

178
rej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho
Seminario de Derecho Civil



**DERECHOS DEL CONCEBIDO NO NACIDO DE
ACUERDO AL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

Que para optar por el Título de :

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta :

HERMAN FERNANDO CORDOVA MIRANDA

Ciudad Universitaria, D.F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1993



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION..... I

CAPITULO I.

DE LA PERSONALIDAD

I.-	CONCEPTO DE PERSONALIDAD.....	1
II.-	PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD.....	23
III.-	TEORIAS RELATIVAS A LA CONCEPCION DEL NASCITURUS.....	30
	A) TEORIA DE LA CONCEPCION	
	B) TEORIA ECLECTICA	
	C) TEORIA DE LA VIABILIDAD	
IV.-	LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL NO NACIDO.	
	A) CONDICIONES JURIDICAS QUE DEBERA REUNIR EL FETO DESPRENDIDO DEL SENO MATERNO PARA QUE SE LE CONSIDERE PERSONA.....	32
	B) PROBLEMATICA JURIDICA DE LA CAPACIDAD DE GOCE DEL NASCITURUS.....	35

CAPITULO II.

DERECHOS DEL SER CONCEBIDO

I.-	LA POSIBILIDAD DE SER INSTITUIDO HEREDERO.....	38
-----	--	----

II.- LA POSIBILIDAD DE SER DESIGNADO LEGATARIO.....	45
III.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR DONACIONES.....	48
IV.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR PENSION ALIMENTICIA EN CASO DE DIVORCIO DE SUS PADRES.....	51

CAPITULO III.

PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO DERIVADA DE LA
FILIACION, EN LA TUTELA, EN LAS SUCESIONES Y EN
LOS CONTRATOS.

I.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LA FILIACION SEGUN LO DISPUESTO EN LOS ARTICULOS 324, 328, Y 333 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	56
II.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LA TUTELA SEGUN LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 470 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	74
III.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LAS SUCESIONES SEGUN LO DISPUESTO EN LOS ARTICULOS 1314, 1375, 1377, Y DEL 1638 AL 1648 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	80
IV.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LOS CONTRATOS SEGUN LO DISPUESTO EN LOS ARTICULOS 2357 Y 2359 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	87

CAPITULO IV.

PROTECCION JURIDICA A LA VIDA DEL EMBRION PARA QUE
NO SE IMPIDA ILICITAMENTE EL NACIMIENTO DEL SER EN
GESTACION.

I.- PROBLEMÁTICA DEL ABORTO.....	90
----------------------------------	----

CONCLUSIONES..... 114

BIBLIOGRAFIA Y LEGISLACION CONSULTADA..... 119

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

El interés por las normas jurídicas relativas a la defensa de la vida y a los derechos que le concede en particular, el Código Civil vigente, al no nato, ha sido la razón principal que me motivó a elegir el tema de la presente tesis "Derechos del Concebido No Nacido de acuerdo al Código Civil vigente para el Distrito Federal", para optar por el título de Licenciado en Derecho.

Nuestra legislación civil otorga al "nasciturus" capacidad de goce, atento a la posibilidad de disfrutar determinados derechos; por ello, el objeto de nuestro estudio es el de conocer hasta que punto la ley le brinda protección al no nacido, respecto de los derechos que pudieran corresponderle.

Para un mejor estudio del tema, se le dividió en cuatro capítulos, cuyo contenido se comenta a continuación:

En el primer capítulo trataremos lo relativo al concepto de personalidad, igualmente nos referiremos a los atributos de la misma tales como el nombre, domicilio, nacionalidad, estado civil, capacidad y patrimonio. Se estudiarán asimismo, los efectos de la muerte; las teorías relativas a la concepción y, por último, la problemática referente a dos figuras que en relación con el ser concebido no nacido han presentado alguna dificultad para su comprensión, nos referimos a la personalidad y a la capacidad de goce.

Como consecuencia de este primer capítulo, en el segundo trataremos sobre los derechos que el Código Civil vigente para el Distrito Federal otorga al ser que ha sido concebido, como son: la posibilidad de ser instituido heredero, la de ser designado legatario, de recibir donaciones y, finalmente, la de gozar de una pensión alimenticia en caso de divorcio de sus padres.

En el tercer capítulo nos dedicaremos a exponer el alcance de la protección que brinda al ser concebido no nacido el multicitado Código Civil vigente en instituciones del Derecho de Familia, de las Sucesiones y en los Contratos.

En el cuarto y último capítulo revisaremos algunas consideraciones relativas al aborto, en virtud de que el bien jurídico tutelado es la vida. Con esto se cierra el círculo dentro del cual se comprende la protección, que en el campo del Derecho Civil y el Derecho Penal, se le brinda al ser que ha sido concebido pero que aún no ha nacido.

Por último, la idea del presente trabajo es la de recomendar que los derechos que se otorgan al no nacido en la legislación común, tengan una sistemática más adecuada, de conformidad a la importancia del bien protegido.

**CAPITULO PRIMERO
DE LA PERSONALIDAD**

I.- CONCEPTO DE PERSONALIDAD

El vocablo personalidad, proviene del latín "personalitas-atis", y se define como el conjunto de cualidades que constituyen a la persona. Estas cualidades le van formando a cada individuo una personalidad definida que le distingue de los demás y que en virtud de la misma se le considera como sujeto de derechos y obligaciones.

La personalidad del individuo se compone de los siguientes atributos:

- Nombre.
- Domicilio.
- Nacionalidad.
- Estado Civil.
- Capacidad.
- Patrimonio.

NOMBRE

El nombre es una forma obligatoria de designación de la persona que le permite identificarla e individualizarla respecto a los demás individuos de la sociedad a la que pertenece.

"El nombre de una persona física está constituido por dos elementos esenciales: el nombre propio o nombre de pila y el apellido (paterno y materno) o nombre patronímico. La unión de estos vocablos constituye propiamente en sí el nombre de la persona. El nombre patronímico constituye su parte esencial; los otros vocablos son agregaciones a ese nombre y no tienen el mismo valor." ¹

El Código Civil regula la cuestión del nombre patronímico en forma desarticulada, así su artículo 59 expresa:

"Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilios de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación"; de allí se deduce que el hijo de matrimonio tiene derecho a llevar los apellidos de sus progenitores, sin que la ley lo precise categóricamente, como sí lo recoge en norma expresa con respecto a los hijos habidos fuera de matrimonio de acuerdo al artículo 389 de dicho ordenamiento que declara: "El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho: I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca."

¹ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edic. 7ª. Ed. Porrúa. México, 1985. p. 342.

"El Código omite también norma expresa respecto al orden en que deben colocarse los apellidos. En la materia rige también la costumbre de colocar primero el apellido paterno, seguido del materno." ²

Existen otros elementos del nombre no esenciales, sino circunstanciales como son: seudónimo, sobrenombre y título de nobleza.

SEUDONIMO

El seudónimo es un falso nombre que la persona se da a sí misma. Su uso está permitido con la única limitación de que no lesione los intereses de terceros.

"El seudónimo no sustituye al nombre, ya que éste sigue siendo obligatorio para todos los actos jurídicos referentes a la persona." ³

SOBRENOMBRE

El sobrenombre, alias o apodo, es la designación que los extraños dan a una persona, tratando de ridiculizarla o de caracterizar algún defecto o cualidad de la misma.

² Montero Duhalt, Sara. Diccionario Jurídico Mexicano. Voz: Nombre. Edic. 3ª. Ed. Porrúa. México, 1989. p. 2197.

³ Loc. cit.

"El apodo es práctica común en las clases de bajo nivel cultural. Tiene un relativo interés en materia penal pues sirven frecuentemente como medio de identificación de delinquentes." ⁴

TITULO DE NOBLEZA

"El título de nobleza es una dignidad u honor con que los monarcas o papas invisten a determinadas personas como recompensa a servicios eminentes prestados. Estos títulos son transmisibles por herencia en la forma que establezca la legislación que regula la materia." ⁵

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 12 declara que:

"En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país."

El uso o aceptación de tales títulos acarrea sanciones consistentes en la pérdida de la ciudadanía o de la nacionalidad mexicana según el caso:

⁴ Loc. cit.

⁵ Loc. cit.

Art. 37.-

"A) La nacionalidad mexicana se pierde:"

II.- "Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero."

B) "La ciudadanía mexicana se pierde:"

I.- "Por aceptar o usar títulos nobiliarios que no impliquen sumisión a un gobierno extranjero."

Existe controversia entre los autores en el sentido de que si el nombre es un derecho que adquieren las personas o bien, si es el nombre el que obliga a las mismas a usarlo para efectos de su personalidad en Derecho.

Planiol afirma que el nombre es una institución de policía civil, es la forma obligatoria de la designación de las personas; pero no es un objeto de propiedad como tampoco lo son los números de las matrículas; no es enajenable, la ley no lo pone a disposición de quien lo lleva, y más que en interés de ésta lo establece en interés general. ⁶

Existen teorías que consideran que existe un derecho subjetivo de carácter privado sobre el nombre, sin embargo, hay controversia

⁶ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. cit. p. 345

en el sentido de que si éste es un derecho de propiedad, un derecho de familia o si es un derecho de la personalidad.

Si partimos de la base de que el derecho al nombre es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial no se puede considerar como un derecho de propiedad, ya que en ese caso el titular de ese derecho no sería la persona, sino la familia (tratándose del nombre patronímico), y en el caso del nombre propio el dominio del mismo sería de un sinnúmero de personas que tienen el mismo nombre.

El supuesto de que el nombre es un derecho de familia es totalmente inaceptable, ya que un grupo de personas que conforman una familia, no tienen personalidad jurídica, y por lo tanto no tendría un sujeto que ejerza este derecho.

"GIERKE, FADDA y BENSÁ, COVIELLI, FERRARA y MESSINEO, entre otros, sustentan que el nombre es un derecho de la personalidad, ya que éste es inherente a la personalidad del sujeto, inseparable de la persona, en tal manera que el nombre es el instrumento idóneo para situar al sujeto, frente a todo el ordenamiento jurídico." ⁷

En efecto, el derecho al nombre:

1o. "Es un derecho absoluto, en el sentido de que es oponible frente a todas las demás personas, y por lo tanto, se encuentra

⁷ Ibid. p. 346.

protegido por cualquier acto que constituya una usurpación de los terceros."

2o. "El nombre de la persona física, no es valuable en dinero. No forma parte del patrimonio a quien pertenece."

3o. "Es imprescriptible; quiere decir que pertenece a aquella especie de derechos, cuyo ejercicio no se pierde porque deje de usarse durante un tiempo, por largo que se le suponga."

4o. "Es un principio intransmisible por voluntad de su titular. Un tercero puede adquirir su nombre por vía derivada, como acontece en el caso del matrimonio, pues como consecuencia de él, la esposa adquiere el derecho de usar el nombre del marido."

5o. "El nombre patronímico, excepto en el caso de los expósitos o de hijos de padres desconocidos, es la expresión de la filiación y en consecuencia, es el signo de la adscripción a un determinado grupo familiar."

6o. "Impone a quien lo lleva la obligación de ostentar su personalidad precisamente bajo el nombre que consta en el acta correspondiente del Registro Civil, ya se trate de nacimiento, de legitimación, de reconocimiento de una persona como hijo de otra, o de una sentencia judicial que declare cual es el nombre y apellido que deba usar un individuo."

7o. "El nombre en principio es inmutable, en tanto es un atributo de la personalidad y su función es identificadora de la persona que lo lleva."

8o. "Considerando el nombre, como atributo de la personalidad y estando fuera del comercio, protege a la vez un interés jurídico (inmaterial, moral y social) de la persona. El nombre es índice de que la persona se identifica en el mundo, como "alguien", es lo que la persona significa en el campo del Derecho." ⁸

DOMICILIO

La Ley reconoce tres clases de domicilio: real, legal y convencional.

DOMICILIO REAL.

El Código Civil en su artículo 29, señala que:

"El domicilio de las personas físicas es el lugar en donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren."

⁸ Ibid. p.p. 347 y 348.

"Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses."

El domicilio cumple una función muy importante en las relaciones sociales ya que indica la estabilidad de una persona en un lugar determinado.

Del citado artículo, se desprende que el domicilio de la persona física está constituido por la permanencia de la misma en un lugar determinado, ya que la residencia es el elemento material del domicilio y cuando no se pueda determinar el lugar en donde una persona reside, su domicilio será el lugar del centro principal de sus negocios, el lugar en donde resida o en su defecto, el lugar en donde se encuentre.

DOMICILIO LEGAL.

El artículo 30 del Código Civil establece:

"El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la Ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente."

El mencionado precepto designa aún en contra de la voluntad de ciertas personas que la ley señala, el domicilio legal que se reputa como su domicilio, independientemente de que residan allí.

Este domicilio se asigna exclusivamente para personas que tienen una situación legal de dependencia o subordinación.

De acuerdo al artículo 31 del Código Civil:

"Se reputa domicilio legal,"

- I.- "Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya Patria Potestad esté sujeto;"
- II.- "Del menor que no esta bajo la Patria Potestad y del mayor incapacitado, el de su Tutor;"
- III.- "En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;"
- IV.- "De los cónyuges, aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29;"
- V.- "De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;"
- VI.- "De los servidores públicos, el lugar en donde desempeñan sus funciones por más de seis meses;"

VII.- "De los funcionarios diplomáticos, el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante, salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente;"

VIII.- "De las personas que residan temporalmente en el país en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un organismo internacional, será el del Estado que los haya designado o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente, salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente," y

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

En el mencionado artículo, la ley asigna a ciertas personas su domicilio legal para que éstas cumplan con sus obligaciones y para que también ejerciten sus derechos, aún cuando las mismas no residan en éste domicilio.

En las fracciones I, II y III del citado precepto, se establece que el domicilio legal del menor de edad no emancipado,

del menor de edad que no esté bajo la patria potestad, del mayor incapacitado y en el caso de menores o incapaces abandonados será el de sus representantes legales, ya que son éstos los que actúan en nombre y por cuenta de éstos.

