

301809

19

24



# **UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**

**ESCUELA DE DERECHO**

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

## **LA SITUACION JURIDICA DEL CONCEBIDO**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :  
MA. DE LOURDES LEDESMA FONSECA**

MEXICO, D. F.

1986

**FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

P R O L O G O

## P R O L O G O

El presente trabajo tiene como motivación inicial los cuestionamientos personales por lo que respecta a los derechos de la mujer; los cuales no pueden dejarse pasar desapercibidos, ya que no sólo tiene implicaciones meramente especulativas, sino eminentemente vivenciales; en tanto que trae consigo toda una remoción y extroversión de la mujer, con un probable cambio hacia la historia de la humanidad.

Desde el punto de vista jurídico, en donde considero que se hace más patente tal situación, es precisamente en el cuestionamiento referente a la legalización del aborto, ya que su análisis no sólo implica la interrogante relativa al derecho de la mujer para disponer libremente de su cuerpo, sino que su problemática abarca todo un cuestionamiento hacia una estructura política, económica y social que ha propiciado, anteriormente, la punición del aborto y ahora su legalización. Lo dicho nos hace pensar en la gran complejidad del tema, comprendiendo por esto, que es un trabajo de especialización, no sólo jurídico, sino psicológico, religioso, moral y social.

Ante esto, se optó por realizar la investigación relativa a los beneficios que otorga el derecho civil al ser humano en formación; que si no ha satisfecho la inicial motivación,

en cambio he obtenido cierto criterio jurídico respecto a la --  
condición jurídica de ese ser. Con ésto quiero decir, que he --  
partido de algo más sencillo, y que no por ello he renunciado a  
la esperanza de llegar a tener una mayor capacidad para investi-  
gar lo indicado al principio de este escrito.

Ha sido de fundamental importancia recurrir a las fuentes --  
históricas porque constituyen la conciencia de nuestras raíces --  
jurídicas, así como el principio del conocimiento del presente --  
trabajo. Mediante el estudio de las fuentes del derecho romano --  
fue posible comprender que el principio "NASCITURUS CONCEPTUS --  
PRO IAM NATO HABETUR", como actualmente lo conocemos, podía ser  
estudiado por un lado como la expresión que han utilizado los -  
tratadistas para designar la doctrina romana del "NASCITURUS" -  
y, por otro lado, como creación del cristianismo. En cuanto a --  
ésto, me preocuparé únicamente por establecer en qué se basan -  
los autores para atribuir la doctrina del "NASCITURUS" a los --  
jurisconsultos romanos. Esta doctrina ha sido adoptada por el --  
antiguo derecho español y a través de éste, nuestro derecho - -  
lo ha asimilado con todas sus consecuencias prácticas. Tal fi--  
liación es patente en los textos que regulan este aspecto; en -  
los Códigos Civiles de 1870, 1884 y de 1928.

Lo antes expresado, nos ha llevado a replantarse los ---

conceptos jurídicos de persona, personalidad y capacidad jurídica, ya que mediante su estudio se estableció la manera en que se integran los beneficios reconocidos por nuestro orden jurídico, en los conceptos señalados, complementándose este aspecto con las teorías sobre el origen de la personalidad jurídica y con las relativas a la situación jurídica del concebido.

Integrados los puntos señalados, fue posible estudiar el significado y alcance de los derechos del concebido, lo cual no era fácil ya que primeramente debería establecerse un concepto con el que se identificara al ser humano en formación, desde su concepción y durante el desarrollo de su vida intrauterina; ya que las expresiones empleadas por los tratadistas daban una idea de una etapa de su formación o expresaban un sentido figurado. En segundo lugar se ha encontrado la dificultad de delimitar los efectos jurídicos, relativos a los derechos de ese ser; en tanto que existen varias instituciones jurídicas que se relacionan íntimamente con el objeto de estudio, como es la paternidad, la filiación y la patria potestad, lo cual fue posible al tener siempre presente el contenido del artículo 22 en su segunda significación; es decir en cuanto a los efectos que considera al concebido como nacido. Por todo lo expresado, fue posible desentrañar el sentido del precepto legal señalado, así como también se logró integrar la problemática de los alcances de la legislación vigente re-

tativa a la protección del concebido.

Este trabajo fue finalizado con el capítulo referente al contenido del artículo 22 del Código Civil en el derecho civil comparado, que nos proporcionó un mayor -- criterio para el análisis del objeto de estudio.

## **CAPITULO I**

### **LA PERSONALIDAD JURIDICA**



**CONTENIDO:**

- 1.- Concepto de persona.
- 2.- Concepto de personalidad.
- 3.- Concepto de capacidad jurídica.
- 4.- Adquisición de la personalidad.

A.- Diversas teorías.

B.- Base legal.

## 1.- CONCEPTO DE PERSONA

## - ORIGEN DEL VOCABLO

"...Entre los latinos el sentido originario de persona - fue el de máscara, LARVA HISTRIONALIS, que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; y poco después la palabra pasó a significar el mismo actor enmascarado; el personaje. - Así en el Frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de las personas.. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida y como el autor que en el drama representaba alguna función se decía GERIT PERSO--NAM (principis consulis etc.)... Persona quiere decir aquí: posición, función, cualidad... Por un ulterior desarrollo lingüístico pasó a denotar al hombre, en cuanto reviste aquél --- STATUS, aquella determinada cualidad y así se habla de persona CONSULIS, de persona SOCII... pero en estas formas de coligación, persona va perdiendo gradualmente todo significado y - se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en persona la indicación del género, cuyo genitivo apositivo formaba la especie y esta indicación genérica no podía ser otra que la de hombre. De esta manera - persona termina por indicar independientemente al individuo humano, lo cual implica que éste es el significado que se hace más común y persiste hasta hoy." (1)

---

(1) Ferrara; cit. nest.; García Maynez E.; Introducción al estudio del derecho; pp. 273, 274.

## ACEPCIONES DE LA PALABRA PERSONA

"Persona.- (del lat. personae) f. individuo de la especie humana //2.. hombre o mujer cuyo nombre se ignora o se omite.. //5. personaje que toma parte en la acción de una obra literaria... //7 fil. supuesto inteligente.. /gram. hombre sustantivo relacionado mediata o inmediatamente con la acción del verbo..." (2)

TEORIAS ACERCA DE SI LA PERSONA JURIDICA ES O NO UNA CONSECUENCIA NECESARIA DE LA CALIDAD DE HOMBRE

- Desde que Savigny lanzó su teoría de la ficción jurídica de la personalidad de los entes colectivos, ha surgido la idea de que la personalidad jurídica en general es una construcción de derecho (3), por lo cual los estudiosos del derecho se plantean la pregunta de si es la personalidad una consecuencia necesaria o manifestación necesaria de la calidad de hombre. (4)

- Al respecto, el maestro Castán Tobeñas nos habla de las principales teorías que tratan de responder a dicha interrogante (5):

---

(2) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; Madrid 1970; vol. v. 3a. columna; p. 1020.

(3) Pons Tamayo Héctor; Revista de la facultad de derecho, no. 3; enero y abril 1971; año XI, "capacidad de las personas naturales"; p. 120.

(4) García Maynez E.; loc. cit.; p. 275.

(5) Pons Tamayo H.; loc. cit.; p. 128.

### A) Teorías realistas o las naturalistas

Nos dicen que el hombre por el sólo hecho de serlo, posee personalidad jurídica, que es un atributo esencial del hombre, como ser racionalmente libre posee la capacidad de querer y de obrar para cumplir el fin jurídico que le es propio.

### B) Teorías formalistas

Nos dicen que la idea de persona jurídica es una creación jurídica.

Este grupo de teorías han encontrado como principales expositores a Hans Kelsen y Francisco Ferrara, teorías que se expondrán brevemente por la importancia que han tenido en las -- nuevas concepciones en derecho.

Tesis de Hans Kelsen.- Nos dice que "el hombre es un objeto esencialmente distinto del derecho, el hombre de la biología y la psicología no está en realidad en tal relación con el derecho que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica no es el hombre y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos de dicha ciencia; sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esta distinción, se halla aún lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébase ésto en la distinción entre personas "físicas" y personas "jurídicas", sosteniéndose - que las personas físicas son los hombres y las personas jurídi

cas todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres.."(6)

- "Ser persona en derecho, no es lo mismo que ser hombre individual, que ser persona en sentido radical y plenario, es decir, que ser individuo. Ser individuo es ser yo y no otro; es ser una existencia única, intransferible, incanjeable, irreducible a cualquier otra, es la realidad de mi propia vida, perspectiva en el horizonte del mundo, distinta de todas las otras perspectivas que son las demás vidas..." (7)

Tesis de Francisco Ferrara.- La palabra persona posee, según el maestro italiano, tres acepciones principales, a saber:- la biológica a hombre; 2a. filosófica, es decir, persona como ser racional capaz de proponerse fines y realizarlos; 3a. jurídica= sujeto de obligaciones y derechos...

En la tercera acepción es un producto del orden jurídico; surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo. La llamada persona individual no es persona por naturaleza, sino por obra de la ley. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derecho. Y aún en ciertos sistemas jurídicos de épocas pretéritas, ha habido hombres sin personalidad jurídica, como lo esclavos. (8).

---

(6) Hans Kelsen; cit. post.; García Maynez E.; loc. cit. p. 276

(7) Ibid.; pp. 276, 277

(8) Ferrara Fco.; cit. post.; Eduardo García M.; loc. cit. 288.

" Y no es ésto solo; la personalidad podía perderse por -- una condena penal (muerte civil), o por adopción del estado religioso (vida claustral), y también en los individuos capaces, -- la personalidad se manifiesta como entidad variable, que podía ser concedida en más o menos larga medida. Históricamente no -- han sido iguales desde el punto de vista jurídico; hombres y mu-- jeres; cristianos y hebreos; nobles y vasallos, y aún hoy exis-- te una diferencia entre nacionales y extranjeros. Es más, a -- través de los siglos, se han registrado luchas sangrientas para conseguir la igualdad en la personalidad que hoy nos parece a-- mosotros un supuesto natural. En la atribución de la capaci-- dad jurídica es árbitro el orden jurídico; así como la concede al hombre desarrollado orgánicamente y psíquicamente, la conce-- de también al niño..." (9)

A estas dos últimas sólo nos queda añadir que el concepto de "persona", en cuanto sujeto de la relación, es una noción -- técnica-jurídica y su constitución obedece a una necesidad ló-- gica formal y a la vez a una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con sus semejantes.

En la medida en que esas relaciones humanas interesan al -- derecho, la persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico, como un sujeto de derechos y obligaciones. El--

(9) ibid, pp. 288, 289.

derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa con la palabra persona, instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger a través del orden jurídico. (10)

La persona es el centro imprescindible alrededor del cual se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la noción y la existencia misma del derecho objetivo y del derecho subjetivo, la obligación, el deber jurídico y la concepción de toda relación jurídica. Todos estos conceptos básicos en la dogmática y en la realidad del derecho no podrían encontrar una adecuada ubicación en el sistema jurídico sino a través del concepto de "persona". (11)

#### CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA

Por lo expuesto; podemos decir que persona en derecho es el sujeto de derechos y obligaciones, en cuyo alcance sólo pueden ser considerados como tales, para actuar en el ámbito jurídico, los seres humanos y los entes colectivos constituidos de acuerdo con los requisitos establecidos por el ordenamiento positivo.

---

(10) Galindo Garfias Ignacio; derecho civil; primer curso; 202

(11) *ibid.*; p. 293

## 2.- CONCEPTO DE PERSONALIDAD

### ACEPCIONES DEL TERMINO PERSONALIDAD

"Personalidad.- (de persona) f. diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra...//4 fil. con junto de cualidades que constituyen a la persona o supuesto inteligente..."(12)

### NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD

Así como el concepto jurídico de persona es una construcción técnica jurídica, lo es también el concepto de personalidad y su creación obedece a la necesidad de individualizar a las personas en el ámbito jurídico.

