

725
29

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

Seminario de Derecho Civil



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO NO NACIDO



BIBLIOTECA

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ESPERANZA SAUCEDO HEREDIA





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.

I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION.

CAPITULO I:

A.- CONCEPCION DEL NASCITURUS.....	1
1.- TEORIA DE LA CONCEPCION.....	3
2.- TEORIA DEL NACIMIENTO	4
3.- TEORIA ECLECTICA.....	4
4.- TEORIA DE LA VIABILIDAD.....	5
B.- PERSONALIDAD DEL NO NACIDO.....	7
B.1.- CONDICIONES PARA QUE LA PERSONALIDAD DEL HIJO CONCEBIDO SE RECONOZCA DESPUES DEL NACIMIENTO:.....	14
a).- DEBE NACER VIVO	14
b).- DEBE NACER VIABLE.....	17
C.- CONDICION JURIDICA DEL NASCITURUS.....	21
D.- CAPACIDAD DE GOCE.....	24

CAPITULO II:

A.- DERECHOS DEL SER CONCEBIDO.....	31
B.- LA PROTECCION DEL SER CONCEBIDO.....	37

	PAG.
B.1.- DIVERSAS MANERAS DE PROTEGER LOS INTERESES DEL CONCEBIDO HASTA QUE NAZCA, DENTRO DE - LA LEGISLACION PUERTORRIQUEÑA.....	42
C.- LA POSIBILIDAD DE SER INSTITUIDO HEREDERO.....	46
C.1.- FALTA DE PERSONALIDAD PARA HEREDAR.....	49
C.2.- DIFERENCIA ENTRE HEREDERO Y LEGATARIO.....	52
C.3.- CAPACIDAD PARA SUCEDER.....	54
C.4.- ¿QUIENES SON LOS INTERESADOS PARA EL CASO DE QUE EXISTA SIMULACION DE EMBARAZO O DE PARTO?....	59
D.- LA POSIBILIDAD DE SER DESIGNADO LEGATARIO.....	63
E.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR DONACIONES.....	68
E.1.- LEGISLACIONES QUE CONCEDEN AL NASCITURUS SER DONATARIO.....	71
F.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR PENSION ALIMENTICIA EN CASO DE DIVORCIO DE SUS PADRES.....	74
F.1.- HIJO NACIDO DESPUES DE LOS TRESCIENTOS DIAS SIGUIENTES A LA SEPARACION JUDICIAL EN LOS CASOS DE DIVORCIO O NULIDAD DE MATRIMONIO..	77
G.- PROTECCION LEGAL A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 22 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.....	81
H.- PROTECCION LEGAL DE LA MADRE QUE HA QUEDADO ENCINTA A LA MUERTE DEL MARIDO.....	85
H.1.- EFECTOS DEL ESTADO DE LA VIUDA.....	86
a).- EN RELACION CON LOS ALIMENTOS.....	86
b).- EN RELACION CON LA PARTICIPACION DE LA HERENCIA.....	89

H.2-	EL DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS POR PARTE DE LA VIUDA EN OTRAS LEGISLACIONES.....	91
I.-	PROTECCION JURIDICA A LA VIDA DEL EMBRION PARA QUE NO SE IMPIDA ILICITAMENTE EL NACIMIENTO DEL SER EN GESTACION. ARTS. 329 Y 330 CODIGO PENAL.....	95
I.1.-	INEXISTENCIA DE DAÑO MATERIAL POR FRUSTRARSE EL NACIMIENTO (DENTRO DEL DERECHO ESPAÑOL).....	97
I.2.-	EXISTENCIA DE DAÑO MORAL EN CASO DE ABORTO POR ACTO Ilicito.....	100
J.-	POSIBILIDAD DEL NO NACIDO DE SER RECONOCIDO POR SU PADRE.....	102
J.1.-	¿QUE HIJOS NO ESTAN AMPARADOS POR PRESUNCION DE PATERNIDAD?.....	105
J.2.-	IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD Y DE LA LEGITIMIDAD.....	107
CAPITULO III:		
A.-	TRANSMISION DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN EL CODIGO CIVIL A FAVOR DEL NASCITURUS SUJETOS A CONDICION.....	110
A,1.-	SE CONSIDERA CONDICION SUSPENSIVA O RESOLUTORIA?.....	111
CONCLUSIONES.....		115
BIBLIOGRAFIA.....		121

I N T R O D U C C I O N

El trabajo que presento en esta tesis, tiene como objeto fundamental, el investigar un tema poco tratado; por considerar que no ha sido objeto de estudio a fondo, sino que se ha tratado en forma superficial por parte de los doctrinarios del Derecho, ya que es muy poco lo que se encuentra sobre el tema del "Nasciturus".

Cabe mencionar que acerca de este tema aunque existe poca bibliografía al respecto, han surgido diversas controversias por cuanto que algunos autores consideran al "nasciturus" como persona y por el contrario existen otros que no le atribuyen dicha personalidad hasta en tanto nazca y además con ciertos requisitos establecidos por la ley.

En legislaciones diferentes a la nuestra que representan a la mayoría, se reconoce en el ente concebido una expectativa, una esperanza de hombre, pero no se le confiere el carácter o la calidad de persona; en cambio existen otras legislaciones como por ejemplo la de Argentina que sí reconoce personalidad al concebido, ya que relaciona la personalidad jurídica con la existencia y toma ésta desde la concepción del ser humano.

El objeto de estudio del presente trabajo, es el cuestionamiento acerca de que sí el Derecho no lo considera todavía como sujeto (existiendo tesis contradictorias al respecto), ¿cómo es posible que pueda adquirir algunos derechos?. Tomando en consideración que por lógica, los derechos deben ser adjudicados a personas, es pues así mi tesis según lo establecido en el Código Civil, que desde la concepción en el seno materno es decir antes de su nacimiento pueda adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido.

Es por ello que a través de los capítulos siguientes he tratado de considerar los puntos más importantes sobre los que se encuentra involucrado y se ha desarrollado la figura del nasciturus, es decir me refiero a sus derechos, así como a la protección establecida en la ley, y las no establecidas pero que considero se deben aplicar en un caso determinado; así como también el de determinar en qué momento nace al Derecho el ser concebido, considero que aún cuando ha sido poco desarrollado este tema, reviste de suma importancia; considerándolo desde cualquier punto de vista que se le quiera analizar tanto como persona, expectativa de derecho o como ficción jurídica.

C A P I T U L O I

A.- CONCEPCION DEL NASCITURES.

1.- TEORIA DE LA CONCEPCION

2.- TEORIA DEL NACIMIENTO

3.- TEORIA ECLECTICA

4.- TEORIA DE LA VIABILIDAD

B.- PERSONALIDAD DEL NO NACIDO.

B.1 CONDICIONES PARA QUE LA PERSONALIDAD DEL HIJO CONCEBIDO SE RECONOZCA DESPUES DEL NACIMIENTO:

a).- DEBE NACER VIVO

b).- DEBE NACER VIABLE.

C.- CONDICION JURIDICA DEL NASCITURUS.

D.- CAPACIDAD DE GOCE.

CAPITULO I

A.- CONCEPCION DEL NASCITURUS.

Se llama "nasciturus" al ser humano, no nacido pero ya concebido.

La concepción del ser es un hecho jurídico de fundamental importancia, considerándolo como sujeto de la relación jurídica familiar, se debe tomar en cuenta dicha relación desde la concepción del ser.

El Art. 22 del Código Civil, en su segundo párrafo establece que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley. Esto quiere decir que desde que se inicia la vida intrauterina, el concebido ya se considera sujeto del Derecho.

La mayor parte de los autores estiman que no se ha adquirido aun la personalidad y que el Derecho reserva en su favor los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca. "porque sólo a partir del momento de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica. Pero nada im pide que antes de nacer siempre que esté concebido pueda ser válidamente -

designado heredero, legatario o donatario, si llega a adquirir personalidad después de nacido. (1)

"Antes del nacimiento, la Ley se ocupa de los derechos del sujeto por nacer, porque lo considera esperanza de hombre".(2) Ocupán dose sólo para determinados efectos como son; principalmente el Derecho Hereditario y Patrimonial.

Existen en diversas legislaciones condiciones para que el nasciturus sea considerado como heredero, legatario, donatario, etc., siempre que nazca vivo y viable, retrotrayendo sus efectos al momento en que se le debe considerar ya sujeto de derechos. El momento de la concepción se determina a base de la presunción IURIS TANTUM, se considera concebido al tiempo de la muerte del padre.

Desde el Derecho Romano, ha regido el principio de que al concebido se le tiene por nacido, aunque durante el período de la gestación la existencia del nasciturus (el ser que va a nacer) depende de la vida de la madre, es parte integrante de las víseras maternas. Forma parte de la persona de la madre; no es todavía una persona. (3)

-
- (1) CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. La Familia en el Derecho, Edit. Porrúa, S.A. México, 1984 P. 152
 - (2) MESSINEO FRANCESCO. Manual de Der. Civil y Comercial. Traduc. Santiago Senties Melendo Tomo II. Buenos Aires. P. 90
 - (3) cfr GALINDO GARFIAS I. Der. Civil Edit. Porrúa México, 1979 P. 310.

El nasciturus en tanto no ha nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos, no ha adquirido aun personalidad. El Derecho conserva a favor del nasciturus la expectativa de -- derechos que está en posibilidad de adquirir, estableciendo que se le tendrá por nacido desde el momento de la concepción.

"Desde su concepción al nasciturus se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, esta regla es la que permite a una criatura, con la condición de nacer luego viva y viable, recibir cualquier sucesión, en especial la de su padre, cuando se produzca entre la concepción y el nacimiento del hijo. Si no rigiera ese adagio, la sucesión no sería transmitida al hijo; porque, para recibir una sucesión, hay que vivir en el momento de la muerte del causante". (4)

Considero importante dentro de este inciso hablar sobre las teorías acerca del momento a partir del cual existe la persona.

1.- TOERIA DE LA CONCEPCION.- Partiendo de los datos de la embriología, la fisiología y la psicología, sostiene que el hombre existe desde la concepción.

(4) MAZEAUD JEAN. Lecciones de C. Civil Parte Ira. Vol. II. Traduc. Alcalá Zamora. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires Argentina 1959. P. 9

Se dice que uno de los inconvenientes de esta teoría es la imposibilidad de determinar el tiempo o momento de la concepción.

Entendemos que aun cuando la vida del hombre empiece con la concepción, además del hecho de que el feto no tiene vida independiente de la madre, no puede hablarse de hombres propiamente dicho, sino de hombre en formación, que no sabemos si llegará a complementarse, a perfeccionarse.

El concebido es una esperanza de hombre (spes hominis).

2.- TEORIA DEL NACIMIENTO.- Sitúa el momento en que empieza a existir la persona en el momento del nacimiento. Lógicamente se requiere que el niño nazca vivo pues si nace muerto no pueda considerarse que empieza a existir la persona ya que tiene mayor aceptación en muchas legislaciones actuales.

3.- TEORIA ECLECTICA.- Sitúa el momento en el nacimiento, si bien reconociendo mediante una ficción derechos al concebido o re trayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción.

"Como dice CASTAN, es una teoría artificiosa e innecesaria. Para los fines del Derecho no es necesario recurrir, en este caso,

a una ficción, ni hay necesidad de considerar al concebido como nacido. Bastará con reconocerle reservas de derechos eventuales. Los supuestos derechos que se atribuyen no constituyen un reconocimiento de su existencia jurídica, ni implican una ficción. Es más, no se trata de derechos, sino de protección de intereses expectantes, que solamente al llegar a existir el hombre y dejar de ser una spes hominis-, o sea, por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos". (5)

4.- TEORIA DE LA VIABILIDAD.- "sostiene que no basta el nacimiento fisiológico, sino que además es necesario que el nacido --reuna condiciones de viabilidad, es decir, aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno. Tiene que nacer vivo (que respire) y viable que posea todos los órganos necesarios para la vida, que sea --llamado a vivir". (6)

La condición de que el nacido naciera VIVO determinó una controversia entre las Escuelas Proculeyana y Sabiniana. Los primeros exigían, como prueba de la vida que el nacido hubiera dejado oír su voz, mientras que los últimos se conformaban con cualquier otra señal de vida. Significaba que el feto fuese viable, que él mismo hubiera alcanzado en el claustro materno la madurez necesaria para poder continuar

(5) MASCAREÑAS C.E. Revista de Derecho Puertorriqueño. Año IV No. 14 Oct.-Dic. 1964 Ponce Puerto Rico.

(6) IDEM. Pag. 92

viviendo. El parto prematuro-abortus- era lo mismo en Derecho Romano que el nacimiento sin vida, y el que así nacía es como si nunca hubiera vivido. (7)

Considero en forma concreta que este es el sentido del Código Civil vigente, el que además concuerda con la concepción Teológica, para la cual la vida nace con la concepción y Dios infunde el alma al ser antes del nacimiento, por ello el aborto es considerado grave crimen.

Es necesario también dentro de la concepción del nasciturus, tratar de distinguir para fines prácticos lo que entendemos por vida humana y lo que entendemos por persona humana, ya que en el Derecho Romano para que pudiera hablarse del nacimiento de un hombre debían existir tres requisitos a saber: a) Nacer vivo, b) Ser viable, c) Tener figura humana, tales distinciones son:

a).- LA VIDA HUMANA.- Comienza con la concepción, se halla protegido porque representa una eventualidad futura.

b).- LA PERSONA HUMANA.- Sólo existe a partir del nacimiento, porque recién entonces proyecta la vida individual autónoma, lo -- que es esencial para que haya persona.

(7) cfr. PUIG PEÑA F. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo I Vol. 2 Edit. Revista de Derecho Privado Madrid. 1958. P.47

La ley ampara la vida y los intereses del concebido por la eventualidad que representa.

B.- PERSONALIDAD DEL NO NACIDO.- Para referirme a la personalidad del no nacido, comenzaré analizando el concepto de persona. El vocablo "persona", en su aceptación común, denota al ser humano, es decir tiene igual connotación que la palabra "hombre", que significaba individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo.

En este sentido, "el vocablo comprende una porción de seres que por sus cualidades específicas, intelectuales y morales, se diferencian, de todos los demás seres vivos". (8)

La persona, para el Derecho, es el sujeto de derechos y obligaciones, construyendo así la técnica jurídica, el concepto jurídico fundamental "persona", que es indispensable en toda relación de derecho, en el sentido de que todo hombre es persona .

(8) GALINDO GARFIAS I. Ob- cit. Pag. 301

En cuanto al concepto de personalidad.- El Derecho, a consecuencia de la naturaleza intrínseca del hombre, como ser dotado de - inteligencia, de libertad y de responsabilidades, reconoce a la persona - humana, como una realidad que viene impuesta al ordenamiento jurídico.

La persona es el centro imprescindible alrededor del - cual, se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la no ción y la existencia misma del Derecho objetivo, 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 la sistemática jurídica sino a través del concep to "persona".

"El concepto de personalidad, íntimamente ligado al de la persona, no se confunde sin embargo con ésta; porque la personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo". (9) En el len guaje ordinario, se dice que una persona tiene o no personalidad o que tie ne, de acuerdo con su modo de ser, mayor o menor personalidad, sin que esto implique la negación de su categoría de persona.

(9) R. RUGGIERO. Ob. cit. por GALINDO GARFIAS I. Pag. 305

De la misma manera, en el aspecto jurídico, la persona participa en las relaciones jurídicas creándolas o extinguiéndolas, suprimiendo esas relaciones jurídicas, o sufriendo las consecuencias de la violación de un deber jurídico, como sujeto activo o pasivo de un determinado vínculo de derecho.

Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce no significan lo mismo aunque se relacionan entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse.

La capacidad alude a situaciones jurídicas concretas (para celebrar determinados contratos, para adquirir determinado bien, etc.). De tal manera que sin detrimento de su personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado.

"La personalidad es única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta." (10)

(10) GALINDO GARFIAS I. Ob. cit. P. 306

Resumiendo la personalidad es la manifestación, la proyección en las normas jurídicas, de la persona ya sea como ser individual o colectivo. El concepto de personalidad se atribuye al sujeto de la relación jurídica para establecer la medida de sus aptitudes en acción, en tanto que la persona es el sujeto, el centro de la personalidad. (11)

El hijo no nacido pero ya concabido, es ya capaz de adquirir derechos desde el día de su concepción por anticipado, se considera que figura en el número de las personas.

Es el nacimiento, el hecho jurídico que le hará adquirir categoría de persona.

Es necesario precisar en qué momento la persona nacida adquiere personalidad jurídica; esto es en qué momento el ser nace como persona a la vida jurídica.