En la fracción IV del mencionado dispositivo, se establece que el domicilio legal de los conyúges, será aquel en el cual éstos vivan de consuno, pudiendo cada conyúge fijar su domicilio sin perjuicio de lo establecido en el artículo 29 del citado ordenamiento.

De acuerdo a las fracciones V y VI que establecen que el domicilio legal de los militares en servicio activo y de los servidores públicos, será para los primeros el lugar en que están destinados y para los segundos el lugar en donde desempeñan sus funciones por más de seis meses, en virtud de sus actividades.

La fracción VII del citado precepto, establece que el domicilio legal de los funcionarios diplomáticos, será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante, salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente, sin embargo, se considerará como su domicilio el lugar de su residencia en México respecto a las obligaciones contraídas en el país.

En la fracción VIII se estipula como domicilio legal de las personas que residan temporalmente en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un organismo internacional, el del

Estado que los haya designado o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente, salvo con respecto de las obligaciones contraídas localmente. En relación a las obligaciones contraídas en territorio nacional, se considerará como su domicilio el de su residencia en nuestro país.

Por último, en la fracción IX del multicitado artículo, se estipula que se reputa como domicilio legal de los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido. Así, se reputa como domicilio legal de las personas mencionadas en éste párrafo, el lugar en donde deben permanecer cumpliendo su condena.

En relación con las personas morales, el domicilio legal de las mismas será el lugar donde se hallen establecidas sus oficinas generales o su administración. El domicilio de las sucursales será en donde éstas se encuentren operando.

DOMICILIO CONVENCIONAL.

El domicilio convencional es el que señalan las personas para oír y recibir notificaciones en asuntos judiciales, así como para el cumplimiento de algunas obligaciones. Generalmente este domicilio es el de sus abogados, quienes los representan legalmente.

El domicilio convencional está regulado en el artículo 34 del Código Civil, que declara:

"Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones."

En el mencionado artículo, se faculta a las personas para que ellas mismas elijan el lugar para dar cumplimiento a determinadas obligaciones, generalmente la designación de este domicilio se hace al tiempo de celebrar un contrato, para que en el lugar establecido se cumpla lo convenido.

"En el cumplimiento de las obligaciones, el domicilio convencional tiene gran importancia, pues el artículo 2082 del Código Civil, parte de la base de que el pago se hará preferentemente en el lugar convenido y a falta de estipulación en ese sentido, en el domicilio del deudor. Además, el domicilio convencional para el pago tiene también efectos en cuanto a reputar como juez competente al del lugar que el deudor hubiere señalado para ser requerido judicialmente para el cumplimiento de la misma obligación." ⁹

NACIONALIDAD.

Todas las personas físicas o morales, deberán tener forzosamente un nacionalidad que indique el país del cual son

⁹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vol. I. T. II. Edic. 4ª. Ed. Porrúa. México, 1980. p. 495.

originarias. Generalmente las personas solo pueden tener una sola nacionalidad, aunque existen casos en los que algunos individuos tienen dos o más nacionalidades.

La nacionalidad está regulada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 30 que declara:

"La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización."

A. "Son mexicanos por nacimiento:"

I.- "Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;"

II.- "Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana;"

III.- "Los que nazcan a bordo de embarcaciones mexicanas sean de guerra o mercantes."

B. "Son mexicanos por naturalización:"

I.- "Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización y"

II.- "La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicana y tengan o

establezcan su domicilio dentro de territorio nacional."

Respecto a la nacionalidad de las personas morales, el artículo 5o. de la Ley de Nacionalidad y Naturalización señala:

"Son personas morales de nacionalidad mexicana, las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal."

El domicilio de las personas morales es el lugar en donde radica la sede de su administración.

La nacionalidad es un presupuesto de la ciudadanía, y de acuerdo al artículo 34 de nuestra Constitución:

"Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además, los siguientes requisitos:"

I.- "Haber cumplido 18 años, y"

II.- "Tener un modo honesto de vivir."

ESTADO CIVIL.

"El Estado Civil se refiere a la posición que ocupa una persona en relación con la familia; presupuesto necesario, junto

con el esto político, para conocer cual es la capacidad de una persona.

Comprende el estado del conyúge y el del pariente, ya sea por afinidad, adopción o consanguinidad. Tiene su origen en un hecho jurídico: el nacimiento o en actos de voluntad como el matrimonio."

10

Este estado se comprueba mediante las constancias respectivas en el Registro Civil, salvo los casos expresamente exceptuados de acuerdo al artículo 39 del Código Civil.

En algunos casos la posesión de estado suple a las actas del Registro Civil. La posesión de estado consiste en una serie de actos jurídicos o materiales mediante los cuales se manifiesta el derecho al estado en cuestión.

De acuerdo al artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles:

"Las acciones de estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el

¹⁰ Pérez Duarte y N, Alicia Elena. Diccionario Jurídico Mexicano. Voz: Estado Civil. Ob. cit. p. 1328.

ejercicio de acciones de estado civil perjudican aún a los que no litigaron. Las acciones de estado civil fundadas en la posesión de estado producirán el efecto de que se ampare o restituya a quien la disfrute contra cualquier perturbador."

CAPACIDAD.

"La Capacidad suele ser definida como la aptitud que una persona tiene de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde." ¹¹

Existen dos clases de capacidad:

- Capacidad jurídica o de goce.
 - Capacidad de ejercicio o de actuar.
- Capacidad jurídica.

La capacidad jurídica o de goce la reconoce la Ley a todas las personas desde antes de su nacimiento, desde que son concebidas y es la aptitud en que se encuentran de ser sujetos de derechos y obligaciones, aún en los casos de minoría de edad. (Vid. artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

¹¹ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Edic. 37ª. Ed. Porrúa. México, 1985. p. 412.

- Capacidad de ejercicio o de actuar.

La capacidad de ejercicio es la aptitud en que se encuentran las personas para ejercer por sí mismas sus derechos y para contraer y cumplir obligaciones.

Para adquirir la capacidad de ejercicio es necesario haber cumplido la mayoría de edad (18 años), según lo establece el artículo 646 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

De acuerdo al mencionado ordenamiento, la persona, al llegar a los 18 años, a adquirido la madurez intelectual y el discernimiento necesario para determinarse por sí misma en la vida jurídica, por lo que es capaz de adquirir la capacidad de ejercicio.

El Código Civil en su artículo 450 (reformado por Decreto Presidencial y publicado el día 23 de julio de 1992 en el Diario Oficial de la Federación) regula también las causas por las que una persona puede ser declarada incapaz:

Art. 450.- "Tienen incapacidad natural y legal."

I.- "Los menores de edad;"

II.- "Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por

enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrónicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

En los supuestos mencionados, se dice que la persona se encuentra en estado de interdicción, y por lo tanto es incapaz de ejercer sus derechos y contraer y cumplir sus obligaciones por sí mismo, debiendo hacerlo por medio de sus representantes, ya sean sus padres o tutor. Esta medida se emplea como un medio de protección para el incapaz.

"La capacidad de goce puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, porque el titular de un derecho puede ser, según los casos, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otros términos, hay personas que aunque tengan el goce de derechos civiles, no tienen su ejercicio. Son los que propiamente hablando, se llaman incapaces. En la moderna legislación francesa, la capacidad de goce, pertenece en principio a todos los individuos. Toda persona, cualesquiera que sea su edad, sexo, estado y aún su nacionalidad, tiene el goce de los derechos civiles, y es que un hombre no puede vivir, sin tomar parte en el comercio jurídico y por consiguiente, sin ser titular de derechos civiles. Quitar a un

individuo el goce de los derechos civiles, sería borrarlo del número de las personas, colocarlo en la situación del esclavo del mundo antiguo. Los incapacitados de disfrute son pues, excepcionales y además, especiales, es decir, que no conciernen más que a uno o a varios derechos determinados. No puede concebirse a una persona que se halle privada de todos los derechos civiles."

12

PATRIMONIO.

"El patrimonio se ha definido como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria que constituyen una universalidad de derecho. El patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que éstos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valorización pecuniaria. Los jurisconsultos romanos le daban a la voz pecunia una significación más amplia que a la palabra moneda, puesto que comprendían dentro de la primera los bienes patrimoniales y en este género, la "pecunia numerata", o moneda, constituía una especie." 13

¹² Colín, Henri y Capitant, Ambroise. Curso Elemental de Derecho Civil, versión al Castellano de Demófilo de Buen. T. I. Edic. 2ª. Ed. Reus. Madrid, 1952. p. 281.

¹³ Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 67.

"Para la escuela clásica francesa (escuela de la exégesis), el conjunto de bienes, derechos, obligaciones, y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho, que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona jurídica." ¹⁴

De dicha teoría deriva la idea de que el patrimonio es un atributo de la personalidad.

El patrimonio tiene dos elementos: uno activo y otro pasivo. El activo se constituye por el conjunto de bienes y derechos y el pasivo por las cargas y obligaciones susceptibles de una apreciación pecunaria. Los bienes y derechos que integran el activo se traducen siempre en derechos reales, personales o mixtos y el pasivo por deberes personales o cargas u obligaciones reales.

El haber patrimonial resulta de la diferencia entre el activo y el pasivo, cuando aquél es superior a éste, mientras que el déficit patrimonial surge cuando el pasivo es superior al activo; en el primer caso se habla de solvencia y, en el segundo, de insolvencia.

Se puede afirmar que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, en tanto que es el conjunto de poderes y deberes entendidos en términos absolutos que se extiende en el tiempo y en el espacio; en el tiempo, porque abarca tanto los bienes, derechos, obligaciones y cargas presentes, como los que la

¹⁴ Ibid. p. 68.

misma persona pudiera tener en el futuro, y en el espacio, porque comprende todo lo susceptible de apreciación pecuniaria.

II.- PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD.

Creemos importante señalar en primer término cual es el concepto de persona para poder llegar así al concepto de personalidad y a la problemática que le atañe.

Entre los latinos el sentido originario de "persona" fue el de "mascara." "Persona" designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena. El propósito de la máscara era hacer la voz del actor sonora y vibrante. Poco después, la expresión "persona" pasó a designar al propio actor enmascarado: al personaje.

La persona, consecuentemente, funge como algo, hace las veces de algo, protagoniza algo; un papel, una parte; en suma, personifica un papel social.

El concepto de persona y capacidad van intrínsecamente ligados, ya que una persona adquiere personalidad jurídica (capacidad) desde el momento de su concepción.

"Capacidad" corresponde al concepto romano de "caput." En el discurso jurídico romano, "caput" aparece como sinónimo de

"persona." La sinonimia entre "caput" y "persona" se hace manifiesta toda vez que con "caput" los romanos se refieren al "status" del ciudadano.

"La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía toda en torno al triple status de que la persona gozaba; el "status libertatis", el "status civitatis" y el "status familiae", de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el último daba lugar a la distinción de personas "sui juris" y personas "alieni juris", determinando en los sometidos al poder una incapacidad en la esfera del derecho privado." ¹⁵

En la actualidad, capacidad jurídicamente hablando se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la posibilidad o facultad para que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.

El Código Civil declara en su artículo 22 que a la letra dice:

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

¹⁵ De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Edic. 4ª. Ed. Nacamendi. México, 1941. p. 243.

Esto quiere decir que en el derecho actual, cualquier persona tiene la posibilidad de participar en la vida jurídica, ya que pueden ser sujetos de derechos y obligaciones.

Es decir, la personalidad jurídica de cualquier individuo, principia desde el momento en que es concebido, y aún, aunque no haya nacido tiene la capacidad de goce.

Si desaparece la capacidad de goce, desaparece por ende la personalidad, ya que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar.

"La capacidad de goce, que es parte integrante de la personalidad puede existir sin que quien la tiene, posea la capacidad de ejercicio. A esta ausencia de la capacidad de ejercicio se alude generalmente, cuando se dice que una persona es incapaz o está incapacitada. La incapacidad entonces, se refiere a la carencia de aptitud para que la persona, que tiene capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma." ¹⁶

capacidad de Ejercicio.

Es la aptitud de la persona para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo. Para adquirir la Capacidad de Ejercicio es necesario cumplir con los requisitos que señala la Ley.

¹⁶ Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 386.

El artículo 646 del Código Civil establece:

"La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos."

Es decir, se tiene capacidad de ejercicio al cumplir dieciocho años.

"Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce, no significan lo mismo aunque se relacionan entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho, y la capacidad alude a situaciones jurídicas concretas (para celebrar contratos, para contraer matrimonio, para adquirir bienes muebles o inmuebles, etc.)." ¹⁷

El Código Civil establece que personas son incapaces y así lo establece el ya citado artículo 450 del mencionado ordenamiento (reformado por Decreto Presidencial y publicado el día 23 de julio de 1992 en el Diario Oficial de la Federación) que a la letra dice:

"Tienen incapacidad natural y legal":

I. "Los menores de edad";

II.- "Los mayores de edad disminuídos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y

¹⁷ Ibid. p. 386.

aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Las personas que se encuentren en alguno de los supuestos anteriores, no podrán tener capacidad de ejercicio.

FIN DE LA CAPACIDAD Y DE LA PERSONALIDAD FISICA.