"La personalidad jurídica atribuida al individuo, se apoya o se funda precisamente en aquellas dimensiones que éste tiene en común con los demás. La dimensión del hombre que en el derecho funciona como persona, es la dimensión que éste tiene de común con los demás sujetos jurídicos, por consiguiente no su ra-

---

(12) Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; loc. cit.: p. 1021. 4a. columna



dical individualidad. Y así mismo todas las varias concreciones singulares de la personalidad jurídica en los sujetos denotan aspectos o dimensiones genéricas intercambiables, éstos es, funciones o papeles que, en principio, puede ser desempeñado -- por cualquier otro" (13)

Es necesario e indispensable tal individualización de cada persona para poder atribuirle sus derechos, fijarse sus deberes e imputarle sus obligaciones, fijándole por esto sus contornos- que la diferencian de las otras. (14)

El derecho ha creado este concepto para que sea posible la manifestación y proyección de la persona en el mundo jurídico; y tal manifestación será realizable mediante la existencia de - cualidades o condiciones que forman la personalidad.

#### CUALIDADES DE LA PERSONALIDAD

Ahora hay que determinar cuales son esas cualidades o condiciones, mediante las cuales será posible individualizar jurídicamente a las personas.

---

(13) Hans Kelsen; cit. post.; García Maynez E. loc. cit. p. 277

(14) Pons Tamayo Héctor; loc. cit.; p. 131.

La personalidad lleva implícitas ciertas cualidades que le son propias por su misma naturaleza, a las cuales se les denomina atributos de la personalidad.

La personalidad de que goza una persona física, que es lo que nos interesa para el desarrollo de esta tesis, lleva anexos los siguientes atributos: estado civil, que le fija su identidad; el nombre que nos permite reconocerla; el domicilio que nos permite encontrarla o ubicarla en el espacio, y la capacidad jurídica. (15)

#### CONCEPTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Por lo tanto se puede decir que personalidad, es el conjunto de cualidades o condiciones jurídicas que constituyen la esencia de las personas en derecho.

#### DIFERENCIA ENTRE EL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA CON EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD

Algunos autores consideran que existe una sinonimia entre el concepto de personalidad y persona, cuando ambas se definen como; "el sujeto apto para ser titular de derechos y obligacio-

---

(15) *idem.*; p. 131.

nes", estableciéndose por esto un puente que es la capacidad como aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y deberes -  
Jurídicos (16)

Considero que tal afirmación no es tan verdadera, ya que -  
tal sinonimia a mi parecer, resultaría al hablar del "sujeto", -  
o sea refiriéndose al sustantivo en ambos conceptos.

Sin embargo, aunque ambas ideas vayan unidas, no por esto  
deben confundirse (17), ya que persona es el sustantivo y perso  
nalidad es la cualidad de ser persona. Es decir, que cuando se  
constituyen las condiciones de la personalidad, se configura la  
persona (18).

---

(16) *idem.*; p. 127

(17) *idem.*

(18) *cfr.* Porrua Pérez Francisco; *Teoría del Estado.*; p. 177

### 3.- CONCEPTO DE CAPACIDAD JURIDICA

#### ACEPCIONES DE LA PALABRA CAPACIDAD

"Capacidad.- (del lat. *capacitas-tis*) f.- espacio o hueco - de alguna cosa suficiente para contener otra u otras //2. exten- sión o espacio de algún sitio o local //3. aptitud o suficien-- cia para alguna cosa //6. for. aptitud para ser sujeto de dere- chos y obligaciones, o facultad mas o menos amplia para reali-- zar actos válidos y eficaces en derecho" (19)

#### DIFERENCIA Y SEMEJANZA ENTRE EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD JURIDICA

La capacidad es considerada como sinónimo de personalidad, en su significado de aptitud para ejercer derechos, y asumir o- bligaciones.

Al respecto nos dice el maestro Castán Tobeñas, que esa ap- titud en la cual consiste la personalidad o capacidad jurídica se despliega en: aptitud del sujeto para la mera tenencia de -- los derechos y, aptitud para el ejercicio de los mismos. A la primera se le designa capacidad jurídica de goce o simplemente con la denominación de personalidad; la segunda capacidad de e- jercicio (20). En el mismo sentido añade Florencio Ramírez, -- que la capacidad jurídica, es decir la aptitud para el goce o - el ejercicio de un derecho, es lo que atribuye a un ser el ca--

(19) Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; loc. cit.; vol. II; p. 253 2a. columna

(20) Pons Tamayo H.; loc. cit.; p. 135.

rácter de persona, por lo cual en tesis general, la palabra capacidad jurídica y personalidad tiene el mismo sentido. (21)

Opinan lo contrario; autores como Galindo Garfias, que no por relacionarse entre sí dichos conceptos signifiquen lo mismo, ya que por un lado la personalidad es única indivisa y abstracta y por el otro la capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta. Al respecto nos dice Aguilar Garrodano que la personalidad no admite gradaciones, se tiene o no se tiene, en cambio la capacidad puede ser mayor o menor de una a otra persona (22).

Ahora bien, partiendo del concepto propuesto sobre la personalidad, como conjunto de cualidades jurídicas que constituye la esencia de la persona en derecho, podemos afirmar que no existe en profundidad tal sinonimia con el concepto de capacidad jurídica; pues analizando aquélla como unidad abstracta, la capacidad jurídica forma parte inseparable de ese concepto unitario. Más si nosotros analizamos a la personalidad en su aspecto de aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, encontraremos tal sinonimia. Al respecto hay que hacer la aclaración

---

(21) *ibid.*

(22) *ibid.*; p. 137.

ración de que tanto en nuestra legislación (23), como en la mayoría de los autores consultados, se utiliza indistintamente el término personalidad y capacidad jurídica de goce.

#### ASPECTOS DE LA CAPACIDAD JURIDICA

La 6a. acepción que nos da la Real Academia de la Lengua - Española, coincide con los conceptos que nos dan los estudiosos del derecho, al expresar lo que se entiende por capacidad de goce y de ejercicio. La primera entendiéndose como la aptitud de una persona para adquirir y asumir obligaciones y la segunda como posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir obligaciones.

Mediante la capacidad de goce, en el derecho moderno, la mayoría de las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica; son tenidos en cuenta por el derecho, en cuanto pueden ser sujetos de derechos y obligaciones, -

---

(23) Por ejemplo en el Código Civil del Estado de Tamaulipas en su artículo 19 establece que "la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento..."; y en el código civil del Estado de Morelos se establece en su artículo 116 que la "capacidad de goce de las personas jurídicas individuales se adquiere por el nacimiento...". Nuestro código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 22 que "la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento...". Para efectos de este trabajo será utilizado el término de personalidad como un concepto unitario, por cuestiones técnicas y de utilidad.

esta capacidad es fundamental, porque envuelve en potencia a to dos los derechos, de los cuales el hombre puede ser sujeto. (24)

La capacidad de ejercicio o de obrar es variable, contingente; no existe en todos los hombres, ni se da en igual grado.

La capacidad de goce exige como presupuesto único la existencia de la persona. La capacidad de obrar exige una efectiva capacidad volitiva o de querer, que no todas las personas poseen en igual grado y de la cual pueden incluso carecer, por varias causas, como la minoridad, la enfermedad, etc. (25)

#### CONCEPTO DE CAPACIDAD JURIDICA

Capacidad jurídica, es el atributo esencial de la personalidad, mediante el cual se manifiesta la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para poder ejercitarlos.

---

(24). Pons Tamayo II.; *ibid.*; p. 140.

(25). *ibid.*; p. 141.

## 4.- ADQUISICION DE LA PERSONALIDAD

## A.- DIVERSAS TEORIAS

Las diversas teorías que existen sobre el origen de la personalidad jurídica son: (26)

Teoría de la concepción.- Los teólogos de la iglesia católica afirman que el concebido tiene existencia independiente de la de la madre y por tanto ha de ser tenido como sujeto de derecho antes de nacer. Esta teoría continúa sostenida mediante el argumento de que el ser nacido y el "feto", que en el claustro materno se desarrolla paulatina y regularmente, son de la misma naturaleza.

Teoría del nacimiento.- Nos dicen que el nacimiento es un hecho cierto y evidente que puede fijarse con precisión. El tiempo que el "feto" ha vivido en el interior de la madre nada significa, no es más que la madre misma, y por la madre no es independiente; pero al salir de la cavidad materna al mundo desde ese momento, el derecho le acompaña a todas partes y le reviste con formas jurídicas que le dan personalidad.

Teoría ecléctica.- Expresan que la personalidad tiene su origen en el nacimiento, pero se le reconoce por una ficción de derecho al concebido, retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción.

---

(26) *Ibid.*; p. 136



## B.- BASE LEGAL

La personalidad de las personas físicas se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, el primer párrafo del artículo 22 así lo establece claramente.

Nuestra legislación se basa en el hecho cierto y evidente del nacimiento, pero no bastaría decir que el alumbramiento, la sola expulsión del "feto" del vientre materno, señala el punto de partida de la personalidad, porque el producto de la concepción pudo nacer vivo y morir inmediatamente después de concluido el parto.

Por otra parte, no puede afirmarse que un ser, a pesar de haber nacido fisiológicamente, tenga la calidad de persona, sino hasta que adquiera vida propia, independiente de la vida de la madre; es decir, cuando ha sido separado enteramente del seno materno y aliente por sí mismo. En tanto esto no ocurre, el feto, en la vida intrauterina sigue formando parte de la madre.

(27)

Por lo anterior, ocurre preguntarnos cuáles son los signos del nacimiento exigidos por el derecho.

En el derecho romano, como ya se dijo, se exigían los siguientes requisitos para que el nacimiento tuviera plena eficacia

---

(27) Galindo Garfias E.; loc. cit.; p. 298.

c) a) el hecho del nacimiento; b) que hubiese nacido vivo; -  
 c) la forma humana y por supuesto que el producto hubiese alcanzado en el claustro materno la madurez necesaria para continuar viviendo.

Los germanos, tomaban en cuenta otros datos distintos, a saber: la publicidad que del nacimiento hacían los padres, el bautismo y la supervivencia del hijo durante un período de nueve días.

El Fuero Juzgo, consideraba al recién nacido capaz de recibir la herencia de su padre, si había sido bautizado y vivía diez días. Las partidas que acogieron el sistema romano, excluyen de la calidad de personas a los monstruos y prodigios y exigen el nacimiento perfecto, es decir, la sobrevivencia del "feto" después de su completa separación de las vísceras maternas.

Las leyes de Toro acortaron el plazo de vida del recién nacido a sólo un breve lapso de 24 horas.

El código civil francés de 1804, exige en el ser, además de la vida propia independiente de la madre, la figura humana, y su condición de viabilidad, es decir que nacido el "feto", - ha de ser capaz de sostener la vida extrauterina (28).

(28) ibid.; pp. 298, 299.

En cambio, en nuestro Código Civil vigente, en su artículo 337, establece que se reputa nacido el feto, solamente en el caso de que -- después de ser desprendido del seno materno concurren cualquiera de -- estas condiciones; que viva 24 horas o bien, que sea presentado vivo - al Reigstro Civil.

## **CAPITULO II**

### **LA SITUACION DEL CONCEBIDO**

**CONTENIDO:**

**1.- Concepto de concebido.**

**2.- Génesis histórica.**

**A.- Derecho Romano.**

**B.- Derecho Español.**

**C.- Derecho Mexicano.**

**3.- La concepción en la legislación vigente.**

## 1.- CONCEPTO DE CONCEBIDO

El ser humano en formación puede conceptuarse de diversas formas, sin embargo no existe un vocablo preciso en el cual se contenga todas las etapas de su desarrollo, por lo tanto se exponen a continuación algunas expresiones que han sido indistintamente utilizadas:

Embrión.- (del griego, germinar, brotar) ... //2 en la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes de embarazo. //3 Fig. principio informe todavía de una cosa

Feto.- (del lat. fetus) M. producto de la concepción de una hembra vivípara, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. //2 este mismo producto después de abortado .

Nonato.- (del lat. non-natus; no nacido) adj. no nacido naturalmente, sino sacado del claustro materno mediante la -- operación cesárea. //2 fig. dicese de la cosa acaecida o no existente aún"

Los términos antes señalados nos representan una etapa del ser en formación (embrión, feto), o representan una idea en sentido figurado (embrión, nonato). Sin embargo, como esta tesis atiende al ser en formación de manera general, es mejor buscar una expresión que nos representen al futuro ser humano, desde el momento en que se inicia su gestación y durante el desarrollo de su vida intrauterina.