El ser humano es persona. En tal afirmación una concepción genérica y conceptual que es irrefutable e imposible de desarraigar. Mientras que, las de existencia ideal, tienen personificación individual--

(11) IBIDEM. P. 318

por el hecho de adquirir personería:

"Hay países como Francia, que no aceptan que el que va a nacer, el concebido sea persona. Aún en la actualidad está controvertido el concepto de persona por naciones de civilización occidental, en una de las etapas o momentos de la existencia del hombre. Ya no aparece tan unánime la idea de que no hay vida humana independiente del concepto de persona. En dichos países, prácticamente la mayoría, se reconoce en el ente concebido una expectativa, una esperanza, pero no se le confiere el carácter o la calidad de persona". (12)

El origen de la personalidad del sujeto individual de derechos, se coloca, según las diversas doctrinas formuladas al respecto, bien en el momento de la "concepción", bien en el del "nacimiento", retro trayendo los efectos jurídicos al momento de la concepción, bien en el momento en que el nacido muestra aptitud para seguir viviendo separadamente del claústro materno.

"Comenta que la personalidad anticipada, reconocida al infante, puede producir efectos útiles también, cuando se trata de adquisi-

(12) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXII. Edit. Libreros. Buenos Aires, Argentina. 1964 P. 213

ción de una nueva nacionalidad, de un reconocimiento voluntario de maternidad o paternidad naturales o de los derechos del hijo a una pensión, en caso de accidente de trabajo sobrevenido a su padre; pero sólo se admite en interés del infante". (13)

Es pues el nacimiento el hecho jurídico que le hará adquirir al nasciturus la categoría de persona.

Por otra parte es necesario precisar en qué momento la persona nacida adquiere personalidad jurídica; esto es en qué momento el ser nace como persona a la vida jurídica. Es necesario que después del alumbramiento, el feto viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Oficial del Registro Civil.

¿ COMO CONOCER LA FECHA DE LA CONCEPCION DEL NIÑO?

El Art. 324 del Código Civil establece que los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguen

(13) PLANIOL Y RIPERT. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traduc. Lic. José M. Cajica Jr. Edit. Cárdenas México 1981 P. 179

tes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Se supone que la concepción de un niño vivo y viable es posible durante todos los días de ese período.

Tratándose de apreciar la legitimidad del niño, dentro del plazo que hay entre los ciento ochenta y trescientos días presumen que la concepción ha tenido efecto siempre en el momento más favorable a esa legitimidad.

La personalidad no se retrotrae nunca al día de la concepción en el caso de que le sea perjudicial.

Se considera que el cálculo del momento de la concepción se hace A POSTERIORI, una vez que el concebido haya nacido efectivamente. El momento de la concepción se determina a base de la presunción (iuris tantum), se considera concebido al tiempo de la muerte del padre, quien nace dentro de los trescientos días a contar de dicha muerte.

"La personalidad no corresponde sino a la criatura que nace viva y viable. La que nace muerta no tiene personalidad aunque haya vivido en el claustro materno. La criatura incapaz de vivir, bien a consecuencia de un nacimiento prematuro, o debido a una imperfección de los órganos, no debe ser considerada como persona". (14)

B.1. CONDICIONES PARA LA PERSONALIDAD DEL HIJO
CONCEBIDO SE RECONOZCA DESPUES DEL NACIMIENTO.

- a).- Debe nacer vivo
- b).- Debe nacer viable

A cerca de estos incisos preciso hablar de diferentes -
autores:

- a).- MAZEAUD JEAN (15) "Establece que para nacer vivo,

(14) PLANIOL Y RIPERT Ob. cit. P. 180

(15) MAZEAUD JEAN Ob. cit. P. 8 y 9.

basta con que la criatura haya respirado. La prueba de esto se hace con facilidad, por la presencia del aire en sus pulmones".

PLANIOL Y RIPERT, consideran que el nacido muerto - no es persona, aunque la muerte haya podido sobrevenir únicamente durante - el parto, y haya vivido la vida intrauterina, durante el tiempo del embarazo normal. (16)

Es necesario aquí establecer el momento preciso en que - la persona nacida adquiere la capacidad jurídica. ¿ En qué momento, se dice que el ser concebido ha nacido para el Derecho ? "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 haber nacido muerto o pudo nacer vivo y morir inmediatamente después - de concluido el parto". (17)

Por otra parte, no puede afirmarse que en un ser a pesar de haber nacido fisiológicamente, tiene la calidad de persona, sino hasta - que adquiere vida propia, independientemente de la vida de la madre; es decir, cuando ha sido separado enteramente del seno materno y respire por sí mismo.

(16) PLANIOL Y RIPERT Ob. cit. P. 222

(17) GALINDO GARFIAS IGNACIO Ob. cit. P. 311

En el Derecho Romano, la opinión de los juristas no --
fué unánime; en tanto que los PROCULEYANOS afirmaban que debería tomarse co
mo dato cierto el llanto del recién nacido, y además, que tuviera figura hu
mana, para adquirir personalidad (puesto que el signo de la vida fisiológi-
ca es la respiración). Los SABINIANOS sostuvieron que el parto habría de --
ser perfecto, es decir, que el nacimiento tuviera lugar en manera que por -
el término del embarazo de la madre y dado el tiempo transcurrido entre la-
concepción y el parto, el hijo adquirió en la vida uterina la formación or-
gánica necesaria para vivir con vida propia. Quedaban excluidos los hijos
abortivos no viables.

En este supuesto, el punto de iniciación de la vida --
del nuevo ser con independencia de la vida de la madre, está señalado por -
el momento en que se corta el cordón umbilical, si el fruto sigue viviendo
por sí mismo, separado enteramente del seno materno.

Los Germanos tomaban en cuenta, la publicidad que del
nacimiento hacían los padres, el bautizo y la supervivencia del hijo duran-
te un período de nueve días.

El Fuero Juzgo, considera al recién nacido capaz de recibir la herencia de su padre si ha sido bautizado y vive diez días. Las partidas que se acogieron al sistema romano, excluían de la calidad de persona a los monstruos y prodigios y exigían 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 breve lapso de veinticuatro horas.

"El Código Civil Francés de 1804, exige en el ser además de la vida propia independiente de la madre, la figura humana y de condición viable, es decir, que nacido el feto ha de ser capaz de sostener la vida extrauterina". (18)

b).- Debe nacer viable.- "Viable" quiere decir capaz de vivir, *Vitae Habilis*, por ello no deben tomarse en consideración las dos categorías siguientes:

b.1. Niños normalmente conformados, que nacen

(18) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. cit. P. 312

antes de término, en una época en que el desarrollo de sus órganos no es -- tan avanzada para permitirles vivir.

b.2. Niños monstruos como acardianos, acéfalos y demás, en los que la vida se detiene tan pronto como se corta el cordón umbilical.

Algunas legislaciones y autores no sólo exigen que la criatura nazca, viva, sino también que tenga lo que han llamado "viabilidad". Ello quiere decir que el nacido debe tener capacidad o aptitud para seguir viviendo. Los Romanos le llamaban Vitae Habilis, esto significa fuerza orgánica para vivir. Si no se tiene tal vitalidad poco importa para la teoría de la viabilidad, que el nacido haya conseguido hacerlo unas horas, días o momentos.

"La destrucción de su personalidad igual se produce y se retrotrae, extinguiéndose con todos los derechos que ya le pertenecían nasciturus". (19)

(19) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Ob. cit. P. 213

La llamada viabilidad tiene dos sentidos; uno, la viabilidad propiamente dicha, intrauterina o sea la madurez del feto, por el tiempo de embarazo de la madre que ha de ser tal, de acuerdo con la experiencia médica, para permitir racionalmente afirmar, que el producto de la concepción ha adquirido suficiente fuerza vital dentro del seno materno, para prolongarse ésta, después de que se ha producido el parto. El concepto de viabilidad en este sentido, quiere decir que el parto ha de tener lugar después de ciento ochenta días del momento de la concepción y que antes del transcurso de ese lapso, no siendo normalmente posible que sobreviva el feto, han de ser considerados abortivos y excluidos de la calidad de personas por su incompleto desarrollo intrauterino.

"Por viabilidad impropia, se ha entendido, la capacidad de vida extrauterina del feto, prescindiendo de su completa o incompleta formación intrauterina (partos imperfectos) y atendiendo sólo a la fuerza vital del recién nacido, para sobrevivir después del parto, por un período que puede ser más o menos largo. La introducción de este concepto en el sentido impropio, como puede juzgarse, es por sí mismo vago y da lugar a dudas e incertidumbre. No encuentra cabida en nuestro régimen legislativo. El Código Civil, resuelve todas estas cuestiones en manera terminante. Así el Artículo 337 establece que se reputa nacido el feto, sólo

te en el caso de que después de desprendido enteramente del seno materno concurren cualquiera de estas dos condiciones: a).- Que viva veinticuatro horas, o bien b).- Que sea presentado vivo al Registro Civil (antes de que transcurra ese lapso), lo cual indica que ha quedado excluido el criterio de la viabilidad propia e impropia". (20)

MASCAREÑAS C.E. (21) Habla de la personalidad como - la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo de relaciones jurídicas, empieza con el nacimiento. Se plantea el problema de si ésta personalidad - es una realidad natural, un substrato real o es una mera categoría, un - producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier substrato.

En este problema se oponen dos soluciones:

a).- Las teorías realistas o ius naturalistas, para las cuales la personalidad es un atributo del hombre, como tal hombre, inseparable de él.

b).- Las teorías formalistas, normativistas o puramente jurídicas, para las cuales la personalidad es un atributo del orden jurídico.

(20) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. cit. P. 312

(21) cfr MASCAREÑAS C.E. Ob. Cit. p. 91

Pero en verdad, más que teorías opuestas en el fondo, se trata de teorías que atienden a un aspecto del problema y no al problema en su conjunto, en toda su complejidad.

Se ha dicho que es un intrincado problema y un ardúo problema, pero que es bastante sencillo. El hombre tiene personalidad y el Derecho viene a reconocerla. O sea, que jurídicamente se tiene en cuanto el orden jurídico viene a reconocerla.

MAZEAUD JEAN (22) Se refiere de que "la criatura humana recibe la personalidad desde su nacimiento, o incluso desde su concepción, con la condición de que nazca vivo y viable".

C. CONDICION JURIDICA DEL NASCITURUS:

Como ya he mencionado anteriormente al nasciturus se le protege ya durante el período de gestación por parte de la Ley.

(22) MAZEAUD JEAN, Ob. cit. P. 8 y 9

La adquisición de derechos y otras ventajas jurídicas por el concebido no nacido, tiene lugar para el caso de que nazca vivo de -- igual modo que si hubiese sido ya sujeto de derecho al tiempo de la adquisición. Pag. 96 REVISTA DE SERV. PRIVADO. El Art. 337 del Código Civil, establece que "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Estando alguna de estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Sobre este precepto considero que la condición jurídica del nasciturus es pues desde su gestación sujeto de protección jurídica.

"Lo que ofrece dificultad en este punto es la construcción jurídica de la figura del nasciturus. El problema surge porque el concebido no es todavía un ser viviente, de vida autónoma y, por tanto, no constituye "un sujeto" de derechos en el sentido que en el uso corriente los preceptos positivos dan a esta palabra. Se han formulado varias teorías para explicar esta situación". (23)

a).- La que lo considera como persona ficta.

(23) PUIG PEÑA. Ob. Cit. P. 46

- b).- La que entiende que es un caso de derechos sin sujeto.
- c).- La que le hace objeto de protección por consideraciones debidas a la madre.
- d).- La que acude a razones de Derecho Público.
- e).- La que le concede una especie de personalidad por anticipado.
- f).- La llamada de la spes prole, que le concede protección en atención a ser una esperanza que puede convertirse en realidad.

La Doctrina más difundida, dice CLEMENTE DE DIEGO, ve en el concebido una SPES HOMINIS, una esperanza de hombre y las relaciones jurídicas que le afectan crean, a su favor, una expectativa, que se convertirá en derecho perfecto tan luego como llegue a existir y a constituir por el nacimiento un verdadero sujeto de derecho; en el entretanto le domina la propia vacilación e inseguridad que a las adquisiciones condicionales. (24)

Como el Derecho requiere en todo caso, un sujeto, sólo puede tener existencia definitiva una vez que éste nazca y entretanto le falta ese elemento imprescindible, cuya ulterior aparición es todavía incierta; el derecho existe sólomente en germen como expectativa. Una vez nacido-

(24) cfr IBIDEM. P. 53

el sujeto en esa situación adquiere, sin más, el derecho de que se trate, ya que el acto constitutivo, por haberse dado anteriormente, no necesita producirse de nuevo.

Por lo tanto puedo decir que el nasciturus mientras no - haya nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos, no ha adquirido aún personalidad, pero si se encuentra dentro de la esfera jurídica.

El Derecho establece la protección que se manifiesta en la conservación de varios derechos del nasciturus, para que si llega a cumplirse la condición suspensiva establecida por la ley (el nacimiento), pueda adquirirlos definitivamente. De la misma manera, y para proteger la vida del feto, el Derecho Penal establece la figura delictuosa del aborto provocado (si no es con fines terapéuticos) y castiga con pena corporal ese hecho punible". (25)

D. CAPACIDAD DE GOCE.

(25) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. cit. P. 310

Refiriéndome al ser humano como ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones, hablaré de que la capacidad es el atributo más importante de las personas y la capacidad de goce es atributo esencial e im prescindible de toda persona. Existe la capacidad de goce y de ejercicio, - ya que la capacidad de ejercicio referente a personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo existir la personalidad.

"La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, todo sujeto debe tenerla". (26)

Es menester comentar dentro de este tema que el ser concebido pero no nacido, aún cuando no puede ser sujeto de obligaciones por - su propia naturaleza, si puede ser sujeto de derechos aún antes de nacer, - así el Código Civil, en Artículo 22 primer párrafo establece la capacidad - jurídica de las personas, concediéndole ésta al individuo ya concebido.

Considero necesario referirme sobre la redacción del Artículo antes citado, puesto que su redacción no parece clara, y así lo comenta el maestro GALINDO GARFIAS IGNACIO. "porque no obstante que principia declarando que la personalidad se adquiere con el nacimiento, emplea el vocablo -pero- conjunción adversativa, que debidamente entendido, quiere decir

(26) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano T.Primeró.
Edit. Porrúa, México 1984 P. 158

que a pesar de que ha quedado establecido el principio general de que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y sólo a partir de ese momento la ley protege al nasciturus, desde que se encuentra en el vientre de la madre". (27)

Este Artículo estatuye por una parte, que el momento en que la persona adquiere la capacidad, está señalando por el sólo hecho de la concepción; a pesar de que aún no exista la persona capaz de ser titular de derechos. Esta protección que la ley otorga, tiende a preservarlo de cualquier atentado en contra de la posibilidad de su nacimiento y permite que - al momento del nacimiento, adquiriera ciertos derechos como por ejemplo el de heredar, donatario, etc., establecidos en su favor, durante el período de la gestación.

Se ha hablado de que el nasciturus en tanto no ha nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos, no ha adquirido aún personalidad, pero el Derecho conserva en su favor, los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca, porque sólo a partir del momento de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica, pero nada impide que antes de nacer, siempre que esté concebido ostentar la capacidad de recibir ciertos derechos.

(27) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. cit. P. 311

Si llega a adquirir personalidad después de nacido, aquí también cabe señalar que los efectos de dichos derechos se van a retrotraer al momento en que se le debe considerar ya sujeto de derechos o sea el momento de la concepción.

No hay persona que carezca de capacidad jurídica, puesto que todas la tienen por el sólo hecho de ser persona, y desde que vienen a la vida extrauterina, es decir que desde que nacen están dotados de capacidad de goce. (27)

"El grado mínimo que corresponde al ser concebido pero - no nacido a condición de que, "desprendido enteramente del seno materno, viva 24 horas o sea presentado vivo al Registro Civil" como lo establece el Art. 337 del Código Civil, dentro de esta hipótesis tiene la capacidad para recibir por herencia, legado o donación (Arts. 1314 y 2337 mismo código), - todo lo que por estos medios pueda ser transmitido: Derecho de propiedad y servidumbres, derechos reales de garantía, prenda, hipoteca, anticresis y - derechos personales o de crédito, valuables en dinero". (28)

Cabe mencionar, cuando el concebido se encuentra en aptitud para recibir donaciones, la aceptación corresponderá a su representación

(27) cfr ORTIZ URQUIDI RAUL. Derecho Civil, Edit. Porrúa. México 1977. P. 298

(28) ROJINA VILLEGAS. Obra citada por ORTIZ URQUIDI P. 302

legítima, puede ser instituido heredero o alcanzar este carácter aún no siendo instituido, en caso de sucesión forzosa. El representante legítimo del concebido durante el período de gestación debe actuar como representante del mismo el que lo sería en el supuesto de haber nacido ya, para el ejercicio de los derechos que competen al que no pueda valerse por sí.