"Así como el nacimiento o la concepción del ser determinan el origen de la capacidad, y por lo tanto, de la personalidad, la muerte constituye el fin. Sin embargo puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó, no extinga la personalidad. Esto ocurre, en las personas ausentes. Como se ignora si el ausente vive o ha muerto, la Ley no puede determinar la extinción de la personalidad con un dato incierto. El único sistema entonces, consiste en formular presunciones de muerte; se regulan ciertos períodos en la ausencia, primero, para declarar que el individuo se encuentra ausente para todos los efectos legales; no basta la ausencia de hecho, debe haber la declaratoria judicial

de ausencia. Una vez que se declara la ausencia, corren ciertos plazos para llegar a la presunción de muerte y hasta que se formule ésta, cesa la personalidad. Ahora bien, como la presunción de muerte puede ser anterior o posterior a la muerte real, tenemos aquí un caso en el cual el sujeto puede haber sido privado de personalidad aún en vida, o el derecho puede seguir reconociendo personalidad a un ser que haya muerto; sin embargo, estamos operando sobre una hipótesis que quedará destruida si el ausente aparece. Por esto, a pesar de que se declare su presunción de muerte, cuando el sujeto aparece se destruyen todos los efectos jurídicos relacionados con esa presunta muerte. Los bienes que habían pasado a sus herederos, como si se tratase de una muerte real, regresan al patrimonio del ausente; cuando se pueda determinar con certeza su muerte, a pesar de que se haya declarado su presunción en una fecha anterior, los efectos jurídicos se referirán a la muerte real y no a la muerte presunta. Esto tiene interés en el derecho hereditario para abrir la herencia no a partir de la presunción de muerte, sino de la muerte real. Como suponemos que ya la herencia se había abierto, debido a la muerte posterior, todas aquellas diligencias practicadas con anterioridad quedan sin valor jurídico; debe abrirse nuevamente la sucesión que puede traer como consecuencia que sean declarados como herederos otros distintos de los que primitivamente se habían considerado como tales, ante la presunción de muerte del ausente. Un precepto dispone que la herencia se abre a la muerte de una persona o cuando se declara su presunción de muerte." ¹⁸

¹⁸ Rojina Villegas, R. Ob. cit. p.p. 439 y 440.

EFFECTOS DE LA MUERTE.

"Los efectos de la muerte son:

- La cesación de la personalidad.
- La extinción de los derechos y obligaciones que dependan de la vida de la persona.
- La apertura de su sucesión testamentaria."¹⁹

De acuerdo a los conceptos anteriormente mencionados, uno de los efectos de la muerte, es la cesación de la personalidad y por ende la extinción de derechos y obligaciones, de acuerdo a lo establecido por el artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que a la letra dice:

"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."

El ser humano adquiere capacidad de goce en el momento de su concepción y la conserva durante toda su vida. Al morir no sólo se extingue su vida fisiológica, sino que también se extingue su personalidad.

¹⁹ Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 316.

III.- TEORIAS RELATIVAS A LA CONCEPCION DEL "NASCITURUS."

A) TEORIA DE LA CONCEPCION.

Partiendo de los datos de la embriología, la fisiología y de la psicología, se sostiene que el hombre existe desde el momento en que es concebido.

Algunos autores opinan que uno de los inconvenientes de esta teoría, es la imposibilidad de determinar el tiempo o momento de la concepción.

Entendemos que aún cuando la vida del hombre empiece con la concepción, además del hecho de que el feto no tiene vida independiente de la madre, no puede hablarse de ser humano propiamente dicho, sino de hombre en formación, que no tenemos ciencia cierta de que podrá a complementarse, a perfeccionarse. Es por esto que el concebido no nacido es una esperanza de hombre ("spes hominis").

B) TEORIA ECLECTICA.

Sitúa el momento en el nacimiento, si bien no reconociendo mediante una ficción derechos al concebido o retrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción.

Es una teoría artificiosa e innecesaria. Para los fines del derecho no es necesario recurrir, en este caso, a una ficción, ni

hay necesidad de considerar al concebido como nacido. Bastará con reconocerle reservas de derechos eventuales.

"Los supuestos derechos que se atribuyen no constituyen un reconocimiento de su existencia jurídica, ni implican una ficción. Es más, no se trata de derechos, sino de protección de intereses expectantes, que solamente al llegar a existir el hombre y dejar de ser una "spes hominis" pueden convertirse en derechos definitivos." ²⁰

C) TEORIA DE LA VIABILIDAD.

"Sostiene que no basta el nacimiento fisiológico, sino que además, es necesario que el nacido reúna las condiciones de viabilidad, es decir, que sea apto para seguir viviendo fuera del claustro materno. Tiene que nacer vivo (que respire) y viable (que posea todos los órganos necesarios para la vida)." ²¹

El ser que nace muerto no tiene personalidad aunque haya vivido en el claustro materno. El producto incapaz de vivir, bien a consecuencia de un nacimiento prematuro, o debido a una imperfección de los órganos, no debe ser considerado como persona.

22

²⁰ Mascareñas, C.E. Revista de Derecho Puertorriqueño. Año IV, No. 14, Oct-Dic. Ponce, Puerto Rico, 1964. p. 91.

²¹ Ibid. p. 92.

²² Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado de Derecho Civil. Traducc. Lic. José M. Cajica Jr. Edic. 4ª. Ed. Cárdenas. México, 1981. p. 179.

IV.- LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL NO NACIDO.**A) CONDICIONES JURIDICAS QUE DEBERA REUNIR EL FETO DESPRENDIDO DEL SENO MATERNO PARA QUE SE LE CONSIDERE PERSONA.**

De acuerdo al artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, para que el feto sea reconocido como persona:

Debe nacer vivo

Debe nacer viable.

Debe nacer vivo.

Jean Mazeaud, establece que "para nacer vivo, basta con que la criatura haya respirado. La prueba de esto se hace con facilidad, por la presencia de aire en sus pulmones." ²³

Planiol y Ripert, consideran que "el nacido muerto no es persona, aunque la muerte haya podido sobrevenir durante el parto, y haya vivido la vida intrauterina, durante el tiempo del embarazo normal." ²⁴

Es necesario establecer el momento preciso en que la persona nacida adquiere la capacidad jurídica para poder así determinar

²³ Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Traducc. Alcala Zamora. Vol. II. Edic. 3ª. Ed. Jurídica Euro-América. Argentina, 1959. p.p. 8 y 9.

²⁴ Planiol, M. y Ripert, G. Ob. cit. p. 222.

ante que derechos y obligaciones está sujeto. En que momento se dice que el ser concebido ha nacido para el Derecho?

"No bastaría decir que el alumbramiento, la sola expulsión del feto del vientre materno, señala el punto de partida de la personalidad, porque el producto de la concepción pudo haber nacido muerto o pudo nacer vivo y morir inmediatamente después de concluido el parto." ²⁵

Debe nacer viable.

El término "viable" se refiere a que el producto sea capaz de vivir.

Algunas legislaciones y autores, no sólo exigen que la criatura nazca viva, sino también, que tengan lo que han llamado "viabilidad." Esto quiere decir que el nacido debe tener la capacidad o aptitud para seguir viviendo.

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 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.

²⁵ Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 311.

El concepto de viabilidad en este sentido, quiere decir, que el parto ha de tener lugar después de ciento ochenta días desde el momento de la concepción y antes del transcurso de ese lapso, no siendo normalmente posible que sobreviva el feto, han de ser considerados abortivos y excluidos de la calidad de personas por su incompleto desarrollo intrauterino.

Por viabilidad impropia, se ha entendido, la capacidad de vida extrauterina del feto, prescindiendo de su completa o incompleta formación intrauterina 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 este 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 estas cuestiones en manera terminante.

Así el artículo 337 establece que:

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

Sobre este precepto, consideramos que la condición jurídica del "nasciturus" es, desde su gestación sujeto de protección jurídica.

"El Derecho establece la protección a que se refiere el artículo 22 del Código Civil, protección que se manifiesta en la conservación de 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 (si no es con fines terapéuticos) y castiga con pena corporal ese hecho púnible." ²⁶

B. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA CAPACIDAD DE GOCE DEL NASCITURUS.

Como ya expusimos, el concebido es una "spes hominis", una esperanza de hombre y las relaciones jurídicas que le afectan crean, a su favor, una expectativa, que se convertirá en derecho perfecto tan luego como llegue a existir y a constituir por el nacimiento un verdadero sujeto de derecho.

"El grado mínimo de capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión

²⁶ Ibid. p. 311.

humano tener derechos subjetivos patrimoniales. No puede tener otra clase de derechos porque su misma naturaleza se lo impide pero dada esta posibilidad de heredar o de recibir en donaciones, tenemos la base patrimonial firme para que se puedan operar diversas consecuencias jurídicas." ²⁷

No hay persona alguna que carezca de capacidad jurídica, puesto que todas las personas como tales la tienen por el el sólo hecho de serlo, y desde que vienen a la vida extrauterina están dotados de capacidad de goce.

En relación a lo anteriormente expuesto, consideramos que el "nasciturus" adquiere personalidad jurídica desde el momento mismo de su procreación, ya que al otorgarle el Código Civil capacidad de goce para ciertas consecuencias de Derecho (capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación), por ende le otorga personalidad jurídica, en el entendido, de que para que los mencionados derechos tengan eficacia, el ser concebido no nacido debe vivir veinticuatro horas o ser presentado vivo al Registro Civil.

En caso de que el producto nazca muerto o muera en el momento de nacer, la personalidad y los derechos de la cuales gozaba se extinguirán en ese acto.

Si interpretamos a la letra lo que establece el artículo 22 del multicitado Código Civil para el Distrito Federal, entendemos

²⁷ Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 441.

que el legislador fue muy claro al establecer que la capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento, lo anterior implica que recoge la regla en cuanto a la capacidad jurídica de las personas físicas se refiere, sin embargo en el mismo texto de dicho artículo 22 se establece la excepción relativa al no nacido, la cual se confirma con lo previsto en el artículo 1314 y que al efecto transcribimos literalmente:

Art 1314.- "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 en el artículo 337".

Si interpretamos a "contrario sensu" los tres primeros renglones del artículo en estudio, se entiende que el legislador le reconoce al "nasciturus" personalidad jurídica.

En resumen, el "nasciturus" para los efectos del Código Civil vigente para el Distrito Federal, desde su concepción en el seno materno es considerado como persona y por lo tanto tiene personalidad jurídica ya que antes de su nacimiento puede adquirir determinados derechos como si ya hubiere nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si el "nasciturus" reúne los requisitos que señala el artículo 337 del mencionado Código Civil, sin embargo en caso de no reunir los mismos, los derechos, la capacidad y la personalidad de que era sujeto, se extinguen en ese acto.

CAPITULO SEGUNDO**DERECHOS DEL SER CONCEBIDO****I.- LA POSIBILIDAD DE SER INSTITUIDO HEREDERO.**

Es importante señalar el concepto del término herencia como lo define el Código Civil en su artículo 1281 que a la letra dice:

"Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."

Del texto del artículo transcrito, consideramos que se puede apreciar un error, ya que la sucesión no puede ser en los bienes del "de cuius", puesto que este no puede ser titular de ningún bien, ya que ha fallecido.

Por lo expuesto, creemos que resulta conveniente la siguiente definición del término herencia:

"Herencia es la sucesión en todos los bienes que formaron parte del patrimonio del "de cuius" y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."

Las características de la herencia son:

- Sólo rige respecto de los bienes de aquellas que fueron personas físicas.
- Sólo produce efectos "mortis causa."
- Constituye un juicio "universal."
- Es esencialmente gratuita.
- No constituye una persona moral.

En la doctrina jurídica se reconoce que la herencia puede surgir de tres diferentes maneras:

- Sucesión testamentaria o voluntaria.
- Sucesión legal o legítima.
- Sucesión contractual o convencional.

"Solo las dos primeras están admitidas por el Código Civil, la tercera está expresamente prohibida ya que de ser aceptada, se tendrían que contraponer dos principios jurídicos: uno que rige en materia contractual y otro que rige en materia de sucesiones."

"En materia contractual rige el principio de que la validez y el cumplimiento del contrato no se puede dejar al arbitrio de una de las partes, y en materia testamentaria rige el principio básico, de definición de testamento, de que éste es revocable siempre a la sola voluntad del testador, naturalmente antes de su muerte, pues ya después de que ésta sobreviene, no lo podrá revocar por la sencilla razón de que ya está muerto." ²⁸

SUCESION TESTAMENTARIA O VOLUNTARIA.

Es importante precisar el concepto de sucesión testamentaria o voluntaria, siendo este el siguiente:

"Es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fué persona física, después de que fallece, por la o las personas que aquella designó, a través de una manifestación unilateral de voluntad, conocida o designada como testamento." ²⁹

De acuerdo al concepto anteriormente citado, el "de cuius" designa voluntariamente y mediante testamento, a la persona o personas que le deben suceder en la titularidad de todos sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte.

²⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Edic. 2ª. Ed. Cajica. Puebla, Puebla. México, 1980. p. 534.

²⁹ Ibid. p. 534.

En cuanto a la sucesión legal o legítima a esta se le puede conceptualizar de la siguiente manera:

SUCESION LEGAL O LEGITIMA.

"Es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fué persona física, después de que fallece, por la o las personas que determina la ley, a falta de una manifestación voluntaria o testamentaria, del que fué titular de esos bienes, derechos y obligaciones." ³⁰

En la sucesión legítima encontramos como dato significativo la falta de una manifestación de voluntad, es decir, no hay testamento en donde conste ésta, por ello la Ley es la que determina quienes pueden heredar al "de cujus."

En el artículo 1602 del Código Civil vigente, se regula el orden de herederos en la sucesión legítima, a continuación se reproduce dicho precepto:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:"

I.- "Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635."

³⁰ Ibid. p. 535.

II.- "A falta de los anteriores, la beneficiencia pública."

Este artículo, no sólo da derecho de heredar a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, sino que contempla la posibilidad de que el cónyuge supérstite, los concubinos y a falta de los anteriores, la beneficiencia pública puedan tener también derecho a heredar por sucesión legítima.

Una vez expuestos los conceptos anteriormente mencionados, expondremos la posibilidad que tiene el "nasciturus" de ser designado o instituido heredero en la sucesión testamentaria.

En el derecho mexicano, todas las personas ya sean físicas o morales, tienen capacidad para heredar, sin importar sexo, religión, nacionalidad o edad, y así lo establece el Código Civil en su artículo 1313 que a la letra dice:

"Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de 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."

De acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior, toda persona física es capaz de heredar, entendiéndose en este supuesto que también el ser concebido no nacido tiene esta capacidad de heredar, pero es necesario que este concebido al momento en que el autor de la herencia muera.

