



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ARAGON”

LA PERSONALIDAD VIABLE

TESIS

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

VICTOR MANUEL CASTILLO QUIROZ

Asesor: Lic. Rey David Ruiz Sanchez

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Edo. de Méx. 1993



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.

INDICE

INTRODUCCION.

	PAG.
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PERSONALIDAD.	
A.- CONCEPTO DE PERSONA.....	1
B.- CAPACIDAD DE GOCE.....	10
C.- REQUISITOS PARA ADQUIRIR LA PERSONALIDAD.....	19
CAPITULO II. LA VIABILIDAD.	
A.- CONCEPTO.....	31
B.- REQUISITOS MEDICO-LEGALES DE LA VIABILIDAD...	35
C.- ANALISIS DE LOS ARTICULOS 22 y 337 DEL CODIGO CIVIL DE 1928.....	37
D.- LA VIABILIDAD COMO CONDICION RESOLUTORIA NEGATIVA.....	46
E.- LA VIABILIDAD DEL HEREDERO.....	51
1.- EL DERECHO A HEREDAR NACE CON EL PRODUCTO DE LA CONCEPCION.....	51
2.- LA DECLARACION COMO HEREDERO DEL CONCEBIDO QUE NO HA NACIDO DESIGNADO COMO HEREDERO, LEGATARIO O DONATARIO.....	52
3.- EFECTOS JURIDICOS CONTRA TERCEROS, ATENDIENDO AL TERMINO QUE ESTABLECE EL ARTICULO 337 DEL CODIGO CIVIL.....	57
F.- CAPACIDAD HEREDITARIA DE LOS QUE NACEN VIABLES.....	59
CAPITULO III. LA PERSONALIDAD VIABLE.	
A.- CONCEPTO.....	61
B.- ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS DIVERSAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.....	64
C.- CRITICA A LA LEGISLACION MEXICANA.....	71
D.- DIFERENCIAS ENTRE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD DE GOCE.....	75

CAPITULO IV. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS.	
A.- PROTECCION JURIDICA DEL CONCEBIDO ANTES Y DES PUES DE SER DESPRENDIDO DEL SENO MATERNO.....	77
1.- ABORTO.....	77
2.- INFANTICIDIO.....	80
3.- HOMICIDIO.....	82
B.- LOS ADELANTOS CIENTIFICOS Y LA VIABILIDAD....	83
C.- FORMA EN QUE SE SUGIERE REGLAMENTAR LA VIABI- LIDAD.....	84
CONCLUSIONES.....	86
BIBLIOGRAFIA.....	88

INTRODUCCION

Existe una problematica doctrinal y legal para determinar cuándo inicia la personalidad de las personas físicas, debido a que los tratadistas dan diversos puntos de vista, manifestando algunos que la personalidad jurídica inicia con el nacimiento de la persona, sin más requisito que vivir totalmente desprendido del seno materno, esto es, desde el momento mismo que al recién nacido se le corta el cordón umbilical, otros, opinan que además debe vivir por más de veinticuatro horas o que dentro de éste término sea presentado vivo al Registro Civil y; otros que nos dicen que es requisito indispensable que ese pequeño ser tenga la capacidad de vivir por sí solo, es decir, que tenga la capacidad orgánica para poder sobrevivir por sí mismo fuera del seno materno, aún y cuando fallezca sin cubrir el término de las veinticuatro horas, por causas no imputables a su organismo. En el presente trabajo se exponen éstos puntos de vista, de los cuales conformamos un criterio personal y al efecto diremos que poco a poco se va descubriendo cuándo inicia la capacidad jurídica de las personas. Tratamos también de que es indiscutible que la concepción del ser, la gestación y el nacimiento producen consecuencias de derecho, ya que desde el momento mismo de la concepción, desde que se une el óvulo con el espermatozoide, se inicia un ser humano, ya que no le hace falta nada para serlo y sólo tiene que estar en las condicio-

nes necesarias para que pueda desarrollarse, podemos decir que desde ese momento comienza la persona humana y por lo tanto, - por ser persona, desde ese momento irrumpe en el campo del derecho adelantandosele la capacidad de goce, para atribuirle determinados derechos.

Es importante señalar que el recién nacido puede adquirir la viabilidad por el hecho de presentarlo para su registro ante el Oficial del Registro Civil, dentro del término de las veinticuatro horas de su nacimiento, aún cuando ese recién nacido, orgánicamente no tenga la capacidad de vivir por más tiempo del señalado, es decir, en nuestro derecho se puede optar por dejar transcurrir el término en cuestión o dentro del mismo presentar vivo al recién nacido ante el Oficial del Registro Civil.

El ser concebido es persona y ésta es una verdad irrefutable. La persona humana es el centro mismo del orden jurídico, es la razón de existir del derecho ya que sin persona humana el derecho perdería su razón de ser, por ésto, si hablamos de que el concebido es persona, se presenta la necesidad de protegerlo ya que es el individuo más débil y desprotegido de toda la humanidad.

El tema a tratar consideramos que tiene una gran relevancia, ya que es por demás interesante y sujeto a polémicas, ya que desde tiempos antiguos han existido opiniones diversas al rededor del ser que no ha nacido pero que sin embargo se encuentra concebido.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PERSONALIDAD

A.- CONCEPTO DE PERSONA.

En el Derecho Romano no todas las personas eran tratadas jurídicamente en la misma forma, algunas tenían ciertos privilegios que se traducían en ventajas al rededor del triple estado del que gozaban los hombres: status libertatis, status civitatis y el status familiae; otras por el contrario carecían o se les restringían en cuanto a su capacidad para disfrutar de esos derechos. Así que para que un individuo tuviera personalidad, se requería reunir tres elementos indispensables o status:

EL STATUS LIBERTATIS: Ser libre y no esclavo.

EL STATUS CIVITATIS : Poseer la ciudadanía romana.

EL STATUS FAMILIAE : Ser jefe de familia, esto es no estar bajo ninguna potestad.

Estos tres elementos eran a tal grado esenciales para tener la personalidad, que aquél que perdía uno de ellos o los tres, caía en una Capitis Diminutio o sea en una disminución de la personalidad más o menos grave, según fuera el elemento perdido. Si se dejaba de ser libre se sufría la capitis diminutio máxima; si se perdía la ciudadanía, la capitis diminutio media y finalmente si se perdían los derechos de familia pero se conservaban la libertad y la ciudadanía, la capitis diminutio mínima. De ésta manera en Roma, por la pérdida de uno de los elementos citados, la persona se extingue aunque los jurisconsul-

tos la hayan expresado como *Capitis Diminutio* y su traducción - sólo nos da la idea de disminución o modificación.

La palabra *Persona* en castellano procede de la misma palabra en latín, la cual equivale a la palabra griega *prósopon*, - que significa en aquél idioma *hypóstasis* que puede traducirse - también al castellano por *subsistencia*, o sea lo que es en sí, - como sujeto independiente que no existe en otro y no necesita - de otro para existir.

Parece ser que la primitiva acepción de la palabra *persona* era la máscara que los hombres usaban en el teatro griego para representar al Dios o al hombre de que trataba el argumento de la obra. Así, esa máscara les daba a los actores la personalidad de aquél del cual trataba la obra, al mismo tiempo que - les servía para hacer resonar su voz con la fuerza necesaria para destacar o sobresalir. De éstos conceptos ---sonar con fuerza, sobresalir, tomar el papel de otro---, derivó el primitivo concepto de *persona*, que posteriormente se concretó en el de - *subsistencia*.

El mayor desarrollo en el pensamiento antiguo del concepto de *persona* se produjo entre los siglos IV al VI de la era - Cristiana. En ésta época, los autores que tratan de la *persona* insisten sobre todo en la *subsistencialidad* de la *hypóstasis*, - indicando que es una *substancia perfecta y completa acabada*, - siendo su cualidad principal la *subsistencia*, o sea que existe en sí y por sí mismo; tiene existencia propia y separada de - cualquier otro ente, es independiente respecto de todo sujeto - de *inhesión*, respecto de todo principio y respecto de toda parte. La *hypóstasis* tiene una realidad existencial en sí misma - que la diferencia también de todos los otros seres de razón o - que no existen en sí, sino que sólo son producto de la imaginación o que necesitan de otro para existir, como las *cualidades* - o los *accidentes*. *Hypóstasis* por tanto se opone también a *apar* - *encia* afirmando la realidad existente de la *persona*.

En el mundo latino, Boecio da una definición que se ha hecho clásica, indicando que persona es *rationalis naturae individua substantia*, o sea persona es una substancia individual de naturaleza racional, introduciendo con eso el elemento racionalidad dentro del concepto de persona y marcando también por primera vez la individualidad como ingrediente necesario de la persona.¹

Para Descartes, que basa todo el edificio de su filosofía en el Cógito ergo sum (pienso, luego existo), la persona es fundamentalmente un ser pensante, un ser que se da cuenta de que existe, a diferencia de todos los demás seres que existen en la naturaleza, que por no tener conciencia de sí mismos no pueden pensar.²

Para Kant, lo más importante de la persona es su propia dignidad: "La humanidad misma es la dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo) como un simple medio, sino siempre a la vez, como un fin y en ello estriba precisamente su dignidad (persona lidad)."³

CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA.

El hombre y el Derecho nacen juntos. No puede decirse que hubo alguna vez hombres que no estuvieron sujetos a normas jurídicas y no es posible pensar en el Derecho sin ningún sujeto al cual deba aplicarse. La humanidad comenzó en la primera pareja. Nadie ha pensado que un sólo individuo de la especie humana hubiera dado origen a la humanidad. Como pareja, necesitó ya del Derecho, pues toda relación entre seres humanos tiene un contenido de justicia que es dar a cada quien lo suyo y ahí-

1.- Pacheco Escobedo, Alberto, La Persona en el Derecho Civil - Mexicano, Primera edición 1985 by Panorama Editorial, S.A., México D.F., pág. 16, págs. 194.

2.- idem., pág. 18.

3.- cit. pos. Pacheco Escobedo, Alberto, op. cit., pág. 18.

está ya presente el Derecho. No hay hombre sin sociedad y por tanto sin Derecho, pues la sociabilidad es natural al hombre.

No se debe confundir la existencia de la norma jurídica con la norma positiva dictada por una autoridad concreta en una sociedad determinada. El Derecho no es solo el derecho positivo. El Derecho existe como regla de todas las relaciones de los hombres, pues todas ellas se desenvuelven en el campo de la justicia; toda relación entre hombres implica necesariamente una obligación de dar o respetar en el otro lo suyo, y ésto es materia de la justicia y el objeto del Derecho. El sentido innato de Justicia que tienen todos los hombres, les hace actuar conforme a la norma jurídica innata que existe también en ellos.

Todo hombre es persona y ésta es una verdad que no procede de la norma jurídica, sino de la misma naturaleza humana. El hombre es persona por ser substancia individual, por ser racional e insustituible. Cada hombre tiene su propia vida y la vida de ese hombre no puede ser sustituida por ningún otro, no puede ser vivida por nadie más que él, es por tanto insustituible en su individualidad. El hombre nace y es libre por naturaleza, es persona por ser racional y como tal está abierto a todo el universo y en ese sentido goza de comunicabilidad completa.

Por ser persona goza de una dignidad superior a todo lo material.

No obstante que hombre y Derecho nacen juntos, conceptualmente la Persona Humana es anterior al Derecho en tanto que el Derecho nace para servirle, para ordenar la convivencia en vistas al fin de la persona humana, que por ser trascendente es superior a todo el orden jurídico. El fin de la Persona Humana incluye una serie de fines secundarios necesarios para alcanzar aquél, tales como la seguridad en la convivencia, el orden público, el bien común, etc., que son la materia del orden-

jurídico.

El Derecho por tanto recibe como un postulado, como un dato previo a su misma existencia a la Persona, con sus características naturales, que el derecho no debe modificar, sino por el contrario, debe de respetar y promover, para cumplir con su propia finalidad de implantar la justicia en la convivencia humana.

De todo lo anterior no se puede deducir que los fines individuales secundarios de las personas sean superiores a todos los fines que se propone el derecho. En éste sentido es necesario hacer una distinción. El hombre como libre que es, puede en ocasiones proponerse determinadas metas y objetivos secundarios en su vida, que no vayan de acuerdo con su propia naturaleza y con su propia dignidad o que perturben o dificulten de tal manera la consecución de los fines individuales de otras personas, que hagan de éste individuo un elemento nocivo para los demás. Esta persona, mediante esos fines que se propone, comete actos de injusticia en relación con sus semejantes.

Por lo anterior es correcto concluir, que la persona humana es el centro mismo del orden jurídico; es la razón de existir del derecho; sin persona humana el derecho perdería su razón de ser. El fin trascendente de la persona y sus características básicas naturales como tal, no pueden ser modificadas por el orden jurídico sino que, deben ser protegidas y promovidas para que la persona humana alcance la plenitud de su realización.

Al estudiar la persona en el orden jurídico es necesario no confundir conceptos, ya que el derecho divide a las personas en personas físicas y personas jurídicas. Es necesario no caer en equívocos porque podría parecer que ésta división establece una distinción entre dos realidades: la persona humana y las llamadas personas jurídicas. No hay tal, las personas jurídicas no son más que creaciones de las personas humanas. El con-

cepto de Persona en el derecho sigue siendo único y la existencia de las personas jurídicas se explica por la variadísima gama de finalidades que se proponen y buscan obtener las personas físicas. Los fines del hombre son tantos y tan variados que no todos ellos pueden conseguirse por él solo, necesitan asociarse con otros y en ésta asociación con sus semejantes, nace un fin común entre ellos. La razón de la existencia de la persona jurídica como fenómeno asociativo, es la posibilidad que tienen - las personas individuales de proponerse y luchar por fines comunes junto con otras personas.

Siempre por tanto en toda persona jurídica encontramos - necesariamente la persona física como elemento constitutivo mediato o inmediato de la misma, ya sea como fundador, beneficiario o representante.

Con todo lo anterior queremos destacar claramente la importancia de la persona humana en el orden jurídico. Todo el - derecho existe para la persona individual en sus más altos ideales y para ayudarle a conseguir sus más altos fines.

No debe olvidarse que el hombre, no solo es titular de - derechos o que establece relaciones jurídicas con sus semejantes sino que precisamente por ser persona, tiene fines trascendentes y establece relaciones con los otros hombres que no son solamente jurídicas. Decimos que el derecho no se basa en sí mismo, sino en ese fin trascendente y en la propia naturaleza humana que le es dada como un presupuesto y de la cual el derecho no debe nunca prescindir.⁴ (Vilar I Planas de Farnes, Joan, Tiempo para vivir, tiempo para morir. Consideraciones acerca - de la Eutanacia. Persona y Derecho, 19, 1983, 240).

Eduardo García Maynez, esclarecido jurista mexicano en su conocida obra Introducción al Estudio del Derecho, dedica el Capítulo XX al estudio del concepto jurídico de persona. El mencionado autor nos dice que persona se entiende "todo ente

4.- cit. pos. Pacheco Escobedo, Alberto, op. cit. pág. 10.

capaz de tener facultades y deberes"⁵.

Que tradicionalmente las personas se han dividido en dos grandes grupos: las físicas y las morales. Que el concepto de las personas físicas no tienen ninguna dificultad, pues se identifican con el individuo mismo, con el sujeto capaz de derechos y obligaciones. En tanto, que el concepto jurídico de las personas morales se refiere a Asociaciones, como los sindicatos. - El autor citado prefiere llamar a las primeras personas jurídicas individuales y a las segundas, personas jurídicas colectivas.

Nos dice éste autor que no hay criterio unívoco, es decir, en el que todos los criterios de los diversos autores concurren en relación a la noción de persona. Que ésta situación se debe a que los diversos tratadistas se han colocado en los diferentes puntos de vista para tratar de resolver ésta cuestión.

Aclara también que el tema es relativo a la filosofía del derecho, porque trata de un concepto jurídico fundamental. - En lo que se está plenamente de acuerdo, pues si bien es cierto que el concepto de persona es barajado lo mismo por la ciencia del Derecho Procesal, lo cierto es que el concepto debe tener una sola acepción, corresponder a una sola noción. De ahí que el maestro García Maynez considera que de las diversas cuestiones que se planteen sean en torno al concepto de persona, debe empezar a estudiar, cual es la esencia de la persona.

Siguiendo con la exposición de García Maynez, éste comienza por preguntarse cuales son los sujetos de derecho. Es natural pues si se dice que la persona es todo sujeto de derecho, debemos saber quien es ese sujeto. Otra cuestión consiste en establecer, quienes son considerados como sujetos de un de-

5.- García Maynez, Eduardo, Vigésimaseptima edición revisada, - pról. de Virgilio Domínguez, Editorial Porrúa, S.A., México 1977, pág. 271.

terminado ordenamiento positivo es decir, a qué entes reconoce personalidad jurídica el derecho. Como expresa el mencionado autor no debemos confundir éste problema ya que no se trata de determinar la esencia de la personalidad, sino solamente de investigar a que individuo o a que asociación la ley considera como sujeto de derecho. La cuestión no ofrece dificultad alguna, pues basta con recurrir a las leyes de los diferentes Estados - las que claramente nos indican cuales son los entes considerados como personas.

José Alfredo Domínguez Martínez nos dice, que jurídicamente "persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y las segundas como entes. Ambos son sujetos de derechos y obligaciones"⁶.

"La palabra Persona ---enseña Castán Tobeñas--- tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino persona, -ae, se derivó del verbo persono (de per y sono, as are) que significaba sonar mucho, resonar. Se designaba con dicho sustantivo la máscara o careta que usaban los actores que servía al mismo tiempo para caracterizarse, ahuecar y alzar la voz. Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra al actor y luego a los autores de la vida social jurídica; es decir, a los hombres considerados como sujetos de derecho".

