



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
" ARAGON "**

**EL CONCEBIDO NO NACIDO Y  
SU PROTECCION JURIDICA**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

***YOLANDA TORRES SEGARRA***

EDO. DE MEXICO

1987



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

DER 789



EL CONCERNIDO NO HACER  
SU PROTECCION JURISDICCION

LA LEY DE 1911

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

ARTICULO 100

LIBRO DE ACTAS

D I O S

Te doy las gracias humildemente por darme la dicha de poder hacer realidad una meta tan importante en mi vida y te dedico este modesto trabajo con todo mi amor.

A M I M A D R E

Sra. Dolores Segarra Navidad.  
Que éste trabajo sea el testimonio del reconocimiento a tu amor incondicional, esfuerzo y dedicación que siempre nos has profesado. Porque con tu ejemplo de entereza y valentía nos has impulsado a seguir adelante. Para ti con todo respeto, cariño y el amor eterno que nos une.

A M I P A D R E

Sr. Rogelio Torres  
Rodríguez.

Eternamente agradeci  
cida por tu apoyo,  
cariño y ejemplo -  
de superación.

A M I S H E R M A N O S

Alejandro, Ricardo,  
Martha, Irma, Roge-  
lio y Norma, con  
amor, respeto y -  
agradecimiento, --  
quienes me han apo-  
yado en todos los -  
momentos de mi vida.

A M I S S O B R I N O S

Annel, Blanca, Az -  
mín, Claudia, Catalin  
a, Vanessa, Alejan-  
dro, Josafat, Ricar-  
do, Teresa, Natalia,  
Rogelio, Gabriela y  
René; como un estímu  
lo de superación.

Mi más grande reconocimiento y  
agradecimiento a la LIC. MARIA  
ELENA GONZALEZ RIVERA, por su  
asesoría y enseñanza brindada -  
en el desarrollo de esta Tesis,  
con respeto y admiración.

A la Lic. Cecilia Licona Vite y  
al Lic. Saulo C. Martín del Cam  
po Padilla, con el agradecimien  
to más sincero por haberme ofre  
cido sus conocimientos.

Al Lic. Jesús López Camero,  
por el amor y apoyo que -  
me ha brindado. Gracias.

A TODOS LOS MAESTROS.

Por la loable labor que realizan.

## I N D I C E

INTRODUCCION . . . . . I-II

### CAPITULO I.- LA PERSONA JURIDICA

- 1.- Diversas acepciones de la palabra persona . . . . .1-7
- 2.- Concepto jurídico de persona . . . . .7-39
- 3.- Clases de personas jurídicas . . . . . 39-44

### CAPITULO II.- MOMENTO EN EL QUE SURGE EL PROBLEMA DEL NASCITURUS.

- 1.- La personalidad y la capacidad. . . . .45-57
- 2.- Principio y fin de la personalidad y capacidad ..58-73
- 3.- El concebido no nacido (nasciturus) . . . . .73-82

### CAPITULO III.- EL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO Y EN OTROS PAISES.

- 1.- Antecedentes . . . . . 83-89
- 2.- Derecho Civil Mexicano . . . . . 89-116
- 3.- Protección al concebido no nacido en  
otros países . . . . . 116-126

CONCLUSIONES . . . . . 127-128

BIBLIOGRAFIA . . . . . 129-134

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

Desde el punto de vista jurídico el concebido no nacido ha sido objeto de especial consideración, tanto desde su enfoque penal como civil, siendo el propósito de este trabajo precisamente llegar a determinar la situación que le corresponde en el Derecho Civil.

La doctrina en relación con este tema es muy abundante, pues existen diversas posturas, algunas de las cuales consideran que el concebido no nacido es persona jurídica y por el contrario otras niegan que lo sea, por lo que consideramos conveniente analizar lo que es la persona jurídica.