Tal término propuesto es el de concebido , cuya expresión gramatical nos representa el participio pasivo regular del verbo concebir , significando éste; quedar preñada la hembra y a tal idea va unida con la de concepción , cuyo significado es el de "acción y efecto de concebir

Por tanto la idea de concebido nos expresa un momento pasado de la concepción; así como también nos da a entender el momento en que en el vientre de la madre se inicia el desarrollo de un futuro ser.

Por lo que se puede decir, para efectos de este trabajo, que CONCEBIDO , ES EL PRODUCTO HUMANO DE LA CONCEPCION QUE INICIA SU DESARROLLO DE VIDA EN EL VIENTRE MATERNO. \*

---

\*Dentro de las fuentes de investigación y consulta empleadas para la integración de este apartado destaca por su importancia el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y la Enciclopedia Jurídica Omeba.

## 2.- GENESIS HISTORICA

## A.- DERECHO ROMANO

El término persona es usado por los juristas clásicos -- con la significación de hombre, por lo que todos los hombres, incluso los esclavos, son llamados personas, Gayo muy expresamente se ocupa en su exposición concerniente al derecho de -- esclavitud del IUS QUOD AD PERSONAS PERTINET, y habla sin reparo de las personas serviles (1), es conveniente añadir que este término se empleó para la designación de las corporaciones hasta la época post-clásica como PERSONAE VICE (2).

La idea de persona representaba al hombre revestido de un STATUS (3) y dependiendo del STATUS que tenía el individuo gozaba o no de los derechos que dimanaba del JUS. Para tener el pleno uso y goce de los mismos era menester ser libre, ciudadano, pertenecer a una familia agnática y ser SUI JURIS (4).

---

(1) Fritz Schulz; Derecho Romano Clásico; Barcelona 1950; p.69.

(2) D'Ors Alvaro; Derecho Privado Romano; Pamplona 1977; p.480.

(3) Fritz Schulz; loc. cit.; p. 70.

(4) Serafini Felipe; Instituciones de Derecho Romano; Barcelona 1897; p. 137.



INICIO DE LA EXISTENCIA HUMANA EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano se establece el inicio de la existencia humana cuando se llenan los siguientes requisitos: nacer vivo, viable y con forma humana.

a) Para que pueda decirse que el hombre ha nacido, se exige primeramente su perfecta separación del cuerpo de la madre, sin que por otra parte deban ser tenidos en cuenta los medios para obtener dicha separación (5). El feto en el claustro materno, no es más que un embrión que forma parte de las entrañas de la madre: Ulpiano, D., 25, 4, S 1,; PARTUS ENIM ANTEQUAM EDATUR, MULIERIS PORTIO EST VEL VISCERUM. (6)

b) En segundo lugar, el concebido ha de nacer vivo, en cuanto a la prueba de la vida del recién nacido, los Proculyanos exigen como condición indispensable, la emisión de gritos, mientras que los Sabinianos consideraban que bastaba cualquier signo o manifestación de vida, esta última opinión es aceptada por Justiniano (C., 6, 29, 3 et sancimus si vivus perfecte natus est) (7).

---

(5) Savigny M. F. C.; Derecho Romano; p. 307

(6) Serafini Felipe; Loc. cit. p. 133

(7) Valverde Valverde Calixto; Tratado de Derecho Español; Valladolid 1920; p. 219.

c) En tercer lugar, el producto debe ser viable, esto es, que el infante debe haber alcanzado en el claustro materno la madurez necesaria para continuar viviendo independientemente.

d) La forma humana es el último de los requisitos para la existencia de un hombre; los monstruos y prodigios no son considerados como hombres ni protegidos por las leyes;" Paulo, 4, 9, 3 y 4: NO SON HOMBRES LOS QUE FUERA DE LO NORMAL SON PROCREADOS CON FORMA CONTRARIA A LA DEL GENERO HUMANO COMO SI UNA MUJER HUBIERA DADO A LUZ A UNA COSA MONSTRUOSA O PRODIGIOSA" (8).

En cuanto a la determinación de los prodigios, los autores consultados no hacen mención alguna de esto y en cuanto a la monstruosidad no se tiene un criterio exacto para determinarla; algunos tratadistas posteriores basándose en un texto de Paulo, relativo a los lugares religiosos, en el que dice "que sólo ha de considerarse como tal, aquél en que sea enterrada la cabeza" han entendido que a ésta se atendía para determinar la condición humana, pues como dijo dicho jurisconsulto: "por la fadiga es por donde somos conocidos", el criterio no obstante, no resulta claro de las fuentes (9).

---

(8) D'Illigo Ernesto; Apuntes de Derecho Romano; la Habana 1940, Vol. 1; p. 254.

(9) Ibid.; p. 225.

LA DOCTRINA DEL MASCITURUS (10) EN EL DE  
RECHO ROMANO (MASCITURUS CONCEPTUS PRO -  
IAM NATO HABETUR)

Como ya se señaló, el inicio de la existencia humana se ve rifica cuando el producto de la concepción ha nacido vivo, viable y con forma humana, pero antes que se realicen tales condiciones cabe preguntarnos cómo considera el derecho romano la vida intracarina del futuro ser humano?

Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que durante la gestación el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndose considerar que forma -- parte de la madre: "Papiniano, D., 35, 2, 1 § 9: PARTUS NONDUM EDITUS, HOMO NON RECTE FUISSE DICITUR." "Ulpiano, D.; 25, 4, - 1, § 1: PARTUS ENIM ANTEQUAM, MULIERI PORTIO EST VEL VISCERUM." (11).

Mientras que otros por el contrario le semejan con el infante ya nacido; "Paulo, D., 1, 5, 7: EL QUE ESTA EN EL UTERO SE MIRA COMO YA NACIDO SIEMPRE QUE SE TRATE DE LAS COSAS QUE LE SON FAVORABLES, AUNQUE ANTES DE HACER DE NINGUNA MANERA APROVECHE A OTRO" (12). "Juliano D., 1, 4, 26: LOS QUE ESTAN EN EL -

---

(10) MASCITURUS: al concebido, pero aún no nacido; Serafin Felipe; loc. cit.; p. 133

(11) *ibidem*.

(12) *Cuerpo del Derecho Civil; Vol. 1.*

VIENTRE EN CASI TODO EL DERECHO CIVIL SE TIENEN POR NACIDOS, -- PORQUE A ESTOS SE LE CONSERVAN O RESTITUYEN LA HERENCIA LEGITIMA Y AUNQUE A LA MUJER PREÑADA HAYA SIDO APRESADA POR LOS ENEMIGOS, LO QUE DE ELLA NAZCA, GOZA DEL DERECHO DEL POSTLIMINIO Y SIGUE TAMBIEN LA CONDICION DE LA MADRE. (13)

Esto nos hace pensar en la existencia de una contradicción en los preceptos romanos, pero al respecto se responde que no existe contradicción alguna, ya que en el primer caso se establece la realidad de las cosas y en el segundo, se está otorgando una protección al futuro ser humano mediante la ficción de que el concebido se le tiene por nacido en efectos que le sean favorables. (14)

Ahora bien, para efectos de este trabajo, es menester determinar en que se fundamentan los autores para atribuir al derecho romano la doctrina que considera al concebido como nacido para efectos que le sean favorables (15), para lo cual será ne-

(13) *ibidem*.

(14) cfr. Savigny M. F. C.; loc. cit.; pp. 310-313; loc. cit.; pp. 245 y 246.

(15) Con el principio "NASCITURUS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR" (al concebido se le tiene por nacido) los autores consultados estudian la doctrina romana del *NASCITURUS*. En cuanto a la elaboración de este principio, en los términos expresados, no se pudo recabar el material para poder realizar un análisis *pro fundo*; sólo por la alusión que al respecto hacen algunos autores, se puede decir que su creación se realizó en la época post-clásica, incluyendo en ésta el cristianismo. Los tratadistas nos remiten a las siguientes fuentes:

Perniceo Laheo, I (1873); Albertorio, "CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR", *Studi*, I (1933), 3 s.

sario exponer brevemente la protección se le brinda al nacedero.

La protección que brinda este orden jurídico al concebido pero no nacido, la podemos observar desde tres aspectos: 1) respecto de su vida intrauterina; 2) respecto de sus intereses hereditarios y 3) respecto de su condición social.

1) En cuanto a su vida, está amparada por las leyes penales y de policía. Las primeras castigan a la madre que aborta (16) y a quienes favorecen tal propósito (17). Las segundas -- cuentan entre sus prescripciones las siguientes:

a) En el Digesto dice Marcelo que: La ley Regia prohíbe --

---

(16) "D., 40, 19, 39: Cicerón en la oración por Cluncio Avito - escribió que cierta mujer llamada Milesia, estando en Asia fue condenada a pena capital por haber recibido dinero de los herederos sustitutos y abortado tomando medicamentos - para este fin. Otra mujer que estaba embarazada y después se divorció, por no tener sucesión de su marido, enemigo - suyo se oprimió el vientre; fue desterrada por tiempo determinado por un prescripto de nuestro emperador."

(17) "D., 48, 19, 38 § 5; los que dan bebidas para abortar... aunque no lo hagan con dolo, porque esto es dar mal ejemplo, los de estado humilde son condenados a las minas de metal y los de nacimiento más honrado son desterrados a -- una isla y pierden parte de sus bienes; pero si por esto -- mereciesen el hombre o la mujer, recurren a la pena de --- muerte".

que la mujer que haya muerto embarazada sea enterrada antes de que sea extraído el producto. (18)

b) Ulpiano; la pena de la mujer embarazada, condenada a -- ser ejecutada, se difiere hasta que dé a luz. (19)

2) En cuanto a los intereses hereditarios, tenemos que el nacedero puede ser instituido heredero, siempre y cuando haya sido concebido en vida del autor de la herencia (20). Pues como dice Ulpiano: "(D., 37, 9, 1) así como el pretor cuidó de -- los descendientes que ya habfan nacido, tampoco olvidó a los -- que no habfan nacido por la esperanza de que nazcan..."

La mujer encinta de un hijo póstumo puede exigir que se le proporcione alimento durante el tiempo de su embarazo, a cuenta de la porción hereditaria que haya de corresponder al hijo. -- Las leyes romanas confieren a la madre, en garantía de ese derecho, la facultad de entrar en la posesión provisional de los -- bienes de la herencia: MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS HOMINE -- (21). Se estableció que el magistrado nombrase, a petición de-

---

(18) Camus E.F.; Persona y derecho de familia p. 70.

(19) ibidem.

(20) Cuerno del derecho civil; loc. cit.; Vol. I D., 36, 16, 6; y 38, 17, 7.

(21) ibidem.; D. 37, 9, 1 .

la madre, un CURATOR- CURATOR VENTRIS-, con la finalidad especial de salvaguardar los intereses del futuro ser humano. (22)

3) Respecto de la libertad y de la ciudadanía del nacedero, habría que distinguir si era concebido o no dentro del legítimo matrimonio. En el primer caso, como se sabía quién era el padre, se atendía al momento de la concepción "TEMPUS ENIM CONCEPTIONIS SPECTANDUM PLERIQUE PLACUIT". En el segundo se tomaba en cuenta el instante del parto porque la madre era la única conocida y era en ese momento que se consideraba terminada su obra en la procreación. De acuerdo a ese criterio, el hijo engendrado dentro del legítimo matrimonio por ciudadanos romanos nacía en dicha ciudadanía, aunque los padres la hubieran perdido posteriormente, porque aún la tenía en el instante de la concepción. Al contrario si había sido concebido fuera del matrimonio, la condición de la madre al tiempo del parto era la que determinaba la del hijo. (23)

La regla se atenuó con el tiempo en beneficio del nacido, en lo que a la libertad respecta.

---

(22) *ibidem.*; D. 37, 9, 1 § 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, -- 23.

(23) Savigny *H. F. C.*; *loc. cit.*; p. 511.