Sin embargo, nos parece poco equitativo que el producto por nacer deba heredar las obligaciones contraídas por el "de cujus", puesto que en un momento dado, puede menoscabar la masa hereditaria designada al "nasciturus" a través del testamento.

Respecto a la capacidad para heredar, el Código Civil, establece en su artículo 1314 que a la letra 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 en el artículo 337."

Para tener una mayor comprensión del mencionado ordenamiento, a continuación transcribimos literalmente el artículo 337 del Código Civil:

"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 estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

Volviendo al artículo 1314 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, a "contrario sensu" el concebido tiene capacidad para heredar, no así el concebido que nazca, pero no sea viable por no cumplirse alguno de los supuestos para considerársele como tal, de acuerdo con el artículo 337 antes mencionado.

En virtud de lo anteriormente expuesto, queda claro que el concebido no nacido está completamente protegido por la ley respecto a su derecho de heredar, ya que en los preceptos contenidos en nuestro Código Civil y mencionados en este inciso, el legislador contempló la necesidad del "nasciturus" a tener esa protección.

Sin embargo, en el supuesto de que el "nasciturus" no cumpla con los requisitos que establece el multicitado artículo 337 del

Código Civil vigente para el Distrito Federal, se recurre a abrir la sucesión legítima (mencionada anteriormente) y por lo tanto la Ley es la que determina quien o quienes pueden heredar al "de cujus" de acuerdo a lo que establecido en el ya también citado artículo 1602 del mencionado ordenamiento.

II.- LA POSIBILIDAD DE SER DESIGNADO LEGATARIO.

A continuación precisamos el concepto de legado, siendo éste el siguiente:

"El legado es una disposición atributiva de un derecho particular a cargo de la herencia hecha con ánimo de beneficiar, mediante él se efectúa una liberalidad a causa de muerte y se produce una sucesión a título particular del beneficiado al causante." ³¹

Creemos conveniente establecer la diferencia entre heredero y legatario:

El heredero es un continuador del patrimonio del autor de la herencia, que gracias a ello las relaciones jurídico-patrimoniales, activas y pasivas, se transmiten íntegras al heredero, siendo, por tanto, un causahabiente a título universal. En cambio el legatario no continúa la personalidad del autor de la herencia ni las

³¹ Ruggiero Roberto, de. Ob. cit. p. 1170.

relaciones patrimoniales de éste; para el legatario existe simplemente una transmisión a título particular sobre un bien determinado. Esto origina que el legatario no responda de las relaciones patrimoniales activas o pasivas, quedando obligado sólo a pagar la deuda o carga con que expresamente el autor de la herencia grave el legado." ³²

Para que una cosa o un hecho puedan ser objeto del legado, éstos deben ser ciertos, lícitos y posibles. La cosa es cierta cuando el testador la determina o cuando fija los elementos para su determinación, ya que un tercero no lo puede hacer puesto que el legado es una institución personal del testador. Sin embargo, se puede demandar a un tercero la determinación específica de una cosa designada por el testador de un modo genérico, o la elección entre varias cosas indicadas por éste. ³³

El Código Civil en su artículo 1391 establece que:

"Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos."

De acuerdo al artículo del ordenamiento anteriormente citado son aplicables todas las normas que rigen a la materia en sucesión testamentaria, las cuales fueron desarrolladas en el inciso primero que antecede.

³² Rojina Villegas, R. Ob. cit. 78.

³³ Ibid. p. 1173.

Sin embargo, es importante señalar lo que establecen los artículos 1314 y 337 del Código Civil que a la letra dicen:

Art. 1314.- "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 en el artículo 337."

Art. 337.- "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 estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

De acuerdo al artículo 1314 del Código Civil, el concebido tiene capacidad para heredar y por lo tanto de ser designado legatario, siempre y cuando nazca viable, de acuerdo al artículo 337 que antecede.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el ánimo del legislador fué darle la mayor protección posible al ser que ha sido concebido, sin embargo, creemos que sería conveniente incluir un capítulo en el Código Civil en el que se legislara exclusivamente el derecho del concebido pero que no ha nacido respecto a la posibilidad de ser designado legatario, ya que de acuerdo al Artículo 1391 del mismo ordenamiento (transcrito anteriormente), el

legislador deja abiertas lagunas que de alguna manera pueden ser causa para menoscabar este derecho del "nasciturus."

III.- LA POSIBILIDAD DE RECIBIR DONACIONES.

En este inciso principiaremos por definir al contrato de donación desde el punto de vista de la doctrina y el texto de su regulación en el Código Civil vigente. Para lo primero anotaremos la definición de Ramón Sánchez Medal que dice:

"Donación es el contrato por el que una persona, llamada donante, transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona, llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones."

De acuerdo al artículo 2332 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

"Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes."

En virtud de lo anteriormente expuesto, se desprende que la donación es un contrato translativo de dominio, a título gratuito, unilateral (porque sólo queda obligado el donante) y únicamente

pueden donarse los bienes presentes, ya que la donación no se puede efectuar respecto de bienes futuros.

Una vez definido el término donación, expondremos la problemática del "nasciturus" respecto a la misma.

El concebido no nacido, tiene la posibilidad de recibir donaciones, y así lo establece el artículo 2357 del Código Civil, que a la letra dice:

"Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme al artículo 337."

El mencionado artículo, reconoce el derecho del no nacido a ser donatario siempre y cuando esté concebido al hacerse la donación; la titularidad de la propiedad la adquirirá cuando nazca viable.

Respecto a que el producto debe ser capaz de vivir, el multicitado artículo 337 del Código Civil establece:

"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 estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

Al igual que en las figuras de heredero y legatario, para el legislador no basta que se produzca el alumbramiento, sino que es necesario que se cumpla alguno de los supuestos mencionados en el artículo 337, al darse alguno de ellos el producto ya es considerado persona y por tanto titular de derechos. Los artículos 2338 y 2340 que determinan que la donación debe ser entre vivos y que debe ser aceptada por el donatario, para ambos efectos se utiliza la ficción del artículo 22 del mismo ordenamiento, donde se tiene por nacido al concebido.

El artículo 2359 del Código Civil, establece que:

"Las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 337."

"Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo sucede si el donante muere dentro de ese plazo de cinco años sin haber revocado la donación."

"Si dentro del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá por revocada en su totalidad."

El citado artículo, prevé que si al morir el donante, hay un hijo concebido, se protege al mismo teniendo por revocada la donación al momento de nacer éste.

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

Creemos importante señalar en primer término la definición del concepto "alimentos."

"En el lenguaje común, por alimentos se entiende lo que el hombre necesita para su nutrición. En derecho, el concepto "alimentos" implica en su origen semántico, aquello que una persona requiere para vivir como tal." ³⁴

El artículo 308 del Código Civil establece que:

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales."

En el mencionado artículo, el legislador hace del concepto de alimentos una obligación que permita el sustento a los acreedores

³⁴ Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 456.

alimentarios en los aspectos biológico, social e intelectual, de esta manera el deudor debe proporcionar lo necesario para su vida, su salud y tratándose de menores, para su educación.

Una vez definido el concepto de "alimentos" y lo que comprenden los mismos, empezaremos a desarrollar la problemática del "nasciturus" en el supuesto de que se divorcien sus padres.

En primer término expondremos la definición de divorcio. De acuerdo al artículo 266 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que a la letra dice:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

En relación al ordenamiento anteriormente citado el divorcio es el único medio legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges. El divorcio debe ser decretado por autoridad competente (Juez de lo Familiar) y en base a las causales de divorcio señaladas por el Código Civil. Una vez decretado el divorcio los divorciados dejan de tener el estado civil de casados y pueden volver a contraer matrimonio.

Ahora bien, el Código Civil establece en su artículo 282 fracción III:

"Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:"

III.- "Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos."

En este artículo el legislador dá una total protección al cónyuge acreedor y a los hijos, sin embargo creemos que en el mencionado ordenamiento se debe incluir una fracción en donde se regule la situación en que quedará el "nasciturus" en caso de presentarse el supuesto anteriormente mencionado.

El artículo 303 del Código Civil establece que:

"Los padres están obligados a dar alimentos a los hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado."

La obligación de los padres de dar alimentos a los hijos surge de la filiación (la cual expondremos en el siguiente capítulo) y la forma natural de cumplirla es mediante la incorporación de los hijos al seno familiar. Obviamente en los casos en que los padres no vivan juntos, uno de ellos cumpliría la obligación manteniendo a los hijos en su hogar y el otro a través del pago de una pensión alimenticia. El legislador habla de falta o imposibilidad de los padres y ha determinado que la imposibilidad debe ser tal que impida a los padres por falta de bienes o de trabajo, obtener lo necesario para ministrar alimentos a la prole. La imposibilidad material, es decir aquella en que se encuentran los padres por

impedimento físico, falta de salud, falta de bienes o de trabajo, no es necesaria para exigir a los ascendientes el pago de alimentos.

Respecto a la pensión alimenticia a que se hace referencia en el párrafo inmediato anterior, el artículo 309 del Código Civil establece:

"El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario, o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, compete al juez, según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos."

La pensión es una cantidad de dinero que el deudor estipula para que sea entregada a los acreedores. A falta de esta estipulación será el juez quien fije su monto. La forma de hacerlo está señalada en el artículo 311 del multicitado ordenamiento, que a la letra dice:

"Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en tal proporción. En este

caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente."

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, creemos que la figura del "nasciturus" no se encuentra lo suficientemente protegida, ya que si bien el legislador dá a los hijos suficiente protección respecto al derecho que tienen éstos de recibir una pensión alimenticia, no hace énfasis en que situación se encuentra el concebido no nacido en caso de que se divorcien sus padres.

CAPITULO TERCERO

PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO DERIVADA DE LA FILIACION,
EN LA TUTELA, EN LAS SUCESIONES Y EN LOS CONTRATOS.

I.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LA FILIACION SEGUN LO
DISPUUESTO EN LOS ARTICULOS 324, 328 Y 333 DEL CODIGO CIVIL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Consideramos necesario precisar en primer término el concepto
de filiación.

"El término filiación proviene del latín "filiatio-onis", de "filius", hijo. La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo. Planiol define la filiación como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados." ³⁵

³⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Diccionario Jurídico Mexicano. Voz: Filiación. Ob. cit. p. 1442.

"Filiación es la relación natural de descendencia existente entre padres e hijos. Todo derecho de familia está estructurado en torno a dos hechos fundamentales, propios de la naturaleza: el ayuntamiento de la pareja y la procreación." ³⁶

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, debemos entender por filiación a la relación que existe entre los hijos respecto al padre o la madre, esta relación desde el punto de vista de los descendientes, es decir de los hijos, pues esta misma relación contemplada desde el punto de vista del padre o de la madre, recibe el nombre de paternidad o maternidad respectivamente.

"La maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto. Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de ese parto. No así con la paternidad, que es por naturaleza incierta. La certidumbre de la paternidad sólo se despeja por la fe en la madre. De aquí procede, como de su fuente natural, la importancia primordial de la madre en la familia, que en muchos sentidos es superior a la del padre." ³⁷

La filiación surge de tres maneras: por matrimonio, habida fuera de matrimonio, o surgida por la adopción, que llamaremos

³⁶ Garrone, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo Perrot. Voz: Filiación. T. II. Buenos Aires, Argentina, 1986. p. 149.

³⁷ Pacheco Escobedo, Alberto. La familia en el Derecho Mexicano. Edic. 2ª. Ed. Panorama. México, 1985. p. 172.

respectivamente: filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva, cada una de las cuales definimos:

FILIACION MATRIMONIAL

"El hijo que nace de pareja unida en matrimonio tiene a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna, sino la de paternidad con respecto al marido de su madre." ³⁸

De acuerdo a lo expuesto, son hijos nacidos de matrimonio los nacidos dentro del mismo. Respecto a estos, el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 324 establece:

"Se presumen hijos de los cónyuges:"

- I. "Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;"

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

³⁸ Montero Duhal, Sara. Derecho de familia. Edic. 4^a. Ed. Porrúa. México, 1990. p. 268.

Del texto del artículo transcrito, consideramos que se puede apreciar un error en el encabezado del mismo, ya que a la letra dice "se presumen hijos de los cónyuges" refiriéndose a ambos y dicha presunción, debería ser sólo por parte del marido, ya que no puede existir presunción por parte de la madre, puesto que la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto, como anteriormente expusimos.

La presunción de legitimidad contemplada anteriormente, de acuerdo al artículo 325 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, no admite más prueba en contrario que la imposibilidad física de haber sido engendrados por el marido, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, ya que no puede admitirse que funcione una presunción legal contra lo imposible y lo absurdo.

Al efecto, Sara Montero Duhalt establece que: "Los plazos legales se fijan en razón de los datos que proporciona la naturaleza. Un ser humano tarda en su gestación normal 270 días, en la mayoría de los casos, plazo que puede acortarse o alargarse por variado número de circunstancias, todas ellas consideradas biológicamente normales. Sin embargo, el tiempo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable, no puede bajar de los 180 días, ni puede permanecer dentro del claustro materno más allá de los 300. En este sentido, 180 y 300 días son los límites mínimo y máximo para que el feto pueda nacer vivo y viable. Como a partir de la celebración del matrimonio y durante toda la duración del mismo

los cónyuges deben tener exclusividad sexual recíproca, el hijo que dé a luz la mujer casada dentro de los plazos mencionados, trae consigo certeza de paternidad: su padre es el marido de su madre".

39

Respecto a la acción relativa a la filiación, la pueden ejercer tanto el padre como el hijo, además la ley otorga esta acción a terceros interesados en las consecuencias derivadas de la filiación. La acción a favor del progenitor se llama desconocimiento de la paternidad y la del hijo toma el nombre de acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, las cuales desarrollamos a continuación respectivamente.

ACCION DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

Esta acción tiene como fin, destruir la presunción de la paternidad del marido, respecto de los hijos de su esposa y esta acción opera en tres circunstancias:

- 1) Si el hijo nació antes de transcurridos 180 días contados a partir de la fecha en que se celebró el matrimonio.
- 2) Si el hijo nace después de transcurridos 300 contados a partir de la autorización judicial de separación en casos de nulidad de matrimonio o de divorcio.

