intenta, mediante una función de su entendimiento, justificar una conducta que el temor o el deseo determinan. Tal justificación racional es posible sólo en una medida limitada, es decir, en tanto su temor o su deseo se refieran a un determinado medio mediante el cual debe lograrse un determinado fin. Cuando se justifica algo, especialmente una conducta

humana, como medio para un determinado fin, surge inevitablemente el problema de saber si este fin es también justificable. Y esta cuestión conduce finalmente a la aceptación de un fin supremo que es precisamente el problema de la moral en general y de la justicia en particular.

Cuando se justifica una conducta del hombre como medio apropiado para el logro de un fin propuesto cualquiera, esta justificación es sólo condicional, depende de que el fin propuesto sea justificado o no. Una justificación condicionada y en cuanto tal, relativa, no excluye la posibilidad del contrario, pues cuando el fin no es justificable tampoco lo es el medio.

Nuestra conciencia no se contenta con esas justificaciones condicionadas, sino que pide una justificación absoluta, sin reservas. Por lo tanto, nuestra conciencia no queda tranquila cuando justificamos nuestra conducta sólo como medio adecuado para un fin cuya justificación es dudosa y exige que justifiquemos nuestra conducta como último fin o, lo que es lo mismo, que nuestra conducta concuerde con un valor absoluto.⁶

3.4 El Objeto de la Justicia

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales

⁶ KELSEN HANS Op.Cit. (24) p.p. 27-35

distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por tanto, una concepción de la justicia social ha de ser considerada como aquella que proporciona en primera instancia, una pauta con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad.

Las diversas concepciones de la justicia son el producto de diferentes nociones de sociedad ante el trastorno de opiniones opuestas a cerca de las necesidades y oportunidades naturales de la vida humana.⁷

3.5 El Bien Común

Es necesariamente una regla el hecho de que como ya sabemos todo lo que es creado por el hombre, tiene o debe llevar dentro de sí una finalidad, aquello por lo cual fue creado, es decir para un fin determinado.

En este punto trataremos lo referente al bien común, que es buscado por el hombre al agruparse para formar una sociedad, en la que el mismo delega facultades y atribuciones y le da forma a la figura del estado, que es quien tiene como prioridad buscar el bien común de sus integrantes, quien también individualmente participan en esa búsqueda de satisfactores, pero se hace necesario que se distinga lo que es el bien común y el bien público; el primero es

⁷ Ibidem p.p. 30-32

el fin de toda sociedad y el bien público; es el fin específico de la sociedad estatal, de los organismos y la dependencia del estado.

Consecuentemente, siempre que los hombres se agrupan socialmente, para la obtención de un fin que beneficie a todos, ese fin, al perseguirse precisamente para beneficiar a un conjunto de hombres, es un bien común.⁸

Ahora bien, hay que distinguir también lo que es un bien común particular y lo que es un bien público; el primero es un fin perseguido por lo particulares y puede ser egoísta, como el bien común lucrativo, o altruista cuando se trata de una sociedad de beneficencia y el bien común público; es el bien perseguido por el estado, y concierne a la masa de todos los individuos y todos los grupos.

Por lo que, el bien común es un bien general que siempre está referido a la sociedad. Y como bien; es aquel que se identifica con el bien de la naturaleza humana, que se refiere al bienestar y a los satisfactores. Y como común; se refiere a que los individuos no poseen ese bien antes de su integración en el organismo social y que no solo aprovecha a todos, si no que a la vez requiere del esfuerzo coordinado de todos los miembros que integran la comunidad, lo cual implica que está constituido por la suma de los bienes individuales.

⁸ PRECIADO Op. Cit. (6) p. 199

Esto es, el bien común es una noción del bien en general, y del ser. Pero el trabajo colectivo para lograr el bien común es para lograr el bienestar del individuo que se agrupa y une esfuerzos y ya que en la medida en que participe en la sociedad, en su medida también se verá beneficiado particularmente. Por lo que el bien común constituye un conjunto de obras materiales e inmateriales que se conciben como obras de la humanidad, para la realización del bienestar individuo; este patrimonio que la civilización ofrece al hombre para alcanzar, seguridad, felicidad y realización personal en general, se compone de conocimientos científicos, técnicos, idiomas, hábitos de la vida, transporte, culturales, etc. Pero para poder disponer de los elementos que integran el bien común, es necesario que se aporte un esfuerzo, que en la medida que se de, será recompensado. Consecuentemente, luego la sociedad y el bien común que ella procura, jamás tendrá el derecho de sacrificar las prerrogativas de la persona, invocando el bien común, ni debe imponer o prescribir una conducta que en el lugar de perfeccionar al hombre, lo degrade o lo envilezca, ya que el fin de la sociedad y del bien común, es el perfeccionamiento del hombre.

El maestro Preciado Hernández,³² hace una distinción de los distintos tipos de bien común, clasificándolas en:

³² Ibidem p.p. 200-202

Bien común conforme al orden sobrenatural; que coincide con la causa primera y fin último de todo lo creado, ya que del soberano bien proceden y a él tienden todas las criaturas.

Bien Común Nacional.- viene a ser la participación de un pueblo determinado en el bien común de la especie humana, en cuanto a esa participación a través del tiempo, a veces de siglos, imprime un estilo de vida a los miembros de la comunidad de que se trata, dando así una fisonomía o rostro nacional.

Bien Común Público.- consiste esencialmente en la creación estable y garantizada de condiciones comunes, tanto del orden material como el orden espiritual, que sean las mas favorables de acuerdo con las circunstancias para la realización del bien común propio de cada uno de los individuos y de los grupos sociales que integran el estado.

Bien Común Desinteresado.- que consiste en la conservación de la unidad social y de todo lo que a ella concurre, por si misma, en tanto que realiza la perfección máxima de la especie humana.

Bien Común Útil.- que en términos generales consiste en la conservación de la unidad social y de todo lo que a ella concurre, por si misma, en tanto que realiza la perfección máxima de la especie humana.

Bien común de los individuos asociados, el bien como útil, en cuanto se traduce en ayuda y asistencia para cada uno de los miembros de la sociedad, es el bien común de los individuos, pero de los individuos asociados.

Bien Común de la Colectividad.- a la misma comunidad que constituye el bien común útil, en cuanto es referida al ser y a las operaciones propias del grupo, se le llama de esta forma.

Todas estas acepciones no son más que caracterizaciones de las formas concretas en las que aparece el bien común en un momento y lugar determinado, y son limitadas para expresar la esencia de un solo y único bien común, que es una herencia que no ha legado la humanidad, que acontece todos los días, en donde nosotros participamos con nuestro esfuerzo diario y así también gozamos de sus beneficios, aunque se regule con múltiples y diversos derechos o relaciones sociales que siempre van a tener como finalidad el bien común.

3.6 La Seguridad Jurídica

Otros de los fines del derecho, es el de otorgar seguridad jurídica, esto quiere decir garantizar la aplicación y cumplimiento de la ley en el caso de que se infrinja la misma, en otras palabras atiende a la eficacia del derecho.

La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes, y sus derechos, no serán objetos de ataques violentos, o que si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la seguridad y reparación.³³

Esto es, que el individuo que está en o dentro del estado, tiene la garantía de que su situación no será modificada sino mediante un procedimiento ya establecido y de acuerdo a lo que la ley establezca, ya que ésta es la que protege y otorga seguridad a los particulares, tanto en su vida como en sus bienes y demás derechos, frente a otros particulares y aún frente a los gobernantes.

Asimismo, por Seguridad Jurídica se ha entendido también, el conocimiento que tienen las personas respecto de aquello que puedan hacer, exigir, o que están obligadas a evitar o no impedir; esto es conocimiento que tienen las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza o impone derecho positivo.

Esto es, “un saber a que atenerse”, por parte de las personas que están o deben de estar conscientes de que existe la seguridad para la aplicación de una sanción en caso de desobediencia o incumplimiento, que será aplicada por parte del estado por medio de sus órganos, mediante una ley que sancionara la conducta realizada u omitida, y el mejor ejemplo que podemos dar de seguridad jurídica, es lo que enuncia el principio de legalidad que nos dice que; la autoridad podrá hacer todo aquello que la ley le permite en tanto que el particular podrá

³³ Ibidem p. 225

hacer todo aquello que la ley no le prohíbe. Debemos decir también que no se deben confundir los términos de seguridad jurídica y certeza jurídica, ya que la seguridad jurídica, como ya hemos expresado, es objetiva y representa el conjunto de condiciones sociales de carácter jurídico que garantizarán la situación personal de cada uno de los miembros de la comunidad, en tanto que, la Certeza jurídica, tiene un carácter subjetivo, pues es un dato que en el fondo se reduce a un conocimiento, al saber a que atenerse.