"Hoy la palabra Persona puede revestir diversos sentidos: vulgar, filosófico y jurídico".

"SENTIDO VULGAR.- El término persona es sinónimo de hombre. Pero ésta acepción no sirve para el derecho sin algunas reservas, tanto porque la historia nos demuestra que durante muchos siglos a habido clases de hombres que no tenían la consideración de personas, cuanto porque el mismo derecho moderno, aun

6.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Parte General, pról. de Manuel Borja, 24 edición, Ed. Porrúa, 1990, pág. 131, págs. 760.

que todos los hombres son personas no todas las personas son - hombres".

"SENTIDO FILOSOFICO.- Para los antiguos metafísicos persona era una sustancia individual de naturaleza racional o bien el supuesto dotado de entendimiento, concepto equivalente al anterior pues en el orden ontológico el término supuesto indica - sustancias o ser que subsiste por sí y las sustancias se hacen individuales por la subsistencia".

"SENTIDO JURIDICO.- En el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones o lo que es - igual de devenir sujeto, activo o pasivo de relaciones jurídicas"⁷.

Marcel Planiol, en su obra denominada Tratado Elemental de Derecho Civil define a las personas diciendo que "son los seres capaces de tener derechos y obligaciones"⁸.

Por su parte Galindo Garfias nos da su concepto de persona diciendo que "el vocablo 'persona', en su aceptación común - denota el ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra 'hombre', que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo"⁹.

Agrega además éste autor que la persona humana es a la vez, una hipótesis de trabajo y un valor fundamental para el derecho: el hombre en toda su plenitud, considerado como un ser - dotado de voluntad y al mismo tiempo como destinatarios a las - disposiciones legislativas.

7.- cit. pos. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit, pág.- 131 y 132.

8.- Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Introducción, Familia, Matrimonio, Ed. Cajica S.A., Puebla, Pue., México 1983, pág. 221, págs. 567.

9.- Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia, Novena ed., Ed. Porrúa S.A., México 1989, - pág. 301, págs. 755.

Esto es así porque la persona humana no es un dato que - el derecho haya elaborado, no es una construcción del derecho, - es una realidad biológica y social; aunque no haya sido entendido así en otras épocas históricas.

Por tanto, en sentido jurídico podemos concluir que persona es todo ser humano capaz de tener derechos y obligaciones, es decir, es la idoneidad de ser persona para el derecho.

La lenta y larga elaboración se ha ido puliendo y edificando nuestras instituciones civiles desde su nacimiento en Roma hasta nuestros días y en la que cada generación ha hecho su aportación original, se ha guiado siempre, con mayor o menor - aproximación por el deseo de realizar la justicia en las relaciones entre los particulares, dando a cada uno lo que le corresponde. Lo suyo como objeto de la Justicia y Fin del Derecho ha estado siempre presente en la construcción del Derecho - Civil, los problemas actuales obligan a profundizar en qué es - lo suyo, en relación a situaciones que antes no lo habían considerado. Así por ejemplo, ahora lo suyo del no nacido salta a - primera vista cuando se estudian los problemas del aborto.

Con ésto el Derecho Civil, vuelve a ampliar su campo y - en alguna forma se rejuvenece. La persona sigue siendo el centro del Derecho Civil, como lo es de todo el orden jurídico; pero ahora es necesario poner énfasis en el hecho de que el no nacido es Persona, no solamente un proyecto de Persona o un ser - en evolución que llegará a serlo, puesto que es persona desde - el momento de la concepción, desde ese instante es sujeto de derechos y establece relaciones de justicia, pues también en relación con él debemos hablar de lo suyo. Y lo más suyo del no nacido es la necesidad de protección ya que es el ser más débil y desprotegido de toda la humanidad. Su protección debe caer bajo la competencia del Derecho Privado.

B. CAPACIDAD DE GOCE.

"La capacidad es el atributo más importante de las perso-

nas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; esta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existe la personalidad".¹⁰

"La capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad. Por esto en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: todo hombre es persona. La capacidad de goce se atribuye antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable".¹¹

La capacidad de goce es la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones. Se dice "todapersona", que por el sólo hecho de ser persona la tienen, ya que no es posible concebir la existencia de alguien sin ella. Por ello mismo se dice que la capacidad de goce es inmanente (dícese de lo que es inherente a algún ser o va unido de un modo inseparable a su esencia) de la personalidad y que en el fondo se identifica con ésta.

De lo acabado de decir fácilmente se concluye que si la capacidad de goce la tienen todas las personas, tal capacidad es un atributo de ésta, esencial, constante, necesaria y que todas ellas tienen mientras vivan.

Pues bien, a dicha capacidad de goce, a la que por cierto nuestro Código Civil llama capacidad jurídica, se refiere a-

10.- Julian Bonnacase, Elementos de Derecho Civil, Tomo I, traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., 1945, pág. 337 y 338.

11.- Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas, Tomo I, Sexta ed., 1990, Ed. Porrúa, - - pág. 434, págs. 525.

éste ordenamiento en su artículo 22, donde establece una verdadera ficción jurídica al declarar 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, se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Si es verdad que conforme a la parte inicial del artículo anterior de nuestro Código Civil, la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte. También es verdad que conforme a la parte final del propio artículo el individuo, desde el momento mismo de que es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en la propia ley (Código Civil).

La capacidad jurídica a que alude el Código Civil es la capacidad de goce.

En cuanto a "los efectos declarados", al respecto por el Código, específicamente sean las sucesiones o sean las donaciones que son dos: para poder heredar y para poder recibir bienes en donación, según lo establece respectivamente los artículos - 1314- a contrario sensu- y 2357 del citado ordenamiento legal - en relación con el 337 del propio Código.

Es decir, en el mencionado caso, se adelanta la capacidad jurídica de quien aun no nace.

Julian Bonnacase, acerca de la capacidad de goce nos dice que: "es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una fórmula más breve ya reproducida, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. La noción de capacidad de goce se identifica pues, en el fondo, con la noción de la personalidad.

Estos términos son equivalentes; no se concibe la noción de persona sin la capacidad de goce, por ejemplo. Sea de ello lo que fuere, si bien es cierto que la capacidad de goce de una persona nunca puede ser suprimida, también lo es que se le puede hacer sufrir restricciones. Si se refiere no existen incapacidades de goce en general, pero, por el contrario, hay incapacidades de goce especiales, forzosamente muy limitadas en número, - pues parece que atentan contra la esencia misma de la personalidad".¹²

Al respecto de la capacidad nos habla Jorge Alfredo Domínguez Martínez, diciendonos que el primer atributo de la personalidad es la capacidad en su sentido amplio, es decir, por - capacidad en general, entendemos "la aptitud del sujeto para - ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y concurrer en juicio por derecho propio".¹³

Este autor hace las siguientes consideraciones:

Primera.- La capacidad da por supuesta la personalidad jurídica, es decir, ésta es, la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad es en - principio, la aptitud ya del sujeto. Ambos conceptos han sido - objeto de confusión, pues hay opiniones razonadas de considerar los una misma institución jurídica.

Segunda.- Según el concepto vertido sobre capacidad ésta comprende dos especies; una substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad apuntada y a la que suele denominarse capacidad jurídica y más frecuentemente en nuestro medio capacidad de goce, la otra, por su parte es adjetiva, procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos; se trata de la capacidad de obrar y - más conocida entre nosotros como capacidad de ejercicio.

12.- cit. pos. Rojina Villegas, Rafael, op. cit. pág 431.

13.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit. pág. 166, n. II

Tercera.- A su vez, la capacidad de ejercicio dá lugar a dos posibilidades, la de ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones por una parte y la de intervenir en juicio personalmente por la otra.

Como se indico en el apartado anterior, del concepto de capacidad se desprenden dos especies de la misma; la capacidad-jurídica o capacidad de goce, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, esto es, la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos y contraer y cumplir sus obligaciones en forma personal así como para comparecer a juicio por derecho propio.

La capacidad de goce, con la personalidad jurídica se tienen desde la concepción y se pierden con la muerte; es ciertamente paralela y consecuencia necesaria de la personalidad jurídica misma a grado tal, que como decíamos, suele considerarse como uno solo y el mismo concepto; no obstante, hay diferencias entre una y otra.

De ambas capacidades, la de goce y la de ejercicio, la primera prevalece en importancia, pues se está condicionada a la segunda, y al contrario, es decir, puede haber y de hecho la hay, capacidad de goce sin capacidad de ejercicio pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la posibilidad legal de celebrar actos jurídicos para ejercitarlos; pueden igualmente contraer obligaciones mediante la celebración de los actos jurídicos que den lugar a ello sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente.

Este autor al conceptualizar la capacidad de goce manifiesta que "es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones". Esta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre; no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce.

Es tan estrecha la relación habida entre la personalidad

jurídica y la capacidad de goce, que hay, quienes la consideran como una misma institución, pues se refieren a ambas formuladas como sinónimos.

Afirma Castan Tobeñas que capacidad "es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones o lo que es igual para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas".¹⁴

"Pero ésta aptitud en que consiste la personalidad o capacidad jurídica se despliega en dos manifestaciones: aptitud - del sujeto para la mera tendencia y goce de los derechos y aptitud para el ejercicio de los mismos y para concluir actos jurídicos. La primera de ellas se acostumbra designar con la simple denominación de personalidad, capacidad de derecho o capacidad de goce. La segunda se denomina capacidad de obrar o capacidad de ejercicio.

En relación con la persona física ---indica de Pina--- se hace referencia a su personalidad, o sea, a su aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Considérese pues, la personalidad como capacidad jurídica".¹⁵

"El grado mínimo de capacidad de goce existe en el ser - concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en el Código Civil de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es - decir, derechos de heredar, de recibir legados o de recibir donaciones, también es la base para determinar su condición jurídica de hijo nacido dentro o fuera de matrimonio. No puede tener otra clase de derechos porque su misma naturaleza se lo impide, pero dada ésta posibilidad de heredar o de recibir donaciones tenemos la base patrimonial firme para que se puedan operar diversas consecuencias jurídicas. Desde luego, éste ser -

14.- cit. pos. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit., pág. 168.

15.- idem.

tiene el derecho de propiedad, sujeto a esa condición resolutoria que puede destruir su derecho, si no nace con los requisitos legales".¹⁶

Puede decirse que la situación jurídica del ser concebido, es una de aquellas que el Código Civil no se redujo a seguir de cerca los modelos de las codificaciones extranjeras, si no que recogió los últimos resultados de la legislación y la doctrina española anteriores a él. Y lo que en nuestro Código actual no siguió al español es en lo relativo a que el feto nazca con figura humana.

"Para intentar hayar una calificación técnica que el beneficio que el principio recogido por nuestro Código Civil confiere al nasciturus (el ser que va a nacer), no cabe recurrir a pensar que se concede a éste la categoría de la personalidad jurídica. La letra misma del artículo 29 de dicho Código hace imposible ésta opinión (también rechazada en la doctrina extranjera), al decir que 'el nacimiento determina la personalidad...'

"Al establecer a continuación el beneficio de que al concebido se le tenga por nacido para aquello que le favorezca, no quiere decir, ni lo dice, que debe considerársele ya como persona; y menos aún si tomamos en cuenta que este beneficio sólo se le concede en el caso de que 'nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente'.

"Pero si no parece posible atribuirle en absoluto la categoría de persona jurídica tampoco creo que coloca el problema en su planteamiento más claro el acudir a una figura de capacidad limitada o pendiente. La capacidad jurídica sólo la tendrá desde el nacimiento, si reúne las condiciones del artículo 30; antes de éste, el derecho hará producir ciertos efectos en el mundo jurídico, como si el concebido ya existiera realmente, pero sin colocarlos sobre una base de sustancia personal del mismo. En estos efectos la ley, , más que atribuir desde luego de

rechos al concebido, tiende a limitar los de los demás en atención al futuro bien de ese ser que aún no ha nacido.

"Por eso creo que prestaría una mayor nitidez a la visión de la figura jurídica de que se trata, al contemplarla no desde la posición de ese ser aún no nacido, sino desde el punto de vista de la relación jurídica que viene a resultar afectada por la aplicación del principio y, sobre todo, de la función que desempeña la norma jurídica al aplicarlo.

"En este sentido se ha intentado acudir a la teoría de la atribución de derechos condicionales al concebido o a la calificación de 'expectativa de derecho'; pero tanto una como otra presupondría la capacidad jurídica del nasciturus, necesitando un sujeto de derechos". (J. Maldonado y Fernandez del Torco, La condición jurídica del "nasciturus" en el derecho español, Madrid, 1946, pp. 209 a 211).¹⁷

"De manera que el embrión humano tiene ya una capacidad mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derechos y es de gran trascendencia, por ejemplo en el derecho hereditario, que el ser concebido pueda heredar, si nace viable, por cuanto que los bienes pueden seguir una trayectoria muy distinta, si pasan del autor de la herencia al ser concebido que nazca viable y después muera; o bien, si los bienes del de cujus no pasan a él, porque no nació viable. Si nace viable, los bienes primero pasan a aquél ser y después a los herederos de éste. Su pongamos: en un caso de divorcio o de nulidad de matrimonio, el padre instituyó como heredero al único hijo que está concebido y que aún no ha nacido; si el hijo nace viable y muere, la herencia pasa a la madre; pero si el hijo nace no viable la herencia ya no puede pasar a la madre; pasará a los herederos del padre y como hemos supuesto que hay divorcio o nulidad de matrimonio, la madre no será heredera. Tenemos aquí la función importantísima que tiene reconocer personalidad al embrión humano ba

17.- Rojina Villegas, Rafael, op. cit. pág. 436.

jo la condición resolutoria de que no nazca viable, es decir, - que no viva 24 horas o no sea presentado vivo al Registro Civil. No creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la - viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en éste caso no podría explicarse cómo puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue 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 éste hecho - futuro e incierto (que nazca no viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento".¹⁸

Con lo anterior nos damos cuenta que la gran mayoría de los tratadistas utilizan como sinónimos los conceptos de capacidad de goce y de personalidad, por tanto, después de haber estudiado detenidamente los conceptos vertidos por los diversos autores, en relación a la capacidad de goce, podemos finalmente - expresar nuestra opinión diciendo que, capacidad de goce es la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y - obligaciones.

En éste sentido estamos de acuerdo con el maestro Rojina Villegas, ya que la capacidad de goce la tiene toda persona por el simple hecho de serlo y al concebido pero no nacido, se le - adelanta esa capacidad, ya que de lo contrario, no se justificaría cómo puede ser instituido heredero, legatario o donatario, - y podemos agregar que en cuanto a éste ser humano, que no tiene deberes sino solamente derechos.

18.- Rojina Villegas, Rafael, op. cit. pág. 437.

C.- REQUISITOS PARA ADQUIRIR LA PERSONALIDAD

Una cuestión por demás interesante y motivadora de polémicas doctrinales con repercusiones en los ordenamientos legales, amén de la vital importancia porque tiene y trae consigo - consecuencias que rebasan con mucho lo estrictamente jurídico, - al tener también un contenido filosófico, moral, religioso y co rresponder a la concepción misma de la naturaleza humana, es de terminar cual es el momento en que la personalidad jurídica de un ser humano se inicia, para concluir con ello a partir de - - cuando el hombre es persona para el derecho.

Desde el punto de vista biológico está determinado que - el arranque cronológico de la persona, físicamente considerada, tiene lugar con su concepción.

"Debemos tener en cuenta antes que nada el dato biológico así como también es necesario tener en cuenta los datos de - la ciencia médica para determinar cuándo termina la persona humana.

Para la moderna ciencia genética, está fuera de toda duda que el óvulo fecundado es una persona humana. No le falta nada para serlo. Sólo le falta para su desarrollo estar en ambientes propicios, en la misma forma que al niño le hace falta la atmósfera, la alimentación, el vestido para desarrollarse y llegar a la pubertad y a la juventud, y eso le hará falta siempre para subsistir. Con cierta dureza los cultivadores de la - ciencia genética moderna, explican que los órganos reproductores femeninos son biológicamente externos al cuerpo de la mujer y por lo tanto, el óvulo es fecundado fuera de la madre. La madre sólo es probeta conveniente para que el óvulo fecundado se desarrolle plenamente hasta su plenitud".¹⁹

Queda también fuera de toda duda para los genetistas de hoy, que biológicamente la persona humana existe desde el mismo instante de la fecundación, no desde la implantación en el endometrio ni desde cualquier otra etapa del desarrollo del produc-

to, aun cuando a éste se le denomine de diversa manera en los procesos genéticos previos a su nacimiento, no puede negarsele la categoría de persona humana desde el mismo instante de su concepción.

"Cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida y ha quedado trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir²⁰.

Los mismos autores señalan lo que ya es de conocimiento-explorado "está demostrado que la implantación no añade nada a la capacidad del organismo embrionario para determinar su desarrollo".

"Independientemente del aspecto estrictamente biológico, en el campo jurídico existen, como lo indica Castán Tobeñas, teorías que pretenden hacer valer sus argumentos para que en ellos se ubique y explique el inicio de la personalidad jurídica del ser humano. Como tales están la teoría de la concepción, la del nacimiento, la ecléctica y la de la viabilidad, amén de la llamada psicológica.

A) Teoría de la concepción.- Ya en los Santos Padres - - apunta la idea de que el concebido tiene existencia independiente y por consiguiente, ha de ser como posible sujeto de derechos aún antes de nacer, entre nuestros civilistas, defendió esta teoría, en explicaciones de cátedra el profesor Casajús, - - quien basándose en datos de la Embriogenia, de la Fisiología y de la Psicología, afirmaba que el hombre existe desde la concepción y por ende, siendo la capacidad la facultad inherente al hombre, desde el momento de la concepción debe ser reconocida.