Como consecuencia de las nuevas ideas de fines de la República, se produjo en el derecho romano una franca inclinación a favorecer la libertad del hombre, para liberarlo de la esclavitud y por eso llegó a aceptarse que la prole de una esclava nacía libre si la madre lo había sido en cualquier momento de la época de procreación, aún cuando hubiere caído en esclavitud y fuese esclava en el momento del parto: BASTA AL QUE ESTE EN EL VIENTRE HABER TENIDO MADRE LIBRE, AUN EN EL TIEMPO MEDIO. (24)

Por lo brevemente expuesto y consultado; se puede decir -- que los tratadistas principalmente se fundan, para atribuirle - al derecho romano la doctrina que considera al concebido como - nacido, en los preceptos relativos a la protección que se otorga al futuro ser humano en sus intereses hereditarios (principalmente: Gai, 1, 147; Pablo D., 1, 5, 7; Juliano: D., 1, 6, 26; sobre la MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE: D., 37, 9, 1; - sobre la curatela: D., 26, 20; D., 50, 16, 161).

---

(24) D'Illigo Ernesto; loc. cit.; p. 251.



## B.- DERECHO ESPAÑOL

El derecho español es el resultado de una larga y complicada evolución que se fue formando desde los primeros pobladores de la Península Ibérica, los Iberos y los Celtas, así como de la gran influencia de todos los pueblos que sucesivamente la fueron invadiendo.

Las primeras invasiones fueron realizadas por los Fenicios (1100 a. de J.C.), Griegos (s. VII a. de J.C.) y Cartagineses (237 a. de J.C.), los cuales llevaron a la Península junto al comercio sus ideas y posiblemente incrementaron su organización jurídica.

De las conquistas que se consideran como más importantes, es la realizada por los romanos (206 a. de J.C.), ya que ésta significó su romanización en todos los órdenes, particularmente en el orden jurídico.

Posteriormente España sufrió la conquista de los Visigodos (en el año 400), cuya obra jurídica, vigente en este país, fue el código de Alarico. Otra creación jurídica importante fue el Fuero Juzgo (544), que era un cuerpo de leyes aplicables no solo para los dominadores, sino para todos los habitantes de ese territorio.

En esta época que se está considerando, el derecho de la Península se caracterizó por la triple yuxtaposición de derechos; del Romano, del Visigodo y del Canónico, en todos sus aspectos jurídicos: organización patriarcal monogámica, patria potestad, propiedad privada, etc.

España fue presa de otra invasión; la de los Arabes (año 711) y durante éste período la evolución del derecho se estacionó, ya que los esfuerzos de los pobladores se encaminaban exclusivamente hacia la conquista, como consecuencia de esta situación el Fuero Juzgo mantuvo su vigencia.

A medida que la conquista fue lográndose, las ciudades fueron expidiendo sus propios fueros, naciendo así los diversos fueros municipales, como el de Castilla y de León.

Con el Rey Alfonso X el sabio, se inició la unificación legislativa, dando como resultado de tal movimiento, la obra jurídica llamada Fuero Real, del año 1254; el célebre código de las Siete Partidas del año 1262; el Ordenamiento de Alcalá del año 1348, que se realizó con el objeto de establecer la primacía de diversas leyes. A partir de entonces se hicieron intentos de recopilación de leyes, como la Nueva Recopilación de 1565, conteniéndose en ésta, las leyes de Toro, de Partidas y del Fuero Real.

Las leyes que hemos venido mencionando tuvieron su vigencia en la Nueva España y en el México independiente, hasta las primeras codificaciones, particularmente el Fuero Juzgo, Fuero Real, las leyes de Toro y sobre todo las siete Partidas en materia de derecho privado (25). Estas leyes serán transcritas y so-meramente comentadas, en lo que se refiere como antecedente his-tórico para el presente trabajo.

#### FUERO JUZGO

##### LIBRO IV, TIT. II, LEY XVIII (26)

##### "XVIII DEL NIÑO CUENO PUEDE AVER LA HEREDAD DEL PADRE.

La cosa que es dubdosa, si non fuere departida por razon, muchas vezes cae en yerro. Ca muchos omnes suelen contender, si el ninno que es na muere ayna, si pueda aver la vuena del padre. E pa esta entencion queremos nos poner tal termino. La razon de natural atal es, que aquel que nasce non puede prender ninguna cosa en el mundo ante que si mismo, que es fecho de tiniebras. Doncas ¿en qual manera puede prender heredad sobre tierra qui non puede prender el empezamiento de la luz deste mundo?. E qui non puede usar de los elementos de los quales era fecho, ¿cuemo podrá aver las cosas que nol dexáron veer?. E cuemo avrá partida de las cosas deste mundo en su muerte, qui lo deviera aver - si visquies, é cuemo será en on bivos al qual fué mas allegada-

---

(25) Flores Barrueta; Apuntes de Derecho Civil; p. 4, 5, 6.

(26) Fuero Juzgo; Madrid 1851; p. 72

la muerte que la vida?. E assi en medio de la luz es luego muerto, y es entrado en las tinieblas. E porque los padres puedan aver la buena de tal fijo, é que la vida del ninno séa tal que cuemo puede aver la vida celestial assi aya la vida terrenal; es tablescemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fueras si despues que fuere nascido recibiere baptismo, é visquiere X. dias, que tod omne que cubdicia ganar la buena del padre ó de la madre por este ninno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo; é asi aquel que finca despues dél, aya la buena. E quando el ninno a la tierra por heredad, é las cosas que son aparefadas, sus herederos ayan las terrenales, y este gane las cosas que defallen. E que si el muerto non puede usar las cosas terrenales, derecho es que sí al que non, que puede ganar las cosas celestiales".

En esta ley se establecen las condiciones para que un infante pueda heredar de su padre, las cuales son: el hecho del nacimiento, el bautismo y que viviere 10 días. Muy semejante es el texto de la ley XIX, del mismo libro y título al determinar que "el padre muerto, si el fijo o la fija visquieren X días, o mas o menos, é fuere baptizado, quanto quel pertenece de la buena del padre todo lo deve haver la madre..."(27)

Los Fueros Municipales suprimen el requisito del bautismo y en cambio el Fuero Real le reproduce: "si después nasciere fijo o fija e fuere baptizado, haya todos los bienes del padre."(28)

---

(27) *ibidem*

(28) Valverde Valverde Calixto; loc. cit.; pp. 219, 220.

## LAS SIETE PARTIDAS

## 4a. PARTIDA, TITULO XXIII, LEY III (29)

"EN QUE ESTADO ET DE QUE CONDICION ES LA CRIATURA -  
MIENTRE QUE SEA EN EL VIENTRE DE SU MADRE.

De mientre que estodiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga ó se diga á pro della, aprovéchase -  
ende, bien así fuese dicho ó fecho á daño de su persona ó de --  
sus cosas nol empesce. Et por ende si el señor de alguna sierva  
preñada mandase á su heredero ó diese poder á otri que la afo--  
rrase á cierto plazo si el otro non la feciese libre aquel día-  
que él le mandó, estando esperando maliciosamente que nasciese-  
aquella criatura, porque fuese sierva, dixieron los sabios anti-  
guos que fecieron las leyes que desde el día del plazo en ade--  
lante son libres también la madre como la criatura que della na-  
ciese. Et aun dixieron que si alguna muger preñada, hobiese fe--  
cho cosa por que debiese morir, que la criatura que nasciese --  
della debe ser libre de la pena, et por ende deben guardar la -  
madre fasta que para, así como diremos en el título de las pe--  
nas."

En el texto de esta ley se reproduce en el fondo la doctri-  
na del derecho romano, respecto de los intereses del concebido

(30).

(29) Las Siete Partidas; loc. cit.; p. 192

(30) Valverde Valverde Calixto; loc. cit.; p. 220.

4a. PARTIDA, TITULO XXIII, LEY IV (31)  
 "QUANTO TIEMPO TRAE LA MUGER PREÑADA LA CRIATURA  
 EN EL VIENTRE SEGUÑT LEY ET SEGUÑT NATURA

Ipocras fue un filósofo en el arte de la física, et dixo - que lo mas que la muger preñada puede traer en el vientre son diez meses. Et por ende si desde el día de la muerte del marido fasta diez meses pariese su muger legitima, la criatura que nasciere se entiende que es de su marido maguer en tal tiempo sea nascida, solo que ella viviese con su marido á la sazón que finó. Otro si dixo este filósofo que la criatura que nasciese fasta en los siete meses, que solo que tenga su nascimiento un día del seteno mes, que es complida et vividera, el debe seer tenuta tal criatura por legitima del padre et de la madre que eran casados et vivien en uno en la sazón que la concibió. Eso mesmo debe seer judgado de la que nasce fasta los nueve meses, et este cuento es mas usado que los otros; mas si la nascencia de la criatura tañe un día del onceno mes despues de la muerte del padre, non debe seer contada por su fijo. Et en qué manera debenguardar las mugeres que dice que fincan preñadas despues de --- muerte de su marido, porque non venga yerro nin engaño en las criaturas que nascrieren dellas, diremos en la sexta partida deste libro en las leyes que fablan en esta razón."

---

(31) Las Siete Partidas; loc. cit.; p. 192.

Este precepto se refiere exclusivamente a la legitimación de los hijos.

4a. PARTIDA, TITULO XXIII; LEY V (32)

"DE LA CRIATURA QUE NASCE DE LA MUGER PREÑADA -  
NON HABIENDO FORMA DE HOME.

Non deben ser contados por fijos los que nascen de la muger et non son figurados como homes, asi como si hobiesen cabeza ó otros miembros de bestia; et por ende non son tenudos el padre nin la madre de los heredar en sus bienes, nin los deben haber maguer los establexciesen por herederos. Mas si la criatura que nasce ha figura de home, maguer haya miembros sobejanos ó menguados, no emesce quanto para poder heredar los bienes de su padre, et de su madre et de los otros parientes."

El contenido de esta disposición establece como condición del nacimiento, la forma humana; requisito que se exigía en el derecho romano.

6a. PARTIDA, TITULO 1o. LEY XX (33)

"COMO SE DESATA EL TESTAMENTO POR FIJO QUE NAS-  
CIESE DESPUES AL FACEDOR DEL TESTAMENTO O POR-

(32) Valverde Valverde Calixto; loc. cit.; p. 192

(33) Las Siete Partidas; loc. cit.; p. 22.

## OTRO A QUIEN PORFIJASE

"Psthumus es llamado en latín propiamente el mozo que nasce despues de la muerte de su padre: en esa mesma manera puede ser llamado el fijo que nasce despues que el padre ha hecho el testamento postrimero: et estos fijos atales quebrantan los testamentos se sus padres en que non hobiesen seido establecidos por herederos. Otrosí decimos que si alguno hobiese hecho testamento, el despues porfijase á otro de manera quel porfijado se tornase en poder del, que por tal porfijamiento se desalarie el testamento que ante hobiese hecho quel porfijó."

La palabra póstumo envolvía dos conceptos diferentes; uno, en el sentido genuino y propio que consideraba como tales a los nacidos después de muerto el padre, otro en sentido figurado, - éste es, el hijo que nació después de haber hecho el padre su último testamento. (34)

## NOVISIMA RECOPIACION DE LA LEYES DE ESPAÑA

"TITULO V, DE LOS HIJOS, SU EMANCIPACION Y LEGITIMACION;

LEY 11, LEY 13 DE TORO (35)

REQUISITOS PARA QUE EL HIJO SE ENTIENDA NATURALMENTE NACIDO Y NO ABORTIVO

(34) Valverde Valverde Calixto: loc. cit.: p. 220

(35) Novísima Recopilación de las Leyes de España, Madrid 1805; p. 28.



Por evitar muchas dudas, que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos, ó si son abortivos, ordenamos y mandamos, que tal hijo se diga que naturalmente es nacido, y que no es abortivo. cuando nació vivo todo, y que á lo menos despues de nacido, vivió veinte y quatro horas naturales, y fué bautizado antes que muriese; y si de otra manera nacido murió dentro del dicho término, ó no fué bautizado, mandamos, que el tal hijo sea habido -- por abortivo, y que no puede heredar á sus padres ni á sus madres, ni á sus ascendientes: pero si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se probase, que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos, que aunque concurren en el dicho hijo las qualidades suso dichas -- que no sea habido por parto natural ni legítimo. (ley 2, tit. 8, lib. 5 R )."

En el primer apartado transcrito de la ley señalada, se exigen, tres condiciones para considerarse a un hijo como nacido: que nazca todo vivo, que viva 24 horas, que haya sido bautizado, cumplidas éstas condiciones, el nacido puede heredar a sus progenitores y ascendientes.