Ahora bien, hay que decir que como en la seguridad jurídica atiende a la eficacia del derecho, está dará que como consecuencia que entre más eficaz se un derecho, habrá mayor seguridad jurídica, y viceversa.

Pero no debemos olvidar que aunque el derecho positivo sea formalmente valido y eficaz, no debe de desatender a la justicia, por lo que como ya se dijo en los capítulos anteriores, puede existir un derecho que sea un derecho formalmente valido y que sea eficaz o real, pero que no tenga un fin justo, será por consecuencia un derecho que no atiende a los valores para su conformación, por lo tanto no será derecho justo, sino solo será forma. Y así podemos citar nuevamente al derecho creado por Adolfo Hitler, para exterminar la raza Judía, dicho derecho era un derecho formalmente valido y eficaz por que se aplicaba, pero era injusto, ya que atentaba en contra de los valores de la vida y de la libertad entre otros. Por lo que no podemos permitir que se utilice al derecho, como un medio o como una herramienta maligna, para obtener a seguir el poder, para sostener gobiernos tiránicos, lo que tendrá como consecuencia el auge y

florecimiento de la inseguridad jurídica, y el fin del estado de derecho. Además para que el orden legal merezca el calificativo de jurídico y sea eficaz, es preciso que este fundado en la justicia, ya que un orden legal fáctico, pero injusto, no produce verdadera seguridad. Por lo tanto podemos decir que para que haya verdadera seguridad jurídica en un medio social, no basta que exista un orden legal eficaz, fáctico, se requiere además que este orden legal sea justo.

Por lo que, consecuentemente, la seguridad jurídica da nociones del orden legal, eficaz y justo y que por consecuencia, no existe oposición o contradicción desde un punto de vista racional, entre seguridad jurídica, justicia y el bien común, sino que cuando un ordenamiento legal, es justo y eficaz, nos dará la certeza de que tendremos seguridad jurídica, de sus efectos que tendrán como fin el propiciar la obtención del bien común, como podemos ver, es necesaria su relación ya que así se fortalece y da sustento a las leyes, al derecho y al estado de derecho.

3.7 Fines del Derecho como producto de la Interdependencia Social

En este punto, se analiza brevemente los fines del derecho como producto de las relaciones sociales de los individuos. Debemos decir que la sociedad esta constituida por la unión de una gran variedad de individuos, que biológicamente son iguales, pero que en diferentes situaciones pueden existir desigualdades en la realidad, desigualdades que el derecho debe igualar,

haciéndolo de la manera que mejor le convenga a la colectividad, pero sin transgredir a los individuos que la conforman, ya que la finalidad social del derecho es la de facilitar la convivencia y vida de los individuos en sociedad, otorgando justicia, seguridad jurídica y buscando siempre el bien común de la misma.

3.8 Los Valores y el Derecho Natural

Es indudable que el derecho natural, esta constituido por un conjunto de principios de los cuales el ser humano es titular, por el simple hecho de ser persona; este conjunto de principios provienen, ya sean de la propia divinidad, según lo establece la corriente teológica o bien la razón humana, según la corriente racionalista, pero como quiera que sea el derecho natural, se encuentra en relación íntima con los valores referentes a la justicia, a la equidad, al bien común, a la vida, al bien y al mal, asequibles a la razón humana. Como el derecho natural se encuentra en íntima relación con el valor, se hace necesario determinar que es lo que se entiende por valor, se hace necesario determinar que es lo que se entiende por valor, siendo esto un problema relativo a determinar, ¿Cuándo surge el valor?, o bien ¿Cuándo hay valor en las cosas?, y todavía mas ¿En que consiste ese valor que se le atribuye a las cosas?. A efecto poder contestar a estas interrogantes, debemos decir que, existen diferentes opiniones o tendencias acerca de lo que es el valor y son las siguientes:

Existen dos formas de conceptualizar a los valores: la primera establece que los valores pueden apreciarse objetivamente o subjetivamente, a saber:

Objetivamente.- que estima que vale todo lo que es independiente de la voluntad de los individuos, y

Subjetivamente.- que es la percepción individual que hace el sujeto, de determinado objeto, otorgándole un valor de acuerdo con su criterio, y de acuerdo con la utilidad que este le preste.

De lo anterior, podemos decir que es sumamente criticable la tesis subjetivista, ya que en una cualidad de los valores es que atienden a principios Universales, atemporales, e interiores, por lo que un valor por ser de naturaleza ideal, surge en el interior de la razón del individuo y es solo a través de la intuición lo que le da un valor, y no así la apreciación que del objeto haga en abstracto el sujeto, dándole al objeto tal o cual valor, pero esto no puede ser, dado subjetivamente de acuerdo a la utilidad que le preste y no debe ser por cualidad que el individuo atribuya al objeto lo que determine su valor; sino lo debe ser una cualidad que venga intrínseca en el mismo objeto independiente de la voluntad de los individuos, ya que si se aprecia subjetivamente podríamos caer en el error de considerar como valor a cosas o necesidades que lo son, por ejemplo; una persona que tiene una necesidad apremiante de comer; puede darle un valor de una categoría mucho mayor al alimento, que el valor que le daría una persona que

no se encuentra en las mismas circunstancias, razón por la cual resulta cuestionable esta apreciación subjetivista.

Ahora bien, en razón de lo que se hablo de los términos objetivo y subjetivo, o sea referentes al objeto y al sujeto, en seguida se expondrá la explicación de cada uno de ellos:

Como ya se señaló, la tesis subjetivista, sostiene que todo lo que los sujetos de acuerdo con su conciencia determinan, es valido, y la tesis objetivista, es como ya dijimos independiente de esa apreciación subjetiva.

De lo que resulta que de acuerdo con la tesis subjetivista resultaría igualmente valido lo blanco que lo negro, el dar muerte a un sujeto o respetar la vida, el sustraer los bienes de otro o respetarlos, por lo que todo dependería de la actitud y deseos de tal o cual sujeto. Lo cual no es valido y deja a este tipo de tesis muy alejada de lo que realmente es el sentido del valor, el cual puede ser correctamente definido mediante una apreciación objetiva.

Para lograr un mejor entendimiento de lo que es el valor, expondré a continuación la segunda forma de conceptualizar lo que es el valor según lo que enuncia el pensamiento difundido por Ortega y Gasset, quienes afirman que los valores se pueden captar de dos formas:

- 1).- Como un valor en sí de las cosas, y
- 2).- Que los valores no son cualidades en si de las cosas, sino por relación o referencia a otros objetos o cosas.³⁴

En consecuencia, cuando se dice que el derecho ha de ser enfocado con relación a sus fines, esta siendo planteada la consideración de los fines del derecho como valores, en el sentido de cualidades por relación, no por cualidad o valor en sí, y tampoco como condición sustantiva. Es decir, si una institución jurídica puede ser justa en determinadas circunstancias y también injusta en otras determinadas circunstancias y tiempo, se plantean los fines y valores como relaciones o como formas o modos de referencia, no como cualidades de un valor en si o sustante. Por lo que contraponiendo los pensamientos de las tesis expuestas podremos decir que para lograr conceptuar lo que es el valor, lo tendremos que hacer objetivamente y tomando en cuenta la relación de las cosas con otros objetos.

3.9 Jerarquía del los Valores

El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora está determinado por factores emocionales y por consiguiente tiene un

³⁴ TERÁN JUAN MANUEL, “Filosofía del Derecho” 11ª ed. Ed. Porrúa, México, D. F. 1989 p. 201

carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio, y en este sentido es relativo.

Lo anterior se puede ilustrar con algunos ejemplos: para una determinada convicción moral, es la vida humana, la vida de cada cual, el valor supremo. La consecuencia de esta concepción es la prohibición absoluta de dar muerte a un ser humano aún en el caso de guerra o de penal capital. Esta es, como se sabe, la posición de los que se niegan a prestar servicio militar o rechazan por principio la pena de muerte. Opuesta a esta posición hay otra convicción moral que sostiene que el valor supremo es el interés y el honor a la nación. Por lo tanto todos están obligados a sacrificar su vida y a matar en caso de guerra a los enemigos de la nación cuando los interese y el honor de ésta así lo exijan. Parece entonces también justificable el condenar a muerte a los grandes criminales.³⁵

3.10 Naturaleza de los Valores

Una cosa o una acción vale cuando sirve para satisfacer una necesidad de cualquier orden que sea, material o tangible, inmaterial, moral, estética, intelectual, espiritual.