JOSSERAND LOIS D. menciona que "el niño simplemente concebido es asimilado al niño ya nacido; así lo quiere y así lo decide, por lo que se refiere al llamamiento sucesorio esto, a condición sin embargo de que nazca después vivo y viable. Si así ocurre podrá recibir la sucesión de su padre, muerto anteriormente a su nacimiento". (30)

El Maestro GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, habla de que el concebido no sea nacido, no significa que ese prospecto o futuro ser, sea indiferente para el Derecho, no, el Derecho crea un centro de imputación normativa respecto de ese futuro ser, y le protege "pero no le da un Derecho de Vida", establece una serie de protecciones y de expectativas para ese futuro ser. (31)

Resumiendo puedo decir que el nasciturus no tiene capacidad jurídica hasta en tanto no se produzca su nacimiento, antes de este hecho jurídico, solamente entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil.

(30) JOSSERAND LOIS, D. Civil Tomo III Vol. II. Edit. Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores Buenos Aires 1951 P. 102-104

(31) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. El patrimonio. Edit. Cajica, S.A. Segunda Edición, Puebla, México P. 842-844

C A P I T U L O II

A.- DERECHOS DEL SER CONCEBIDO

B.- LA PROTECCION DEL SER CONCEBIDO

B.1.- DIVERSAS MANERAS DE PROTEGER LOS INTERESES DEL CONCEBIDO
HASTA QUE NAZCA, DENTRO DE LA LEGISLACION PUERTORRIQUEÑA.

C.- LA POSIBILIDAD DE SER INSTITUIDO HEREDERO

C.1.- FALTA DE PERSONALIDAD PARA HEREDAR

C.2.- DIFERENCIA ENTRE HEREDERO Y LEGATARIO

C.3.- CAPACIDAD PARA SUCEDER

C.4.- ¿QUIENES SON LOS INTERESADOS PARA EL CASO DE QUE EXISTA
SIMULACION DE EMBARAZO O DE PARTO?

D.- LA POSIBILIDAD DE SER DESIGNADO LEGATARIO.

E.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR DONACIONES.

F.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR PENSION ALIMENTICIA EN CASO DE DIVOR-
CIO DE SUS PADRES.

F.1.- HIJO NACIDO DESPUES DE LOS TRESCIENTOS DIAS SIGUIENTES A
LA SEPARACION JUDICIAL EN LOS CASOS DE DIVORCIO O NULIDAD
DE MATRIMONIO.

G.- PROTECCION LEGAL A QUE SE REFIERE EL ART.22 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

H.- PROTECCION LEGAL DE LA MADRE QUE HA QUEDADO ENCINTA A LA MUERTE DEL -
MARIDO.

H.1.- EFECTOS DEL ESTADO DE LA VIUDA:

a).- EN RELACION CON LOS ALIMENTOS.

b).- EN RELACION CON LA PARTICION DE LA HERENCIA.

H.2.- EL DERECHO HA RECIBIR ALIMENTOS POR PARTE DE LA VIUDA EN OTRAS
LEGISLACIONES.

I.- PROTECCION JURIDICA A LA VIDA DEL EMBRION PARA QUE NO SE IMPIDA ILICI
TAMENTE EL NACIMIENTO DEL SER EN GESTACION. (ARTS. 329 y 330 C.PENAL)

I.1.- INEXISTENCIA DE DAÑO MATERIAL POR FRUSTARSE EL NACIMIENTO (DEN-
TRO DEL DERECHO ESPAÑOL).

I.2.- EXISTENCIA DE DAÑO MORAL EN CASO DE ABORTO POR ACTO ILICITO.

J.- POSIBILIDAD DEL NO NACIDO DE SER RECONOCIDO POR SU PADRE.

J.1.-¿QUE HIJOS NO ESTAN AMPARADOS POR PRESUNCION DE PATERNIDAD?

J.2.- IMPUGNACION DE LA PARTENIDAD Y DE LA LEGITIMIDAD.

C A P I T U L O II

A.- DERECHOS DEL SER CONCEBIDO.

El hijo no nacido es capaz de adquirir derechos desde la época de su concepción. El nasciturus tiene aptitud para recibir derechos -- desde su concepción, se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable; esta regla es la que permite a la criatura, con la condición de nacer viva y viable, recibir cualquier sucesión, en especial la de su padre.

El nasciturus mientras no nazca y éste nacimiento no se haya producido con determinados requisitos, se habla de que aún no ha adquirido personalidad, pero el Derecho conserva en su favor, los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca, (estos derechos se establecen durante el período de gestación), porque sólo a partir del momento de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica, pero antes de que nazca nada impide, -- que pueda ser designado válidamente heredero, legatario, donatario, si llega a adquirir personalidad, después de nacido.

No cabe imaginar un derecho sin sujeto ni pueden existir -- derechos de personas futuras, pero si es posible que todas las circunstancias necesarias para la adquisición de un derecho se encuentren completas -- antes de que nazca el sujeto, de tal suerte que sólo falta éste para el na-

cimiento del derecho. "Los derechos de esta clase si se les quiere calificar así son espectativas". (32)

En el anterior capítulo se habló de la capacidad de goce del nasciturus y por ser poseedor de esta capacidad y consecuentemente, el derecho subjetivo para heredar y recibir legados, también tiene el derecho de propiedad, pero sujeto a la condición resolutoria que pueda destruir su derecho si no nace con los requisitos legales establecidos por el Código Civil vigente.

CHAVEZ ASENCIO F. considera que si tiene derecho de propiedad, puede tener otros derechos reales relacionados con el dominio, como son: el usufructo, uso, habitación y la servidumbre ya constituida, en relación a los cuales se le puede designar heredero o legatario. También tiene capacidad para heredar derechos personales o de crédito, así mismo podrá recibir las garantías reales constituidas, pues al tener capacidad para recibir el derecho de propiedad puede recibir el accesorio de garantía. (33)

El autor antes mencionado señala otros aspectos no económicos de derechos como son los derechos públicos subjetivos "como pueden ser los derechos políticos propios de ciudadano, los derechos de acción, los de-

(32) ALCANTARA SAMPELAYANO JOSE. Revista de Derecho Privado. Año XXXVII No. 431 Feb. 1953 Madrid España. P. 97

(33) cfr. CHAVEZ ASENCIO F. La Familia en el Derecho. Edit. Porrúa. México 1984. P. 155

petición, las garantías individuales, así también los derechos privados subjetivos como el derecho de potestad en caso de la patria potestad, y todos los derechos privados del estado de familia".

Continúa diciendo que "todos estos derechos, en términos generales, no existen en el embrión humano. Es posible el derecho de acción. inclusive el juicio de amparo que podría intentarse por su representante legal en caso de que se pretendiera privarle de algún bien patrimonial, o causarle un daño al concebido como por ejemplo, podría ser una situación hipotética en que el Poder Público expediera un decreto o acuerdo por el cual se obligara a abortar a las mujeres en determinadas circunstancias, por haber una fuerte contaminación y para evitar las consecuencias, lo cual podría dar lugar a un juicio de amparo para proteger, no sólo la integridad física de la madre y su derecho a serlo, sino también en beneficio del concebido.

"Dentro de estos derechos, el fundamental que es innato en el embrión humano, es el derecho a nacer y a la asistencia social completa". (34)

(34) cfr. LOC. cit.

Dentro de la legislación Colombiana se encuentran ciertos derechos del concebido antes de su nacimiento:

1.- En cuanto a la administración de los bienes del hijo por nacer, el ART. 573 (Código Civil Colombiano) prevé la curatela de -- bienes del póstumo: "Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, estarán a cargo del curador que haya sido -- designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el juez, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las -- personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo". (35)

Se trata simplemente de un curador de bienes y no de -- un curador del vientre materno. La instrucción del "curador del vientre" -- (curator ventris) prevista en la legislación romana, consiste en cuidar al concebido mediante la inspección y custodia del vientre, el curador debía vi -- gilar con mucha consideración y reserva.

2.- En cuanto a la naturaleza de los derechos del concebido, se dan diferentes explicaciones. Todo derecho supone un sujeto y así los derechos del concebido serían "condicionales". (36)

(35) VALENCIA ZEA ARTURO. Derecho Civil T.I. Edit. Temis Bogotá Colombia 1957 P. 504

(36) cfr. LOC. CIT.

OERTMANN "advierde que los requisitos de la adquisición del derecho se dan ya por completos, pero los requisitos necesarios para que se constituyan se hallan todavía incompletos. Por lo cual solamente cabe atribuir al feto derechos futuros". (37)

Los requisitos esenciales para que exista un derecho son dos: un sujeto y un objeto sobre el cual se ejerza. El Código citado anteriormente reglamenta sobre los derechos futuros, es decir derechos sobre cosas que aún no existen, pero se espera que existan (ART.1518 P.lro.)

En relación con el póstumo se trataría de un derecho cuyo objeto existe, pero cuyo sujeto no existe, aunque se espera que llegue a existir. (38)

Es la misma tésis que sostiene A. VON TUHR (8). Quién dice que "entre los elementos constitutivos del derecho subjetivo está, ante todo, el sujeto"., el nasciturus -agrega- es persona futura. (39)

En ambos casos el nacimiento del derecho queda condicionado a que la cosa o el sujeto lleguen a existir.

(37) OERTMANN. Ob. Cit. por VALENCIA ZEA ARTURO. P. 504

(38) cfr. VALENCIA ZEA ARTURO. Ob. Cit. P. 505

(39) A. VON TUHR. citado por VALENCIA ZEA ARTURO. Ob. Cit. P. 505

El derecho condicional supone un sujeto, mejor es admitir "como sujeto actual al concebido no nacido para el caso de que nazca posteriormente, o sea, que está dotado de una personalidad jurídica limitada para el caso de nacer". (40)

Resumiendo puedo decir que la personalidad del ser humano comienza con el nacimiento; pero excepcionalmente se les considera como personas para recibir ciertos derechos desde antes de su nacimiento.

"Poco interesa que se diga que se trata de una ficción o de una excepción. Esto desde el punto de vista práctico porque desde el punto de vista lógico existe una diferencia clara. Los Romanos elaboraban sus principios sin excepciones; las reglas jurídicas debían tener la misma precisión y exactitud que las normas de la disciplina militar.

"Así, elaborado el principio de que sólo el nacimiento era adquisitivo de personalidad, no podía admitir excepciones; por dicho motivo se recurriría al sistema de la ficción, o sea considerábase al concebido como se ya hubiese nacido (a fin de salvar el principio). Los juristas actuales no necesitan de la ficción; puede afirmarse que excepcionalmente la personalidad comienza antes del nacimiento". (41)

(40) ENNECCERUS LUDWIG. Tratado de Derecho Civil. Primer Tomo Bosch. Casa Editorial. Barcelona España P. 328

(41) VALENCIA ZEA ARTURO. Ob. Cit. P. 505

B.- LA PROTECCION DEL SER CONCEBIDO.

El derecho protege y garantiza áquellos fines que estimamos valiosos, en nuestra legislación vigente el fundamento de la protección al ser concebido se encuentra en el Código Civil en su Art. 22, párrafo segundo- que antes del nacimiento de la persona es decir, desde el momento en que el ser es concebido se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en dicho ordenamiento y por lo tanto desde que se inicia la vida intrauterina, entra bajo la protección de la ley.

De este ordenamiento considero que la personalidad se adquiere antes del nacimiento de la persona. Esto en otras legislaciones es contradictorio como por ejemplo en el Derecho Romano se establecía que el nasciturus forma partes de la persona de la madre; es decir no se considera todavía persona.

"Sin embargo, con vista a la protección del ser humano, y puesto que la gestación es anuncio de alumbramiento el Derecho Objetivo no puede desatender de ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que puede adquirir el ser concebido, deben ser adoptadas para que si llega a nacer, si adquiere vida propia, si llega a vivir por sí mismo, ya separa de la madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos". (42)

Dentro de las protecciones que se han establecido para el nasciturus es de suma importancia la vida del feto, aquí el Derecho Penal establece la figura delictuosa del aborto provocado (si no es con fines terapéuticos) y castigan con pena corporal ese ilícito. Esta protección que la ley otorga, tiende a preservarlo de cualquier atentado en contra de la posibilidad de su nacimiento.

La protección legal que hace referencia el Art. 22 del Código Civil al nasciturus comprende:

- a).- La posibilidad de ser instituido heredero.
(Arts. 1314 y 1628 C.C.)
- b).- La posibilidad de ser designado legatario.
(Art. 1391 C.C.)
- c).- La posibilidad de recibir donaciones (Art. 2357 C.C.)
- d).- Protección legal a la madre que ha quedado encinta a la muerte del marido, para percibir alimentos con -- cargo a la masa hereditaria (Art. 1643 C.C.)
- e).- Protección a la vida del embrión que no se impida -- ilícitamente su nacimiento, establecido en los Arts. 329 y 330 del Código Penal.
- f).- Protección en cuanto que prohíbe al marido descono--

cer al nasciturus como legítimo, reglamentado en el Art. 328 del C. Civil, ya que se presumen por la mu-jer mientras subsista el vínculo conyugal.

De lo anterior mencionado me referiré ampliamente en futu-ros temas de esta tésis.

Considero que el artículo 22, C.C., se refiere específicamente al aspecto patrimonial-económico, es por eso que se debe destacar la im-portancia sobre la protección jurídica que se dá al concebido con base en la dignidad de la persona humana. "Más importante que los bienes valubles en - dinero es la persona y desde el momento de su concepción es un ser distinto - del padre y de la madre que lo engendraron y, como consecuencia, entra dentro de la protección jurídica". (43)

De manera general resumiendo puedo afirmar que la protec-ción que se brinda al nasciturus es la conservación de todos los derechos an-tes mencionados para que si llega a cumplirse la condición establecida en la ley (el nacimiento), pueda éste adquirirlos definitivamente.

"Se trata, más de una condición suspensiva, de una condi-ción resolutoria negativa consistente en que no nazca, es decir, que no viva-

(43) CHAVEZ ASENCIO F. Ob. Cit, P. 153

veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. Con esta interpretación adquiere mayor significado el Art. 22, C.C., pues se protege no sólo el aspecto patrimonial, sino a la persona misma, el nuevo ser humano que para el Derecho tiene personalidad". (44)

Dicha protección a que hace referencia dicho artículo es muy importante en cuanto a su persona, ya que desde el momento de su concepción es un ser distinto al de sus progenitores como lo he mencionado, y entra por lo tanto dentro de la esfera jurídica.

Dentro del Derecho Puertorriqueño se encuentran diversas disposiciones protectoras de los derechos del concebido no nacido:

"Art. 113, que reconoce la legitimidad de los hijos nacidos durante los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio".

Art. 569, que permite al concebido ser donatario.

Art. 586, que dispone que queda revocada toda donación, hecha por persona que no tenga hijos, por nacimiento de un póstumo.

Art. 742, que protege la cualidad de heredero forzoso del

concebido, al establecer que si preterición anula la institución de heredero.

Art. 919, que concede a la viuda que quede encinta el derecho de ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo.

Art. 914 y ss., que dictan, para el mismo caso una serie de reglas encaminadas a la conservación de los derechos hereditarios del póstumo en los bienes del padre premuerto". (45)

Todo lo anterior aún cuando el Código Puertorriqueño establece que el concebido no tiene personalidad, ni capacidad jurídica y así lo reglamenta el Art. 24 del mencionado Código al disponer que se determina por el nacimiento. (46)

MASCAREÑAS comenta que en lo referente a los beneficios - establecidos en dicho ordenamiento, se puede decir que se trata de una protección de intereses eventuales. Eventuales por razón del sujeto, no del derecho, que ya existe. "Por lo tanto se entiende que no es cierto -como se ha dicho- que haya una expectativa de derecho, puesto que ésta supone la existencia de una persona. Lo que hay una esperanza de hombre que puede variar el -

(45) MASCAREÑAS C.E. Ob. Cit. P.116

(46) Cfr. MASCAREÑAS C.E. Ob. Cit. P.116

sujeto al cual corresponderá el derecho". (47)

B.1.- DIVERSAS MANERAS DE PROTEGER A LOS INTERESES DEL
 CONCEBIDO HASTA QUE NAZCA, DENTRO DE LA LEGISLA-
 CION PUERTORRIQUEÑA:

"a).- Abrir un paréntesis a la vida jurídica de todas las
 las relaciones en que este involucrado el concebido,
 cerrándose sólo cuando nazca.

b).- Dejar surtir a estas relaciones todos sus efectos; -
 pero no en favor del concebido, sino de las personas
 a quienes aquéllas beneficiarían, en caso de no rea-
lizarse el nacimiento.

c).- Atribuir, desde luego, al concebido (y en su nombre-
 al que lo represente), aunque a reserva de restitu-
 ción si el concebido no naciese". (48)

Dentro del Derecho Comlombiano se encuentra la protección
 jurídica al concebido que se manifiesta en dos direcciones: Protección para e
 vitar todo daño al concebido y sanción de los daños efectivamente causados.

(47) Loc. Cit.

