

308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

49
2es



T E S I S

**"LA PERSONA NORMAL: UNA PROPUESTA
DE GRATA EJECUCION"**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A
MARIA TERESA NICOLAS GAVILAN

DIRECTOR DE TESIS:
LIC. GONZALO URIBARRI CARPINTERO.

MEXICO, D. F.,

1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

259043



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 TI que siempre crees en mí.

A mis padres porque con su solidez y cariño me enseñaron ¡lo que vale la pena para toda la vida!

A mis hermanos porque siempre seremos hermanos.

A mis sobrinos porque son la alegría de la casa.

A mi familia por el valor y el coraje que da la tradición y la sangre.

A mis amigas por todos los momentos geniales y también por los menos geniales.

A mis profesores por su enseñanza y exigencia.

A mi Universidad por el sello que deja ser U.P.

A ti por tu normalidad.

A ti por la suerte de coincidir.

A ti porque siempre me hablas con verdad.

A ti porque me enseñas el valor de la realidad.

A TI que te empeñas en hacer el vivir feliz.

ÍNDICE.

PROLOGO.	1
INTRODUCCIÓN.	3
ADVERTENCIA.	7
CAPITULO PRIMERO	8
EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA; UNA VISIÓN HISTÓRICA.	
1. EN EL DERECHO ROMANO (S. VIII A.C. A XIII D. C.)	8
-CONCEPTO ETIMOLÓGICO.	9
-CONCEPTO EN EL DERECHO POSITIVO.	11
-CONCEPTO EN EL IUSNATURALISMO ROMANO .	11
-CONCEPTO COMO ATRIBUTO.	13
2. CONCEPCIONES TEOLÓGICAS DE LA PERSONA (S.V D.C. A XIII D.C.)	14
3. DERECHO CANÓNICO.	20
4. LOS GLOSADORES Y POSTGLOSADORES.	22
5. LOS ROMANISTAS (S.XIII).	23
6. EL DERECHO MODERNO (S.XV) .	24
-El concepto de persona según Hugo Groccio.	27
-El concepto de persona en Pufendorf.	28
-El concepto de persona según Rousseau.	30
LA PERSONA SUJETO.	30
LA PERSONAS ATRIBUTO.	32
LA PERSONA RELACIÓN.	34
LA PERSONA OBJETO.	36
7. PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO (S.XX)	41
Hans Kelsen.	41
Antonio Millan Puelles.	43
Francisco Carpintero.	44

CAPITULO SEGUNDO	49
EL SUJETO DE DERECHO.	
1. Hombre-Persona; conceptos idénticos o relacionados o dependientes?	49
-Artículos de la Constitución Política Mexicana.	54
2. El concepto de individuo suplantando al de persona como titular del Derecho.	59
a. El individuo.	60
b. La libertad.	62
c. La razón.	63
d. El instinto.	63
e. La inmanencia.	64
f. La igualdad.	65
g. La justicia.	65
h. El pacto.	65
i. El estado.	66
Critica a la postura iusnaturalista racionalista.	67
CAPITULO TERCERO	76
PERSONA ATRIBUTO.	
1. Relación que guardan los conceptos de persona (sujeto) y personalidad (persona atributo).	76
2. Diferencia que guardan los conceptos de persona (sujeto) y personalidad (persona atributo).	77
3. Evolución histórica.	77
4. Teorías actuales de la personalidad.	82
5. Personalidad y Capacidad.	85
CAPITULO CUARTO	91
PERSONA NORMAL.	
1. CONCEPTOS PRELIMINARES.	92
1. PERSONA NORMAL.	92
2. DERECHO CONCRETO.	93
3. VIDA FELIZ.	94
4. PERSONAJE.	97

5. INMANENTE.	99
1. ¿QUE ES LO NORMAL?	101
a. Que no es lo normal.	101
2. QUE ES NORMAL.	105
3. ¿DONDE ESTA LO NORMAL?.	112
a. Derecho natural ideal.	112
b. Y si nos planteamos lo ideal.	113
c. Derecho inmutable.	114
4. ¿DONDE ESTA LA NORMALIDAD?	116
5. ARTE DEL DERECHO: MEDIR	121
6. LO QUE NO ES EL ARTE DEL DERECHO	122
7. LO QUE ES	123
CONCLUSIONES.	125
BIBLIOGRAFÍA.	135

PROLOGO

Hace ya un par de años tuve la suerte y la audacia (que también ayuda lo suyo) de asistir a unas clases, no se si llamarlas así, creo que les va mejor el nombre de cátedras impartidas por el Doctor Carpintero, Profesor de la Universidad de Cádiz, gran humanista y filósofo del Derecho, en la maestría de Derecho que mi Universidad ofrece ; en esas cátedras me sorprendió el enfoque que le dio al concepto de persona, presentando una visión clásica y revolucionaria, al afirmar que no existe la persona jurídica como un ente real y tangible, sino que la persona corresponde a los roles o papeles que los hombres vamos adoptando en la vida social, pudiendo así un hombre albergar varias personas. A esta nueva persona la bautizó como persona normal.

El interés que suscitó en mi esta concepción tan “ágil” de persona normal radica en que el patrón o medida de esta persona no es el deber ser o un código perfecto de reglas, sino la misma normalidad, el comportamiento normal que se espera de “cierta” persona.

El deseo de felicidad, que experimentamos de manera tan vehemente los hombres y la necesidad y aspiración, de que ésta se traduzca en la vida social como armonía, hace todavía más activa la proyección de la persona normal, por que actuando como persona normal se logra el fin último del Derecho que es el bien común y por lo tanto la vida feliz de los miembros de la comunidad.

LA PERSONA NORMAL : UNA PROPUESTA DE GRATA EJECUCION

La presente tesis tiene el propósito de ser un altavoz de esas ideas, exponiendo de una manera, lo más lógica y contundente este concepto de persona normal, y si bien esta idea pertenece al Dr. Carpintero lo aquí expuesto y la manera de encuadrar y justificar a esta persona y su comportamiento, los asumo como propios, con la idea de contribuir en algo a la comprensión y desarrollo de este tema.

INTRODUCCION

El hombre es el tema central de tantos pintores que buscan plasmar en sus lienzos los rasgos de este cuerpo y alma. Es el motivo de disquisición para los filósofos que se preguntan sobre la naturaleza más profunda de este espíritu encarnado. Para los poetas que quieren expresar con letras el océano inmenso de sentimientos y pasiones. Y en último caso para todos, que alguna vez nos cuestionamos ¿quién soy? ...

En el ámbito jurídico, el concepto de persona, juega un papel central, pues es el hombre el único ser, por excelencia, titular de Derecho, capaz de ser sujeto activo o pasivo de derechos y obligaciones, y más aun, aunque suene ambiciosa esta afirmación, el hombre es un ser jurídico por naturaleza.

Esta naturaleza jurídica se encuentra enraizada en el binomio, corpóreo espiritual del hombre, porque es su naturaleza corpórea lo que le hace necesitar bienes para poder sobrevivir, y es esta extensión corpórea lo que le permite poseer materialmente los bienes de los que se ostenta propietario. Por su espíritu - y este es el nervio de la explicación - se posee en primer lugar a sí mismo, y es en esta categoría espiritual en la que se justifica la titularidad, el título de lo que le es debido, y por lo que puede reclamar lo justo para él. Vale la pena detenernos en este punto y dejarlo claro "una persona es un ser, que es ser tan - de tal manera es ser - que domina su propio ser. **El propio domino -**

que en su radicalidad es ontológico - es el distintivo del ser personal ..."¹ y este dominio propio le hace que pueda dominar y tener bienes, sin ser tenido.

La faceta social del hombre es lo que en definitiva hace al hombre un ser jurídico, ya que es en la convivencia con los demás hombres donde se darán esas relaciones jurídicas, de derechos y deberes.

Vale la pena advertir que este tema de la **persona normal** no tiene únicamente fines académicos y de estudio, sino que se propone convencer a los que la conozcan que vale la pena comportarse como persona normal, que la normalidad de la conducta no es una imposición categórica del deber ser, sino que es ubicarse en el *principio de realidad*, actuar de conformidad con lo que se es. Por lo tanto el comportamiento normal no es de difícil sino de grata ejecución.

En el primer capítulo se expondrá de manera concreta y siguiendo un esquema de tabla lineal histórica, las distintas concepciones que, en la ciencia jurídica, se han ido desarrollando en torno al concepto persona. Este capítulo servirá de introducción al tema que nos ocupa y sentará las bases para entender mejor la investigación.

Los capítulos segundo y tercero se dedicarán a abordar algunas cuestiones sobre el hombre como sujeto de derecho y la personalidad ; estas cuestiones que se tratan no pretenden abarcar en su totalidad los temas, sino detenerse en algunos puntos concretos necesarios par el objeto de la presente,

¹ Javier Hervada "Introducción crítica al estudio del Derecho Natural" 2da. Edición Editora de Revista, México, 1988, p. 64

por lo que esos capítulos se estructuran conteniendo un para de preguntas que se responden y que nos aproximan al tema de la persona normal que se expondrá en el último capítulo.

Dentro del capítulo segundo se consideró necesaria una exposición de los puntos que definen y forman parte del pensamiento jurídico moderno, del llamado “Nuevo Derecho Natural” dentro del cual se enmarca la *juristische personae* kantiana. Este tema es clave para entender al mundo de hoy.

En el tercero se expondrá el concepto de “persona atributo” o personalidad, que se refiere a la capacidad del sujeto, que le atribuye la ley, para ser titular de derechos y obligaciones. En este capítulo vemos que se mezclan elementos de derecho natural (la titularidad inmanente del hombre) y el poder del estado para determinar, a través de sus órganos legislativos, las normas que regirán esta capacidad.

El último capítulo contiene la propuesta, punto neurálgico de la presente investigación, en el que se encontrarán conceptos ético-jurídicos basados en el análisis de la “normalidad” - idea madre del comportamiento de la persona - los cuales explicados de una manera lógica y sistemática nos llevarán a concluir que esta manera de comportarse “normalmente” - siguiendo el curso de la naturaleza de las instituciones - reafirma el ser naturalmente personas y promete garantizar a la sociedad una vida feliz.

El campo dentro del cual se desarrolla esta investigación y de intento lo aclaro es el Derecho positivo concreto, que se define como “la ordenación de las relaciones sociales mediante un sistema de normas obligatorias fundadas en principios éticos y efectivamente impuestas y garantizadas, o susceptibles de serlo por la voluntad imperante de una comunidad organizada que, a través de las decisiones y de los hechos diversos en que tales normas se traducen, regulan la organización de la sociedad y las relaciones individuales de los que viven dentro de ella,” buscando determinar lo que es justo o razonable aquí y ahora, lo que se debe dar a cada uno como suyo.

La presente investigación trata de ser lo más sistemática y concreta, sin dejar por eso de dar los fundamentos necesarios, ya que la sabiduría popular no se equivoca cuando dice que lo bueno y breve, es dos veces bueno.

ADVERTENCIA

Para todos aquellos que tienen aversión a la filosofía, es de advertir que los conceptos jurídico y filosófico de persona (propio de cada autor o grupo de autores dentro de un época concreta) van a la par , ya que el filosófico influye en el jurídico y el jurídico influye en el filosófico, por lo que es imposible que en la presente investigación se le deje de lado.

CAPITULO PRIMERO

EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA UNA VISION HISTORICA

1. EN EL DERECHO ROMANO (s.VIII a.C. a VI d.C.)

En los escritos de Derecho romano primitivo no se encuentra la palabra persona. Al sujeto de Derecho se designa con el vocablo "caput". Por Caput, se designa a un hombre con estado jurídico pleno y, este estado jurídico se halla legalmente constituido por tres elementos: la libertad, la ciudadanía y la familia,³ caput, o sea el sujeto Derecho en la antigua Roma, designa un hombre que goza de la libertad, de la ciudadanía y de la familia. Si un hombre no es libre, entonces no es sujeto de Derecho, no tiene caput y por esto nos dicen Paulo y las Instituciones de Justiniano "servile caput nullum just habet" "la cabeza servil, el esclavo, no tiene ningún Derecho"; "servus nun caput habuit" "el esclavo no es sujeto de Derecho"⁴. Si un hombre sujeto de Derecho, caput, pierde la libertad y la ciudadanía, cae en la condición de esclavo, "máxima capitis deminutio" deja de ser caput, deja ser sujeto de Derecho. Si solamente pierde la ciudadanía sufre la "media capitis deminutio"; porque aunque conserva la libertad ha perdido la patria, el derecho de vivir dentro de la sociedad civil, dentro del orden jurídico romano, y deja también, en consecuencia, de ser caput, tal cosa sucede con el deportado a una isla, y

3 Dig. Lib. 4, tit., 5 ley 11.

4 Dig. Lib. 4, tit., 5 ley 3 núm. 1; Instituciones, Lib. 1 tit

con aquel a quien se prohíbe el uso del agua y del fuego, es decir, con el desterrado. Pero si se conservan la libertad y la ciudadanía y tan *solo* se cambia la situación jurídica del hombre en lo que a lo demás respecta, entonces la “caput” no se altera substancialmente, hay un cambio mínimo de estado, una “mínima capitis deminutio”⁵

Dentro de esta concepción, elaborada por el más antiguo Derecho positivo de Roma, **todo sujeto de Derecho es necesariamente un hombre; pero no todo hombre es sujeto de Derecho, sino solamente aquel que tiene estado jurídico**, y de este modo, la idea de sujeto de Derecho se encuentra íntimamente vinculada a la idea de hombre.

Aparece después en la lengua forense la palabra persona, y en el curso del desenvolvimiento histórico del Derecho romano recibe cuatro acepciones diferentes: una etimológica, otra positiva, otra filosófica y por último, una cualitativa o abstracta.

ETIMOLÓGICO

Desde el punto de vista etimológico, la palabra persona sirvió en sus orígenes para designar una máscara. En la Grecia y en la Roma antiguas las representaciones dramáticas se verificaban al aire libre, en las plazas públicas o en vastos anfiteatros en donde era materialmente imposible que la voz de un hombre se hiciera oír de todos los espectadores. Para vencer este obstáculo se dotó a cada actor con una máscara provista de una bocina que hacía más clara y más sonora la emisión de la voz. Esta máscara se llamó persona, palabra

⁵ Instituciones de Justiniano, Lib 1 tit., 16 num 1,2 y3

derivada, según Aulo Gelio, del verbo “persono, personas, personare” que significa sonar mucho, resonar con gran ruido, hacer mucho estrépito. Como esta máscara era una imitación, a veces el retrato mismo del individuo representado por el cómico, la palabra persona llegó a usarse bien pronto en el sentido de personaje o papel escénico; y así en el frontispicio de las comedias de Terencio y Plauto, se lee el reparto de las “personas” o papeles escénicos.

Bien pronto hizo su entrada este vocablo en la lengua del Derecho y se le usó para designar el papel que un hombre desempeña en el escenario jurídico de la vida real.

La persona, pues, en esta acepción etimológica no denota precisamente al hombre, sino el papel jurídico que desempeña, esto es, los diversos estados o situaciones en que legalmente puede encontrarse, como la situación o estado de padre, de hijo, de tutor, de marido, etc., y en consecuencia, por persona debe entenderse en Derecho, no el hombre, sino los diversos estados jurídicos de los hombres. Y como un mismo hombre puede a la vez o sucesivamente desempeñar diversos papeles jurídicos, puede, al mismo tiempo o sucesivamente, tener diversas personas; y a la inversa, si no puede legalmente desempeñar un papel jurídico, si no tiene estado, no es persona, tal cual sucedió en Roma con el esclavo.

Para algunos puede resultar ocioso detenerse a analizar y explicar el concepto etimológico de la palabra persona, y pasar a estudiar los otros conceptos que ofrecen mayor interés, pero esto no es así, ya que el significado etimológico de esta palabra tiene un contenido profundo y real, ya que la idea de que cada persona tiene un papel determinado que desarrollar dentro del mundo de lo jurídico es una idea vital, tema que se explicará en el último

capítulo de la presente. Bástenos ahora poner un signo de atención en este tema.

En suma, la persona, en esta acepción no designa al sujeto, sino un modo concreto de conducirse o un estado o situación a la que corresponde un cierto modo de actuar.

DERECHO POSITIVO

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la palabra persona suplanta a la palabra *caput*, pero sin mudar su contenido y designa, como el viejo vocablo, al hombre con estado jurídico. En esta acepción la persona no es, como en la anterior, una manera de actuar, sino una entidad, es el sujeto de Derecho, es la persona sujeto.

IUSNATURALISMO ROMANO

Vienen en seguida los jurisconsultos de la escuela del Derecho Natural, y al infiltrar con su doctrina todo el cuerpo del Derecho Civil Romano, introducen en la ciencia una nueva y más amplia concepción del sujeto de Derecho.

En sus manos el concepto estrecho del Derecho positivo se amplía; ya no sólo son los Derechos civiles: la libertad, la ciudadanía y la familia, los atributos únicos que confieren a un hombre el carácter de *caput* o persona, sino el conjunto de Derechos que la naturaleza ha dado a todos los hombres. La escuela del Derecho Natural, sostiene la existencia de “leyes naturales

observadas entre todas las naciones, establecidas por la sabiduría divina y que permanecen siempre fijas e inmutables”⁶. Conforme a esas leyes el hombre tiene Derechos por el solo hecho de ser hombre: su capacidad jurídica- persona atributo- deriva de la naturaleza humana, no de las leyes positivas, las cuales deben limitarse simplemente a reconocerle tal capacidad. Cuando el Derecho Positivo priva a un hombre de su capacidad jurídica, sencillamente se violan las leyes de la naturaleza, y por esto definen la esclavitud como “una institución que, contra la naturaleza, coloca a un hombre bajo el dominio de otro”⁷ En consecuencia, si el esclavo ante el rigorismo desnaturalizado del Derecho positivo no es persona, sí lo es ante los principios del Derecho natural, porque este Derecho proclama la igualdad de todos los hombres. “Por lo que al Derecho civil respecta, dice Sabino, los esclavos no son sujetos de Derecho; pero no se dice lo mismo según el Derecho natural; pues en lo concerniente a este Derecho todos los hombres son iguales”⁸

Así, pues, en este momento del desarrollo de la ciencia jurídica de la Roma clásica, la persona es el hombre, el individuo de la especie humana. El esclavo es una persona, y en este sentido Ulpiano nos habla de una “persona servil”⁹ y las Instituciones de Justiniano enseñan que la principal división de las personas es en libres y esclavos o lo que es lo mismo, hay personas libres y hay personas esclavas¹⁰. Más todavía, el Derecho sólo

6 Sed natura lia quidem jura, quae apud omnes peraeque servantur, divinam quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. "Instituciones de Justiniano. Lib. 1 tit. 2, núm. 11.

7 Servitus autem ese constitutio suris gentium, qua quia dominio alieno contra naturam subjicitur". Instituciones de Justiniano, Lib. 1, tit. 3 núm. 2.

8 Quod attinet ad jus civile, ser vi pro nullis habentur: non tamen et suri naturali: quia quod ad jus natura le attinet omnes homines aequales sunt. Dig. Lib. 50, tit. 17, Ley 32

9 Dig. Lib. 50, tit. 17. Ley 22

10 Inst. Lib. 1, tit. 1.

existe para los hombres ¹¹, y por lo tanto. no pueden existir sujetos de Derecho, personas que no sean hombres.

En esta acepción de persona encontramos elementos de la anterior, que se amplían por la concepción universal propia del Derecho natural. Es decir al concepto de persona como sujeto de Derecho, se le añade la que todo hombre es persona y por lo tanto toda persona es sujeto de Derecho.

Verdad es que hay ciertos grupos de hombres y aun ciertas masas de bienes, la herencia yacente, que en el orden jurídico se presentan bajo el aspecto de sujetos de Derecho; pero los jurisconsultos romanos declararon que no son verdaderos sujetos de Derecho, sino que únicamente hacen veces de persona "personae vi ce fungitur" ¹²; pero no lo son en realidad, y por lo mismo, nunca las clasificaron entre las Personas, ni les dieron ese nombre. Se ocuparon de ellas al hablar de las cosas y las designaron con los nombres de *universitas*, *corpus*, *collegium*, *curia*, *hereditas jacens*. Persona y hombre fueron, pues, en el Derecho ulterior de Roma, vocablos sinónimos.

ATRIBUTO

En su última acepción, la palabra "persona" no denota el sujeto de Derecho, no corresponde a una entidad, denota una cualidad, un atributo, es una idea abstracta. En este sentido se usa la palabra "persona" en el rubro al tít. 6, Lib. 3 del Código que habla de "quienes tengan o no persona legítima para comparecer en juicio qui legitimam personam (standi) in iudiciis habeant. vel non". En el mismo sentido parece usarla el Emperador Teodosio en su

11 "Cum igitur hominum causa omne jus constitutum Bit". Hermógenes, Dig. Lib. 1, tit. 5, Ley 2.

Novela 17, N. 1 párr. 3, cuando nos dice: “Los esclavos que casi no tienen persona” “servos quasi neo personam habentes”.

No nos cabe duda que en estos textos la palabra “persona” no designa el sujeto de Derecho, sino la personalidad, esto es, la capacidad jurídica, tema del que nos ocuparemos más adelante.

El Derecho Romano como acabamos de verlo, no conoció más que dos tipos de persona: la persona sujeto y la persona atributo; en ese Derecho, la idea de persona fue siempre inseparable de la idea de hombre.

2. CONCEPCIONES TEOLÓGICAS DE LA PERSONA (s. V d.C. a XIII d.C.)

En la Edad Media la naturaleza de la personalidad fue objeto de grandes discusiones y, aunque esos estudios tuvieron un carácter meramente teológico, sin embargo, son de sumo interés para el jurista moderno:

- a) Se crea el concepto de la persona relación.
- b) Como consecuencia de lo anterior se disocia el concepto de persona de la idea de hombre.

Con la influencia del cristianismo, en todos los campos y por ende en el del saber puro -la filosofía- surge la cuestión de la noción de la persona divina, esto es, de la persona no humana y para esto la primera premisa fue lograr una buena definición teológica de la persona, para poder abarcar todo lo definido, “y con esto la eliminación de la idea de hombre, como uno de sus elementos componentes, o sea, como su género próximo; y de acuerdo con esto, Boecio

12 Dig. Lib. 46, tit., 1, Ley 22.

en una definición clásica entre los teólogos, dice que la persona es substancia individual de naturaleza racional "*persona esse rationalis naturae individua substantia*" (Boetius In lib. de Duabus Naturis). Así pues, para los teólogos la característica de la persona no está en la humanidad sino en la individualidad, racionalidad, y como la persona divina es individual y racional, pero no humana, resulta que en el orden teológico hay personas que no son hombres."¹³

Los teólogos señalan cuatro clases de personas: la persona substancia, la persona esencia, la persona existencia y la persona relación.

Para mejor comprensión de éstas y por tratarse conceptos filosófico, más que jurídicos, daremos unas nociones básicas y claras sobre la substancia, la esencia, la existencia y la contingencia.

La contingencia son los atributos accidentales de un ser que pueden variar en un mismo individuo o de un individuo a otro sin que la naturaleza de éste se altere.

El conjunto de propiedades características, esto es, invariables e indivisibles de un ser es lo que constituye su esencia. Los antiguos la llamaban "quid itas" como contestación a la pregunta: "¿Quid esse?", "¿qué cosa es?"

La existencia es el ser concreto, es la esencia realizada y acompañada de atributos accidentales. Es decir aquí nos referimos a ser tal como es en la realidad, tal como lo conocemos.

La substancia es el sujeto invariable a todos los cambios esenciales o accidentales y persiste encima de todos los modos y cualidades, "es lo que

13 Manuel Cervantes Historia y naturaleza de la Personalidad Jurídica Editorial Cultura, México , 1932 p.16

queda en un ser cuando se hace abstracción de fenómenos por los cuales se manifiesta”:

1) La persona substancia, es decir, la persona sujeto es una entidad en la cual radican determinados atributos o cualidades. Es exactamente el mismo tipo de persona, sujeto de Derecho, establecido en la legislación.

2) La persona esencia, es la persona atributo o cualidad . Aun cuando los teólogos nos dicen que la persona es esencia, sin embargo, la persona esencia, en su concepto no existe, como individualidad objetiva. Las cualidades esenciales sólo pueden ser concebidas aisladamente en nuestra inteligencia; pero ellas nunca existen por sí mismas, separadas de la substancia y de los accidentes.

En este mismo sentido, Santo Tomás nos dice que la persona esencia no existe como individualidad objetiva, que solamente puede ser concebida por nuestra inteligencia y que tiene el carácter de un **conjunto de cualidades atributivas de un ser**. De otro modo, la personalidad no tiene existencia por sí, sólo existen personas; no es substancia, no es entidad, sino tan solo una cualidad, una idea abstracta. En último análisis, no viene a ser otra cosa que la persona atributo del Derecho Romano.

3) La persona existencia, es decir, el ser concreto en el cual están realizadas la substancia y la esencia. Esta persona, en opinión de Santo Tomás, es, en el orden humano, el hombre. “Se llama persona en general, dice, la substancia individual de naturaleza racional, como antes lo hemos expuesto. Ahora bien, el individuo es alguna cosa indistinta en sí; pero distinta respecto de todo lo demás. Luego la palabra persona, a cualquiera naturaleza que se aplique, significa alguna cosa individual y distinta en esta naturaleza. Así en la

naturaleza humana significa: tales carnes, tales huesos, tal alma, en una palabra, todos los principios que individualizan al hombre. Y aunque estos elementos no entran en la definición de la persona en general, entran sin embargo, en la definición de la persona humana”¹⁴

“La persona en el orden puramente humano es el hombre, tal cual existe en la naturaleza. La naturaleza racional del hombre o sea el elemento psíquico, no basta por si solo para constituir la personalidad; el alma separada del cuerpo no es persona, “*anima a corpore separata non esse persona*”; el espíritu es tan sólo un elemento componente; pero no la totalidad de la persona. El alma, dice, “llamada a vivir en unión de otro ser, no puede decir que sea una substancia individual, esto es, una hipóstasis o primera substancia, como no puede decirse de la mano o de cualquiera otra parte del hombre.”¹⁵ Es decir el hombre como persona es la unión del alma a un cuerpo determinado, con accidentes particulares y característicos que los distinguen de los demás.