Una vez que llegamos a la conclusión de que la persona jurídica es el hombre, la persona humana con vida individual y autónoma, nos encontramos con que el concebido no nacido no cumple con tales requisitos de individualidad y autonomía.

Otro problema surge cuando se pretende establecer desde que momento comienza la existencia de la persona jurídica individual, en que momento principia su personalidad y capacidad de goce como cualidades inherentes a ella, en que momento podemos hablar de persona humana individual y autónoma, por lo que hicimos un breve análisis de lo que es la personalidad y la capacidad de goce y el momento en que principian, estudiando dentro de este punto las diversas posturas-

## II

que existen respecto a ese momento y los fundamentos en que se sustentan las dos corrientes principales, la que considera que se inicia con el nacimiento y aquella que considera que se inicia con la concepción.

Como aspectos íntimamente relacionados entre sí e indispensables para la comprensión de este trabajo abordamos lo que es la concepción, el nacimiento y lo que se entiende por concebido no nacido.

Estudiamos finalmente la forma en que se ha regulado su situación a través de la historia y como se regula su situación en el Derecho Civil Mexicano y en algunas otras legislaciones.

## CAPITULO I.- LA PERSONA JURIDICA.

1.- Diversas acepciones de la palabra persona.

- a) Filosófica.
- b) Psicológica.
- c) Sociológica.

2.- Concepto jurídico de persona.

- a) Etimología y concepto jurídico de la palabra persona.
- b) Evolución histórica de la palabra persona en el ámbito jurídico.

3.- Clases de personas jurídicas.

- a) Personas físicas.
- b) Personas morales.

## CAPITULO I.- LA PERSONA JURIDICA.

## 1.- DIVERSAS ACEPCIONES DE LA PALABRA PERSONA.

Tal vez parezca extraño que siendo esta una Tesis en Derecho se inicie con el estudio de las diversas acepciones que la palabra persona posee, por este motivo es pertinente aclarar que lo consideramos necesario ya que no se puede abordar el concepto jurídico de persona en forma aislada, porque tratar de encontrar lo que la persona es en el Derecho nos lleva a analizar lo que ésta es conforme a otras disciplinas de las cuales es objeto de estudio y que en ocasiones han influido en forma muy importante en el ámbito jurídico.

La persona es una realidad natural que puede ser tratada desde diversos enfoques, según sea la ciencia que la estudie, esto no significa que cuando se habla de persona desde un punto de vista determinado se esté haciendo referencia a distintas personas, lo que acontece es que cada ciencia la observa desde un ángulo distinto, según el objeto formal de la misma.

La persona, por tanto, no es sólo lo que el Derecho contempla y en relación con el tema objeto de estudio de la presente Tesis es muy importante saber lo que la persona es desde un punto de vista jurídico y lo que es desde

otros ángulos.

En sentido vulgar el término persona se identifica con el de hombre, pero para los objetivos que nos hemos fijado esto resulta insuficiente, por lo tanto comenzaremos por la acepción de la palabra persona desde un punto de vista filosófico.

a) ACEPCION FILOSOFICA:

Como ya señalamos anteriormente, el vocablo persona es objeto de estudio de diversas disciplinas, las cuales van a proporcionarnos su concepto de acuerdo al objeto formal de estudio que cada una posea.

La Filosofía tiene como objeto descubrir la verdad brindando una explicación exhaustiva del mundo del hombre y de la actividad humana, tratando de encontrar la verdad completa, el conocimiento último y definitivo, síntesis de todas las verdades. La Filosofía es explicativa y normativa, no sólo investiga y explica lo que es, sino que también se pregunta lo que debe ser. Estudia la esencia de lo real. (1)

(1) García Maynes Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 31a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, págs. 115 a 117.

Conforme a lo señalado anteriormente, si estudia - mos la acepción filosófica de la palabra persona, vamos a - encontrar que la Filosofía nos va a tratar de brindar una - explicación exhaustiva de lo que es el hombre, ya que desde el punto de vista de esta disciplina, la persona es el hom - bre, investigando y explicando lo que es en realidad, pero - lo que consideramos más importante es que se pregunta lo -- que debe ser y cual es la esencia de la persona, es decir, - nos tratará de dar su significado fundamental.