## C.- DERECHO MEXICANO

En el Derecho Mexicano, los antecedentes remotos en relación al establecimiento y regulación de la situación del concebido, se encuentra en la actividad legislativa de 1870 y 1884, cuyas codificaciones civiles denotan la preocupación de sus creadores por generar un marco legal relativo a este asunto.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y  
TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, DE 1870.

\*TITULO PRELIMINAR  
DE LA LEY Y SUS EFECTOS, CON LAS REGLAS GENERALES DE SU APLICACION

Art. 12.- La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley; y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

En la exposición de motivos de este código se expresa lo siguiente, respecto al artículo señalado: "El artículo 12 sanciona un principio universalmente reconocido y que desde el Fuero Juzgo hasta las leyes de Toro ha venido repitiéndose en la -

Legislación española. Aunque el nacimiento es el de la capacidad jurídica, la ley protege al hombre desde que es procreado. Ha sido necesario consignar el principio, porque de él dimanarían varias disposiciones relativas a la legitimación, a reconocimiento de hijos, a tutela y a sucesión hereditaria, todas de verdadera importancia en el orden social..."

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y  
TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, DE 1864.

"TITULO PRELIMINAR  
DE LA LEY Y SUS EFECTOS, CON LAS REGLAS GENERALES DE SU APLICACION

Art. 11.- La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

### 3.- LA CONCEPCION EN LA LEGISLACION VIGENTE

"El artículo 22 del Código Civil vigente establece:

"La capacidad jurídica de las personas físicas, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Cabe preguntarnos si nuestro código civil determina el momento en que un ser es concebido, ya que nuestro artículo en cuestión señala "... desde el momento en que un individuo es concebido...", razón por la cual es necesario conocer el momento en que el derecho lo haya establecido.

Henry, Leon y Jean Mazeaud (36), nos plantean al respecto la siguiente situación:

Puesto que la criatura es susceptible de adquirir derechos desde el día de su concepción, la fijación de la fecha de la concepción presenta gran interés jurídico, sin embargo no es -

---

(36) Mazeaud Henry et alius; Lecciones de derecho civil; vol. - 11; p. 10.

posible precisar con exactitud que la concepción se haya producido en determinada fecha, puesto que para lograrlo habría que conocer, entre otros datos, exactamente la duración del embarazo, ya que aunque una criatura nazca en tiempo, médicamente hablando, no siempre es la misma. Así pues, para saber si la criatura ha nacido dentro de tiempo o antes de él hay que tener en cuenta el grado de desarrollo del niño al nacer y ciertas indicaciones médicas. Sin embargo a causa de la impresión de tales indicaciones, las discusiones serían numerosas, por lo cual los regímenes jurídicos resuelven esta situación mediante el establecimiento de presunciones.

Nuestro código civil ha establecido una presunción en ocasión de la prueba de la paternidad, respecto de los hijos nacidos de matrimonio así como de los hijos nacidos de concubinos en los siguientes preceptos:

"Art. 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

- 1.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio;
- 2.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o del divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

"Art. 325.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento".

Ante tal virtud, siendo la concepción el momento inicial de la gestación, cabe suponer que la misma haya tenido lugar dentro de los primeros 120 días del plazo máximo de gestación de los 300 días precedentes al nacimiento, según se advierte del texto antes transcrito del artículo 325 del ordenamiento legal en consulta (37).

La base en que se funda la presunción respecto del hijo concebido dentro del matrimonio se encuentra en la existencia misma de este vínculo jurídico: pues es la forma creada por el derecho para dar respuesta a los hechos naturales de la unión de sexos y de la procreación, para lograr los fines éticos y sociales que el propio derecho le importan; razón por la cual, el hijo dado a luz por la mujer casada es de atribuírsele a su marido, ya que la solemnidad que preside a la celebración del matrimonio, así como los deberes de cohabitación, unión carnal y fidelidad, hacen presumir fundamentalmente al derecho que el

---

(37) Al respecto, cabe hacer la aclaración de que nuestro legislador no ha tomado en el término mínimo de gestación, de 160 días.

hijo ha sido engendrado por el esposo de la madre. (38)

Esta presunción tiene su existencia desde el derecho romano, según el clásico aforismo "PATER EST QUI JUSTAS NUPTIAS DE MOSTRAT", es decir, que el marido de la madre, es padre del hijo, según lo demuestra el hecho del matrimonio (39).

En cambio la presunción jurídica con respecto a los hijos de concubinos, se funda, no en la existencia de un vínculo civil como lo es el matrimonio, sino en una situación de hecho - que el propio artículo 383 del código civil contempla, al señalar: "...vida en común entre concubinario y la concubina".

Estas presunciones se establecen tanto en favor de los hijos como a favor del padre, quienes para efectos jurídicos tendrán que demostrar la existencia o inexistencia, en su caso, - de la paternidad, de acuerdo con lo establecido por el texto - legal en consulta.

Ahora bien, considerando que tal presunción es una consecuencia que la ley deduce de un hecho para averiguar la verdad

---

(38) Flores Barrueta: apuntes de derecho civil; pp. 149, 150.

(39) Enciclopedia Jurídica OMEBA; CONCE; vol. III; p. 578.

de otro desconocido (40), y que en este caso el sentido de la misma ha sido la de averiguar la paternidad, es lógico pensar que su aplicación no debe tener lugar en aquél orden de cosas para el cual no ha sido establecido (41). Adviértase por tanto la laguna existente en nuestro Código Civil para la determinación del momento de la concepción, en situaciones distintas a la materia relativa a la paternidad, la cual quedará al arbitrio de las resoluciones judiciales (arts. 18 y 19 del Código Civil).

Aunque la ley al hablar del "momento de la concepción", debió establecer una presunción de orden general, para evitar la anarquía de la jurisprudencia y la arbitrariedad de las resoluciones judiciales.

---

(40) Niño José A.; Interpretación de la Leyes; p. 62.

(41) *ibid*; p. 90.



## CAPITULO III

### LA PROTECCION LEGAL AL CONCEBIDO

**CÓNTEHIDO:**

- 1.- Bases doctrinales.
- 2.- Análisis al texto legal (Art. 22 C. C.)
  - A).- Generalidades.
  - B).- Aspecto gramatical.
  - C).- Aspectos lógico y sistemático.
- 3.- Los derechos del concebido.
- 4.- Salvaguarda legal de los intereses del concebido.

## 1.- BASES DOCTRINALES

Mucho se ha discutido sobre la situación jurídica del -- concebido, respecto de los derechos que tiene la posibilidad de adquirir, buscando la solución mediante los conceptos jurídicos de persona, personalidad y capacidad jurídica de goce. Partiendo del postulado que para ser titular de derechos es necesario la existencia de un sujeto de derecho, en cuanto a -- ésto se han dividido las opiniones en la doctrina:

A) De los autores que sostienen la existencia de personalidad o un mínimo de capacidad en el concebido, se señalan los siguientes:

Freitas.- Considera que producida la fecundación queda fijado el carácter de persona, al decir: "si se atribuye derechos a la persona por nacer, como dice Savigny, en un orden especial de hechos, si los que han de nacer son representados con un curador al vientre, es forzoso convenir que ya existen y que son persona, pues la nada no se representa. ( 1 )

Henry y Jean Hazeaud.- Nos dice que la criatura humana recibe la personalidad desde su nacimiento o incluso desde su -- concepción, con la condición de que nazca viva y viable. ( 2 )

---

( 1 ) Enciclopedia Jurídica OMEBA; loc. cit.: CONC; vol. III; p. 57B

( 2 ) Hazeaud Henry y Jean; loc. cit.; p. 8

Rafael Rojina Villegas.- Dice que la capacidad de goce se atribuye antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido, quedando bajo la condición resolutoria de que no nazca viable, es decir, que no viva 24 horas o no sea presentado vivo al Registro Civil. Si no se realiza dicha -- condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento (3).

Enneccerus-Nipperdey.- Expresan que hay que admitir como sujeto actual al concebido, para el caso de que nazca posteriormente, entendiendo así que esté dotado de una capacidad jurídica limitada para el caso de nacer (4).

B) Opinan lo contrario autores como Orgaz; que sostiene que el término persona supone "vida individual y autónoma", - lo cual no se cumple en el "feto", a pesar de que existe vida desde la concepción (5). En el mismo sentido opina Marcel -- Planiol, al decir que la personalidad humana comienza con el nacimiento, hasta ese momento el hijo no tiene vida distinta es como decían los romanos "PARS VISCERUM MATRIS". (6).

---

(3) Rojina Villegas Rafael; loc. cit.; pp. 158 y 161.

(4) Enneccerus-Nipperdey; Tratado de derecho civil, Vol. I;

(5) Enciclopedia Jurídica OMEBA; loc. cit. CONC vol. III; P. 578.

(6) Planiol Marcel; Tratado elemental del derecho civil.

C).- Sobre este aspecto concluye de la siguiente manera Busso: "la disputa acerca de si el concebido es o no persona, tiene un interés puramente doctrinario, porque aún la generalidad de los Códigos que le niegan la personalidad le conceden derechos especiales, para lo cual atienden al principio tradicional "INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR". ( 7 ).

---

( 7 ) Enciclopedia Jurídica OMEBA; loc. cit. CONC vol. III p. 578.

## 2.- ANALISIS DEL TEXTO LEGAL

(ART. 22 C. C. )

### 1.- GENERALIDADES

"El artículo 22 del Código Civil vigente establece:

"La capacidad jurídica de las personas físicas, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

El texto de la disposición legal anteriormente transcrito, no presenta innovaciones sustanciales en relación a la reglamentación jurídica plasmada en los códigos de 1870 y 1884,

El análisis de sus elementos descriptivos constituye un tema que por lo escabroso y complejo ameritaría un estudio correcto y completo del mismo, que ha implicado la dedicación de muchos tratadistas y estudiosos del derecho civil, por lo que en las siguientes páginas trataré de suplir ese acopio de conocimientos de madurez intelectual con el deseo sincero de plantear algunas cuestiones que en mi criterio integran la base fundamental del contenido, manejo y alcance del artículo 22 del Código Civil vigente.

## B.- ASPECTO GRAMATICAL

En la primera parte del artículo en cuestión, como ya -- quedó asentado, se señala el momento en que un individuo -- adquiere la personalidad. A continuación se emplea la conjunción adversativa "PERO", cuyo contenido gramatical denota la diferencia entre la frase que procede y la que sigue (8), estableciéndose por ésta, en tal artículo, la diferencia existente entre la oración: "La capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento.." con la oración que le sigue: "PERO, desde el momento en que un individuo es concebido.."; lo cual nos hace pensar en una redacción aclaratoria respecto de la adquisición de la personalidad y del momento de la concepción, dándonos a entender que lo que se regula tiene significaciones distintas.

En la segunda significación del precepto se emplea la conjunción copulativa "y" al decir: "...entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido...". cuyo significado gramatical nos expresa la unión existente entre ambas ideas (9) y tal unión es debido a que una es la causa y la otra una consecuencia de tal significación.

---

(8) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; - Vol II; p. 346; 3a. columna.

(9) *idibem.*

### C.- ASPECTO LOGICO Y SISTEMATICO

El multicitado precepto legal nos señala que la personalidad se inicia con el nacimiento y se termina con la muerte, no obstante ésta nos dice que antes del nacimiento de la persona, es decir desde el momento en que un ser es concebido, se lo tiene por nacido para los efectos declarados en el citado código. Dadas estas expresiones es necesario fijar el verdadero sentido de la disposición legislativa.

En la primera parte de nuestro precepto legal puede observarse con claridad que se ha determinado cuando un individuo entra al mundo jurídico para ser sujeto de derechos y obligaciones y en cuanto a la segunda parte, nuestro legislador no ha caído en contradicciones como se puede llegar a pensar, sino que en base a lo que se ha tratado en los anteriores incisos y en lo relativo al análisis que emprenderé correspondiente de los derechos del concebido (10), se puede afirmar que esta parte del precepto se ha establecido con la finalidad de proteger ciertos intereses del futuro ser humano, ya que nuestro legislador ha comprendido que la gestación es un proceso de formación de una persona y por tal no ha dejado de conservar-le aquéllos derechos que en el caso de que ya hubiese nacido,

---

(10) infra; Los derechos del concebido, inciso 3 del presente capítulo.



estaría en aptitud de gozarlos. Lo dicho se confirma si recordamos que en los preceptos normativos, de donde se desprenden los beneficios en su favor, se establece como requisito esencial para la adquisición y goce definitivo de tales derechos el del nacimiento en los términos del artículo 337 del Código Civil.