Como consecuencia de la racionalidad, la persona humana posee la superioridad. El hombre es el primero de los seres en la tierra; la voz persona expresa lo que hay de más perfecto en toda la naturaleza, es decir, el ser que subsiste una naturaleza racional”¹⁶

La persona humana, como consecuencia de su constitución física y moral, es una entidad autónoma. “Lo particular y lo individual, dice Santo Tomás, existen de una manera más especial y más perfecta en las substancias racionales que son dueñas de sus actos. Porque estas substancias no son solo

14 *Summa Theologica*. Quest. 29. art. 4. *ex anima et corpore constituitur in unoquoque nostrum duple un itas naturae et personae*. *Summa Theol.* 3° q. 2. a 1. ad 2. *Unitas personae constituitur ex anima corpore in quantum esse unus aliquis in carne ut anima*. *Summa. Theol.* 3 q. 2 al. ad 2

15 *Idem* Quest. 29. art. 1.

movidas pasivamente como los otros seres, sino que obran por sí mismas. Ahora bien, los únicos que obran son los individuos; por esto los individuos humanos han recibido entre todas las otras substancias un Nombre especial que las distinga, y este nombre es la persona¹⁷.

La persona existencia de los teólogos, tampoco entraña novedad alguna, es la concepción de la escuela naturalista que considera el hombre como persona, no por la ley, sino por la naturaleza.

4) La gran creación teológica en materia de personalidad, o sea la persona relación. El punto de partida de esta nueva concepción de la persona, es la persona esencia. Lo que constituye la persona del Padre es la paternidad; lo que constituye la persona del Hijo es la filiación; pues si a la persona del Padre se le quita la paternidad, la persona del Padre desaparece, y si a la persona del Hijo se le quita la filiación, la persona del hijo desaparece también. Ahora bien, como tanto la paternidad como la filiación son meras relaciones, ya que la paternidad sólo existe con relación al hijo y la filiación con relación al padre, la persona no viene a ser entonces, otra cosa que una mera relación.

La persona relación de los teólogos es una persona sobrenatural en la cual se comprenden a la vez la substancia, la esencia y la existencia, y en la cual la relación no es un accidente, sino la esencia divina misma "La persona en Dios también significa relación pero expresa una relación no en un sentido puramente relativo, sino de una manera substancial, hipostática". Santo Tomas

16 Idem Quest. 29, art. 3

17 Idem Quest. 29 art. 3

lo explica de la siguiente manera “En Dios la relación no es como un accidente inherente a un sujeto, sino que es la esencia divina misma.”¹⁸

En Dios la persona significa, pues, relación; pero relación subsistente es decir, significa la relación a la manera de la substancia, que es la hipóstasis subsistente en la naturaleza divina, aunque lo que subsiste en la naturaleza divina no sea otra cosa que la naturaleza divina misma. En este sentido es cierto que la palabra persona significa directamente la relación e indirectamente la esencia”. Boecio trata de probar con un silogismo escolástico la existencia de la persona relación: “Todo nombre pertinente a las personas, dice, significa relación, y como ningún nombre es más pertinente a las personas que el nombre mismo de persona, se sigue que esta palabra persona significa relación”¹⁹

Pero no hay que olvidar que la persona relación sólo existe para los teólogos en lo divino, no en lo humano. En el orden humano para ellos la persona es el hombre, como antes lo hemos visto.

Para concluir este punto, diremos que nada nos interesa si los teólogos erraron o acertaron en su estudio de la personalidad divina; pero sí es altamente importante para nuestra ciencia el hecho de que al lado de la persona sujeto, o sea la persona substancia, al lado de la persona esencia o sea la personalidad, hayan creado el concepto de la persona relación, esto es, **de una persona cualidad que sólo existe con relación a otro ser; pero que al abstraerse de éste altera su entidad;** pues en breve vamos a ver la

18 Idem Quest. 29 art. 4

19 Idem Quest. 29 Art.4

importancia que en las teorías jurídicas modernas se asigna al concepto, falsamente reputado como nuevo, de persona relación.

3. *DERECHO CANÓNICO*

Con el primer impulso en la obra de independizar el concepto de persona de la idea de hombre, vienen en seguida los canonistas y ya dentro de un terreno netamente jurídico, originan una verdadera revolución en las ideas acerca de la personalidad. Al lado del Derecho laico, formado con objeto de regir la sociedad política o civil, se constituyó el Derecho Canónico destinado a gobernar la sociedad religiosa. Desde un principio, se inició entre ambos Derechos una diferencia substancial en cuanto a las personas regidas por cada uno de ellos. En el Derecho Romano, como ya lo hemos visto, la estructura fundamental, el substratum de la persona jurídica es siempre el hombre, el individuo de la especie humana; el estado jurídico era tan sólo un

atributo(personalidad), el cual para los jurisconsultos de la escuela del Derecho Natural, ni siquiera fue un elemento componente del concepto de persona. En el Derecho Canónico, a la inversa, la persona física del titular es secundaria, queda reducido a un mero accidente; lo principal, **el substratum de la persona eclesiástica, es el cargo, la dignidad;** y de esta suerte el Derecho Canónico no se ocupa de hombres sino que bajo el rubro de “jure personarum ecclesiasticarum” trata de los Papas, Cardenales, Obispos, Canónigos,²⁰ etc., esto es, de cargos, de dignidades elevadas a la categoría de verdaderas entidades abstractas, institucionales, **pues es en el cargo, como entidad y no**

20 CODEX IURIS CANONICUM, Parte II “DE LA CONSTITUCION DE LA IGLESIA” Seca. I. cc330-572

en la persona del titular en donde radican los derechos y obligaciones inherentes a cada dignidad eclesiástica.

Para elaborar esta nueva noción, los canonistas parten de la primitiva significación etimológica de la palabra "persona". Ellos nos hablan de las máscaras de las comedias y las tragedias griegas, como punto de partida de las ideas jurídico-eclesiásticas en materia de personalidad; pero al final, en las concepciones de esos escritores, la idea de hombre desaparece como elemento componente de la idea de persona. "Porque en las comedias y en las tragedias, dice Santo Tomás, eran representados algunos hombres famosos, se usó la palabra persona para denotar aquellos que tenían alguna dignidad. De donde acostumbraron llamar personas, en lo eclesiástico, a quienes tienen alguna dignidad. Por lo cual algunos definen la persona diciendo que es una hipóstasis que se caracteriza por la propiedad inherente a la dignidad"²¹.

"En una palabra, en manos de los canonistas la persona se deshumaniza por completo en el orden jurídico y queda reducida a una abstracción, a una entidad ideal; a esos seres abstractos de que nos habla el jurisperito Ortolan; solamente que ellos no son una creación de la legislación romana, sino del Derecho canónico. Es la persona esencia, que aunque no existe por sí misma, en la naturaleza, queda sin embargo idealmente realizada, en el cargo, en la dignidad eclesiástica."²²

21 Summa. Quest 29 art. 4

22 Manuel Cervantes, Historia y naturaleza de la Personalidad Jurídica Editorial Cultura, México, 1932 p.24

4. *LOS GLOSADORES Y POSTGLOSADORES*

Los glosadores y los postglosadores no crearon una nueva concepción de la persona sino que se limitaron a reproducir, en esta materia, las ideas romanas. Unos, identificándose con la escuela naturalista declaran que la persona es el hombre; otros, ciñéndose al Derecho positivo ven en ella un hombre con estado jurídico; otros, en fin, admiten a la vez ambas acepciones.

Pero si en el orden concepcional los glosadores fueron impotentes para crear una nueva noción jurídica de la persona, en el orden tecnológico inventaron la expresión “persona ficticia” “ficta persona” que desde entonces ha quedado consagrada en la lengua del Derecho. Y aunque ésta no es el tema de la presente investigación vale la pena mencionarla de una manera somera.

La concepción de la persona ficción es romana. Los romanos habían dicho que la *universitas* y la herencia yacente “hacen veces de persona”, o en otros términos, que no son personas realmente; porque para esos juristas, como ya lo expusimos, la humanidad fue siempre la base de la personalidad; pero por una de tantas ficciones jurídicas, tan frecuentes en el Derecho de Roma, consideraron que desempeñan la función de sujetos de Derecho. Los glosadores, al tomar en sus manos este pensamiento romano, le quitaron su finura y queriendo precisarlo, declaran “*claris verbis*”, no que la *universitas* y la herencia yacente por una ficción jurídica hacen veces de persona, sino que son personas ficticias “*persona ficta*”, y a partir de ese momento distinguieron en Derecho dos clases de personas, la persona real o sea el hombre y la persona ficticia o sea lo que ahora denominamos persona moral .

Colocados en esta vía, fácilmente llegaron a considerar la persona ficticia como una creación jurídica que el legislador, en sus preceptos positivos puede muy bien negar o conceder a voluntad, y crearon de este modo una especie de teoría de la relatividad de la persona jurídica, afirmando que una misma entidad puede ser o no persona ficticia, según la mente del legislador, así por ejemplo, Baldo afirma que tratándose de una disposición laica onerosa, como un hospital, no puede ser persona porque la denominación de persona, por su significación propia, no conviene a la comunidad; pero que tratándose de disposiciones favorables, la mente de la ley sí comprende a los hospitales dentro de la palabra persona, porque el hospital es una persona ficticia “quia ese ficta persona.”

5. *LOS ROMANISTAS (s. XIII)*

Conservaron las ideas romanas en lo concerniente a la personalidad jurídica del hombre, Heineccio, se decide por la acepción del Derecho romano positivo y dice: “El hombre y la persona difieren en Derecho. El hombre es todo ser que tiene mente racional en cuerpo humano. La persona es el hombre dotado de estado civil”. “Homo et persona in jure maxime differunt. homo ese cuicumque mens ratione preadita in corpore humano contingit. Persona ese homo statu civili preaditus”²³.

En el ordenamiento Castellano ésta es la definición seguida por los doctores Asso y Manuel en sus Instituciones del Derecho Civil de Castilla. “Persona, dicen, es el hombre considerado en su estado”. También es la

²³ Heinecci. *Elementa jura civilis*. Tit. III N. 61. Citado por Manuel Cervantes, *Op.Crit.*, p.26

adoptada en el Febrero mexicano: "Persona, es el hombre con relación a su estado o condición privada". Tomo I N. 1.

6. EL DERECHO MODERNO

Estamos ahora, a finales del siglo XX, bajo la imposición *sistemática* de la categoría ético-jurídica de la "persona", tal como la propuso la Modernidad de la mano de Samuel Pufendorf, en la segunda mitad del siglo XVII y que llega a su apogeo doctrinal en Kant y sus discípulos, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX²⁴.

Esta noción nueva de "persona" se hace realidad jurídica doctrinal en el Derecho privado mediante la obra de Savigny²⁵, a mediados del siglo XIX: fue éste el jurista que influyó decisivamente en la jurisprudencia y legislación europeas de la Edad Contemporánea, hasta hoy. En el Derecho público, la mentalidad individualista propia de la noción de la *juristische Persona* kantiana se abrió paso con más dificultades, según la situación política de cada Estado concreto. Pero desde 1946 es el fundamento de la mentalidad que hace posible el prestigio de la "democracia".

En la crisis que primero provocó el Humanismo, hacia el 1500²⁶, en la que la ciencia del Derecho existente hasta entonces²⁷ quedó hondamente

24. Carpintero, Francisco. La Cabeza de Jano. Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1989.

²⁵ Idem

26. Carpintero F. "*Mos italicus*", "*Mos gallicus*" y el Humanismo racionalista, en Ius Commune Madrid 1977, pp. 121 y sigs. y Miguel Villoro Toranzo Lecciones de Filosofía de Derecho, México, Editorial Porrúa, 1973 pp. 267 y sigs.

27. Tal ciencia del Derecho o *jurisprudentia* consistía en glosas y comentarios al *Corpus Iuris Romanorum*: fundamentalmente el Digesto, la Instituta y el Codex; en menor medida, las Novelas.

desprestigiada, la noción de persona *jurídica* fue desapareciendo paulatinamente de los tratados de Derecho, y su lugar fue ocupado por el de persona en sentido "filosófico".

En este momento haremos un breve desarrollo histórico de la ciencia del Derecho con el fin de dar las bases para que se comprenda la afirmación anterior:

En la segunda mitad del siglo XVI, un profesor o *magister* no podía explicar sin más a sus alumnos el *ius commune*, ya que esta *jurisprudencia* bajomedieval aparecía ante muchos como obra bárbara, que había destrozado el verdadero Derecho romano. Tampoco podía dar sus clases exponiendo el Derecho romano sin las glosas y comentarios medievales, ya relativamente depurado gracias al análisis filológico e histórico, porque había sido *historificado*²⁸ y, por ello, no había motivos para considerarlo un Derecho

Esta "jurisprudencia" comenzó a finales del siglo XI en Bolonia, de la mano del *magister* Irnerius, que "glosó" el Derecho romano. Posteriormente, fueron glosadores muy importantes Azo y Placentino, entre otros muchos. Accursius hizo un compendio de tantas glosas ya existentes, frecuentemente contradictorias, y a su labor se le llamó la *Glossa Ordinaria* o, sencillamente, "La Glosa". A partir del siglo XIII, comienza un tratamiento algo distinto del *Corpus Iuris* y a los juristas que integran esta tendencia metódica se les ha llamado "comentadores". Este modo de trabajar con el Derecho romano alcanza su cima con las obras de Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, en el siglo XIV. El siglo XV constituye un período de decadencia. Muchos historiadores de la Historia del Derecho y del pensamiento jurídico entienden que Bártolo ha sido el jurista más influyente de la historia, muy superior incluso a cualquier jurista romano. De hecho, sus "Comentarios" han sido libro de texto en las Escuelas (tardíamente llamadas "universidades") desde el siglo XIV al siglo XVIII. Buena parte del contenido de nuestros códigos civiles se lo debemos a la interpretación que él hizo del Derecho romano.

28. Los ataques de los *grammatici* y *rethorici* a la jurisprudencia bajomedieval hizo que los estudiosos del Derecho despreciaran la "costra" de glosas y comentarios que se habían hecho sobre el Derecho de Roma y, su estudio se orientó hacia la depuración de las fuentes romanas: quisieron estudiar el Derecho romano "puro", tal como suponían que había sido en Roma, y para esta labor de limpieza y recuperación se sirvieron de la Historia y la Filología. Este modo de entender la ocupación con el Derecho fue llamado "mos gallicus" en razón de que la mayor parte de sus integrantes fueron franceses, o enseñaron en escuelas francesas.

Pero hacia 1550, cuando ya llevaban medio siglo estudiando el Derecho romano "puro", la conciencia colectiva de las Universidades captó que tal Derecho romano era "un" Derecho

“vigente”. ¿Qué podía explicar un profesor de Derecho “civil” a sus alumnos? Y, con más fuerza en el plano bibliográfico y editorial, ¿qué podía exponer en sus libros un universitario que aspirara a tener un cierto prestigio?. Como el “Derecho” culto existente no servía²⁹, fue preciso buscar un *nuevo saber*, a medias jurídico, a medias moral, que sustituyera al “Derecho civil”, *ius civile*, existente. Esta crisis no quedó circunscrita al Derecho privado: al ser sacudidos los fundamentos jurídicos y morales de la convivencia, era necesario acudir a una “nueva idea del Derecho”, que reformara todas las ramas del Derecho.

Este saber fue llamado, a partir de la publicación del *De iure belli a.C. pacis* de Hugo Grocio (hacia 1640) con el nombre de “Derecho Natural”, *ius naturale*. Es necesario decir que este recién estrenado “Derecho Natural”³⁰, nada tiene que ver con la noción usual del Derecho Natural que manejan, por ejemplo, Cicerón o San Pablo que lo entienden a modo de unos primeros

simplemente: el Derecho de una comunidad política que había existido en la historia y que ya había desaparecido: no había pues razón para aplicarlo a la realidad histórica actual. De este modo, el Derecho romano dejó de ser un Derecho vigente (como si lo fue en los glosadores y comentadores) y pasó a ser un objeto de curiosidad histórica. En pocas palabras, fue *historicidad*. Vid., por ejemplo, el estudio antes citado “*Mos italicus*”, “*mos gallicus*”... Cit., ps. 130 y ss.

29. Es preciso tener en cuenta que el único ordenamiento jurídico que se enseñaba en las Universidades era el *ius commune*, el Derecho romano comentado. Los Derechos dictados o aprobados por los reyes y emperadores carecían del prestigio suficiente como para acceder a la enseñanza universitaria. Por este motivo, en España, por ejemplo, las leyes de Partidas, de Toro, o la Nueva recopilación, por ejemplo, no fueron tratadas en las Universidades hasta finales del siglo XVIII. En España esto se hizo mediante una Pragmática del Rey Carlos III, por la que autorizó a la Universidad de Alcalá de Henares a enseñar este Derecho “propriamente” español. En Alemania, Pütter, desde la Universidad de Tübingen, hizo un serio esfuerzo, a mediados del siglo XVIII, para que el Derecho nacional alemán fuera objeto de tratamiento y docencia universitarios. No tuvo momentáneamente gran éxito.

30 Si bien es cierto este nuevo Derecho Natural tiene como influjo lateral al mismo “Iusnaturalismo tradicional”, como así lo hace ver Villoro Toranzo en la obra antes citada.

principios de conducta muy elementales que cada hombre puede conocer por sí solo, en su conciencia.³¹

El nuevo "Derecho Natural", fue diseñado en sus líneas fundamentales por el español Fernando Vázquez de Menchaca en sus "Controversias ilustres" (1559)³², alcanzó su popularidad con la obra indicada de Grocio³³, y llegó a su plenitud con el *De iure naturae et gentium* de Samuel Pufendorf, hacia 1670.

Y es dentro del marco de este nuevo orden jurídico donde se desarrollo el concepto de persona "filosófica". La llamamos filosófica siguiendo al maestro Carpintero porque esta concepción nace en el marco del Renacimiento y se desarrolla mas en el "Siglo de las Luces" donde impera la razón sobre cualquier otro conocimiento.

El concepto de persona según Groccio

Groccio es un jurista que se encuentra como parte-agua de dos épocas, en las cuales se encuentran el iusnaturalismo (que después tendremos que distinguir del nuevo iusnaturalismo racionalista) y el nuevo humanismo renacentista (de corte estoico), puntos ambos que se encuentran presentes en el pensamiento de Groccio y que se reflejan en su concepción del hombre-persona, sujeto del Derecho : "parece ser que estaba persuadido de que existe una justicia que ha sido determinada por Dios y que es válida independientemente del conocimiento humano. Pero el problema de ese

31 A esta Opinión sostenida por el Dr. Carpintero se añade Villoro Toranzo "que los influjos del ius naturalismo tradicional se limitan a los orígenes de la escuela" Cf. Ob. Cit *Lecciones de...* p.264

32. Carpintero, Francisco *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, España, 1977

33 Grocio se encuentra en la encrucijada que antes mencionamos, en Derecho Romano solo tenía un sentido histórico, por lo que "sólo quedaba el camino de la razón como la única posibilidad de guiar a los hombres- de todas las naciones y fuera cual fuese su religión- hacia soluciones de Justicia más que nunca necesarias"

conocimiento lo asedia constantemente y, para explicarlo se sirve del enfoque estoico, y así presenta a lo justo como una meta de las tendencias biológicas del ser humano, de aquellas que comparte con otros animales, de aquellas que le son exclusivas y de aquellas otras, también exclusivas, que conoce por sus juicios sobre lo que es agradable o nocivo (Derecho natural en sentido amplio).³⁴

El concepto de persona en Pufendorf

Este autor es considerado como el padre del iusnaturalismo racionalista y “ayudó históricamente a preparar la declaración de los Derechos norteamericano”³⁵. Su pensamiento “a partir del rechazo de la ontología...(se centra en) explicar la realidad, lograr una metodología científica y esclarecer la dimensión metafísica del hombre”³⁶

Para este autor y para la escuela que le sigue el concepto principal de persona, sujeto de Derecho, es un individuo de naturaleza racional, “muy influido en sus motivaciones por el egoísmo y con cierto grado de maldad y de agresividad... también una fuerte inclinación a asociarse con otros hombres y convivir con ellos en una comunidad pacífica. Ambas inclinaciones coexisten.”³⁷

Empiezan aquí a perfilarse los que serán los valores que exaltará de lleno el Derecho Natural racionalista y que llegarán a su máximo apogeo en el siglo de las luces: el individuo racional, igual a los demás individuos, que tiene que tener una esfera de respeto a su derechos fundamentales y el conjunto de

34 Hugo Groccio. De iure belli ac pacis 12 Citado por Villoro Toranzo Op.. Cit p. 288

35 Hanz Wezel. Derecho Natural y Justicia Material Editorial Aguilar, Madrid, 1957 p.202

36 Villoro Toranzo Op. Cit. p.311

esas esferas de derecho, de los demás individuos libres, constituirán el límite en el ejercicio de su libertad. Pero sin avanzar a Pufendorf más allá de sus propias conclusiones y para efecto de una idea clara de su pensamiento, en lo concerniente al tema de la presente investigación, apuntamos las siguientes frases “Que cada uno trate celosamente de preservarse a si mismo en forma que no perturbe la sociedad de los demás hombres”³⁸, “Que nadie se conduzca hacia otra persona de modo que esta última pueda quejarse con razón de que se ha violado su igualdad de derechos”³⁹

Este concepto de persona es llamado por el Dr. Carpintero como “filosófica” y esto se entiende al tenor de la exposición extremadamente sintética y concreta del pensamiento del precursor y fundador de la escuela de Derecho Natural Racional, que nos deja la impresión de que la persona se desliga de la concepción eminentemente jurídica de los romanos y medievalistas (glosadores y postglosadores) para internarse en el mundo de las categorías “esenciales” de la misma y que, cuando solo se analizan a la luz de la razón y con un fin especulativo pertenecen a la filosofía, que se pregunta siempre por las causas últimas. No podemos dejar de mencionar que estas características esenciales de la persona importan mucho al Derecho, pero éste como “arte de la justicia” está encaminado a la acción -no a la contemplación- a regular la vida de las personas en la sociedad, y cuando los juristas se abocan

37 Edgar Bodenheimer Teoría del Derecho Fondo de Cultura Económica, XIII Reimpresión, México, 1993

38 Samuel Pufendorf Elementos de jurisprudencia universal. Libro II, Observ. IV, 4 Oxford, Clarendon Press, 1931 p.233

39 *Ibidem*, Libro II Observ. 23 p.247

más a las cuestiones especulativas y no de obrar se le considera “más bien humanistas”⁴⁰

Siguiendo nuestro desarrollo histórico de la mano de Lic. Manuel Cervantes, expondremos agrupadas en cuatro teorías, la distintas concepciones de “persona” que se desarrollaron en el siglo XIX y que demuestran el interés de los jurisconsultos en este tema.

En ellas vemos la resurrección más o menos transformada de los conceptos clásicos y medievales de la persona sujeto, la persona atributo y la persona relación, y como novedad se lanza en la ciencia jurídica, la persona objeto.

El concepto de persona según Rousseau

“La población desempeña, desde el punto de vista jurídico, un papel doble. Puede, en efecto, ser considerada como objeto o como sujetos de la actividad estatal, en palabras de Rousseau, entre súbdito y ciudadano.”⁴¹

LA PERSONA SUJETO

Encontramos jurisconsultos para quienes el concepto de persona no es, como lo piensan Savigny y otros muchos, propio del Derecho civil, sino que también pertenece al Derecho público y, de este modo, no sólo consideran al Estado como una persona, puesto que como el hombre mismo, es titular de Derechos y obligaciones, sino que, además, ven en la persona del Estado una

⁴⁰ Villoro Toranzo Ob. Cit. P 26

⁴¹ Rousseau Juan J. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres Editorial Calpe, Madrid, 1923 p.40.

realidad, ya que, como el individuo de la especie humana, tiene una existencia sensible.⁴²

Precisaba, pues, una nueva concepción de la persona en la que no figura necesariamente el ser humano como supuesto, en la que se comprendan esos seres distintos del hombre que también se presentan en el orden jurídico como sujetos de Derecho y, por fin, que sea igualmente aplicable al Derecho privado y al Derecho público. En una palabra, los jurisconsultos modernos han sentido como los teólogos medievales la necesidad de desvincular la idea de personalidad de la idea de humanidad y, para ello han tomado como el "substratum" de la persona jurídica, no al hombre, sino la función de titular o sujeto de Derecho, ya sea que esa función se desempeñe por un hombre o por un grupo de hombres o por una masa de bienes o por cualquier otro ser material o inmaterial, real o ideal.