B) Teoría del nacimiento.- Se funda en que durante la concepción, el feto no tiene vida independiente de la madre y - que el reconocimiento de su personalidad tropezaría con el inconveniente práctico de la imposibilidad de determinar el momen-

to de la concepción.

Históricamente, adopta ya éste punto de vista el Derecho Romano, ligando la adquisición de la capacidad jurídica al momento del nacimiento con vida. La opinión de los antiguos romanistas que estimaban que en el Derecho Romano fue exigido el requisito de la viabilidad como condición necesaria para la existencia de la persona humana, está ya muy desacreditada.

C) Teoría Ecléctica.- Pone el origen de la personalidad en el nacimiento pero reconociendo por una ficción derechos al concebido o retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. Tiene ésta teoría su origen en el Derecho Común, que sobre las bases de algunos textos del Derecho Romano, formuló la regla *conceptus pro iam nato habetur, quoties de eius commodo agitur*. Ha dejado huellas en la generalidad de las legislaciones civiles de Europa y América; pero en realidad es históricamente falsa y además innecesaria. No hay que recurrir a ficción alguna ni debe considerarse al concebido como ya nacido, pues basta para los fines prácticos del derecho, reconocer a su favor reservas de derechos eventuales. Los supuestos-derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento a su existencia jurídica, ni implican ficción alguna, pues son un caso de protección de intereses presentes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

D) Teoría de la Viabilidad.- Exige para el reconocimiento de la persona no solo el hecho de nacer ésta viva, sino además la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno (viable significa capaz de vivir '*vitae habilis*'). Este requisito está reclamado, entre otros Códigos por el Francés y el Italiano de 1865, que aluden a él a propósito de diversos efectos y principalmente de la capacidad de suceder. Tiene en su contra éste sistema la dificultad de fijar con exacta precisión las condiciones y signos de la viabilidad.

E) Teoría psicológica.- Sostiene D' Aguanno, haciendo - alarde de una metodología positivista, que el individuo no debe ser considerado como capaz de derechos hasta que adquiere el - sentimiento de su personalidad jurídica, momento que tiene que ser posterior al de adquisición de la personalidad psicológica. Pero reconoce que como en el niño se contiene en potencia la - personalidad jurídica que poco después ha de desarrollarse, es - aceptable la presunción que establece las leyes de que el individuo humano comienza a ser *subjetum iuris* desde que nace vivo - y viable".²¹

En cuanto al concepto de personalidad nos dice Jorge Alfredo Domínguez Martínez, "es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Con ligeras variantes, la generalidad - de la doctrina así la define".²²

"Personalidad en sentido jurídico ---afirma Trabucchi--- es la aptitud reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y deberes.

Si persona ---indica Castán Tobeñas--- es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse - la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

Personalidad ---señala Albaladejo--- es la condición de persona. Capacidad (c.) es la condición de capaz.

La personalidad ---apunta Los Mazeaut--- es la aptitud - para llegar a ser sujeto de derechos y obligaciones".²³

Tradicionalmente el Derecho Civil ha considerado que la personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte. Sin embargo también desde tiempos muy antiguos, casi podríamos decir desde que se tienen noticias escritas de las normas jurídicas, éstas han concedido derechos específicos al no nacido. -

21.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit., pág. 141.

22.- id. pág. 129.

23.- ib.

Así el no nacido, puede heredar, la viuda en cinta crea una situación de suspenso en la situación hereditaria de su marido - hasta conocer si el producto de su embarazo nace vivo y viable - y se le llega a nombrar inclusive en algunas ocasiones tutor de vientre para proteger los posibles derechos del no nacido.

"El Derecho Romano y las Legislaciones Civiles anteriores y posteriores otorgan todas ellas derechos al no nacido, sobre todo tratándose de materias al Derecho Privado, en relación con los problemas sucesorios. Basta para nuestros propósitos la cita de algunos textos que así lo prueban: *postumi quoque liberi id est, qui in utero sunt, si talis sunt ut nati potestate nostra futuri sint, suorum haeredum numero sunt* (los hijos libres, que también sean póstumos, o sea, los que aún están en el útero, si son de tal condición que nacidos estarían bajo nuestra potestad, son del número de los herederos). *Domitti Ulpiani fragmenta. Libri regularum singulares; vulgo tituli ex corpore Ulpiani. Tit. XXII, Qui heredes institui possint. n. 15.*

Eos qui in útero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civile; si vero viventibus nobis, ex lege Julia. (aunque aquellos que están en el útero, si son herederos nuestros si ya hubieran nacido, podemos instituirlos como herederos si nacen después de nuestra muerte, por el derecho civil, si nacían viviendo nosotros, por la ley Julia. *Ulpiani, loc. cit., n. 19).*

Talis ex postumorum institutio: Si quis post mortem meam postumi nati fuerint, heredes sunt: Si vivo eo nascantur rum- - punt testamentum. (Así es la intervención del póstumo. Si algo no nace después de mi muerte, sea mi heredero; si nace viviendo yo, anúlase mi testamento). *Paulini Sententiarum. Receptarum- ad filium. Liber Tertius. Tit. IV, (B), 9.*

Postumi quoque liberi vel heredes institui debean vel ex heredari (También los póstumos libres deben constituirse en herederos o desheredados). *Gaii Institutiones. Comentarius Secundus. n. 130.*

Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, - custoditur, quoties de commodis ipsius partus queuaueritur: quam-- cuam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. (Se protege al hijo concebido como si ya hubiera nacido, en todo lo que le sea ventaja para él, pues antes de nacer, él no puede favorecer a - nadie). Paulus, Lib. singulari de portionibus. Se trata en es te caso de la aplicación del principio general de protección - del débil y del incapaz. El no nacido, que es persona, pues en otra forma no podría hablarse de su ventaja, está indefenso en el seno materno y por eso sólo tiene relaciones jurídicas que - le favorezcan, y nadie puede aprovecharse de él".²⁴

Las opiniones que el sector doctrinal especializado ofre ce son en sentidos diferentes; su mayoría sin embargo, se incli nan por considerar que el punto de partida de la personalidad - jurídica está en el nacimiento del sujeto.

El Código Civil Mexicano contiene dispositivos que seña lan el inicio de la personalidad jurídica, cuál es la situación jurídica del concebido, qué derechos tiene éste, cuándo es que un individuo debe considerarse como persona, etc. Con ello. co mo ordenamiento común, sienta las bases para todo nuestro siste ma legal respecto del punto de partida de la personalidad en la persona física.

"En nuestro Derecho podemos aceptar que la personalidad se inicia con la concepción. Esta afirmación se basa en el artículo 22 del Código Civil. En su primera parte establece éste artículo lo que parece evidente : que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; sin embargo el mismo artículo agrega: 'pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la - protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los - efectos declarados en el presente código'. Esa conjunción - - "pero" indica que se amplía el concepto de personalidad jurídica

ca al concebido, lo que se robustece en los artículos 1313 fracción I y el 1314 del Código Civil. El primero de los citados señala que la falta de personalidad es un impedimento y quien - lo padece no tiene capacidad para heredar; el siguiente señala que son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos - al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Esto interpretado a contrario sensu, significa que el concebido tiene personalidad jurídica, pues puede heredar al autor de la herencia.

El momento en que el nacimiento de una persona tiene lugar para la ley, con las consecuencias inherentes, está señalado en el artículo 337 del Código Civil, cuyo texto es como sigue: "ART. 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, viveveinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Falta alguna de estas circunstancias nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Luis Jesserand, en su Derecho Civil Francés nos manifiesta 'sin embargo no siempre la personalidad física o individual se le confiere al nuevo ser. Es también preciso que nazca vivo y además viable'.

Otro renombrado autor, Roberto de Ruggiero, en sus Instituciones de Derecho Civil, manifiesta 'que para que exista la - persona física o individual, precisa que el sujeto reúna tres - requisitos que son el Nacimiento, considerado éste como el desprendimiento del claustro materno, causada natural o artificialmente por medios quirúrgicos; la Vida, ésto es que el feto al - ser desprendido del claustro materno esté vivo y; la Viabilidad esto es la aptitud del recién nacido para continuar viviendo - fuera del seno materno'.

En la obra de Elementos de Derecho Civil, escrito por Julian Bonnacase expresa: 'la personalidad física en ciertos casos no coincide con la duración de la vida humana. El derecho-

actual no se preocupa del reconocimiento de la personalidad física desde el punto en que ésta no encuadre rigurosamente, en ciertos casos, con la vida humana en sus dos términos: el Nacimiento y la Muerte. En tres casos la existencia o duración de la personalidad física, jurídicamente sobrepasa los límites materiales y aparentes entre los cuales se desarrolla la vida humana: El nacimiento y la muerte. Más exactamente, en alguna hipótesis la personalidad es enteramente independiente de la vida humana, ésta existirá sin que la personalidad aparezca, o por el contrario, a pesar de que aún no haya vida humana, la noción de personalidad desempeñará su misión por cuenta de seres eventuales".²⁵

La trascendencia y por ello la importancia de la cuestión que nos ocupa queda fuera de toda duda, si lo relativo a la personalidad jurídica en general es de lo más complejo e interesante, lo concerniente a determinar el momento de arranque de dicha personalidad en las personas físicas, trae consigo un interés especialmente extraordinario, mayor al de cualquier otro de los temas relacionados. Es a tal grado importante que de su estudio y de la posición guardada por los dispositivos legales aplicables, depende la determinación de a partir de cuando un ser humano es persona para el derecho.

"Creemos por nuestra parte, que el ser humano tiene personalidad desde su concepción, porque desde entonces es un nuevo ser, que inicia la vida como la iniciamos cualquiera de los seres humanos, todo ataque a ésta persona es atentatorio contra la vida humana, perpetrado con todas las agravantes, dada la absoluta indefensión del nasciturus (el ser que va a nacer).

Ahora bien, independientemente de cualquier consideración doctrinal, se deberá estar a la interpretación adecuada de los dispositivos aplicables. De ellos no se desprenderá lo que

25.- Chavez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones jurídicas Paterno Filiales, Ed. Porrúa, 1990, pág. 223, págs. 360.

en nuestro concepto es lo procedente, sino la posición del sistema legal al efecto.

De la interpretación de los preceptos del Código Civil - que para el supuesto planteado debe tener en cuenta, se desprende que conforme a éste ordenamiento, la personalidad jurídica - se inicia en realidad al momento de la concepción del sujeto.

En efecto del artículo 22 de dicho ordenamiento legal - elegimos lo siguiente:

- 1.- El principio general es que la personalidad jurídica se inicia al nacimiento y se extingue con la muerte.
- 2.- Sin embargo, desde la concepción del individuo entra bajo - la protección de la ley, de tal manera que para los efectos legales conducentes se le tiene por nacido.
- 3.- Tenerlo por nacido significa que se le reconoce su personalidad como si ya hubiera nacido; inclusive, en los términos y - con los alcances indicados en el artículo 337 del propio Código Civil, conforme al cual y según indicamos sólo se considera nacido o lo que es lo mismo, sólo "se tiene" por nacido 'el feto' que desprendido del seno materno vive veinticuatro horas o es - presentado vivo ante el Juez del Registro Civil".²⁶

En todos los preceptos relacionados, bien sea directa o - tácitamente, se alude a los concebidos como personas desde el - punto de vista jurídico. Así el mismo artículo 22 del Código - Civil se refiere a un individuo y como tal éste es persona en - el mundo jurídico; según el artículo 364 del mismo ordenamiento el concebido puede ser sujeto de reconocimiento, lo que implica la actualización de los status de hijo y de progenitor; de conformidad con el artículo 1314 el concebido es incapaz de here- - dar cuando no sea viable, será capaz por ello, por el contrario cuando nazca viable y lo será desde el momento en que la trans- - misión hereditaria tuvo lugar; lo mismo se desprende del artículo 2357 en relación con el contrato de Donación, pues el conce-

26.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit., pág. 153.

bido, si resulta viable, puede adquirir por ese título.

En las condiciones apuntadas es bien cierto que todas estas situaciones y relaciones jurídicas atribuidas por la ley a hechos y actos jurídicos en los que el concebido es parte interesada, no permanecen en suspenso a partir de que se realice el acto jurídico del que normalmente surgiría, hasta que el sujeto nazca vivo y viable, de tal modo que la personalidad misma, a partir de la concepción y hasta que se presente la viabilidad, quede suspendida la condición consistente precisamente en el nacimiento viable de aquél. Por el contrario, la personalidad surge en su plenitud desde el momento de la concepción. El individuo adquiere desde entonces todos los caracteres de su personalidad, pero en su trayecto de duración se enfrentará con un acontecimiento representativo de una condición resolutoria negativa, consistente en que el sujeto no nazca viable. De realizarse dicha condición, esto es, si el sujeto no nace viable, entonces todos los efectos producidos como consecuencia del reconocimiento a dicha personalidad e inclusive la personalidad jurídica misma, se destruirán retroactivamente, tal como la condición resolutoria opera cuando el acontecimiento en que consiste se realiza, según lo señalan los artículos 1940 y 1941 del Código Civil. Por contra si la condición resolutoria indicada no se realiza, porque el sujeto nazca viable, su personalidad jurídica continuará normalmente desde su inicio hasta la muerte de su titular.

Que la personalidad jurídica de las personas, se inicie, según consideraciones anteriores, desde la concepción del sujeto y dependa de la condición resolutoria negativa, consistente en no nacer viable, orilla a una serie de consideraciones respecto de las consecuencias que puede traer aparejadas, bien sea la continuación sin interrupción alguna de esa personalidad por que el sujeto vivió más de veinticuatro horas o por haber sido presentado vivo al Registro Civil, o bien que por el contrario,

que esa personalidad no solo se vea cortada. Sino resulta inclusive, es decir, destruida retroactivamente porque el feto no nacio viable en los términos indicados.

Ciertamente, en el orden de ideas expuesto, desde que un sujeto es concebido, podrá, por su personalidad jurídica, tener la titularidad de los derechos y consecuentes obligaciones que la ley le permite y atribuye; así, durante la época del embarazo el nasciturus podrá ser donatario o legatario de un testador por así haberlo dispuesto.

El destino que al fin tenga los bienes donados, heredados o legados en su caso, es totalmente distinto según que el donatario, heredero o legatario concebido sea o no viable cuando nazca, pues en el primer supuesto sus adquisiciones por los títulos apuntados no serán cuestionadas; en la segunda hipótesis, en tanto, quedarán destruidos sin que de ellos se observe el mínimo efecto legal. Las consecuencias en ésta última posibilidad serán como si aquél no hubiere existido ni intrauterinamente siquiera.

En esas condiciones, si el heredero concebido nace viable y muere, por su viabilidad la propiedad que tuvo sobre los bienes heredados, éstos pasarán a sus herederos legítimos. En cambio si aquél no nace viable los bienes objeto de la herencia pasarán directamente a la propiedad de quienes conforme a la ley o por testamento, sucedan al titular original, pero es una transmisión directa de éste a dichos herederos, por la falta de personalidad del no nacido viable y por ello, sin existencia alguna para la ley y para el derecho.

Como hemos visto, algunos autores otorgan personalidad al no nacido, desde el momento mismo de su concepción y que ésta personalidad la equiparan a la figura de la capacidad de goce, y en la mayoría de los casos, también la utilizan como sinónimo.

Para el logro del objetivo trazado, diremos que para la legislación mexicana, al interpretar el artículo 22 del Código-

Civil, la personalidad jurídica se adquiere desde el momento en que un individuo es concebido ya que el propio artículo lo señala: "pero desde el momento en que un individuo es concebido, en tra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código", ésto es, que al nasciturus se le considera como un ser que ya nació, y consideramos que hubiera sido más exacto el Código Civil diciendo simplemente, que los intereses del concebido se protegeran como los del nacido.

Por tanto, considero que se está aplicando de una manera incorrecta la personalidad a quien sólo tiene capacidad de goce y que, confunde también la personalidad con la viabilidad o sea la aptitud del individuo para seguir viviendo por sí mismo, ya que desde nuestro muy particular punto de vista, la personalidad se adquiere al reunir los requisitos que establece el artículo 337 del Código Civil, a saber, que desprendido enteramente del seno materno viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil, es decir, que el individuo, por ser persona, desde la concepción tiene capacidad de goce y adquiere su personalidad jurídica al momento de reunir los requisitos establecidos por la ley para el nacimiento.

CAPITULO II

LA VIABILIDAD

A. CONCEPTO.

"Es conveniente adentrarnos en el significado de que el recién nacido sea viable y consecuentemente el significado de viabilidad pues el ser viable implica tener viabilidad en última instancia.

Puede considerarse en términos generales, que por viabilidad se entiende la posibilidad natural de seguir viviendo. Además cabe tener en cuenta dos clases de viabilidad: por una parte la viabilidad propia y por otra parte la impropia. La primera es la del recién nacido después de haber resultado de un embarazo normal, como consecuencia de una vida intrauterina lo suficientemente sólida, como para que desde el punto de vista médico, por esa solidez se le considere viable, es decir, esté en condiciones de subsistir. La viabilidad impropia significa la posibilidad de vida extrauterina del nacido, con independencia a ser resultado o no de un embarazo con evolución normal y un nacimiento en tiempo. Precisamente ésta viabilidad es aludida por el artículo 337 del Código Civil según el cual, sólo se tendrá por nacido el feto que totalmente desprendido del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil, supuesto éste último por cierto se entiende que será dentro de las primeras veinticuatro horas de haber nacido, pues de ser al contrario, o sea que el niño fuese presentado vi

vo al Registro Civil después de esas veinticuatro horas de vida sería ocioso para efectos del precepto indicado, toda vez que - la viabilidad se habría alcanzado por el tiempo de vida.