Ahora bien, los estudiosos del derecho han intentado hallar una calificación técnica de los beneficios otorgados en favor del concebido, mediante los términos jurídicos de persona y personalidad, sin embargo estas tesis son objetadas (11), en tanto que ha pasado por alto el presupuesto indispensable de tales conceptos jurídicos que es la existencia humana, de la cual aún no goza ese ser en formación.

Al respecto es necesario recordar que el derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa en la palabra "persona", instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger a través de todo el orden jurídico (12). Pues bien, nuestro or-

---

(11) *Supra.*; Bases doctrinales, inciso 1 del presente capítulo

(12) *supra.*; Concepto de persona inciso 1 del capítulo I.

den jurídico ha partido, para la atribución de los derechos de las personas, de dos aspectos fundamentales en el ser humano, - que descubrimos con la simple observación y son: LA VIDA Y LA LIBERTAD.

Si observamos a los seres humanos nos damos cuenta de que no se trata de seres inertes, porque el hombre está dotado de ese hábito misterioso al que llamamos vida, pero la vida que corresponde al hombre por naturaleza le da personalidad, por el hecho de ser una persona individual, de ser una vida que le corresponde con exclusión de los demás seres; yo tengo mi vida y mi vida es distinta a la vida de los demás.

Al exigir el respeto a la misma, el derecho a la vida resulta como una pretensión legítima, como algo que exigimos de los demás, porque nuestra propia naturaleza individual exige en la forma más enfática, en la manera más categórica que la vida que nos corresponde sea respetada en toda integridad, (13)

"Es una verdad absolutamente evidente que la vida es el soporte de todo lo que existe; sin ella no hay posibilidad de existencia alguna de derecho. El derecho fundamental del ser humano consiste precisamente en su existencia. Antes de nuestra vida, antes de que surgieramos a la luz de la existencia biológica, no teníamos derecho alguno... Con nuestra existencia

---

(13) Porrúa Pérez Francisco; Teoría del Estado; p. 206.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

van naciendo todos los derechos" (14)

"La vida del hombre tiene una cualidad que le corresponde como exclusión de los demás seres ES UNA VIDA LIBRE. De la libertad se deriva precisamente la dignidad, la jerarquía de superioridad que corresponde al hombre en su nivel más alto al que tienen todos los demás seres que existen en el universo -- que nos rodea. Esa libertad, base de todos los derechos, de la cual se deriva la actuación del ser humano en sentido propio, actuación que le permite crear el mundo de la cultura y que ha permitido a los hombres esa serie de hechos enlazados entre sí, que constituye la historia, debe ser afirmado categóricamente como algo connatural a la esencia misma del hombre, porque de esa libertad se generan uno tras otro todos los derechos fundamentales de la persona humana, que constituye su técnica específica, que constituye precisamente el mundo de su libertad." (15)

Nuestro régimen jurídico se ha basado en tales aspectos -- fundamentales del ser humano para integrar los derechos humanos que se consagran en la parte dogmática de la Constitución Política Mexicana, derechos que gozan todas las personas, según lo establece nuestra ley fundamental en su artículo primero.

---

(14) *ibid.*; pp. 214, 215.

(15) *ibid.*; p. 207.

En tal virtud, si intentamos hallar una calificación técnica de los beneficios que dimanar de nuestro orden civil en favor del concebido; no cabe recurrir inmediatamente a pensar que se le concede una personalidad jurídica, ya que el contenido mismo del artículo 22 hace imposible esta opinión, al expresar por un lado que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y por otro se desprende que para que el concebido pueda adquirir definitivamente los derechos reconocidos en su favor será necesario el momento de su nacimiento, por tanto es de considerarse que no existió la intención de nuestro legislador de otorgar personalidad jurídica al concebido, ya que de otra forma, en el mismo ordenamiento lo hubiera expresado simple y llanamente.

Por lo expuesto, se puede decir que las pretensiones en hallar una calificación técnica de los beneficios en favor del concebido mediante los conceptos jurídicos de persona y personalidad no han sido muy afortunados en sus resultados. Lo cual nos lleva a pensar que tales intentos han sido infructuosos debido a que nuestro artículo 22 en su segunda significación está arraigado y vinculado con el pasado, ya que nuestro orden civil al haber adoptado de las antiguas leyes españolas la doctrina romana del "NASCITURUS" (16), por tanto asimiló --

---

(16) supra. Génesis histórica inciso 2. apartado C, del capítulo

las consecuencias prácticas que trae consigo dicha doctrina, - tal afirmación se confirma si recordamos lo que al respecto se expresa en la exposición de motivos del código civil de 1870, - cuyo artículo 12 contiene el mismo texto legal del artículo 22 de nuestro código civil vigente.

"El artículo 22 sanciona un principio universalmente reconocido y que desde el Fuero Juzgo hasta las leyes de Toro ha venido repitiéndose en la legislación española. Aunque el nacimiento es el de la capacidad jurídica, la ley protege al hombre desde que es procreado. Ha sido necesario consignar el principio porque de él dimanar varias disposiciones... de verdadera importancia social".

### 3.- LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO

Nuestro artículo 22 del Código Civil establece que "... desde que el individuo es concebido, ... se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

Por lo cual nos atañe determinar el alcance y efectos -- que nos señala tal precepto, con relación a diversas disposiciones contenidas en el propio ordenamiento legal:

A) La posibilidad del concebido de ser reconocido como hijo por su progenitor en el caso de la filiación extramatrimonial.

"Art. 364.- Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia".

El reconocimiento debe ser hecho por medio de las formas -- que limitativamente establece la propia ley en el artículo -- 369, que son:

- 1.- Por acta especial ante el Oficial del Registro Civil.
- 2.- Por escritura pública.
- 3.- Por testamento;
- 4.- Por confesión judicial directa y expresa.

B) La posibilidad del concebido para ser instituido heredero o para ser instituido legatario (artículos 1314, 1630 y 1391).

Se establece en el artículo 1314 lo siguiente:

"Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos que no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

De este precepto se desprenden los requisitos para que el concebido tenga la posibilidad de heredar, que son: haber sido concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia y haber nacido en los términos del artículo 337. Pero mientras -- llega tal momento, la ley ha establecido algunas precauciones que deben adoptarse, en el caso de que el padre haya muerto y la madre quede encinta.

De estos preceptos se deducen dos clases de disposiciones:

a) Las que se han dispuesto con el fin de evitar que la mujer atribuya falsamente a un hijo o que haga desaparecer el suyo (artículos 1639 tercer párrafo y 1640), y a su vez proteger los intereses de aquéllos que tengan en la herencia un de-

recho de tal naturaleza que pudiera ser lesionado (artículos 1638 y 1639).

b) Y las que se han dispuesto para proteger a la mujer -- por encontrarse embarazada a la muerte del marido, ya que tiene derecho a percibir alimentos con cargo a la masa hereditaria (artículos 1645, 1644).

La institución de herederos o legatarios en favor del concebido, produce el efecto de suspender la división de la herencia hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de preñez (trescientos días posteriores a la concepción), para el efecto de que si no hay alumbramiento en este término que la ley fija, si el producto de la concepción no vive 24 horas, o no es presentado vivo al Registro Civil, se podrá llevar a cabo la partición de la herencia y la adjudicación de bienes en favor de los herederos y legatarios, prescindiendo enteramente de los eventuales derechos que habría adquirido el heredero póstumo o que llegó a nacer y por tanto, la herencia se distribuirá en su totalidad entre las demás personas con derecho a heredar. (17)

Respecto de las precauciones establecidas en el código civil, vale hacer la observación de que nuestro legislador sólo las ha establecido en cuanto a los hijos póstumos olvidándose de las posibilidades que tiene el concebido de ser instituido heredero o legatario en testamento por persona que no sea su

---

(17) Galindo Garfias E.; loc. cit.; p. 305.



padre; o bien por sucesión legítima, atendiendo al grado de parentesco que guardaría con el autor de la herencia, en los supuestos de que el concebido no sea hijo de éste (artículos 1609, 1610, 1632, 1633 y 1634).

Consideramos que el motivo que movió a nuestro legislador al establecer de esta manera dichas precauciones, ha sido principalmente en atención a la determinación y efectos de la paternidad. Consideración que se confirma, si acudimos a los preceptos que se refieren al divorcio y nulidad de matrimonio para el caso en que la mujer quede encinta (artículos 202 -- fracción V y 263 respectivamente), en donde se hace extensiva la aplicación del capítulo primero título quinto del libro tercero, al que se ha hecho referencia.

C). La posibilidad del concebido para recibir donaciones.

Nuestro código civil, en el título del contrato de donación, establece un artículo especial respecto de las personas que pueden recibir donaciones, el cual dice:

"Art. 2357.- Los no nacidos pueden adquirir por donación con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo, y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

Por ésto, si el concebido no vive 24 horas o no es presentado vivo al Registro Civil, se tendrá como no nacido y -- por tanto no producirá efecto legal alguno el contrato de donación.

#### 4.- SALVAGUARDA LÉGAL DE LOS INTERESES DEL CONCEBIDO.

Nuestra legislación no establece disposiciones especiales, respecto de las personas que deban salvaguardar los intereses del concebido, por lo cual será necesario recurrir a las disposiciones relativas a la institución de la patria potestad. (artículo 11 del Código Civil, a contrario sensu).

En nuestro derecho la patria potestad corresponde no sólo a los padres, sino también a los ascendientes que la Ley indica; y por tanto, no sólo se ejerce respecto de los hijos, sino también de los posteriores descendientes (artículo 414, 417 y 419).

No obstante que nuestra legislación equipara jurídicamente a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales, nuestra ley en orden a determinar a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, en razón de las reales diferencias que al respecto existen, regular en forma distinta esta materia, considerando si se trata de hijos de matrimonio o de hijos fuera de matrimonio (18).

"Art. 414.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio la ejerce:

I.- Por padre y la madre;

---

(18) Flores Barrueta; loc. cit.; p. 166.

II.- Por el abuelo y la abuela paternos;

III.- Por el abuelo y la abuela maternos"

"Art. 415.- Cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381."

"Art. 416.- En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerlo el otro."

"Art. 417.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo - sobre ese punto, el progenito que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo."

La patria potestad solamente se ejerce en derecho romano, sobre los descendientes menores, no sobre los mayores como ocurría en sistemas jurídicos pretéritos. Al respecto, en el artículo 412 indica que "los hijos menores de edad no emancipa

dos, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley."

En cuanto a esta institución se producen los siguientes efectos: a) respecto a la persona, que pueda reducirse en la guarda y educación de los menores, y b) respecto de los bienes que comprende la representación y administración legal que -- tienen los ascendientes sobre los bienes de los sujetos de potestad.

Atendiendo a la situación jurídica del concebido y dada la naturaleza de la patria potestad, se puede decir que los efectos de ésta, sólo se producirán respecto de aquellos que se refieran a los bienes de los hijos. Sin olvidar que la aplicabilidad de dicha institución se establecerá en la medida del alcance y efectos de los intereses del concebido.

**CAPITULO IV**

**DERECHO CIVIL COMPARADO**

**CONTENIDO:**

- 1.- Marco de referencia.
- 2.- Legislación Española.
- 3.- Legislación Francesa.
- 4.- Legislación Suíza.
- 5.- Legislación Colombiana.
- 6.- Legislación Argentina.

## 1.- MARCO DE REFERENCIA.

La mayoría de las legislaciones manifiestan expresamente - que con el nacimiento el ser humano entra en el ámbito jurídico para ser titular de derechos y obligaciones, así como también han establecido beneficios en favor del concebido (1)

Al revisar los textos normativos de las legislaciones de España, Francia, Suiza, Colombia y Argentina se pudo observar que tanto en sus preceptos como en los nuestros presentan la aparente contradicción de que por un lado se preceptúa que con el nacimiento se adquiere la personalidad y por el otro que el concebido se considera como nacido para efectos civiles; textos que han sido estudiados por sus tratadistas con la finalidad de hallar una calificación técnica de los beneficios otorgados en favor del ser en formación en base a los conceptos jurídicos de persona y personalidad, sin embargo no se ha tenido éxito en sus resultados en tanto que tales preceptos contienen un fondo histórico-jurídico ya que en las legislaciones señaladas es patente la filiación romana de la doctrina del "NASCITURUS", por lo que es difícil designar una calificación técnica en base a los conceptos jurídicos aludidos.