Esta concepción, que se considera *como* la gran creación del siglos XIX en materia de personalidad jurídica y como una verdadera originalidad, se condensa en esta sencilla definición: **la persona es el sujeto de Derecho, esto es, todo ser capaz de tener Derechos y obligaciones.**

42 La idea de unificar en todas las ramas del Derecho el concepto de persona introduciéndolo en el Derecho público, ha encontrado alguna resistencia de parte de ciertos jurisconsultos. "Esa última observación, dice el eminente jurisconsulto italiano Francisco Ferrara, abre la vía para resolver el problema de saber si la idea de sujeto de Derecho o persona es exclusiva del Derecho Privado o bien es común al Derecho Público. Sabido es que hasta la primera mitad del siglo pasado y hoy todavía, un grupo de juristas hace una separación absoluta entre los dos campos jurídicos, rehusando admitir en el uno todo principio desarrollado y elaborado en el otro. Este disentiendo se reveló principalmente en materia de personalidad, en efecto, los viejos publicistas eran remisos a aceptar el concepto de persona en el Derecho público, como una peligrosa analogía. El concepto de persona, decían, se limita al Derecho privado, más allá del cual comienza la esfera de otro concepto central: el de la soberanía. Y por otra parte los civilistas nutrian igual antipatía de ver su concepto penetrar y extenderse en otro campo jurídico. Kierulff, por ejemplo, advertía que era muy inconveniente cimentar el Estado sobre la doctrina privada de la persona". Francisco Ferrara, Teoría de las personas jurídicas Versión de E. Obejo y Mauri Editorial Reus, Madrid, 1929 n.64

Esta definición se justifica y precisa desde el punto de vista analítico diciendo: Todo Derecho requiere forzosamente de un sujeto, esto es de, un titular a quien compete y de un objeto materia de ese Derecho. El Derecho de dominio, por ejemplo, supone la existencia de un propietario (sujeto de Derecho) y de una propiedad (objeto de Derecho). Pues bien, esta distinción fundamental se expresa jurídicamente llamando persona” al sujeto de Derecho sea o no un individuo de la especie humana, por oposición al objeto de Derecho, que se llama “cosa”; así consista en algo material como dinero, máquinas, edificios o en servicios positivos o aún en meras abstenciones.

En consecuencia, donde encontremos un ser legalmente capaz de tener Derechos y obligaciones, sea un Estado, sea una compañía mercantil, sea una fundación como el Colegio de las Vizcaínas o el Hospital de Jesús, ese ser, aun cuando no sea hombre, jurídicamente es persona; y a la inversa, todo objeto de Derecho, aun cuando lo realice un hombre, es una cosa.

LA PERSONA ATRIBUTO.

Al lado de los jurisconsultos que consideran la persona como sujeto, existen otros que miran en ella tan sólo un atributo y la definen diciendo que es la capacidad jurídica o sea la aptitud de tener Derechos y obligaciones. “Es en este último sentido de personaje o de papel jurídico, dice Toullier, como se emplea en jurisprudencia la palabra persona, por oposición a la palabra hombre, homo. Cuando se dice -una persona, no se considera más que el estado del hombre, el papel que desempeña en sociedad, abstracción hecha del individuo; estado y persona son, pues, dos términos correlativos”⁴³. Pillet

43 Toullier. Le Droit civil Français. Tomo I, núm. 168. Citado por Manuel Cervantes, Op. Cit, p.32

es más explícito: **“La personalidad jurídica, dice, aun en los simples particulares, en los individuos vivos, no corresponde precisamente a su individualidad física, sino más bien al papel social desempeñado por el individuo en la comunidad a que pertenece, de tal suerte que si un hombre desempeña al propio tiempo varios papeles, posee, por consiguiente, varias personalidades distintas. A la inversa, un papel único puede ser desempeñado por varios hombres unidos por los lazos de una asociación y también sin que exista hombre alguno, por un patrimonio, como sucede en las fundaciones. La misma razón hay en este caso para organizar o permitir que se organice una persona civil que corresponda al papel social asumido por las asociaciones y fundaciones.”**⁴⁴

El maestro Cervantes opina que **“No sólo el hombre, sino hasta el concepto mismo de sujeto de Derecho quedan por completo eliminados en esta concepción de la personalidad. Antes se decía que la persona es el hombre considerado en su estado; ahora se dice que es el estado mismo.”**⁴⁵

Persona y capacidad jurídica, dice Stintzing, son la misma cosa. Parece evidente, sin embargo, **en esta acepción se confunde la capacidad jurídica con el sujeto de Derecho. El sujeto de Derecho es una entidad, una substancia, la capacidad jurídica es una contingencia, un atributo, y como tal, supone necesariamente un sujeto; porque las cualidades no existen por sí mismas, sino siempre vinculadas a una substancia. Identificar, pues, la persona (entendida como sujeto de Derecho) con la personalidad**

44 Pillet. Dos personas Morales en Droit International Privado. Núm. 29. Citado por Manuel Cervantes Op. Cit., p. 32.

45 Manuel Cervantes, Op. Cit., p. 33.

(atributo), equivaldría a identificar el sujeto de Derecho con el Derecho mismo; es como si se identificara la blancura con el cuerpo blanco.

La persona, en este sentido, deja de ser sujeto para convertirse en un atributo, y desde este punto de vista ha podido colocar la personalidad entre los objetos de Derecho y decir que es “un bien jurídico”.

LA PERSONA RELACIÓN

“Personalidad o persona, dice Jellinek. es la capacidad de poder ser titular de Derechos, en una palabra, la capacidad jurídica. No pertenece al mundo objetivo, sobre todo no es un ser, sino una relación que interviene entre un sujeto y otros sujetos y el orden jurídico. La personalidad es conferida siempre por el Derecho y jamás resulta de la naturaleza.” Reconocer abiertamente al hombre como sujeto de Derecho es un postulado ético afirmado por el progreso de los siglos. Sin embargo, la historia nos enseña que es posible un orden jurídico que no realice dicho postulado El esclavo tenía capacidad natural de querer pero no la capacidad jurídica, esto es, no podía poner en movimiento, en interés suyo, las normas del orden jurídico que protegen al individuo, puesto que esta última capacidad, por su esencia, es artificial, es decir, no resulta de un proceso orgánico de la naturaleza, sino de la obra consciente de los hombres. No existe, en consecuencia, una personalidad natural, sino solamente una personalidad jurídica.

La expresión “persona física” contiene una “contradictio in adiecto”: físicamente puede existir solamente una substancia o una función de ella, mientras la persona, como antes se ha dicho, es una relación abstracta, existe

sólo psicológicamente. **El concepto de personalidad presupone por esto la pluralidad de hombres que están en constante relación entre sí.** Y esta constancia debe ser garantizada mediante un orden jurídico estable, creado también por los hombres. Ahora bien, es este orden el que produce la unión de los participantes de Derecho, en el sentido antes expuesto. La personalidad individual constituye por tanto, no el fundamento, sino el resultado de la sociedad jurídica.⁴⁶

Concretando las ideas de Jellinek, podemos decir que, **en su concepto, la persona es la capacidad jurídica que no deriva de la naturaleza, sino de la ley y consiste en una relación; porque la personalidad jurídica sólo puede existir con relación a otros hombres y dentro de un orden jurídico;** de tal manera que sería inconcebible esa personalidad si supusiéramos al hombre aislado de los demás hombres y viviendo, por consiguiente, fuera de un ambiente jurídico.

La persona y la personalidad, dice, son la misma cosa, esto es, la capacidad jurídica y, puesto que la capacidad jurídica es un Derecho y todo **Derecho es una relación**, resulta entonces que la persona o personalidad no es un sujeto, sino tan sólo una relación.

Para llegar a esta conclusión, Jellinek principia por alterar la significación de las palabras "persona" y "personalidad". Si la capacidad jurídica es un Derecho y, por lo mismo una relación, esa relación no puede existir más que entre sujetos de Derecho. En consecuencia, si la palabra persona se emplea para nombrar la relación y no el sujeto de Derecho, sencillamente todo queda reducido a que Jellinek llama **persona**, a lo que

46 Cf. George Jellinek. Teoría General del Estado Capítulos 11 y 13.

todos llamamos personalidad jurídica, es decir, a una cualidad, y sujeto de Derecho a lo que en la lengua forense se llama persona.

La persona relación de Jellinek es, a no dudarlo, una inspiración sacada de la persona teológica de la Trinidad; y así como los teólogos decían que quitando la paternidad, la persona del padre desaparece. Así también si se quita al hombre la capacidad jurídica desaparece su persona o personalidad; pero el caso es bien distinto, porque cuando se quita al hombre su capacidad jurídica, lo cual por lo demás es imposible consumir de un *modo* completo, **no nos encontramos en presencia de un hombre sin persona, porque le queda su personalidad humana, sino de una violación, de una horrible mutilación de esta personalidad en el orden jurídico, como en el caso que Jellinek menciona, del esclavo de Roma.**

LA PERSONA OBJETO

León Duguit, trata de introducir con el nombre de “persona objetiva” una concepción dentro de la cual la persona no es sujeto, sino objeto de Derecho.

La tesis de León Duguit, a este respecto, puede concretarse en las siguientes proposiciones:

1. No existe un sujeto de Derecho subjetivo, porque el Derecho subjetivo no existe.
2. El Derecho objetivo es un conjunto de reglas que mandan o prohíben hacer ciertas cosas, un conjunto de reglas imperativas en el sentido general de la palabra.

3. Como estas reglas imperativas “no pueden evidentemente aplicarse más que a voluntades conscientes el solo ser al cual pueden dirigirse las reglas del Derecho objetivo es, sobre la tierra, el hombre individual que tenga una voluntad consciente”.
4. En consecuencia, sólo existe el sujeto de Derecho objetivo y este sujeto es “el hombre consciente de sus actos.”

Las premisas antes expuestas se desarrollan en el siguiente texto: “Si la expresión sujeto de Derecho, dice este autor, no tuviera otra significación que la de titular posible de un Derecho subjetivo, para ser lógico conmigo mismo, debería prescindir de esa expresión; puesto que niego el Derecho subjetivo y, por lo tanto, el problema del Derecho subjetivo no surge para mí... Pero si la expresión sujeto de Derecho puede emplearse y se emplea frecuentemente para determinar el ser que está sometido a las reglas del Derecho objetivo, y comprendiéndose y no pudiéndose comprender más que en este sentido la expresión sujeto de Derecho. En efecto, el único ser sobre la tierra al cual pueden dirigirse las reglas del Derecho objetivo es el hombre individual dotado de una voluntad consciente. El Derecho objetivo es un conjunto de reglas que mandan o prohíben hacer ciertas cosas, un conjunto de reglas imperativas en el sentido general de la palabra. Estas reglas no pueden evidentemente aplicarse mas que a voluntades conscientes. Ahora bien, sólo el hombre, tomado como individuo, tiene una voluntad consciente, o a lo menos, no podemos afirmar que fuera del hombre individual existan sobre la tierra *otros* seres que tengan también una voluntad consciente. Si pues se quiere quedar en la realidad directamente observable, se debe afirmar que no hay otros sujetos de Derecho más que el hombre consciente de sus actos. Cualquiera otra

afirmación es hipotética y debe ser desechada por una doctrina jurídica realista”⁴⁷.

Así, pues, para Duguit, sólo el hombre es persona, las corporaciones, las fundaciones, y en general las llamadas personas morales, no lo son; pero tampoco todo hombre es persona, sino tan sólo el que tenga una voluntad consciente; ni el niño ni el loco son personas “El hombre individual, dice, sano de espíritu, consciente de sus actos, es sujeto de Derecho, es el único sujeto de Derecho, es siempre sujeto de Derecho”⁴⁸.

La personalidad jurídica del ser humano no puede tener más que cualquiera de estos dos orígenes: deriva de la naturaleza o deriva de la ley. En este último extremo se coloca el señor Duguit al afirmar que lo que confiere a un hombre consciente de sus actos el carácter de persona objetiva son los mandamientos y prohibiciones de la ley positiva. Pero esta personalidad objetiva no hace que el hombre sea sujeto de Derecho, porque el Derecho subjetivo no existe; tampoco implica que sea sujeto de Derecho el tercero que resulte beneficiado con los mandamientos y prohibiciones del Derecho objetivo, por la misma razón de que el Derecho subjetivo no existe. De este modo, cuando la ley prohíbe al hombre consciente de sus actos robar, esa ley hace de ese hombre una persona objetiva, pero no hace del propietario un sujeto del Derecho subjetivo de propiedad.

En estas condiciones, viénesse a la mente desde luego esta grave objeción. Aunque el hombre no sea sujeto activo, sí es sujeto pasivo de Derecho, porque aun admitiendo que no tenga Derechos, sí tiene obligaciones,

47 León, Duguit. Tratado de Derecho Constitucional Tomo 1, núm. 37 citado por Manuel Cervantes, Op. Cit., p.36 en adelante

48 Idem.

que son aquellas que la ley positiva le impone al mandarle o prohibirle alguna cosa; y en consecuencia, siendo sujeto de obligaciones de todos modos resulta, en último análisis, que la persona objetiva del señor Duguit no es otra que una persona subjetiva, puesto que nada hay más subjetivo que una obligación.

Más todavía: como toda obligación es correlativa de un Derecho, claro es que si el hombre consciente de sus actos tiene las obligaciones que le imponen los mandamientos o prohibiciones de la ley positiva, esas obligaciones deben ser correlativas de un Derecho, y entonces cabe preguntar, ¿quién es el titular de ese Derecho? La contestación se impone: o es el particular beneficiado con esa obligación o bien es la sociedad.

Pero para el señor Duguit es bien fácil eludir estas objeciones. Así como el hombre no tiene Derechos, tampoco tiene obligaciones; la sociedad tampoco tiene ningún Derecho; todo por la misma razón, tantas veces repetida, de que el Derecho subjetivo no existe ⁴⁹.

La situación del hombre en el seno de la sociedad no es para el señor Duguit la de un titular de Derechos y obligaciones, es la de un ser destinado a cumplir una función social, de tal manera que si cumple con esa función, sus actos serán socialmente protegidos y, a la inversa, si no cumple con su función social, sus actos serán socialmente reprimidos. En consecuencia, cuando el Derecho positivo dirige mandamientos y prohibiciones al hombre consciente de sus actos, "no se trata de una obligación que modifique la voluntad substancial del individuo, sino de una obligación simplemente social, es decir, tal que si no se cumple, se produce cierto desequilibrio en los

49 León Duguit. Las transformaciones generales hacia el Derecho Privado (trad. por A. Posada y A. Jaen, Madrid 1919.

elementos constitutivos del grupo social y, por consiguiente, una reacción social, esto es, un esfuerzo espontáneo para el restablecimiento del equilibrio”.

“Así, lo que llamamos obligación del individuo es simplemente esta situación que se le hace, de tal manera que si ejecuta lo que está prohibido por la ley o no ejecuta lo que ésta le manda, se produce contra él una reacción social.”⁵⁰

Así definida, la persona objetiva del señor Duguit es una concepción **extra-jurídica**, si no existen Derechos y obligaciones del individuo ni de la colectividad, si el mandamiento o prohibición del Derecho objetivo no engendra ninguna obligación en los individuos a quienes se dirige, ni reconoce o confiere Derechos a aquellos en favor de quienes manda o prohíbe, si todo se reduce a una situación meramente objetiva consistente en que se produzca una reacción social en favor de quien observe la ley o en contra de quien la viole, entonces el señor Duguit sencillamente se coloca fuera del terreno del Derecho para encerrarse en una esfera meramente social. Efectivamente, si se niega que el individuo sea titular de Derechos y obligaciones, no sólo se niega la existencia de la personalidad jurídica del hombre, sino la existencia misma del Derecho; podremos hablar, entonces, de un orden social, pero no de un orden jurídico, las relaciones de los hombres entre sí y de los hombres con la colectividad serán relaciones sociales, pero sin carácter legal; porque precisamente los elementos componentes de todo fenómeno jurídico son obligaciones y derechos. En tales condiciones, la persona objetiva de Duguit no es una entidad jurídica, sino extra-jurídica que no merece el nombre de sujeto de Derecho, sino simplemente el de unidad social. Al expresarse el

50 *Ibidem.* num. 20

tratadista en los términos en que lo hace, en realidad no nos habla de Derecho, sino de sociología; nos describe un fenómeno social; pero sin apreciar ni clasificar jurídicamente ese fenómeno.

Ni ideológica, ni gramatical, ni jurídicamente la persona objetiva merece el nombre de sujeto de derecho. No es sujeto porque carece de atributos; no es sujeto de derecho porque carece de derechos y obligaciones. En realidad, la persona objetiva es un objeto de Derecho.

7. PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORANEO (s. XX)

Para efectos de la presente investigación y por ser imposible exponer el pensamiento jurídico de todos los juristas de nuestro siglo, se expondrán el pensamiento de tres de ellos.

En primer lugar y casi de manera obligada nos referiremos brevemente al concepto de persona, expuesto por el padre de la escuela Formalista (lógica) del Derecho y autor de la "Teoría pura del Derecho", Hans Kelsen. Después y a manera de contrapartida expondremos el pensamiento de Antonio Millán Puelles, reconocido jurista y humanista español de nuestro tiempo. Por último se apuntará la concepción de persona que tiene el Dr. Carpintero, concepción que es pieza clave para la presente investigación.

HANS KELSEN

Este jurista estuvo ocupado en la "tarea de desarrollar una Teoría pura del Derecho, esto es, una teoría depurada de toda ideología política y de todo

elemento científico-natural.”⁵¹ Kelsen define la Ciencia jurídica como el “conocimiento de las normas” y entiende por norma “un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer un determinado acto debe ir seguido de una medida coactiva por parte del Estado”⁵². Dentro de su Teoría pura del Derecho afirma que “la **persona** es sólo una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir un complejo de normas... La **persona física** no es el hombre, como afirma la doctrina tradicional... no es un concepto jurídico, sino biológico - psicológico ... (y esto porque) el Derecho no aprehende al hombre en su totalidad, con todas sus funciones anímicas y corporales, sólo estatuye actos humanos bien determinados, como deberes o facultades.”⁵³

La concepción de persona de Kelsen es conocida por su frase celebré “persona es el punto común de imputación de las situaciones fácticas de conducta humana formadas por deberes y Derechos, así como el centro parcial cuyas normas estatuyen deberes y Derecho”⁵⁴

Considero que es justo detenemos para dejar en claro un punto que comúnmente se le critica a Kelsen, y que consiste en adjudicarles una confusión de términos que le es impropia y totalmente incoherente con su teoría y método **puro**, pues se dice que Kelsen afirma que el hombre es el centro de imputación de Derechos y obligaciones, siendo totalmente falsa esta afirmación, pues en los párrafos antes citados se observa que el jurista alemán se refiere al concepto “persona” que es creación del Derecho, y que es un

51 Hans Kelsen, Prólogo a la Teoría pura de Derecho Primera reimpresión, Editorial Edinal, México, 1974

52 *Ibidem*, capítulo V

53 *Ibidem* ps. 83 y 84.

54 *Ibidem* p. 85

vocablo que hace referencia al hombre, como sujeto de Derecho, es decir por sus acciones u omisiones aisladas, en cuanto que estas son reguladas por las normas del orden de la comunidad.⁵⁵ Con esto queremos mostrar que Kelsen no reduce al hombre a ser el centro de imputación de Derechos y deberes, pues esta definición es propia de la persona. La persona es la parte jurídica del hombre, pues siguiendo su teoría pura, afirma que no es el hombre como unidad biológica-psico-social, el sujeto del Derecho, sino que sólo aquello que es regulado por el Derecho.

ANTONIO MILLAN PUELLES

Es considerado sin duda uno de los mejores jurista humanistas de nuestra época. Con un estilo y un fin totalmente distinto al del autor anterior, se ocupa en “crear una preocupación serena y lucida para las premisas de la acción social : una acción social interna, basada en el conocimiento, personalmente asimilado y vivido, de las ideas directrices”⁵⁶. Y dentro de estas directrices, el fundamento es el concepto que tiene de persona.

El pensamiento de este autor tiene un claro matiz filosófico y afirma “por el hecho de tener libertad - lo que supone poseer, también entendimiento - es el hombre persona”, por lo que el hombre, sólo el hombre y todo hombre es persona.

55 Ibidem, Capítulo IV, Tema 25

56 Antonio Millán Puelles prólogo a Persona humana y justicia social, 5a. de., Editorial Rialp, Madrid, 1982.

En su definición encontramos un eco del concepto canónico de persona⁵⁷ pero que el autor amplía diciendo “dignidad significa la superioridad o la importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma como este se comporte. Y así, cuando se habla en general de la persona humana, no se piensa tan solo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional.^{58”}

La anterior afirmación, que puede parecer tan obvia para algunos y tan poco jurídica para otros (más aun si todavía tenemos a Kelsen en la cabeza), y tiene la genialidad de dar un paso mas allá en doctrina jurídica, pues no sólo acepta que todo hombre es persona (sujeto) sino que reconoce esa titularidad (de derechos y obligaciones) a individuos que pueden encontrarse en estados o conductas antijurídicas (el violador, el tirano, el narcotraficante) y que como tales quizá para algunos no deberían ser considerados sujetos de derechos.

FRANCISCO CARPINTERO

Será con este contemporáneo Doctor en Derecho, con el que cerremos el presente capítulo. De intento lo hemos dejado al final porque será su concepción de persona jurídica la que sirva de base para la propuesta, que tiene por objeto la presente tesis.

Siendo este un trabajo académico y personal, más aun personalismo, permiten sus cánones, dejar al descubierto el interés del autor y el mío es detenerme un poco aquí para dejar en claro que el contacto y trato con el Dr.

57 Vid Supra p. 12

Carpintero y sus ideas, es la génesis de esta tesis, y espero poder asumir correctamente sus ideas y aportar algo con las mías.

Carpintero retoma el concepto original, etimológico, de la persona, hace esto que en la actualidad esta tan de moda y que se denomina “Back to the bases” volver a lo básico.

El concepto de persona entendida como personaje,⁵⁹ es él que retoma de “la ciencia jurídica romanista existente hasta la Edad Moderna” la cual se movía normalmente sobre una noción de persona que tenían poco que ver con la expuesta por los modernos.

Para explicar el concepto de persona-personaje nos presenta el siguiente razonamiento “pensemos en que un hombre normal vive habitualmente varios roles o personas, es marido, es padre, es amigo, es profesional, es ciudadano, etc. Estas dimensiones fundamentales de la personalidad de cualquier ser humano fueron llamadas **personas**, de modo que un mismo hombre sostenía varias personas *unus homo sustinere potest plures personas*⁶⁰. Lo que nos lleva a concluir que un mismo hombre puede a la vez o sucesivamente desempeñar diversos papeles jurídicos, y por lo tanto puede, al mismo tiempo o sucesivamente, tener diversas personas. En una nota personal el Dr. Carpintero nos dice “que este brocado lo utiliza John Austin, en su “Lecturas de Jurisprudencia” .⁶¹

58 Millán Puelles Ob. Cit. p.15

59 La persona, pues, no denota precisamente al hombre, sino el papel jurídico que desempeña. esto es, los diversos estados o situaciones en que legalmente puede encontrarse, como la situación o estado de padre, de hijo, de tutor, de marido, etc., y en consecuencia, por persona debe entenderse en Derecho, no el hombre, sino los diversos estados jurídicos de los hombres.

60 Notas personales del Dr. Carpintero México D.F., enero de 1995

61 John Austin hace una exposición magistral, muy resumida, siguiendo los instrumentos hermeneúticos del *ius commune*, cuando escribe que “By the ancient writers, “aequitas” (I believe) is

“La persona jurídica - continua diciendo - era entendida a modo de esquemas estereotipados, con un contenido y perfiles más o menos fijos, siguiendo el criterio de normalidad ; desempeñaba bien la función de padre, el que se comporta como el padre normal”.

Carpintero como jurista de formación prudencial, romanista,⁶² sabe que **“las distintas instituciones jurídicas, que en parte son obra de los hombres en la historia, y en parte son así y no pueden ser de otra forma, presentan unas exigencias que determinan lo que le corresponde a cada cual”** es una analogía con el sentido primitivo de la persona, con los personajes de una obra escrita que deben someterse al papel que les corresponde, con peligro, en caso de no hacerlo así, de desvirtuar la obra que se representa, lo que en el plano jurídico sería aceptar que ciertas dimensiones de la figuras o categorías jurídicas no pueden ser alteradas por ningún pacto, a menos que caigamos en la irracionalidad práctica. Estas características que se derivan de la naturaleza y contenido de las “personas jurídicas”, normalmente inalterables e impersonales, constituyen un tesoro de precisión, cuya rigidez siempre puede ser atemperada y adecuada mediante esas vertientes de la “aequitas” que son la *humanitas*, la *pietas*, etc.

El jurista prudencial, por tanto, posee unos puntos de referencia de cierta calidad: por ejemplo, sea cual sea la legislación y la época, siempre

never applied to "restrictive" interpretation. The "aequitas" Cicero applied and the Classical Jurists (when they mean by "aequitas", interpretation or construction) is the so-called interpretation "ex ratione legis" of modern writers upon Jurisprudence; the 'aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat'...". Cfr. *Lectures de Jurisprudence.*, 4a. ed., Editado por R. Campbell , Londres, 1879 vol. II, pág. 580

estará mal que un marido aduldere, o siempre será cierto que no puede constituirse una hipoteca si no existe un bien inmueble o que nadie puede aprovecharse de su propia conducta delictiva: vemos que van de la mano, indisolublemente, las llamadas "estructuras lógico-ontológicas" de las instituciones jurídicas, con unos principios ético-jurídicos muy elementales que nos muestra esa vertiente práctica de la razón que se llama "intellectus" o, más usualmente, "conciencia".

Este concepto de persona y esta "práxis" sobre la manera como se comporta la persona-personaje será objeto del cuarto capítulo, y es por eso que aquí se expuso de una manera extensa y con afán de interesar al lector sobre esta atrayente, innovadora y clásica postura.

Después de exponer el desarrollo histórico del concepto persona Y ver que en la ciencia jurídica fue dándosele distintos contenidos a este concepto, parece necesario detenernos a distinguir y ordenar estos diversos significados que se le dieron a la palabra persona, ya que a todas luces es obvio que una frase o norma jurídica (en el sentido concreto) varía grandemente dependiendo de lo que se entienda por persona.