Precisamente esos dos medios para dejar establecida la - viabilidad de un recién nacido, o sea, vivir veinticuatro horas o bien ser presentado vivo en ese lapso al Registro Civil, nos permite tener en cuenta desde éste ángulo, dos especies de viabilidad, la estrictamente natural y la legal; la primera se da por haber vivido el tiempo indicado, y la segunda tiene lugar - con la presentación señalada y procederá y surtirá efectos como tal, no obstante que inmediatamente después de dicha presenta-- ción el recién nacido fallezca, aún antes de transcurridas las primeras veinticuatro horas desde el momento del nacimiento".²⁷

"Históricamente ---apuntan Díez-Picazo y Gullón--- se - han distinguido dos clases de viabilidad: propia e impropia. La viabilidad propia es la que presenta el recién nacido, que nace después de una gestación normal o después de una gestación que-- aún siendo corta sea suficiente para continuar la vida extraute rina. Por lo general se entiende que el tiempo mínimo de la - gestación es de seis meses. Nuestro Código a los 180 días en - su artículo 108. Por viabilidad impropia se entiende la que po see el ser ya nacido, cuando carece de vicios orgánicos o fun-- cionales que le impidan la continuación de la existencia".²⁸

Para Galindo Garfias "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-

27.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit. pág. 155.

28.- cit. pos. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, pág. 154.

parto ha de tener lugar después de ciento ochenta días del momento de la concepción 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. A ésta viabilidad - propiamente dicha se refieren los autores del Código Civil Francés. También éste concepto de viabilidad fue empleado por los juristas romanos al aludir a los partos perfectos (partus maturus).

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 solamente 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 éste concepto en el sentido impropio como puede juzgarse, es por sí mismo vago y da lugar a - dudas e incertidumbres. No encuentra cabida en nuestro régimen legislativo. El Código Civil resuelve todas éstas de manera - terminante. Así el artículo 337 establece que se reputa nacido el feto, solamente en el caso de que después de desprendido enteramente del seno materno concurren cualquiera de éstas dos - condiciones: a) que viva veinticuatro horas o bien b) que sea - presentado vivo al Registro Civil (antes de transcurrido éste - lapso), lo cual indica que ha quedado excluido el criterio de - la viabilidad propia e impropia".²⁹

Para nacer viable, la criatura debe estar constituida de tal manera que pueda vivir; debe tener los órganos esenciales - para su existencia. Este punto puede dar lugar a dificultades - y a informes periciales muy delicados. Sería preferible presumir que la criatura que ha vivido era viable, salvo permitir la prueba en contrario.

Hemos dicho que el no nacido pero que está concebido tie

ne aptitud para recibir derechos desde su concepción, por aplicación del adagio "Infans conceptus pro nato habetur, quoties - de commodis ejus agitur" (el concebido se le tiene por nacido - para todo lo que le sea favorable) y que está condiccionado a su nacimiento vivo y viable. Esas condiciones tienen un considerable interés práctico en la esfera sucesoria. Cuando el padre muere durante el embarazo de la madre, el hijo recoge la sucesión si nace vivo y viable, incluso si muere algunos instantes-después de que se le tenga por nacido; en tal caso, los propios herederos recogerían a su vez esa sucesión. Por el contrario, - si el hijo no nace vivo y viable, no puede recoger la sucesión.

A efecto de proporcionar el concepto de viabilidad exponemos que debemos entender la viabilidad como la capacidad orgánica del recién nacido para vivir por sí solo, desprendido enteramente del seno materno.

Por tanto, si consideramos que el recién nacido es viable, cuando es capaz de vivir, aún cuando muera después de las veinticuatro horas de su nacimiento; pero si por el estado de - su desarrollo, en los casos de que nazca antes de tiempo con un defecto orgánico, no es capaz de vivir, para el derecho no se - reputa persona aunque viva algunos instantes.

"Esto tiene interés en los sistemas en los que no se requiere un cierto tiempo de vida para atribuir la personalidad - por ejemplo, en el sistema francés en donde basta que haya un - instante de vida y por lo tanto, debe haber también la posibilidad de vivir por encontrarse el recién nacido en condiciones de existencia. La muerte puede sobrevenir por otras causas pero - no por un defecto orgánico o porque el feto haya nacido antes - del parto normal del embarazo. En los sistemas como el nuestro en donde no basta un instante de vida, se considera de manera - objetiva y general que el recién nacido es viable si vivió veinticuatro horas o si vivió el término necesario para presentarlo ante el Oficial del Registro Civil.

El Código Civil Alemán, para evitar todas estas controversias que pueden suscitarse en cuanto a la personalidad del recién nacido, estima que basta con que nazca vivo; ya no exige que sea viable.

Nuestro sistema, en realidad, es una forma intermedia entre el Francés que exige que además sea viable y el Alemán que no requiere ésta condición. Substituimos ese requisito siguiendo al Código Español con el dato objetivo de que viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil, aceptando las presunciones de la ciencia médica respecto a que si la muerte después de las veinticuatro horas o con posterioridad a la presentación en el Registro Civil, es de creerse que el ser nacido viable y así evitar toda controversia parcial sobre éste requisito".³⁰

B. REQUISITOS MEDICO-LEGALES DE LA VIABILIDAD.

En cuanto a éste punto consideramos que si se han establecido requisitos para que a una persona se le considere como viable, tales como: a).- Que se verifique el nacimiento con vida; b).- que el feto viva por veinticuatro horas o; c).- que dentro de éste término sea presentado vivo al Registro Civil.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos médicos-legales, para que a una persona se le tenga como viable, es necesario establecer que vivió por más de veinticuatro horas, para lo cuales por demás interesante poder establecer el tiempo exacto que vivió un recién nacido, a lo cual la ciencia médica en éste sentido atiende a diversos factores entre ellos a la coloración de la piel, a que si ha habido respiración espontánea, que hubo conciencia, que tanto de calor existe aún en el recién nacido, así como que también se puede basar en la regulación fisiológica de la temperatura corporal que puede existir en ese pequeño ser humano.

Es aquí, donde en el caso de que haya personas interesadas.
30.- Rojina Villegas, Rafael, op. cit. pág. 438.

das en demostrar la no viabilidad de ese ser humano, exista una verdadera complejidad de procedimientos tendientes a lograrlo - para establecer que esa persona no vivió lo suficiente para - - atribuirle la viabilidad, en éste caso es de vital importancia el peritaje que rinda el médico forense, quien en base a las - condiciones orgánicas del recién nacido pueda establecer con - claridad y precisión que nació vivo y que además vivió por más de veinticuatro horas.

El problema estaría en que si se ataca la no viabilidad de una persona que haya sido inhumada por un tiempo considerable, se estaría casi en la imposibilidad de demostrar las horas que vivió ese pequeño ser, ya que las condiciones orgánicas del feto durante su estado embrionario y como feto desprendido enteramente del seno materno no varían, sino únicamente en cuanto a que a éste último se le haya cortado el cordón umbilical mediante un nacimiento normal, y por tanto sería casi imposible establecer el término que vivió, ya que únicamente tendríamos el esqueleto de un recién nacido.

Sin embargo existen legislaciones que requieren únicamente que el recién nacido esté vivo, aunque sea por unos instantes y después muera. En éste sentido y siguiendo al Código Civil Alemán, se permite la prueba médico-legal consistente en sumergir los pulmones del recién nacido en agua, si flotan, esto es signo de que ese ser vivió por sí solo ya que respiró y, por el contrario si los pulmones se quedan sumergidos en el agua, - quiere decir que el recién nacido fue expulsado sin vida del seno materno.

En cuanto a los requisitos legales, estos los encontramos claramente definidos en el artículo 337 de nuestro Código Civil cuando se refiere a la viabilidad, según el cual, sólo se tendrá por nacido el feto que, totalmente desprendido del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil, supuesto éste último, de su presentación dentro de éste-

término de haber nacido, pues de ser al contrario, o sea si el niño fuese presentado vivo al Registro Civil después de esas -- veinticuatro horas de vida, por ese sólo hecho habría alcanzado la viabilidad.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que el Oficial del Registro Civil esté presente al momento del alumbramiento y que pueda observar por sí mismo el nacimiento con vida de ese nuevo ser y levante el acta respectiva a su nacimiento, con lo cual, -- si con posterioridad al parto, acaece la muerte del recién nacido, legalmente se le consideraría, de igual manera, como persona para el derecho y por tanto atribuirle una personalidad. Como podemos ver, en nuestro derecho, para éste caso no es requisito indispensable que el recién nacido viva las veinticuatro -- horas, sino que se le reconoce viabilidad y puede probarse, inclusive ante los órganos jurisdiccionales, con el Acta de Nacimiento suscrita a su favor por el Oficial del Registro Civil.

Podemos encontrar que la persona haya vivido por más de veinticuatro horas, sin embargo, no ha sido presentada con vida ante el Registro Civil y aquí para probar la viabilidad del recién nacido, en caso de que éste muera, se podría recurrir el -- testimonio del médico que haya asistido el parto, así como también el testimonio de las demás personas que hayan estado presentes y que en un momento determinado vieron vivo o muerto a -- ese recién nacido.

Con lo anterior, podemos decir que en nuestro derecho se establece con toda precisión lo referente a la viabilidad, haciendo alusión simplemente de que el recién nacido viva veinticuatro horas o que sea presentado vivo, durante éste término, -- al Registro Civil.

C. ANALISIS DE LOS ARTICULOS 22 Y 337 DEL CODIGO CIVIL -- DE 1928.

"El Código Civil contiene dispositivos que señalan el -- inicio de la personalidad jurídica, cuál es la situación jurídica

ca del concebido, qué derechos tiene éste, cuándo a un individuo debe considerarse como nacido, etc. Con ello como ordenamiento común, sienta las bases para todo nuestro sistema legal respecto del punto de partida de la personalidad en las personas físicas.

El artículo 22 del Código Civil establece cuándo principia y cuándo termina la personalidad jurídica de una persona física como sigue:

ART. 22: 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".³¹

Del precepto legal mencionado se establece que, antes - del nacimiento de la persona, es decir, desde el momento en que el ser es concebido, se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil y por tanto, desde la concepción, - desde que se inicia la vida intrauterina, entra bajo la protección de la ley.

"De la interpretación del precepto planteado, se desprende de que conforme a éste ordenamiento, la personalidad jurídica - se inicia en realidad al momento de la concepción del sujeto.

En efecto el artículo 22 de dicho ordenamiento lo prevé y se puede elegir lo siguiente:

- 1.- El principio general es que la personalidad jurídica se inicia al nacimiento y se extingue con la muerte.
- 2.- Sin embargo, desde la concepción del individuo (persona física) entra bajo la protección de la ley, de tal manera que para los efectos legales conducentes, se le tiene por nacido".³²

Galindo Garfias, nos dice que "por lo que se refiere a - las personas físicas, la personalidad se inicia con el nacimiento

31.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit. pág. 149.

32.- id. pág. 153.

to y termina con la muerte. El primer párrafo del artículo 22- del Código Civil, así lo establece claramente.

No obstante, el precepto legal mencionado establece que antes del nacimiento de la persona, es decir, desde el momento en que el ser es concebido, se le tiene por nacido para los - - efectos declarados en el Código Civil y por lo tanto, desde la concepción, desde que se inicia la vida intrauterina, entra bajo la protección de la ley.

Es necesario pues, fijar el sentido de esa disposición - legislativa, que puede ser interpretada como si la personalidad se adquiriera antes del nacimiento de la persona.

Desde el derecho romano, ha regido el principio de que - al concebido se le tiene por nacido, aunque durante el período de gestación la existencia del nasciturus, depende de la vida - de la madre, es parte integrante de las vísceras maternas (pars visceram matris). Forma parte de la persona de la madre; no -- es todavía una persona.

Sin embargo, con la vista a la protección del ser humano y puesto que la gestación es un anuncio del alumbramiento, el - derecho objetivo no puede desatender que 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 separado de la madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos.

El nasciturus en tanto no ha nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos, no ha adquirido aún personalidad. 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 este concebido, pueda ser designado validamente heredero, donatario o legatario, si llega a adquirir personalidad, después de -

nacido. Por ello el derecho establece la protección a que se refiere el artículo 22 del Código Civil, 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 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 se castiga con pena corporal ese hecho punible.

Desde el punto de vista literal o gramatical, la redacción del artículo 22 del Código Civil que se comenta, no parece clara, porque no obstante que principia declarando que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento, emplea el vocablo "pero", conjunción adversativa, que debidamente entendida, quiere decir 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.

Este artículo estatuye por una parte, que el momento en que la persona adquiere la capacidad, está señalado por el hecho del nacimiento; por 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 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 nacimiento, adquiera ciertos derechos, establecidos en su favor, durante el período de la gestación".³³

Por tanto, el mismo Código Civil en su artículo 22 coloca "bajo la protección de la ley" al concebido, le da el calificativo de individuo (equivalente en el caso a persona) y se le tiene por nacido para efectos declarados en el propio Código.- En ésta disposición, es una ficción su nacimiento anticipado, -
33.- Galindo Garfias, Ignacio, op. cit. pág. 311 y 312.

pero no es una ficción la existencia del concebido. El tenerle por nacido antes del alumbramiento, muestra el deseo del legislador de darle la mayor protección posible.

Es así como el artículo 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 lo anterior podemos estudiar el artículo en cuestión de la siguiente manera:

1.- Primeramente se establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte. De lo anterior se desprende que el derecho atribuye capacidad jurídica a las personas físicas por el hecho del nacimiento y podemos agregar que éste se produce, según el artículo 337 del mismo ordenamiento legal, al decir, que sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil.- Por lo tanto el nacimiento marca el inicio de la capacidad jurídica, según lo establece el mencionado Código. Aquí debía también comprender que por el hecho del nacimiento, con los requisitos establecidos, se adquiere la personalidad.

Por otro lado, hemos apuntado que al no nacido se le conceden derechos desde que está en el vientre de la madre, atribuyéndosele una capacidad de goce, que en éste caso al concebido se le adelanta.

2.- Continúa diciendo el artículo 22 "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". Debemos decir al respecto que la "concepción" ocurre mediante la fecundación del óvulo con el espermatozoide y los avances de la ciencia nos permiten conocer que desde que-

el óvulo es fecundado, queda determinada la individualidad genética del nuevo ser y por tanto no le falta nada para ser persona (biológicamente) y sólo requiere el ambiente necesario para el buen desarrollo embrionario y, por éste hecho, el de ser persona, es como se le ha reconocido capacidad de goce y está protegido por la ley.

La conjunción "pero" indica que se amplía el hecho del nacimiento al tener por nacido, al concebido, para los efectos declarados en el Código Civil.

En cuanto al análisis del artículo 337 del Código Civil de 1928, podemos decir que nos da la pauta para determinar el momento en que el nacimiento de una persona tiene lugar para la ley, con las consecuencias inherentes, y cuyo texto es como sigue: "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. Faltando alguna de éstas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

De lo anterior, podemos desprender que para el Derecho Civil, antes de reunir esos requisitos, el concebido o el ya nacido no sea persona, a lo que el Derecho Civil se está refiriendo con éstas normas, es al principio formal de la persona humana y no al principio natural de la misma, además que de una interpretación correcta de este precepto podemos decir que está señalando claramente que es "para los efectos legales", ya que el Derecho Civil no prejuzga sobre el inicio de la vida biológicamente hablando, porque no es de su competencia establecerlo; sólo está señalando unos requisitos para que ese ser humano, que ya existe, pueda adquirir en definitiva los derechos y obligaciones que ya antes el derecho le había atribuido, en cuanto a los primeros, pero que por seguridad jurídica, estaba sujeto a una condición: su nacimiento vivo y viable.

Antes existe la persona humana, pero al establecer rela-

ciones jurídicas del orden civil, en relación con ella, debe cumplir con esos requisitos, ya que se otorgan derechos al no nacido pero que está concebido y no los otorga al no concebido, ya que nunca puede establecerse, ni sujetar a condición, relaciones jurídicas con un ser no concebido puesto que éste cuando mucho sería un ser imaginario, que en ninguna forma puede ser sujeto de derechos.

Nos damos cuenta que de los requisitos planteados, por demás, determinan lo siguiente:

PRIMERO.- Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, ... Esto quiere decir que cumple éste requisito el recién nacido en el momento en que se le corta el cordón umbilical y se dice que de ésta manera adquiere vida propia e independiente de la madre, - que respira por sí mismo.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a que el feto viva veinticuatro horas, no tiene mayor problema, ya que por el sólo hecho de vivir por éste término, a la persona se le va a tener por nacida para el derecho, y con ésto puede decirse que nació viable.

Este término de veinticuatro horas establecido por el legislador, es para dar seguridad jurídica a terceras personas, - ya que como hemos dejado asentado, no se discute que el ser que vivió veintitres horas no sea persona, lo que sucede es que, para que pueda atribuirsele definitivamente los derechos que se le pudieron haber otorgado cuando estaba aún en el vientre de la madre, debe cubrir el requisito de vivir veinticuatro horas.

En cuanto lo que establece el Código Civil de ... o es presentado vivo al Registro Civil; obviamente deberá ser dentro de las veinticuatro horas de haberse suscitado el nacimiento y así levantada el acta respectiva por el C. Oficial del Registro Civil, no será necesario, para el derecho, que viva ese término puesto que éste requisito tiene la característica de la alterna

tividad y cubriendolo se alcanza la viabilidad.