---

(1) Moreno Rodolfo (hijo); las personas en el derecho civil -- comparado; p. 47.



Las legislaciones señaladas fundan la existencia de sus preceptos en favor del concebido en la consideración de que la gestación es un proceso de formación de una persona y por tal no pueden dejar de conservar aquellos derechos que en el caso de que ya hubiese nacido estaría en aptitud de gozarlos (2).

En cuanto a los lineamientos que han seguido las legislaciones respecto al alcance y efectos de los preceptos en favor del concebido se pueden dividir en dos categorías: a) las que reconocen que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables; y b) las que reconocen que al concebido se le tiene por nacido para efectos determinados.

Respecto a la confirmación de los derechos del concebido, las legislaciones exigen el hecho del nacimiento, sin embargo, varían los requisitos para determinar cuándo se considera al concebido como ya nacido; como por ejemplo en nuestra legislación se establece un término de 24 horas o que el niño sea presentado vivo al Registro Civil, o como en el orden jurídico español que exige la forma humana y que el niño viva 24 horas.

A continuación se transcribirán los preceptos de los códigos

---

(2) Esta afirmación se basa en que, tanto en las legislaciones señaladas como en la nuestra, desde las leyes de 1870, 1884 y 1928, se ha establecido que los beneficios en favor del concebido se adquieren definitivamente hasta el momento de su nacimiento.

gos civiles de España, Suiza, Colombia, Francia y Argentina, - cuyo contenido se refiera al artículo 22 de nuestro código civil, así como también se señalarán los lineamientos que han seguido tales legislaciones. (3)

---

(3) Tales lineamientos que han seguido las legislaciones aludidas se señalarán con el principio "INFANS CONCEPTOS PRO - JAM HATO HABETUR", relativo a la doctrina del MASCITURUS, que ha sido identificada de esta manera por los estudiosos del derecho.

## 2.- LEGISLACION ESPAÑOLA

El código civil español en su artículo 29 señala que la personalidad se inicia con el nacimiento; así como también está en su texto el principio "INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR", como una declaración de tipo general al decir: (4) "...el concebido se tiene por nacido, para todos los efectos -- que le sean favorables...", ésto es, que la abstracción de este principio puede aplicarse a casos no previstos en preceptos concretos.

"Art. 29.- El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que -- sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

"Art. 30.- Para efectos civiles, se reputa nacido el feto que tuviera figura humana y viviera 24 horas, enteramente desprendido del seno materno".

Este artículo, acorde con la Nueva Recopilación, exige como condiciones para que pueda considerarse como nacido al concebido, la figura humana y la existencia de vida de 24 horas - después de la separación materna. (5)

---

(4) Cód. civ. Español; Madrid 1946.

(5) *supra.*; cap. I; 1.2; pp. 17, 18.

### 3. - LEGISLACION FRANCESA

La regla "INFANS CONCEPTOS PRO IAM NATO HABETUR", no está escrita en parte alguna del código civil en forma de disposición de aplicación general, los redactores tan sólo establecieron que la criatura concebida puede recibir una sucesión o una donación: (6)

"Art. 725.- Para suceder hay que existir necesariamente -- en el instante de la apertura de la sucesión, así son incapaces de suceder.

1o.- El que no esté todavía concebido.

2o.- La criatura que no nace viable."

"Art. 906.- Para ser capaz de recibir entre vivos, es suficiente con estar concebido en el momento de la donación.

Para ser capaz de recibir por testamento, basta con estar concebido en la época de la muerte del testador, no obstante, la donación o el testamento no surtirá su efecto más que si la criatura que nazca es viable".

Es necesario hacer la observación que el legislador habla de viabilidad en el último párrafo del artículo 906, sin establecer las reglas para resolver cuando un niño ha nacido via-

---

(6) Mazeaud Jean, Leon y Henry; Lecciones de derecho civil; -- vo. IV; pp. 412, 445, 371.

ble, por lo que esta cuestión la deja a la solución de los jueces.

Este código establece, con el objeto de velar por los intereses del hijo póstumo, el nombramiento de un curador al - - vientre:

"Art. 393.- Si al morir el marido la mujer está encinta, - se nombrará un curador del vientre por consejo de familia..."

#### 4.- LEGISLACION SUIZA

El código civil Suizo en su artículo 31 preceptúa que la personalidad comienza cuando el niño nace con vida, así como también establece que el concebido gozará de sus derechos civiles con la condición que nazca con vida: (7)

"Art. 31.- La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant."

La legislación de este país establece, para proteger los intereses del concebido, que la autoridad tutelar nombre un curador desde que la madre dé aviso de su embarazo:

"Art. 311.- L'autorité tutélaire nomme un curateur chargé de veiller aux intérêts de l'enfant naturel, dès qu'elle est informée de la naissance ou dès que la mère lui a donné de la grossesse."

En el derecho Suizo el concebido puede ser instituido heredero, y para proteger su derecho se aplaza la partición de la herencia hasta el momento del nacimiento; así como también-

---

(7) Code Civil Suisse et Code Federal des obligations; (du 10 decembre 1907); quatriem edition; pp. 81, 90, 162.

a la madre se le proporciona de la masa hereditaria lo necesario para su sustento en el período del embarazo.

- "Art. 605.- Si il y a lieu de prendre en consideration les droits d'un enfant conçu, le partage es ajourné jusqu'a la naissance

En tant qu'elle en a besoin pour son entretien la mère a droit dans l'intervalle à la jouissance des biens indivis."

"Art. 91.- La ley protege la vida del que está por nacer; el juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes, para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea -- que de algún modo peligrá".

En cuanto a los efectos de los derechos del concebido, este orden jurídico establece lo siguiente:

"Art. 93.- Los derechos que se diferirían a la criatura - que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, - estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se diferirieron.."



## 6.- LEGISLACION ARGENTINA

La legislación argentina aparentemente ha manifestado su criterio, respecto de la condición jurídica del concebido. Si se leen los preceptos que se refieren a este punto, se puede pensar que efectivamente el futuro ser humano es considerado como persona. Primeramente el código civil establece la existencia de tres clases de personas: personas jurídicas, personas de existencia viable y personas por nacer, definiendo éstas últimas de la siguiente manera:

"Art. 51.- Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes son personas de existencia visible."

"Art. 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno."

Aparentemente continúa con el mismo criterio al regularse en el artículo 70, en que momento comienza la existencia de las personas, pues expresa que ésta se inicia desde el momento de la concepción. Sin embargo, en este precepto surgen las contradicciones, ya que se establece que el concebido puede ad

---

(9) Código civil de Argentina; actualizado y revisado por el Profr. Dr. Apolinar E. García Saint-Claire editores S.R.L.

quirir derechos como si hubiese existido, y que tales derechos quedarán irrevocablemente adquiridos si el concebido naciera con vida; es más, expresamente se preceptúa en el artículo 74, que el concebido se le tiene como si nunca hubiese existido, - si muere antes de ser separado de la madre:

"Art. 70.- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento puede adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido, esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieron con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de la madre."

"Art. 74.- Si muriese antes de estar completamente separados del seno materno serán considerados como si no hubieran existido"

¿Cuál es el verdadero sentido de la ley? ¿el concebido es sujeto de derechos desde el momento de la concepción, o lo es desde el momento del nacimiento?

La explicación que se da sobre el contenido de estos preceptos, la expone el tratadista Rodolfo Moreno, (hijo) (10), al decir que el código civil Argentino trae una serie de reglas propias de un tratado de derecho, más que una ley, las cuales han sido

(10) Moreno Rodolfo (hijo); loc. cit.; p. 49.

tomadas en su mayor parte de la obra de Savigny sobre derecho Romano (11), tratadistas que en ningún momento afirma que el concebido sea considerado como "persona", pues al contrario -- trata de explicar los efectos y alcances del principio "INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR" mediante la teoría de ficción jurídica.

El verdadero sentido de la ley argentina, afirma Rodolfo Moreno, es que ésta le reconoce ciertos derechos al concebido para que se hagan efectivos en el momento del nacimiento con vida:

"Art. 73.- Repútase como cierto el nacimiento con vida, - cuando las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos o se hubieren observado algunos signos de vida."

De acuerdo con esta legislación el concebido tiene la posibilidad jurídica de ser instituido heredero o legatario, situaciones en que sólo cabe representarlo para salvaguardar sus intereses. Quienes están facultados para ser representantes, son sus padres y a falta o incapacidad de éstos los curadores que se les nombre:

---

(11) vid. Savigny; Derecho Romano; Vol. I; cap II; pp. 304-318

"Art. 57.- Son representantes de los incapaces:

- 1o.- De las personas por nacer; sus padres, y a falta o -  
incapacidad de éstos los curadores que se les nombre;
- 2o.- De los menores no emancipados sus padres o tutores;
- 3o.- De los dementes o sordomudos, los curadores que se -  
les nombre."

## CONCLUSIONES.

## CONCLUSIONES

1.- Debe entenderse por concebido, el producto humano de la concepción que inicia su desarrollo de vida en el vientre materno.

2.- Con base en las consideraciones que se señalaron en el capítulo II, inciso 3, en todo lo relativo al "momento de la concepción en nuestro Código Civil vigente", es necesario que en nuestra Ley se defina con precisión el momento en que un ser se considera concebido para los efectos jurídicos procedentes.

3.- En la Ley Civil se establecen los siguientes derechos en favor del concebido:

a).- La posibilidad de ser reconocido como hijo por su progenitor en el caso de la filiación extramatrimonial.

b).- La posibilidad para ser instituido heredero o legatario en los términos del derecho sucesorio.

c).- La posibilidad para recibir donaciones en los términos del derecho contractual.

Respecto a los últimos dos puntos, al establecerse las precauciones que deben tomarse para el caso de que el concebido sea instituido heredero o legatario, sólo se reguló en cuanto a los hijos póstumos, olvidándose de las posibilidades que tiene el concebido de serlo en testamento por persona que no -

sea su padre, o bien por sucesión legítima, atendiendo al grado de parentesco que guardaría con el autor de la herencia, en el supuesto de que el concebido no sea hijo de aquél; así como también se olvidó para el caso en que el concebido sea donatario.

4.- Nuestra legislación no regula quienes deberán salvaguardar los intereses del concebido, no obstante en base a las consideraciones que se señalaron en el capítulo III, inciso 4, consideramos que deberán salvaguardarse por quienes ejercerían la patria potestad conforme a las disposiciones legales que con carácter tuitista fuere conveniente determinar; cuya aplicabilidad se estableciera en la medida del alcance y efectos de los intereses del concebido.

5.- Nuestro legislador en el Artículo 22 del Código Civil ha manifestado mediante la expresión "desde el momento en que un individuo es concebido entre bajo la protección de la Ley", el interés de que dicha protección sea consagrada en todo nuestro Orden Jurídico vigente; lo cual se ha corroborado, no sólo por haber definido el valor fundamental de dicho ser, que es el derecho a la vida y, cuyo reconocimiento ha quedado plasmado a través de disposiciones de carácter punitivo, sino que -- también ha determinado el sentido esencial para su protección, en virtud de que ha comprendido que la efectividad de dicha -- consagración será posible si se atiende a su procreadora, en vista de que el concebido depende absolutamente de la situación

psicológica, económica y social de la madre. Este interés se pone de manifiesto en la inspiración de la actividad legislativa, ya que la interpretación de la Ley General de Salud, Ley Federal del Trabajo, Ley del I.M.S.S. y de la Ley del ISSSTE, a todas luces refleja ese sentido tuitista y de protección al concebido.

6.- En la legislación civil aparentemente se ha determinado el criterio relativo a la condición jurídica del concebido, pues al haberse expresado en el Artículo 22 que "se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código", pareciese que se le ha reconocido una capacidad de goce limitada.