(48) VALENCIA ZEA ARTURO. OB. Cit. P.501

Conforme al Art. 641 del Código Penal Colombiano, "el juez aplazará la ejecución de la pena a la mujer sentenciada que le faltaren menos de tres meses para el parto". (49)

Dentro de la Legislación laboral colombiana se otorgan importantes beneficios a la mujer embarazada, a fin de que puede atender convenientemente al sostenimiento del niño concebido.

VALENCIA ZEA, Comenta que los jueces y funcionarios de policía "a petición de cualquier persona, o de oficio tomarán las providencias que les parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crean que de algún modo peligrará (Art. 91); así podrán ordenar el cambio de residencia de la mujer embarazada y colocarla bajo el cuidado de una familia de sanas costumbres -especialmente cuando sus padres le impongan castigos-; podrán también prohibir que el padre del concebido siga viviendo con la madre, si en tal forma se protege eficazmente la vida del nasciturus". (50)

Siguiendo dentro de la legislación colombiana el autor mencionado anteriormente comenta, que el Código Penal castiga con penas severas a la mujer que en cualquier forma causare su aborto o que permita que otra persona se lo cause. También se establece que las sanciones serán mayores

(49) Loc. Cit.

(50) Ibidem. Pag. 502

res cuando el delito de aborto es cometido por médico cirujano, farmacéutico o partera.

Dentro de este capítulo considero importante comentar acerca de la representación del nasciturus como una medida proteccionista, ya que como sabemos por sí mismo no es posible que pueda ejercer sus derechos, - dentro de nuestro ordenamiento jurídico encontramos las figuras de, Patria Potestad, la Tutela y Curatela. Así vemos que son representantes de las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los tutores que se les nombre.

A falta de padre, la representación la va a ejercer la madre, o existiendo el padre, por incapacidad de éste y de aquella, procede que ejerza la representación el curador, y se regirán por lo establecido en el Código Civil las reglas de la tutela y de la curatela.

La representación necesaria de las personas por nacer tiene lugar que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia. (51)

En cuanto a la patria potestad no existe un ordenamiento específico en nuestra legislación para la protección del nasciturus, pero con

(51) Cfr. SPOTA G. ALGERTO. Tratado de Derecho Civil T.I.
Edit. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1949. P.12 y 13.

sidero que se debe aplicar por analogía en cuanto a lo que se refiere el Art. 413, C.C., de que "la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos". Asimismo el Art. 449 reglamenta de la tutela como "la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal". En cuanto a curatela el Art. 618, C.C., nos in dica que "Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legíti ma o dativa, además del tutor tendrán un curador".

Lo anterior es en mi opinión la representación que se debe hacer hacia los hijos ya concebidos pero no nacidos como una manera de protegerlos cuando sean sujetos de ciertos derechos.

C.- LA POSIBILIDAD DE SER INSTITUIDO HEREDERO.

Para hablar sobre este tema comenzaré hablando sobre la institución de heredero y así el ART. 1281 del C.C., vigente reglamenta sobre el concepto legal de herencia y a la letra dice "herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

El maestro GUTIERREZ Y GONZALEZ. Hace una crítica acerca de la redacción de dicho artículo estableciendo que existe en su redacción equivocación puesto que la "herencia no puede ser la sucesión en todos los bienes del difunto, por la sencilla razón de que el difunto es el muerto, y un muerto ya no puede ser titular de bien alguno", y comenta que la ley lo que debió decir fue "Herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones que fueron del autor de la misma, y que no se extinguieron con su muerte". (52)

En el momento mismo en que una persona muere deja de ser titular de bienes, ya que éstos por una ficción de la ley, en el último instante de la vida de esa persona, se transmiten a sus herederos y en con-

(52) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. Ob. Cit. P. 520 y 521

secuencia, es equivocado afirmar que la herencia es la sucesión en los bienes del difunto.

Mientras una persona no fallece, aunque hubiera hecho su testamento, y los que en él hubieran sido designados herederos lo sepan, no tienen por ese hecho, derecho alguno sobre los bienes del autor del testamento.

La herencia constituye un juicio universal, esto quiere decir que el procedimiento sucesorio se hace extensivo a todos los bienes y derechos que fueron de la persona que fallece. Los herederos suceden al autor de la herencia en el último instante de la vida del autor de la herencia, sus herederos sean testamentarios o legítimos, lo suceden a título universal, de ahí que en ningún momento los bienes quedan sin titular.

Cuando fallece una persona, su patrimonio no desaparece pura y simplemente, sino que se transmite a un sucesor este adquiere el patrimonio del "de cujus".

La transmisión de la herencia se dá por "ab intestato" y "testamentaria". La sucesión legal o "ab intestato" se lleva a cabo-

cuando el difunto no había dispuesto su última voluntad, es decir la suerte de sus bienes, es la ley misma quien la fija, la ley llama a recibir la herencia a las personas con derecho a ella, quien se beneficia con este tipo de herencia se le llama heredero "ab intestato" o heredero legal; es el beneficiario de un individuo que ha fallecido intestado.

Por lo que se refiere a la sucesión testamentaria, - esta consiste en la última voluntad del "de cujus" basta con redactar con ese fin un testamento en el que se establezcan su última voluntad y por el cual decida la asignación de sus bienes y derechos, para el día en que haya dejado de existir la transmisión de su patrimonio se efectuará conforme a las prescripciones testamentarias. Quién se beneficia de ella se le nombra heredero testamentario, los derechos los adquiere a través de un testamento y como se beneficia de un legado, se le llama legatario.

El instituido en un testamento debe hallarse concebido al abrirse la sucesión testamentaria, es decir al tiempo de la muerte del testador. En las sucesiones legítimas no es admisible que el heredero no exista, por lo menos como persona concebida a la época de la muerte del causante.

En el derecho hereditario se atiende a la concepción del ser para que exista personalidad jurídica en el heredero o en el legatario. (53)

C.1. FALTA DE PERSONALIDAD PARA HEREDAR.

No pueden heredar quienes no están concebidos al momento de la muerte del autor de la herencia y en forma expresa el ART. 1314 C.C., reglamenta que "son incapaces de adquirir por testamento o por intestado a causa de personalidad los que no estén concebidos al tiempo de la -- muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, - conforme a lo dispuesto en el ART. 337".

La capacidad de goce en los herederos y legatarios, es esencial para que puedan adquirir por herencia o legado. La ley considera que toda persona tiene capacidad de goce para heredar y así lo establece el ART. 1313 del Código Civil.

(53) Cfr. GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. Ob. Cit. P. 526

El niño simplemente concebido es asimilado al niño - ya nacido, esto a condición, de que el niño nazca después vivo y viable, si así ocurre podrá recibir la sucesión de su padre muerto anteriormente a su nacimiento.

¿ Cómo saber si un niño estaba ya concebido en el momento de la defunción del de cujus?

Aquí se establecen las presunciones de duración del embarazo reglamentadas en el ART. 324 del C.C., y son "los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio".

Dentro de este capítulo considero importante el volver a mencionar acerca de la viabilidad del niño, ya que es motivo de litigios en materia civil. Basta suponer que durante la corta existencia la corta existencia del infante que comprende la duración del embarazo, se abre la sucesión en la familia, siendo el niño heredero del difunto. Si al niño se -

le considera como una persona habrá recibido total o parcialmente la sucesión y al morir la transmite a su vez a sus propios herederos, de manera, - que su presencia puede cambiar completamente la atribución de la herencia y ésta finalmente corresponderá a los herederos del niño o a los del difunto distintos del niño. (54)

El C.C. Francés exige la viabilidad para la capacidad de recibir por herencia, cosa que se presume hasta la prueba en contrario. En España se toma como requisito para la capacidad hereditaria que viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno y tenga figura humana.

Dentro del C.C. Puertorriqueño se requiere que viva completamente desprendido del seno materno, en cuanto a nuestro Código Civil dicha capacidad consiste en que sea desprendido del seno materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil.

(54) Cfr. PLANIOL MARCEL Ob. Cit. P. 222

C.2. DIFERENCIA ENTRE HEREDERO Y LEGATARIO.

La diferencia entre heredero y legatario consiste en que el heredero, le es transmitida la herencia a título universal, mientras que el legatario se le transmite a título particular, así lo reglamentan -- los artículos 1284 y 1285 de nuestra legislación vigente.

"La institución de heredero o de legatario en favor de los concebidos pero no nacidos, produce el efecto de suspender la división de la herencia hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez (trescientos días posteriores al de la concepción) sin que haya tenido lugar el parto dentro de ese plazo; para el efecto de que si no hay alumbramiento en ese término amplísimo que la ley fija, si el producto de la concepción nace muerto, o no vive veinticuatro horas, ni es presentado vivo al Registro Civil, se podrá llevar al cabo la participación 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 que no llegó a nacer y por lo tanto, la herencia se distribuirá en su totalidad entre las demás personas con de

recho a heredar". (55)

Los herederos reciben la totalidad de la herencia o una parte alícuota de ella, el legatario, en cambio recoge una cosa concreta o un conjunto de cosas individualmente determinadas.

En la sucesión universal se transmiten la totalidad de derechos y obligaciones del premuerto, en tanto no sean éstos, por su naturaleza intransmisibles por herencia u ordene dicha intransmisibilidad-una prescripción positiva.

La herencia tiene un objeto de naturaleza económica lograr la continuidad patrimonial. La clasificación de heredero y legatario no se hace por la cantidad de bienes que cada uno recibe, sino por el modo como es llamado a gozar y recoger. El heredero continúa la personalidad económica del de cujus; si son varios la representación la tienen todos.

La existencia de un nasciturus puede trastornar los derechos sucesorios ya sean éstos testamentarios o legales, de esto se des--prende que existan medidas tendientes a proteger la condición jurídica del

concebido, estas medidas tienden a favorecer al concebido desde su gestación y son principalmente: a).- Suspender todas las operaciones encaminadas a la división de la herencia y a proveer a la administración y seguridad de los bienes de que conste, b).- Asegurarse y cerciorarse de la verdad del embarazo y del nacimiento del concebido, c).- Alimentar a la madre, quien tiene de recho a ser alimentada, si es indigente, será alimentada a costa de los bie nes hereditarios que corresponderán al póstumo si nace en condiciones de via bilidad. (56)

C.3. CAPACIDAD PARA SUCEDER.

No basta que un ser nazca para que sea inmediata y ne cesariamente capaz de recibir una sucesión, el que nace muerto no puede reci bir ningún bien y por consiguiente, quien reclame una sucesión correspon dien te de un niño fallecido actualmente, debe probar que esa criatura había naci do viva. Esto es también aplicable cuando el niño que ha nacido vivo, no ha nacido viable, solamente la vida hace presumir la aptitud para heredar, co rresponde a las personas interesadas en que el niño muerto hoy, no haya pod i

(56) Cfr. ALONSO PEREZ MARIANO. "Los alimentos debidos a la Viuda encinta".
Rev. de Legislación y Jurisprudencia.
Año CXVIII Nov. 1969 No. 5 Barcelona España P. 374 y 375

do recibir una sucesión, el demostrar que no había nacido viable.

La necesidad de existir en el momento de la apertura de la sucesión se denomina capacidad sucesoria. El ser humano recibe su personalidad jurídica desde su concepción, con la condición de que nazca vivo y viable. (57)

De la fecha de la concepción o de la muerte de una persona dependerá a veces su llamamiento hereditario. Para establecer la fecha de la concepción en relación con el carácter de sucesible, de duración del embarazo dictadas por el Código en materia de filiación, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra dentro del Título Séptimo capítulos: I, II, III y IV.

La capacidad para suceder se refiere a la existencia jurídica, a la personalidad. El ser humano adquiere, desde su concepción la personalidad, que le confiere la capacidad para suceder.

La fecha de la concepción juega un papel importante, por no poder una criatura recibir sino las sucesiones abiertas luego de que haya sido concebido. De ahí el interés que se une a la prueba de la fecha de la concepción.

(57) Cfr. MAZEAUD JEAN Y MAZEAUD HENRI Y LEON. Lecciones de D. Civil parte Ira. Vol. II Traducc. Luis Alcalá-Zamora y Castillo Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. P. 65

"Las presunciones de duración del embarazo establecidas por el Artículo 324 del C.C., en los términos del cual la criatura se -- considera concebida 300 días de su nacimiento, están limitadas a la cuestión de la filiación, y más exactamente a la de la legitimidad; por ser de derecho estricto, una presunción legal no podrá ser extendida fuera de su campo de aplicación. Cuando el título de sucesible dependa de la legitimidad, se aplica por vía de consecuencia para probar el carácter de heredero; así ocurre con el hijo de una mujer casada, nacido luego de la muerte del marido.

Por el contrario, si la legitimidad del presunto sucsible no está en discusión, la presunción carece de aplicación; deberá presentarse la prueba de la concepción del sucesible en el momento de la apertura de la sucesión; ejemplo, la criatura nacida luego de la muerte de su hermano tendrá la carga de probar la anterioridad de su concepción. Sin embargo algunos autores retroceden ante la dificultad de la prueba que pesaría así sobre el sucesible.

El Código Civil Italiano ART. 724 establece que "Aquellos que al tiempo de la apertura de la sucesión no han sido todavía concebidos no podrán ser capaces de suceder". (58)

(58) POLACCO VITTORIO. De las sucesiones, 2da. Edición. Traducc. Santiago Sentis Melendo. Edit. Jurídicas Europa-América Bosch y Cia. Edit. 1950 Buenos Aires P. 61 a 64

¿ Porqué de este requisito? se suele decir que el mismo deriva del hecho de que la persona física es el sustrato de la persona jurídica; la sucesión legítima se defiere, en el momento mismo de la muerte del causante y por eso debe encontrar quien posea entonces la personalidad física al menos cree -- que éste un requisito que no deriva de principios racionales, sino sólo de razones históricas.

"Los concebidos a la muerte del causante, pero no nacidos después vivos y viables, la viabilidad no se exige por algunas legislaciones extranjeras, así el Código Suizo ART. 544 reglamenta que es suficiente que el feto nazca vivo. El Código Español ART. 30 exige que el feto tenga forma humana y viva veinticuatro horas al menos separado completamente del claustro materno. Cuando se pruebe que el individuo ha nacido vivo, la viabilidad se presume y corresponde a quien la niegue el proporcionar su prueba".

(59)

Especiales dificultades prácticas dá lugar el caso en que sean llamados varios o todos los nacederos de una determinada persona, - cuando ésta se halle aún en posibilidades de procrearlos. RUGGIERO. Establece este cuestionamiento: ¿Deberá atribuirse la herencia al primer nacido bajo

condición resolutoria (de que sobrevengan otros) o suspenderse la partición hasta que sean imposibles ulteriores nacimientos o servirse de cálculo de - - probabilidades sobre la base de la edad, fecundidad etc.,? y comenta un - - ejemplo: muerto el marido y dado a la luz por la viuda un hijo dentro de - - los trescientos días a contar desde el de la muerte, el nacido se reputa -- concebido en constancia de matrimonio y por tanto, hijo del difunto; resulta así la custodia de la legitimidad, habrá que concluir que también es heredero del padre sin que pueda hacer indagación alguna sobre su concepción para probar que éste tuvo lugar posteriormente a la muerte del marido y por obra, por tanto, de otro hombre. Al contrario muere una persona dejando como herederos a sus hermanos y padres; si la madre dá a luz dentro de los 300 - días, contados desde el de la muerte del hijo otro hijo, no será aplicable a este caso la presunción de legitimidad, porque no se plantea la cuestión de legitimidad y habrá que demostrar con las pruebas oportunas que el hermanito póstumo se hallaba concebido ya a la muerte del causante para poder admitirlo en la sucesión". (60)

El derecho hereditario parte de la base de que el heredero sea persona en el momento de la muerte del autor de la sucesión y -- los problemas se presentan justamente cuando el autor de la herencia muere-

(60) DE RUGGIERO ROBERTO. Instituciones de Derecho Civil T. II
Vol. 2 Inst. Editorial Reus. Madrid, España P.

antes de que nazca al heredero, pero estando ya concebido.

La adquisición irrevocable de derechos que atañen al concebido por herencia, legado o donación, depende que la persona por nacer llegue a tener vida extrauterina, aún cuando sólo sea por instantes después de estar separada de la madre, si muere antes, al nasciturus se le va a considerar para efectos jurídicos, como si no hubiera existido. Si ese nacimiento no se produce, otros interesados pueden adquirir los bienes objeto de la herencia. Así tenemos que cuando el matrimonio se disuelve por fallecimiento del marido, el hecho de nacer un hijo póstumo, legítimo del pre--muerto, esto significa que la cónyuge supérstite sea la heredera en primer lugar y con esto quedan excluidos los ascendientes del esposo. También el nacimiento de este hijo va a excluir a todos los colaterales, quienes heredarían en caso de falta de ascendientes, descendientes y viuda.

C.4.¿QUIENES SON LOS INTERESADOS PARA EL CASO DE QUE EXISTA SIMULACION DE PARTO O DE EMBARAZO?