Del comentario anterior, cabe hacernos la siguiente pregunta ¿que es más importante cuidar la vida de ese ser humano - que acaba de nacer o llevarlo al Registro Civil para que sea - considerado como persona para el derecho?, puesto que hemos visto cómo el concebido puede adquirir por herencia, por legado o donación, con la condición de que nazca vivo y viable, y supongamos que sea una cuantiosa fortuna la que se le ha heredado, - los padres estarían en un dilema: la de tratar de brindarle los cuidados necesarios a ese ser para que viva no sólo las veinticuatro horas exigidas por la ley, sino por ser su hijo, tratarían de salvarlo y protegerlo brindandole las atenciones médicas necesarias o; para que pueda adquirir la herencia, inmediatamente después de su nacimiento llevarlo al Registro Civil, - aunque ésto suponga un grave peligro para la vida de ese ser y así cumplir con éste requisito sin importar el futuro de esa - criatura, y es aquí donde entrarían en juego los valores de justicia y de equidad, ya que debemos tomar en cuenta que es la - persona más débil de la humanidad.

Por lo que para éstos casos creemos que pueden tomarse - ciertas providencias cautelares, en cuanto a que puede estar - presente el Oficial del Registro Civil en el momento del alumbramiento, para que así dicho funcionario de fe del nacimiento con vida de esa nuevo ser y así pueda ser considerado como persona para el derecho.

Hemos hablado desde el primer capítulo que la persona es el centro mismo del orden jurídico; que es la razón de existir del derecho y que sin persona humana el derecho perdería su razón de ser, y que precisamente por ser persona goza de una dignidad superior a todo lo material y se ha guiado por el deseo - de realizar la justicia entre las relaciones de los particulares, dando a cada uno lo que le corresponda, por lo que consideramos, como hemos apuntado, que los requisitos establecidos en-

el artículo 337 del Código Civil, dándole la interpretación correcta del mismo, es para dar protección jurídica a terceras - personas, sin embargo consideramos que el concebido es persona, - no solamente un proyecto de persona y por ende debe protegerse - aún más ya que pensamos que es injusto que por no cubrir el término de vida de las veinticuatro horas no sea persona para el - Derecho Civil, ya que ha cubierto toda una etapa desde la concepción hasta el hecho mismo de su nacimiento con vida, por tanto, creemos debe otorgarsele la calidad de persona jurídica, - por el sólo hecho de que haya nacido vivo y que desprendido enteramente del seno de la madre, respire por sí mismo, ya que - ese ser pudo haber tenido la capacidad de vivir por tener los - órganos esenciales para su existencia y que puede acaecer la - muerte del mismo por causas no imputables a su organismo e inclusive puede sufrir un atentado en contra de su vida durante - sus primeras veinticuatro horas de vida; sin embargo cubriría el requisito de la viabilidad propiamente dicha. Por lo tanto sería preferible presumir que el nuevo ser que nació y vivió - era viable, y permitir a los terceros interesados demostrar la prueba en contrario.

Es así que creemos que debe otorgarsele la viabilidad al nuevo ser por el simple hecho de haber nacido vivo y haber respirado por sí mismo, incluso si muere algunos instantes después de su nacimiento, ya que consideramos que si cuando estaba aún en el seno materno se le tenía por nacido, para todo aquello - que le fuera favorable a sus intereses, ahora que ya nació con vida, con mayor razón debe estar a favor de ese ser, pero no ir en su contra, como lo es el derecho de no otorgarle personalidad jurídica por el simple hecho de no haber vivido por más de veinticuatro horas como lo establece el precitado artículo.

TERCERO.- En cuanto a la última parte del artículo en - cuestión que dice: "faltando alguna de estas circunstancias, -

nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad", al respecto podemos comentar que es claro que si el derecho no le atribuye personalidad jurídica al recién nacido por no haber cumplido los requisitos contenidos en el artículo 337 del Código Civil, es porque para el derecho, ese ser nunca existió, es decir no nació a la vida jurídica y por lo tanto no puede producir ninguna consecuencia en el campo del derecho.

D. LA VIABILIDAD COMO CONDICION RESOLUTORIA NEGATIVA.

Primeramente veremos que es lo que se entiende por condición:

Así tenemos que para Jorge Alfredo Domínguez Martínez dice "podemos definir a la condición como el acontecimiento futuro de cuya realización siempre incierta, depende el nacimiento o la resolución de los efectos del negocio".³⁴

"Condición ---expresa Flores Barrueta--- es el acontecimiento futuro de realización siempre incierta del cual depende el nacimiento o la realización de los efectos de un acto jurídico".³⁵

Para Raul Ortíz-Urquide dice "la condición es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende que tengan lugar plenamente o que se extingan los efectos de un negocio jurídico".³⁶

Para el gran tratadista Gutierrez y Gonzalez "la condición es el acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones".³⁷

34.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op.cit., pág. 674.

35.- ibidem.

36.- Ortíz-Urquide, Raul, Derecho Civil, Parte General, Ed. Porrúa S.A., ed. primera, 1977, pág. 490, n. 518, pág. 627.

37.- Gutierrez y Gonzales, Ernesto, Derecho de las Obligaciones Ed. Cajica, S.A., Puebla, Pue., quinta ed., 1981, pág. 680 n. 913, pág. 946.

Así también para Galindo Garfias dice "la condición.- - cuando la eficacia del acto o la cesación de sus efectos, se sujeta a la realización de un acontecimiento futuro e incierto, - la modalidad se denomina condición. También se llama condición al acontecimiento mismo del que dependen la eficacia o la resolución de los efectos del acto".³⁸

Para Rojina Villegas "la condición es un acontecimiento-futuro de realización incierta que suspende el nacimiento de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación, o bien, que - los extingue. En el primer caso se llama suspensiva, en el segundo resolutoria".³⁹

"No es el caso, como seguramente por inercia lo señala - Ortiz-Urquidí en la definición que ofrece de condición y que hemos escrito líneas atrás, pues igual inexactitud se contiene en el artículo 1938 del Código Civil. Que la condición sea un - - acontecimiento incierto, pues la falta de certeza no es del - - acontecimiento mismo; éste es plenamente cierto, está identificado, determinado y expresamente señalado por quien corresponda; la incertidumbre califica a la realización del acontecimiento, - es decir se trata como dijimos por nuestra parte, de un acontecimiento futuro y de realización incierta, pues puede o no realizarse; su realización no es segura.

Por contra, si la realización del acontecimiento se resuelve los efectos, precisamente esa resolución implica no solo la extinción de aquellos sino su destrucción retrospectiva como si no hubiere habido el acto mismo.

En ese sentido el artículo 1941 del Código establece que "cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los dos efectos de la obligación- o su resolución por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto deban ser referidas a fecha diferente.

38.- Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., pág. 272, n. 123.

39.- Rojina Villegas, Rafael, op. cit., pág. 418, n. 3.

Las dos condiciones principales se desprenden de lo comentado, se trata en primer lugar de la condición suspensiva, o sea de la que depende el nacimiento de las consecuencias del negocio, y de la condición resolutoria el segundo, de la que depende su resolución".⁴⁰

Existen dos clases de condiciones: las suspensivas y las resolutorias.

La condición suspensiva.- El artículo 1939 del Código Civil determina: "la condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación". Del texto anterior el tratadista Gutierrez y Gonzalez dice que es un concepto equivocado de la condición suspensiva, pues ésta condición no suspende la existencia de la obligación, sino sólo su eficacia o exigibilidad, y por ello se debe decir: "condición suspensiva es el acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la eficacia o exigibilidad de la obligación.

V.g. Procopio vende a Facundo su casa, pero se pacta que la obligación sólo será exigible en el supuesto futuro e incierto, de que para fin de año caiga nieve sobre la Ciudad de México. La obligación ya existe, pero está en suspenso su exigibilidad su eficacia".⁴¹

La condición resolutoria.- El artículo 1940 del ordenamiento legal en consulta determina: "la condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiera existido.

V.g. Procopio vende a Facundo su casa, y se la entrega - desde luego pero se pacta que si para fin de año cae nieve sobre la Ciudad de México, Facundo tiene que devolver la casa a Procopio, pues se resuelve la operación que se sujeta a ese - -

40.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit., pág. 675.

41.- Gutierrez y Gonzalez, Ernesto, op. cit., pág. 680 y 681. - n. 914.

acontecimiento futuro e incierto".⁴²

Para que la condición se de se requieren dos elementos - que son:

- a) Un acontecimiento futuro.
- b) Incertidumbre.

a) Acontecimiento Futuro.- Se entiende por él lo que pue de venir más no lo que ya sucedió; y ésta indicación que puede parecer perogrullada en lo gramatical, no lo era en lo jurídico pues el Código Civil de 1870, siguiendo la tradición romana, admitía como supuesto de una condición, un acontecimiento pasado, pero desconocido aún para las partes; así en su artículo 1446 - ---que reprodujo del Código de 1884 en su artículo 1330--- dispuso: "también puede constituirse obligación condicional haciendola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes".

El Código de 1928, como regla general y con razón, suprimió ésta posibilidad, pues si ya sucedió el hecho, no será acontecimiento futuro; sin embargo digo que por regla general, pues sienta la excepción a su propio sistema, en su artículo 1498 - cuando dice: "la disposición testamentaria que contenga la condición de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho que se adquiere después de la muerte - del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos".

b) Incertidumbre.- Es la posibilidad de que se realice o no el hecho futuro; esa posibilidad debe ser susceptible de - llegar o no, pero no en cuanto al estado de ánimo de los que la pactan, sino de la naturaleza misma de los hechos.

De acuerdo con el concepto que de la misma da la ley, es resolutoria cuando cumplida, resuelve la obligación, volviendolas cosas al estado que tenían, como si ésta nunca hubiera existido; el artículo 1940 así lo determina".⁴³

42.- Gutierrez y Gonzalez, Ernesto, op. cit., pág. 681, n. 914.

43.- id., pág. 681 y 682.

"Así tenemos que la condición puede ser positiva o negativa. Cuando la condición señalada implica un hecho que llegare a pasar estaremos ante una condición positiva. En cambio si dicho acontecimiento consiste en algo que no suceda ello se traduce en una condición negativa.

La legislación Civil de 1870 determino en su artículo - 1451 "si el cumplimiento del contrato depende de alguna condición positiva o negativa, de hecho o de tiempo, cumplida que sea, se tendrá el contrato como perfeccionado, desde el día de su celebración; pero luego que haya certeza de que la condición no pueda realizarse, se tendrá como no verificada".

Este texto se reprodujo por el artículo 1335 del Código de 1884, y no paso igual al Código vigente, el cual si bien no llama a esta condición por su nombre, hace referencia a ella en su artículo 1946.

En el siguiente caso se tiene una condición positiva: - Procopio le dice a Facundo que le venderá su casa "si" nieva en la Ciudad de México para el día último del año; será negativa - si le dice se la venderá si para fin de año "no" nieva.

De ésto resulta que es una condición positiva la que consiste en supeditar el cumplimiento del acto, al que un acontecimiento llegará y negativa la que lo supedita en su exigibilidad o resolución, a que no sucederá el acontecimiento".⁴⁴

Ahora bien, después de haber analizado que se entiende - por condición resolutoria, y además viendolo en su aspecto negativo, diremos que la viabilidad opera en nuestro sistema legislativo como condición resolutoria negativa, porque para que se de ésta se necesita que el concebido no nazca vivo o en su defecto no cumpla con los requisitos que marca el artículo 337 de nuestro ordenamiento, pues entonces la obligación se resuelve-- como si nunca hubiera existido, extinguiendose su capacidad de-

44.- Gutierrez y Gonzalez, Ernesto, op. cit., págs. 681, 690, - 691, 695 y 596, números 915, 916, 917, 926-b, 939.

goce que se le había adelantado al concebido.

Al respecto, considera Rojina Villegas "no creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en éste caso no podría explicarse como puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efectos retroactivos (como ocurre en el caso de que se cumpla con la condición resolutoria), si nace no-viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no-viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento".⁴⁵

E. LA VIABILIDAD DEL HEREDERO.

Hemos visto que al no nacido, pero que está concebido, puede otorgarsele ciertos derechos como lo son para heredar, recibir legados o por donación recibir cualquier bien, pero para que ésto suceda la condición es que nazca vivo y viable, para que pueda adquirir en definitiva esos derechos y que se considere de manera objetiva y general y para nuestro derecho, el recién nacido es viable si vivió veinticuatro horas o si vivió el tiempo necesario para presentarlo al Registro Civil, sin éstos requisitos, no se da la viabilidad del heredero y mucho menos adquiere personalidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones.

1.- EL DERECHO A HEREDAR NACE CON EL PRODUCTO DE LA CONCEPCION.

A éste respecto decimos que no es necesario que el heredero

45.- Rojina Villegas, Rafael, op. cit., pág. 437.

dero haya nacido, pero sí que esté concebido, para que pueda ser sujeto de derechos ya que desde ese momento se le considera como persona, por ende se le adelanta su capacidad de goce para la atribución de determinados derechos y una vez demostrada la existencia del heredero, el único requisito que exige la ley para heredar es la condición de viabilidad, ya que no solo es necesario existir, sino además ser viable.

Esto quiere decir que lo primero que se necesita es existir, y existir con vida jurídica, ya que para adquirir un derecho es necesario existir y en el caso se considera ya vivo el sólo concebido equiparandosele al ya nacido; pero ni por donación ni por testamento se puede gratificar a una persona que no está todavía concebida, ya sea en el momento del acto (donación) o bien en el momento de la muerte del de cujus. El artículo 2357 del Código Civil dice: "los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal de que hayan estado concebidos al tiempo de que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto por el artículo 337".

2.- LA DECLARACION COMO HEREDERO DEL CONCEBIDO QUE NO HA NACIDO DESIGNADO COMO HEREDERO, LEGATARIO O DONATARIO.

La declaración de herederos o legatarios o reconocimiento judicial de los mismos, tiene no sólo interés procesal para determinar con exactitud quienes son los herederos, sino también interés civil por lo que se refiere a los problemas que el Juez habrá de resolver para llegar al reconocimiento de herederos o legatarios.

Fundamentalmente se pueden presentar tres problemas en el caso del reconocimiento que son:

1º.- La declaración como heredero del ser concebido que no ha nacido, designado como heredero o legatario.

2º.- El reconocimiento de herederos, en el caso que perezcan en un mismo accidente el autor de la herencia y aquellos

que estaban avocados a la misma, y;

3º.- El reconocimiento de los derechos del ausente.

Para el objetivo del desarrollo del presente trabajo sólo nos interesa el primer caso, mismo que en el derecho europeo el principio de que, desde que el ser es concebido tiene capacidad jurídica para heredar, bajo la condición de que nazca viable, pero siempre que la fecha de la concepción sea anterior a la de la muerte de de cujus.

Cuando es heredero en general un ser que no es hijo del autor de la herencia, y que no ha nacido, se requiere que la fecha de la concepción, como en el caso que antecede, sea anterior a la de la muerte de de cujus. Lo único que se requiere es, no que haya nacido cuando murió el de cujus, sino que haya sido concebido bajo la condición de que nazca viable; si no nace viable, se destruye, con efectos retroactivos la personalidad jurídica de aquél ser. El problema que se le presenta al Juez no tendría dificultad, si en el momento del reconocimiento de herederos, ya el ser concebido hubiera nacido en forma viable. Pero puede ocurrir que tratándose del hijo postumo o del ser concebido y no nacido, el Juez no tenga los elementos bastantes para determinar los requisitos legales, y aún cuando los tuviese en cuanto a la fecha de la concepción, el reconocimiento dependerá del nacimiento viable.

Ante éste problema el Juez debe reconocer condicionalmente el derecho de ese heredero, sujeto a la condición resolutoria de que nazca viable.

Así tenemos los preceptos de nuestro ordenamiento y que son los siguientes:

ART. 22.-"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".

Uno de los efectos declarados en el Código para considerar nacido al ser concebido es justamente reconocerle capacidad hereditaria y por ésto se estatuye en el artículo 1313: "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella en un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I.- Falta de personalidad;

II. Delito;

III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;

IV. Falta de reciprocidad internacional;

V.- Utilidad pública;

VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento".

En los artículos 1314 y 1315 del Código Civil se dice:

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

"Será, no obstante, válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas persona, durante la vida del testador".

Ya éste precepto implica la hipótesis de que nazcan los herederos durante la vida del testador, pero en nuestro concepto debe entenderse que sólo sean concebidos y nazcan viables.

Respecto al artículo 1313 del Código Civil, está mal redactado, pues todos los habitantes del mundo tienen capacidad para heredar excepto cuando no haya reciprocidad internacional, o exista alguna otra causa de incapacidad. En éste aspecto, el nacional o el extranjero tienen capacidad de heredar, excepto -

cuando conforme a la Ley del extranjero, el mexicano no pueda heredar; por falta de reciprocidad internacional se consagra éste principio.

Por otra parte en el derecho europeo y en el latinoamericano existe el mismo principio, es decir, basta la concepción y el nacimiento viable para que nazca el derecho a la herencia. - Nuestro Código Civil llega a ésta consecuencia, independientemente de lo que digan los derechos extranjeros, podemos afirmar la tesis que antecede dando el texto del artículo 12 del Código Civil que le da carácter territorial absoluto a las leyes mexicanas para aplicarlas a los extranjeros, incluso a lo referente a su estado y capacidad:

ART. 12: "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refirieran al estado y capacidad de las personas, se aplica a todos los habitantes de la República ya sean nacionales o extranjeros estén domiciliados en ella o traúnsentes".