³⁵ HANS KELSEN Op. Cit. (24) p. 83

Hay quienes sostienen que algo vale en la medida en que la persona le concede valor. Otros piensan lo contrario, es decir, que el valor es algo independiente de nuestra valoración. De la primera corriente se dice que adopta una postura subjetivista o relativista; mientras que a la segunda se le señala como objetivista.³⁶

3.11 La Vida como Valor Supremo

Al escuchar la palabra vida, inmediatamente nos hace pensar en que es un concepto que no podemos definir con exactitud pero que lo sentimos, que luchamos por ella, que día con día la desgastamos, que la herimos, que nos hace felices, infelices, que somos justos e injustos con ella, en fin, es algo que la mayoría cuidamos porque simple y sencillamente de ella dependemos.

La vida no puede definirse, dicen los científicos, sólo puede describirse. La vida se describe como movimiento autónomo. Ateniéndonos a sus operaciones características se mencionan las siguientes: la organización, la nutrición, la reproducción, la tendencia a la conservación o permanencia; estas acciones vitales son espontáneas e inmanentes.

Hay un principio interno de finalización, una razón de ser del movimiento y de la espontaneidad inmanente, una idea directriz que ha sido

³⁶ TRUEBA OLIVARES Op. Cit. (27) p. 60

llamada principio vital, no separado del cuerpo sino formando unidad con él. A este principio también se le llama alma o ánima y en el hombre se denomina alma racional.

Sin embargo, el Derecho sólo toma en cuenta a la vida humana como el suceso que es y que hay que preservar.

Se reconoce, pues, y se enuncia el derecho de toda persona a su propia vida y el deber de respetar la ajena. Las leyes, por lo tanto, también prohíben el homicidio.

Así, las leyes penales castigan severamente el homicidio cometido por cualquier gente. La Declaración Universal de la ONU, en su artículo 4 previene lo mismo.

3.11.1 Derechos Conexos a la vida

Para garantizar la vida, es necesario extender la protección a otros bienes jurídicamente tutelados como son:

1.- *La salud*, pues se pretende que el ciclo temporal de la vida se desarrolle, en la medida de lo posible, sanamente. Las acciones que atenten contra la integridad física y en general contra la salud, se prohíben y se castigan.

El artículo 22 constitucional prohíbe al Estado la aplicación de sanciones nocivas a la salud, como el tormento, las mutilaciones, los azotes, penas inusitadas y trascendentales.

2.- *El derecho a la alimentación*, mencionado en el artículo 25 veinticinco de la Declaración de la ONU; el derecho a la vivienda, al vestido y en general a elementos inmediatamente conectados con el decoro vital.

3.- *Un tratamiento acorde con su dignidad y no ser utilizada como medio de fines ulteriores ilícitos*. La persona tiene derecho "a contar" en la sociedad, a tener una identidad, un nombre un estado civil y una nacionalidad.

Sin embargo, no obstante que el derecho a la vida es protegido a toda costa, también, como todo derecho, puede ser suspendido por causas extraordinarias y muy específicas, dependiendo el orden jurídico de cada Estado, como son:

a).- *La defensa ante una agresión injustificada*, sin que haya oportunidad de obtener el auxilio de la autoridad, puede dar como resultado las lesiones o la muerte del agresor. Esto se justifica en razón de quien se defiende no tiene la intención de lesionar o matar al agresor, sino de poner a salvo su propia integridad y su propia vida.

b).- *El Estado puede aplicar la pena de muerte* a los responsables de hechos gravemente antisociales y que, en tal hipótesis obra irreprochablemente porque se suspende en definitiva el derecho a la vida del culpable. Se trata de un tema sumamente debatido.

c).- *En la guerra se mata* y se dice que los beligerantes no incurrir en homicidio reprochable jurídicamente.

Hay otras situaciones respecto de las cuales hay opiniones que pretenden legitimar la destrucción de la vida:

a).- Se ha extendido mucho la práctica del aborto voluntario, pues al respecto, se invoca la libertad de la mujer, su derecho a rechazar un hijo no deseado y para evitar la práctica de los abortos clandestinos, que muchas veces causan la muerte de la mujer.

En contra de tales razonamientos se ha dicho que nadie tiene derecho a destruir una vida humana, sin importar que ésta se halle en gestación. La ciencia ha probado que desde el momento mismo de la concepción se genera un nuevo ser. El descubrimiento del ADN acredita tal hecho y se sabe que ese nuevo ser tiene todas las características que en virtud de la herencia lo constituye vida humana y persona, pues no puede ser otra cosa. Confirma la vieja sabiduría

popular que dice que todos fuimos óvulos fecundados, que empezamos a ser desde el principio y no después.

Esa nueva vida humana crece y se desarrolla espectacularmente de acuerdo con las instrucciones de su propio código genético. Su presencia motiva automáticamente una relación jurídica bilateral. Aunque el producto no pueda valer por sí mismo, su vida es cierta y surge la correlativa obligación de respeto por parte de todos, y desde luego, de los padres. No hay libertad para destruirla; lo dramático y trascendental de la cuestión salta a la vista.

b).- La eutanasia, que se ha definido como muerte sin sufrimiento, consiste en privar de la vida a una persona condenada a morir por enfermedad o mal que se supone irreversible, acompañada generalmente de dolores y padecimientos o en situación de inconsciencia definitiva. La corriente que la apoya arguye que el paciente tiene poca o nula calidad de vida y que, por tanto, la eutanasia es lícita por constituir una solución al sufrimiento innecesario. Se opone la que afirma que no se deben confundir las condiciones de vida con la vida misma y que la muerte no debe ser obra de nadie, sino de la naturaleza. La vida, desde que surge, es de suyo un camino hacia la muerte, y nadie tiene facultades para fijar su término.³⁷

³⁷ TRUEBA Op. Cit. (27) p.p. 95-102

CAPITULO CUARTO

PERSONAS

4.1 Origen de la palabra persona

Aulo Gelio, señala que el sentido originario entre los latinos del vocablo *personae* , era una careta que cubría el rostro del actor cuando recitaba en escena. Después el lenguaje escénico se introdujo a la vida real, pues, persona significó posición, función, cualidad...por un posterior ajuste lingüístico pasó a denotar al hombre y fue perdiendo su significado inicial hasta indicar al género, individuo humano.

Por otra parte, la especie humana posee significación moral y jurídica, siendo ambas vertientes de gran importancia para el desarrollo de la presente investigación.

4.2 Concepto Ético de persona

Desde el punto de vista ético (moral), persona es el sujeto dotado de voluntad y razón, un ser capaz de proponerse fines libremente y encontrar y usar medios para realizarlos.³⁸

³⁸ FIGUEROA ALFONSO, ENRIQUE OCTAVIO. “Nociones de Derecho Positivo” 3ª ed. Ed. Harla. México 1992 p.326

Es muy conocida la definición que dice que el hombre es un animal racional. Parece indiscutible que la nota que lo distingue de otros seres es su racionalidad o inteligencia. Su capacidad de pensar es lo que nos sirve para caracterizarlo.

La inteligencia humana se caracteriza porque es capaz de comprender y de elegir. Pensar es pesar, comparar, asociar, disociar, dicurrir. Se mencionan como operaciones clásicas: concebir, idear, juzgar y razonar.

El hombre hace abstracciones, reflexiona, formula propósitos para acciones más o menos remotas, induce, deduce, afirma y niega. El animal sabe, pero el hombre sabe que sabe. Tiene sentido de las causas y de los fines; además valora, distingue entre lo bueno y lo malo, lo bello y lo feo.

Se ha llegado a definir la inteligencia como la aptitud de tener pensamientos abstractos y también como la capacidad de adquirir capacidad.

Las anteriores características nos dan una idea de lo específicamente humano independiente del grado de desarrollo de cada individuo. Por lo tanto, se confirma que la nota esencial de la persona es su racionalidad en cuanto hace que el hombre sea lo que es. Se concluye asimismo, que desde este punto de vista todos los hombres son iguales.³⁹

³⁹ TRUEBA Op. Cit. (27) p.p. 19-20

Algunos autores consideran que la característica esencial del hombre no sólo es la razón, sino también la voluntad, ya que es el único ser con capacidad de autodeterminarse así mismo; pero existen otros que estiman que la voluntad va inmersa en la razón, es decir, que ésta encierra todas las características que distinguen al hombre, dentro de las cuales está la voluntad.