³⁹ Ibid. p. 269.

3) Si nace dentro de los plazos legales en los cuales se establece la presunción de certeza de paternidad.

PRUEBAS DE FILIACION MATRIMONIAL

"La prueba de la filiación es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales: la identificación del sujeto a través del nombre que lo individualiza, y la relación de su parentesco con sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados, trae consigo. De allí la necesidad y la importancia de la institución del Registro Civil mediante la cual se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de las personas físicas".⁴⁰

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba mediante las actas expedidas por el Registro Civil, y a falta de éstas mediante la posesión de estado.

ACCION DE RECLAMACION DE ESTADO DE HIJO DE MATRIMONIO

Los sujetos que pueden ejercer esta acción son:

- 1) El hijo o sus descendientes.
- 2) Los demás herederos del hijo.
- 3) Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo.

⁴⁰ Ibid. p. 274.

LEGITIMACION

En primer término definiremos el concepto de legitimación:
"Es la calidad de hijos matrimoniales que adquieren los habidos antes del matrimonio de sus padres".⁴¹

Respecto al ser concebido no nacido en relación a la legitimación, el Código Civil vigente para el Distrito Federal regula la situación jurídica en la que se encuentra el mismo, al efecto, transcribimos el artículo 359 del mencionado ordenamiento que a la letra establece:

Art. 359.- "Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta".

Este artículo se refiere a los hijos que han sido concebidos pero que no han nacido y que pueden nacer dentro de los primeros 180 días, contados a partir desde la celebración del matrimonio y para los que cabe el desconocimiento paterno, el cual ya hemos expuesto en capítulos anteriores.

Para esta declaración no se necesita estar cierto de la concepción del hijo, es por ello que el legislador habla de hijos

⁴¹ Montero Duhalt, Sara. Diccionario Jurídico Mexicano. Voz: Legitimación. Ob. cit. p. 1938.

no nacidos, pero no se trata de un derecho sin sujeto por inexistencia de persona, sino de un derecho que tiene la persona del concebido, dándole por ende, total protección al "nasciturus".

Respecto a la legitimación, coincidimos con la Lic. Sara Montero Duhalt en el sentido de que "En el pasado, cuando los derechos de los hijos al nombre, a los alimentos, a la sucesión legítima y a todo tipo de dignidades, estaban supeditados a su calidad de legítimos, la legitimación era una institución necesarísima y de suma importancia. Actualmente, por lo que a nuestro derecho se refiere, igualada la condición jurídica de todos los hijos como independencia de su origen matrimonial o fuera de matrimonio, cuando puede reconocerse con facilidad a todos los hijos aunque los padres estuvieren impedidos de contraer matrimonio entre sí en el momento de la concepción, y cuando se permite una amplísima investigación de la paternidad, la legitimación ha dejado de tener sentido, y su persistencia en el Código Civil se debe a cuestiones de simple tradición".⁴²

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial, como su nombre lo indica, es aquella en la cual se hace referencia a los hijos engendrados por personas que no están ligados por vínculo matrimonial. El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 360 establece que:

⁴² Montero Duhalt, Sara. Ob. cit. p. 278.

"La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."

Las formas para establecer la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio son: El reconocimiento voluntario y la imputación de paternidad.

Respecto a los requisitos que se deben cumplir para realizar el reconocimiento, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 369 establece que:

"El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:"

I.- "En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil";

II.- "Por acta especial ante el mismo juez";

III.- "Por escritura pública";

IV.- "Por testamento" y

V.- "Por confesión judicial directa y expresa."

Respecto al "nasciturus" el multicitado Código Civil vigente para el Distrito Federal contempla el derecho que tiene el mismo para ser reconocido, al efecto, transcribimos literalmente el Artículo 364 del mencionado ordenamiento"

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

En el mencionado precepto el legislador protege, al "nasciturus", ya que le da oportunidad a ser reconocido aún antes de que nazca. Este artículo tiene una estrecha relación con el artículo 22 del mismo ordenamiento, el cual transcribimos literalmente:

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".

En la segunda parte del citado artículo, el legislador considera que desde el momento de la concepción, el futuro ser entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

CARACTERISTICAS DEL RECONOCIMIENTO

Las características del reconocimiento son:

- a) Nulidad del reconocimiento.
- b) Impugnación del reconocimiento.
- c) Irrevocabilidad del reconocimiento.

CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO

El artículo 389 de nuestro Código Civil vigente, regula las consecuencias del reconocimiento, para tal efecto, transcribimos literalmente el mencionado precepto:

Art. 389.- "El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:"

- I.- "A llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca;"
- II.- "A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;"
- III.- "A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley".

Este artículo confiere iguales derechos a los hijos nacidos fuera de matrimonio respecto a los hijos nacidos dentro de matrimonio, ya que para la legislación mexicana sólo existen hijos con iguales derechos respecto de sus progenitores.

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

"Cuando una persona nace fuera de matrimonio, ante la omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la imputación de paternidad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo. Este derecho del hijo, manifestado mediante el ejercicio de una acción, lo llama la ley investigación de la paternidad".⁴³

La investigación de la paternidad está regulada en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 382, que a la letra dice:

Artículo 382.- "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:"

I.- "En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;"

⁴³ Ibid. p. 313.

II.- "Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;"

III.- "Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;"

IV.- "Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra del pretendido padre".

En el mencionado ordenamiento solo se admiten los cuatro casos que se enumeran en el artículo anteriormente citado, ya que en la legislación mexicana no existe un sistema de libertad absoluta en la investigación de la paternidad.

El tiempo para intentar la acción de investigación de la paternidad la contempla el artículo 388 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que establece:

Artículo 388.- "Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres".

"Si los padres hubieren fallecido durante la menor de edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor de edad".

Respecto al artículo mencionado, coincidimos con la Lic. Sara Montero Duhalt, en el sentido de esta acción debería ser imprescriptible para el hijo en razón del derecho a que tiene toda persona humana para conocer su origen.

INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD

Como ya comentamos anteriormente la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto. Se es hijo de la madre si se prueba el parto.

"Excepcionalmente existirá la investigación de la maternidad cuando la madre haya abandonado al hijo recién nacido, o cuando se haya registrado falsamente como hijo de otra mujer. En estos casos, tanto el hijo como sus descendientes tendrán derecho de investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios de prueba ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

"Solamente podrá el hijo investigar la maternidad para atribuirla a una mujer casada, si la misma se deduce de una sentencia civil o criminal".⁴⁴

⁴⁴ Ibid. p. 315.

FILIACION CIVIL.

"Es la que resulta de la adopción, y existe desde el punto de vista del adoptado con respecto al adoptante. Tal es el caso de los hijos adoptivos que da lugar al parentesco civil".⁴⁵

Concepto de adopción.

Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, padre o madre e hijo.

A continuación y de acuerdo a nuestro ordenamiento Civil vigente para el Distrito Federal, mencionaremos los requisitos y las personas que pueden adoptar a un menor o a un incapacitado:

Artículo 390.- "El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando este sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años o más que el adoptado y que acredite además:"

- I.- "Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio,

⁴⁵ Ramírez Valenzuela, Alejandro. Derecho Civil. Edic. 1ª. Ed. Nacional. México, 1981. p. 80.

según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;"

II.- "Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y"

III.- "Que el adoptante es persona de buenas costumbres."

"Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente".

Art 391.- "El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos".

De acuerdo a los mencionados artículos, tienen capacidad para adoptar a un menor o incapacitado los mayores de veinticinco años, ya sean éstos casados, viudos, solteros o divorciados, siempre y cuando tengan diecisiete años más que el adoptado. El legislador impone esta exigencia, ya que la adopción es un sucedáneo de la paternidad biológica, y por lo tanto se le trata de dar semejanza respecto a la misma. En relación a los requisitos que regula el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal, es obvio

que el legislador le da total protección al adoptado ya que la figura jurídica de la adopción se establece en provecho de la persona que se va a adoptar. Creemos que sería conveniente incluir en el artículo 391 del multicitado ordenamiento, los requisitos anteriormente comentados.

Respecto a los requisitos que debe cumplir el adoptado para ser sujeto a la adopción son:

- a) Ser menor de edad o incapacitado.
- b) Que la adopción le sea benéfica.

CONSECUENCIAS JURIDICAS QUE SE DERIVAN DE LA ADOPCION

Las consecuencias jurídicas que se derivan de la adopción son las siguientes:

- 1.- El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.
- 2.- El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

- 3.- El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.
- 4.- El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.
- 5.- Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como del parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado.
- 6.- Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.
- 7.- La adopción producirá sus efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante.

**II.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LA TUTELA SEGUN LO
DISPUESTO EN EL ARTICULO 470 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA
EL DISTRITO FEDERAL.**

Comenzaremos proporcionando el concepto del término tutela,
que de acuerdo al Lic. Iván Lagunes Pérez, es el siguiente:

"Tutela es el mandato que emerge de la ley determinando una
potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por
diversas razones, se presume hacen necesaria - en su beneficio -
tal protección".⁴⁶

El objeto de la tutela lo establece el artículo 449 del Código
Civil vigente para el Distrito Federal, el cual transcribimos
literalmente:

"Art. 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona
y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad
tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda,
para gobernarse a sí mismos. La tutela puede también tener por
objeto la representación interina del incapaz en los casos
especiales que señale la ley".

"En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los
incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda

⁴⁶ Lagunes Pérez, Ivá. Diccionario Jurídico Mexicano. Voz:
Tutela. Ob. cit. p. 3187.

y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413".

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, podemos entender que la tutela es una figura supletoria y subsidiaria de la patria potestad, que tiene por objeto darle total protección a las personas que la necesitan, sin embargo su reglamentación es más minuciosa, en virtud de que en esta última, la calidad de padre es impuesta por la naturaleza y en la tutela proviene de un mandato legal. Respecto a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413 del mencionado ordenamiento, transcribimos la misma, que a la letra dice: "...a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal".

"Los sistemas tutelares en el derecho moderno se clasifican en tres categorías:

- Sistema tutelar de autoridad.
- Sistema tutelar de familia.
- Sistema mixto.

El sistema mixto es el que sigue nuestro Código Civil, y se caracteriza porque la tutela, no obstante ser familiar, se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio Público y los actos realizados por el Consejo de Familia requieren la autorización judicial".⁴⁷

⁴⁷ Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 694.

CARACTERISTICAS DE LA TUTELA

Las características de la tutela son:

- Cargo de interés público.
- Irrenunciable.
- Temporal.
- Excusable.
- Unitario (un sólo tutor).
- Remunerado.
- Removible.

SUJETOS PASIVOS DE LA TUTELA

Como ya lo indicamos, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse a sí mismos.

Respecto al anterior comentario y para su mayor comprensión, redactamos literalmente el artículo 450 del Código Civil vigente para el Distrito Federal (reformado por Decreto Presidencial y publicado el día 23 de julio de 1992 en el Diario Oficial de la Federación), el cual señala limitativamente quienes tienen incapacidad a saber:

Art. 450.- "Tienen incapacidad natural y legal."

I.- "Los menores de edad;"

II.- "Los mayores de edad disminuídos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

En los supuestos mencionados, se dice que la persona se encuentra en estado de interdicción, y por lo tanto es incapaz de ejercer sus derechos y contraer y cumplir sus obligaciones por si mismo, debiendo hacerlo por medio de sus representantes, ya sean sus padres o tutor. Esta medida se emplea como un medio de protección para el incapaz.

CLASES DE TUTELA

La ley regula tres clases de tutela, las cuales definiremos de acuerdo a lo que establece el Código Civil vigente para el Distrito Federal:

TUTELA TESTAMENTARIA

Art. 470.- "El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo".

Respecto al artículo citado, la designación del tutor testamentario, será procedente cuando se trata de hijos de matrimonio, ya que el artículo 414 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, indica quiénes son las personas que en los distintos grados pueden ejercer la patria potestad sobre los hijos de matrimonio. Respecto a la capacidad del menor para testar, esta se adquiere a los dieciséis años cumplidos, según lo establece el artículo 1006 del mencionado ordenamiento.

En relación al último párrafo del artículo en estudio, en donde se incluye al hijo póstumo, consideramos que el derecho de nombrar tutor en su testamento al "nasciturus" corresponde exclusivamente a la madre, ya que mientras vivan ambos progenitores, ninguno puede designar tutor testamentario y por otro lado al morir el padre antes del alumbramiento la madre ejercera la patria potestad sobre el hijo póstumo.

Cuando se designa tutor testamentario se impide a los ascendientes de ulterior grado (abuelos respecto de hijos nacidos de matrimonio) a ejercer la patria potestad.

TUTELA LEGITIMA

Art. 482.- "Ha lugar a tutela legitima:"

I.- "Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;"

II.- "Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio".

En el mencionado precepto, el legislador protege totalmente al menor, ya que en la fracción I, establece que se le designará un tutor legitimo a los menores que carecen de representante legal y en la fracción II, puede privar a los progenitores del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos y si no hay ascendientes que la puedan desempeñar, podrá designarles un tutor.

TUTELA DATIVA

Art. 495.- "La tutela dativa tiene lugar:"

I.- "Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legitima;"

II.- "Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay

ningún pariente de los designados en el artículo 483".

En el artículo en mención, se excluye totalmente a la tutela testamentaria y a la tutela legítima, ya que la tutela dativa no puede alcanzar relevancia sino hasta que se excluyan estas. En la tutela dativa, el juez nombra al tutor, de una lista que le es proporcionada por el Consejo Local de Tutelas y esta lista no tiene nada que ver con los parientes del incapaz.

ORGANOS DE LA TUTELA

Los órganos de la tutela son:

- Tutor.
- Curador.
- Consejos Locales de Tutelas.
- Juez de lo Familiar.