A simple vista, podemos pensar que ante tal declaración ha quedado implícita la presunción del nacimiento, regulada en el Artículo 337 del mismo ordenamiento jurídico; no obstante, si nos remitimos a los Artículos 1314 y 2357 se puede observar con precisión la contradicción existente en dichas disposiciones y lo determinado en el Artículo 22 del Código Civil

7.- Por la manera en que se redactó y ubicó, en el libro primero, título primero, el Artículo 22; en lo concerniente a la situación jurídica del concebido, se podía llegar a esperar que en algún lugar de los subsiguientes libros, se iba a realizar una extensiva o cuando menos una serie clara y ordenada de



disposiciones relativas a la protección que se hace alusión, - pero lo único que se encontró fueron preceptos dispersos, es - más nuestra legislación adolece de una deficiencia de mayor -- gravedad y es la referente a la "inseminación artificial" y a - "los seres de probeta", el primero entendiéndose como "el en- - cuentro del espermatozoide y el ovulo en el útero por la intro - ducción del esperma del macho, sin necesidad de contacto car- - nal" y, el segundo como "la unión del ovulo con el espermato- - zoide fuera de la madre, unión que posteriormente es deposita- - da en el útero". En tales conceptos genéricos quedan compren- - didos la aplicabilidad de dichos procedimientos en cualquier - especie de seres vivos, sin traer mayores repercusiones al sa- - tisfacer la necesidad de reproducción de una determinada espe- - cie; pero al poderse aplicar en seres humanos, dada su natura- - leza, trae consecuencias de gran trascendencia en el ámbito -- biológico, religioso, filosófico, psicológico, político, moral - y jurídico, y en especial de éste a la filiación, al matrimo- - nio, al divorcio y al derecho sucesorio por lo que se refiere - precisamente a la sucesión legítima de los descendientes.

Nos hemos atrevido a hacer un señalamiento de tales proce- - dimientos, con la conciencia de que debe ser materia de un pro- - fundo estudio, en tanto que, al aplicarse estas formas diferen- - tes de reproducción humana pueden llegar a afectar los interé-

res del concebido que el derecho ha reconocido, por la falta de atención y regulación al respecto. La situación que se nos ocurre es en cuanto al derecho sucesorio, pues si en la Ley se ha establecido el principio de que en el caso de que una persona muera sin testar, la deben suceder en sus bienes y derechos a aquellos que lleven su propia sangre, es decir, sus descendientes y, al haber surgido un procedimiento mediante el cual se puede engendrar descendientes de una mujer con espermatozoos de su pareja sino de un tercero, entonces, ¿se podrá seguir -- sosteniendo que esos descendientes de una mujer pueden ser considerados como "hijo o descendiente" del autor de la herencia y que tiene derechos a la sucesión legítima?, ante esto, ¿en que situación queda el concebido dada la precaria regulación de nuestro Código?

8.- Respecto del estudio realizado en lo referente al contenido del Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal en el Derecho Civil Comparado, se concluye:

a).- En los textos normativos de las legislaciones de España, Francia, Suiza, Colombia y Argentina es patente la filiación romana de la doctrina "NASCITURUS",

b).- Los lineamientos que han seguido dichas legislaciones, respecto del alcance y efectos de los preceptos en favor del concebido, se dividen en dos categorías: la que reconoce que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos

tos que le sean favorables; 2a, la que reconoce que al concebido se le tiene por nacido para efectos determinados

9.- Se considera la conveniencia de integrar en un sólo - cuerpo legal todas las disposiciones relativas a la protección brindada al concebido, mismas que a la fecha se encuentran dispersas en diversos ordenamientos, conveniencia determinada en función de las consideraciones siguientes:

a).- En obvio de la dificultad que implica el manejo de dichos preceptos legales en las condiciones actuales; persiguiendo una integración sistemática de los mismos.

b).- El esfuerzo del legislativo por compendiar, enriquecer y complementar dichas disposiciones contribuirá para fortalecer el orden normativo vigente, explicando y justificando -- con ello su asistencia social y traduciendo aquéllo que en -- otros tiempos constituía tan sólo utopías inalcanzables, en -- realidades destinadas a quienes el Estado se encuentra llamado a satisfacer.

c).- La difusión de estas disposiciones permitirá coadyuvar en la consecución de la conciencia ciudadana con la respectiva responsabilidad y valoración a la vida por quienes son -- los destinatarios de las normas jurídicas, todo ello, evidentemente, en la búsqueda de modelo de país a que todos aspiramos.

## BIBLIOGRAFIA

# INDICE

## B I B L I O G R A F I A

## 1).- Camus E. F.

Personas y Derecho de Familia  
 Universidad de la Habana 1940

## 2).- D'Ors Alvaro

Derecho Privado Romano  
 tercera edición revisada  
 ediciones Universidad de Navarra, S.A.  
 Pamplona 1977.

## 3).- D'Higo Ernesto

Apuntes de Derecho Romano  
 Vol. 1; edit. Lex.  
 La Habana 1949.

## 4).- Enneccerus-Kipp y Wolf

Tratado de Derecho Civil  
 Vol I 1a. edic.,  
 Barcelona. 1931

## 5).- Flores Barraqueta

Apuntes del primer curso de Derecho Civil  
 Esc. Libre de Derecho.

## 6).- García Maynez Eduardo

Introducción al Estudio del Derecho  
 25a. edición  
 edit. Porrúa S.A.  
 Méx. 1975.

## 7).- Galindo Garfias Ignacio

Primer Curso de Derecho Civil

edit. Porrúa S.A.

Méx. 1973.

## 8).- Moreno Rodolfo (hijo)

La persona en el Derecho Civil Comparado

Madrid, Librería de Pueyc

1911 (Buenos Aires).

## 9).- Hazeaud Henry Leon: y Jean

Lecciones de Derecho Civil

2a parte

Vol .IV ; traducción de Luis Alcalá, Zamora y Castillo

Ediciones Jurídicas Europa-América

Buenos Aires, 1959.

## 10).- Planfol Marcel

Tratado Elemental del Derecho Civil

vol . IV; traducción de la 12a. edic. francesa, por -

el Lic. José M. Cajica; edit. José M. Cajica jr.

distribuidora Porrúa Hnos. y Cía.

México, D.F.

## 11).- Porrúa Pérez Francisco

Teoría del Estado

quinta edición

edit. Porrúa, S.A.

Méx., 1969.

## 12).-Rojina Villegas Rafael

Compendio de Derecho Civil

(introducción, personas y familia)

séptima edición

Volumen I

edit. Porrúa, S.A.

Méx., 1972.

## 13).-Schulz Fritz

Derecho Romano Clásico

traducción directa de la 1a. edición

inglesa por Santa Cruz Tegeiro;

Bosch casa editorial

Barcelona 1960.

## 14).-Savigny M.F.C. de

Derecho Romano

Volumen I.

Madrid. edit. de Cóngrora

## 15).-Serafini Felipe

Instituciones de Derecho Romano

Volumen I

versión española de la 6a. edic. italiana y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña, por don Juan de Dios Trias;

Barcelona 1897.



## 16).-Valverde Valverde Calixto

Tratado de Derecho Civil Español

Volumen I

Segunda edición

talleres tipográficos "CUESTAS"

Valladolid 1920.

## 17).-Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de Zulia; enero y abril 1971, año XI,

Pons Tamayo Héctor

trabajo de preseminario; "capacidad de las personas naturales"; pp. 105-246

## 18).-Enciclopedia Jurídica OMEBA

bibliográfica OMEBA

2a. Edición

Edit. Porrúa, S.A.

Méx., 1979.

## 19).-Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española;

VI vols.; Madrid 1970.

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

## C O N S U L T A D A

- 20).-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 21).-Código Civil para el Distrito Federal
- 22).-Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tamaulipas
- 23).-Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos;
- 24).-Código Civil Francés
- 25).-Código Civil Español
- 26).-Code Civil Suisse et Code Fédéral des obligations  
(du 10 décembre 1907)
- 27).-Código Civil de Colombia;
- 28).-Código Civil de Argentina;

29).-Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la -  
Baja California;

reformado en virtud de la autorización concedida al E-  
jecutivo por decreto del 14 de diciembre de 1883;

Imprenta Francisco Díaz de León;

Méx., 1879.

30).-Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la -  
Baja California;

31).-Novísima Recopilación de las leyes de España;

V vols.; dividida en XII libros en que se reforma la -  
recopilación publicada por el Sr. Don Felipe II, en el

año de 1567, reimpressa últimamente en el año de 1775 y

se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, -

órdenes y resoluciones reales y otras providencias-

no recopiladas, mandada formar por el Sr. Don Car--  
los V;

impresa en Madrid, año 1805.

# I N D I C E

	Pág.
DEDICATORIAS .....	4.
PROLOGO .....	13.

## C A P I T U L O I

### LA PERSONALIDAD JURIDICA

1.- Concepto de Persona.....	20.
2.- Concepto de Personalidad.....	26.
3.- Concepto de Capacidad Jurídica.....	30.
4.- Adquisición de la Personalidad	
A.- Diversas Teorías.....	34.
B.- Base Legal.....	35.

## C A P I T U L O II

### LA SITUACION DEL CONCEBIDO

1.- Concepto de Concebido.....	41.
2.- Génesis Histórica	
A.- Derecho Romano.....	43.
B.- Derecho Español.....	52.
C.- Derecho Mexicano.....	61.
3.- La Concepción en la Legislación Vigente...	63.

## C A P I T U L O III

### LA PROTECCION LEGAL AL CONCEBIDO

1.- Bases Doctrinales.....	71.
2.- Análisis al Texto Legal (Art. 22 C. C.)	
A.- Generalidades.....	74.
B.- Aspecto Gramatical.....	75.
C.- Aspectos Lógico y Sistemático....	76.

	Pag.
3.- Los Derechos del Concebido.....	82.
4.- Salvaguarda Legal de los Intereses del <u>con</u> cebido.....	87.

#### CAPITULO IV

##### DERECHO CIVIL COMPARADO

1.- Marco de Referencia.....	93.
2.- Legislación Española.....	96.
3.- Legislación Francesa.....	97.
4.- Legislación Suiza.....	99.
5.- Legislación Colombiana.....	101.
6.- Legislación Argentina.....	103.

CONCLUSIONES.....	109.
BIBLIOGRAFIA.....	117.
INDICE GENERAL.....	123.

"Art. 91.- La ley protege la vida del que está por nacer; el juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes, para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea -- que de algún modo peligrá".

En cuanto a los efectos de los derechos del concebido, este orden jurídico establece lo siguiente:

"Art. 93.- Los derechos que se diferirían a la criatura - que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, - estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se diferirieron..."

## 6.- LEGISLACION ARGENTINA

La legislación argentina aparentemente ha manifestado su criterio, respecto de la condición jurídica del concebido. Si se leen los preceptos que se refieren a este punto, se puede pensar que efectivamente el futuro ser humano es considerado como persona. Primeramente el código civil establece la existencia de tres clases de personas: personas jurídicas, personas de existencia viable y personas por nacer, definiendo éstas últimas de la siguiente manera:

"Art. 51.- Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes son personas de existencia visible."

"Art. 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno."

Aparentemente continúa con el mismo criterio, al regularse en el artículo 70, en que momento comienza la existencia de las personas, pues expresa que ésta se inicia desde el momento de la concepción. Sin embargo, en este precepto surgen las contradicciones, ya que se establece que el concebido puede ad

---

(9) Código civil de Argentina; actualizado y revisado por el Profr. Dr. Apolinar E. García Saint-Claire editores S.R.L.

quirir derechos como si hubiese existido, y que tales derechos quedarán irrevocablemente adquiridos si el concebido naciera con vida; es más, expresamente se preceptúa en el artículo 74, que el concebido se le tiene como si nunca hubiese existido, - si muere antes de ser separado de la madre:

"Art. 70.- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento puede adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido, esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de la madre."

"Art. 74.- Si muriese antes de estar completamente separados del seno materno serán considerados como si no hubieran existido"

¿Cuál es el verdadero sentido de la ley? ¿el concebido es sujeto de derechos desde el momento de la concepción, o lo es desde el momento del nacimiento?

La explicación que se da sobre el contenido de estos preceptos, la expone el tratadista Rodolfo Moreno, (hijo) (10), al decir que el código civil Argentino trae una serie de reglas propias de un tratado de derecho, más que una ley, las cuales han sido

(10) Moreno Rodolfo (hijo); loc. cit.; p. 49.