Por su parte, Nicolás Hartman, precisa que persona es el sujeto cuya conducta es susceptible de realizar valores morales. Como ser sensible al valor, puede percibir la voz del deber, o sea, las exigencias normativas que derivan del mundo ideal. La persona se determina por principios, por puros valores. El libre albedrío resulta uno de los atributos esenciales de la personalidad desde el punto de vista de la ética.⁴⁰

Ahora bien, el ser humano siempre está en un constante afán de integración, debido a la inconformidad con nuestras limitaciones. Mientras más avancemos en este propósito, más nos acercaremos a nuestra cabalidad. En el camino de su vida puede ir alcanzando variados bienes y satisfactores, sobre todos aquellos que sean de su preferencia. La vocación del hombre es la plenitud. Estamos, pues, sujetos a una ley propia del hombre: la ley de su propio bien o de su propia integración.

⁴⁰ FIGUEROA Op. Cit. (38) p. 314.

Pero, aunque los hombres estamos abocados a nuestro bien, a nuestro perfeccionamiento, esto no se puede alcanzar sin nuestra colaboración. Hay la posibilidad de que nosotros mismos vayamos decidiendo y actuando en el desarrollo de nuestra vida, en la búsqueda y consecución de los valores.

Se nos ha dado la responsabilidad de contribuir en el curso de nuestro camino vital. Es decir, tenemos libertad (subjctiva) para autodeterminarnos, para elegir, para escoger, para seguir una ruta u otra, para planear nuestro desarrollo. Por supuesto que esa libertad está limitada, pues existen muchas cosas que nos suceden que no dependen de nosotros sino de factores insuperables; estamos condicionados por numerosas circunstancias que son ajenas a nuestra voluntad y que pueden disminuir o anular las posibilidades de autodeterminación (o libre albedrío), misma que se ha definido como: posibilidad de superar las fuerzas de las circunstancias.

Dentro del marco de nuestras limitaciones se puede decir que hay libertad para todo, en cuanto que no sólo podemos optar por lo que más nos convenga o enriquezca, sino también por aquello que nos beneficie; pero esto no significa que se nos ha dotado de libertad para labrar nuestro mal. A nadie se le debe desear un daño so pretexto de la libertad.

4.3 Concepto Jurídico de persona

Desde el punto de vista jurídico, Sujeto o Persona es todo ente capaz de tener derechos y obligaciones.

La persona física o persona jurídica individual es el hombre en cuanto sujeto de derecho.

Ahora bien, el hecho de que todo hombre sea persona no significa que la personalidad jurídica del individuo se confunda con su realidad humana o derive de su personalidad moral. El sujeto físico es persona en su calidad de intermediario entre la realidad y los valores. La dimensión del hombre que en el derecho funciona como persona es la dimensión que éste tiene de común con los demás sujetos jurídicos y no su radical individualidad. En el derecho funciona como sujeto el ciudadano, el contribuyente, el soldado, el denunciante, el acusador, el juez, el comprador, el arrendatario, el heredero, el moroso, el delincuente, etcétera.⁴¹

Sujeto de derecho es un ser que un derecho históricamente dado, considera como un autofin, y al contrario, objeto de derecho es aquello que en igual situación se maneja como simple medio para un fin determinado.⁴²

⁴¹ IDEM

⁴² RADBRUCH G., "Filosofía del Derecho" 1ª ed. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, España 1933 p.p. 169-170.

4.4 Tipos de Personas desde el Punto de Vista Jurídico

El concepto persona desde el punto de vista jurídico, tradicionalmente se ha venido clasificando como: **físicas y morales**; pero dada la ambigüedad de tales adjetivos se ha preferido hablar de persona jurídica individual y persona jurídica colectiva, respectivamente.

A) .- Personas Físicas o Jurídica Individual

El Código Sustantivo Civil para el Estado de Guanajuato en su artículo 20 establece: "Son personas físicas los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil." ⁴³

De lo que se desprende que nuestra legislación refiere a las personas físicas de una manera enfocada desde el punto de vista biológico, pero, por el sólo hecho de estar definidas de esta manera por la ley, se reputan personas físicas desde el punto de vista jurídico a los que se encuentren en el supuesto ahí establecido.

⁴³ GUANAJUATO. CÓDIGO CIVIL. 8ª ed. Ed. Editorial Porrúa. México 2005 p. 4

Radbruch, estudia el concepto persona ligado con el de igualdad jurídica, pero considera que nadie es persona por naturaleza o nacimiento (tal lo muestra la institución jurídica de la esclavitud). Ser persona es un acto de personificación del orden jurídico. Todas las personas, tanto físicas como jurídicas son creaciones del Orden Jurídico. ⁴⁴

4.4.1 Atributos de las Personas Físicas

Dentro de la presente investigación resulta imprescindible tratar el tema de los atributos de las personas físicas, ya que son a éstas a las que se estudian como ente individual.

Así, se tiene como atributos los siguientes:

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

1.- *Capacidad Jurídica de las Personas Físicas.*- Ésta es el atributo más importante de la persona jurídico individual, por el simple hecho de serlo, y se divide en dos tipos a saber:

A).- *Capacidad de Goce.*- es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla, si se suprime desaparece la personalidad ya que impide al ente la posibilidad de actuar.

Así, el mismo Código Civil refiere en su artículo 21 que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte; pero ***desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.***

De lo anterior, se desprende el momento en el cual inicia la personalidad de las personas jurídico individual, pues el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir legados y para recibir en donación, aunque si bien es cierto, existen doctrinas que se contraponen a este punto de vista.

Por otra parte el fin de la capacidad y de la personalidad física, se determinan con la muerte. Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó no extinga la personalidad.

Así también existen ciertos de la capacidad de goce que determinan el principio y fin de la personalidad, siendo los siguientes:

* Grado mínimo de la capacidad de goce.- existe en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en la legislación de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva veinticuatro horas.

* Capacidad de goce de los menores de edad.- existe una capacidad de goce casi equivalente a la del mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales, pero con algunas restricciones.

* El tercer grado está representado por los mayores de edad.- en éstos se debe hacer la distinción de mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales y mayores sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes; estas formas no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, pero sí en lo que se refiere a las relaciones de familia, sobre todo para el ejercicio de patria potestad.

B).- Capacidad de Ejercicio.- ésta supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

Si el sujeto está impedido para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones, se necesitará de la figura de la representación como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Así como existen grados de la incapacidad de goce , también las hay de la de ejercicio:

a).- El ser concebido pero no nacido.- que necesitaría de la representación de la madre, o, en su caso de la madre y el padre.

b).- El segundo grado se origina desde el nacimiento hasta la emancipación.- Para los menores existe incapacidad natural y legal, necesitan siempre de un representante; se exceptúan los actos relacionados con los bienes que el menor adquiera por virtud de su trabajo, pues aquí el menor puede realizar los actos respectivos.

c).- El tercer grado de la incapacidad de ejercicio corresponde a los menores emancipados en donde existe sólo incapacidad parcial de ejercicio y, por ende, semi-capacidad; pueden realizar actos de administración de bienes muebles e inmuebles sin representante; también pueden ejecutar actos de dominio relacionados con bienes muebles; pero tienen incapacidad para comparecer a juicio para lo cual necesitan de un tutor. Para celebrar actos de dominio sobre

inmuebles, es necesario la autorización judicial; y finalmente, el menor necesita del consentimiento de sus padres o tutor para contraer matrimonio.

d) El cuarto grado, corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se hayan perturbadas; aquí la incapacidad es total, se necesita de un representante, pero para celebrar actos de dominio necesita de autorización judicial. En cuanto a los actos jurídicos familiares no existe capacidad de goce y no puede tener representante; en cambio en materia de testamentos se acepta que en un momento de lucidez mental pueda otorgarse el mismo.

2.- *El Estado Civil.*- Consiste en la situación jurídica que guarda una persona en relación con la familia. Este estado se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo, o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción.

El Estado Civil crea derechos a favor de las personas, es algo independiente de las mismas, que supone previamente su existencia o constitución, no puede separarse de las mismas, ni ser objeto de enajenación o transacción. Tampoco el estado civil puede considerarse como un bien patrimonial, susceptible de transferencia y de prescripción.