III.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LAS SUCESIONES SEGUN LO DISPUESTO EN LOS ARTICULOS 1314, 1377, 1638, 1643 Y 1648 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En virtud de que en el capítulo segundo, hemos referido lo concerniente al concepto y clases de sucesiones, a continuación desarrollaremos los artículos que mencionamos en el rubro anterior.

Art. 1314.- "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 en el artículo 337".

En relación a la mencionada disposición jurídica, es obvio que el legislador restrinja de la herencia a los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la misma. Respecto a la viabilidad que contempla el artículo 337 del ordenamiento en cita, precisa; que sólo se reputa como nacido al feto que desprendido del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Si falta alguna de las mencionadas circunstancias, no se podrá entablar demanda sobre la paternidad.

Para determinar si el presunto heredero estaba concebido al momento de la muerte del autor de la sucesión no existen presunciones especiales en materia de sucesiones. Deben aplicarse las presunciones a las que en el capítulo anterior hicimos referencia.

Art. 1377.- "No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa".

Para mayor entendimiento al artículo citado, a continuación transcribimos literalmente el artículo 1375 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

Art. 1375.- "El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho".

En relación a los preceptos anteriormente citados, podemos apreciar que el legislador brindó una total protección al "nasciturus", ya que en caso de que no se le considere en el testamento, éste tendrá los mismos derechos que la ley otorga a los herederos legítimos. En el supuesto de que se le nombre en el testamento, habrá que respetar lo que el "de cuius" haya estipulado en el mismo.

En el supuesto de que la viuda quedare encinta, la ley establece una serie de disposiciones para proteger a los que tengan un derecho respecto de la herencia, que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del hijo póstumo.

Al respecto el Código Civil vigente para el Distrito Federal señala:

Art. 1638.- "Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días,

para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo."

En este artículo se reconoce el derecho a la sucesión del hijo póstumo, es decir, del hijo que nace después de morir el padre.

Art. 1639.- "Los interesados a que se refiere el precedente artículo pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la sustitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es."

"Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda."

En éste artículo, los presuntos herederos, pueden solicitar al juez que tome las medidas necesarias para evitar que la viuda haga suponer el alumbramiento, sustituya al infante o que haga pasar por viable a una criatura que no lo es, ya que de ser así, su derecho a la masa hereditaria se vería afectado.

Art. 1640.- "Háyase o no dado el aviso de que habla el artículo 1638, al aproximarse la época del parto la viuda deberá ponerlo en conocimiento del juez, para que lo haga saber a los interesados. Estos tienen derecho de pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del

alumbramiento; debiendo recaer el nombramiento precisamnete en un médico o en una partera."

Este artículo está intrinsecamente ligado a los preceptos anteriormente citados, ya que el legislador tomó esta medida precautoria, para evitar que la viuda cometa alguna acción fraudulenta.

Art. 1641.- "Si el marido reconoció en instrumento público o privado la certeza de la preñez de su consorte, estará dispensada ésta de dar el aviso a que se refiere el artículo 1638, pero quedará sujeta a cumplir lo dispuesto en el artículo 1640."

Este precepto se refiere a una hipótesis relacionada con el ejercicio de la acción procesal de desconocimiento de la paternidad, sin embargo, establece que no por ello la viuda está autorizada para no dar al juez el aviso de que se halla encinta.

Art. 1642.- "La omisión de la madre no perjudica a la legitimidad del hijo, si por otros medios legales puede acreditarse."

Creemos que en éste artículo se deben especificar a que otros medios legales se refiere el legislador, ya que deja abierta una laguna que en un momento dado, puede perjudicar al concebido no nacido.

Art. 1643.- "La viuda que quedare encinta, aún cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria."

Este artículo determina una medida adicional de protección a la viuda encinta, que evidentemente se incluyó para beneficio del no nacido.

Art. 1644.- "Si la viuda no cumple con lo dispuesto en los artículos 1638 y 1640, podrán los interesados negarle los alimentos cuando tenga bienes; pero si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez, se deberán abonar los alimentos que dejaron de pagarse."

De acuerdo al artículo anterior, si la viuda no notifica al juez de su estado de preñez, los interesados pueden negarle a la misma alimentos si ésta tiene bienes, sin embargo, el mencionado precepto, no determina la situación de la viuda, en caso de que ésta carezca de bienes. Si la viuda realmente quedó encinta podrá exigir el pago de los alimentos que no se le otorgaron.

Art. 1645.- "La viuda no está obligada a devolver los alimentos percibidos, aún cuando haya habido aborto o no resulte cierta la preñez, salvo en caso de que ésta hubiere sido contradicha por dictamen pericial."

En éste ordenamiento, se le dá protección a la viuda en los supuestos de que aborte o de que crea estar embarazada y no resulte

cierto, evidentemente el legislador protege a la misma eximiéndola del pago de los alimentos recibidos, sin embargo, en caso de que la prefez hubiera sido contradicha por dictamen pericial, la viuda quedará obligada a pagar los alimentos percibidos.

Art. 1646.- "El juez decidirá de plano todas las cuestiones relativas a alimentos conforme a los artículos anteriores, resolviendo en caso dudoso en favor de la viuda."

Este artículo establece una situación privilegiada para la viuda y para el "nasciturus", ya que al darle una protección especial a la viuda por su estado, protege por ende al hijo por nacer.

Art. 1647.- "Para cualquiera de las diligencias que se practiquen conforme a lo dispuesto en este capítulo, deberá ser oída la viuda."

La viuda al formar parte en el juicio sucesorio en su nombre y en el del hijo por nacer, debe ser oída en el mismo. No sólo para respetar el artículo 14 Constitucional (que habla acerca de la retroactividad de la ley), sino también para que el juez tenga los mayores elementos de juicio, al resolver las cuestiones relativas a los derechos del hijo póstumo.

Art. 1648.- "La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término

máximo de la preñez, mas los acreedores podrán ser pagados por mandato judicial."

Como medida de protección al hijo póstumo, la partición de los bienes hereditarios se suspende hasta su nacimiento o al fin del término máximo de la preñez.

IV.- PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO EN LOS CONTRATOS SEGUN LO DISPUESTO EN LOS ARTICULOS 2357 Y 2359 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Respecto de la situación en que se encuentra el "nasciturus" respecto de los contratos contemplados en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, el único contrato en el que el ser concebido no nacido puede figurar es en el contrato de donación.

Al respecto el mencionado ordenamiento establece en su artículo 2357 del Código Civil, que a la letra dice que:

"Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme al artículo 337."

De acuerdo con el mencionado artículo, el "nasciturus" puede adquirir por donación siempre y cuando haya sido engendrado al momento en que la donación se hizo y que desprendido enteramente

del seno materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil.

La donación es posible como institución directa a favor del "nasciturus", porque el representante legal puede cumplir todas las exigencias legales de la aceptación, aún cuando nuestra legislación establece que las donaciones deben ser entre vivos, cabe aquí la representación del concebido ya que se consideró vivo al momento de efectuarse la donación.

El artículo 2340 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece que la donación se considera perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donante, sin embargo, es imposible que en el caso del "nasciturus" éste la acepte por su propia voluntad, ya que es considerado carente de capacidad de ejercicio por su propia naturaleza, pero su representante si podrá aceptar dicha donación.

Respecto al artículo 2359 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece que:

"Las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 337."

"Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo sucede si el donante muere dentro de ese plazo de cinco años sin haber revocado la donación."

"Si dentro del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá por revocada en su totalidad."

El citado artículo, prevé que si al morir el donante, hay un hijo concebido, se protege al mismo teniendo por revocada la donación al momento de nacer éste.

CAPITULO CUARTO**PROTECCION JURIDICA A LA VIDA DEL EMBRION PARA QUE NO SE IMPIDA
ILICITAMENTE EL NACIMIENTO DEL SER EN GESTACION.****I.- PROBLEMATICA DEL ABORTO.**

Tal vez parezca extraño que en esta tesis fundamentada en materia civil se introduzca la figura jurídica del aborto que corresponde al Derecho penal, sin embargo hemos considerado que al hablar de los derechos del ser concebido pero que no ha nacido, no se podría prescindir del primero y más importante de los derechos de la persona que es el derecho a la vida ya que sin este, todos los demás posibles derechos resultan inútiles.

De acuerdo a los capítulos desarrollados anteriormente, el "nasciturus" tiene derechos que le corresponden si nace vivo y viable, es decir, con los requisitos que exige la ley. Sin embargo, y como lo comentamos anteriormente, creemos que el máximo derecho que le corresponde al concebido no nacido es el derecho a la vida, por lo que en este capítulo abordaremos la problemática a la que está sujeto el mismo, debido a que su vida depende no sólo de la madre y de la sociedad en general, sino también de los legisladores, ya que es en estos en quienes recae la responsabilidad, no solo de adecuar el marco jurídico a la realidad de un pueblo, sino también la de hacer valer los principios

elementales del derecho, ya que este existe para respetar y hacer respetar la vida de las personas. Además la sociedad debe adquirir conciencia de su responsabilidad ante este problema y actuar en defensa del "nasciturus" puesto que es en éste en el que recaerá la responsabilidad de forjar una sociedad más justa y equitativa en el futuro.

"La práctica del aborto es una constante socio-sexual: nunca ha existido época en la que las mujeres no recurran a esta práctica. Sin embargo, la respuesta social, religiosa y política ante el deseo de las mujeres de no llevar a término su embarazo, ha sido diferente a lo largo del tiempo. Es decir, esta ha oscilado desde la represión explícita hasta la ignorancia social que tolera esta práctica en tanto que la ignora." ⁴⁸

Iniciaremos, pues, nuestros comentarios con el señalamiento de la etimología de la palabra aborto, que deriva del latín "abortus", que a su vez significa "ab": partícula y "ortus": nacimiento. Así, etimológicamente significa no nacimiento.

En virtud de que el término aborto remite a un concepto obstétrico, en rigor, y los códigos penales suelen apartarse de la definición obstétrica, creemos que sería aconsejable, en primer término, definirlo desde el punto de vista de la obstétrica, y, después, conceptualizarlo medicolegalmente, esto es, desde el

⁴⁸ Ortega, Adriana. Revista de la Facultad de Ciencias. "La primera legislación sobre aborto en México". No. 27. Julio de 1992. México. p. 55.

ángulo en que, en términos generales, han entendido el concepto los legisladores penales."

"Obstétricamente, se entiende al aborto como la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, es decir, dentro de los primeros seis o cinco y medio meses del embarazo. La expulsión del producto de la concepción dentro de los tres últimos meses se considera como parto prematuro, ya que después del sexto mes, o de los cinco meses y medio, hay viabilidad." ⁴⁹

"La primera ley sobre el aborto en México fue parte del primer Código Penal que habría de regir el México liberal e independiente, el cual entro en vigor en 1871. El artículo 569 del Código Penal dice a la letra:

"Llamese aborto, en derecho penal, a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que ésta se haga sin necesidad. Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas del aborto." ⁵⁰

⁴⁹ De la Barreda Solórzano, Luis. El delito del aborto: una careta de buena conciencia. Edic. 1ª. Ed. Miguel Angel Porrúa. México, 1991. p. 15

⁵⁰ Ortega, Adriana. Revista de la Facultad de Ciencias. "La primera legislación sobre aborto en México". No. 27. Julio de 1992. México. p. 55.

La definición de aborto que actualmente contempla el Código Penal vigente en su artículo 329 es completamente distante a la anterior. El mencionado precepto, define al aborto de la siguiente manera:

"Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

De acuerdo y en relación a los anteriores comentarios, creemos que la definición de aborto contemplada en el artículo citado, no corresponde al aborto materia del Derecho penal, ya que a nuestro parecer, esta es la que correspondería a la del aborto natural, que es aquel en el que la muerte del producto se produce por un malfuncionamiento de orden biológico y por ende no puede ser tipificado como delito, ya que la muerte del producto se produce por causas ajenas a la voluntad de la madre o de un tercero. Consideramos que esta definición debería ser eliminada del mencionado ordenamiento. A continuación proponemos que la definición de aborto que regule el Código Penal vigente, sea la que estaba contemplada en el Código Penal de 1929 en su artículo 1000, que a la letra dice:

Art. 1000.- "Llácese aborto en Derecho Penal: a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad y con objeto de interrumpir la vida del producto. Se considerará siempre que tuvo ese objeto

"Se considerará siempre que tuvo éste objeto: el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo."

"Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial, y se sanciona de igual manera que el aborto."

Consideramos que la anterior definición es la idónea para ser incluida en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, ya que reúne las condiciones que creemos necesarias para que el aborto sea tipificado como delito.

Respecto a las técnicas utilizables para llevar a cabo un aborto inducido, estas se clasifican en tres grupos: mecánicas, físicas y tóxicas.

MEDIOS MECANICOS

"a) Extragenitales

De los medios extragenitales son de señalarse: los traumatismos abdominales, por lo general de naturaleza contusiva, que al adquirir determinada intensidad y darse en las inmediaciones del útero son eficaces para la producción del aborto; traumatismos menos intensos, pero más localizados, son los que producen masajes uterinos efectuados a través de las paredes abdominales para lograr

lograr el desprendimiento del huevo; la compresión abdominal violenta y prolongada por medio de fajas o prendas similares.

b) Genitales

De los procedimientos genitales pueden referirse el taponamiento vaginal y las cauterizaciones del cuello uterino, principalmente. Empero no puede dejar de citarse la punción de las membranas y el vaciamiento uterino, que se realizan dentro de la cavidad uterina.

Son diversos los instrumentos punzantes usados. Sirven los que tienen consistencia "ad hoc" para franquear el cuello uterino y la longitud suficiente. Los más socorridos son: agujas de tejer, varillas, alambres, horquillas, tijeras, plumas de ave, tallos de madera y, principalmente, sondas. Estas técnicas abortivas suelen provocar infecciones.

El vaciamiento uterino -raspado uterino- es muy frecuente en las primeras etapas del embarazo, quizá porque su realización no es fácil de descubrir.