Dentro del derecho sucesorio puede darse el caso de

que la viuda actuando ventajosamente se haga hacer embarazada sin estarlo, - esto obviamente con el fin de heredar todos los bienes de su marido o concubino según sea el caso. Aquí nos encontramos con la simulación o supresión - de parto o de embarazo, ante esta situación los que tengan derecho a la herencia podrán pedir al juez que dicte las providencias necesarias para evitar la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es, así se encuentra reglamentado en el artículo 1639 del C.C., se considera que las personas interesadas para este -- fin son:

1.- Los parientes en general del no nacido, y todos aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no se llevara a cabo el parto, o si el hijo no naciera vivo, o si antes del nacimiento, se comprobara que el hijo no fué concebido dentro del plazo legal.

2.- Los acreedores de la herencia.

Se habla de que en primer término los parientes del concebido son interesados en que no haya simulación de embarazo o de parto, - aquí se comprenden tanto a los parientes legítimos (por consanguinidad o afinidad) como a los parientes naturales. Es la protección del nasciturus lo que

está en juego, y por ello la ley habla de los vinculados por el lazo del parentesco, sin distinguir la naturaleza del vínculo; éstos más que nada tienen un interés legítimo, tiene interés en impedir toda sustitución de parto o suposición de embarazo como suele ocurrir por interés hereditario.

Es por todo lo anterior que se debe comprobar la -- efectividad del nacimiento con vida del heredero, si la criatura vivió solamente unos instantes en nuestra legislación las veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil, ello puede variar el curso sucesorio.

"Supóngase que el por nacer es beneficiado con una herencia de un tercero y que nace y muere pocos minutos después. Por solo -- esos segundos, demostrada la efectiva independencia vital, los bienes heredados le han pertenecido irrevocablemente; no revertirán a su origen sino -- que pasarán por doble sucesión a los herederos del nasciturus (casi con seguridad)". (61)

En los casos cuando anteriormente a la muerte del autor de la herencia se había declarado nulidad de matrimonio o había habido divorcio y el padre instituyó heredero el único hijo que está concebido y no ha

nacido; si el hijo nace viable y muere, la herencia pasa a la madre, pero - si el hijo no nace viable, la herencia ya no puede pasar a la madre, pasará a los herederos del padre. Es por esto que se tiene que reconocer personalidad al embrión humano bajo la condición resolutoria de que no nazca viable, es decir que no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo al Registro Civil. El maestro ROJINA VILLEGAS "no considera que sea una condición suspensiva, la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable". (62)

(62) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Ob. Cit. P. 161

D.- LA POSIBILIDAD DE SER DESIGNADO LEGATARIO.

El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente. (63)

El legado implica siempre una desposesición a título particular; así el legatario adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del autor de la sucesión. El legatario simplemente es un adquirente a título particular de cierto bien, que no responde del pasivo, ni continúa el patrimonio autor de la herencia. El legado constituye una transmisión a título gratuito; Sin embargo, la ley habla de legados gratuito; y onerosos, el legado es oneroso sólo desde el punto de vista de que la cosa legada se transmite con una carga o gravámen, o bajo la condición de cumplir otro legado; pero a pesar de que se impone esta carga o condición, siempre existe un valor que se puede transmitir gratuitamente, puesto que la carga no puede ser superior al legado, y habrá un remanente,

(63) Cfr. ROJINA VILLEGAS R. OB. Cit. P. 302

como las donaciones onerosas que adquiere el legatario. Si la carga fuere igual o superior el valor del legado, no existiría propiamente éste.

Los legados se instituyen siempre por testamento, es decir sólo por virtud del testamento se puede instituir y sólo existirán por consiguiente legados testamentarios.

El legatario no continúa la personalidad del autor de la herencia no las relaciones patrimoniales de éste. Para el legatario existe simplemente una transmisión a título particular sobre un bien determinado, esto origina que le legatario no responda de las relaciones patrimoniales activas o pasivas, quedando obligado sólo a pagar la deuda o carga con que expresamente el autor de la herencia grave el legado. Esta es la situación normal, pero excepcionalmente puede el legatario asumir la función del heredero para representar al autor de la sucesión y ser continuador de su patrimonio. Esta situación excepcional se presenta cuando toda la herencia se distribuye en legados, no habiendo herederos.

Dentro de la legislación española se encuentran la figura de fideicomiso y el legado a favor de persona futura. Incluso cabe la posibilidad de instituir heredero al no concebido, y así lo establece el "Art.

750 que toda institución en favor de persona incierta será nula", añade "a menos que por algún evento pueda resultar cierta". ¿Donde está la prohibición de que una persona instituya heredero al hijo que pueda tener en el futuro?. Sigue mencionando el autor (ENNECCERUS) que "igual pregunta se puede formular dentro de las circunstancias exigidas para celebrar un contrato a favor de un tercero aún no concebido. La efectividad de estos negocios queda sometida a que el instituido o el tercero nazca con los requisitos de viabilidad". (64)

En relación con el nasciturus, se ha hablado anteriormente que éste es capaz de adquirir ciertos derechos antes de nacer y cuando éste se produzca con determinados requisitos establecidos en el Art. 337 de -- nuestro Código Civil vigente, es decir que se encuentre desprendido enteramente del seno materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. Esta así estipulado el fundamento a ser legatario por parte -- del nasciturus, si llega a adquirir personalidad después de nacido.

Al igual que en la institución de heredero, el legado en favor del nasciturus aún no nacido, produce el efecto de suspender la división de la herencia hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra -- el término máximo de la preñez es decir ciento ochenta días como mínimo y --

trescientos días como máximo al momento de la concepción. Cuando no hay tal nacimiento dentro del término antes aludido, o nace muerto el ser concebido, o no vive veinticuatro horas, ni es presentado ante el Registro Civil, tal como lo establece nuestra legislación vigente; se podrá llevar a cabo la partición de la herencia y la adjudicación de bienes en favor de los herederos y legatarios, entre todas las personas con derecho a heredar.

En cuanto a la capacidad del legatario, no existe disposición específica al efecto, pero tal y como lo establece el artículo 1391 - C.C., de que cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos.

El legado hecho a favor del concebido, pero aún no nacido al tiempo de la apertura de la herencia, se adquiere ya en ese momento, pero estas disposiciones no pueden infringirse "que el concebido aunque no nazca haya adquirido la herencia o el legado, ni aunque nazca no se le atribuye una fecha de nacimiento anterior, que acaso en el supuesto de legado de renta pudiera servirle para reclamar también la renta correspondiente al tiempo de gestación". (65)

Una Sucesión a título particular mortis-causa en los bienes del testador exige: a).- un derecho patrimonial existente en el patri

monio del testador: la propiedad, el usufructo, un crédito, un derecho inmaterial, etc., b).- La asignación de ese derecho considerado singularmente, a un asignatario.

"Reunidas estas dos condiciones existe sucesión del legatario en el derecho asignado por el testador, pues sólo así, puede decirse correctamente que el causante es trasmittente y el legatario adquirente (a semejanza de lo que sucede con la tradición o sucesión por acto inter vivos)". (66)

De todo lo anterior se desprende que aquellas personas -- que estaban concebidas al tiempo de la apertura de la herencia, pueden ser legatarios con tal de que nazcan con las condiciones expresadas por la legislación vigente. Tanto para ser designada heredero como legatario, se habla que existe una vinculación jurídica provisional hasta adquirir el derecho subjetivo, si posteriormente aparece este sujeto, en este caso específico el nacimiento del concebido.

E.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR DONACIONES.

Dentro de los derechos que se le conceden al nasciturus encontramos que éste también puede recibir donaciones y así lo encontramos reglamentados en el Art. 2357, C.C., "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el Art. 337".

Como ha mencionado anteriormente por su naturaleza el no concebido no puede recibir dichas donaciones por sí mismo, es por esto que pueden ser aceptadas por quienes legítimamente los representarían como si ya hubieran nacido, estos representantes van a aceptar la donación para evitar el efecto revocatorio por un cambio de voluntad del donante o por que la donación decaiga por su muerte. Dentro del aspecto de recibir donaciones por parte del nasciturus cabe mencionar que existe la posibilidad de que sea revocada dicha donación por parte del donante cuando le sobrevengan hijos que han nacido con todas las condiciones de viabilidad reglamentadas en el artículo 337, C.C., es decir que sea desprendido enteramente del seno materno y viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil.

La donación es posible como institución directa a favor de un nasciturus, porque el representante legal puede cumplir todas las exi-

gencias legales de la aceptación, aún cuando nuestra legislación establece-- que las donaciones deben ser entre vivos, Art. 2338, C.C., cabe aquí la re-presentación del concebido ya que se consideró vivo aún cuando no nazca.

La donación se considera perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donante art. 2340, C.C., como vemos - en este artículo es imposible que en el caso del nasciturus éste la acepte - por su propia voluntad, ya que es considerado carente de capacidad de ejerci-cio por su propia naturaleza, pero su representante sí podrá aceptar dicha - donación.

El representante legítimo del concebido, como ya opiné - anteriormente, debe aceptar las donaciones hechas al mismo, éste debe actuar como representante del concebido, el que será en el supuesto de haber nacido ya, esto recurriendo a la (ficción de nacimiento ya ocurrido), que tiene por nacido al concebido para todo lo que le sea favorable y por supuesto le es - favorable el que exista un representante para el ejercicio de los derechos - del concebido ya que este no puede valerse por sí mismo. (67)

Cabe mencionar que, en cuanto a la capacitación del donat-ario, no se exige una capacidad especial, porque éste no va a transmitir la

(67) Cfr. ENNECCERUS LUDWIG. OB. Cit. P. 331.

propiedad de algo a cambio del dominio que recibe del donante, es por esto - que sus representantes legales son los que van a celebrar contratos en su representación. Es pues que se dice que para celebrar el contrato de donación con el carácter de donatario, se requiere solamente la capacidad de goce, no se requiere la capacidad de ejercicio. Personas que aún no existen -propiamente no son personas- tienen la posibilidad de celebrar el contrato de donación con el carácter de donatarios. Sus padres en ejercicio de la patria potestad los representarán para el efecto de la celebración de dicho contrato.

El Art. 2359 C.C., reglamenta sobre la legalidad de revocación de donaciones cuando sobrevengan hijos al donante. ¿Porqué existe este caso de revocación? "La ley considera que la donación que realiza una persona sin tener hijos es una donación sujeta a la condición resolutoria de que ellos nazcan, porque el legislador ha pensado que si el donante hubiese previsto la posibilidad de llegar a tener hijos, no hubiera celebrado la donación porque hubiera mejor entregado sus bienes a sus hijos, que son sus legítimos herederos". (68)

Para el caso de la revocación no es necesaria ninguna marifestación de voluntad; basta que se produzca la supervivencia del hijo póstumo, para que la donación se entienda revocada. Existen excepciones aún --

(68) LOZANO NORIEGA FRANCISCO. "Contratos". Asoc. Del Notariado Mexicano, A. C. México, D.F., 1982. P.241.

cuando haya hijos póstumos:

- 1.- Cuando sea menor la donación de doscientos pesos.
- 2.- Cuando sea antenupcial.
- 3.- Cuando sea entre consortes.
- 4.- Cuando sea puramente remuneratoria (Art.2361 C.C.)

"Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo sucede si el donante muere dentro de ese plazo de cinco años sin haber revocado la donación. Si dentro -- del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá revocada en su totalidad". Art. 2359 C.C.

E.1.LEGISLACIONES QUE CONCEDEN AL NASCITURUS SER

DONATARIO:

Dentro de muchas legislaciones, se encuentra esta institución, del derecho del no nacido a ser donatario, así el Código Civil Puertorriqueño lo reglamenta en su Art. 569 que permite al concebido ser donatario. (69)

En la legislación española el Art. 627 lo reglamenta, es

(69) Cfr. MASCARENAS C.E. Ob. Cit. P. 116

tableciendo que las "Donaciones hechas a los concebidos y no nacidos pueden ser aceptadas por quienes legítamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento".

"Quienes legítimamente le representarían pueden aceptar la donación". (70)

Es pues la donación posible como institución directa a favor de un nasciturus, porque el representante legal puede cumplir todas las exigencias legales de la aceptación.

ENNECCERUS. (71) Menciona que se "ha de aceptar sin inconvenientes, por ejemplo, la posibilidad de hacer al concebido, para el caso de que nazca, donaciones mediante contrato con el curador nombrado para la gestión de sus intereses".

El código francés por excepción a la regla, "el hijo no nacido aún es capaz de adquirir derechos desde su concepción", aplica también la institución de donatario al nasciturus, en su artículo 725 (72).

Dentro de la legislación mexicana, el Código Civil del Es-

(70) GARRIDO DE PALMA VICTOR MANUEL. El D.Civil Protector del ser humano. Anuarios de D. Civil. T. XXXVI Fasc. III.

(71) ENNECCERUS LUDWIG. Ob. Cit. P. 331.

(72) Cfr. PLANIOL MARCEL. Ob. Cit. P. 179

tado de Morelos en su artículo 2547, además de la calidad de donatario le con
cede al nasciturus personalidad jurídica y capacidad de goce, a la letra dice:
"Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hallan estado conce
bidos al tiempo en que aquélla se haga y nazca viables. Para los efectos de-
este contrato, se considera que los no nacidos en tales condiciones, tendrán-
personalidad y capacidad de goce".

F.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR PENSION ALIMENTICIA
EN CASO DE DIVORCIO DE SUS PADRES:

Para empezar a escribir sobre este tema considero indispensable analizar sobre los alimentos y así entiendo que alimento es aquello que una persona requiere para vivir, partiendo de que "no sólo de pan vive el hombre" y el ser humano necesita elementos económicos para subsistir (casa, vestido, comida), los alimentos y el patrimonio familiar, son los dos elementos vitales de sustento económico del grupo de la familia.

"Así, es elemental obligación de carácter ético, proporcionar socorro en la medida de nuestras posibilidades, a quienes formando parte del grupo familiar, lo necesitan. A este respecto, en la obligación y el deber de ayudar recíproco entre cónyuges y parientes, se aprecia con suficiente claridad y fuerza cómo en este caso las reglas morales sirven de base o de punto de partida, a las normas jurídicas". (73)

El Derecho ha impuesto una sanción jurídica (la coacción) a falta de cumplimiento de tal deber; así se transforma la regla moral en precepto jurídico.

(73) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. Cit. P.456

En el derecho romano, la obligación de prestar alimentos deriva de la patria potestad y existe entre el paterfamilias y las personas - que se encuentran sujetas a su autoridad paterna.

Los alimentos en nuestra legislación comprenden la comida el vestido, la habitación, la asistencia en caso de enfermedad y tratándose - de menores, la educación del acreedor alimentario y la obligación de proporcionarle un arte, oficio o profesión a la condición del menor (Art. 308, C.C.)

La obligación de dar alimentos toma su fuente de la ley; nace directamente de las disposiciones contenidas en la misma; sin que para su existencia se requiera de la voluntad del acreedor ni del obligado.

Art. 321, C.C., "El derecho de recibir alimentos no es renunciabile, ni puede ser objeto de transacción", esto es una norma de carácter imperativo, que no pueden ser renunciadas, ni modificadas por la voluntad de las partes.

La obligación alimenticia que se impone a los padres respecto de sus hijos nace de la filiación. Esta prestación no requiere que el hijo menor de edad deba probar que carece de medios económicos para exigir -- que aquélla obligación se haga efectiva.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio, reconocidos por el padre, tienen derecho a la pensión alimenticia en vida de éste, y a la muerte del padre, podrán exigir el pago de dicha pensión que les corresponde como descendientes en primer grado. Art. 389, C.C.

Cabe mencionar que nuestro código civil vigente no existe disposición alguna sobre los alimentos debidos a los hijos concebidos no nacidos, pero aquí considero que se debe aplicar por analogía, recurriendo al Art 303 del código mencionado que establece la obligación de dar alimentos a sus hijos.

Existe jurisprudencia al respecto en donde establece la necesidad del pago de alimentos y establece "Que el marido tiene obligación de alimentar a la mujer y a los hijos quienes tienen a su favor la presunción de necesitar los alimentos, salvo prueba en contrario". (74)

Dentro de los efectos del divorcio, se encuentran el pagar alimento a los hijos (no se encuentra ninguna reglamentación especial en cuanto al nasciturus), pero se podría aplicar por analogía.

El Art. 275 en su último párrafo establece que el juez --
"dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a

(74) ALIMENTOS. NECESIDAD DEL PAGO DE CARGA DE LA PRUEBA.
Tercera Sala. Quinta época. T.CXVI.P. 272

quienes ha obligación de dar alimentos". este ordenamiento, es lo que yo considero como fundamento de la obligación de proporcionar pensión alimenticia al nasciturus.

Otro artículo que considero como fuente de esta obligación es el 285 que reglamenta que "el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para sus hijos".