Los documentos en los cuales se hace constar el estado civil de las personas reciben el nombre de Actas del Registro Civil, las cuales son instrumentos en los que constan los actos o hechos jurídicos relativos al estado civil de las personas. Deben hacerse constar en los libros que señala la ley, dando fe de los mismos el Oficial del Registro Civil competente.⁴⁴

Al respecto, nuestra legislación civil establece que en el Estado de Guanajuato el Registro Civil está constituido por la Dirección del Registro Civil, su archivo estatal y las oficialías que determine el reglamento respectivo, cuyos titulares tendrán fe pública en el desempeño de las labores propias de su cargo. Los oficiales del Registro Civil tienen a su cargo autorizar los actos del estado civil y extender las actas respectivas a: Nacimientos, Reconocimientos de Hijos, Adopción, Matrimonios, Divorcios, Defunción e Inscripción de las Ejecutorias que declaren la Ausencia, la Presunción de Muerte, la Tutela y la Pérdida o Limitación de la Capacidad Legal para Administrar Bienes.

3.- *El Domicilio*.- Se define como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él. De esta definición se desprenden dos elementos:

⁴⁴ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO I, INTRODUCCIÓN, PERSONAS Y FAMILIA. 28ª ed. Ed. Porrúa. México 1998 p.p.154-167

a).- La residencia habitual, es decir, el dato objetivo susceptible de prueba directa; y

b).- El propósito de establecerse en determinado lugar o sea, el dato subjetivo que no podemos apreciar siempre mediante prueba directa, sino mediante interferencias y presunciones.

La diferencia entre domicilio y residencia radica en que ésta última es la estancia temporal de una persona en cierto lugar, pero sin el propósito de radicarse en él.

Así, el Código civil para el Estado de Guanajuato señala que: “El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle”.⁴⁵

El propósito de establecerse en un lugar, se presume cuando se reside por más de seis meses en él.

Existen diversas tipos de domicilio como son:

* *El domicilio legal* de una persona.- es el lugar donde la ley le fija su residencia, aunque de hecho no esté ahí presente.

⁴⁵ Op. Cit. (43) p. 5

Así la Ley Sustantiva Civil de nuestro Estado reputa domicilio legal los siguientes:

I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

II.- Del menor que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

III.- De los militares en servicio activo, el lugar donde están destinados;

IV.- De los funcionarios y empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Los que por tiempo menor desempeñen alguna comisión no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplan, sino que conservarán su domicilio anterior, y

V. De los sentenciados a sufrir una pena privativa de libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido.

* También existe el llamado *domicilio de las personas morales* o persona s jurídico-colectivas, que conforme al artículo 33 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, se determina de acuerdo con la ley que las haya creado o reconocido; a falta de disposiciones relativas en dicha ley, de acuerdo con lo dispuesto en su escritura constitutiva, en sus estatutos o reglas que determinen su funcionamiento, y a falta de todos ellos, se determina su domicilio por el lugar donde operen.

* El último de los tipos de domicilio es el *convencional*, que es el que se tiene derecho de designar para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Al respecto, la legislación civil establece que: Las reglas sobre los otros tipos de domicilios, no privan a las personas físicas o morales del derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

La doctrina también ha contemplado el Domicilio Conyugal y lo ha definido como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales.

Las Características Generales del domicilio son:

a).- Toda persona debe tener un domicilio:

b).- Las personas sólo pueden tener un domicilio;

- c).- Sólo las personas pueden tener domicilio; y
- d).- El domicilio es transferible por herencia.

Por otra parte, los efectos de domicilio en general son:

I.- Determina el lugar para recibir comunicaciones, interpelaciones y notificaciones en general.

II.- El domicilio determina también, el lugar de cumplimiento de las obligaciones.

III.- Determina la competencia de los jueces en la mayoría de los casos.

IV.- El domicilio determina el lugar en que habrán de practicarse ciertos actos del estado civil.

V.- Por último, el domicilio viene a determinar el lugar de centralización de todos los intereses de una persona en los casos de quiebra, concurso o herencia.⁶⁶

6.- Finalmente, la Nacionalidad como último de los atributos de las personas se ha definido como la situación que guarda un individuo respecto a la Nación o al Estado al que pertenece.

⁶⁶ Op.Cit. (44) p.p. 193-195.

4.5 Personas Jurídico-Colectivas

Dado que las personas físicas se han visto en la necesidad de unirse con otras para la consecución del logro de sus fines ya sea éstos de carácter político, cultural, religioso, jurídico, entre otros, se creó como consecuencia natural de tales agrupaciones a las personas jurídico colectivas.

El Código Civil no aporta una definición en cuanto a estos entes de derecho, pues sólo se limita a establecer una lista detallada de quiénes se consideran como tales. Así, el numeral 24 dispone: Son personas morales:

- I.- La Nación, las Entidades Federativas y los Municipios;
- II.- Las corporaciones de carácter público y las fundaciones reconocidas por la ley;
- III.- Las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles;
- IV.- Los sindicatos y demás asociaciones profesionales a que se refiere la fracción XVI de la Constitución General de la República;
- V.- Los ejidos y las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley;
- VII.- Todas las agrupaciones a las que la ley reconozca ese carácter.

Así también, se establece que las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución y obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas a sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

CAPITULO QUINTO

LA CONGELACIÓN DE EMBRIONES

5.1 Concepto.

La palabra embrión proviene del griego “**germinar**”, que significa germen de un cuerpo organizado o principio, informe todavía, de una cosa.

Desde el punto de vista biológico define al embrión como la unión del óvulo con el espermatozoide, desde la segunda semana de vida en el útero materno hasta el final del segundo mes, en que ya posee órganos y miembros rudimentarios y su crecimiento es rápido : a partir de entonces se denomina feto.⁴⁵

La congelación de embriones consiste en una técnica por medio de la cual son congelados en medio de cultivo de tejidos que contienen, además, crioprotectores y azúcares para lograr una congelación y formación de cristales adecuados. En forma alternativa, se utilizan protocolos de vitrificación en los que se evita la formación de cristales de hielo mediante el empleo de elevadas concentraciones de crioprotectores y velocidades de congelación muy rápidas. Existen revisiones donde se debaten los aspectos técnicos de las técnicas de congelación de embriones.

⁴⁵ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo IV, Selecciones Del Reader's Digest, Sexta Reimpresión, México D.F., 1990 p. 1239.

Las técnicas de crio-conservación fueron elaboradas en los primeros años 70 con animales, y sólo en la década siguiente se aplicaron al hombre: hasta entonces, los embriones no transferidos se destruían o empleaban en investigaciones. Sin embargo, estas técnicas implican aún hoy un notable riesgo para la integridad y la supervivencia de los embriones, ya que la mayoría de ellos muere o sufre daños irreparables, tanto en la fase de congelación como en la de descongelación.

Además de estos efectos inmediatos, recientes estudios sobre modelos animales han mostrado, en adultos provenientes de embriones congelados, diferencias significativas en aspectos morfo-funcionales y del comportamiento.

Por otra parte la descongelación se realiza cuidadosamente en presencia de concentraciones adecuadas de azúcares no permeables con el objeto de evitar la sobre hidratación de las células al mismo tiempo que se produce la dilución del crioprotector.

5.1.1 Congelación de algunas especies animales.

Los primeros estudios sobre congelación de embriones se realizaron hace ya 50 años, demostrándose que es posible congelar y descongelar oocitos fecundados de conejo en presencia de un crioprotector, veinte años más tarde, se logró por primera vez el nacimiento de crías viables de ratón a partir de embriones congelados a -196°C y -269°C .

Los primeros intentos de criopreservación de embriones humanos, seguidos de transferencia de los embriones y nacimientos, tuvieron lugar a comienzos de los años 80, con ello así, iniciando una nueva etapa en el desarrollo tecnológico en materia de biogenética.

5.2 Problemas Éticos relacionados con la Congelación de Embriones.

El problema no está fundamentalmente en que la congelación afecte la viabilidad del embrión. Ese es un problema "técnico", que podría llegar a ser resuelto, sino el contexto en que se produce. Congelar unos días hasta acoplar su estado de desarrollo al ciclo biológico de la madre que lo va a recibir y gestar no es más que un paso más en la tecnología de la fecundación in vitro.

El problema médico, ético y humano es producir embriones en exceso, a lo que conduce una muy deficiente práctica médica.