Específicamente, ha alcanzado una considerable propagación la aspiración en el vacío, técnica de eficiencia probada y escaso riesgo en embarazos de duración no mayor a las doce semanas. Se utiliza un tubo de plástico, metal o vidrio, unido a una botella, cuya presión se disminuye por medio de una bomba de succión, con lo

que se obtiene una no difícil aspiración del feto. La operación no se alarga más de cinco minutos, requiere de menor cantidad de anestesia que el operativo quirúrgico ordinario y provoca una menor dilatación del útero en relación con otros mecanismos tradicionales.

Otra forma genital es la inyección intrauterina de líquidos -a menudo agua de jabón- a determinada presión; lo que produce riesgo de embolia.

MEDIOS FISICOS

a) La utilización del calor, a manera de duchas genitales calientes que actúan sobre el cuello uterino. Se trata de un procedimiento usual en los abortos procurados, los que realiza la propia mujer embarazada. Mediante un irrigador que se sitúa a la altura adecuada para obtener una determinada presión, se proyecta un chorro de líquido -agua o solución desinfectante-, a 40 o 45 grados centígrados para no producir quemaduras vaginales, contra la porción vaginal del cuello.

b) El empleo de la electricidad a través de corrientes galvánicas o aplicaciones diatérmicas repetidas.

c) Los rayos "röntgen", que no producen graves trastornos en la mujer, pero que sólo son utilizables con éxito dentro de los cuatro primeros meses del embarazo, pues después fallan y ocasionan lesiones fetales de naturaleza teratológica.

MEDIOS TOXICOS

Conllevan un alto riesgo de intoxicación severa, así se utilicen en vía de administración oral como si se emplean en aplicación local por contacto directo con las partes sexuales.

a) De los venenos minerales se utilizan el fósforo blanco (en infusión preparada), el anhídrido arsenioso y otros compuestos arsenicales.

b) De los alcaloides, actualmente tiene un uso extendido la quinina y el cornezuelo de centeno.

c) Fármacos de empleo terapéutico, como los purgantes, en dosis abusivas, pueden provocar la congestión del intestino grueso, que se extiende a los órganos genitales internos y genera el riesgo de hemorragias uterinas. La penicilina, también en dosis cuantiosas y las prostaglandinas son otros fármacos aptos para causar el aborto.

d) El azafrán, en dosis elevadas, puede ejercer efecto sobre el útero, provocar fuertes hemorragias y, así, ocasionar el aborto." ⁵¹

Los procedimientos anteriormente mencionados, que se utilizan para privar de la vida al ser concebido no nacido, implican

⁵¹ De la Barreda Solórzano, Luis. Ob. cit. p.p. 19, 20 y 21.

evidentes peligros para la salud y aún mas pueden llegar a ocasionar la muerte de la mujer que sufre el aborto, siendo las más afortunadas las que por lo menos quedan dañadas psicológicamente.

"Un 5% de las muertes maternas se debe a complicaciones ocasionadas por el aborto debido a los peligros a los que se arriesgan miles de mujeres que desean interrumpir su embarazo, cualesquieran que sean las causas." 52

Las razones por las que abortan las mujeres provienen más bien del mundo terrestre, pero las condiciones en que se practica parecen en muchas ocasiones del inframundo.

"Las más frecuentes complicaciones del aborto criminal son las siguientes:

- 1) Hemorragias uterinas que frecuentemente producen anemia aguda y llevan a la muerte;
- 2) Lesiones en la vagina, cuello uterino o cuerpo de la matriz, en este caso, perforaciones;
- 3) Muerte súbita por inhibición a consecuencia de la dilatación del cuello del útero en el momento de la maniobra;

52 Carillo Trueba, Cesar. Revista de la Facultad de Ciencias. "Decisiones". No. 27. Julio de 1992. México. p. 49.

- 4) Embolia gaseosa por entrada de aire en la inserción placentaria;
- 5) Quemaduras por cáusticos o líquidos calientes y
- 6) Infecciones uterinas: peritonitis, septicemia y gangrenas." ⁵³

"Para enjuiciar el aborto con criterio integral, haciéndolo punible o no, se toman en consideración factores éticos, jurídicos, económicos y sociales. Con base en esto, se han manejado a través de los tiempos, las siguientes teorías:

1) En pro de su punibilidad por razones que al Estado compete la protección de la vida, primera en la lista de los derechos humanos y no sólo en el ser concebido sino en la madre del mismo, mirando también la conservación de su salud. Su no punibilidad, en opinión de algunos autores y penalistas, conduciría a un aumento notable de libertinaje sexual y las enfermedades venéreas; y, según opinan otros, puede conducir a la instauración de regímenes totalitarios, donde el Estado o el partido disponen de la vida del feto.

2) En favor de la impunidad del aborto, basándose en los siguientes criterios:

⁵³ Fernández Pérez, Ramón. Obstetricia médico-forensc. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1980. p.p. 680 y 681.

- a) Derecho de la mujer de disponer libremente del fruto materno.
- b) Derecho de rehusar la maternidad no deseada.
- c) El no constituir su práctica un peligro para la madre cuando es realizado conforme al arte médico." ⁵⁴

El Código Penal vigente, contempla como abortos punibles, los siguientes:

ABORTO SUFRIDO

Se produce sin o contra el consentimiento de la mujer embarazada.

ABORTO CONSENTIDO

Es aquel que se efectúa por un tercero con anuencia o autorización de la mujer embarazada.

ABORTO PROCURADO O AUTOABORTO

Como su nombre lo indica, es aquel que se practica a sí misma la mujer embarazada.

⁵⁴ Cámara Bolio, Josefina. Diccionario Jurídico Mexicano. Voz: Aborto. Ob. cit. p. 19.

De igual manera, el mencionado ordenamiento, contempla como no punibles los siguientes tipos de abortos:

ABORTO CULPOSO

Cuando es consecuencia de un obrar imprudente, trátase de un tercero o de la mujer embarazada.

ABORTO POR MATERNIDAD CONSCIENTE

Cuando el antecedente de la concepción es una violación, y por lo tanto el Estado brinda a la mujer oportunidad de abortar para no condenarla a una maternidad odiosa.

ABORTO TERAPEUTICO

Es aquel que se practica por razones de salud, cuando desde el punto de vista médico se determina que de no efectuarse puede morir la mujer embarazada y en consecuencia se opta por su salvación.

Existen otras clases de aborto que no contempla el multicitado Código Penal vigentes, tales como:

ABORTO EUGENESICO

Es el que tiene como apoyo el buen nacimiento y funciona cuando desde el punto de vista científico se cuenta con

la comprobación de que el producto de la concepción tiene deformaciones y que de nacer, su vida será manifestada con taras y anormalidades evidentes.

ABORTO POR FACTORES ECONOMICOS

Tiene razón de ser o se justifica, cuando la situación económica de la mujer embarazada es precaria y además de ello cuenta con cierto número de hijos.

Sin embargo, en los Códigos Penales de diversas entidades federativas, si se consagran los supuestos anteriormente citados, tal es el caso de:

"a) El código de Yucatán que es el menos represivo en el tratamiento del aborto al permitir la interrupción voluntaria del embarazo por motivos eugenésicos graves y por factores económicos graves y justificados, siempre que la mujer embarazada tenga, al ocurrir el aborto, por lo menos tres hijos."

"b) Los códigos de Chiapas, Puebla, Quintana Roo y Veracruz que también admiten el aborto por motivos eugenésicos. En Chiapas se presenta una situación inédita: el código de 1990 introdujo las más amplias hipótesis de abortos no punibles de todo el derecho penal mexicano, consistentes en razones de planificación familiar por común acuerdo de la pareja y en el caso de madres solteras. Las reacciones en contra, de la cúpula del clero católico y de

organizaciones católicas -señaladamente Pro-Vida-, originaron que el 31 de diciembre de 1990 la legislatura chiapaneca votara dejar suspendida la vigencia de los artículos del nuevo código referentes al aborto -otorgando vigencia temporal a los artículos respectivos del código de 1984- hasta en tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos emita opinión definitiva al respecto."

"c) El Código de Chihuahua que acepta el aborto cuando el embarazo sea resultado de una inseminación artificial no querida ni consentida por la mujer." ⁵⁵

Respecto a las sanciones a las que se harán acreedores aquellas personas que induzcan el aborto de acuerdo al Código Penal vigente, serán de acuerdo al tipo de aborto que se practique, a continuación transcribimos literalmente los artículos del mencionado ordenamiento en el que se establecen dichas sanciones:

Art. 330.- "Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicará de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrá al delincuente de seis a ocho años de prisión."

Los tipos de aborto que contempla el mencionado precepto son el aborto consentido y el aborto sufrido. Consideramos que en

⁵⁵ De la Barreda Solórzano, Luis. Ob. cit. p. 49.

relación al segundo supuesto del mencionado ordenamiento, se debería de aumentar considerablemente la pena haya o no violencia física o moral, puesto que al no haber consentimiento de la madre, se le está privando del derecho a la maternidad que a toda mujer le corresponde.

Art. 331.- "Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le corresponden conforme al anterior artículo, se les suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión."

Del artículo transcrito coincidimos con el anterior comentario, pero además, creemos que el legislador debería ser un poco más estricto en relación con la suspensión contemplada en dicho precepto, cuando el aborto se practique sin el consentimiento de la madre.

Art. 332.- "Se impondrá de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:"

"I.- Que no tenga mala fama;"

"II.- Que haya logrado ocultar su embarazo; y"

"III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima."

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicara de uno a cinco años de prisión.

El artículo transcrito establece la punibilidad que se dará a la mujer que reúna las características que conforman al aborto consentido y al aborto procurado. Del mismo ordenamiento consideramos que se deberían eliminar las fracciones I, II y III, ya que no creemos que el hecho de que la madre tenga buena o mala fama, de que oculte el embarazo y que éste sea el resultado de una unión ilegítima, sean situaciones que ameriten que a la madre se le de una sanción menor a la que se contempla si falta alguna de estas circunstancias, puesto que se esta hablando de la vida de un ser humano y el contemplar estas situaciones, creemos que estan al margen.

Respecto a las hipótesis en las que de realizarse el aborto no es punible y por lo tanto no es considerado como delito, a continuación transcribimos literalmente los artículos del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en el que se establecen dichos supuestos:

Art. 333.- "No es punible al aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación."

En la primera parte de éste artículo, se excluye del marco delictivo al aborto culposo, ya que al ser éste el resultado de un

obrar imprudente de la madre, sería absurdo reprimirla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad.

En la segunda parte del mencionado ordenamiento, se excluye del campo delictivo, asimismo, al aborto siempre que el embarazo sea resultado de una violación. Al respecto, el legislador da una protección especial a la mujer violada, ya que sería injusto y monstruoso imponerle el nacimiento de un hijo engendrado contra su voluntad, ya que difícilmente no lo podría repudiar.

Art. 334.- "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

En el mencionado precepto, se excluye del campo delictivo al aborto terapéutico que es como ya señalamos, es aquel que se practica por razones de salud, cuando desde el punto de vista médico se determina que de no efectuarse puede morir la mujer embarazada y en consecuencia se opta por su salvación.

En relación a nuestros anteriores comentarios, creemos que es fundamental realizar investigaciones de campo respecto a la figura del aborto, en las cuales se pregunte a los entrevistados si conocen la situación legal del aborto, si éstos deben realizarse en

instituciones de salud y si piensan que la despenalización del aborto evitaría la muerte de muchas mujeres.

"En noviembre de 1991 la empresa Gallup realizó una primera Encuesta Nacional Sobre el Aborto. Las entrevistas fueron realizadas por personal entrenado de dicha empresa, y se llevaron a cabo simultáneamente en diferentes ciudades, en visitas domiciliarias. La muestra fue de 2,578 personas de ciudades urbanas con más de 50,000 habitantes, y se tomó en 36 localidades distribuidas al azar en estragos regionales. La investigación incluyó personas de ambos sexos, agrupadas por edades de 15 a 20, 21 a 25, 26 a 35, 36 a 45 y más de 45 años. Se incluyeron todos los estados de la República, divididos en seis zonas de acuerdo con su localización geográfica.

La selección de personas de acuerdo a su nivel socio-económico, Alto (A/B), Medio (C) y Bajo (D), se hizo de acuerdo con los datos de mercado de Gallup.

La entrevista tuvo preguntas cerradas con opción múltiple, ilustradas para facilitar la comprensión, preguntas abiertas, con las que se completó la información.

Los análisis de frecuencia tomaron en cuenta su distribución por sexo, grupo de edad, zona geográfica y tamaño de población.

Aquí se presentan por separado los datos que corresponden a

las tres ciudades consideradas más importantes: Guadalajara, Monterrey y Ciudad de México.

La muestra se distribuyó equitativamente entre ambos sexos (50% de hombres y 50% de mujeres); 19.8% de nivel socio-económico alto, 40.2% de nivel medio y 39.9% de nivel bajo. Respecto a la edad, la distribución fue la siguiente: grupo de 15 a 20 años, 25.7%; de 21 a 25 años, 15.5%; de 26 a 35 años, 25.5%; de 36 a 45 años, 18.2% y mayores de 45 años, 15%." ⁵⁶

A continuación expondremos por medio de tablas los resultados de las encuestas mencionadas con anterioridad:

⁵⁶ Lamas, Marta. Revista Nexos. "El aborto en México". No. 176. Agosto de 1992. México. p. 52.

QUE SABE ACERCA DE LA SITUACION LEGAL DEL ABORTO?