F.1. HIJO NACIDO DESPUES DE LOS TRESCIENTOS DIAS
SIGUIENTES A LA SEPARACION JUDICIAL EN LOS-
CASOS DE DIVORCIO O DE NULIDAD DE MATRIMONIO:

Cuando existe divorcio o nulidad de matrimonio, se puede llegar a presentar el problema de un hijo después de los trescientos días siguientes a la separación judicial, pero antes de que se dicte la sentencia de divorcio o nulidad. Es por la esposa durante su matrimonio, sólo que debido a la separación judicial de los consortes, nació después de los trescientos días de que se llevó a cabo esa separación y entonces entran en conflicto dos principios:

- 1.- En términos generales se considera que todo hijo concebido por la esposa durante su matrimonio, es legítimo. (el hijo fué concebido durante el ma-trimonio y puede nacer subsistiendo éste, ya que los juicios de divorcio o de nulidad en ocasiones se prolongan por años y mientras no se pronun--cie la sentencia definitiva que cause ejecutoria, el matrimonio subsiste.

- 2.- El otro principio se refiere a que la presunción legal de legitimidad del hijo se debe a que el marido haga vida conyugal con su esposa; de que hay un obstáculo material o legal que impida la cohabitación.

"La ley parte de la presunción legal para imputar al marído los hijos de su esposa, cuando en condiciones normales existen relaciones sexuales, y por consiguiente, si en la época que se presume de la concepción, esta situación normal existía, lo natural para la protección del hijo, es --considerar que fue engendrado por el marido de la madre; pero cuando este --principio de cohabitación y de posibilidad de relación sexual se impide legalmente a través de la separación judicial de los consortes, no obstante que su matrimonio subsista, lo probable es que no haya existido la cópula carnal en-tre ellos aún cuando cabe la posibilidad de que si haya existido dicha rela--ción, pero esta posibilidad es muy relativa ante el hecho real de que los consortes están separados, y por ello basta entonces que el marido en esas condi

ciones contraiga la legitimidad, sin exigirle prueba especial, para que sea -
la madre, o el hijo a través de su tutor, quienes reporten la carga de la --
prueba en el juicio". (75)

El maestro Rojina Villegas, menciona un caso especial del
hijo que naciera estando pendiente de decisión judicial del juicio de amparo-
interpuesto en contra de la sentencia que declaró el divorcio o la nulidad -
del matrimonio. Establece que en consecuencia, si el hijo naciere después de
los trescientos días de dictada esa sentencia definitiva, aún cuando este pen-
diente el amparo ante la Suprema Corte de Justicia, ya ese hijo fue concebido
según la ley, cuando el matrimonio estaba disuelto; sin embargo, tomando en -
cuenta que las leyes civiles siempre protegen al hijo, cuando éste naciere -
después de los trescientos días de haberse dictado la sentencia definitiva de
divorcio o de nulidad, cuando está pendiente el juicio de garantías, si poste-
riormente se obtuviere sentencia favorable en el mismo, por virtud de los --
efectos restitutorios que estatuye el artículo 80 de la Ley de Amparo, queda-
rá insubsistente la sentencia reclamada y será a través de esta declaración -
que tendrá que hacer el Tribunal responsable, que renacerá nuevamente el ma-
trimonio". (76)

Lo antes mencionado es con el objeto de dejar claro que -

(75) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Ob. Cit. P.445

(76) Ibidem P. 447 y 448

aún cuando exista divorcio, el padre deberá alimentar al hijo nacido dentro - de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, como lo es tablece el Art. 324, F. II del Código Civil vigente.

G.- PROTECCION LEGAL A QUE SE REFIERE EL ART. 22
DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

El ART. 22 del Código Civil, establece que "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se -- pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". De la redacción del presente artículo se desprende la naturaleza conservatoria de la protección legal al nasciturus, - al conferirle capacidad jurídica, (solamente en el caso de que se cumplan -- los requisitos establecidos por el artículo 337, es decir que nazca vivo por lo menos veinticuatro horas, se encuentre desprendido completamente del seno materno, o sea presentado vivo al Registro Civil, el ser humano ha adquirido la personalidad. Por lo tanto si llegare a morir después de este lapso, su - capacidad hereditaria pasará por derecho propio a sus herederos, porque re- conocida su personalidad tiene capacidad para adquirir un patrimonio que al morir se transmite a sus herederos legítimos.)

En cuanto a la redacción del precepto mencionado el maestro GALINDO GARFIAS comenta "Desde el punto de vista literal o gramati--

cal, la redacción del artículo 22 del Código Civil que se comenta, no parece clara, porque no obstante que principia declarando que la personalidad se -- adquiere con el nacimiento, emplea el vocablo" pero, conjunción adversativa, que debidamente entendido, quiere decir que a pesar de que ha quedado estable-- cido el principio general de que la capacidad jurídica se adquiere con el na-- cimiento y sólo a partir de ese momento la ley protege al nasciturus, desde-- que se encuentra en el vientre de la madre.

"Este artículo estatuye por una parte, que el momen-- to en que la persona adquiere la capacidad, está señalado por el hecho del na-- cimiento por la otra parte, declara que es protegido el ser por el sólo hecho de la concepción; a pesar de que aún no exista la persona capaz de ser titu-- lar de derechos. Esta protección que la ley otorga, tiende a preservarlo de - cualquier atentado en contra de la posibilidad de su nacimiento y permite que al nacimiento, adquiera ciertos derechos (el de heredar, principalmente) esta-- blecido en su favor, durante el período de la gestación". (77)

El maestro ROJINA VILLEGAS, indica que el artículo - 22 del Código Civil contiene una verdadera ficción jurídica, al declarar que "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento

(77) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. Cit. P. 311

y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

"a).- En general, puede decirse que esta materia de la situación jurídica del concebido antes de nacer, es una de aquellas en -- que el Código Civil no se redujo a seguir de cerca los modelos de codificaciones extranjeras, sino que recogió los últimos resultados de la legislación y la doctrina españolas anteriores a él"

El Código Civil mantiene a la cabeza de la teoría - del nasciturus una declaración de tipo general. Sigue mencionando el autor - que "Las otras codificaciones europeas importantes, más o menos relacionadas con la nuestra, aceptaron las consecuencias prácticas de la teoría romana -- del "nasciturus" pero no estamparon en sus textos esa abstracción de un principio general, que puede permitir, al aplicarse a casos no previstos en preceptos concretos, extender la teoría, sirviendo de fundamento y trabazón a - todo un sistema". (78)

(78) JOSE MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO, La condición jurídica del "Nasciturus" en el derecho español, Madrid, 1946. Pags. 197 y 198 Ob. Cit. por ROJINA VILLEGAS R. P. 159

"En la formulación vigente, más amplia, la ley ordena que se tenga por nacido al concebido para todo aquello que le sea favorable, es decir, que la ley simula que el parto ya sucedió cuando aún no ha acontecido. Estamos pues, ante una ficción jurídica, es decir algo que va contra la verdad de los hechos, pero que el derecho hace tener por verdad".

(79)

Cabe mencionar que por cuanto se refiere el ART. - 22 del C.C., a los "efectos declarados en el presente código", se considera por lo que nos reglamenta el mismo que es para ser donatario, legatario o ser instituido heredero, pero aún cuando no exista reglamentación específica, se debe considerar, también la protección al ser concebido para ser alimentado por divorcio o muerte de su padre (esto cuando exista disolución matrimonial), el reconocimiento por parte de su padre, sea como hijo legítimo o ilegítimo, ya que al respecto no existe como ya lo dije antes reglamentación específica.

(79) IBIDEM. P. 160

H.- PROTECCION LEGAL DE LA MADRE QUE HA QUEDADO
ENCINTA A LA MUERTE DEL MARIDO.

Como ya he explicado anteriormente, la existencia de un -nasciturus puede trastornar los derechos sucesorios de las personas llamadas por testamento o por la ley, esto trae como consecuencia que se dicten medi-
das tendientes a la protección jurídica del concebido, tomando como antecedente el que la ley ha establecido protección a la persona que aún no ha nacido, pero que tiene vida intrauterina, los derechos del póstumo se consideran des-
de la concepción y es por esto que se debe asegurar la legitimidad del embara-
zo y del parto, evitando simulaciones y fraudes que perjudiquen a los verdader-
os herederos.

Los fundamentos de esta situación, se encuentran reglamen-
tados en el título quinto, capítulo I de la legislación vigente y así el Art. 1638 establece que "cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, den-
tro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza, que deba desaparecer o disminuir por -
el nacimiento del póstumo".

H.I. EFECTOS DEL ESTADO DE LA VIUDA:

Cuando la viuda ha quedado encinta se produce un doble efecto:

a).- En relación con los alimentos: Los artículos 1643 a 1646 nos dan fundamentos, en cuanto a esta obligación, así el artículo 1646,- establece que "la viuda que quedare encinta, aún cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria", este precepto trata más que nada de proteger al nasciturus, ya que se refiere a la madre, esta si tiene posibilidad de ser alimentada con sus bienes.

Por lo que se refiere al Art. 1644, que reglamenta en el caso en que la viuda no cumpla con los requisitos de avisar al juez de su estado de embarazo o del alumbramiento, podrán los interesados negarle los alimentos cuando tenga bienes; pero si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez. se pagarán dichos alimentos con efectos retroactivos. De aquí se desprende la protección jurídica al concebido aún cuando no cumpla -- los requisitos previstos por la ley.

Otra situación de percibir alimentos lo reglamenta el artículo 1646, al establecer que la viuda no esta obligada a devolver los ali-

mentos percibidos aún cuando haya habido aborto o no resulte cierta la preñez salvo en caso en que ésta hubiere sido contradicha por dictamen pericial.

Resumiendo estos preceptos se puede decir que existe una relación entre la viuda encinta y el nasciturus, por tener una pretensión alimenticia en beneficio del último, así como el patrimonio que corresponderá al mismo cuando nazca. Madre e hijo por nacer son beneficiarios sin que ellos a su vez se obliguen.

No se trata pues de una prestación alimenticia a favor de la viuda, sino a favor del concebido, puesto que se conceden para la gesta---ción de aquél. Se trata aquí de establecer que es una carga impuesta por la ley a la herencia en favor del nasciturus, no de la viuda alimentada, es de---cir es un imperativo legal, el cual consiste en alimentar a la viuda gestante supuesto de carga alimenticia en beneficio directo de la madre, pero indirec---tamente también en provecho del nasciturus, que de momento es parte de la ma---dre.

Se comprende que dentro de los alimentos que se deben a la viuda comprenderá lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según el importe de la herencia.

Puede suceder que por razones especiales, enfermedad, in-tervención quirúrgica, etc., de la madre, y si es muy pequeña la participa---ción del concebido en el patrimonio del "de cujus", los bienes hereditarios - no sean suficientes. ¿Podría en tal caso servirse del caudal perteneciente a los restantes coherederos? Se considera que únicamente en el supuesto de ha-llarse necesitada y, carecer de alimentarios, éstos están obligados a socorrer la. (80)

Considero que la viuda encinta tiene derecho a ser alimen- tada con independencia de que el embarazo lo ponga o no en conocimiento de -- los que tengan derecho a la herencia, porque en primer lugar los alimentos se deben a la que quede encinta, y en segundo lugar, se debe proteger al póstumo, los alimentos deben abonarse desde cuando quede encinta la viuda y no desde - que la viuda avise de su embarazo.

La protección al masciturus es independiente del cumpli-- miento por parte de la madre de la notificación exigida por el artículo 1638. C.C., la omisión de dicho requisito puede ser obstáculo para que la viuda per-ciba alimentos únicamente en el supuesto de que no este necesitada. "Es evi-dente que los alimentos cesan cuando se compruebe que el embarazo se ha inte-rrumpido -aborto- , o por el transcurso del término máximo para la gestación

o bien desde que se produce un parto prematuro o desde que el médico dictamina la inexistencia de embarazo. También cesan cuando se origine el nacimiento, es decir cuando finalice el período de gestación".

A partir del nacimiento, ya será heredero el nasciturus, es evidente, como señala GARCIA CANTERO (81), que "los alimentos a la viuda en cinta no se compensan con ninguna clase de intereses ni de frutos, ni tampoco representan un anticipo de lo que hubiera de recibirse en calidad de legítima, porque puede ocurrir que el hijo nazca muerto o que no sea viable. Aún si nace en condiciones de viabilidad, puede que a posterior no se haya gravado la legítima, sino la mejora o la cuota de libre disposición, o lo recibido por legado o donación mortis causa".

b).- En relación con la participación de la herencia : -
El artículo 1648, C.C., establece que la división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez, con esta suspensión se crea un interinato que se dará por concluido cuando la viuda dé a luz o cuando pase el tiempo legal de la concepción.

El derecho romano nombraba un curador de vientre, nuestro

(81) Ob. Cit. Por. ALFONSO PEREZ MARIANO. Ob. Cit. P.411

código no acepta tal institución y evita que se dé posesión a la viuda en virtud de un derecho incierto. El curador de vientre, era encargado de velar -- por los intereses del concebido, especialmente en la sucesión mortis-causa, - determinaba los alimentos que correspondían a la mujer encinta.

El sentido histórico de la institución refleja, el deseo de favorecer al póstumo, para quién en definitiva son los alimentos. "Por eso que si los bienes de la herencia pasan durante la preñez en depósito o secuestro a poder de otra persona, se habrán de señalar y dar a la ciuda sobre ellos, aunque haya ganaciales, alimentos correspondientes a la calidad de las personas y proporcionados a la cantidad de los bienes, porque en este caso se supone que se dan los alimentos no tanto a la viuda como al hijo que lleva en el - vientre". (82)

La relación que existe en lo establecido por las disposiciones referentes a la precuación cuando la viuda quede encinta, es que ésta - rada más va a recibir beneficios para favorecer al desarrollo intrauterino del póstumo, ya que lo que se pretende proteger son los bienes pertenecientes al - "Decujus" y que por vía hereditaria pasarán al concebido. El administrador de la herencia del nasciturus prestará dichos beneficios a la viuda en atención - al mismo, durante el embarazo.

La viuda podrá percibir alimentos, en proporción a la cuota sucesoria del póstumo, siempre que actúe en favor o en protección del concebido, y así ha de seguir hasta cuando el póstumo nazca, o nazca muerto, no viable o haya aborto. Cuando el embarazo no resulte cierto, es decir que haya obrado esta con mala fé, la viuda debe devolver lo recibido en concepto de alimentos. Cuando obró de buena fé, es decir que hayan existido signos evidentes de embarazo, considero que no está obligada a recibir dicha cantidad anteriormente recibida.

H.2. EL DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS POR PARTE DE LA VIUDA EN OTRAS LEGISLACIONES:

En la legislación española de los artículos 959 a 967 establecen las precauciones que la ley establece cuando la viuda cree haber quedado encinta, suspendiéndose la partición hereditaria del difunto esposo, proveyendo a la seguridad y administración de los bienes y ordenando que la viuda, aún cuando sea rica, deba ser alimentada de los bienes hereditarios, estos preceptos comprenden la protección del nuevo ser, para el momento de entrar en la vida jurídica, GARRIDO DE PALMA, (83), considera que "debe aplicarse por analogía a los casos en que se hayan dejado bienes al póstumo por otra persona, por ejemplo el abuelo, y hasta a supuestos en que no se trate de mu-

(83) GARRIDO DE PALMA V.M. Ob. Cit. P. 1367

jer viuda, sea por vivir el marido o per no estar casada".

Dentro de la legislación puertorriqueña, se menciona en - su artículo 919, que "conoce a la viuda que quede encinta el derecho de ser - alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo", es decir que se le otorgarán alimentos con car go a la masa hereditaria a la que tenga derecho el concebido. (84)

MAZEAUD, comenta que dentro de las precauciones que el derecho Civil Francés considera para el caso de que haya un nasciturus y - el padre ha muerto se encuentra la protección a la mujer encinta, estableciendo que se nombrará un curador del vientre, este tendrá un papel principal en cuanto a la vigilancia del embarazo de la madre, a fin de impedir las suposi ciones y las supresiones del parto, éste (el curador) debe velar igualmente - por los intereses eventuales del concebido hasta su nacimiento. (85)

Dentro la legislación italiana, "en su artículo 198 se - distingue se trate de una viuda dotada o no. Si es dotada la mujer tiene el derecho de opción. En cambio si no ha sido dotada, tiene derecho a percibir alimentos durante el año siguiente a la disolución del matrimonio. La doctrina reconoce que el supuesto de la opción no representa un verdadero y propio

(84) Cfr. MASCAREÑAS C.E. Ob. Cit. P.93

(85) Cfr. MAZEAUD JEAN. Ob. Cit. P. 10

derecho a alimentos. Lo que es evidente si de hecho no hay estado de necesidad, mas puede afirmarse que el legislador pensó en una relación alimenticia-siempre que por no percibir los frutos de la dote, la viuda se encontrará en indigencia. En cambio la opinión general cree que en el supuesto de viuda in dotada existe un auténtico derecho a alimentos por (presuponer necesidad en la viuda)" (86)

Existe pues en muchas legislaciones (por lo menos en las- que consulté) normas protectoras para la viuda que ha quedado encinta, más -- que nada como una medida protectora de los derechos del nasciturus, hasta el momento de su nacimiento ya que a partir de este hecho jurídico, se designará como heredero.