El precepto supone que el conflicto de leyes puede presentarse porque el extranjero resida en la República o esté de paso; pero armonizando éste artículo con el principio de la reciprocidad internacional, que advierte que aunque el extranjero resida fuera de la República, simplemente sea un ser concebido pero no nacido, tendrá derecho a heredar a un mexicano. La limitación la prescribe el artículo 1328 del Código Civil: "Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces para heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado a favor de los mexicanos".

El concebido, consecuentemente no nacido, puede ser reconocido y además ser heredero, legatario o donatario, en la medida señalada y conforme a lo dispuesto por los artículos 364, - 1313, 1314, 1391 y 2357 del Código Civil, cada uno con el respectivo texto que en seguida se transcribe:

ART. 364.- "Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y

al hijo que ha muerto si ha dejado descendencia".

Por lo que se refiere a los artículos 1313 y 1314, con anterioridad han sido transcritos por lo que no tiene caso nuevamente transcribirlos.

ART. 1391.- "Cuando no hay disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos"-

ART. 2357.- "Los no nacidos pueden adquirir por donación con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables de acuerdo con el artículo 337".

Podemos considerar, por lo tanto, que la capacidad de goce para heredar es un supuesto jurídico que toda persona tiene, excepto cuando la ley expresamente determina su incapacidad inhabilitándola para poder adquirir por herencia, legado o donación. Por ahora basta indicar que no sólo tiene capacidad para los efectos del derecho hereditario el ser nacido, sino también el ser concebido, según se desprende del artículo 1314 del Código Civil en relación con el artículo 22 del mismo ordenamiento.

Aún cuando el artículo 22 del Código Civil considera que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y que sólo por una ficción legal se tiene por nacido al concebido para los efectos antes indicados, en verdad no se necesita recurrir a esa ficción pues desde el momento en que la ley permite adquirir bienes por herencia, legado o donación al ser concebido, siempre y cuando para los dos primeros casos, la fecha de la concepción sea anterior a la muerte de de cujus, es porque reconoce capacidad de goce, pero sujeta a la condición resolutoria de que no nazca viable; es decir la capacidad de goce existe desde el momento de la concepción del ser, dado que hay capacidad para adquirir ciertos bienes y derechos, pero depende de una condición resolutoria negativa: que no nazca viable el ser concebido. Si se realiza ésta condición se destruye la personalidad con efectos retroactivos y para el derecho se considera que no hubiere habido sujeto. En cambio si no se presenta esa condi--

ción resolutoria negativa, la personalidad ha existido desde el momento de la concepción del ser para todas las consecuencias - jurídicas ya indicadas. No se trata de una condición suspensiva de carácter positivo, como generalmente se afirma, consistente en que el ser nazca viable, porque si así fuera la personalidad no existiría hasta que se realizara el nacimiento viable y, por lo tanto no podría explicarse todas las consecuencias que - el derecho reconoce entre la fecha de la concepción y la del nacimiento para imputarlas a un ser que a pesar de su vida independiente de la madre tiene ya capacidad de goce. Por otra parte sería materializar los atributos jurídicos de la persona y - el concepto mismo de personalidad jurídica, si sólo se reconociera capacidad de goce y subjetividad al hijo que ha logrado - tener vida independiente de la madre. Evidentemente que si no nace viable, es decir, si nace muerto, no es presentado vivo al Registro Civil o no logra vivir veinticuatro horas sin ser presentado al citado Oficial, se destruya su capacidad de goce - que se le ha adelantado por estar sujeta a esas condiciones resolutorias.

De lo expuesto se podrá advertir la conveniencia de recurrir a la tesis de la condición resolutoria y no a la ficción - que admite el Código Civil en su artículo 22.

3.- EFECTOS JURIDICOS CONTRA TERCEROS, ATENDIENDO AL TERMINO QUE ESTABLECE EL ARTICULO 337 DEL CODIGO CIVIL.

En cuanto al término estipulado por el artículo 337 del Código Civil el cual dice en lo conducente: "...vive veinticuatro horas...", es conveniente decir que nuestra legislación ha sido planteada para otorgar seguridad jurídica a terceras personas que se pueden beneficiar o no, si el recién nacido no cumple con éste término, como hemos visto, puede ser instituido - heredero, legatario o donatario, por lo tanto y para ilustrar - mejor éste punto nos permitimos transcribir un ejemplo que nos da el tratadista Ortíz-Urquidí: "No queremos cerrar éste apartado sin poner ejemplos que destaquen objetivamente la importan--

cia de la cuestión que estamos tratando. Supongamos que Juan instituye heredero al hijo que Luisa trae en el vientre y con quien no le liga ningún parentesco. Si el hijo nace viable y después muere, resulta claro que habiendo sido capaz pudo recibir la herencia, misma que después de su muerte pasa a sus herederos legítimos, su padre y su madre o sólo a ésta si aquél ha muerto (artículo 1615 y 1616 del Código Civil). Más si no nace viable, también resulta claro que por no ser capaz a causa de falta de personalidad (artículo 1314 del Código Civil) no puede recibir ni menos transmitir a su muerte la herencia, por lo que ésta pasa, no a los padres del niño, sino a los herederos del testador (artículo 1602). Lo mismo sucede en el caso de la donación pues si Juan dona, supongamos, una casa a ese hijo que Luisa trae en el vientre y que después nace viable pero muere, la casa donada pasa por herencia a los padres del niño; pero no pasa a éstos y queda sin efecto la donación si ese niño no nace viable (artículo 2357 a contrario sensu)".⁴⁶

Por lo que es de vital importancia si el niño no fue presentado vivo ante el Oficial del Registro Civil, que éste viva mínimo veinticuatro horas para que éste pueda ser considerado como persona para el derecho, llenando así el requisito de la viabilidad y se le otorgue personalidad jurídica, pudiéndole reconocerse en forma definitiva los derechos que se le atribuyeron cuando estaba concebido, pero que aún no nacía, y en éste supuesto los herederos del testador estarían aún en la incertidumbre de que el ser que nació a la vida y que respiró por sí mismo viva ese término, y es aquí donde se le otorga el derecho a los herederos del testador a aportar pruebas en contrario, es to es, demostrar que dicho ser no vivió el tiempo requerido por dicho artículo y es cuando se presenta el problema que puede provocar litigios en materia civil para resolver el problema de la viabilidad.

46.- Ortiz-Urquidí, Raul op. cit., pág. 301 y 302, n. 296.

F. CAPACIDAD HEREDITARIA DE LOS QUE NACEN VIABLES.

El derecho de adquirir por herencia es el que asiste a - quien el autor ha designado para sucederle o a quien señala en - su caso la sucesión legítima.

Históricamente, el derecho de heredar que corresponde al autor sigue las transformaciones del derecho de propiedad. A - medida que éste pasa de la etapa colectiva a la familia y por - último a la individual, los bienes del que muere se transfieren al grupo, a la familia y de individuo a individuo. El derecho - de adquirir por herencia nace dentro de la familia como facul- - dad de los cónyuges o de los parientes consanguíneos y su razón de ser se funda en el parentesco y en la convivencia.

El derecho de heredar que corresponde al autor se reali- - za a través de la sucesión testamentaria y de la sucesión legít- - tima. La primera descansa en la libre y expresa voluntad del - autor; la segunda es su voluntad presunta cumplida por la ley, - siguiendo los motivos racionales de aquél. En ambos casos se - deriva del derecho de propiedad y se integra por factores de - orden familiar y social.

El sistema de la libre testamentificación constituye la base fundamental del derecho sucesorio testamentario, toda vez - que permite la disposición de los bienes y derechos de una per- - sona física para después de su muerte sin más limitaciones que - la ley establece expresamente, solo para la protección de los - intereses particulares que pudieren resultar afectados en per- - juicio del interés general.

La transmisión de la herencia sólo se efectúa de muerto - a vivo o a ser concebido que nazca viable, entendiéndose así el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinti- - cuatro horas o es presentado vivo dentro de ese tiempo al regis- - tro Civil. Cuando surgiere duda, la supervivencia o la viabili- - dad del nacido o del heredero deberá ser comprobada.

Después de haber analizado las formas en como se transmi

te la herencia y cómo se da ésta, ahora analizaremos la capacidad hereditaria de los que nacen viables; que como ya se dijo, - el ser concebido, antes de que muera el autor de la herencia y que nazca viable tiene capacidad jurídica para heredar. Además son capaces también de heredar los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador, aunque hayan sido concebidas después del testamento siempre que a la muerte del testador ya hubiere nacido y estén vivos (artículo 1315).

Quando el recién nacido ha llenado los requisitos establecidos por el artículo 337 del Código Civil se dice que ha adquirido personalidad jurídica porque para la ley ya es viable y por lo tanto adquiere plena capacidad para heredar en forma definitiva y ser sujeto de obligaciones también.

CAPITULO III
LA PERSONALIDAD VIABLE.

A. CONCEPTO.

Con los argumentos vertidos en los capítulos anteriores, estamos en aptitud de dar nuestra opinión respecto de lo que - consideramos es la personalidad viable, de la siguiente manera:

Personalidad Viable.- Es la que se adquiere por el hecho del nacimiento con los requisitos que establece la ley y, por - lo tanto se adquiere la aptitud de ser titular de derechos y - obligaciones.

Ahora bien, desmembrando el concepto antes mencionado diremos que personalidad para Galindo garfias significa "que el - sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es - la proyección del ser humano en el campo 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".⁴⁷

Para Palomar de Miguel "es la aptitud legal para intervenir en un negocio o comparecer en juicio. Representación legal y bastante, con que uno interviene en él".⁴⁸

Por lo que respecta al término "viable" quiere decir ca-

47.- Galindo Garfias, Ignacio, op. cit. pág. 306 y 307, n. 146.

48.- Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Ed. -- Mayo S. de R.L., México, 1981, 1a. ed., n- 368.

paz de vivir, vitae habilis.

"Por ello no debe tomarse en consideración las dos categorías siguientes: a) niños normalmente conformados, que nacen antes del término, en auna época en que el desarrollo de sus órganos no es tan avanzado para que puedan vivir; b) niños monstruos, como los que nacen sin corazón, los acéfalos y demás, en los que la vida se detiene tan pronto como se corta el cordón umbilical".⁴⁹

"La personalidad como cualidad inherente al ser humano surge ante el derecho con el nacimiento de dicho ser. Pero la ley exige determinados requisitos para que el nacido sea considerado sujeto de derechos y obligaciones, y por tanto susceptible de que se le pueda suceder en esos derechos y obligaciones.

La determinación de cuando empieza un niño como nacido para el derecho, dio lugar a las dos clásicas escuelas de Sabianos y Proculeyanos, éstos exigían que el recién nacido hubiera dejado oír su voz; mientras que los primeros se conformaban con una señal cualquiera de vida. Justiniano resolvió la controversia dando la razón a las segundos.

En el Derecho Romano los requisitos legales para la existencia de un hombre eran tres: que hubiera nacido vivo, viable y con forma humana. La condición esencial consistía en que el feto estuviese completamente desprendido del cuerpo materno, bien fuese de manera natural o por los esfuerzos artificiales de quienes asistieran al parto. Antes de ocurrir esa separación el feto formaba parte de las entrañas de la madre; pero la ley le reconocía individualidad independiente y por ello le reservaba sus derechos retrotrayendo la efectividad de éstos al momento de la concepción si nacía viable. Este principio de considerar al concebido como nacido ha sido adoptado por todas las legislaciones actuales.

La determinación de cuando principia la personalidad ju-
49.- Planiol, Marcel, op. cit. pág. 223, n. 368.

ridica del recién nacido tiene dos aspectos: uno fisiológico y otro jurídico. El fisiológico se resuelve hoy por la declaración médica o por el testimonio de las personas que presenciaron el parto y vieron vivo o muerto al feto.

Prescindiendo de las teorías históricas, tres son las doctrinas que se han enunciado acerca del momento en que se ha de considerar como existe la personalidad jurídica:

1º.- La que opina que la personalidad del individuo humano comienza desde el momento mismo de su nacimiento, sin más requisitos que nacer con vida;

2º.- La que agrega a la condición anterior la retroacción de la personalidad al momento de la concepción y;

3º.- La que exige que además del nacimiento posea determinadas condiciones de vida y, muy especialmente, la condición de la viabilidad.

El profesor D' Aguano mantiene el criterio de que el ser humano sólo adquiere capacidad de derechos cuando en su conciencia se ha formado el sentimiento de su personalidad jurídica; pero admite que la personalidad debe presumirse existente desde que el niño nace vivo y viable, ya que en él se encuentra en potencia la personalidad jurídica que más adelante habrá de desarrollarse. No creemos muy aceptable ésta opinión ya que en el fondo se confunde la personalidad jurídica con la capacidad civil.

Creemos que basta con el nacimiento del ser humano y con que éste llegue al mundo con vida, para que sea considerado como persona ante el derecho y para que éste haga retrotraer todas las relaciones jurídicas al momento de la concepción. La doctrina de la viabilidad y la del aspecto humano son injusta - la primera y absurda la segunda. Si por ejemplo se estima que el recién nacido debe vivir veinticuatro horas desprendido del claustro materno para adquirir su personalidad jurídica, en la mayoría de los casos esa viabilidad dependerá de los cuidados -

médicos y medicinales que se presten al recién nacido por donde la madre o el padre que tengan que sucederle quedan a merced de un simple albur. Respecto al ser humano como señala el Código Civil, es necesario decirlo, ya que de padres humanos, no pueden proceder mas que hijos humanos, sin defectos físicos o con ellos, perfectos o con deformidades, pero siempre con figura humana.

Los requisitos del nacimiento fueron numerosos y variados a través de los siglos. El Fuero Juzgo exigía que el nacido viviese diez días y recibiera el bautismo (ley 18, título II libro IV). Esta misma exigencia ofrece el Fuero Real en caso de que la viuda en cinta de a luz después de fallecido el marido (ley 3, título VI, libro III). En las Siete Partidas se sigue el criterio romano relativo a que el nacido tenga figura humana no importaba que fuese deforme (Partida IV, ley 5ª del título XXIII). La ley 13 de Toro para evitar confusiones dimanantes de los Códigos anteriores, estableció que el niño es nacido y no abortivo si nació todo él vivo y viviere veinticuatro horas naturales y fuere bautizado".⁵⁰

B. ESTUDIO COMPARATIVO DE DIVERSAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

Emprenderemos el desarrollo de éste capítulo con el análisis de los cuerpos legales que mayor semejanza guardan con nuestra ley vigente a lo que atañe a la personalidad y a la capacidad, en el mismo quedan comprendidas algunas, cuyos puntos de vista se separan en parte o totalmente de la reglamentación hecha respecto a ésta materia por el Código Civil vigente y las legislaciones extranjeras que le son afines, entre ellas tenemos:

CODIGO CIVIL ESPAÑOL.- Después del Código Civil Francés, que puede decirse es la referencia inmediata a la elaboración -

50.- Muños, Luis, Comentario a los Códigos Civiles de España e Hispanoamérica, Ed. HCA, Herrero, México, 1953, pág. 88. - pág. 1008.

de nuestra ley vigente, los ordenamientos españoles ocupan un plano inmediato en importancia, como fuentes de producción de éste último. Las razones que apoyan tal argumento son obvias, si remontandonos al pasado histórico de nuestra nación, encontramos que la mayor parte de las leyes que nos regían provenían de España principalmente. El tiempo y la preparación en materia jurídica obtenida por la experiencia, en parte por la influencia de las corrientes jurídicas creadas en los países extranjeros enriquecieron los conocimientos legales de España y la Nueva España.

No puede desconocerse la relación que guarda el Código Civil Español puesto en vigor en 1889, con algunas instituciones de la Ley de las Siete Partidas, que contenían en aquél entonces el basto acervo de la legislación romana. Lo mismo puede afirmarse de los Códigos de México de 1870 y 1884. Nuestro Código vigente, que bien puede igularse en la suerte que corrió en su formación el Código Civil Español, tiene pues el resabio-tradicional de las viejas legislaciones españolas.

El Título Segundo del Código Civil Español, trata del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil. El capítulo primero alude a las personas naturales y, el artículo 29 estatuye: "el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

Este precepto es más acertado que nuestro artículo 22 del Código Civil, en aquél la personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento y excepcionalmente hasta antes de éste. El artículo 22 de nuestra ley, no se refiere a la personalidad sino a la capacidad jurídica; sin embargo, la legislación española en su artículo 32 incurre en el mismo error del Código de 1928. Esta disposición expresa: "la personalidad civil se extingue con la muerte de las personas..." "la menor edad, la de-

mencia o la imbecibilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil, no son más que restricciones a la personalidad jurídica". Los que se hayan en alguno de éstos estados son susceptibles de derechos y aún de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.

Aunque el texto que antecede hace referencia a las restricciones a la personalidad, éstas deberían expresarse como - restricciones a la capacidad de obrar. Este artículo tiene su equivalente en el artículo 23 del código de 1928, por lo que no son válidos los mismos argumentos al comentar éste.

La legislación española, hace también la distinción - entre las personas naturales y personas jurídicas, o sea, en - nuestro derecho, personas físicas y personas morales.

Para el Código Civil Español, sólo se entenderá nacido - al embrión humano que tenga veinticuatro horas de vida completa fuera del claustro materno y que tenga figura humana (artículo 30), es decir éste precepto exige la viabilidad del ser humano: los niños recién nacidos monstruos o que no duren ese - tiempo no son personas.

CODIGO CIVIL ARGENTINO.- Este es uno de los ordenamien- - tos que adoptó como patrón al Código Civil Francés, al igual - que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, sin embar go su reglamentación en materia de derechos personales y capaci dad, revisten gran parte de los códigos que hemos estudiado.

El artículo 30 del mencionado sistema jurídico decreta - que: "son personas todos los entes susceptibles de adquirir de- - rechos o contraer obligaciones".