	SEXO			NIVEL			EDAD					CIUDAD		
	TOTAL	HOMBRES	MUJERAS	A/B	C	D	15-20	21-25	26-35	36-45	45+	D.F.	GUADA- LAJARA	MON- TERREY
ESTÁ PENALIZADO	2108 94.3	1130 67.8	1041 80.3	141 89.2	130 86.0	1199 82.4	152 83.4	296 83.3	287 84.3	156 83.1	320 84.9	934 80.3	229 84.9	144 89.1
ESTÁ PERMITIDO	333 13.0	131 10.1	306 12.8	17 9.5	119 12.6	199 13.8	75 13.9	60 1.3	102 14.7	37 12.3	38 9.5	193 16.6	29 11.7	12 7.8
OTROS	74 2.8	28 2.2	45 3.6	3 1.4	13 1.5	21 1.9	15 2.9	8 13.1	7 1.0	21 8.5	23 5.3	34 2.9	8 3.4	5 2.9
TOTAL	1279	1289	1389	181	254	1444	342	464	696	494	413	1181	346	162

A/B ALTO
C MEDIO
D BAJO

	TOTAL	ÁRZAS										NÚMERO DE HABITANTES POR 1000			
		I	II	III-A	III-B	III	IV	V	VI	10-50	100-249	250-499	500+		
ESTÁ PENALIZADO	2171 94.3	123 84.4	197 82.4	231 90.4	413 97.3	329 83.3	151 83.4	94 80.3	118 91.7	60 82.3	147 82.0	302 90.2	1463 81.1		
ESTÁ PERMITIDO	315 13.0	23 9.0	34 11.3	19 7.3	42 9.3	41 10.7	22 14.9	193 16.9	7 6.0	2 3.0	34 13.3	44 8.3	263 14.8		
OTROS	74 2.8	12 4.8	5 2.3	6 2.3	6 1.4	14 4.1	3 1.7	34 5.9	3 2.3	2 1.3	9 4.8	9 1.6	34 1.9		
TOTAL	1279	258	306	258	464	387	181	1169	129	64	180	537	1778		

LAS INSTITUCIONES DE SALUD DEBERIAN BRINDAR SERVICIOS
DE ABORTO?

	TOTAL	SEXO		NIVEL			EDAD					CIUDAD		
		HOMBRES	MUJERES	A/B	C	D	15-20	21-25	26-35	36-45	45+	D.F.	CIUDA- LAJARRA	BAH- TERREY
SI	878 34.0	498 38.6	380 29.3	68 17.5	344 36.1	466 32.3	190 35.0	172 37.1	228 34.2	149 32.0	129 31.4	216 44.2	48 19.3	38 37.6
NO	1617 62.7	737 38.7	880 66.7	107 19.3	372 39.9	938 64	339 64	264 56.8	441 83.4	298 64.3	275 66.7	610 32.3	139 78.6	118 73.6
NO SABE	78 3.0	34 1.6	44 3.4	3 2.6	37 3.9	36 2.5	13 2.4	28 6.1	18 3.3	13 2.7	7 1.8	30 2.5	10 3.9	4 2.6
NO CONTESTO	6 0.2	1 0.0	6 0.4	1 0.3	1 0.1	4 0.2	0 0.0	0 0.0	0 0.1	3 1.1	1 0.2	3 0.3	1 0.3	0 0.0
TOTAL	2379	1289	1289	181	934	1644	342	484	696	404	413	1161	246	162

A/B ALTO
C MEDIO
D BAJO

	TOTAL	ÁREAS										NÚMERO DE HABITANTES POR 1000			
		I	II	III-A	III-B-A	III-C	IV	V	VI	30-99	100-349	350-499	500 O +		
SI	878 34.0	63 34.4	48 22.6	65 22.7	112 34.4	61 20.9	39 23.5	316 44.3	46 31.8	44 22.4	51 28.4	147 26.3	606 37.3		
NO	1617 62.7	186 72.1	131 73.0	182 70.3	332 71.6	290 73.0	118 63.3	290 52.3	610 62.6	31 32.1	47 66.7	120 70.4	393 39.3		
NO SABE	78 3.0	9 3.3	8 3.7	11 4.3	19 4.0	13 3.4	6 2.0	30 2.3	3 1.4	3 4.5	9 4.2	18 3.2	48 2.7		
NO CONTESTO	6 0.2	0 0.0	0 0.0	0 0.0	0 0.0	0 0.2	1 0.0	3 0.3	0 0.1	0 0.0	0 0.0	0 0.0	6 0.3		
TOTAL	2379	128	206	236	484	377	121	1181	129	64	162	117	1774		

DESPENALIZAR EL ABORTO EVITARIA LA MUERTE DE
MUCHAS MUJERES?

	SEXO		NIVEL				EDAD					CIUDAD		
	TOTAL	HOMBRES	MUJERES	A/B	C	D	13-19	20-25	26-35	36-45	46+	D.F.	GUADA- LAJARA	MON- TERREY
SI	1995 77.3	1019 79.0	876 53.7	142 78.8	750 78.6	1102 76.3	411 75.9	360 74.4	339 77.0	376 81.0	334 78.9	33	187	111
NO	508 19.7	228 17.7	280 21.7	34 18.0	182 19.0	292 20.2	106 19.4	110 23.6	144 35.6	72 15.6	77 18.7	237	47	42
NO SABE	69 2.7	41 3.2	28 2.2	3 1.8	22 2.3	44 3.1	24 4.4	9 2.0	15 3.2	11 2.3	9 2.0	23	12	9
NO CONTESTO	7 0.3	2 0.1	5 0.4	1 0.3	1 0.1	6 0.4	0 0.0	0 0.0	1 0.2	1 1.1	3 0.2	3	0	0
TOTAL	2579	1288	1289	181	954	1444	542	464	656	464	411	1181	246	162

A/B ALTO
C MEDIO
D BAJO

	TOTAL	AREAS									NUMERO DE HABITANTES POR 1000			
		I	II	III-A	III-B-A	III	IV	V	VI	50-99	100-249	250-419	500 O +	
SI	1995 77.3	226 86.7	158 77.0	178 84.3	318 72.7	283 72.6	135 83.6	695 77.1	99	44	128	418	1368	
NO	508 19.7	28 11.0	115 45.3	97 38.3	107 23.0	83 11.3	26 14.3	237 20.4	28	18	43	92	356	
NO SABE	69 2.7	3 1.9	7 3.3	13 4.9	20 4.3	18 4.9	0 0.1	23 2.0	2	1.9	3	12	48	
NO CONTESTO	7 0.3	1 0.4	0 0.0	0 0.0	0 0.0	0 0.2	0 0.0	1 0.3	0 0.0	0 0.0	0 0.6	0	8	
TOTAL	2579	256	256	256	464	387	161	1161	129	64	165	337	1778	

Respecto al resultado de las encuestas anteriores, podemos deducir que la mayoría de los entrevistados, sabe que la práctica del aborto es ilegal. En relación a si esta legalizado, el 10% de los hombres y el 15% de las mujeres piensan afirmativamente.

Al explorar si las instituciones de salud deberían ofrecer servicios de aborto, el 62% de los entrevistados respondió negativamente. Sólo el 34% respondió que las instituciones de salud deberían ofrecer este servicio. Cabe destacar que más hombres que mujeres piensan que las instituciones de salud deberían ofrecer servicios de aborto.

En relación a la despenalización del aborto, podemos observar que la mayor parte de las personas entrevistadas (hombres y mujeres) coinciden en que la despenalización del mismo prevendría la muerte de muchas mujeres.

Por último y de acuerdo a lo expuesto en este capítulo, podemos decir que el ánimo del legislador es darle la mayor protección posible al "nasciturus" respecto al aborto, sin embargo, podemos preguntarnos: Se debe legalizar el aborto, para que de esta manera se eviten muertes que pudieron no sufrirse de practicarse el mismo en condiciones óptimas medicamente hablando? Es justo que la vida del ser en gestación se encuentre en las manos de la sociedad? Creemos que la respuesta la tiene cada individuo de acuerdo a su postura, ya que el objetivo de este capítulo es el de presentar un breve análisis en torno al aborto en relación a los derechos del

"nasciturus" y no formar una opinión personal respecto a tan actual y apremiante problema que sufre nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El "nasciturus" es el ser que ha sido concebido pero que no ha nacido. El ser humano existe desde su concepción, pero dada la dificultad para precisar el momento de su procreación, el derecho lo considera persona en formación, ocupándose de él para determinados efectos.

SEGUNDA.- La personalidad jurídica de cualquier individuo principia desde el momento mismo en que es concebido, sin embargo, aunque no haya nacido tiene capacidad de goce, es decir, tiene la posibilidad de ser sujeto de derechos.

TERCERA.- Al ser en gestación se le reconoce personalidad jurídica antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho, siendo éstas la de tener capacidad para heredar, para ser instituido legatario y para recibir en donación.

CUARTA.- Respecto a la personalidad del no nacido, consideramos que está sujeta a una condición resolutoria negativa, en virtud de que debe reunir los requisitos que establece el artículo 337 del Código Civil vigente, para ser considerado persona.

QUINTA.- Para que el derecho a heredar y recibir legados o donaciones tenga eficacia, el ser concebido no nacido debe cumplir con los requisitos que marca el artículo 337 del Código Civil vigente, es decir, debe vivir veinticuatro horas o ser presentado vivo ante el Juez del Registro Civil; en caso contrario, los mencionados derechos de los cuales gozaba, se extinguirán.

SEXTA.- Es claro que en un principio el legislador establece que la personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento, sin embargo, si atendemos a los artículos 22 y 1314, queda igualmente claro, que al ser concebido no nacido, se le reconoce personalidad jurídica desde antes de que se produzca su nacimiento.

SEPTIMA.- Como consecuencia de la conclusión anterior, el "nasciturus" se encuentra totalmente protegido por la ley respecto a su derecho a heredar, ya que el Código Civil vigente le reconoce personalidad jurídica para ello.

OCTAVA.- En relación al derecho que tiene el ser concebido no nacido a ser designado legatario, éste se encuentra de igual manera protegido; no obstante lo anterior, consideramos conveniente que en el Código Civil se incluyan normas específicas relativas a esta situación.

NOVENA.- En cuanto a la donación se refiere, el artículo 2357 del Código Civil, prevé el derecho de los no nacidos a adquirir por donación, con dos requisitos: que hayan estado concebidos al tiempo en que la donación se hizo y que se cumplan los requisitos del artículo 337 del mismo ordenamiento. La persona que al tiempo de realizar la donación no tuviere hijos podrá revocarla en los términos del artículo 2359; en el mismo supuesto jurídico se prevé lo relativo a la irrevocabilidad de este tipo de donaciones.

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

DECIMA PRIMERA.- En relación a las sucesiones, el "nasciturus" se encuentra protegido ya que el hijo póstumo tiene derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento.

DECIMA SEGUNDA.- Al existir una reglamentación específica, en cuanto a la protección de la mujer que ha quedado

encinta a la muerte de su cónyuge, cabe mencionar que se deben tomar medidas precautorias para asegurar la legitimidad del embarazo y del parto, con el objeto de que esto no perjudique a los demás herederos. Es importante señalar, que de conformidad al artículo 1643 del Código Civil, al conceder a la viuda alimentos, con cargo a la masa hereditaria, se protege al no nacido.

DECIMA TERCERA.- Respecto a los derechos que le corresponden al "nasciturus" el más importante es el derecho a la vida, por ello aparece tipificado el delito de aborto en el Código Penal vigente.

DECIMA CUARTA.- En cuanto al tipo penal del aborto regulado en el artículo 329 del Código Penal vigente, consideramos que corresponde únicamente a la definición de aborto natural, sin embargo, sería conveniente adoptar el supuesto normativo señalado en el Código Penal de 1929 en su artículo 1000, por considerar que en el mismo se reúnen las condiciones necesarias para que el aborto sea debidamente tipificado como delito. Dicho artículo señalaba lo siguiente:

"Llámase aborto en Derecho Penal: a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad y con objeto de

interrumpir la vida del producto. Se considerará siempre que tuvo ese objeto el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo. Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas del aborto".

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARREDA SOLORZANO, LUIS DE LA.

El Delito del Aborto: una Careta de Buena
Conciencia. Ed. Miguel Angel Porrúa: México, 1991.

COLIN, AMBROSIO Y CAPITANT, HENRI.

Curso Elemental de Derecho Civil. Ed. Reus:
Madrid, 1952.

DICCIONARIO JURIDICO ABELEDO PERROT.

Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1986.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.

Ed. Porrúa: México, 1989.

FERNANDEZ PEREZ, RAMON.

Obstetricia Médico-Forense. Ed. Porrúa: México,
1980.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.

Derecho Civil. Ed. Porrúa: México, 1985.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.

Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa:
México, 1985.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.

El Patrimonio. Pecuario y Moral ó Derechos de la
Personalidad y Derecho Sucesorio. Ed. Cajica: 1980.
Puebla, Pue; México, 1980.

MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN.

Lecciones de Derecho Civil. Ed. Jurídicas Europa-
América: Buenos Aires, 1986.

MONTERO DUHALT, SARA.

Derecho de Familia. Ed. Porrúa: México, 1990.

PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO.

La Familia en el Derecho Mexicano. Ed. Panorama:
México, 1985.

PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES.

Tratado Elemental de Derecho Civil. Ed. Cárdenas
Editor y Distribuidor: México, 1981.

RAMIREZ VALENZUELA, ALEJANDRO.

Derecho Civil. Ed. Nacional: México, 1981.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa: México, 1980.

RUGGIERO, ROBERTO DE.

Instituciones de Derecho Civil. Ed. Nucatendi:
México, 1941.

REVISTAS CONSULTADAS

CARRILLO TRUEBA CESAR

Revista de la Facultad de Ciencias

"Decisiones"

U.N.A.M.

No. 25 Julio 1992

México

LAMAS MARTA

Revista Nexos

"El Aborto en México"

Año 15, Vol. 15, No. 176, Agosto 1992

México

MASCAREÑAS C.E.

Revista de Derecho Puertorriqueño

"El Nasciturus en el Derecho Puertorriqueño"

Año IV No. 14 Oct-Dic 1964

Ponce, Puerto Rico

ORTEGA ADRIANA

Revista de la Facultad de Ciencias

"La Primera Legislación de Aborto en México"

U.N.A.M.

No. 25 Julio 1992

México

LEGISLACION CONSULTADA

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Sexagésima Edic. Ed. Porrúa: México, 1992.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Cuadragésima Octava Edic. Ed. Porrúa: México, 1992.