Por lo que las maneras de concebir a la persona se pueden resumir en cuatro grandes rubros :

persona : sujeto	persona : relación
persona : objeto	persona : atributo

62 Para comprobar lo anterior se recomienda leer algunas de sus obras en especial La cabeza de Jano

Las concepciones anteriores se pueden entender como opuestas o contrarias y esto es cierto en el caso de las teorías que consideran a la persona como sujeto o como objeto del Derecho, pero no en el caso de las persona sujeto, relación y atributo que pueden ser elementos de una definición general de persona, que es el siguiente : el hombre capaz relacionándose con otros hombres capaces creando vínculos jurídicos.

hombre : sujeto del derecho (p. sujeto)

capaz : aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (p. atributo)

relaciones : que crean vínculos jurídicos y lo colocan en personajes jurídicos determinados (p. relación)

De las anteriores, la persona relación es en la que se centra la presente investigación y propuesta y esto por la gran proyección práctica que tiene, la cual se expondrá en el capítulo cuarto de este trabajo. Pero, para efectos de sentar las bases necesarias para entenderla a profundidad, los capítulos segundo y tercero se dedicarán a abordar algunas cuestiones sobre el hombre como sujeto de derecho y la personalidad ; estas cuestiones que se tratan -repito de intento- no pretenden abarcar en su totalidad los temas, sino solo detenerse en algunos puntos concretos necesarios para el objeto de la presente tesis, por lo que esos capítulos se estructuran conteniendo un par de preguntas a las que se responde.

CAPITULO SEGUNDO

EL SUJETO DE DERECHO

En el tema de la persona sujeto, es decir el hombre como titular de derechos y obligaciones, encontramos dos cuestiones, dentro de las múltiples que pueden tratarse y que otros puedan abordar, en las que queremos detenemos ahora.

1. Hombre - Persona: conceptos ¿idénticos o relacionados o dependientes ?

La primera cuestión que requiere totalmente nuestra atención es la que surge a partir del planteamiento de Hans Kelsen, y que consiste en determinar la relación que guardan los conceptos hombre y persona.

El planteamiento del problema es el siguiente : como antes mencionamos Kelsen dentro de su Teoría pura del Derecho afirma que "la persona es sólo una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir un complejo de normas... La persona física no es el hombre, como afirma la doctrina tradicional... (porque persona) no es un concepto jurídico, sino biológico - psicológico ... (y esto porque) el derecho no aprehende al hombre en su totalidad, con todas sus funciones anímicas y corporales, sólo estatuye actos humanos bien determinados, como deberes o facultades."⁶³

⁶³ Hans Kelsen, Teoría pura ... p. 83 y 84.

Siguiendo esta línea de pensamiento sintéticamente se define a la “persona : punto común de imputación de las situaciones fácticas de conducta humana formadas por deberes y derechos, así como el centro parcial cuyas normas estatuyen deberes y derechos”⁶⁴

Según esta teoría el hombre es designado en el Derecho con el nombre de persona, concepto creado en y para la ciencia jurídica. Y si bien es cierto que el hombre es el supuesto de la “persona jurídica”, de éste solo tomará en cuenta sus acciones u omisiones aisladas, en cuanto que éstas son reguladas por las normas del orden de la comunidad⁶⁵ y éstas serán las que tome en cuenta y unifique bajo el concepto de persona.

De la misma opinión y con ecos del primitivo derecho romano, Floris Margadant nos dice que “no le interesan al Derecho todas las cualidades reales, físicas o psíquicas de los sujetos, sino las características relevantes como nacionalidad, domicilio, edad ; ... estos datos forman la máscara que el actor lleva en el drama del derecho.”⁶⁶

Por lo antes dicho podemos concluir que para estos dos autores “la persona” no es el hombre, en su totalidad, sino solo aquellas conductas a las que les recaen consecuencias jurídicas y, por lo tanto, la persona será delimitada por las leyes que establecen que conductas son jurídicas y en consecuencias relevantes para el mundo del derecho.

⁶⁴ Ibidem p. 85

⁶⁵ Cf. Idem Capítulo IV Tema 25

⁶⁶ Guillermo Floris Margatan S., El derecho privado romano, 3a. ed., México, Esfinge, México, 1968, p.112

Compartiendo puntos del planteamiento anterior, pero afinando más los conceptos anteriores y haciendo un discurso conceptual más secuencial y por lo tanto colocándose en una postura intermedia, encontramos a Galindo Garfias, que como podemos apreciar en el siguiente texto, distingue entre los conceptos hombre, persona y persona jurídica.

“No obstante que las palabras hombre y persona designan a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia en tanto que con el sustantivo hombre propiamente se particulariza la especie en un individuo perteneciente a la comunidad humana, con la voz persona, se quiere decir algo más, se apunta en manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque alude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para ponerse fines a sí mismo y para deducir la dirección de su conducta, con vista a la realización de tales fines...

Desde el punto de vista jurídico, el vocablo tiene una connotación técnica particular. En efecto, el Derecho no toma al ser humano, para calificarlo de persona (jurídica), en cuanto su amplísima y variada gama de fines íntimos, religiosos, sociales, éticos, económicos, políticos, etc... Al Derecho solo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el Derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas.”⁶⁷

A diferencia de Kelsen y acercándose a lo que el Dr. Carpintero llama “persona filosófica,” este autor nos habla de que el concepto persona no es una creación del Derecho y para el Derecho, sino que dicho concepto hace

⁶⁷ Galindo Garfias Primer curso de Derecho Civil Editorial Porrúa México 1978 p.289 y sig.

referencia a las facultades superiores del hombre como son la inteligencia, la voluntad y por ende a la libertad y que el Derecho lo que crea es el concepto de persona jurídica “ es cierto que el concepto jurídico “persona” en cuanto sujeto de la relación es una noción de la técnica jurídica” afirmado que su constitución obedece a una necesidad lógica formal y a la vez a una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con sus semejantes.”⁶⁸

De una manera sintética afirma que “la persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico, como sujeto de derechos y obligaciones.”⁶⁹ Encontramos así un tercer concepto que es el de persona jurídica, creación del mundo jurídico, con bases en la persona (filosófica).

De lo antes expuesto concluimos que los autores anteriores entienden al hombre como el supuesto de la persona jurídica, pero solo en una porción de su conducta, aquella que puede tener consecuencias jurídicas. Galindo Garfias con su distinción entre persona y persona jurídica se nos presenta como un punto intermedio entre la postura Kelseniana y la que a continuación mencionaremos.

Frente a la postura anterior se encuentran otros tratadistas de Derecho que afirman que el individuo es capaz en la totalidad de su ser-psíquico, por los intereses que tiene que satisfacer, por las relaciones que actúa.

⁶⁸ Ibidem p. 291

⁶⁹ Ibidem p. 291 y 292

Encontramos, entre otros, a Ferrara que afirma “el hombre es sujeto en cuanto es hombre, porque el derecho no es más que una institución humana, ordenación de relaciones entre los hombres. El individuo es capaz en la totalidad... No se puede separar del hombre una cualidad, para elevarla a base exclusiva de la capacidad jurídica. Así como el cuerpo no es simplemente la casa donde la personalidad habita, así la esfera de intereses es ininteligible sin un organismo que tenga necesidades.”⁷⁰

“El hombre forma una unidad orgánica-psíquica-teológica, y en este aspecto pleno y complejo es en el que es considerado en el orden jurídico. Toda abstracción es imposible ; el hombre es jurídicamente simple en los elementos de derecho, es la mónada fundamental de mundo jurídico. El hombre es la unidad de la vida jurídica.”⁷¹

Secundando esta postura encontramos a Díez-Picazo y Gullón :“Nosotros creemos que hay que desterrar la concepción positivista de la idea de persona ; según la cual persona es todo aquello que pueda ser objeto de un derecho subjetivo o bien que persona es todo destinatario de normas jurídicas. Lógicamente, la primera concepción lleva al absurdo de negar personalidad al que carezca de bienes y admitir una personalidad que crece o disminuye según el número de los derechos subjetivos que se tengan o se pierdan. La segunda tesis olvida que al jurista no le debe interesar tanto tener un punto de referencia de las normas, sino saber que éstas, al referirse a

⁷⁰ Ferrara, Francisco. Teoría de las Personas Jurídicas. Versión de Eduardo Ovejo y Maury, Editorial Reus, Madrid, 1929, número 115, pp.330 y sigs.

⁷¹ Idem

personas, toman un sentido especial y han de ser interpretadas teniendo en cuenta esa realidad previa (naturaleza y dignidad del hombre).”⁷²

Una vez expuestas las dos posturas anteriores y a fin de expresar la personal, considero importante y vital analizar los términos que aparecen en nuestra Constitución haciendo referencia al hombre, a la persona y al ser humano y ver que consecuencias jurídicas implican y emitir la opinión no en lo etéreo sino en lo concreto de nuestra legislación. Y como es imposible hacer el presente análisis en toda la gama posible de artículos, me concretaré a los artículos constitucionales que se refieren a las garantías individuales y que por eso son más “ad hoc” con nuestro tema, abordando el tema desde las reformas que han sufrido los artículos constitucionales conducentes :

ARTICULO TERCERO

No. de Reformas: SE HA REFORMADO CINCO VECES

- Reformas: 1ª REFORMA D.O. 13/12/34
2ª REFORMA D.O. 30/12/46
3ª REFORMA D.O. 09/06/80
4ª REFORMA D.O. 28/01/92
5ª REFORMA D.O. 05/03/93

1ª REFORMA D.O. 13/12/34 :

La educación que imparta el Estado será socialista ...

fracción I... y estarán a cargo de **personas**, que en concepto del Estado, tengan la suficiente preparación profesional

⁷² Díez- Picazo y Gullón. Sistema de Derecho Civil. Vol. I, 2a. de., Madrid, 1978, p.259

2ª REFORMA D.O. 30/12/46 :

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del **ser humano** y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

c) Contribuirá a la mejor convivencia **humana**, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de **la persona** y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos **los hombres**, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.

4ª REFORMA D.O. 28/01/92 :

ARTICULO 3o. **Todo individuo** tiene derecho a recibir educación. El Estado - Federación, Estados y Municipios impartirá educación preescolar, primaria y secundaria.

ARTICULO CUARTO

No. de Reformas: SE HA REFORMADO CINCO VECES

Reformas: 1ª REFORMA D.O. 31/12/74

2ª REFORMA D.O. 18/03/80

3ª REFORMA D.O. 03/02/83

4ª REFORMA D.O. 07/02/83

5ª REFORMA D.O. 28/01/92

1ª REFORMA D.O. 31/12/74

El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda **persona** tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espacimientto de sus hijos.

4ª REFORMA D.O. 07/02/83

Toda **persona** tiene derecho a la protección de la salud.

ARTICULO QUINTO

No. de Reformas: SE HA REFORMADO CUATRO VECES

Reformas: 1ª REFORMA D.O. 17/11/42

2ª REFORMA D.O. 31/12/74

3ª REFORMA D.O. 06/04/90

4ª REFORMA D.O. 28/01/92

2ª REFORMA D.O. 31/12/74

ARTICULO 5o. A ninguna **persona** podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...

ARTICULO ONCE

No se ha reformado

ARTICULO TRECE

No se ha reformado

ARTICULO CATORCE

No se ha reformado

ARTICULO DIECISÉIS

No se ha reformado en lo conducente a esta investigación.

ARTICULO DIECISIETE

Se ha reformado una vez

Reformas: 1ª REFORMA D.O. 17/03/87

ARTICULO 17. Ninguna **persona** podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda **persona** tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla ...

ARTICULO VEINTICUATRO

No se ha reformado en lo conducente a esta investigación.

De lo anterior podemos concluir que el término **persona** es tratado por los artículos concernientes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de dos maneras distintas :

-La primera : que se puede entender como titular de derechos subjetivos que se consagran en la Constitución, en este sentido diríamos que llevan razón Kelsen y los autores que sostienen el mismo pensamiento, al afirmar que se es **persona** sólo en aquellas relaciones y conductas a las que el orden normativo

liga consecuencias jurídicas, o protege de modo especial consagrando derechos subjetivos. Pensemos en el caso de los derechos de libre tránsito, de libre profesión, etc.

-La segunda: apunta hacia una concepción más amplia - a lo que llamamos persona filosófica - como lo apreciamos en el párrafo concerniente al del derecho a la educación “aprecio a la dignidad de la persona...”, dignidad que nos remite al concepto de persona dado por Santo Tomás de Aquino “P. significa lo que es más perfecto en toda naturaleza, a saber lo subsistente de la naturaleza racional”. Con esto nos remitimos a la otra postura según la cual el derecho debe entender por persona al hombre en su totalidad, con toda la dignidad y atributos que le son propios.

De lo anterior podemos concluir lo siguiente :

1. El Derecho se ocupa de regular sólo una parte de la conducta humana- la conducta propiamente jurídica- quedando al margen o siendo indiferente para la regla jurídica otras conductas diversas del hombre, pero sin que esto entrañe o signifique mutilación alguna a la realidad total del hombre, contemplada por el Derecho en la integridad concreta del ser, como unidad sustancial y por lo tanto diremos que el Derecho asume el concepto de persona (en el sentido de dignidad) y que solo a determinadas conductas de dicha persona le da trascendencia en el mundo jurídico.

2. Los vocablos o nombres (significantes) que usen para designar al titular del Derecho, puede ser diversos : hombre, persona, ser jurídico, etc., pero todos tiene como contenido (significado) que esta titularidad viene determinada por la condición y dignidad de la persona y no por la norma legal.

Lo verdaderamente relevante es entender que si bien es cierto que al Derecho solo le importan ciertas conductas humanas y a decir verdad la mayoría, quedan excluidas a grandes rasgos las que se refieren a la relación de intimidad, amistad y de religión (y esta última la ponemos en duda ya que dependiendo de la época o el país encontramos muchas situaciones en las que si son relevantes para el mundo normativo) **es imposible desligar esos actos o conductas del sujeto que las realiza, ya que el obrar sigue al ser, siendo lo verdaderamente relevante entender al hombre o persona como actor jurídico.**

Una vez concluido lo anterior nos detenemos ahora a exponer y analizar lo que en el mundo filosófico y jurídico del s. XIX se entendió por persona, llamada por ellos individuo.

2. El concepto de individuo suplantando al de persona como titular del Derecho

En el capítulo anterior apuntamos ya el cambio que sufrió la ciencia jurídica del medievo al modernismo, cambio que tiene profundas implicaciones en el concepto jurídico de persona. La importancia del tema es indiscutible.

El cambio en el pensamiento jurídico fue presidido, más bien concatenado, con el cambio en el pensamiento filosófico, campo que excede el propósito de la presente investigación, por lo que en este punto se expondrán los puntos claves del pensamiento filosófico que permitan entender este nuevo “Derecho Natural” donde es pieza clave la *persona jurídica*..

Vale la pena advertir que no nos será difícil comprenderlos ya que nos encontramos envueltos y penetrados de esta categorías, que constituyen la clave del pensamiento moderno.

A. EL INDIVIDUO

“Partieron desde un individuo aislado e independiente en el “estado de naturaleza”. La razón de echar mano de la vieja figura del “estado de naturaleza” fue poder considerar al individuo, no al hombre o la persona. En las explicaciones iusnaturalistas solo fue tenido en cuenta un ser humano, que en un primer momento, aparece siempre aislado.”⁷³

Este punto es el más grave y causa rompimiento con la doctrina clásica del hombre, ya que antes se situaba a éste dentro del entorno del mundo, creación divina, relacionado con éste, con una misión de devolverle a la creación su plenitud ⁷⁴, regido por unas leyes inmanentes a él mismo, a la comunidad humana. Ahora se presenta como aislado, independiente .

⁷³. Carpintero Francisco “El razonamiento jurídico secularizado : una perspectiva histórica” en *Ars Juris* N.16 p. 107

⁷⁴ Cf. *Biblia de Jerusalén* Génesis Cap. 1, 26-28 Editorial Desclee De Brouwer DDB, Bilbao, 1975

Los tratados de "Derecho Natural" de la Edad Moderna sólo contemplan dos posibles situaciones del hombre: en el "Derecho natural hipotético" (*hypothetisches Naturrecht*) estudian al sujeto aislado, se describen sus pasiones y de acuerdo con lo que estas pasiones demandan, todos los iusnaturalistas consideran necesario que el hombre abandone el *status naturae* y se integre en una sociedad política. Se trataba, pues, de dos momentos:

- a) el individuo posee unas "cualidades morales" irrenunciables, a saber, libertad, igualdad y propiedad;
- b) llevado por sus pasiones de afán de poder y vanidad (ésta es la versión de Hobbes) o, bien, llevado por su petulancia y relativa indiferencia hacia los demás (así lo explica Pufendorf), los hombres llevan una vida "corta, triste y miserable", como indicaba Hobbes⁷⁵, y es mejor para todos constituir una sociedad política que nos garantice tanto la seguridad de nuestros derechos como la comodidad de la vida.

Así pues, sólo pueden existir, en esta visión de la dinámica del individuo, dos posibilidades: o la vida solitaria del hombre en el "estado de naturaleza" o la vida "política".⁷⁶ Los iusnaturalistas modernos expresaron que los individuos libres han decidido vivir en sociedad política únicamente porque

⁷⁵ "In such condition, that is no place for industry; because the fruit there of is uncertain: and consequently no culture on the earth; no navigation, no use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving, and removing, such things as require much force; no knowledge on the face of the earth; no account of time; no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and the life of men, solitary, poor, nasty, brutish and short". Cf. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*. London, 1839, capítulo XIII, p. 113.

⁷⁶ Los iusnaturalistas modernos nunca se refirieron a lo que después fueron llamados impropriamente "grupos intermedios", tales como la familia, el gremio profesional, las entidades políticas intermedias entre el sujeto y el poder político supremo, tales como los Ayuntamientos, por ejemplo. O si se refirieron expresamente a ellas, fue para condenarlas como inmorales, por viciadoras de la formación correcta de la "voluntad general", como hizo Rousseau.

ellos así lo han decidido libremente. En consecuencia, el "Estado" moderno se *crea* mediante un "contrato social". Libertad civil.

B. LA LIBERTAD

El único patrimonio con el que cuenta este sujeto aislado es su arbitrio, que fue confundido con la libertad. El árbitro o decisión total de actuación, lleva a considerar al hombre como una voluntad indeterminable, heterónomamente y, fuera de tal voluntad no es nada: el sujeto se agota en ella.⁷⁷

Uno de los padres del liberalismo nos dice al respecto "todos los hombres tienen ideas, puesto que tienen sentidos y aun combinan sus ideas hasta cierto punto: el hombre no se distingue a este respecto del animal, así que del más al menos, incluso ciertos filósofos han aventurado a decir hay más diferencias entre un hombre y otro, que entre un hombre y una bestia. No es por lo tanto el entendimiento como su calidad de agente libre lo que constituye la distinción específica del hombre con los animales"⁷⁸

Dentro de los principios de actuación que orientan su arbitrio encontramos dos posturas distintas :

C. LA RAZÓN

⁷⁷. Ver Juan Jacobo, Rousseau Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres Editorial. Calpe, Madrid, 1926, p. 56 y 57

⁷⁸ Ibidem p. 36 y 37.

Los ilustrados del siglo XIX que entronizan a la “diosa razón” : razón es entendida con categorías liberalistas, es decir como individual y prioritaria de ver el bien propio ante todo: “la Razón misma fue entendida como las normas que necesariamente debe darse a sí mismo cada arbitrio (cada ser humano) para no invadir el arbitrio de los otros.”⁷⁹

D. EL INSTINTO

En franca contraposición con los anteriores y siendo la voluntad un potencia ciega⁸⁰ -derribada la inteligencia de su función iluminadora y orientadora- hubieron de buscar un sustituto que pudiera guiar los pasos de la libertad. Este algo, algunos lo encontraron en la misma naturaleza, en sus inclinaciones fundamentalmente buenas, los instintos de la naturaleza, el interés personal, según una expresión clásica.

De manera que es el instinto el que gobierna el arbitrio del individuo y este instinto es bueno y, por lo tanto, hace al hombre bueno: “el hombre está organizado de tal modo que busca siempre su satisfacción y evita el pesar”⁸¹

Según este principio, tan fundamental del liberalismo, de la bondad natural del hombre, de que todas las inclinaciones naturales del hombre son buenas, resulta que el bien consistirá en seguir dichas inclinaciones y el mal en apartarse de ellas “de aquí se derivan el egoísmo y el individualismo como principios de acción y normas de conducta, tan características del sistema

⁷⁹. Vid. Carpintero, Francisco. La Cabeza de Jano. pp. 27-42 especialmente.

⁸⁰ Su objeto propio es querer, tender al bien que le presente la inteligencia, no participa en el conocimiento sino en la consecución del objeto.

⁸¹ Batistan Armonías económicas Terraza y Aliena y Cia, Valencia, 1880, pp. 11-12

liberal: el hombre no debe buscar más que su interés y no debe mira más que para si; de este modo además de conseguir la felicidad cada individuo, se obtendrá el mayor bienestar social, pues los intereses individuales son armónicos⁸²

Sin necesidad de más palabras, queda claro el radical y grave cambio operado en la concepción antropológica y jurídica de persona, que conlleva las afirmaciones anteriores.

E. LA INMANENCIA

El Individualismo racionalista del siglo XIX no entiende por inmanencia las leyes propias que el hombre tiene grabadas es su naturaleza y cuyo autor es Dios, sino aquellas normas que él mismo se da y que son inmanentes por considerarse relativas a si mismo y a su particular concepción del mundo.

No se trata de una norma propiamente moral, sino más bien de una "exigencia" *prudencial*, algo así como un "do ut des": yo limito mi arbitrio a fin de que cada cual limite igualmente el suyo y todos vivamos "libres" dentro de nuestra "esfera de libertad"⁸³. Kant intentó moralizar esta mentalidad, volviendo estas "reglas de la sagacidad" en verdaderos "deberes". Este fue su empeño principal en la "Crítica de la Razón pura", pero el universo inteligible, nouménico o trascendental que él proponía no fue reconocido ni siquiera por sus discípulos más inmediatos.

⁸² Sierra Baravo, Restituto La Persona Humana en el Magisterio Social de Pio XII Editorial Aguilar, Madrid, 1960, p. 3

F. IGUALDAD

El único "derecho natural" que se le reconoce al individuo es el de la igual libertad o igual derecho a poner en práctica su arbitrio. Y como todos los hombres tiene este derecho innato e inherente en su naturaleza, resulta que todos los hombres son iguales, con igual derecho a ejercitar su libertad, sin dañar con el ejercicio de este derecho a otro individuos.

G. LA JUSTICIA

Por este camino, la justicia deja de ser una "cualidad de las cosas" y pasa a ser una "cualidad moral" del individuo, es decir, lo justo no está en dar lo suyo, sino en lo que el individuo considera que es suyo o, incluso, aquello que el individuo desee o quiera para sí, movido, como es lógico, por su instinto natural que es bueno.

En la práctica jurídica, tal "cualidad personal" supone una peculiaridad de origen, esto es, un *ius naturale* originario que sólo puede consistir en libertad: una *libertas ad analogiam spatii* como indicaba Pufendorf o unas "Esferas de libertad", como se expresaban los discípulos de Kant⁸⁴.

H. EL PACTO

Al quedar reducido el ser humano a su arbitrio y a no ser determinado desde una instancia exterior, pero al ser imprescindible al mismo tiempo normas que le guíen para no dañar a los demás sujetos y no resultar lesionado él mismo por los otros individuos, como sería previsible en todo caso, se

⁸⁴. Vid. La Cabeza de Jano, pp. 32 y sigs., y 103 y sigs.

considera que la única categoría jurídica posible es, como es lógico, la del Pacto: un sujeto libre o indeterminable no puede quedar "obligado" o vinculado a menos que él preste espontáneamente su asentimiento. Savigny introdujo en el Derecho privado esta exigencia omnipresente del pacto, y dio lugar a la corriente de la Ciencia del Derecho que se ha venido llamando "Autonomía de la Voluntad".

I. EL ESTADO

"Estado": tal entidad, creada libremente por los hombres, sólo puede tener como finalidad el hacer posible que cada individuo disfrute, con seguridad, de su igual libertad. Si se asigna otra finalidad al "Estado", éste deviene automáticamente *ilegítimo*⁸⁵. A partir de Locke (hacia 1700), como la sociedad capitalista demandaba la seguridad de las propiedades, se añadió un tercer derecho "natural" a la esencia del individuo humano: el derecho a tener propiedades y a transmitirlos por herencia a sus descendientes. Así quedaron los tres derechos originarios del hombre, llamados por los alemanes de la Ilustración: libertad, igualdad y propiedad.

El Estado hace andar a una de las facetas fundamentales de la legislación moderno-contemporánea, el formalismo jurídico, en virtud del cual sólo será *legítima* aquella ley que haya sido creada con el asentimiento de todos los afectados: aquí vemos, ente otros momentos, la omnipresencia de la categoría del pacto.

⁸⁵. Cf. Locke, John Del Gobierno Civil. Tomo I, Editorial Minerva Española, 1821, p. 41-42

Así surge, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo siguiente, la categoría del "Estado de Derecho". Fue llamado así porque su finalidad esencial, fuera de la cual era ininteligible, era la de asegurar, con toda la fuerza de la sociedad reunida, los tres derechos originarios del hombre. Los "iusnaturalistas" más tardíos, kantianos casi siempre, entendieron al "Estado" como una sociedad aseguradora de estos tres derechos del hombre.

El individuo autónomo no es solamente un "dato" desde el que partir: se lleve hasta donde se lleve la argumentación ética o jurídica, tal individuo aislado e independiente es el elemento *sistemático*⁸⁶ de cualquier argumentación posible.