Se considera que con el derecho a la alimentación el orde namiento jurídico vela por la conservación y desarrollo de la existencia del nasciturus, se tutela el derecho a la vida como prototipo de los derechos de la personalidad.

☛ Dentro del derecho que protege el artículo 1643, C.C., se establece un derecho alimenticio de la viuda, con independencia de su situación económica, lo que indica que el patrimonio del nasciturus queda afectado

el cumplimiento de la obligación.

Resumiendo, existe reglamentación específica dentro de --
nuestra legislación, en cuanto a protección del concebido, que nace después -
de morir el padre, y que, como posible coparticipe de los bienes hereditarios,
ocasiona interinamente suspensión de repartición de dichos bienes; así como -
alimentación a su madre. Todo lo anterior con fundamento en la protección del
futuro ser humano.

I.- PROTECCION JURIDICA A LA VIDA DEL EMBRION
 PARA QUE NO SE IMPIDA ILICITAMENTE EL NA-
 CIMIENTO DEL SER EN GESTACION.
 (ARTS. 329 Y 330 C. PENAL)

Es importante mencionar dentro de este tema la protección jurídica del feto, ya que ha pesar de existir distintas opiniones -- acerca de que si éste es considerado ya como ser humano, o no, solamente de de el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista moral, - religioso, sociológico, etc., por lo que respecta al Derecho, uno de los argumentos para justificar la defensa del desarrollo del feto, cualesquiera -- que fuere la suerte de éste, "es el concepto de que el ser concebido posee - en potencia todas las facultades y derechos inherentes a la persona humana y entre éstos, el principal de todos es el derecho a la vida. Por consiguiente, sobre el producto de la unión sexual, no se posee ninguna atribución, y no se puede disponer del ser concebido como se dispone de un objeto cualquiera. -- Frente a esta pretensión, surge la acción tutelar del Estado, por interme- - dio de las Leyes, para ampararlo de las maquinaciones y egoísmos de terce - - ros". (87)

La protección que concede al nasciturus el Derecho - público, se encuentra tipificada como delito de aborto en el código penal, en

(87) ALBORNOZ-BERTI ROBERTO. Revista de la facultad de Derecho "El aborto provocado y su alcance médico-legal". Año III No. 7 Dic. 1957 Mérida Venezuela. P. 61 y 62

sus artículos, 329 y 330, se trata de garantizar la posibilidad de complementar la gestación y de nacer. El bien jurídicamente protegido "es la vida". - Por lo tanto es una protección absoluta e incondicionada, mientras que en el derecho privado, se trata de una protección relativa y condicional por tratarse de intereses. (88)

De ahí que CHAVEZ ASENCIO comenta que "el respeto a la vida es un derecho innato de toda persona, que se tiene desde la concepción y sólo se pierde por la muerte". (89)

Se considera que el nacimiento tiene lugar desde el momento en que el feto ha salido completamente del claustro materno, pero el derecho positivo protege la existencia del no nacido, por medio de sanciones que las leyes penales señalan contra los autores del delito de aborto y con la reserva de derechos al concebido, contenida en la legislación civil.

Se trata pues del derecho a la integridad física del nasciturus, existiendo la protección que la ley penal reglamenta al penar el aborto, he mencionado reiteradamente que desde el derecho romano existía el principio de que "desde la concepción en el seno materno comienza la existen-

(88) Cfr. MASCAREÑAS C.E. P. 93

(89) CHAVEZ ASENCIO F. Ob. Cit. P. 153

cia de las personas y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido", principio aceptado por FREITAS (90), este autor, rechazó, el sistema de la "ficción" en esta materia. Consideró, que "la existencia del nasciturus es real, sus efectos jurídicos no dan lugar a duda y sobre ellos no hay divergencia alguna", de ahí que no admite - que se esté ante una ficción por la cual se considere persona al concebido, su existencia es real. Sin embargo cabe aclarar que los derechos de la persona por nacer están sometidos a una condición suspensiva -el nacimiento con vida- ya que si ello no ocurre se resuelven tales derechos y esa condición - será entonces condición resolutoria."

Todo lo anterior he considerado mencionarlo, por -- cuanto considero ya el feto como persona de derechos y dentro de los cuales el principal es el derecho a la vida del mismo.

I.1.INEXISTENCIA DE DAÑO MATERIAL POR FRUSTRARSE
EL NACIMIENTO.

(DENTRO DEL DERECHO ESPAÑOL)

SPOTA. Hace el cuestionamiento de que si se puede es
tímar aplicable al nasciturus el principio de que la vida humana tiene un va-

lor pecuniario?, contestando al respecto que considerando los antecedentes en el derecho romano, excluyen una indemnización de tal especie, ya que a estos efectos no existe la persona. "El concebido es para el derecho una persona, - influye en la norma que lo eleva a sujeto jurídico la idea de que se atiende con ello a su propio beneficiario. El nacido vivo ya existió en esa condición de persona al ser concebido". (91)

Cuando la lesión a la integridad física no impidió-- que la persona por nacer alcanzara la vida extrauterina, esto sucedería en el caso de que ocurriera un accidente, y a raíz de éste, sufriera daños en el se no materno que luego dejaran consecuencia perjudiciales durante el nacimiento con vida y aún el daño material y el agravio moral que se reconocen, en el - hecho dañoso ocurrido con anterioridad a la vida extrauterina.

La doctrina moderna establece que se deben indemnizar los daños materiales y morales causados a la madre por la frustración (debido a dolo o culpa) del nacimiento, o los daños que, causen un perjuicio transito rio o permanente al nacido. En el primer caso existe un daño material y moral para la madre, en el mismo sentido que para cualquier persona. También en el caso en que el concebido recibe un daño que no impide su nacimiento, pero le-

(91) SPOTA G. ALBERTO. Ob. Cit. P. 53

acarrea consecuencias perjudiciales, como cuando a causa del accidente que sufrió la madre embarazada, el niño nace con un defecto físico. "Al respecto la Corte Suprema de OTAWA, decidió un célebre fallo, que debía indemnizarse - el daño consistente en el nacimiento de un niño con los pies deforme, debido al accidente sufrido por la madre cuando tenía siete meses de embarazo". (92)

La acción resarcitoria siempre podría intentarse si la enfermedad ocasionada por el accidente es incurable, ya que, si el niño no puede caminar, el perjuicio no aparece si no a la edad en que normalmente no puede caminar, y se prolongará durante toda la vida del enfermo, cabe mencionar que desde el momento del nacimiento, siendo ciertos los daños aunque futuros, procede la acción resarcitoria. (93)

Dentro de nuestra legislación no se encuentra específicamente regulación hacia el daño ocasionado a persona en estado de preñez, solamente dentro del rubro de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, en el artículo 1910, del C.C., se establece que "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

(92) Ob. Cit. por SPOTA G. ALBERTO P. 54

(93) Cfr. SPOTA G. ALBERTO P. 54

I.2. EXISTENCIA DE DAÑO MORAL EN CASO DE ABORTO
 POR ACTO ILÍCITO.

Se puede establecer que en la pérdida del concebido puede existir un daño moral resarcible, el dinero tiene en este caso función de equivalencia, un papel resarcitorio, así el daño moral es, "el efecto no patrimonial de la lesión de un derecho corporal", así como también la violación de un derecho que la ley no puede desconocer. (94)

El concebido que no nace con vida se le considera - como si nunca hubiera existido, no se le considera como persona por hacerse frustrado la esperanza de nacer con vida y, entonces, los derechos que podía adquirir ya no los puede poseer como sujeto jurídico. "Pero no se puede negar que, aún considerando al embrión o al feto como parte integrante de la - madre, el acto ilícito que originó la expulsión del concebido del claustro - materno implica dolor moral para los padres por la frustración de lo que pudo llegar a ser un hijo ya nacido". (95)

Cuando un niño muere poco tiempo después de su nacimiento, la cuestión de saber si nació vivo y viables puede provocar dificultades. El problema se vuelve difícil cuando toca resolver si la criatura

(94) Pag. Loc. Cit.

(95) IBIDEM. P. 57

murió por su condición de no viable o por otra causa, se debe acudir en este problema a la autopsia, pero ¿A quién corresponde la carga de la prueba? Se sobreentiende que corresponderá la carga de la prueba, a quien alegue la vialidad de la criatura, si desea por ejemplo adquirir una sucesión de la - - criatura.

Esta cuestión carece de importancia en derecho ci--vil, pues si se comprueba de hecho que el niño no era viable, no se tomará - en consideración su nacimiento, no habrá sido una persona desde el punto de- vista de la ley. Este mismo punto tiene gran importancia en el derecho pala, la madre acusada de infanticidio, en presencia del cadáver de un niño bien - conformado y de tiempo, pretende frecuentemente, para defenderse, que nació muerto. Fácilmente se verifica su dicho por medio de la autopsia; se ponen- los pulmones del niño en una vasija llena de agua; si sobrenadan, el niño -- respiró; si se sumergen, el aire no penetró en sus pulmones. (96)

Cabe mencionar que en derecho privado es decir en- materia civil el aborto, ocasiona el revocar instituciones a su favor como- son en materia hereditaria, como donatario, legatario, etc., por esto es necesaria la protección del concebido ya que su desaparición; a las personas- que llegaran a provocar su desaparición, propiciaría en su favor situacio-- nes como el acrecer su herencia, o la revocación de una donación.

J.- POSIBILIDAD DEL NO NACIDO DE SER
RECONOCIDO POR SU PADRE.

En nuestra legislación vigente se considera el mismo principio para poder probar la filiación legítima respecto del padre o la filiación natural del hijo habido en concubinato, esto es que se parte de una presunción humana de que el hombre que mantiene relaciones sexuales a través del matrimonio o concubinato con una mujer, es el que engendra al hijo. Por supuesto en el matrimonio se establece esta presunción con mayor fuerza y se impide que se destruya, cuando no existe una prueba absolutamente firme de la imposibilidad de las relaciones sexuales, en cambio en el concubinato no se puede aceptar que esta presunción sólo pueda destruirse ante la prueba de que fué físicamente imposible de que el hombre tuviere relaciones carnales con la madre, también se puede desvirtuar ante la conducta inmoral de la concubina, por el hecho de que aún cuando tenga relaciones con determinado hombre, también se le compruebe que ha tenido relaciones sexuales con otro hombre. En cuanto al matrimonio, no bastaría el adulterio de la esposa para decidir que el hijo no es legítimo, es pues por ello el demostrar la veracidad de tal hecho.

En la concepción del ser y la gestación siempre se -

tiene un hecho jurídico perfectamente cierto y conocido para originar consecuencias entre el ser simplemente concebido y la madre. De ahí que el Derecho atribuya personalidad jurídica al ser concebido, y no necesita del nacimiento para darle esa personalidad, "sino que en rigor la tendrá sujeta a la condición resolutoria negativa, consistente en que nazca muerto o no nazca viable", (97) en estos casos se destruye la personalidad otorgada desde el momento de su concepción.

Las consecuencias que se van a producir por existir un nasciturus, para proteger al feto y para sancionar el aborto en caso de que se lleve a cabo, (esto en materia penal) se distinguen por completo del estado jurídico que se iniciará hasta el nacimiento. Antes del nacimiento, no puede nunca plantearse un problema de filiación, porque puede el feto nacer muerto o no ser viable, conforme lo dispone el ART. 337, del C.C., y entonces la misma ley prohíbe expresamente que se planteé el problema de filiación; pero como desde el momento de la concepción puede existir el derecho a heredar, a recibir donaciones o legados de cualquier persona extraña, para estos efectos jurídicos concretos, evidentemente que se toma en cuenta el hecho jurídico de la procreación misma, siempre y cuando no se destruya la personalidad, porque el ser nazca muerto o no sea viable.

(97) ROJINA VILLEGAS R. Ob. Cit. P. 603

El estado jurídico de la filiación sólo podrá iniciarse a partir del nacimiento y siempre de los seres viables así lo reglamentan los ARTS. 328 y 330 C.C., sobre lo comentado ANTONIO CICU (98), en su obra denominada "LA FILIACION", nos dice: "La filiación como hecho natural y como hecho jurídico. Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos; si es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación y la paternidad es de difícil comprobación. Y a veces, aún comprobada, no siempre el derecho reconoce la cualidad de padre o de hijo.

El hecho de la procreación interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa, que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella. Si va por naturaleza el simple hecho de la crianza es obra materna, en la vida social esta misión se eleva y se extiende también al campo espiritual y pasa a ser crianza y educación a un tiempo, y, como actividad del espíritu, ha

ce estable y duradera la relación creada, originando un vínculo perpetuo que sobrepasa la vida individual.

Como he señalado en nuestro sistema mexicano, se le dá tanto a la filiación legítima, como a la natural, todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, esto es, que no solamente existirá la relación permanente del hijo con su padre, o la madre, sino también con la familia paterna y con el grupo social al cual pertenezca el -- progenitor.

J.1.¿ QUE HIJOS NO ESTAN AMPARADOS POR LA
PRESUNCION DE PATERNIDAD?

No gozan de la presunción de paternidad los hijos que a pesar de la existencia del vínculo matrimonial durante el tiempo en que se presume la concepción, sus padres estaban divorciados legalmente, a menos -- que se compruebe que el marido, por actos positivos reconoce al hijo como su yo, o que durante el divorcio hubo reconciliación provada entre los cónyuges. Para poder inpuñar la paternidad legítima el padre debe probar, primeramente que durante el tiempo en que se presume la concepción él no tuvo relaciones sexuales con su mujer, y después además debe probar que la mujer tuvo al mis-

mo tiempo relaciones sexuales con otro u otros hombres.

La paternidad como he mencionado un hecho que ofrece dificultades de prueba, llevándonos siempre a la prueba directa que es la de la concepción, sin embargo esta teoría es insuficiente, ya que "dada la variable duración de la gestación y no siendo posible inducir la concepción -- del nacimiento, puede dudarse de si el hijo fue concebido durante el matrimonio, antes de su celebración o después de su disolución o anulación". (99)

Conforme a la presunción establecida en nuestro Código Civil, en su artículo 324, al reconocer la filiación en cuanto a la madre, queda definida la filiación en cuanto a su marido, y por lo tanto el hijo se considera legítimo. De ahí que el mismo artículo establezca que "se presumen hijo de los cónyuges: I.- Los hijos nacidos después de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

(99) IDEM. PAG. 617

El maestro ROJINA VILLEGAS, hace un comentario acerca de la redacción del anterior artículo, argumentando que "en realidad el artículo de manera impropia dice que se presumen hijos de los cónyuges, puesto que la presunción nunca es respecto de la madre, sino sólo en cuanto a su marido. De otra manera tendríamos que determinar a base de dos presunciones la filiación legítima respecto del padre; primero presumiendo que es hijo de su esposa sin prueba directa, y segundo después de esta presunción en cuanto a la madre, pasar a otra de carácter legal, en cuanto al padre. Ahora bien en realidad el artículo debería decir: "Se presumen hijos del esposo:

I.- Los hijos nacidos de su esposa, después de ciento ochenta días contados desde que se celebró el matrimonio; y II.- Los hijos de la esposa que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, o a la separación judicial". (100)

J.2.IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD Y DE LA LEGITIMIDAD.

El marido o concubino tienen que entablar una acción para destruir la presunción de legitimidad que se otorga a los hijos nacidos-

después de ciento ochenta días siguientes al matrimonio, o a los que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, aquí también se comprenden los hijos que nacieren después de los trescientos días de la separación judicial, en los casos de divorcio o de nulidad, pero debe ser - antes de que transcurran trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie en dichos juicios. El maestro ROJINA VILLEGAS, considera que además, "por una asimilación que la ley establece protegiendo al hijo que nazca dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, - se ha considerado que también el marido debe ejercitar acción contradictoria de paternidad, respecto del mismo, porque su silencio equivale a admitirlo como propio, aún cuando esta acción prosperará simplemente por la negativa del marido. La ley presume que si no objeta la legitimidad, acepta a ese hijo como suyo; pero basta con que la objete, para que la acción de - contradicción de paternidad prospere". (101)

Resumiendo, puedo considerar que la posibilidad del - no nacido para ser reconocido por su padre, es muy vaga, ya que la propia - ley establece que antes del nacimiento, no puede plantearse nunca un problema de filiación, por qué sucedería en el caso de que se planteara un problema así, y posteriormente el feto nazca muerto o no sea viable conforme al artículo 337 del C.C., vigente, ante este hecho se consideraría como si nunca hubiera existido ser alguno.