El artículo 31 dispone: "las personas son de una existen- - cia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los de- - rechos o contraer las obligaciones que éste código regla, en - los casos, por el modo y forma que él determina. Su capacidad- - o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les-

conceden o los niegan las leyes". Esta regulación atañe tanto a la persona física como a la moral.

Hay que reconocer el acierto que contiene el último párrafo de éste texto (art. 31) y que supera, sin lugar a dudas, las ambiguas disposiciones de los artículos 22 y 23 de nuestro Código Civil de 1928. La capacidad o incapacidad del individuo para ser sujeto de deberes o facultades, se determina en concreto, como lo afirma el derecho argentino: en los casos, por los modos en que la ley civil lo establece. Siendo ésta la que concede o niega las posibilidades de un individuo para ser capaz o incapaz para realizar actos jurídicos.

Por lo que respecta a las personas de existencia visible o personas físicas, el Código Civil Argentino, la define en su artículo 51, como "todos los entes que presenten signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes son personas de existencia visible.

Como se ha expuesto éste ordenamiento las denomina personas de existencia visible, para diferenciarlas de las personas ideales, esta denominación como su propia definición lo indica, nos hace pensar que ésta legislación acoge la tesis tradicional es decir, la que reza que la persona física corresponde al individuo como ente humano.

La capacidad de las personas físicas está regulada en el artículo 52 que estatuye: "las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todas las que en éste Código no estén expresamente declaradas incapaces". Como puede apreciarse éste texto se refiere claramente a la capacidad de ejercicio, no hace mención a la capacidad de goce.

En cuanto a las personas por nacer, declara el artículo 63 del citado código: "son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno".

Este precepto declara a quienes se les considera como em

briones humanos y son los que están todavía en el claustro de la progenitora; y el artículo 64 habla de la representación del concebido, la hay siempre y cuando éste reciba bienes por donación o por herencia.

Dice el artículo 70 del mismo ordenamiento: "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por un instante después de estar separado de su madre".

El Código Civil Argentino se funda en la teoría de la concepción del fruto del embarazo de la mujer, es decir, el embrión humano obtiene personalidad al iniciarse la fecundación; tiene vida desde su refugio intrauterino; por eso sólo requiere que nazca vivo, no hace falta que el producto sea viable, es suficiente que el producto viva unos cuantos segundos desligado enteramente de la madre, para que se le tenga por nacido.

Esta teoría tiene el inconveniente de que no puede precisarse con exactitud el momento en que tiene lugar la fecundación de la madre; en tanto que, en las otras dos categorías: la del nacimiento y la ecléctica, hay elementos visibles, que se perciben por los sentidos con los que se puede determinar el nacimiento; en nuestro Código Civil esos requisitos son: que el recién nacido viva veinticuatro horas o que dentro de ese término sea presentado vivo al Registro Civil.

Para el Código Civil Argentino, la vida humana comienza desde la concepción del feto y en esa condición de vida en el claustro materno tiene capacidad jurídica para adquirir algunos derechos: los bienes que reciben por herencia o por donación. La diferencia con los demás códigos, consiste en el punto de partida de la personalidad. Ahora bien, bajo la base exclusivamente patrimonial, el Código Argentino enuncia categóricamente-

los derechos que puede adquirir el embrión humano en éste estado, en cambio, el Código Civil Mexicano retrotrae los efectos - del nacimiento para algunos derechos declarados en el mismo.

CODIGO CIVIL ALEMAN.- Las instituciones contenidas en éste código tienen una marcada diferencia con nuestro sistema legal, tal vez, la influencia de aquél en éste último.

Es completamente nula y puede afirmarse que los redactores de nuestro Código de 1928, poco tomaron en cuenta éste ordenamiento. Para nosotros y en especial para éste trabajo, tiene mayor interés en cuanto más se aparte de nuestra ley vigente, - porque nos permite ampliar el estudio comparativo que hacemos.

El artículo 1º del mencionado cuerpo legal estatuye: "la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento". En la exposición de motivos de éste Código se alega que la denominación de persona, resulta anticuada, puesto que debe ser designada con la palabra hombre, ya que no hay hombre que no sea persona, sin embargo los autores del proyecto indican que, hay sujetos de derechos a los que no pueden aplicarseles la denominación de hombres y sí la de personas, por lo tanto, éstas se dividen en naturales y jurídicas, al respecto de capacidad agrega el legislador, es de notar la consición y precisión con que se expresa el Código Alemán: la capacidad jurídica empieza con el nacimiento, si el feto no sale vivo, no hay nacimiento.

Decir como el Código Español, que no ha nacido viable el que muere dentro de las veinticuatro horas contadas desde el nacimiento, es un verdadero deslinde, más bien que una regla arbitraría; por lo que resulta más justo lo estatuido por el Código Alemán, en cuanto a la viabilidad del nacido, debe dejarse a la ciencia y a los Tribunales, porque en realidad es una cuestión de pruebas.

Podemos rebatir lo manifestado por el legislador alemán en la exposición de motivos para la elaboración del Código.

En lo tocante a la capacidad jurídica, el artículo 1º del ordenamiento que nos ocupa, la regla en igual forma que el Código - Civil de 1928 mexicano. El Código español, como se ha expresado, se refiere a la personalidad jurídica, la cual se determina por el nacimiento y excepcionalmente hasta antes de éste, no - propiamente a la capacidad jurídica. No es un deslize como lo afirma el expositor Alemán, fijar un término para la viabilidad del nacido como lo hace el Código español (regla que también es tá establecida en nuestro Código), toda vez, que la ley necesita en éstos casos, precisar la condición del nacido, ya que se están produciendo, en su persona efectos jurídicos con antelación a su nacimiento.

CODIGO CIVIL ITALIANO.

El artículo 1º de éste Código ordena: "la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento", regla completamente igual a la contenida en el artículo 1º del Código Civil Alemán y a la del artículo 22 de nuestro Código de 1928. El segundo párrafo estatuye "...los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordina al evento de su nacimiento". - Precepto que se aleja del Derecho Español y de nuestra ley vigente, puesto que en éstos últimos años, basta que el individuo sea concebido para tener la protección de la ley.

OTRAS LEGISLACIONES.- En relación al derecho comparado, - en latinoamérica, el Código Civil de la República de Chile previene que: "la existencia legal de toda persona principia al nacer, ésto es, al separarse completamente de su madre" (artículo 74). Agrega que la criatura que muere en el vientre materno antes de estar completamente separado de su madre o que no haya - sobrevivido después de la separación por un momento se reputará no haber existido jamás y consecuentemente, se señala que el - concebido no es persona jurídica. Esto lo confirman los artículos siguientes que tratan de la vida que está por nacer; el artículo 77 previene que sus derechos "estarán suspensos hasta -

que el nacimiento se efectúe" y agrega que si no se desprende totalmente de su madre o muere en el vientre de ésta, los derechos pasarán a otras personas "como si la criatura no hubiese jamás existido". Semejante disposición encontramos en el Código Civil de Colombia. El Código de Perú en su primer artículo dice que "el nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece a condición de que nazca vivo".

El Código Civil de Ecuador señala en su artículo 60 que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas por lo menos desde que se separa completamente de su madre. El segundo párrafo tiene una redacción semejante al Código Civil Chileno ya expresado.

Ahora bien, desde el punto de vista de la moral Católica desde la concepción se entiende que hay un nuevo ser. El Vaticano II señala: "por lo tanto desde el momento de la concepción la vida debe ser protegida con sumo cuidado, mientras que el aborto e infanticidio son crímenes abominables". (Enrique Ruíz-Amezcuá, Teología Moral III. La Vida Humana. Departamento de Ciencias Religiosas de la Universidad Iberoamericana, pág.114).

C.- CRITICA A LA LEGISLACION MEXICANA.

Para las legislaciones anteriores (Códigos Civiles de 1870 y 1884), al igual que en el Código Civil actual, la capacidad jurídica empieza con el nacimiento, desde el momento en que el embrión humano deja el claustro materno enteramente. Pero este nacimiento está sujeto a los requisitos del artículo 337 de dicho Código, que declara: "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. Faltando alguna de éstas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

El Código Civil vigente no exige la figura humana del fe

to, para tenerlo por nacido como lo establecían los Códigos de 1870 y 1884.

Cabe hacer mención que los Códigos de 1870, 1884 y el vigente de 1928, como casi la mayoría de los ordenamientos contemporáneos en su materia, principian en su Título I del Libro Primero, dando algunas referencias en sus normas, sobre la persona, para continuar con la regulación de todos sus atributos como se ha dado a denominar a una serie de substituciones referidas a la persona a quien se dice, nunca pueden faltar.

No hay sin embargo, en todo el Libro Primero de ninguno de los textos jurídicos un artículo que acometa la tarea de definir a la persona, a pesar que, en su Libro se lee: "DE LAS PERSONAS".

Las personas antes de nacer son protegidas por la legislación positiva; leyes penales, además el Código Civil a los no nacidos les reconoce cierta capacidad: la adquisición de aquellos derechos que le favorezcan.

En cuanto al artículo 22 del Código Civil de 1928, cuyo texto es el siguiente:

ART. 22.- 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.

Por lo que estimamos cierto y estamos de acuerdo que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; así como estamos de acuerdo en lo anterior, podemos decir que, en lo que continúa diciendo dicho artículo, hubiera sido más exacto diciendo simplemente que los intereses del concebido se protegerán como los del nacido, ya que como hemos visto, el tener por nacido a una persona que está concebida, es una ficción; y no como lo establece al decir: ...pero desde el momento en que un individuo es concebi-

do entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido, .. . Como se ve son situaciones formales pues el concebido aún no ha nacido en realidad y sin embargo, se le tiene como ya nacido. Estas situaciones formales las organiza el orden jurídico positivo como lo considera prudente para la protección del no nacido, sobre el dato real de su existencia.

Es por ello que que creemos que el legislador debe decir que los intereses del concebido se protegerán como los del nacido, ya que el derecho, no puede dar por nacido a quien no -- existe, y de ninguna manera se le restaría capacidad al concebido y se haría perfectamente la distinción entre uno y otro, así como la justificación del porque se le adelanta la capacidad de goce a ese concebido, ya que ambas circunstancias tienen diferencias remarcadas, en la primera o sea en cuanto al concebido, éste está sujeto a una condición resolutoria.

Por cuanto al artículo 337 del mismo ordenamiento legal, dice:

ART. 337.- Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de éstas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

"La afirmación muy común entre los civilistas de que la persona humana comienza con el nacimiento, o que solo se tiene personalidad para ser titular de derechos y obligaciones cuando el concebido ha nacido vivo y viable (art. 1314 del Código Civil), puede llevar a equívocos si no se consideran las cosas correctamente. En efecto para el Derecho Civil en concreto, "solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil" (art. 337 del Código Civil). Esto no quiere decir de ninguna manera que antes de reunirse estas condiciones el concebido o el ya nacido no sea persona. Sería absurdo el pensar que

la persona comienza por la inscripción en el Registro Civil o -- que comienza a la hora veinticuatro de haber nacido. Los que -- así pensarán, podrán también en consecuencia afirmar que no es asesinato matar a un niño ya nacido a la hora veintitres des---pués del alumbramiento y si sería homicidio matarlo a la hora--veinticinco. A lo que el Derecho se está refiriendo con estas - normas, es el principio formal de la persona humana, no al prin--cipio natural de persona humana. Al decir que "solo se reputa - nacido", al que es presentado vivo al Registro Civil no está afirmando de ninguna manera, que antes la persona no existía, só--lo está indicando que la personalidad jurídica para efectos ci--viles solo se consolida, solo se convalida plenamente en aque--lla persona humana, cuando nazca vivo y viable.

Tratar de deducir de ésta apreciación meramente formal - de la personalidad civil del ser humano justificaciones de prác--ticas abortivas es desquiciar y sacar fuera de lugar todas las--disposiciones relativas, que nunca han pretendido negar la exis--tencia de la persona humana y solo esperan que se cumplan unos--requisitos para establecer en definitiva relaciones jurídicas - formales.

En los últimos tiempos, ante el embate que ha sufrido la sociedad contemporánea por parte de las prácticas abortivas y - de todas las tendencias que de una u otra forma sostienen la le--galidad de éstas o al menos su no penalización, los juristas de--ben profundizar en el estudio del comienzo de la persona humana ya que el derecho no es estático y cambia según los requerimien--tos de la sociedad".⁵¹

Después de haber transcrito el artículo 337 del Código--Civil, diremos en cuanto a que dice "vive veinticuatro horas o--es presentado vivo al Registro Civil..." . Dándole la interpre--tación correcta del mismo, es para dar protección jurídica a --terceras personas, sin embargo, consideramos que el concebido -

es persona para el derecho, ya que ha cubierto toda una etapa-- desde la concepción hasta el hecho mismo de su nacimiento con vida, por lo tanto, debe otorgarsele la calidad de persona jurídica (art. 22 Código Civil), por el solo hecho de que ya nació vivo y que desprendido enteramente del seno de la madre respire por sí mismo, ya que ese ser pudo haber tenido la capacidad de vivir por tener los órganos esenciales para su existencia y que puede acaecer la muerte del mismo por causas no imputables a su organismo; sin embargo cubrió el requisito de la viabilidad propiamente dicha. Por lo tanto serán preferible presumir que el nuevo ser que nació vivo era viable.

Así que creemos que debe otorgarsele la viabilidad al -- nuevo ser por el simple hecho de haber nacido viable y de haber respirado por sí mismo, incluso si muere algunos instantes después de su nacimiento, ya que consideramos que si aún cuando estaba en el seno materno se le tenía por nacido, para todo aquello que le fuera favorable a sus intereses, ahora que ya nació con vida con mayor razón debe estarse a su favor de ese ser, y no ir en contra, como lo es el hecho de no otorgarle personalidad jurídica, por el simple hecho de no haber vivido por más de veinticuatro horas como lo establece el citado artículo.

En cuanto a la última parte del artículo en cuestión que dice "... Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad". Es claro el -- sentido del legislador ya que si el derecho no le atribuye personalidad jurídica al nacido por no haber cumplido los requisitos contenidos en este mismo artículo, es porque para el derecho ese ser nunca existió, es decir, no nació a la vida jurídica y por lo tanto no puede producir ninguna consecuencia en el campo del derecho.

D.- DIFERENCIAS ENTRE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD DE GOCE.

Pueden establecerse estas diferencias entre personalidad y capacidad de goce de la siguiente manera:

a).- La personalidad es la que se adquiere con el hecho del nacimiento con los presupuestos que establece la ley; mientras que la capacidad de goce es la que se adquiere por el sólo hecho de ser persona y que para el caso del no nacido se le adelanta.

b).- La Personalidad jurídica significa que el sujeto - puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el campo de lo jurídico; en la capacidad de goce del no nacido, éste no puede actuar por sí solo ni mediante un representante.

c).- La personalidad es la aptitud que tiene toda persona para ser titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad de goce, para el no nacido, sólo le concede derechos.

d).- En la personalidad jurídica, la persona está en aptitud de contraer obligaciones por sí o mediante un representante; en la capacidad de goce del no nacido, pero que está concedido, únicamente adquiere derechos mas no así obligaciones.

e).- La personalidad jurídica se adquiere en el momento - en que se cumplen los requisitos que marca el artículo 337 del Código Civil en vigor; la capacidad de goce se adquiere al momento de la concepción del ser, aunque en grado mínimo.

CAPITULO IV.

RECONOCIMIENTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS

A.- PROTECCION JURIDICA DEL CONCEBIDO ANTES Y DESPUES DE SER DESPRENDIDO DEL SENO MATERNO.

La protección jurídica que se le puede dar al concebido antes de su nacimiento para protegerlo queda perfectamente tutelado en el derecho penal, ya que si se atenta en contra de la vida de ese ser estando aún dentro del seno materno se cometerá el delito de aborto; ahora bien, cuando es desprendido del seno materno puede cometerse en contra de ese ser el delito de infanticidio y homicidio, dependiendo de la persona que cometa el ilícito y éste tiene relevancia en cuanto a que ocurra dentro de las primeras horas posteriores al nacimiento.

1.- ABORTO.- La protección jurídica al producto de la -- concepción ha sufrido varias transformaciones jurídicas a través del tiempo y los países.

Se llama Feto al embrión humano desde el momento en que ha adquirido la conformación característica de la especie, es decir desde el tercer mes de vida intrauterina. Antes que feto es embrión, y así la definición de feto depende de la época en que se fije el fin del período embrionario del huevo, Atendiéndose a un criterio morfológico puro, puede señalarse al segundo mes, pues en ésta época comienza a formarse los miembros y a reconocerse la figura humana, ya que antes solo existe una organi

zación ovular. Después del segundo mes del período embrionario que arranca desde el momento de la concepción hasta el parto, - el embrión humano es llamado en sentido estricto feto. Pero en sentido general, que es el concepto que tomamos, puede llamarse feto, aún en el período embrionario.

Etimológicamente aborto quiere decir privación de nacimiento. Dicha palabra proviene de "ab" privativo y "ortus" nacimiento. Se refiere a la interrupción de la vida intrauterina por lo expulsión del feto antes que sea viable; éste es el concepto médico que atiende la viabilidad para distinguir entre - aborto, parto prematuro y parto normal.

En Obstetricia, por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea hasta el fin del sexto mes de embarazo. La expulsión en los últimos - - tres meses se le denomina parto prematuro por la viabilidad del producto.

Desde cierto punto de vista, el concepto médico-obstétrico es más amplio que el concepto jurídico-delictivo, porque - - aquél no toma en cuenta la causa del aborto; el ginecólogo denomina aborto tanto al espontáneo por causa patológica como el terapéutico y el provocado o criminal.