Crítica a la postura iusnaturalista racionalista

Para hacer una crítica breve y consistente de esta escuela de derecho, y sin salirme del objeto principal de la presente tesis, considero necesario, hacerlo de la siguiente manera:

Establecer como punto de referencia con relación al cual se va a compararla y calificarla a la escuela prudencial, romanista, la cual afirma que las distintas instituciones jurídicas, que en parte son obra de los

⁸⁶ La palabra "sistema" designa aquella construcción intelectual o racionalista en la que todos los desarrollos, todas las normas que existen se obtienen desarrollando la dinámica de un *dato único*. De este modo, todo el proceso de desarrollo es, en cierto modo, controlable desde las exigencias de ese dato único, y previsible.

hombres en la historia, y en parte son así y no pueden ser de otra forma,⁸⁷ presentan unas exigencias que determinan lo que le corresponde a cada cual, y ciertas dimensiones de la figuras o categorías jurídicas no pueden ser alteradas por ningún pacto, a menos que caigamos en la irracionalidad práctica. Añadiendo que las características que se derivan de la naturaleza y contenido de los "sujetos jurídicos", normalmente inalterables e impersonales, constituyen un tesoro de precisión, cuya rigidez siempre puede ser atemperada y adecuada mediante esas vertientes de la "aequitas" que son la "*humanitas*" y la "*pietas*"⁸⁸

El jurista prudencial, por tanto, posee unos puntos de referencia de cierta calidad: por ejemplo, sea cual sea la legislación y la época, siempre estará mal que un marido adultere o siempre será cierto que no puede constituirse una hipoteca si no existe un bien inmueble o, que nadie puede aprovecharse de su propia conducta delictiva. En lo anterior, vemos que van de la mano indisolublemente las llamadas "estructuras lógico-ontológicas" de las instituciones jurídicas, con unos principios ético-jurídicos muy elementales que nos muestra esa vertiente práctica de la razón que se llama "intellectus" o, más usualmente, "conciencia."⁸⁹

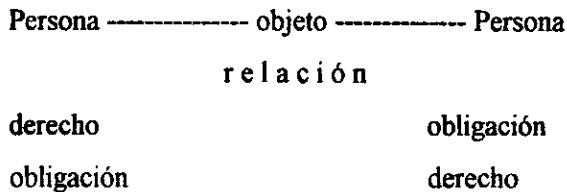
⁸⁷ Esto se desarrollará de manera explícita en el capítulo IV.

⁸⁸ John Austin hace una exposición magistral, muy resumida, siguiendo los instrumentos hermeneúticos del *ius commune*, cuando escribe que "By the ancient writers, "aequitas" (I believe) is never applied to "restrictive" interpretation. The "aequitas" Cicero applied and the Classical Jurists (when they mean by "aequitas", interpretation or construction) is the so-called interpretation "ex ratione legis" of modern writers upon Jurisprudence; the 'aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat'..." Cf. *Lectures...*, cit., vol. II, p. 580

Esta idea se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo IV

⁸⁹ El párrafo anterior corresponde a la crítica expuesta por el Dr. Carpintero, durante el curso de Maestría impartido por el Dr. Carpintero en la Universidad Panamericana, Mixcoac. México D.F., Enero de 1995.

La objetividad de estos parámetros puede explicarse si entendemos el Derecho de conformidad con el siguiente esquema : la relación jurídica de dos persona con mediación de un objeto.



a) La persona.

Por ésta nos referimos al hombre que puede ser sujeto de derechos y obligaciones, que puede ejercitar competencias, etc., por que es "persona"⁹⁰ por que posee sin ser poseído y esta categoría de persona se traduce en la personalidad que está omnipresente en todas las manifestaciones jurídicas.

b) El objeto : bien o cosa

"Es diversa la noción de cosa para el jurista que para el fisico éste ve en ella sus cualidades intrínsecas ; aquél, la relación que puede establecerse entre dos personas y que tiene como materia ese objeto. Así pues, no es necesario que el objeto sea una cosa tangible ; puede ser una identidad irreal que se

⁹⁰ Entendemos aquí el concepto de persona sujeto de los romanos clásicos

perciba solo con la inteligencia; ... se considera bien cuando es susceptible de apropiación."⁹¹

c) La relación

La relación jurídica es el vínculo jurídico que se establece entre dos personas con mediación de una cosa. El objeto o bien es el que determina el tipo de relación jurídica que se da, por lo que siempre que un hombre quiera tener un bien mueble y a cambio de este se obligue a pagar un precio y otro que reciba este dinero y a cambio entregue el bien mueble, nos encontramos ante una compraventa y así en las distintas situaciones que se pueden presentar en la vida. Además de determinar la institución jurídica - dejando el necesario espacio para los llamados contratos atípicos - esta objetividad implica los derechos y deberes recíprocos, las más de las veces, que entre ambas partes deben darse.

En el Derecho (excluyendo el penal que se ocupa únicamente de las lesiones o atentados directos a la personalidad humana genérica: que castiga cualquier daño -jurídicamente relevante - que un hombre cause *directamente* a otro hombre) es vital esa mediación necesaria de "las cosas" entre persona y persona, y esto lleva a muchos juristas, como es el caso de Alvaro D'Ors, a sostener que "el hombre es relevante en el Derecho por referencia a las cosas"⁹², una afirmación que resultaría chocante para el no entendido en Derecho.

⁹¹ Caso, Angel. Principios de Derecho Editorial Cultura, México, 1935 pp.177 y 178

⁹² D'Ors, Alvaro Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Rialp, Madrid, 1963, Introducción

“Aquí reside el punto fundamental que separa al pensamiento jurídico moderno (entendiendo por tal al de la Edad Moderna) del resto del pensamiento jurídico anterior: los "iusnaturalistas" (racionalistas) de los siglos XVII y XVIII ignoraron deliberadamente todas "las cosas", excepto el hombre, y pretendieron construir un "Derecho natural y de gentes", una "Metafísica del Derecho" (*Metaphysik des Rechts*, la llama Kant) o una "Teoría Pura del Derecho" (*Reine Rechtslehre*, según Mehmel) que regulara las relaciones entre los individuos sin hacer referencia a ninguna "cosa" o institución que se interpusiera entre ellos.”⁹³

Obviamente, el hombre reducido a su arbitrio, que postularon indeterminable y heterónomamente (porque entendieron que en el "estado de naturaleza" nadie tiene un privilegio, *privilegium* o *Vorrecht*, para ordenar a los otros), al no encontrar alguna "cosa" que orientara su conducta, se encontró, por decirlo así, "desnudo" ante todos los demás.

Es muy importante hacer notar que un hombre que nada posee y que, por tanto, no está comprometido por nada, sólo *puede* (y del "puede" extrajeron sin más el "debe"⁹⁴) relacionarse con los demás a través de lo que es él o a través de lo único que posee o consiste su personalidad: su arbitrio que se manifiesta en el pacto libre.

⁹³ Apuntes personales del Dr. Carpintero, durante el curso de Maestría impartido por el Dr. Carpintero en la Universidad Panamericana, Mixcoac. México D.F., Enero de 1995.

⁹⁴ Nota personal del Dr. Carpintero donde manifiesta que Rössig destacaba ya, a finales del siglo XVIII, este paso indebido del "puede" al "está permitido". Vid. su estudio Una introducción al Derecho Ob. Cit. pp. 70-86

Naturalmente, este planteamiento antropológico nos sitúa ante un problema grave: cierra casi todas las puertas para poder hablar de "ciencia del derecho" o, sencillamente, de la Justicia.

Como ya dijimos anteriormente, las instituciones jurídicas que en parte son obra de los hombres en la historia y, en parte, son así y no pueden ser de otra forma, presentan unas exigencias que determinan lo que le corresponde a cada cual, las exigencias de su propia naturaleza jurídica, que ciertas dimensiones de las figuras o categorías jurídicas no pueden ser alteradas por ningún pacto, a menos que caigamos en la irracionalidad práctica y entonces ya no se trate de la misma institución jurídica. Además, las características que se derivan de la naturaleza y contenido de las "personas jurídicas", normalmente inalterables e impersonales, constituyen un tesoro de precisión.

Naturalmente, si no existen estos pilares de referencia solo quedan los arbitrios enfrentados, lo que nos conducirá al estudio de si esta situación, de choque directo del hombre con el hombre, es la situación jurídica por excelencia o, por el contrario, nos devuelve a una sociedad pre-romana.

En el juego del "derecho natural absoluto" y el "derecho natural hipotético" sólo existen individuos aislados en un primer momento, que, posteriormente asegurarán su independencia y aislamiento gracias al seguro permanente que supone la sociedad política. Así, en la vida política, los

hombres permanecen "como piedras en el pedregal"⁹⁵. Desde este planteamiento de la realidad humana *social*, los iusnaturalistas racionalistas orientaron sus esfuerzos para saber hasta dónde ha de llegar el poder del Estado y donde comienza la *legítima* autonomía de los particulares.

En la ciencia jurídica prudencial hay elementos para resolver el problema jurídico: cada una de las necesidades de las "personas" que encarnaba cada sujeto, es una exigencia de la justicia. Es frecuente encontrar en las obras de los juristas bajomedievales y del siglo XVI frases tales como "la necesidad es la primera fuente de la justicia".

Pero si suprimimos mentalmente las exigencias de las personas o instituciones, como hicieron los iusnaturalistas de la Edad Moderna, únicamente nos encontraremos en la sociedad política ante dos voluntades desnudas: la de un individuo enfrentado a otro individuo, o la del individuo contra la del Estado. La ideología liberal (tratada con precisión en los tratados de "Derecho natural" de la Edad Moderna) parece reacia a entender que el Derecho es simultáneamente un orden de protección de la personalidad y un orden de *colaboración* en sociedad. Los liberales, de la mano de Pufendorf, Kant, etc., sólo aprecian la libertad "negativa", esto es, la independencia *frente* o *contra* alguien. Esa libertad positiva que nos ofrecen la mayor parte de las instituciones o personas jurídicas, libertad para estar casado, para hacer testamento, para impartir la propia docencia y miles más, no pasan a través del filtro angosto de los postulados ideológicos modernos. Y este "personalismo"

⁹⁵ Vid. Carpintero, Francisco Una introducción a la ciencia jurídica. Ed. Civitas. Madrid, 1988, pp. 23-81

de la Modernidad ha dejado fuera del Derecho una dimensión fundamental del hombre.

“Cuando se enfrentan dos voluntades desnudas, ninguna puede pretender, desde la óptica individualista en que se gestó la doctrina del “Estado”, ninguna preeminencia especial. John Stuart Mill derrochó mucha retórica en su ensayo “On Liberty” para cuadrar este círculo: me parece poco serio que acabe concluyendo que existen unos intereses que la sociedad considera “comunes” y, por tanto, han de imponerse a los ciudadanos, mientras que otros intereses quedan en manos exclusivamente de los individuos”⁹⁶. Este tipo de explicaciones puede servir para la mayor parte de las cuestiones políticas, y para bastantes cuestiones jurídicas. Pero no sólo no resuelven el problema de la justicia o del Derecho, sino que lo vuelven enteramente opaco.

En efecto, cada ser humano es único e irrepetible en la historia. Sin necesidad de entrar en argumentaciones trascendentes o teológicas, cualquier persona sensible ante la ética capta la infinitud de cada uno de nuestros actos, su valor incalculable.

La manifestación fundamental de la personalidad que es, quizá, la voluntad, es igualmente *incommensurable*. Por este hecho, si enfrentamos dos voluntades sin hacer referencia a las cosas, ese *medium rei* del que hablaba Tomás de Aquino, no podemos llegar a ninguna conclusión razonable o justa:

⁹⁶. Para una visión contextualizada de este problema, vid. Carpintero, Francisco “Libertad y Derecho”, en Persona y Derecho, n. 30, 1994, pp. 41-111.

los hombres no podemos argumentar ni valorar sobre dos realidades inconmensurables enfrentadas, porque carecemos de criterios.

Me parece que actualmente se van dibujando otra vez estas dos mentalidades: la "personalista" y la propia de la persona en el Derecho (la visión romanista, prudencial). Los excesos que se cometieron en la II Guerra Mundial, las discriminaciones que actualmente se producen entre las naciones ricas y las pobres, fomentan la visión personalista del Derecho o de la Justicia.

Es por esto que esta tesis tiene como objeto volver a presentar y exponer los postulados de la visión "realista" de la persona en el Derecho, como se hará en el capítulo IV.

CAPÍTULO TERCERO

PERSONA ATRIBUTO

La primera cuestión que vamos mencionar en este capítulo es la distinción y relación que guardan los conceptos persona (sujeto) y personalidad (persona atributo.) Para esto empezaremos dando algunas definiciones de la personalidad.

Personalidad se entiende como :

1. El reconocimiento en el Derecho - de ahí el calificativo de jurídica - de la existencia y esencia de una persona.⁹⁷
 2. La mera aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.⁹⁸
- Proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico.⁹⁹

1. Relación

El concepto de personalidad jurídica guarda estrecha relación con el de persona hasta el punto de que viene a consistir en el reconocimiento en el ámbito jurídico de la condición de persona, por lo que si todo hombre es persona, la personalidad jurídica será la calidad de ese hombre para ser titular - activo o pasivo - de las relaciones jurídicas. Por lo tanto se es persona y se tiene personalidad cuando se puede intervenir en el mundo de las relaciones jurídicas. Lo anterior nos lleva a concluir "que de acuerdo con la norma

⁹⁷ OB. CIT., GER VOX PERSONA TOMO XX, P.777

⁹⁸ GALINDO GARFIAS. OB. CIT., PP. 296 Y 297.

⁹⁹ DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, EDITORIAL LABOR, BARCELONA, 1961, TOMO II P. 2966

jurídica, la persona puede validamente colocarse en la situación de ocupar el puesto de sujeto de determinada relación jurídica.”¹⁰⁰

2. Diferencia

El concepto de personalidad, intimamente ligado al de persona, no se confunde sin embargo con ésta ; porque la personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo jurídico . ¹⁰¹

La personalidad significa que el sujeto (la persona) puede actuar válidamente en el campo del Derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo y pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que pueden presentarse. ¹⁰²

3. Evolución histórica.

No ha sido fácil llegar al actual grado de desarrollo en la teoría general de la personalidad - jurídica. El fenómeno, evidente para el hombre moderno, del reconocimiento de ésta a todo ser racional no ha sido una constante histórica por lo que considero importante detenernos a considerarla brevemente.

En el primer capítulo se expuso que en el Derecho Romano preclásico, se confundieron los conceptos de persona y personalidad, asignándoseles a ambos el vocablo *caput*; posteriormente se distinguen estos conceptos pero no

¹⁰⁰ GALINDO GARFIAS, *OB. CIT.*, P. 267

¹⁰¹ *IBIDEM* P. 294

¹⁰² *IDEM.*

se reconoce la personalidad a toda persona, ya ésta que sólo se atribuía a quienes gozaban de la libertad, de la ciudadanía romana y ostentaban la jefatura familiar ; las personas que no ostentaban estas tres categorías eran los alieni iuris y eran los esclavos que se consideraban como cosas.

Otro aspecto en el Derecho Romano consistía en que tener la personalidad no era una condición definitiva e irrevocable ya que una persona podía sufrir una disminución (deminutio) en su personalidad (caput, capitis) que , según al estado que afectase, originaba una capitis deminutio máxima (convirtiéndose en esclavo), capitis deminutio media (no ciudadano o extranjero) o una capitis deminutio mínima (convirtiéndose en hijo de familia o dependiente de un alieni iuris).

El Derecho germánico se nos presenta con caracteres opuestos, ya que “a la intransmisibilidad romana se enfrenta la transmisibilidad germánica. es decir, dentro de ciertos límites, la personalidad jurídica es susceptible de cesión en cuanto que se admite como negocio perfectamente obligatorio, el que se realiza con la enajenación de una parte de la propia voluntad o libertas: desde su entrega en servidumbre, hasta su relación en personal”.¹⁰³

El cristianismo llega a establecer el principio de igualdad natural entre todos los hombres, cualquiera que sea su condición o estado “*como quiere que secund natura non haya departimiento entre ellos*”. Igualdad natural que es consecuencia de que todos son hijos de Dios y hermanos de Cristo. Dicha igualdad natural no se traduce necesariamente en igualdad jurídica absoluta, aunque si en la posibilidad de obtenerla. Esto es consecuencia de considerar a

¹⁰³ QB. CIT., GER, VOZ PERSONA P.777

todos como personas y por tanto con personalidad jurídica y con derechos comunes a todos, pero no todos con idénticos derechos ; con esto queremos decir que el cristianismo no propagó igualdad idéntica de derecho y por lo consiguiente un abatimiento de las clases sociales y de las diferencias de estados, sino que a cada trabajo social le da dignidad, pues se la da a todo hombre.¹⁰⁴

En pleno medievo y siguiendo las pautas anteriores Santo Tomas de Aquino dice “que si la parte debe subordinarse al todo y lo inferior a lo superior, claro que la igualdad no puede establecerse entre desiguales, y si los hombres son iguales en cuanto todos por igual se benefician de la Redención, difieren, en cambio por sus diversas cualidades, esto es según la posición de cada individuo en los diversos grupos sociales y en razón a la justicia¹⁰⁵.

Esas diferencias no se traducen en una quiebra del principio unitario de la personalidad que se atribuye a toda persona, como atributo esencial, en razón de la dignidad humana, consecuencia del soplo divino. Por lo que a toda persona se le debe reconocer y conferir personalidad.

El régimen germánico de la personalidad y la entrega de parte de la libertad se perfeccionará en el medievo dando lugar al vasallaje, relación jurídica que merece más atención ya que la época en general y esta institución en particular, se encuentran rodeadas de prejuicios y malas interpretaciones. El

¹⁰⁴ SERÍA ILUSO Y ANACRÓNICO PRETENDER QUE EL CRISTIANISMO ACABARA CON LA ESTRUCTURA SOCIAL ROMANA, DENTRO DE LA CUAL SE ENCONTRABAN LOS ESCLAVOS, LO DERECHO LIMITADOS A LOS NO CIUDADANOS, A LOS NO PATRICIOS, ETC. LA AUTÉNTICA REVOLUCIÓN ERA DE TIPO ESPIRITUAL Y EQUIPARABA A TODOS LOS HOMBRES EN EL RANGO DE HIJOS DE DIOS.

¹⁰⁵ TOMÁS DE AQUINO. SUMA TEOLÓGICA 1 Q. 96 A. 3

vasallaje era un contrato jurídico mediante el cual “los siervos de gleba, campesinos, obtenían en concesión de un señor, el feudatario, un lote de tierra suficiente para mantenerse a si mismo y a sus familias. El uso del suelo venía compensado por el campesino mediante una cuota sobre la cosecha, en ocasiones con un pago en moneda y con prestaciones varias sobre las otras tierras del señor.”¹⁰⁶

Por lo que, si el siervo de gleba realiza un contrato, es decir se obliga válidamente en nombre propio lo que se debe no sólo a que es sujeto de derecho sino a que tiene personalidad : “el siervo medieval es una persona, no un objeto : posee familia, una casa, campos y cuando le ha pagado lo que le debe, no tiene más obligaciones hacia su señor”.¹⁰⁷

La parte de sus derechos que enajena es la libertad de tránsito “no está sometido a su amo, está unido a su tierra, lo cual no es servidumbre personal sino real. La única restricción reside en que no puede abandonar la tierra que cultiva.”¹⁰⁸ lo que no puede identificarse con una esclavitud sino con una limitación de derechos.

El Renacimiento postula una concepción del hombre que habrá de influir en los Códigos de la Edad Moderna: al ciudadano de la Edad Antigua, al hombre religioso de los tiempos medievales, lo sustituye animal racional, que en el campo del derecho, se traduce en el *homo iuridicus* y esta consideración, que mantenida dentro de sus justos límites ofrecía innegables ventajas al ser

¹⁰⁶ MESSORI, VITORIO. LEYENDAS NEGRAS DE LA IGLESIA. 3A ED., EDITORIAL PLANETA-TESTIMONIO, BARCELONA 1996 PP. 216 Y SIGS.

¹⁰⁷ IDEM

exagerada por los partidarios del formalismo jurídico, incurre en los vicios e inconvenientes que mencionamos en el capítulo anterior.

Me parece importante detenerme a señalar un punto que llama la atención dentro de esta visión amplia y moderna de nuevo "ciudadano libre" : la institución de la **muerte civil** que se contemplaba en el Código Napoleónico, la cual - según indica Planiol - "era una ficción, por virtud de la cual el condenado no obstante vivir aún, se consideraba muerto para la ley... y afectaba tres categorías de condenados : los condenados a muerte, a trabajos forzados perpetuos y a los deportados."¹⁰⁹

Es paradójico que en pleno siglo de las luces y bajo la dirección de los Iluminados que se encargaron de tachar y reprobar a los medievales de oscurantistas y teocéntricos (dándole a esta palabra una significado de contraposición con el hombre) y por lo tanto poco centrados en el hombre, a diferencia de ellos y "por orden de aquel hijo predilecto de la Revolución que fue Napoleón"¹¹⁰ estableciera esta institución jurídica de la muerte civil que tiene como efectos :

- La apertura de la sucesión : ya que según esta ficción se le consideraba muerto a la persona que se condenaba a muerte civil, se le despojaba de sus bienes para atribuirlos a sus hijos, anulándose cualquier disposición testamentaria anterior, que se hubiere realizado cuando éste era capaz, y la transmisión de bienes era considerada como una sucesión ab intestato.

¹⁰⁸ IDEM

¹⁰⁹ MARCEL PLANIOL. TEORÍA ESPECIAL DE DERECHO CIVIL. TOMO I, EDITORIAL PORRÚA, PUEBLA, 1945 P. 195

¹¹⁰ MESSORI, LEYENDAS NEGRAS P.213

- Disolución del matrimonio : se le consideraba viuda a la esposa y libre para contraer nuevas nupcias.
- Pérdida de Derechos cívicos y políticos
- Pérdida parcial de los Derechos civiles : conservando el derecho de celebrar contratos a título oneroso, lo que le permitía ganar dinero mediante su trabajo, pudiendo comprar y vender, ser acreedor y vendedor.¹¹¹

4. Teorías actuales de la personalidad

Actualmente parecen imponerse dos concepciones acerca de la personalidad:

•En primer lugar, la que puede llamarse técnico-jurídica, lógica o abstracta que viene a ser una paradoja ya que es una teoría impersonal de la personalidad elaborada por Savigny, para quien la personalidad es la abstracta posibilidad de ser titular de una relación jurídica. De una manera categórica afirman que "la personalidad es producto de un orden jurídico y surge del reconocimiento del derecho objetivo. El hombre es persona no por su naturaleza, sino por obra del derecho."¹¹²

•Por la parte contraria discurren las escuelas iusnaturalistas, que afirman que la personalidad es atributo esencial del ser humano, de todo ser humano, una cualidad que no se debe a gracia alguna de

¹¹¹ IDEM, PP. 195 Y SIGS.

poder político, o legislación, sino que la tiene el sujeto en sí mismo y que nadie la puede negar sin negar también el orden natural.

La consecuencia que deriva de extremar la primera postura de las anteriores nos lleva a afirmar que no existen límites a la posible personificación, por lo que cabe decir que si la personalidad es abstracta y está desligada de la persona, ésta puede ser privada de personalidad si así es determinado por la ley, con lo que se llega a una situación de esclavitud (un ritornello a los romanos), como ocurrió en el siglo XX con el Tercer Reich, en el cual salta a la vista el caso del fundador de la escuela formalista del derecho : Hans Kelsen .

Por lo que se refiere a la escuela de derecho natural, si la personalidad es derivación en el derecho del ser persona, esta categoría pertenecerá naturalmente a las personas físicas y que únicamente en sentido figurado o translaticio se aplicará a las personas morales, en cuanto que éstas son la unión de las primeras.

Se podría pensar que estas dos teorías son contrarias y que debe optarse por una de ellas y descartar a la otra; pero en una actitud conciliatoria Castan Tobeñas opina que “quizá fuere conveniente enlazar ambos puntos de vista para llegar, en tan arduo problema, a conclusiones satisfactorias.”¹¹³

¹¹² CITADO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. DERECHO CIVIL. 3A ED., EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1992, P. 136.

¹¹³ CASTÁN TOBEÑAS, J. DERECHO CIVIL Y FORAL ESPAÑOL. EDITORIAL REUS, MADRID, 1975, TOMO I, VOL.2, PP. 98 Y SIGS.

Para este autor hay que armonizar las dos posturas anteriores, que no son opuestas y excluyentes per se, sino que estudian el problema desde ángulos distintos: "las teorías realistas o ius naturalistas se fijan principalmente en el aspecto ético jurídico del problema" por lo que sus conclusiones son irrefutables ya que determinan a que entidades el derecho otorgáseles personalidad. Las teorías formalistas atienden principalmente los requisitos de ley establecidos por el Estado para regular dicha atribución."

Con la afirmación anterior se aventaja mucho en este tema ya que en vez de partir del enfrentamiento y la lucha por defender la correcta frente a la errónea, buscamos unir las en una sola teoría que se expresaría -de un modo concreto- en los siguientes términos:

La naturaleza de la personalidad, parte en primer lugar de la afirmación de que la misma le corresponde a la persona por su ser racional, capaz de poseer sin ser poseído, capaz de relacionarse y obligarse validamente con otros hombres, mediando una cosa, pero precisamente por ser en sociedad donde se dan esas relaciones deben regularse por el Derecho y, dentro de éste, la personalidad será un instrumento legal definido por unas normas que determinan el momento en que empieza y en que concluye, así como las mayores o menores facultades que le corresponden.

De la teoría propuesta nos quedan por aclarar dos cuestiones fundamentales : la primera es dejar en claro que el afirmar que la personalidad es un instrumento jurídico no quiere decir que sea un recurso técnico al que pueda aludir el orden jurídico para convertir a las cosas o a los animales en sujetos de derecho. Desde el momento en que se afirma que la personalidad es

“el reconocimiento en el Derecho - de ahí el calificativo de jurídica - de la existencia y esencia de una persona”.¹¹⁴, necesariamente se descarta aquella absurda interpretación pues esas formas de derecho sólo pueden adjudicarse a un hombre o a un conjunto de hombres.