Los embriones producidos por fecundación de la aproximada docena de óvulos obtenidos tras multiovulación son defectuosos por su procedencia de óvulos menos maduros que los que se forman en un ciclo natural en cuanto a su desarrollo y capacidad de anidación. Si a su vez se seleccionan los mejores de entre ellos es obvio que los “sobrantes” que se congelan son precisamente los más débiles y a los que más les afecta el proceso de congelación-descongelación. Es precisamente la sospecha de la mayor debilidad que generalmente presentan, una de las causas para que los padres biológicos que ya consiguieron un hijo, les abandonen en las clínicas de fecundación asistida, no sean fácilmente “adoptados” por otras parejas, y que tras el tiempo que permita la ley, pasen a disposición del centro biosanitario para acabar siendo material biológico para investigación.⁴⁶

La misma probabilidad de ser defectuosos elimina estos embriones para un uso terapéutico; es decir cuando la investigación aplicada logre dominar las células madre embrionarias que proceden de ellos, se producirán nuevos embriones para obtener esas células de padres biológicos fértiles.

Cabe también resaltar que uno de los principales motivos por lo que se acude a este tipo de técnicas es por el problema de la esterilidad y que de esta forma se presente resolver este tipo de problemas.

⁴⁶ http://www.cbhd.org/resources/stemcells/position_statement_es.htm

La tentación de manipular al ser humano, sin parámetros éticos, dándole categoría de objeto, mercancía o instrumento, puede convertirse en un arma muy poderosa, en manos de un grupo que responda a determinada ideología discriminatoria, puede lograr su utilización con fines políticos, científicos o económicos, dominio o esclavitud, incluso la destrucción de la vida, empleando métodos y medios de investigación que no respeten la dignidad de la persona, ni los límites de la tutela, ni la integridad, en cualquier etapa de la vida, esto significa entregar la existencia y la libertad de nuestra descendencia a irresponsables que se consideran autorizados a desarrollar sus ideas en aras de beneficios personales.

Los “éxitos” obtenidos de esta forma no se deben callar, hay que denunciarlos con bases científicas, análisis Éticos y Bioéticos. No es la primera vez que la humanidad paga un alto precio cuando grupos irresponsables, que confundieron en sus inicios a muchos, justificando el bienestar de unos con la discriminación de los indefensos. La Historia ha demostrado que no se puede confiar tanto poder sin control.

La relación sexo-reproducción-familia supera el aspecto biológico, esto sólo se logra en la unión de dos seres de sexo opuesto, no puede haber un manipulador porque destruye la sexualidad agregando problemas como la muerte provocada de inocentes, aumentando su ilicitud ética.⁴⁷

⁴⁷ <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1649/articulo.php?id=26929>

5.3 Problemática de la Muerte del Embrión.

Hay quienes proponen que lo mejor que podemos hacer con los embriones congelados que han sido abandonados por sus padres (porque no los quieren, porque la clínica no los localiza, porque han muerto, etc.) es dejarles morir.

Existe, ciertamente, una distinción entre matar y dejar morir. Pero pueden darse casos en los que un “dejar morir” sea equivalente a matar. Pensemos, por ejemplo, en una persona que acaba de sufrir un infarto. Si un médico se niega a reanimarlo sin ningún motivo aparentemente válido, no comete un crimen violento (no dispara al enfermo), pero su omisión es causa de una muerte que se habría evitado en el caso de que hubiese hecho lo normal en esos casos. Este ejemplo indica que no todo “dejar morir” es éticamente correcto. Hay casos en los que es posible condenar judicialmente a quien ha omitido una ayuda debida a quien la necesitaba y ha provocado, por lo mismo, su muerte o un grave daño.

¿No podemos establecer una analogía entre el dejar morir a un enfermo terminal y el dejar morir a los embriones congelados?

En el caso del enfermo terminal, algunos actos médicos, que resultarían útiles en otros casos, resultan desproporcionados y sólo provocan graves dolores y un alargarse de la agonía. Tales actos han de ser evitados. En ese sentido, sí sería correcto “dejar morir” al enfermo terminal, siempre que no se omitan las curas básicas que se le debe como persona (hidratación, nutrición, higiene, tratamiento del dolor, etc.).

El embrión congelado se encuentra en una situación muy distinta.

Un porcentaje no pequeño de embriones congelados podría sobrevivir si fuesen descongelados de modo adecuado, y luego transferidos al útero de una madre adoptante. En otras palabras, si mueren no es como resultado natural de la simple descongelación, sino por el hecho de que, una vez descongelados, no han sido tratados de modo conveniente ni transferidos a un útero. Estas omisiones serían la verdadera causa de su muerte.

Por lo mismo, hemos de reconocer que los embriones congelados no se encuentran en un proceso irreversible de muerte, como lo estaría el enfermo terminal. Dejarles morir, por lo tanto, no es simplemente darles “permiso” para que desemboquen en la muerte a la que estarían orientados “naturalmente” si se suprime la injusticia de la congelación, sino que **“dejarlos morir implica el fracaso de una sociedad que no ha sabido garantizarles la transferencia al útero de sus madres o en el útero de alguna mujer que se haya ofrecido para darles una oportunidad de continuar su proceso vital”**.

Un ejemplo puede ilustrar esta valoración. Imaginemos un laboratorio que tiene congelados dos grupos de embriones.

El primer grupo son “embriones sobrantes”: sus padres han declarado no tener intención de usarlos y han autorizado su destrucción o el que se les deje morir.

El segundo grupo son embriones todavía objeto de interés por parte de quienes los encargaron, en vistas a una futura transferencia (en unos meses o unos años). Un día un científico decide descongelar y dejar morir a los embriones del primer grupo, pero se equivoca y deja morir a los del segundo grupo.

Desde el punto de vista objetivo, la acción ha sido simplemente “dejar morir a embriones congelados”. En la práctica, los “titulares de derechos” sobre esos embriones del segundo grupo demandarán al científico por imprudencia grave: ha destruido a hijos que todavía eran deseados.

Alguno dirá que el valor de esos embriones nacía precisamente del hecho de ser “bienes” especialmente apreciados por sus “poseedores”.

Nosotros respondemos que un embrión vale tanto si es querido como si no, tanto si se considera que puede ser “útil” para una transferencia futura como si sus padres ya no desean acogerlo y defender su derecho a la vida.

En otras palabras, los dos grupos de embriones del anterior ejemplo tienen el mismo derecho a la vida y la misma dignidad. Indignarnos porque se ha “dejado morir” embriones deseados, y quedarnos impasibles si se “deja morir” a embriones no deseados, nos parece una enorme injusticia y un atentado grave contra el derecho a la vida que tiene todo embrión, independientemente de si es o no es amado por quien debería responsabilizarse de su existencia.

Desde luego, si algún día la ciencia llega a determinar que a partir de 10, 15 ó 20 años de congelación, todos los embriones mueren al ser descongelados, incluso cuando se hace todo lo posible por rescatarlos para transferirlos en una mujer, aunque aún así en ese caso resultaría absurdo e indigno mantenerlos congelados por todo de ese número de años.

En este supuesto, ¿sería lo más correcto sacarlos del congelador y permitirles una muerte digna?

Mientras no tengamos certeza acerca de este punto (certeza que es alcanzable sólo por la ciencia, la cual no debe usar métodos injustos para llegar a tal certeza), lo mejor que podemos hacer por estos embriones es buscar a alguien que pueda adoptarlos. Si nos faltan adoptantes, podemos mantenerlos todavía por algún tiempo en estado de espera, en su situación (que sigue siendo injusta) de congelación, en vistas a que un día no muy lejano puedan ser adoptados.

Queda un punto problemático que ha sido suscitado recientemente. Pensemos en un embrión que ha sido dejado morir por descongelación.

¿Es posible, desde el punto de vista ético, tomar sus células aún vivas, cuando haya muerto, para usarlas como material de experimentación, en especial en el nuevo sector de la ciencia que se ha abierto con los estudios sobre células madres (también llamadas células estaminales)? La respuesta, según creemos, debería ser un rotundo **“NO”**.

En primer lugar, porque no resulta fácil definir cuándo muere un embrión en sus primeras etapas de desarrollo.

En segundo lugar, porque algunos embriones han sido congelados cuando se encontraban en las primeras fases de desarrollo (cuando tenían 2, 4 u 8 células, por ejemplo).

Las células de estos embriones, una vez descongelados, pueden, en condiciones adecuadas y tras una fuerte intervención técnica, permitir la creación de un nuevo individuo completo (un gemelo o clon del embrión muerto o destruido). Decir que tomamos tales células desde un embrión ya muerto para usarlas como material biológico puede encubrir una realidad sumamente grave: seguramente algunas de esas células serán cultivadas para formar embriones completos que luego serán destruidos con la excusa de que han sido “fabricados” para la experimentación. La situación sería distinta si la congelación se produjo

cuando el embrión tenía un mayor número de células (en el 5 día de vida embrionaria, fase de blastocisto), pero no la consideramos por ahora.⁴⁸

Durante años los medios de difusión masiva, casi siempre en manos de poderosos intereses, no tienen en cuenta los principios éticos que defienden al ser humano desde la concepción, que es el origen de la vida, contrario a esto se ha desarrollado una cultura hedonista basada en el placer y sin responsabilidad, llegan a darle al hombre el nivel de complacencia a todos sus deseos, se complace en la comida, el sexo, los viajes, y la vida cuando lo deseen los clientes.