Desde otro punto de vista, lenguaje obstétrico, es más restringido, porque se refiere a la época de la no viabilidad - del feto. Este concepto no tiene aplicación jurídica.

En su significado médico-legal, aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. La medicina legal, disciplina que pone al servicio del derecho las ciencias biológicas y las artes médicas, limita la noción del - aborto en aquellos que pueden ser constitutivos de delitos; es decir, a los provocados, a los que se originan en la conducta - intencional o imprudente del hombre; la medicina legal no atiende ni a la edad cronológica del feto ni a su actividad intrauterina o viabilidad.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

Concepto jurídico-delictivo.- El Código Penal establece que la única constitutiva material del delito, es la muerte del producto de la concepción durante la preñez; ella implica lógicamente los siguientes presupuestos necesarios: primero embarazo o preñez de la mujer; segundo.- maniobras abortivas en el amplio significado legal de la frase; y tercero.- el elemento moral del delito intencionalidad o imprudencia criminales.

La denominación de aborto que se le ha dado a éste delito ha sido muy criticada porque no coincide en su contenido jurídico, por lo que algunos doctrinarios han propuesto substituir la denominación por otra más acorde a su lexicografía: "delito de feticidio".

Sea que se le llame feticidio o aborto (ésta denominación es admitida en todos los países), en ambos casos los bienes jurídicos protegidos son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad, el derecho del padre a la descendencia, el interés demográfico de la colectividad.

El delito de aborto, a semejanza de otros, protege al producto de la concepción desde la preñez, pero hay que tener en cuenta el momento en que una mujer está preñada y esto es desde que el óvulo ya fecundado se anida en la matriz y para el Código Civil protege desde la concepción, esto es desde que se produce la fecundación (óvulo-espermatozoide).

El aborto en la legislación vigente se define por su consecuencia final: "muerte del feto". Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

"Se puede atentar contra la vida del no nacido por aborto provocado. Hay que dejar sentado desde un principio, que el no nacido es persona y no debe hacerse ninguna distinción entre el no nacido y el ya nacido en orden en su derecho a la vida. - El vivir en el seno materno no es ninguna circunstancia que le quite su derecho a vivir, como le quita el derecho a vivir a cualquier persona un hecho meramente accidental como puede ser-

la cojera, la ceguera, la incapacidad mental o la edad. En relación con la vida, vivir en el seno materno es un mero accidente transitorio, el derecho a la vida del no nacido se basa precisamente en que la persona comienza desde el momento mismo de la concepción, como ya quedó asentado anteriormente, esto es una realidad biológica y existencial, y esta claramente establecido y fuera de toda duda, por las modernas investigaciones científicas, que han venido a confirmar una verdad patente de sentido común.

Acceptar el hecho de que tras la concepción, un nuevo ser humano ha comenzado a existir, no es una cuestión de gusto o de opinión. La naturaleza humana de ese ser, desde su concepción hasta su vejez, no es una disputa metafísica. Es una realidad comprobada científicamente.

En el mismo sentido, se produce toda la ciencia genética y biológica actual, por lo que queda claro un hecho innegable: que la vida de un ser humano comienza en la fertilización del óvulo, es un hecho, no una mera opinión".⁵²

2.- INFANTICIDIO. Este delito "aparece en la historia de la penalidad como una entidad desgajada de la familia de los homicidios. Empero, la muerte del recién nacido, adquiere una significación penalística diametralmente opuesta en las diversas etapas de la evolución cultural, pues en tanto que en épocas pretéritas su especialidad se produjo en una agravación de la pena, en la presente es completada con evidente benignidad e indulgencia.

La metamorfosis operada en la represión del infanticidio fue debida, como bien dice Carrara, a la fuerza suprema de la lógica, ante la que tarde o temprano cede las falsas doctrinas, ya que no había un sólido principio a la odiosidad y rigor que se quería establecer. Y para evidenciarlo, el gran maestro hace mención de los falsos argumentos de los viejos criminalistas

52.- Pacheco Escobedo, Alberto, op.cit. pág. 79.

y lo somete a su demoledora crítica. En efecto: a) frente al vínculo de sangre tomado en cuenta para situar al infanticidio entre los homicidios calificados; b) frente al argumento en que el recién nacido es incapaz de defenderse de sus bárbaros enemigos; c) frente a la razón de que el niño, dada su inocencia, no había podido dar motivo de enojo a sus crueles padres".⁵³

Nuestro Código penal vigente, define al delito de infanticidio en su artículo 325 que a la letra dice: "llamase infanticidio a la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus descendientes con sanguíneos".

"La posible integración del delito de infanticidio está descartada cuando nace muerto el infante. En ésta hipótesis, ni aún siquiera puede configurarse la tentativa de dicho delito habida cuenta de que si falta el bien jurídico objeto de la tutela penal, el dispositivo amplificador típico descrito en el artículo 12 del Código, no puede entrar en función por una imposibilidad ontológica. Certestamente Ortiz Tirado subraya, que no pueden reputarse como actos idóneos aquellos que se ejecutan para privar de la vida al que no la tiene.

Las particularidades comunes al organismo del niño no ofrecen a los ojos de todos signos visibles de vida extrauterina. Los antiguos prácticos recurrieron a las presunciones. Y mientras Baldo y Berlichio, pensaban y se acogían siempre a la presunción de que el infante nacía vivo, y por lo tanto al acusado correspondía la demostración de lo contrario para evidenciar su inocencia.

La vida extrauterina puede acreditarse mediante prueba histórica y directa consistente en declaraciones de testigos que dijeren haber visto al niño moverse por sí mismo después de haber salido del claustro materno o haber escuchado sus vagidos.

53.- Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, 4ª. ed. - México 1979, Ed. Porrúa S.A., pág. 164, págs. 358.

Empero como éstos partos ocurren ordinariamente en lugares ocultos y sin la presencia de terceros, raro será el caso en que ésta prueba histórica pueda entrar en función. Hay por lo tanto que acudir frecuentemente a la prueba pericial. Corresponde a la medicina forense establecer las reglas para cerciorarse el veredicto previa observación y estudio del pequeño cadáver, de que si la criatura ha tenido o no vida extrauterina.

Se usa la Docimasia para comprobar si el feto muerto ha respirado. Según el procedimiento que se emplee, hay docimasia pulmonar óptica, docimasia pulmonar hidrostática, entre otras.

No se debe por lo tanto, considerar decisivo el fenómeno de la respiración si el niño nació con vida. Cualquier otro fenómeno circulatorio o muscular tiene igual trascendencia para demostrar la vida. El latido del corazón, pulsación del cordón umbilical o las contracciones espasmódicas de un músculo tienen también relevancia biológica".⁵⁴

3.- HOMICIDIO. El homicidio es el delito típicamente ofensivo de la vida humana e implica la más negra estrella de la constelación penal. No puede cometerse delito más grave contra un individuo ---afirmaba ya el viejo escritor García Goyena --- que el homicidio, pues, le arrebatara el primero y más preciado de los bienes que es la vida. En las leyes dictadas para sancionar el homicidio se considera que éste delito se integra escuetamente con el hecho de matar a otro, o, como expresa el artículo 302 del Código Penal de México, por privarle de la vida. El tipo penal de homicidio es, pues, un delito de abstracta descripción objetiva: privar de la vida a un ser humano. Para que una conducta pueda ser encuadrada dentro de la expresada figura, preciso es que constituya una verdadera acción lesiva del bien jurídico de la vida humana, es decir, un comportamiento que según las concepciones culturales imperantes tanto en el pensamiento de la ley como de sus serenos interpretes, pueda ser

54.- Jiménez Huerta, Mariano, op. cit., págs. 177, 178 y 180.

juzgado en el caso concreto y en sus diversas hipótesis penales -tentativa o consumación, dolo y culpa, como una acción de matar".⁵⁵

Con lo anterior, queremos dejar resaltado, cómo en el campo penal se protege al producto de la concepción, desde que se verifica el momento de la preñez de la mujer; y aún después de verificarse el nacimiento, contemplándose los casos de quien pueda atentar contra la vida de ese ser humano como puede ser -infanticidio u homicidio.

B. LOS ADELANTOS CIENTIFICOS Y LA VIABILIDAD.

En cuanto a los adelantos científicos, en relación a la viabilidad, como la entiende nuestra legislación, ésto es que reuna los requisitos que marca el artículo 337 del Código Civil es una cuestión, en nuestros días, de vital importancia. Ya que se puede mantener vivo al recién nacido por mucho más tiempo de lo establecido en dicho artículo y así cumplir para el derecho, con el requisito de la viabilidad y desde el punto de vista del presente trabajo, para que le sea otorgada personalidad jurídica al recién nacido, y así poder adquirir en definitiva los derechos sobre una herencia, legado o donación.

Aún y cuando ese pequeño ser no sea capaz de vivir por sí solo, que requiera el auxilio de la ciencia médica para lograrlo, si vive por más de veinticuatro horas, aunque sea una vida artificial, nacería a la vida jurídica y estaría en aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, ya que nuestro Código Civil no prevé la posibilidad de que viva desprendido enteramente del seno materno con algún aparato electrónico que logre el propósito de mantenerlo vivo, aunque su organismo por sí solo no pueda ser capaz de sobrevivir.

A éste respecto, consideramos que una interpretación de la intención del legislador lo fue, que el recién nacido viviera por sí solo sin la ayuda de la ciencia médica y tal vez para

55.- Jiménez Huerta, Mariano, op. cit. , pag. 23.

el año de 1928 no se pensaba que cómo una persona pudiera conservar la vida de una manera artificial ya no por unos minutos y mucho menos por años.

Es aquí donde se rompe totalmente con la viabilidad entendida por nuestro Código Civil ya que con lo anterior se tendría tiempo suficiente para que el Oficial del Registro Civil pueda levantar el Acta de Nacimiento y dar fe de que el recién nacido está vivo durante las primeras veinticuatro horas de su vida extrauterina y por ese hecho, según el artículo 50 del ordenamiento en consulta, demostrar, aún en los Tribunales que ese ser nació a la vida jurídica, ya que las actas del Registro Civil expedidas conforme a la disposición que precede, hacen prueba plena en todo lo que el Oficial del Registro Civil hace en el desempeño de sus labores, como es dar testimonio de haber pasado en su presencia, sin perjuicio de que el acta pueda ser redarguida de falsa. Lo cual no sería posible ya que además de ser un documento público se tendría el testimonio de las personas que asistieron al parto, así como la demostración de que existe un mecanismo electrónico capaz de mantener con vida a una persona de manera artificial.

C. FORMA EN QUE SE SUGIERE REGLAMENTAR LA VIABILIDAD.

Hemos visto que existe una alternatividad dentro de los supuestos que marca el artículo 337 de nuestro Código Civil y hemos dejado asentado también que la viabilidad propiamente dicha es la capacidad de vivir y que si se exige el término de veinticuatro horas de vida, es para acreditar que ese ser recién nacido sí tiene esa capacidad de sobrevivir y desde nuestro particular punto de vista sugerimos que se reglamente en el sentido de que se registre al recién nacido después de las veinticuatro horas de su nacimiento, ya que existe una contradicción a lo que respecta a la viabilidad, por cuanto a que ésta se pueda alcanzar por el hecho de la inscripción del nacimiento con vida en el Registro Civil, antes de que transcurra el término esta--

blecido por el mencionado numeral, porque entonces no tendría - razón de ser dicho término, que es el que supone la viabilidad del individuo, por lo que creemos que lo más conveniente es que se registre al recién nacido después de las veinticuatro horas de su nacimiento.

CONCLUSIONES

- PRIMERA.- Al no nacido se le considera persona desde el momento mismo de la concepción.
- SEGUNDA.- Al concebido, por ser considerado persona, se le adelanta, aunque en grado mínimo, una capacidad de goce para atribuirle determinados derechos.
- TERCERA.- El principio de la personalidad jurídica se encuentra en el nacimiento viable, es decir, - cuando se reúnen los requisitos establecidos - en el artículo 337 del Código Civil.
- CUARTA.- Nuestro Código Civil equipara al no nacido como si éste ya hubiera nacido y para evitar ésta confusión debió decir simplemente que los - intereses del concebido se protegerán como los del nacido.
- QUINTA.- La viabilidad opera como condición resolutoria negativa porque para que se de, se necesita - que el concebido no nazca vivo o que no cumpla con los requisitos que marca el artículo 337 - del Código Civil, porque la obligación se resuelve como si nunca hubiera existido, extinguiéndose la capacidad de goce que se le había adelantado, con efectos retroactivos; y para - el caso de que el concebido nazca vivo y viable ésta se convierte en pura y simple como si nunca hubiera estado sujeta a condición alguna.
- SEXTA.- Personalidad viable es la que se adquiere por el hecho del nacimiento con los requisitos que establece la ley, adquiriéndose por tanto, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

- SEPTIMA.- La personalidad y la capacidad de goce no significan lo mismo, aunque nuestra ley las utilice como sinónimos, ya que la personalidad es la que se adquiere por el hecho del nacimiento con los requisitos que establece la ley, mientras que la capacidad de goce para el no nacido, aunque en grado mínimo, es la que adquiere por el sólo hecho de ser persona.
- OCTAVA.- Nuestro legislador en el Código Civil de 1928- en su artículo 337, no vislumbró que los adelantos científicos, en nuestros días, pueden mantener con vida a una persona por más de veinticuatro horas, cumpliéndose así los presupuestos de dicho artículo.
- NOVENA.- Existe una contradicción en cuanto a la viabilidad, por cuanto a que ésta se puede alcanzar por el hecho de la inscripción del nacimiento con vida del niño en el Registro Civil, antes de que transcurra el término establecido en el artículo 337 del Código Civil, ya que no tendría razón de ser el término de veinticuatro horas que es el que marca la viabilidad, por lo que creemos que lo más correcto es que se registre al recién nacido después de las veinticuatro horas a su nacimiento.
- DECIMA.- Se propone la reforma al artículo 22 del Código Civil para quedar de la siguiente manera: -
ART. 22.- 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, se protegerán sus intereses como los del nacido, para los efectos declarados en el presente Código.

BIBLIOGRAFIA

CODIGOS

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal de 1928
- 2.- Código Civil Español de 1889.
- 3.- Código Civil Alemán de 1900.
- 4.- Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO.
Segundo Curso de Derecho Civil.
3ª edición, 1975.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F.
Págs. 446.

- 2.- BRAVO VALDEZ, BEATRIZ y BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN.
Primer Curso de Derecho Romano.
5ª edición, 1981.
Editorial Pax.
México, D.F.
Págs. 322.

- 3.- BONNECASE, JULIEN.
Elementos de Derecho Civil.
Tomo I.
Traduc. del Lic. José M. Cajica Jr.
Editorial Cajica.
Puebla, Puebla.
1945.

- 4.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE.
Derecho Civil Español, Común y Foral.
Tomo II.
5ª edición, 1941.
Instituto Editorial Reus.
Madrid.

- 5.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE.
Derecho Civil Español, Común y Foral.
Tomo III
8ª edición, 1954.
Instituto Editorial Reus.
Madrid.
- 6.- DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO.
Parte General, Personas, Invalidez y Negocio Jurídico
Pról. de Manuel Borja Martínez.
24ª edición, 1990.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F.
Págs. 760.
- 7.- DE IBARROLA, ANTONIO.
Cosas y Sucesiones.
4ª edición, 1977.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F.
Págs. 1064.
- 8.- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO.
Derecho Privado Romano.
7ª edición, 1977.
Editorial Esfinge, S.A.
México, D.F.
Págs. 530.
- 9.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO.
Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia.
9ª edición, 1989.
Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F.

Págs. 755.

10.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.

Dialogos Jurídicos.

1ª edición, 1978.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F.

Págs. 446.

11.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.

Introducción al Estudio del Derecho.

27ª edición revisada, 1977.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F.

Págs. 444.

12.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.

Derecho de las Obligaciones.

5ª edición, 1981.

Editorial Cajica.

Puebla, Puebla.

Págs. 946.

13.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.

Derecho Penal Mexicano.

5ª edición, 1980.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F.

Págs. 358.

14.- MUÑOS, LUIS.

Comentarios a los Códigos Civiles de España e Hispa-

noamérica.

Editorial HCA, Hererrero, 1953.

Págs. 1008.

15.- ORTIZ-URQUIDI, RAUL.

Derecho Civil, Parte General, Introducción.

Pról. del Dr. Roberto L. Mantilla Molina.

1ª edición, 1977.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F.

Págs. 627.

16.- PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO.

La Persona en el Derecho Civil Mexicano.

7ª edición, 1985.

Editorial Panorama.

México, D.F.

Págs. 357.

17.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.

Lecciones de Derecho Penal.

4ª edición, 1982.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F.

Págs. 357.

18.- PLANIOL, MARCEL.

Tratado Elemental de Derecho Civil.

Tomo I, 1, Introducción, Familia, Matrimonio.

1ª edición, 1983.

Editorial Cajica, S.A.

Puebla, Puebla.

Págs. 567.

- 19.- RECASENS SICHES, LUIS.
Tratado General de la Sociología.
15ª edición, 1977.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F.
Págs. 682.
- 20.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
Compendio de Derecho Civil
Tomo III.
Teoría General de las Obligaciones.
1ª edición, 1962, 10ª edición, 1965.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F.
Págs. 531.
- 21.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
Derecho Civil Mexicano. Introdicción y Personas.
Tomo I.
6ª edición, 1990.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F.
Págs. 525.
- 22.- SOTO ALVAREZ, CLEMENTE.
Introducción al Estudio del Derecho Y Derecho Civil.
1ª edición, 1975.
Editorial Limusa.
Págs. 387.