La segunda cuestión se fija en un aspecto más delicado y muy controvertido : ya que si afirmamos que todos los hombres cuentan con personalidad por ser hombres, ¿porque algunos tienen más derechos que otros ? es decir ¿porqué hay leyes que restringen determinados actos jurídicos a determinadas personas ? ¿estaríamos hablando de un limite en el ejercicio de esa personalidad, igual para todos ?

A efecto de dar una explicación clara a dicha cuestión es necesario que abordemos el tema de la capacidad y aunque al principio parezca que nos alejamos de la interrogante antes planteada, al final llegaremos a una respuesta más satisfactoria por mejor fundada.

5. Personalidad y Capacidad

Lo primero que analizaremos es la distinción entre estos dos conceptos : Si por capacidad entendemos “la idoneidad para ser sujeto de derechos”¹¹⁵ surge la pregunta ¿cual es la diferencia entre ésta y personalidad? que - como ya dijimos anteriormente - se define como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, o sea, titular activo y pasivo de relaciones jurídicas.

¹¹⁴ OB. CIT., GER, VOX PERSONA, TOMO XX, P.777

¹¹⁵ RUGGIERO ROBERTO, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. TRADUCCIÓN DE LA 4A. EDICIÓN ITALIANA, MADRID, 1929 P. 339

Hay quienes opinan que “en cuanto al término capacidad hay que tener en cuenta que tomado en un sentido abstracto, es sinónimo de personalidad, sin que valgan sutilezas ideadas por algunos juristas para hallar una distinción objetiva entre ambas nociones. Capacidad y personalidad son dos mismos aspectos de una misma idea o dos elementos indispensables para integrar el concepto de sujeto de derecho.”¹¹⁶

Para otros la diferencia está en que “la personalidad es una mera posibilidad abstracta para actuar como sujeto activo y pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que pueden presentarse ; y la capacidad alude a situaciones jurídicas concretas (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio, con determinada persona, para adquirir este bien inmueble o mueble, etc.). De tal manera que sin mengua de personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado.”¹¹⁷ Como es el caso de las personas físicas extranjeras que en la zona restringida no pueden adquirir bienes inmuebles con fines residenciales de manera directa o que no pueden invocar su derecho cuando son accionistas o socios en sociedades mexicanas, o participar en sociedades que se dediquen a la extracción del petróleo ; lo anterior sin que se considere que los extranjeros no tienen personalidad en la República mexicana, sino que se les limitan algunos derechos.

La personalidad es única indivisa y abstracta y la capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta..

¹¹⁶ DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO ESPAÑOL TOMO II, P. 2967

¹¹⁷ GALINDO GARFIAS, OB. CIT., P. 294.

Para otros autores la diferencia entre la personalidad y la capacidad estriba en que esta última se divide en dos aspectos: la idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad jurídica o capacidad de goce) y la idoneidad para el ejercicio de los mismos (capacidad de obrar) y así lo entiende Ruggiero “distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de personalidad, es la capacidad de obrar, la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos”¹¹⁸

Para la presente investigación ambas opiniones nos aportan elementos que nos ayudan a distinguir la cuestión que nos ocupa.

Para estos efectos la personalidad es el reconocimiento en Derecho del ser y la esencia de la persona y abarca muchos aspectos de la misma como son el nombre, el estado civil, el domicilio, la capacidad, es decir que ésta última es uno de los atributos de la personalidad y que se define como la aptitud que tiene el hombre y la mujer para ser sujeto o parte, por sí o por representante, en las relaciones concretas de Derecho, ya como titular de facultad o derecho, ya como obligándose a una prestación o al cumplimiento de un deber.

La capacidad puede ser absoluta si se permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos. Será relativa si solo se puede realizar algunos de ellos y otros no.

Y a su vez la capacidad tiene dos aspectos:

¹¹⁸ RUGGIERO, OB. CIT., P. 339

- Capacidad de goce: por la cual se tiene la titularidad de derechos y obligaciones.
- Capacidad de ejercicio: por la que se ejercitan por si mismos sus derechos y cumplen sus obligaciones.

Una vez expuesta de manera esquemática que es la capacidad y como se divide pasemos a la cuestión que nos preocupa y que plantea los siguiente :

En primer lugar la capacidad es legal porque determina, mediante normas jurídicas creadas en un proceso legislativo, que para celebrar determinados actos jurídicos válidos la persona necesita una autorización legal de ser titular de determinados derechos y obligaciones (siempre fundamentado esto en que el hombre tiene una naturaleza tal que hace que esto sea así, es decir que posea sin ser poseído o que sea susceptible de tener sin poder ser tenido).

Esta limitación no surge (en una teoría y práctica del derecho coherente con el mismo derecho) de una arbitrariedad del legislador, sino de hacer que se cumpla el fin del Derecho y para esto es necesario que las relaciones de Derecho se den entre gentes que pueden hacer frente a ellas y obligarse válidamente y por otro lado que al ejercer esos derechos no perjudiquen a otras personas, ni pongan en desequilibrio el orden social. Es por todo esto que debe haber normas objetivas, promulgadas por quien tiene a su cargo la comunidad buscando que las relaciones de derecho que en ella surjan contribuyan al bien de las personas que participan en ellas y, este bien consistirá en que una

persona tenga la capacidad de realizar aquellos derechos o situaciones jurídicas que le beneficien y no lo contrario.

Esto lo podemos ver en el caso concreto de la capacidad necesaria para contratar, ya que si se permitiera que un niño se obligará validamente se podría poner en ocasión de que las condiciones del contrato no las pueda cumplir o que le sean totalmente desfavorables.

También, como habíamos mencionado, las limitaciones pueden tener como origen el bien del Estado y así encontramos las controvertidas leyes en materia de extranjeros en territorio nacional, por ejemplo la limitación al libre tránsito en la República de las personas que no cumplan con los requisitos migratorios.

Por lo antes mencionado, decimos que toda persona, tiene personalidad y, por lo tanto, como atributo de ésta la capacidad, pero esta capacidad se encuentra regulada para casos concretos por normas que determinan los mayores o menores derechos que les corresponden. También es lógico y consecuente con nuestro pensamiento que hayan derechos que siempre le correspondan a la persona, como son los fundamentales y, que no media ordenamiento legal justo que los pueda negar o restringir.

Y para redondear y cerrar lo antes expuesto nos queda por exponer lo referente a las distintas capacidades de goce y ejercicio, ya que en ocasiones la persona puede ser titular de un determinado derecho (c. goce) pero no puede ejercerlo directamente (c. ejercicio). Estaríamos aquí frente al caso del incapaz,

no de la titularidad, más si del ejercicio de un derecho, ya que la primera capacidad le viene dada es una atribución de género, de todo el género humano, mientras que la segunda capacidad requiere de unas características específicas de cada sujeto y éstas son las que la ley fija para permitirle actuar, ejerciendo personalmente esos derechos. Así las cosas, la carencia de capacidad de ejercicio da lugar al concepto de incapacidad que siempre será excepcional y especial y, como ya se ha mencionado, tiene por objeto proteger a la persona y a la sociedad, pero no obstante eso seguirá siendo persona aunque no sea capaz y por eso se tutelan siempre sus derechos por parte de otra persona capaz.

Y así lo entiende el Código civil mexicano en su artículo 23 :

“La minoría de edad, el estado de interdicción y demás **incapacidades** (de ejercicio) establecidas en ley, son restricciones a la **personalidad jurídica** que no deben menoscabar la dignidad de la persona, ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos contraer obligaciones por medio de representantes”

CAPÍTULO CUARTO

PERSONA NORMAL

En los capítulos anteriores se abordaron algunas cuestiones sobre la persona sujeto y sobre la personalidad (persona atributo), siendo estos temas de índole teórico pero con consecuencias prácticas ; el presente capítulo va a dar un giro y nos va a plantar a nivel realista, ya que su objetivo es proponer y presentar una concepción natural del concepto persona, dejando de lado tantas teorías.

Es mi propósito cerrar la presente investigación dejando un “praxis” de persona que sea no sólo de fácil comprensión sino de grata ejecución, es decir que todos pensemos y actuemos como personas normales.

En el transcurso del capítulo esbozaremos la idea de que una persona normal es aquella que se comporta de manera natural, en armonía con la naturaleza (esto que ahora está tan de moda), que elige un personaje y lo interpreta de manera maestra y, que al comportarse así, no sólo respeta el orden de las cosa y el equilibrio, sino que al mismo tiempo es plenamente feliz desempeñado ese papel.

CONCEPTOS PRELIMINARES

Para entrar de lleno a este capítulo es necesario que demos un marco previo sobre algunos conceptos fundamentales para la comprensión del mismo :

1. PERSONA NORMAL
2. DERECHO CONCRETO
3. VIDA FELIZ
4. PERSONAJE
5. INMANENTE

1.PERSONA :

La persona normal, así llamada parafraseando al Dr. Carpintero corresponde a la persona relación, según el esquema que se encuentra al término de capítulo primero, no denota precisamente al hombre, sino el papel jurídico que desempeña, esto es, los diversos estados o situaciones en que legalmente puede encontrarse, como la situación o estado de padre, de hijo, de tutor, de marido, etc. y, en consecuencia, por persona debe entenderse en Derecho, no el hombre, sino los diversos estados jurídicos de los hombres.

En el primer capítulo vimos el significado etimológico de persona, el cual se derivaba de la máscara o careta que usaban los actores del teatro para hacer que su voz resonara en el foro. Estas máscaras, además , tenían la cara

del personaje que se estaba representando, con lo cual se lograba dar mayor representación al drama actuado.

Y es con base en esta noción - la cual justificamos como válida ya que Ulpiano en la primera ley del Digesto, apuntó la observación de que sería muy conveniente hacer unas indagaciones respecto a la etimología del vocablo que sintetiza este valor en un determinado momento histórico¹¹⁹ - que se denomina persona a los distintos papeles o roles que en el ámbito de lo jurídico, el hombre puede adoptar.

Todo este capítulo gira en torno a este concepto.

2. DERECHO CONCRETO

Si fijamos la atención en la persona jurídica, sujeto del Derecho, en el ser humano que actúa y se relaciona mediante un vínculo jurídico con otro ser semejante y por lo tanto capaz de obligarse, veremos que el Derecho dista bastante de quedarse en teorías y especulaciones, que fuera de un aula académica no servirían de gran cosa, porque al vendedor de cigarros o automóviles o casas, poco le importará lo dicho por Savigny sobre la persona ; lo que sí le incumbe y mucho, es que el señor al que le está vendiendo su mercancía le pague la cantidad que ambos estipularon como precio así como a éste lo que le importa es recibir el objeto por el cual ha pagado. Igual que al vendedor de un bien inmueble le importa casi nada, si la persona moral es una ficción de Derecho con origen en la frase romana "hace las veces de persona", lo que le importa y mucho es que la inmobiliaria con la que tiene celebrado el

¹¹⁹ Citado por Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Editora de Revistas de Derecho Privado, Madrid, 1957, Tomo I, p. 5

contrato de compraventa le pague el precio convenido en el momento que se firme la escritura ante Notario Público.

Nótese que la formalidad y demás condiciones y circunstancias del contrato son diversas dependiendo de los bienes que se venden, pero aun así la esencia del contrato es el mismo: una compraventa.

Con los ejemplos anteriores queda claro que el Derecho concreto es lo que es justo o razonable aquí y ahora, lo que se debe dar a cada uno como suyo. En el ejemplo expuesto, la conducta típica y exigible a cualquier comprador viene ya en cierto modo determinado o “medido” por la figura impersonal y estereotipada de lo **normal** es decir de “comprador normal.”

3. VIDA FELIZ

Quizá este encabezado sorprenda a más de alguno, que pensaré que este título es más propio del sociólogo, del psicólogo o en último término del filósofo, pero definitivamente nada que ver con el Derecho.

Sin dejar de ser este un trabajo jurídico, es necesario recordar,- por si alguien piensa que lo que se enunciará posteriormente se aleja del marco de lo estrictamente jurídico,- que el Derecho dista de ser únicamente un conjunto de leyes y reglas, de trámites administrativos y de juicios.

El Derecho surge de la vida en sociedad y tiene como fin facilitarla, previniendo y solucionando conflictos y esto mediante provocar un comportamiento¹²⁰ que sea el conveniente.

Ya en la introducción al presente capítulo decíamos que el objeto de esta tesis es la proposición de un concepto de persona que fuera, no solo de fácil comprensión, sino de grata ejecución.

El comportamiento del hombre se mueve por un fin - como Aristóteles afirma en su Física que *todo lo que se mueve se mueve por un fin* - y este fin es la felicidad, que necesariamente incluye la paz y, si el Derecho por ser una ciencia o un arte humanístico, tiene como objeto y fin al hombre, buscando provocar conductas jurídicas en éste, podríamos concluir que el Derecho busca que esas conductas ordenen al hombre a su fin¹²¹ : la felicidad y es por esto que podemos afirmar que "la idea de pax (tranquilitas ordinis, de San Agustín) en las relaciones humanas y de jerarquía ... substancialmente se identifican con ello (con el Derecho), ya que la paz se produce sólo a través del ordenamiento justo y bien definido de nuestras vidas."¹²²

Si el ordenamiento jurídico es justo y por lo tanto da paz, el hombre para tener esta felicidad lo que necesita es comportarse de acuerdo con lo previsto por la norma, es decir, tener un comportamiento normal, de conformidad con la siguiente explicación :

¹²⁰ Eduardo García Maynez Introducción al Estudio del Derecho 44a. ed., Editorial Porrúa, México, 1992, p.5

¹²¹ Así nos lo hace ver Puig Peña en su obra citada Tratado de Derecho Civil Español, tomo I p. 25 donde al analizar el concepto y contenido del derecho objetivo nos dice "hasta hace unos pocos años el Derecho Objetivo ... como el conjunto de preceptos que disciplinan imperiosamente la actividad humana para encauzar la conducta del hombre hacia el bien.

¹²² Idem p. 8 y ver Castán Tobeñas, J. Derecho Civil Español, común y foral, Editorial Reus, Madrid, 1975, Tomo I, p.72 y sigs. en las citas a pie de página.

Decíamos que este comportarse como persona normal será de grata ejecución, en primer lugar y en una respuesta general y de corte filosófico, porque actuando según la naturaleza de las cosas el hombre entrará en ese estado de armonía y tranquilidad que se llama felicidad ; y en un tono más jurídico al realizar las instituciones de conformidad con lo previsto por la norma no desplegará en su contra el aparato judicial para hacer que se cumpla coercitivamente la norma por él violada. A este respecto, Dante Aligeri en la *Divina Comedia* consigna una definición de Derecho de gran alcance finalístico y de resultado (del Derecho) al decir que “es proporción real y personal, que observada por los hombres, conserva la sociedad y corrompida, la corrompe.”¹²³

En un plano tangible y remitiéndonos a la realidad, ésta nos muestra que el comprador feliz es aquel que recibe el bien que compró y que es de conformidad con lo que él esperaba y lo que el bien ofrecía ser. También, se puede pensar que es feliz el comprador que recibe un bien y que paga por este la mitad de su valor o que simplemente no lo paga, esto no quiere decir que si no se sigue la conducta que se esperaba de él, es feliz, porque en primer lugar no podemos llamar comprador a quien obtiene un bien y no paga lo estipulado como precio, sino que nos encontramos ante la figura del ladrón o del defraudador y, en segundo lugar, vale la pena que pensemos que en un primer momento este “comprador” se encontró feliz, pero este estado es relativo ya que en cualquier momento se le pueden demandar porque ha cometido un acto ilícito.

¹²³ Citado por Puig Peña, Tratado de Derecho... Tomo I, p. 8

4. PERSONAJE

Ya en el primer inciso de estos conceptos preliminares hablábamos de significado etimológico del vocablo persona y que la máscara era usada para representar a una persona determinada. En la actualidad la determinación del personaje que se está representando se ve influido por muchos factores la escenografía y ambientación, no obstante se sigue buscando dar un faz propia para cada personaje, y aunque sea el mismo actor, se le corta el pelo, se le pinta, si le ponen estas arrugas, etc. con el fin de que la cara nos hable del personaje.

De la importancia que tenía en el mundo antiguo esta máscara o "persona" con relación al papel que se desempeña, es que en el Derecho Romano se empezó a llamar personas a las distintas figuras jurídicas que el hombre podía adoptar y, por seguir con nuestro ejemplo de la compraventa, en ésta encontramos la persona del comprador o personaje del comprador y del vendedor, cuyos papeles consistían en pagar (solvere) el precio convenido y entregar (tradere) la posesión libre e indiscutida (posesión pacífica) de la cosa vendida, la *vacua possessio* cuando se trata de inmuebles.¹²⁴

Son personajes y no personales porque las obligaciones y Derechos recíprocos no se pueden cambiar a su antojo, se encuentran sujetos a la ley.

Podríamos decir que las distintas conductas, ya sean acciones u omisiones, en las cuales se cifran los Derechos y obligaciones de una institución jurídica, son los guiones propios que delimitan al personaje y

¹²⁴ Álvaro D'ors Derecho Privado Romano. 3a. ed., Editorial EUNSA, Pamplona, España, 1977, pp. 534 y 535.

que le dicen como actuar, así, cualquiera de los hombres que adquiriera los Derechos y obligaciones de una determinada figura jurídica se convertirá en el protagonista del contrato, convenio, puesto, etc. de que se trate.

Para expresarlo en un idioma cinematográfico diremos que si se quiere actuar en la película de la compraventa y se quiere ser el personaje del comprador, lo básico va a ser pagar un precio cierto y en dinero por un bien y recibirlo (claro que hay otras conductas que de deben adoptar de acuerdo a la modalidad del contrato y las características propias que se establezcan para el mismo).

Por lo que **la persona normal** tema de este capítulo **no denota precisamente al hombre, sino el papel jurídico que desempeña**, esto es, los diversos estados o situaciones en que legalmente puede encontrarse, como la situación o estado de padre, de hijo, de tutor, de marido, etc. y en consecuencia, por persona debe entenderse en Derecho, no el hombre, sino los diversos estados jurídicos de los hombres.¹²⁵

En palabras del Dr. Carpintero "Antes de la Modernidad, la palabra *persona* designaba cada una de las dimensiones fundamentales de la vida humana: ser padre o hijo, comerciante, clérigo, o noble. Un mismo hombre reunía en sí necesariamente varias personas y de ahí el brocado antiguo que indicaba que "*Unus homo sustinere potest plures personas*": un mismo hombre "sostiene" varias personas.

¹²⁵ Cf. *supra* , Capítulo I

Esto implicaba la no identificación de la "persona" con el ser humano. La persona, más bien, estaba constituida por aquella dimensión estereotipada que permitía conocer el *munus publicum* concreto de cada cual. Claro es que esta afirmación debe de ser entendida dentro de sus justos límites y con relación a lo expuesto anteriormente.

5. INMANENCIA

Inmanente: propiedad que los procesos vitales poseen de actualizar al viviente, y, por lo tanto, de permanecer interiores a su organismo y a su vida como consecuencia, es decir actos segundo, de la actividad del alma, que es el acto primero de un cuerpo físico orgánico que tiene la vida en potencia¹²⁶

Debido a que este término es netamente filosófico, la definición dada puede resultar difícil de entender en un contexto jurídico, por lo que para efectos de una fácil comprensión diremos que por inmanente se entiende aquello que está en la misma esencia del ser, aquello que le viene dado junto con el ser y la existencia que le es propia; es inmanente al pájaro volar, lo mismo que es inmanente al pez nadar y al hombre pensar ; quizá con este ejemplo tan sencillo la definición que entendida.

La inmanencia, aquí definida nada tiene que ver con el significado que a esta palabra quisieron darle en el s. XVIII, ya que estos la concebían como un término opuesto a la trascendencia ; y esto no es así ya que si pensamos - filosofando un poco - el por qué es inmanente al ave volar, al hombre pensar y

así en cada uno de los seres vivos, llegaremos a la conclusión de que Alguien lo hizo así y les determinó qué les sería inmanente, así hablamos de un Creador trascendente que da su ser a las distintas criaturas y al darles una especial naturaleza, determina los actos le son inherentes.

Pasando al campo de lo jurídico, diremos que la inmanencia de una institución jurídica es dada por la naturaleza de la figura jurídica que surge en el dinamismo social, en las relaciones entre los hombres, reconocidas y reguladas por el legislador ; ésta es la génesis del *ius* que “en su concepción originaria, se dice propiamente del acto de fuerza que realiza formalmente una persona, y que la sociedad, mediante sus jueces, reconoce como ajustado a las conveniencias (*ius est*). La función del juez es la declararse sobre el *ius* de tales actos concretos (*ius dicere, iudicium*). El Derecho consiste en juicios, pero estos se fundan en los criterios de justicia formulados por los prudentes.”¹²⁷

En un momento concreto, surge una relación entre los hombre que tiene como contenido prestaciones recíprocas o unilaterales, generando derechos y obligaciones entre ellos ; quizá en un primer momento no interesa a la sociedad, pero cuando ésta se ve afectada por el cumplimiento o el incumplimiento del mismo, lo presenta para solución al órgano (unimembre o multimembre) en el cual se deposita el gobierno de la sociedad y así, la resolución que el órgano da a este conflicto sirve como precedente o cimienta las bases sobre las cuales se deben llevar a cabo este tipo de relaciones jurídicas. Pero una vez establecidas estas bases y siempre que las prestaciones

¹²⁶ Aristóteles. *De anima*, II, 1,412a.

¹²⁷ Álvaro D'Ors. *Derecho Privado Romano* p.60

fundamentales del negocio sean las mismas, nos encontraremos así en presencia de una determinada Institución de Derecho.

Cuando el órgano que tiene a su cargo el gobierno de una comunidad dicta una regla nos encontramos en presencia de una norma obligatoria, ¿por qué esto ? porque según la génesis mencionada debe haber una seguridad jurídica, que defina cuales son las normas de los simples usos o costumbres.

Y en este sentido nos dice de Castro “el significado de la organización para el Derecho positivo es la de dar eficacia a sus normas”¹²⁸

Expuestos los conceptos preliminares, entraremos de lleno a abordar el tema de la persona normal como pauta de conducta.

1. ¿QUE ES LO NORMAL?

a. Que no es normal

Existen muchas personas que procuran no pagar sus deudas cuando compran: pero no se puede decir de ellas que son los compradores “normales”, los que contempla la legislación jurídica cuando regula los distintos tipos de compraventa. Igual así los que evitan pagar sus impuestos, etc. Ante este fenómeno, la ciencia del Derecho no puede resignarse a ser el espejo de un

conformismo acrítico ante la realidad fenoménica o empírica que manifestamos los hombres.

Con esto quiero decir que la "normalidad" es algo más que la adecuación al promedio estadístico, porque "ante el criterio estadístico la normalidad no es un problema extra o paraestadístico; es, como todos los demás, un problema en el que sólo interesa la constancia, la frecuencia y la regularidad de ciertos fenómenos para extraer luego de ellos la fórmula para hacer ley. Desde el punto de vista estadístico los hombres son realizaciones más o menos perfectas de la normalidad, de modo que el mejor criterio normativo que se puede seguir es el de sumar sistemáticamente, y luego comparar cada caso individual con la fórmula especial que arroja el valor más denso o menos frecuente. La normalidad es un objeto colectivo. **La cantidad hecha calidad.**"¹²⁹

Este método estadístico para medir la normalidad, que es usado en la psicología para medir la normalidad psíquica de una persona se hace de conformidad con términos cuantificables, o sea, términos que pueden expresarse en números.

En este sentido, cualquier aspecto de normalidad en una persona es medido comparando las puntuaciones que obtuvo al haber contestado una prueba con el "rango normal" obtenido por un grupo grande de personas que contestaron la misma prueba. Estas normas de prueba que especifican el rango de puntuación, que puede ser considerada como promedio o normal, se basan

¹²⁸ De Castro Derecho Civil de España 3a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, Tomo I, p.57

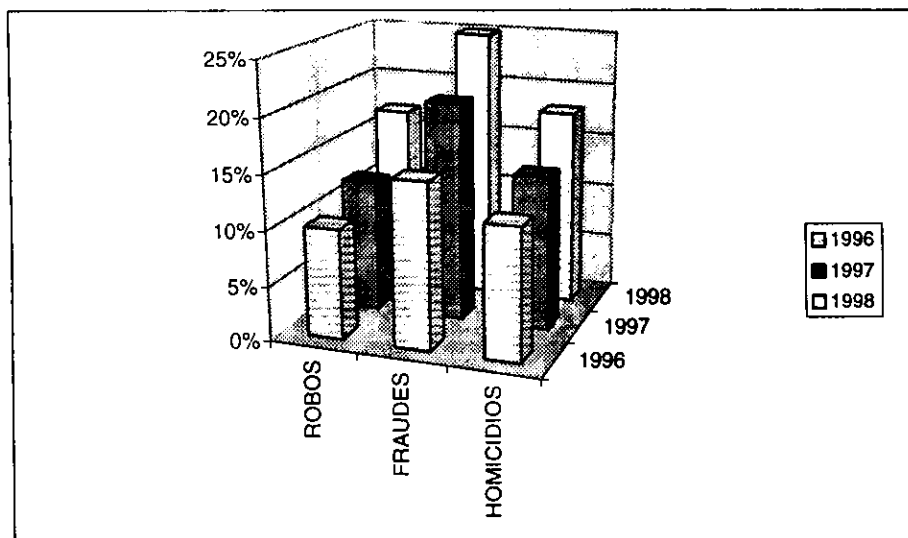
¹²⁹ Raitzin A., El hombre normal es otro desconocido, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1945, p.21

en el número relativo de personas cuyas puntuaciones caen dentro de este rango.