En ocasiones las mujeres asisten a las prácticas de estas técnicas no estando casadas, guiadas por una fuerte voluntad de tener un hijo, ocultando un sentimiento contrario; no desean tener un hijo por lo que será sino para tener el estatus de madre que la naturaleza no le ha otorgado, en otras ocasiones la justificación está en conflictos con la familia, ambas demuestran la pérdida del sentido de ser madre.

La reproducción asistida mal orientada, y con una dosis de propaganda, llega a ser ofensiva y degradante para la pareja, que busca en la medicina una respuesta a su sufrimiento siendo manipulados y explotados como conejillos de indias. Hieren la sensibilidad de la maternidad, por el alto número de

⁴⁸ <http://www.humanitas.cl/biblioteca/articulos/d0080/>

fracasos, y no tienen en cuenta los medios naturales de la reproducción, anula la responsabilidad materna, con toda la carga de amor que produce, la relación sexual, concepción, embarazo y parto. Crea una nueva forma de reproducción artificial que dista mucho de la única, fruto de la evolución del ser humano.

El fenómeno que existe en la sociedad, de asombro, fruto de la curiosidad por cosas que son extraordinarias o fuera de lo corriente, esta poderosa tendencia humana en buscar lo novedoso, de conocer lo último en la técnicas y someterse a ello sin un conocimiento profundo de lo que van a hacer, lleva una atención a lo extraordinario, a lo anormal, a lo que tiempos atrás era impensable, este misterio resultado en parte de la ignorancia, nos atrapa y nos hace creer que somos partícipes del desarrollo técnico científico. Si no estamos bien orientados desde el punto de vista ético y bioético seremos víctimas del engaño.

Para enfrentar todas estas cuestiones es necesario comenzar con la educación de los médicos desde las escuelas de medicina.

La enseñanza de la embriología en la formación del personal médico, debe tener en cuenta que es un ser vivo, independiente, con dignidad.

Las investigaciones multidisciplinarias no pueden considerar al embrión como cosa, estar en los parámetros éticos que no permitan su destrucción. El hombre como unidad corpo-espiritual merece respeto a todas las realidades y valores personales. Reconocer el significado integral y la orientación

inmanente de todas las dimensiones ligadas a la persona como la vida física, libertad, y la sexualidad; esta última con la presencia de los aspectos unitivos y pro creativo opuesto a la instrumentación. El individuo asume consciente y libremente sus relaciones; cuando la sexualidad es utilizada como le parece, según sus deseos, necesidades, circunstancias, se llega a considerar el cuerpo humano como objeto, fuente de placer y no realidad personal.

5.4 La Congelación de Embriones en la Actualidad.

La congelación de embriones se considera actualmente un protocolo de rutina y completamente validado en el tratamiento de la infertilidad, con unas tasas de implantación aproximándose a las obtenidas con embriones no congelados. Recientemente se ha realizado en Francia un análisis de una larga serie de transferencias embrionarias (involucrando miles de casos) que ha permitido concluir que la gestación por embrión es menor con embriones criopreservados (7.3%) que en embriones frescos (9.2%). De todas maneras, se ha observado que el daño experimentado por los embriones como resultado de la congelación-descongelación es del orden del 30%.

Es habitual, antes de proceder a la transferencia, realizar un cultivo in vitro de los embriones descongelados durante un período de 24 horas para asegurarse que continúan en desarrollo.

Al analizar este difícil problema de la fecundación asistida o la aplicación de la tecnología a la reproducción, es importante que no tan solo teólogos y filósofos estén al día en los adelantos científicos sino también médicos, investigadores y los identificados con la causa de la dignidad del ser humano y el respeto por la vida naciente, hombres de buena voluntad.

La aplicación de la tecnología al ser humano no genera por sí misma la sabiduría necesaria para progresar sin hacer daño necesitando de la ética y la Bioética para poder orientar en lo que es lícito o no.

5.5 Los llamados posibles beneficios que pueden ser obtenidos mediante la congelación de embriones.

Por otra parte desde el punto de vista zootecnista los programas de transferencia de embriones tienen la capacidad de diseminar la riqueza de la genética superior en el ganado y acortar los intervalos generacionales en los programas de selección. El éxito económico depende de la genética utilizada, el manejo del ganado y de la habilidad en mercadotecnia y ventas.⁴⁹

⁴⁹ http://www.engormix.com/s_articles_view.asp?art=561

Sin embargo desde el punto de vista científico la finalidad de la congelación de los embriones humanos ha surgido a raíz de tratar y/o sustituir la inseminación de manera natural a través de la congelación de los embriones con el objeto de que aquellas parejas que de forma natural no pudiesen cumplir con el cometido que es el de ser padres, y que mas que con esta técnica moderna rompen con el esquema natural para hacer cumplir sueños a muchas familias o personas que deseen tener descendencias. Pero aún así existe la reflexión antropológica en el que reconoce en el matrimonio con su unidad indisoluble el único lugar digno para la procreación. No consideran lícitas otras formas como la fecundación artificial heteróloga, la maternidad sustitutiva y toda actuación que disocie entre los gestos destinados a la fecundación humana y el acto conyugal.

De acuerdo a la nueva reproducción asistida de este tipo ha aumentado muy consideradamente el uso de estas técnicas como forma eficaz como deseo para tener un hijo.

5.6 La Congelación de Embriones y el Derecho Natural

Siendo la vida uno de los principales valores de la humanidad, resulta evidente que para el Derecho Natural aquélla representa una de las facultades más preciadas y protegidas del hombre por el simple hecho de serlo, pues sin la protección a la vida resultaría imposible alcanzar los fines por los cuales el hombre fue creado, y, por ende, hombre perdería su esencia misma.

Es así pues, como las técnicas de congelación embrionaria han venido causando gran polémica en el sentido de que en determinado momento puede herirse ese valor supremo llamado vida, que para muchos, pudiera no considerarse todavía la existencia de una persona, por tratarse de un embrión, que todavía no razona, no escucha, no ve, no siente; pero, para otros, sin duda, esos embriones ya representan un ser humano con posibilidades de desarrollarse y de venir al mundo en que vivimos y su destrucción obviamente representaría una evidente violación a ese derecho inherente a los seres humanos.

5.7 La Congelación de Embriones y el Derecho Positivo

Ahora bien, ya quedo estudiado lo que entendemos por Derecho Positivo, el cual es entendido como aquél que es creado por el Estado a través de los órganos legislativos, esto es, que sólo tiene validez aquél conjunto de normas que provienen de la creación de las personas en ejercicio de su poder legislativo y que son plasmadas en un cuerpo de leyes para ser observadas y cumplidas.

Analizando los diversos cuerpos normativos que existentes hoy en día, resulta que aún no existen normas de derechos que regulen de manera específica lo relativo al uso que se les da a los embriones que son congelados, ya que se ha dicho que, éstos muchas de las veces son destruidos sin que las personas que realizan dicha técnica les preocupe las consecuencias jurídicas a las que pudiera enfrentarse.

Nuestra legislación civil en cierta manera protege a esos embriones pues nos dice que “desde que un individuo es concebido entra bajo la protección de esa ley y se les tiene por nacido para los efectos de ese código”.

Sin embargo, como se puede apreciar, los embriones sólo están protegidos por la legislación en materia civil en determinados casos, más no así en materia penal la cual es la que protege el derecho a la vida al castigar a quien prive de la vida a otra persona.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No podría concluirse la presente investigación sin antes dejar claramente precisados de qué manera los conceptos más relevantes de la misma, han servido para formular las deducciones a que se ha llegado.

Así, el derecho en general siendo la gran base de nuestro estudio, tiene dos grandes tendencias a saber: el Derecho Natural y el Derecho Positivo, el primero alude a los valores, al derecho que tiene el individuo por el simple hecho de ser persona; el segundo a la forma de creación del derecho, así como a su eficacia. Pero, independientemente de que existan dos vertientes del derecho, éste es único, una universalidad integrada, en donde, para lograr un derecho ideal, debe haber una interdependencia entre el derecho natural y el derecho legislado y el que realmente es aplicable en nuestro sistema jurídico; pues aún y cuando el fin primordial del derecho es la justicia, ésta no podría darse sin que exista un ordenamiento que regule las bases para poder alcanzarla, pues si careciéramos de dicho orden el derecho no tendría una regulación y por tanto, una verdadera eficacia en la sociedad, y por ende, los valores y fines del derecho no podrían aplicarse de manera adecuada.