C A P I T U L O I I I

**A.- TRANSMISION DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS
EN EL CODIGO CIVIL A FAVOR DEL NASCITU-
RUS SUJETOS A CONDICION:**

**A.1.¿SE CONSIDERA CONDICION SUSPENSIVA O RE-
SOLUTORIA ?**

C A P I T U L O I I I

A.- TRANSMISION DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN EL
C.C. A FAVOR DEL NASCITURUS SUJETOS A CONDICION:

Hasta el momento me he referido en cuanto a derechos y protección se refiere, en favor del nasciturus, pero dentro de esta tésis considero importante cuestionar acerca de la modalidad que se establece por la propia ley a este acto jurídico como consecuencia de un hecho jurídico.

Existe pues un sujeto o expectativa de derecho como se le ha denominado al no nacido. porque como ya comenté anteriormente tiene existencia jurídica como tal. Es pues por esto que en esta materia con fin de proteger los derechos de la persona concebida y aún no nacida, se -- incluye entre los incapaces al nasciturs, esto es como consecuencia de una necesidad de lógica jurídica: Si el comienzo de la existencia de las personas individuales se verifica desde la concepción en el seno materno, resulta necesario incluir a las personas por nacer dentro de los incapaces.

Considero más que nada que se trata de un régimen de protección de derechos sujetos a la condición del nacimiento con vida, creyéndose que la capacidad sólo puede comprender a quienes han nacido con vida.

La ley considera al concebido como persona, aún cuando con la condición legal establecida en el art. 337, estimo tiene reducida-capacidad jurídica y absoluta incapacidad de obrar.

A.1. SE CONSIDERA CONDICION SUSPENSIVA O RESOLUTORIA?

Comenzaré hablando sobre la tesis que sostiene el Maestro GALINDO GARFIAS, menciona "el nasciturus en tanto no ha nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos (los que establece el art .337 C.C.) no ha adquirido aún personalidad. El Derecho conserva - en su favor, los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca porque - sólo a partir de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica. Pero nada impide que antes de nacer siempre que esté concebido, pueda ser designado válidamente heredero, legatario o donatario, si llega a adquirir personalidad después de nacido. Por ello, el Derecho establece la protección a que se refiere el art. 22 C.C., protección que se manifiesta en la conservación de -- esos derechos, para que si llega a cumplirse la condición suspensiva establecida por la ley (el nacimiento); pueda adquirirlo definitivamente". (102)

El Art. 1939 C.C., indica que "la condición es suspen-

(102) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. Cit. P. 311

siva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación", de la letra considero que ésta condición suspende el nacimiento del derecho del nasciturus hasta en tanto no nazca con vida, entonces cómo es posible establecerle en su favor una DONACION, cuando la ley solamente requiere que exista en el momento de otorgar la misma y por lo tanto va a gozar de estos derechos, considero que más que nada se trata de cierto presupuesto que exige la ley para la existencia o para la eficacia de los negocios jurídicos.

"Los presupuestos que exige la ley para la eficacia del negocio jurídico, son legales o de hecho que se exige para la validez del acto por ejemplo: es condición legal para la aceptación de una herencia, que antes se haya realizado la muerte del autor de ella." (103)

La condición legal no depende de la voluntad de las partes, es un requisito establecido en la norma jurídica, así se establece en el art. 1938 C.C., que alude a la consideración como modalidad dice: "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto".

En la donación a favor de un hijo de determinada per-

(103) IBIDEM. P. 272

sona que acaba de casarse no es una donación condicional, aunque dicha donación no tenga eficacia por faltar tal hijo. En tal caso se podría hablar de una condición siendo esta una condición resolutoria pero se debe estipular - como condición el propio nacimiento, esto es correcto ya que el que dispone de sus bienes le interesa el destino de los mismos en el caso de que falte - el nasciturus destinatario y si puede hacer condición de su futura existencia (si nace) y dando nuevo destino para el caso de que no nazca. En este su puesto se trataría de una condición resolutoria negativa consistente en que - no nazca, es decir, que no viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. (104)

ROJINA VILLEGAS R., opina lo contrario al Maestro GALINDO afirmando que "el embrión humano tiene personalidad jurídica, pues -- por tales cualidades se adquieren los derechos patrimoniales. No puede expli carse esta adquisición mediante la teoría de la representación diciendo que los padres, o si el padre ha muerto, la madre representa al aser concebido - pero no nacido, porque su representación a su vez está fundada en la existen cia del representado. De manera que la teoría de la representación descansa en la admisión previa de que el embrión humano es persona de que tiene una - capacidad mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derechos". (105)

(104) Cfr. CHAVEZ ASENCIO F. Ob. Cit. P. 152

(105) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Ob. Cit. P. 160

Para el anterior autor no considera que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable, como sostiene la personalidad del no nacido es por esto su dicho acerca de la condición, partiendo del hecho que se tiene, que reconoce personalidad al embrión humano bajo la condición resolutoria de que no nazca viable.

Explica que en este caso no podría explicarse, cómo puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si se afirma que "el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fué persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no-viable) y que funcione como condición resolutoria si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento". (106)

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

PRIMERA.- El nasciturus es el ser humano concebido pero no nacido, desde el punto de vista embriológico, psicológico y fisiológico;- el hombre existe desde su concepción, pero dada la dificultad para precisar el momento de su concepción, el Derecho lo considera hombre en formación, es decir una expectativa de Derecho, ocupándose de él para determinados efectos, con la condición de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas. Así producido el nacimiento va a retrotraer sus efectos el momento en el cual se le va a considerar como sujeto de derechos.

SEGUNDA.- En cuanto a la personalidad del no nacido, de finitivamente se requiere de que exista aunque sea en vida intrauterina, ya que sin este requisito no podrá ser sujeto de derechos y protecciones que le otorga la ley. Considero que el ser humano adquiere desde su concepción cierta personalidad condicional, es por esto que es capaz de adquirir derechos, porque ya existe una vida humana y esta se encuentra protegida porque representa una eventualidad futura, es decir es una expectativa.

TERCERA.- Considero que la condición jurídica del nasciturus es en sí considerarlo como nacido, aún cuando no se haya dado dicho hecho jurídico. En la Legislación vigente el nacimiento es el hecho jurídico - que le hará adquirir al nasciturus la categoría de persona, pero antes se le considerará como tal para adquirir derechos, como consecuencia de la protección otorgada por la ley hacia dicha vida humana.

CUARTA.- Considerando que el Derecho requiere en todo caso de un sujeto y que éste sólo va a tener existencia definitiva una vez - que nazca, mientras le falte ese elemento imprescindible cuya aparición es - todavía incierta, el Derecho va a existir solamente como expectativa. La ley le confiere al nasciturus capacidad de goce aún cuando no existe la persona - capaz de ser titular de derechos, con la condición de que sea desprendido en - teramente del seno materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil.

QUINTA.- En cuanto a los derechos del ser concebido considero que son necesarios aún cuando no se sabe si existirá fuera de su vida intrauterina, ya que por su naturaleza especial se encuentra en desventaja co - mo ser incapaz y no solamente como beneficiario, sino también se le deben -- otorgar otros derechos como son el reconocimiento por parte del progenitor--

y el derecho a la vida entre otros.

SEXTA.- Es muy importante destacar la protección de que es merecedor el no nacido en materia de alimentos para el caso de divorcio - de sus progenitores, sin que exista la condición de su nacimiento para que - pueda adquirirlos definitivamente, ya que desde que se encuentra en vida intrauterina es merecedor de dicha protección.

SEPTIMA.- Toda vez que para ser designado válidamente - heredero, legatario o donatario, es necesario que se encuentre concebido y - sea viable conforme lo establece la ley, considero yo al nasciturus como ser humano al otorgársele capacidad de goce, ya que ésta es esencial para el -- otorgamiento de estos derechos, pero cabe mencionar que se debe establecer - la presunción de embarazo para otorgar estos derechos, es decir los hijos na - cidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matri - monio o del inicio del concubinato y los nacidos dentro de los trescientos - días siguientes a la disolución de cualquier vínculo entre los progenitores. En efecto, considero que es necesario reconocer cierta personalidad viable, a fin de resolver las situaciones en donde se encuentra involucrado, consi - derando que existe una vinculación jurídica provisional, si posteriormente - aparece este sujeto.

OCTAVA.- Considerando a la donación como contrato, éste se puede llevar a cabo aún cuando el concebido no haya nacido y se puede dar a través de la representación, porque la ley le está considerando como persona aún cuando no nazca vivo, ya que la ley reglamenta a la donación como perfecta desde el momento de la aceptación por parte del donatario y ésta es imposible por la incapacidad del nasciturus, estimo que en este contrato sí se trata de una ficción jurídica del nacimiento ya ocurrido.

NOVENA.- En cuanto a los alimentos que se deben otorgar al nasciturus, éstos deben ser de la misma manera en que le son dados a -- otros hijos ya nacidos en la misma proporción, ya que aquí existe un vínculo jurídico derivado de la filiación entre padre e hijo. Considero que se debe aplicar por analogía lo reglamentado por el Código Civil en cuanto exista divorcio o separación de los cónyuges porque el juez debe dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, para quienes existe la obligación de proporcionar alimentos.

DECIMA.- Existiendo reglamentación específica en cuanto a la protección de la madre que ha quedado encinta a la muerte de su marido, cabe mencionar que se deben tomar medidas precautorias para asegurar la legitimidad del embarazo y del parto con el objeto de que esto no perjudique a --

a los demás herederos. Es importante el proteger a la viuda (aún cuando anteriormente haya existido divorcio o separación) porque aún cuando ella recibe el beneficio en primer lugar, lo que se está protegiendo en realidad es al ser concebido, hasta en tanto nazca y sea protegido directamente.

DECIMA PRIMERA.- Estimo que el ser concebido posee todos los derechos inherentes a la persona humana y como entre todos esos derechos el principal es el derecho a la vida, el Derecho Público le otorga protección en cuanto tipifica como delito de aborto el hecho de que sea alevosamente muerto por persona interesada en su desaparición, ya que el bien jurídicamente protegido es la vida; es pues una protección absoluta e incondicional. El Derecho Privado, trata de la protección al nasciturus como relativa y condicional por existir intereses, así el ocasionar el aborto produce la pérdida de derechos en favor del nasciturus de modo que otros reciben mayores beneficios con dicha desaparición, como por ejemplo el derecho de acrecer su herencia o la revocación de una donación.

DECIMA SEGUNDA.- Sobre el reconocimiento del padre hacia el nasciturus, éste solo existe a partir de su nacimiento legalmente, pero considero que en tanto no nazca, se debe otorgar protección por parte-

del padre, ya que existe un hecho que es la procreación y existe un sujeto o expectativa de derecho, que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Es muy vaga la posibilidad del no nacido para ser reconocido por su padre, hasta en tanto no nazca, ya que la propia ley establece que no -- puede plantearse nunca un problema de filiación, porque puede nacer muerto o no nacer viable y ante este hecho se consideraría como si nunca hubiese existido ser alguno, pero sí debe recibir derechos y protecciones por parte de su padre sobre todo en cuanto alimentación y servicios médicos.

DECIMA TERCERA.- Considero que los derechos otorgados al nasciturus son actos jurídicos derivados de un hecho jurídico que es en este caso la concepción y posteriormente el nacimiento, pero como el acto jurídico al igual que todos los que se realizan, tiene modalidades y en el caso específico del nasciturus, creo que más que condición suspensiva, se trata de una condición resolutoria porque ésta no depende de la voluntad de las partes, sino que más bien se trata de un requisito establecido por la propia ley.

BIBLIOGRAFIA:

COLIN AMBROSIO Y CAPITANT H.
 Curso Elemental de Derecho Civil
 Tomo Primero
 Tracc. de la Segunda Edición Francesa por
 la redacción de la Revista General de Legislación Jurisprudencia
 Notas por DEMOFILO DE BUEN
 Madrid, España 1922

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN
 MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN
 MATERIA FEDERAL.
 Cruz Ponce Lisandro y Leyva Gabriel
 Edit. Angel Porrúa, S.A. 5a. Edición
 México, 1984

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MORELOS
 Edit. Porrúa, S.A.
 Segunda Edición
 México, 1983.

CHAVEZ ASENCIO F. MANUEL
 La Familia en el Derecho
 Edit. Porrúa, S.A.
 México, 1984

DE RUGGIERO ROBERTO
 Instituciones de Derecho Civil
 Tomo II Vol. 2
 Traducc. de la 4a. Edición Italiana por
 RAMON SERRANO SUÑER Y JOSE SANTA CRUZ TEIJEIRO
 Inst. Editorial Reus
 Madrid, España. 1929

DE IBARROLA ANTONIO

Cosas y Sucesiones

Cap. IV. "Precauciones cuando la viuda queda encinta"

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1981

DE PINA VARA RAFAEL

Derecho Civil Mexicano

Tomo I 11 edición

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1981

ENNECCERUS LUDWIG

Tratado de Derecho Civil

Tomos I y IV

Traducc. Blas Pérez González y

José Castán Tobeñas

Bosch Casa Editorial

Barcelona, España

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA

Tomo XXII

Bibliografía Omeba

Editores-Libreros

Buenos Aires, Argentina 1964.

GALINDO GARFIAS IGNACIO

Derecho Civil

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1979

GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO
El Patrimonio
Editorial Cajica, S.A.
Segunda Edición
Puebla, México,

JOSSEFAND LOUIS
D. Civil Tomos III y I Vol. II
Ediciones Jurpídicas Europa-América
Bosch y Cía-Editores
Buenos Aires, Argentina 1951

LOZANO NORIEGA FRANCISCO
"Contratos"
Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.
México, 1982

MAZEAUD JEAN Y MAZEAUD HENRI Y LEON
Lecciones de Derecho Civil
Parte Ira. Vol. II
Traducc. Luis Alcalá-Zamora y Castillo
Ed. Jurídicas Europa-América
Buenos Aires, Argentina 1959

MESSI:EO FRANCESCO
Manual de Derecho Civil y Comercial
Traducc. de Santiago Sentis Melendo
Tomo II
Buenos, Aires, Argentina 1971

ORTIZ URQUIDI RAUL
Derecho Civil
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1977

PUIG PEÑA F.
Tratado de Derecho Civil Español
Tomo I Vol. 2
Edit. Revista de Derecho Privado
Madrid, España 1958

PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT
Tratado Elemental de Derecho Civil
Traducc. Lic. José M. Cajica Jr.
Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor
México, 1981

PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT
Tratado Práctico de Derecho Civil Francés
Traducción Mario Díaz Cruz
Edit. Cultural, S.A.
Habana, Cuba 1946

POLACCO VITTORIO
De las Sucesiones
Traducc. Santiago Sentis Melendo
Edit. Jurídicas Europa-América.
Bosch. y Cía. Edit. Segunda Edición
Buenos Aires, Argentina 1950

ROJINA VILLEGAS RAFAEL
Derecho Civil Mexicano Tomos I y II
Editorial Porrúa, S.A.
Quinta Edición
México, 1980

ROJINA VILLEGAS RAFAEL
Compendio de Derecho Civil Mexicano
T.I. "Introducción, personas y familia"
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1976

SANCHEZ ROMAN FELIPE
Derecho Civil Español Común y Total
Parte General
Tomo Segundo
Madrid, España, 1911

SPOTA G. ALBERTO
Tratado de Derecho Civil
Tomo I Vol. 32
Editorial de Palma
Buenos Aires, Argentina 1949

VALENCIA ZEA ARTURO
Derecho Civil
Tomo I Parte General y Personas
Editorial Temis
Bogotá, Colombia 1957

REVISTAS CONSULTADAS:

ALCANTARA SAMPELAYO JOSE

Revista de Derecho Privado

"Atribuciones Patrimoniales a favor del Concepturus"

Año XXXVII No. 431 Febrero 1973

Madrid, España

ALBORNOZ-BERTI, ROBERTO

Revista de la Facultad de Derecho

"El aborto provocado y su alcance médico-legal"

Año III No. 7 Diciembre 1957

Mérida, Venezuela.

ALONSO PEREZ MARIANO

Revista de Legislación y Jurisprudencia

"Los alimentos debidos a la viuda encinta"

Año CXVIII Noviembre, 1969 No.5

Madrid, España.

GARRIDO DE PALMA VICTOR MANUEL

Anuario de Derecho Civil

El Derecho Civil Protector del ser humano

"El nasciturus y el Derecho Civil"

T. XXXVI Fasc. III Oct.-Dic. 1983

Madrid, España.

MASCAREÑAS C.E.

Revista de Derecho Puertorriqueño

"El nasciturus en el Derecho Puertorriqueño"

Año IV No. 14 Oct.-Dic. 1964

Ponce, Puerto Rico.

MASCAREÑAS C.E.

Revista de Derecho Puertorriqueño

"Del nacimiento y de la muerte de la persona natural"

No. 22 Oct.-Dic. 1966 Año VI

Ponce, Puerto Rico.