Es decir la normalidad de una conducta, bajo el criterio estadístico, se establece con base en lo que la mayoría de los individuos hacen o consideran como normal y, una vez determinada la normalidad, se considerará normal a la persona que actúe de conformidad con estos parámetros.

Este criterio que en el ámbito psíquico tiene como el mayor de sus límites la parcialidad de sus conclusiones, no las tiene menos en el Derecho, por que si el objeto de éste es facilitar la vida en sociedad, previniendo y solucionando conflictos y esto mediante provocar un comportamiento que sea el conveniente, si se tomara como pauta para establecer las normas jurídicas lo que refleja la mayoría de las opiniones o conductas de un sector concreto de un grupo social o de una circunscripción territorial específica, nos encontraríamos con una opinión parcial que no puede ser pauta de conducta de la convivencia social.

Como un ejemplo concreto de lo anterior se propone un diagrama de barras que refleja el incremento de ciertas conductas ilícitas en una de los suburbios de la ciudad, donde el aumento de las conducta anormales es palpable.



Con lo anterior quiero indicar que es a todas luces contrario a la razón que estos actos ilícitos sean considerados como normales sólo porque sus números aumentan en un determinada ciudad y en una determinada época. Siguiendo el criterio estadístico y, siendo consecuentes con este esquema, por el simple hecho de que estos ilícitos adquieran una frecuencia mayor y que sean habituales, debieran considerarse parámetros de conducta y yendo más allá, podríamos hablar del asesino normal, del ladrón normal o del defraudador normal. Si tomamos estos parámetros como patrones o estereotipos imitables, este asesino (persona normal) sería el estereotipo que regulara las conductas de los hombres que decidan aceptar esta forma de ser persona y eso es, como ya se mencionó, contrario a la razón y al Derecho, no es un comportamiento conveniente e imposibilitaría la convivencia social armónica y la vida feliz.

2. QUE ES NORMAL

Una vez visto que la aplicación del criterio estadístico a la normalidad de la persona jurídica, no sólo es insuficiente sino contraproducente y subversivo, se analizará ahora el concepto de normalidad en un entorno jurídico, hablaremos del "comprador, vendedor y del esposo normal".

Y será este comprador, vendedor, marido, etc. "normal" -de conformidad con la propuesta que en esta tesis se presenta- la medida de la relación jurídica, evitándose así pretender que sea la regulación (excesiva e incompleta) la que previniendo todo tipo de circunstancias y casos pretenda contemplar y abarcar el amplio mundo de las relaciones jurídicas.

Acabamos de decir que la regulación positiva o escrita es insuficiente para contemplar todas las posibilidades que se pueden dar en el mundo de lo jurídico, sin embargo sabemos que el Derecho regula la vida social a través de normas y para evitar que estos dos términos (regulación positiva y norma) se confundan empezaremos exponiendo el origen conceptual del segundo.

La palabra castellana "norma" traduce su homónima latina y recoge su significación, pero debido a una inadecuada traducción romana se homologó el significado de *nomos* y *lex*, dentro del contexto típico de la mentalidad jurídica romana, siendo este último concepto recogido bajo el nombre latino de "lex" y por *lex* los romanos entendían "una declaración de potestad, que vincula tanto al que la da como el que la acepta."¹³⁰ Esta definición es recogida por la escolástica y difundida como indiscutible en la teoría de Derecho en Europa

¹³⁰ Álvaro D'Ors *Ob. Cit.*, p.60

Occidental¹³¹ ; y así encontramos que en Vázquez de Menchaca - autor de transición como habíamos apuntado anteriormente - la definición general de "lex" puede considerarse como una definición general de Derecho.¹³² Y así hasta nuestros días donde por ésta se entiende, palabras más palabras menos:

"sistematización lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que regula la conducta humana en un tiempo y en un espacio determinado, prescribiendo a los individuos deberes y facultades y estableciendo sanciones coactivas en caso de que dichos deberes no sean cumplidos"¹³³

Pero para efectos de la presente investigación es preferible atender al término griego *nomos*. La expresión *nomos*, en su origen, tuvo un sentido distinto al que en la actualidad entendemos.

Los griegos - como tradicionalmente se declara - es un pueblo filosófico por excelencia y es éste su legado a la cultura occidental, así que no es de extrañar que el concepto de *nomos* corresponda a una realidad filosófica, metafísica y no a un concepto jurídico, como sería propio del pueblo romano, creador por antonomasia del Derecho.

En su sentido originario, la palabra norma significó instrumento para medir la tierra, escuadra ; posteriormente significó la idea o la pauta a que se someten los fenómenos de la naturaleza (leyes cósmicas y naturales) y de la *polis*.

¹³¹ Ob. Cit. Ger tomo XVII p.11

¹³² Vid Carpintero Bonitez, Francisco Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno : Fernando Vázquez de Menchaca Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977 pp. 32 y 33.

¹³³ J. Palomar de Miguel, Diccionario para juristas , Editorial Mayo, México, 1981, Vox Norma p. 915.

La expresión *nomos* "aparece siempre en singular, como un sistema único que no admite división y expresa lo que hoy llamaríamos ordenamiento, mas no en el sentido de ley constitucional sino el de un sistema inmanente al ser mismo de la *polis*." ¹³⁴

Aquí advertimos que *nomos* nos habla de un ordenamiento y será en este contexto donde se le ubica en el Derecho, pero en la concepción griega ordenamiento es inmanente al ser mismo, es decir a sí mismo.

Por lo que la palabra *nomos* expresa no solo la idea o la pauta a que se someten los fenómenos de la naturaleza (leyes cósmicas y naturales), sino también y mas propiamente a las reglas que hacen referencia al obrar de los hombres: normas técnicas, morales, sociales, jurídicas.

Es conveniente y facilitará la comprensión de este punto - clave para la propuesta que se realiza- que nos detengamos a definir algunos de los conceptos que anteriormente hemos mencionado:

ordenamiento: acción y efecto de ordenar. Ordenanza, ley o pragmática dada por el superior para que se observe una cosa. ¹³⁵

Normal : se dice de aquello que se encuentra en su estado natural, que sirve de regla o norma. Se dice de lo que por su misma naturaleza, por su misma forma o magnitud, se ajusta a determinadas normas fijadas de antemano. ¹³⁶

autonomía es la facultad de darse leyes a si mismo. ¹³⁷

¹³⁴ *ibidem*

¹³⁵ Palomar *Ob. Cit.* p. 927

¹³⁶ Palomar *Ob. Cit.* Voz p. 915

¹³⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas Diccionario Jurídico Mexicano, 3a. ed., México, 1989, Tomo 1, Voz Autonomía p. 280

insita propio y connatural a una cosa y como nacido de ella.¹³⁸

Con los elementos anteriores y tomando en cuenta el concepto de inminencia expuesto al inicio, sin necesidad de seguir buceando en la concepción de norma -la griega, que es más amplia por ser filosófica, nos basta para el objetivo que nos hemos fijado - procedemos a dar una concepción propia de norma que sea útil y adecuada para la concepción y ejecución de la persona normal:

“norma será aquella manera de ser contenida y expresada en reglas”

Con esta definición se expresa que la normas de una determinada “persona jurídica” son la misma esencia de esa persona, esencia expresada en reglas - derechos y obligaciones - que la llevan a actuar así, por que así es. Y esto es lo fundamental y lo más relevante de la “persona normal” que al actuar de conformidad con los derechos y deberes que le son propios es cuando efectivamente es esa persona que quiere ser, esa persona normal y, de conformidad con lo que habíamos anotado anteriormente, es una persona feliz.

De lo antes dicho se desprende que las reglas o normas según las que se rige la “persona normal” le son propias, se encuentran en ella misma a manera de naturaleza, que con palabras de Millan-Puelles, diremos que es, pues, en cada ente la ‘índole propia de éste su peculiar esencia o modo de ser, en tanto que efectivamente es en él como el más radical principio activo’¹³⁹ y por usar los conceptos antes expresado diríamos que es el “ordenamiento normal” es

¹³⁸ Palomar *Ob. Cit.*, p. 726

¹³⁹ Millán Puelles A. *Léxico filosófico*, Editorial Rialp, Madrid 1984, p. 438

decir un conjunto de reglas internas y propias que le determinan el obrar del ser según su naturaleza.

Pensamos en un comprador normal, lo que se espera de él es que pague el precio cierto y en dinero a cambio del bien que desea adquirir, ya que él espontáneamente quiso asumir ese papel en la relación jurídica de compraventa, que es la propia para adquirir un bien a cambio de un precio cierto y en dinero. Sería ridículo que el comprador pretendiera comportarse como heredero y pretendiera recibir el bien de manera gratuita y como consecuencia de la muerte de su propietario, no podríamos hablar aquí de un comprador, ya que los derechos y obligaciones que quiere adquirir son los propios de un heredero. Además, al comportarse como persona normal esta persona es feliz.

Y para efectos de dejar más clara esta idea central, se pone un ejemplo totalmente gráfico:

Pensemos por ejemplo en una Obra clásica de teatro, como puede ser "ENRIQUE IV", si el actor que va a representar al personaje de Enrique IV en el momento culmen de la batalla con los franceses, deja los guiones establecidos y por él conocidos y se comporta de manera contraria, decidiendo que en ese momento su personaje pacte fraudulentamente con el Delfín y entregue a los suyos para salvar su vida, está rompiendo la unidad de la persona que representaba y alterando los cánones a los que había que sujetarse y que él había aceptado, además y desde la mira del resto de los actores, del de los productores y demás técnicos que participan en la obra (en nuestra analogía : la contraparte), está malogrando un trabajo en conjunto por no

cumplir con lo que se esperaba de él, está estropeando el esfuerzo de los que con él trabajaban y, por último, el público (la sociedad)

Así pues, la persona jurídica que se asuma, implica por ella misma un conjunto de normas que debe seguir para estar en esa persona ; puede parecer que por la sencillez de exposición y por lo comunes y corrientes que se nos presentan muchas figuras jurídicas - pensemos en la habitual compraventa que realizamos, desde los cigarrillos hasta las monstruosas compras de las amas de casa en los días de oferta - estas normas son una simbiosis entre norma social, buen comportamiento y principio ético ; y esto no es así, estas norma es jurídica por lo que considero conveniente mencionar que esta normas cumplen con las características más sobresalientes de las normas jurídicas.

Los caracteres de las normas jurídicas “que diferencian la norma jurídica de las demás normas morales o sociales (son internos y externos) dentro de los externos encontramos la bilateralidad (o alteridad) y la imperatividad..hay, además, un elemento y un carácter interno de índole racional y moral : su contenido legitimador, su justicia, es decir, su conformidad con la idea de justicia o, cuando menos ... su orientación o tendencia a lo justo.”¹⁴⁰

Los caracteres mencionados anteriormente se encuentran presentes en el concepto de normalidad expuesto y para probarlo bástenos poner una breve explicación de cada una de ellas y repetir la génesis de la norma antes expuesta, dejando la conclusión y adecuación, obvia, al lector.

1. La bilateralidad “estriba en que el Derecho siempre se refiere a la conducta de un sujeto, considerado en relación con otro sujeto”

¹⁴⁰ Castán Tobeñas Derecho Civil Español... pp. 67-75

2. Imperatividad “la norma jurídica contiene un mandato que impone a los sometidos a ella una determinada conducta, bajo una sanción más o menos perfecta”

3. “Esta exigencia de justicia, es de rigor para la existencia del Derecho positivo. Para que el estatuto positivo de la vida colectiva sea legítimo no basta que un orden cualquiera sea por él establecido ; hace falta que este orden sea puesto al servicio de la idea de justicia.”¹⁴¹

En un momento concreto surge una relación entre los hombres, que tiene como contenido prestaciones recíprocas o unilaterales, generando derechos y obligaciones, entre ellos ; quizá en un primer momento no interesa a la sociedad, pero cuando ésta se ve afectada por el cumplimiento o el incumplimiento del mismo lo presenta para su solución al órgano (unimembre o multimembre) en el cual se deposita el gobierno de la sociedad, y así la resolución que el órgano da a este conflicto sirve como precedente o cimiento las bases sobre las cuales se deben llevar a cabo este tipo de relaciones jurídicas. Pero, una vez establecidas estas bases y siempre que las prestaciones fundamentales del negocio sean las mismas, nos encontraremos así en presencia de una determinada Institución de Derecho.

Cabe ahora preguntarnos, si la normalidad de una persona jurídica esta en actuar conforme a unas normas jurídicas, ¿ esas normas porque vienen determinadas?

3. ¿DONDE ESTA LO NORMAL ?

El jurista puede responder esta pregunta desde unos parámetros más o menos objetivos, porque no está abandonado a su arbitrio o a su apreciación personal del valor o de los valores, sino que se sujeta al ser mismo de las cosas.

A. Derecho natural ideal

Unas veces se habla de Derecho natural en el sentido amplio, que responde meramente a la idea, fundamental y un tanto vaga de que por encima del Derecho positivo hay otro Derecho que representa un tipo ideal de justicia, sea cualquier su carácter, racional o histórico, permanente o mudable¹⁴²

Para este Derecho ideal, fruto de un idea, la normalidad se entenderá como esa idea perfecta y abstracta a la cual deben sujetarse las realidades concretas e imperfectas. Nos encontramos aquí con una explicación platónica de lo que es la normalidad y el Derecho.

Decimos que es platónica porque responde y se encuadra en la teoría platónica del "mundo de las Ideas", según la cual los objetos que vemos y reconocemos en este mundo son solo un reflejo imperfecto de los verdaderos objetos que existen en el mundo de las ideas, éstos se encuentran ahí con una existencia purísima perfecta y son los moldes o modelos de los que vemos pálidamente en este mundo material e imperfecto.¹⁴³

¹⁴¹ Idem

¹⁴² Ibidem, p. 479.

¹⁴³ Cf. Copleston, Federico. Historia de la Filosofía. Editorial Ariel, Madrid, 1980, Tomo 1, pp. 181 y sigs.

Esto aplicado nuestra propuesta nos llevaría a concluir que el comprador real, así como el gobernante actual y el marido presente, no son más que el pálido reflejo de una figura ideal de comprador, gobernante y marido que existe en el mundo perfecto de las Personas Jurídicas y que serian el parámetro al que se deberían alinear para ser normal o estar de acuerdo con su naturaleza.

La idea anterior es ridícula e incluso irrisoria ya que - en palabras del Dr. Carpintero diremos que - “el mayor enemigo del arte de la justicia es lo que imprecisamente se llamaría la “Idealidad”. Un juez no puede quitar la patria potestad a un padre porque él considere que no es un “padre ideal”, ni se puede abrir expediente a un funcionario porque no responda a lo que alguien imagina que debe ser el funcionario ideal.

Los Románticos del siglo pasado, cuando acuñaron la noción de *das Ideal* como meta que guiaría nuestra vida sin alcanzarla nunca, nos hicieron un flaco favor, al menos a los que nos ocupamos con el Derecho”¹⁴⁴

B. Y SI NOS PLANTEAMOS LO IDEAL

De hecho, lo que más sufrimientos ha ocasionado a la Humanidad han sido las Utopías, de izquierda o derecha, que han intentado hacerse realidad social y política a lo largo del siglo XX. Han sido éstas las que han acarreado las grandes guerras de este siglo:

¹⁴⁴ Notas personales del curso de Maestría impartido por el Dr. Carpintero en la Universidad Panamericana, Mixcoac, México D.F., Enero de 1995. Y los autores a que se refiere son JUAN TEOFILO FICHTE, FEDERICO SCHELLING Y GUILLERMO HEGEL.

“Así, mediante la socialización de los instrumentos de producción, la propiedad revierte a su verdaderos dueños, los trabajadores de otro tiempo expropiados...”

REVOLUCION RUSA

“La formación de una Nación única y todo poderosa, de una raza pura que someta y gobierne a las demás”

NAZISMO Y SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

“El gran sueño norteamericano”

VIETNAM, SALVADOR, PANAMA, ETC.

C. Derecho inmutable

Por otra parte encontramos a aquéllos que definen el mundo normativo como un conjunto de normas inmutables, la existencia de un orden inalterable del ser, del que se derivaría el Derecho y, en general, cualquier normatividad.

Esta concepción tampoco parece aceptable: los hombres avanzamos demasiado en la historia como para poder afirmar tal inalterabilidad.

Pensemos en primer lugar los cambios que sufren las distintas personas jurídicas, por ejemplo en la mujer, que en el Derecho Romano aparece *per se*

como *alieni iuris*, ya que en un primer momento estaba bajo la jurisdicción de su padre o del cabeza de familia paterno y una vez casada en la de su marido. Era pues, un poco mas que sierva. Con el Cristianismo la mujer será elevada a una dignidad, que se refleja en la institución del matrimonio y en la persona de esposa. Pero tendrían que pasar muchos siglos para que ésta adquiriera derechos ciudadanos y fue hasta la segunda mitad del presente siglo, cuando se hace “La no discriminación por razón del sexo, en la Declaración de los Derechos Humanos.”

Por otro lado, también - como un objeción más - encontramos a las personas que han desaparecido, como el pretor-sacerdote, de la primitiva época (o su homólogo rey-tlatoani mexicana), que son en la actualidad figuras propias de biblioteca.

Este cambio también implica el surgimiento de nuevas personas, como son el corredor de piso en la Bolsa de Valores, el ajustador de seguros, el árbitro internacional, entre otros.

Por estas razones una persona con sensibilidad para percibir lo que ocurre a su alrededor, especialmente ahora que el cambio social en general es muy rápido y que tenga conocimientos de la historia del pensamiento jurídico, desdeña tanto un Derecho terco, de mala calidad, que con palabras de Schawarz -Libermann diremos que la idea de un Derecho inmutable es aberrante.¹⁴⁵

La mentalidad según la cual “en un primer momento” solamente existen normas, que, posteriormente se “aplican” a unos problemas reales, enturbia notablemente el proceso de “obtención del Derecho”.

Este modo de enfocar la vida jurídica tiende a resaltar más la invariabilidad de las normas, que la riqueza jurídica que se genera con la aparición de nuevos fenómenos vitales de la comunidad humana que implican una novedad frente a este cúmulo de normas inmutables y preexistentes.

Así lo piensa Radbruch que afirma que “la justicia es algo cambiante, en armonía con todo tiempo, y responde a una adecuación entre la idea de la sociedad humana concebida como comunidad de intereses libres y la cultura de cada época.”¹⁴⁶

Afirmamos que estos problemas o situaciones de facto que piden una solución de iure y no un repetir normas inmutables que zanjen de lado la cuestión, son los que generan la riqueza y vitalidad de la ciencia jurídica, porque ante los nuevos “problemas” el jurista debe buscar nuevas soluciones, sin pretender nunca dejar todo resuelto a priori, ya que los problemas “resueltos” detendrían o pararían la historia y no es éste el caso: la historia está viva y, presumiblemente, seguirá así. De ahí la importancia de nuevas personas jurídicas que hagan posible ajustar la conducta humana a lo que demanda cada situación y cada momento histórico concreto.

Si las dos visiones anteriores no dan respuesta, sigue pendiente la pregunta:

¹⁴³ Citado por Dr. Carpintero en el artículo mencionado anteriormente

¹⁴⁶ Citado por Puig Peña . Derecho civil... , p.11

4. ¿DONDE ESTA LA NORMALIDAD?

Navegaremos ahora en las coordenadas del Derecho en el sentido específico y quizá, para algunos, novedoso, como un Derecho de índole real y objetiva (no meramente ideal), constituido por aquellas normas universales que tienen su base en la naturaleza (de las cosas).

El orden es la cualidad esencial del Universo entero : todos lo seres están sometidos a una norma que preside su existencia y sus operaciones. La ley natural, una en sí por la unidad de su origen y por la unidad de la naturaleza, que es su objeto, se diversifica, en cuanto que se aplica a los distintos órdenes de seres : normas cósmicas que rinden el mundo de la materia y afectan a todos los seres, incluso al hombre, normas psíquicas que gobiernan el mundo del espíritu y que son peculiares del hombre, como consecuencia de su especial naturaleza inteligente y libre. En este segundo grupo figuran las normas lógicas que rigen la inteligencia humana ; las estéticas que gobiernan la sensibilidad, y las morales que disciplinan la voluntad para la consecución del bien.¹⁴⁷

Las leyes morales se desdoblan en dos grupos de normas, uno el de las que abrazan la vida en todas sus manifestaciones (a saber la norma religiosa y la norma moral en sentido estricto), otro, el de las que regulan solo la conducta del hombre en su relaciones con los demás hombres o con los grupos mayores o menores en que aquellos se asocian (n. sociales.) Entre estas últimas figuran las impuestas por las apreciaciones y los usos sociales (n de convivencia, de decencia, de decoro, de indumento, de cortesía y aún de etiqueta y ceremonial). Pero, las más importantes y las que pueden llamarse por antonomasia son las normas jurídicas, es decir, las que se constituyen el Derecho.

¹⁴⁷ Cf. Arámburo, Filosofía del Derecho . T. 1, citado por Castán Tobeñas, Ob. Cit., p. 53.

Como dice Bonecase la idea de orden que rige el universo en su totalidad, se manifiesta en la vida social, bajo la noción de derecho."¹⁴⁸

En este Derecho encontramos la respuesta adecuada a nuestra cuestión, la normalidad de un ser se da en el ser mismo, como ya habíamos indicado anteriormente, pero no en el concepto ideal del mismo o en unas normas inmutables que este tiene, sino que es la realidad misma del ser, lo que es. Por lo que, en cierto modo, la normalidad y la *realidad* de "algo" (una persona, una institución jurídica funcionando correctamente) son la misma cosa.

Para muchos esta cuestión debe sonar extraña y poco confiable ya que en amplios sectores jurídicos se tiene la idea de que el Derecho es el mundo del deber ser y no del ser, dando al Derecho un matiz de código ideal, que regule la conducta de las personas; ya anteriormente explicamos porque este concepto de ideal era inadecuada al Derecho, por lo que dado por entendido esto y a modo de colofón expondremos el pensamiento de Álvaro D'Ors, el cual opina que "lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser.

Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de norma jurídica es precisamente porque la *normalidad* nos proporciona la norma"¹⁴⁹

¹⁴⁸ Idem p. 54.

¹⁴⁹ D'Ors, Álvaro, Una introducción al estudio del Derecho, 8a. edición, Rialp, Madrid, 1989, pág. 103. Poco antes ha explicado que "El estudio del Derecho es un estudio de libros. Perteneció así a la aplicación literaria que se comprende bajo el rótulo de "Humanidades". No sólo porque toma los libros como materia de estudio, sino también porque aquellos se refieren directamente a la operación y no al ser, es decir, porque toman en consideración el obrar del hombre y no la naturaleza, la propiamente física o la metafísica. Así todo estudio del Derecho debe empezar por los efectos reales,

Podemos apreciar que en buena parte de nuestras instituciones jurídicas existen tanto y simultáneamente, un elemento convencional, condicionado históricamente por diversos factores, como una dimensión de esa institución que es necesaria porque de no existir no tendría sentido esa institución jurídica.

Antes se ha dicho que la conducta de un comprador normal, se considera como tal cuando cumple con lo que se sabe y se espera de él. Esto nos lleva a pensar que la génesis de una persona jurídica concreta obedece al resultado jurídico o al papel que debe desempeñar en el mundo del Derecho, para poder obtener ciertos derechos y obligaciones en una determinada comunidad, siendo aceptada por ser una relación armoniosa que conserva la tranquilidad de la comunidad humana.

En este sentido se devuelve a la persona el contenido etimológico con el que se empezó la presente investigación, es decir, como personaje que representa un papel teatral y considerando su conducta como normal cuando se comporte como en realidad es.

Situémonos en un momento concreto de la historia humana, ahora perdido en el tiempo, un hombre elige y quiere poseer aquel animal que es propiedad de su vecino y se pone en tratos con él ; éste último está conforme en dárselo a cambio de una fanega de trigo. Una vez que ambos se ponen de acuerdo en la cantidad y se realiza el intercambio, estamos en presencia una permuta, independientemente del lugar en que se realizó, de la raza de los hombres, del tipo de bien que se compra y así aunque varíen éstas y otras circunstancias, siempre que nos encontremos con el intercambio de un bien por

y si se habla de la naturaleza de los actos debe ser a modo de inducción sintetizadora de la realidad estudiada". Cf. *Op. Cit.*, Capítulo preliminar.

otro estaremos frente a una permuta, que así ya fue legislada y regulada en su momento, por lo que las siguientes relaciones jurídicas que tengan como fin el cambio de un bien por otra deben realizarse de conformidad con lo establecido en la figura de la “permuta.”

Podríamos cuestionarnos ¿por qué se convierte en obligatoria o, más propiamente, se constituye en parámetro de futuras relaciones esta persona normal ? al respecto Vázquez de Menchaca contesta que esta ley o normatividad tiene la característica de que nos adherimos por el simple hecho de entrar en sociedad y por esta razón es por lo que obliga a los que están ausentes cuando se crea la ley y a los que nacen después de su promulgación.¹⁵⁰ Quizá sea conveniente aclarar que la ley a la que se refiere el jurista antes mencionado, es al Derecho Civil, que lo entiende como el derecho legislado para una comunidad jurídica concreta, en un espacio determinado.

Como bien apunta de Castro, la norma lo mismo que el Derecho, adquieren la cualidad de positivo cuando pasan del mundo puro de los valores al de la vida social organizada “la norma positiva es la que tiene eficacia en una comunidad y cuya realidad es realizada y garantizada por su organización.”¹⁵¹

Las normas jurídicas no son otra cosa que las reglas que rigen la conducta de los hombres en las relaciones mutuas y cuya observación garantiza el estado mediante las oportunas sanciones.¹⁵²

Para dejar mostrar lo lógico y consecuente que resulta comportarse según la figura jurídica que se establece en la ley, expondremos lo que

¹⁵⁰ Carpintero, Francisco. Del Derecho Natural Medieval..., p. 33

¹⁵¹ ver De Castro Ob. Cit., pp. 53 y sigs.