SEGUNDA.- Asimismo, los valores estudiados en la presente tesis, son valores específicos, esto es, valores jurídicos, que, sin duda, es difícil o bien, imposible, dar una definición convincente para todos, pues se

trata de un concepto de naturaleza claramente subjetiva, pues ha quedado precisado que lo que para una persona puede tener valor, puede no tenerlo para otra, dependiendo de la jerarquía de los valores.

Sin duda alguna, existen ciertos valores que el Derecho los ha tomado como sus propios fines, y, es en base a ellos alrededor de los cuales gira. Los fines del derecho más relevantes o esenciales son sin duda: La Justicia, que, en general, ha sido definida como la prudencia de dar a cada quien lo suyo o lo que le corresponde. Concepto éste que suena muy simple o muy vago, pero que analizado detenidamente puede generar diversas vertientes u opiniones; el Bien Común, el cual es una noción del bien en general, basado en el trabajo colectivo para lograr el bienestar del individuo que se agrupa, uniendo esfuerzos; esto es, un conjunto de obras materiales e inmateriales concebidas como obras de la humanidad para la realización del bienestar del individuo; La Seguridad jurídica fin esencial del derecho, es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que, si éstos llegaren a producirse, le serán asegurados mediante la aplicación y cumplimiento de la ley. Esto significa que la seguridad jurídica atiende en sí a la eficacia del derecho lo que se estudió como Derecho Positivo Realista.

TERCERA.- Uno de los temas torales estudiados en el presente trabajo de investigación, es el referente a los Valores, vistos como una medida o parámetro de validez que una persona atribuye a una cosa o

acción cuando sirve para satisfacer una necesidad de cualquier índole. Sin embargo, esta definición no es para todos válida, pues existen posturas subjetivistas y objetivistas, como ya ha quedado estudiado.

Es indudable que existen valores que, como su nombre lo indica, son de primordial valor o importancia para todos, y si no para todos, para la mayoría de los seres humanos, como lo es la vida, misma que no ha sido definida, ya que se trata más bien de un concepto de naturaleza descriptiva. El Derecho sólo toma en cuenta la vida humana como el suceso que es y que debemos preservar a toda costa, siendo incuestionable que las leyes prohíban el homicidio.

CUARTA.- Por otra parte, se colude que, siendo la Persona un sujeto dotado de voluntad y razón, un ser capaz de proponerse fines libremente y encontrar y usar medios para realizarlos, ésta es sin duda alguna, el único ser que es capaz de construirse así mismo, pero también de destruirse; y es que, además de la razón también posee como característica esencial a la voluntad, la cual se ha definido como la capacidad del hombre de poder autodeterminarse asimismo, lo que conlleva a que la persona pueda comprender y elegir, comparar, concebir, idear, juzgar y razonar. Sin embargo, podría pensarse que todas esas características de la persona le fueron atribuidas para alcanzar fines buenos y realizar buenas obras, pero la evolución del hombre ha demostrado que no es así, pues esa razón y voluntad en muchas ocasiones es empleada para la realización de acciones

u omisiones carentes de valores, de moral o de ética, y es que el hombre elige, escoge su ruta, planea su desarrollo, sin importar muchas veces, el daño o mal que se somete en perjuicio de sus semejantes, pues opta por lo que más le conviene o enriquece olvidándose de los valores y principios éticos o morales. Es así pues, como la persona misma puede llegar destruir a los otros, causando daños ya sea en su integridad física, emocional, o en su patrimonio; pero lo más grave resulta cuando una persona priva de la vida a otra, ya sea desde un embrión al que le arrebatara las posibilidades de venir al mundo, o bien hasta una persona que se encuentra al borde de la muerte. Estos actos no son más que el resultado de la carencia de valores de las personas y de la inadecuada jerarquización que le ha dado a los mismos, además de que, en muchos casos ese derecho a la vida no se encuentra protegido por los ordenamientos jurídicos, como es el caso de la destrucción que se efectúa a los embriones que se congelan para diversos fines.

QUINTA.- Finalmente, se concluye que la Congelación de Embriones como técnica para realizar estudios genéticos, o bien, para lograr una fecundación artificial y ser implantado el embrión en una madre sustituta, constituye una evidente violación al derecho natural de la vida, pues con dicha técnica pueden ser destruidos infinidad de embriones que se consideran que no son de alta calidad y con ello se impide que dicha célula embrionaria logre su desarrollo y nazca a la vida que nos rodea. Así, se

confirma claramente que con el empleo de dicha congelación se vulnera no sólo el derecho natural, sino que también se infringe el derecho positivo, pues los embriones también entran bajo la tutela de los ordenamientos jurídicos. Al respecto el artículo 21 de nuestra Ley Sustantiva Civil establece de manera precisa que desde que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y aún más se le tiene por nacido para los efectos de dicha legislación. Sin embargo las leyes penales aún no han contemplado la protección a la vida de los embriones que son tratados fuera del vientre materno. De lo que se colude, que los actos humanos consistentes en esas técnicas de congelamiento pueden en un momento vulnerar el derecho de la vida, ya que en muchos casos esos ya seres humanos llegan a ser destruidos, esto es, se destruye una vida sin mayor trascendencia moral ni jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ LEDEZMA, MARIO. “Introducción al Derecho” Ed. Mc Graw-Interamericana de México, S.A. de C.V. México, 1995 p.p. 363.

DE PINA, RAFAEL. “Diccionario de Derecho”. 20ª ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1994 p.p. 334.

FIGUEROA ALFONSO, ENRIQUE OCTAVIO. “Nociones de Derecho Positivo” 3ª ed. Ed. Harla. México, 1992 p.p. 326

GARCÍA MAYNEZ EDUARDO. “Introducción al Estudio del Derecho”, 28a ed. Ed. Porrúa, S.A- México, 1978 p.p. 444.

GÓMEZ GONZÁLEZ, FERNANDO FLORES Y OTRO. “Nociones de Derecho Positivo Mexicano 2ª ed. Ed. Olimpo México, 1969 p.p. 268.

KELSEN HANS. “¿Qué es la Justicia?” 7ª ed. Ed. Distribuciones Fontamara S.A. México, D.F. 1997 p.p.83

KELSEN HANS. “Teoría de la Justicia”. 3ª ed. Ed. Fondo de la Cultura Económica México, D.F. 2000 p.p. 549

MARQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. “Filosofía del Derecho. 1ª Reimpresión. Ed. Trillas, México 1996 p.p. 241.

PRECIADO HERNÁNDEZ, MANUEL. “Lecciones de Filosofía del Derecho”. 4ª ed. Ed. Trillas. México, 1999 p.p. 326.

RADBRUCH GUSTAVO “Filosofía del Derecho” 1ª ed. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1993. p.p. 272.

RECASENS SICHES, LUIS. “Tratado General de Filosofía del Derecho”. 7ª ed. Ed. Porrúa, México 1981. p.p. 316.

ROJAS ARMANDI, VICTOR MANUEL. “Filosofía del Derecho”. 7ª ed. Ed. Harla. México 1991 p.p. 351.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. “Compendio de Derecho Civil. Tomo I Introducción Personas y Familia. 28ª ed. Ed. Porrúa. México, 1998 p.p. 533.

TERÁN, JUAN MANUEL. “Filosofía del Derecho” 11ª ed Ed. Porrúa, México, D.F. 1989 p.p. 370

TORRES GÓMEZ, ANTONIO. Introducción al Estudio del Derecho. 3ª ed. Ed. Universidad de Guanajuato. Guanajuato, México, 2000. p.p. 266.

TRUEBA OLIVARES, EUGENIO. “Guía Temática de Filosofía del Derecho” 2ª ed Ed. Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho. Guanajuato, México 2000 p.p. 137.

LEGISLACIÓN:

GUANAJUATO. CÓDIGO CIVIL. 8ª ed. Ed. Porrúa, México, 2000 p.p. 482

OTRAS FUENTES

http://www.engormix.com/s_articles_view.asp?art=561

<http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1649/articulo.php?id=26929>

http://www.cbhd.org/resources/stemcells/position_statement_es.htm

<http://www.humanitas.cl/biblioteca/articulos/d0080/>