¹⁵² Castán Tobañas, José. Ob. Cit., pp. 376 y 377.

resultaría de no hacerlo así : piénsese por ejemplo en un litigio en el que el demandado pretendiera comportarse como juzgador y pretendiera determinar sobre la no admisión de las pruebas de la actora o difiriera la fecha de la Audiencia. Este hombre se equivocó en la persona jurídica que le tocaba desempeñar con lo cual perderá el Derecho a su defensa, que era lo que le correspondía en su papel de acusado. Esto nos lleva a comprobar lo que antes habíamos apuntado, que el desempeñar el papel jurídico que corresponde, llevará al “actor” a la felicidad y, por el contrario, el no desempeñarlo le traerá fatales consecuencias ; por lo que muchas veces los efectos buenos o malos de las personas jurídicas que se desempeñan.

También, puede ocurrir que este demandado en su papel de demandado no se comporte conforme a la naturaleza del mismo y en vez de defenderse desvirtuando los hechos de la contraria con los medios probatorios oportunos, pretenda resolver el litigio a su favor entregando al juez una cantidad cierta y en dinero, para que resuelva a su favor el litigio. Este comportamiento anormal de un demandado rompe con la realidad de la Institución misma y ante ésto no podemos decir que estamos en un verdadero juicio, sino que se nos presenta como una caricatura del mismo (más aún si se da el supuesto hipotético de que el juez acepte la propuesta).

Como se deduce, romper con la normalidad es romper con la realidad.

5. ARTE DEL DERECHO MEDIR

Con relación a este punto, con Álvaro D’Ors diremos que “sabemos que algo es Derecho porque es susceptible de ser juzgado,” vemos pues que la

determinación de lo normal o lo “real” bajo circunstancias concretas, aquí y ahora, constituye la labor del juzgador y para esto es ayudado por lo que socialmente se considera “normal.” Es a esta actividad a la que denominamos Arte del Derecho.

Ya decíamos antes que el jurista puede hacer estas operaciones desde unos parámetros más o menos objetivos, porque no está abandonado a su arbitrio o a su apreciación personal del valor o de los valores. **Siempre tiene a mano dos parámetros : la normalidad o la *realidad* de la institución que anda en juego, es decir, las estructuras necesarias de la relación jurídica que examina y la justicia.**

6. LO QUE NO ES EL ARTE DEL DERECHO

Sin embargo, señalaba que la mentalidad “normativista” (por llamarla de algún modo) que lleva a contemplar la vida jurídica como un conjunto de normas más o menos estáticas y que hace de la verdad práctica, bien una “verdad embalsamada”, como suele decir Andrés Ollero o bien la entiende como una decisión arbitraria, lleva a entender que la aplicación *silogística* de la norma jurídica nos dará *ipso facto* la solución jurídica: en este punto coinciden plenamente los iusnaturalistas “tercos” y los relativistas a ultranza que parecen no captar la estructura generadora de Moral, de la decisión concreta, para los que están escritas las palabras de Alejandro Llano, que cita Carpintero: “La teoría general de la acción no puede desplegarse en un nivel pre-valorativo, anterior a la ética, sino que ha de ser radicalmente - ella misma - *ética* “y que no entienden que si hablamos de “Derecho” para referirnos a las normas y a la solución deseable, el término “Derecho” tiene una naturaleza distinta en cada caso, aunque usemos la misma palabra. Desde luego, la forma de proceder en

la mayor parte de las Facultades de Derecho, que consiste en que los alumnos memoricen cientos de folios que reproducen normas, según cada asignatura, no favorece el acercamiento a la realidad jurídica.”¹⁵³

7. LO QUE ES

“La norma jurídica tiene un desigmo fundamental : velar por la conservación y subsistencia del cuerpo político sobre cuyo radio de acción despliegan su eficacia. ¿pero cómo se consigue esto ? ¿ qué última ratio va incita en una norma de Derecho ? sólo puede asegurarse la subsistencia u continuidad del organismo, creador de la norma, cuando los actos ordenadores están inspirados en un ideal de justicia : sin justicia no es posible que exista la sociedad.

Por ello el elemento primordial y fundamental de las normas de Derecho es el elemento intrínseco o ético, en virtud del cual la norma desarrolla el sentimiento y espíritu de la justicia, insito en el corazón del hombre.”¹⁵⁴

De ahí que la *medición del Derecho (ius)*, que es la actividad que normalmente realiza todo juez cada vez que “aplica” un precepto legal, consista en un *arte* de medir o calcular “cosas” (*die Sachen*), llamadas en lengua latina *res*, término del que se deriva el adjetivo “real”. El jurista ha de atender ante todo a los efectos *reales*, como indica Álvaro D’Ors cuando escribe que “lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber

¹⁵³ Notas personales del Curso de Maestría anteriormente citado.

¹⁵⁴ Castán Tobeñas. *Ob. Cit.*, p.33 y De Castro. *Ob. Cit.*, p. 53.

ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta.

Si podemos hablar de norma jurídica es precisamente porque la *normalidad* nos proporciona la norma” y la bondad o maldad de estos efectos en la normalidad existente determina la calidad de la norma aplicable y, en última instancia, cual será esa norma “aplicable”.

En el jurista y, en general en todo hombre la capacidad de percepción del bien moral - la sensibilidad ética - puede incrementarse por el cultivo del saber práctico. Porque la acertada percepción de lo bueno, en cada circunstancia concreta, depende del temple recio de la persona que adecua su juicio a la realidad de las cosas y que descubre la bondad o maldad de las mismas en su naturaleza y consecuencias.

Y este actuar de acuerdo con lo que es bueno y justo, este actuar como persona normal, llevará a quien así se comporte habitualmente, no solo a hacer el bien, sino a ser bueno y a llevar una vida armónica y por lo tanto feliz.

CONCLUSIONES

1. La definición de Derecho que se asume es de gran alcance finalístico y de resultado ya que se le define como “la proporción real y personal, que observada por los hombre, conserva la sociedad y corrompida, la corrompe.”¹⁵⁵

2. Lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de norma jurídica es precisamente porque la *normalidad* nos proporciona la norma.¹⁵⁶

3. Si fijamos la atención de la persona jurídica, sujeto del Derecho, en el ser humano que actúa y se relaciona mediante un vínculo jurídico con otros seres semejantes y por lo tanto capaces de obligarse, veremos que el Derecho dista bastante de quedarse en teorías y especulaciones, que fuera de un aula académica no servirían de gran cosa.

¹⁵⁵ Citado por Puig Peña, Tratado de Derecho... Tomo I, p. 26,

4. Durante las distintas épocas históricas la palabra persona ha ido adoptando distintos significados, los cuales se presentan sintetizados en el siguiente cuadro :

156. Álvaro D'Ors. Una introducción al estudio del Derecho. Rialp, Madrid, 1963. pág. 103.

EPOCA	VOCABLO	SIGNIFICADO JURIDICO	FUNDAMENTO
DERECHO ROMANO S. VIII a.C. A S. V D.C.	Caput	hombre con estado juridico pleno, es decir, constituido por tres elementos: la libertad, la ciudadanía y la familia.	Dig. Lib. 4 Tit. 5 Ley 11
	Persona (acepción etimológica: máscara)	se le uso para designar el papel que un hombre desempeña en los diversos estados en que legalmente puede encontrarse.	
	Persona (d. positivo)	suplanta el vocablo caput pero con idéntico contenido, es decir el hombre con estado juridico.	
	Persona (iusnaturalismo romano)	al concepto persona, como sujeto de derecho, se le añade que todo hombre es persona y por lo tanto sujeto de derecho.	Dig. Lib. 50 Tit 17 Ley 32.
	"personae vi ce fungitur"	ciertos grupos de persona y ciertas masas de bienes se presentan en el orden juridico bajo el aspecto de sujetos de derecho, no son verdaderas personas pero hacen las veces de persona.	Dig. Lib. 46. Tit. 1 Ley 22
	persona (atributo)	no designa al sujeto de derecho, sino a la personalidad, esto es la capacidad jurídica.	Rubro 6, Lib. 3 del <u>Codex Iuris Civile</u>
CONCEPCIONES TEOLOGICAS S.V A XIII D.C.	Persona : racional	Se aplica en concepto de persona a Dios, se define a ésta como "sustancia individual de naturaleza racional"	Boecio <u>De Duabus Naturis</u> <u>Suma Teológica</u> Question 29 artículo 4
DERECHO CANONICO	Persona : dignidad	el substratum de la persona eclesiástica es el cargo, la dignidad.	<u>Codex Iuris Canonicum</u> Parte II
GLOSADORES Y POSTGLOSADORES	Persona ficta	le dan figura juridica de persona a aquellos elementos considerados por los romanos como "vis personae fungitur" (hacen las veces de persona)	
LOS ROMANISTAS	Persona civil	El hombre dotado de estado civil.	Heinecci. <u>Elementa de iuria civilis</u> Tit. III N.61

EL DERECHO MODERNO			
Groccio	Persona sujeto de Derecho	El ser humano es sujeto de Derecho	<u>De iure belli ac pacis n. 12</u>
Pufendorf	Persona sujeto de Derecho	el concepto principal de persona, sujeto de Derecho, es un individuo de naturaleza racional, "muy influido en sus motivaciones por el egoísmo y con cierto grado de maldad y de agresividad... también una fuerte inclinación a asociarse con otros hombres y convivir con ellos en una comunidad pacífica. Ambas inclinaciones coexisten.	<u>Elementos de jurisprudencia universal. Libro II</u>
Rousseau	Persona : sujeto /objeto	La población desempeña, desde el punto de vista jurídico, un papel doble. Puede, en efecto, ser considerada como objeto o como sujetos de la actividad estatal.	<u>Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres.</u>
PERSONA SUJETO		la persona es el sujeto de Derecho, esto es, todo ser capaz de tener Derechos y obligaciones	Ferrara <u>Teoría de las personas jurídicas.</u>
PERSONA ATRIBUTO		Cuando se dice -una persona, no se considera más que el estado del hombre, el papel que desempeña en sociedad, abstracción hecha del individuo, estado y persona son, pues, dos términos correlativos	Toullier. <u>Le Droit civil Français.</u> Tomo I, núm. 168.
PERSONA RELACION		la capacidad de poder ser titular de Derechos, en una palabra, la capacidad jurídica. No pertenece al mundo objetivo, sobre todo no es un ser, sino una relación que interviene entre un sujeto y otros sujetos y el orden jurídico.	Jellinek <u>Teoría General del Estado.</u>
PERSONA OBJETO		la expresión sujeto de Derecho puede emplearse y se emplea frecuentemente para determinar el ser que está sometido a las reglas del Derecho objetivo, y comprendiéndose y no pudiéndose comprender más	Duguit <u>Tratado de Derecho Constitucional.</u>

		que en este sentido la expresión sujeto de Derecho. En efecto, el único ser sobre la tierra al cual pueden dirigirse las reglas del Derecho objetivo es el hombre individual dotado de una voluntad consciente.	
DERECHO CONTEMPORANEO			
KELSEN	Persona jurídica	la persona es sólo una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir un complejo de normas...	<u>Teoría pura del Derecho</u>
Millan Puelles	Persona	Las facultades espirituales, como la libertad y la inteligencia, le dan al hombre la calidad de persona.	<u>Persona humana y justicia social.</u>
Carpintero	Persona - personaje	Un hombre normal vive habitualmente varios roles o personas, es marido, es padre, es amigo, es profesional, es ciudadano, etc. Estas dimensiones fundamentales de la personalidad de cualquier ser humano se consideran personas	Curso de maestría impartido en la Universidad Panamericana en enero de 1995.

5. Los vocablos o nombres (significantes) que se usan para designar al titular del Derecho, pueden ser diversos : hombre, persona, ser jurídico, etc., pero todos tiene como contenido (significado) que esta titularidad (sujeto de Derecho) viene determinada por la condición y dignidad de la persona y no por la norma legal.

6. Actualmente se van dibujando dos mentalidades: la "personalista", es decir, la persona "individuo", propuesta por los ilustrados del siglo XVIII y definida por Kant en el siglo XIX, en la cual nos encontramos inmersos y la propia de la persona en el Derecho, es decir, contemplado en su dignidad de ser integral : espiritual y social por naturaleza. Los excesos que se cometieron en la II Guerra Mundial, las discriminaciones que actualmente se producen entre las naciones ricas y las pobres, se explican en la visión personalista del Derecho o de la Justicia.

7. El Derecho se ocupa de regular sólo una parte de la conducta humana- la conducta propiamente jurídica- quedando al margen o siendo indiferentes para la regla jurídica otras conductas diversas del hombre, pero sin que esto entrañe o signifique mutilación alguna de la realidad total del hombre, contemplado por el Derecho en la integridad concreta del ser, como unidad sustancial y por lo tanto diremos que el Derecho asume el concepto de persona

(en el sentido de dignidad) y que solo a determinadas conductas de dicho sujeto le da trascendencia en el mundo jurídico.

8. Si bien es cierto que al Derecho solo le importan ciertas conductas humanas, es imposible desligar esos actos o conductas del sujeto que las realiza ya que el obrar sigue al ser, siendo lo verdaderamente relevante entender al hombre o persona como actor jurídico.

9. La persona normal, punto neurológico de esta proposición, no denota precisamente al hombre, sino al papel jurídico que desempeña, esto es, los diversos estados o situaciones en que legalmente puede encontrarse, como la situación o estado de padre, de hijo, de tutor, de marido, etc. y en consecuencia, por persona debe entenderse en Derecho, no el hombre, sino los diversos estados jurídicos de los hombres.¹⁵⁷

10. Las normas de una determinada "persona jurídica" son misma esencia de esa persona, esencia expresada en reglas - derechos y obligaciones - que la llevan a actuar así, por que así es. Y esto es lo fundamental y lo más relevante de la "persona normal" que al actuar de conformidad con los

157 Cf. *supra*, Capítulo I.

derechos y deberes que le son propios es cuando efectivamente es esa persona que quiere ser, esa persona normal.

11. De conformidad con el sentido etimológico de persona, que hace alusión a la máscara de personaje que se desea representar, se comporta como persona normal la que elige un personaje y lo interpreta de manera maestra y que al comportarse así, no sólo respeta el orden de las cosas y el equilibrio, sino que al mismo tiempo es plenamente feliz desempeñado ese papel.

12. Podríamos decir que las distintas acciones (y omisiones) en las cuales se cifran los Derechos y obligaciones de una institución jurídica, son los guiones propios que delimitan al personaje y que le dicen como actuar, así cualquiera de los hombres que adquiera los Derechos y obligaciones de una determinada figura jurídica se convertirá en el protagonista del contrato, convenio, puesto, etc. de que se trate.

13. Actuar con normalidad implica ser coherente con las elecciones jurídicas que libremente se adoptaron - esto es más claro en derecho privado y menos en público, donde se nos imponen cargas sin nuestra libre participación por lo tanto es de llamar la atención que se actúe de manera contraria y se cause un perjuicio a sí mismo y a la sociedad.

14. El Derecho, por ser una ciencia o un arte humanístico, tiene como objeto y fin al hombre, buscando provocar conductas jurídicas en éste y si el fin del hombre es la felicidad, podemos concluir que el Derecho busca que esas conductas ordenen al hombre a su fin ¹⁵⁸ : la felicidad y es por esto que podemos afirmar que “la idea de paz en las relaciones humanas y de jerarquía ... substancialmente se identifican con el Derecho, ya que la paz se produce sólo a través del ordenamiento justo y bien definido de nuestras vidas.”¹⁵⁹

15. Si el ordenamiento jurídico es justo y por lo tanto da paz, el hombre para tener esta felicidad, lo que necesita es comportarse de acuerdo con lo previsto por la norma, es decir tener un comportamiento normal y es por esto que el objeto de esta tesis es la proposición de un concepto de persona que fuera, no solo de fácil comprensión, sino de grata ejecución.

16. Los problemas o situaciones de facto actuales, que piden una solución de iure y no un repetir normas inmutables, que zanjen de lado la cuestión y así se generen la riqueza y vitalidad de la ciencia jurídica, porque ante los nuevos “problemas” el jurista debe buscar nuevas soluciones, sin

158 Puig Peña. *Ob. Cit.* p. 25.

159 *Ibidem*, p. 26.

pretender nunca dejar todo resuelto a priori, ya que los problemas "resueltos" detendrían o pararían la historia y no es éste el caso: la historia está viva y, presumiblemente, seguirá así. De ahí la importancia de nuevas personas jurídicas que hacen posible ajustar la conducta humana a lo que demanda cada situación y cada momento histórico concreto.

17. El Derecho consiste en juicios, pero estos se fundan en los criterios de justicia formulados por los prudentes¹⁶⁰ y un jurista de formación prudencial, romanista, sabe que las distintas instituciones jurídicas, que en parte son obra de los hombres en la historia y en parte son así y no pueden ser de otra forma, presentan unas exigencias que determinan lo que le corresponde a cada cual y sabe que ciertas dimensiones de las figuras o categorías jurídicas no pueden ser alteradas por ningún pacto, a menos que caigamos en la irracionalidad práctica. Y sabe también que las características que se derivan de la naturaleza y contenido de las "personas jurídicas", normalmente inalterables e impersonales, constituyen un tesoro de precisión, cuya rigidez siempre puede ser atemperada y adecuada mediante esas vertientes de la "aequitas" que son la *humanitas*, la *pietas*.

160 Álvaro D'Ors, Derecho Privado Romano, p. 60

18. La propuesta y conclusión final de esta tesis es que los lectores se dispongan a comportarse como personas normales, que al elegir un papel jurídico lo desempeñen de manera maestra, tal como es, con normalidad y que al hacerlo así, comprueben que ese principio de realidad de comportarse de acuerdo a lo que se es o lo que se ha elegido, trae como consecuencia la felicidad, la armonía y la paz social ; el “quid” está en que vivan personalmente de manera normal y en ese momento comprobaran la hipótesis desarrollada en esta tesis, ya que como dice la sabiduría popular nadie aprende en cabeza ajena.

BIBLIOGRAFIA

ARELLANO GARCIA, CARLOS.

DERECHO PROCESAL.

2ª EDICION.

EDITORIAL PORRUA.

MEXICO, 1987.

594 PAGINAS.

BATISTAN.

ARMONIAS ECONOMICA.

EDITORIAL TERRAZA Y ALIENA Y
CIA.

VALENCIA, ESPAÑA, 1880.

300 PAGINAS.

BIBLIA DE JERUSALEM.

EDITORIAL DESCLEE DE BROUWER

DDB

BILBAO, 1975.

568 PAGINAS.

BODENHEIMER EDGAR.

TEORIA DEL DERECHO.

13A. REIMPRESION.

FONDO DE CULTURA ECONOMICA.

MEXICO 1993.

418 PAGINAS.

BONNECASE, JULIEN.

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO
CIVIL.

EDITORIAL HARLA. TOMOS I Y II

MEXICO, 1997.

(BIBLIOTECA CLASICOS DEL
DERECHO.)

CARPINTERO BENITEZ, FRANCISCO.

LA CABEZA DE JANO.

SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA
UNIVERSIDAD DE CADIZ.

CADIZ, 1996.

248 PAGINAS.

CARPINTERO BENITEZ, FRANCISCO.
DEL DERECHO NATURAL MEDIEVAL
AL DERECHO NATURAL MODERNO.
FERNANDO VAZQUEZ DE MENCHACA.
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
SALAMANCA, 1977
307 PAGINAS.

CARPINTERO BENITEZ, FRNACISCO.
UNA INTRODUCCION A LA CIENCIA
JURIDICA.
EDITORIAL CIVITAS.
MADRID, 1988.
398 PAGINAS.

CASO, ANGEL.
PRINCIPIOS DE DERECHO.
EDITORIAL CULTURA.
MEXICO, 1935.
425 PAGINAS.

CASTÁN TOBEÑAS. JOSE.
DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y
FORAL.
EDITORIAL REUS
MADRID, 1971-1975.
6 TOMOS.

CERVANTES, MANUEL.
HISTORIA Y NATURALEZA DE LA
PERSONALIDAD JURÍDICA
EDITORIAL CULTURA
MEXICO, 1932.
512 PAGINAS.

D'ORS, ALVARO.
UNA INTRODUCCION AL ESTUDIO
DEL DERECHO.
EDITORIAL RIALP 8VA. EDICIÓN.
MADRID, 1989.
176 PAGINAS.

D'ORS, ALVARO.
DERECHO PRIVADO ROMANO
3A EDICIÓN EDITORIAL EUNSA
PAMPLONA, 1977
635 PAGINAS.

DE CASTRO CASTRO Y BRAVO,
FEDERICO.
DERECHO CIVIL DE ESPAÑA
INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS.
MADRID, 1955.
2 TOMOS.

DIEZ-PICAZO Y GULLON.
SISTEMA DE DERECHO CIVIL.
EDITORIAL REUS.
MADRID, 1978.
IV TOMOS.

FERRARA, FRANCISCO.
TEORIA DE LAS PERSONAS JURIDICAS
EDITORIAL REUS, MADRID 1977.
3 TOMOS.

FLORIS MARGATAN, GUILLERMO.
EL DERECHO PRIVADO ROMANO
3A EDICION
EDITORIAL ESFINGE.
MEXICO, 1968.
576 PAGINAS.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.
DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL.
PERSONAS Y FAMILIA.
2A. EDICION EDITORIAL PORRUA
MEXICO, 1976.

GARCÍA MAINEZ, EDUARDO.
INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL
DERECHO.
44A. EDICION EDITORIAL PORRUA.
MEXICO 1992.
378 PAGINAS.

HANZ WEZEL.
DERECHO NATURAL Y JUSTICIA
MATERIAL.
EDITORIAL AGUILAR.
MADRID, 1957.
480 PAGINAS.

HERVADA, JAVIER.
INTRODUCCION CRITICA AL ESTUDIO
DEL DERECHO NATURAL
EDITORA DE REVISTA.
MEXICO 1988.
191 PAGINAS.

KELSEN, HANS.
TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y
DEL ESTADO.
2A. EDICION.
TRAD. EDUARDO GARCIA MÁYNEZ.
UNAM.
MEXICO, 1979.
PAGINAS.

LOCKE, JOHN.
DEL GOBIERNO CIVIL.
EDITORIAL MINERVA ESPAÑOLA.
MADRID, 1821.
II TOMOS.

MESSORI, VITORIO.
LEYENDAS NEGRAS DE LA IGLESIA
3A. EDICION.
EDITORIAL PLANETA-TESTIMONIO.
BARCELONA, 1966.
456 PAGINAS.

VILLORO TORANZO, MIGUEL.
LECCIONES DE FILOSOFÍA DE
DERECHO.
EDITORIAL PORRUA.
MEXICO, 1973.
PAGINAS.

PLANIOL, MARCEL.
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL.
EDITORIAL CAJICA.
MEXICO, 1983.
4 VOLUMENES.

PUIG PEÑA, FEDERICO.
TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL.
EDITORA DE REVISTA DE DERECHO PRIVADO.
MADRID, 1953-1974.
V TOMOS.

RAITZIN A.
EL HOMBRE NORMAL ESE OTRO DESCONOCIDO.
EDITORIAL EL ATENO.
BUENOS AIRES, 1945.
358 PAGINAS.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL.
27 EDICION.
EDITORIAL PORRUA
MEXICO, 1997.
4 VOLUMENES.

ROUSSEAU, JUAN JACOBO.
DISCURSO SOBRE EL ORIGEN DE LA DESIGUALDAD DE LOS HOMBRES.
EDITORIAL CALPE.
MADRID, 1926.
119 PAGINAS.

RUGGIERO, ROBERTO.
INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL.
TRADUCCION DE LA CUARTA EDICION ITALIANA.
POR RAMON SERRANO SUÑER Y JOSE SANTA-CRUZ.
TEJEIRO, 1929.
3 VOLUMENES.

SIERRA BRAVO, RESTITUTO.
LA PERSONA HUMANA EN EL
MAGISTERIO SOCIAL DE PIO XII.
EDITORIAL AGUILAR.
MADRID, 1960.
350 PAGINAS.

SANTO TOMAS DE AQUINO.
SUMMA THEOLOGICA.
I,2.

CODEX IURIS CANONICUM.
PARTE II DE LA CONSTITUCIÓN DE LA IGLESIA

DIGESTO.
LIBRO IV, 46, 50

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.
LIBRO I.

ARTICULOS DE REVISTAS.

FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ.
MOS ITALICUS, MOS GALLICUS Y EL HUMANISMO RACIONALISTA.
REVISTA IUS COMMUNE, 1988.
158 PAGINAS.

FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ.
LIBERTAD Y DERECHO.
REVISTA PERSONA Y DERECHO, 1994.
111 PAGINAS.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

J. PALOMAR DE MIGUEL.
DICCIONARIO PARA JURISTAS.
EDITORIAL MAYO.
MEXICO, 1981.
1439 PAGINAS.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.
DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.
EDITADO POR LA UNAM (UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO)
Y EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.
3A. EDICION.
MEXICO, 1989.
IV TOMOS.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEGA.
EDITADO POR BIBLIOGRAFICA OMEGA.
BUENOS AIRES, 1979.
XXVI TOMOS.

GRAN ENCICLOPEDIA RIALP.
EDITORIAL RIALP.
MADRID, 1995.
XXIV TOMOS.

ANTONIO PUELLES MILLAN.
LEXICO FILOSOFICO.
EDITORIAL RIALP.
MADRID 1984.
636 PAGINAS.