Dentro de la Filosofía el concepto de persona ha - evolucionado conforme a la época y ha sido objeto de multi - ples estudios. Trataremos de hacer una exposición breve de - algunas ideas filosóficas que han surgido acerca de la per - sona.

En la Edad Media, la persona se consideró como -- "una substancia indivisa de naturaleza racional". Caracterís - tico de esta época fue el considerar al hombre como un ser - racional.

En los primeros tiempos de la Filosofía moderna - se definió a la persona como un ser reflexivo y autoconcién - te.

Kant nos dice que la persona debe ser estudiada - dentro del plano de la Etica y que lo que la caracteriza es su libertad e independendencia de cualquier mecanismo, además -

la persona es un ser con dignidad.

Fichte por su parte dice que la esencia de la persona es la libertad de proponerse fines; Max Scheler considera que la persona es una individualidad concreta y singular que realiza actos diversos y que constituye una medida individual de valores; Nikolay Hartman nos dice que la persona es el punto de intersección del deber ser y el único ser capaz de llevar a la realidad la esencia ideal del valor, es el titular de los valores éticos; Antonio Caso dice que la persona es tal en cuanto es ella misma y no las demás personas, es un ser biológico, es decir, un individuo con unidad, identidad y continuidad substanciales, es persona porque desempeña un papel como ser sociable y que tiene como características el poseer ideales, espíritu, psique y que trasciende de la esfera social y política, ser persona consiste en asumir la suprema manifestación de lo real; para Francisco Romero la persona es el individuo espiritual, centro ideal de un conjunto unitario de actos, es autoposeción, autodomínio de la que derivan dos deberes: el de conciencia y el de conducta. (2)

Debemos preguntarnos ahora si se logra el objeti-

(2) Recasens Siches Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, 6a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, -- págs. 244 a 255.

vo de la Filosofía al darnos un concepto de persona ¿ acaso podrá definirse filosóficamente a la persona por alguna de sus características, aunque esta sea común en todos los hombres o revista especial importancia?

Podemos señalar que la mayoría de los autores tratan de definir a la persona tomando en consideración algún o algunos aspectos o características del hombre; pero no puede definirse al todo por una de sus partes, es decir, el hombre es un todo que no puede ser definido por algún o alguno de sus caracteres, sino por todos ellos.

Así podemos decir que filosóficamente la persona tiene dos notas características:

- a) La totalidad, que debe comprenderse como un todo, un ser íntegro, como un conjunto pleno. La persona como conjunto abarca la naturaleza del hombre y sus principios individuales; su ser propio.
- b) La autonomía, es decir, su libertad e independencia como propiedades de la naturaleza humana, como partes integrantes del todo que es la persona.

Tomando en cuenta los elementos anteriores podemos dar un concepto más preciso: "La persona es en definitiva un todo indivisible; un ser propio, dotado de libertad e independencia." (3)

(3) Doral José A., Concepto Filosófico y Concepto Jurídico de Persona, en la Revista Persona y Derecho, Pamplona España, 1975, pág. 116.

## b) ACEPCION PSICOLOGICA:

La psicología estudia los fenómenos sensoriales, motores e intelectuales de los seres humanos, es una de las ciencias que estudian la naturaleza humana. De esta manera nos dice que la persona es: "...la totalidad de las características del comportamiento de un individuo; estas características implican la manera en la cual manifiesta los rasgos de su personalidad y la clasificación de la personalidad en términos de los patrones de respuestas sensoriales, motoras e intelectuales." (4)

Recasen Siches por su parte dice que psicológicamente, persona es el yo, lo cual constituye su identidad y unidad a través de sus diversas experiencias y como ser distinto a todos los demás. El yo esta compuesto por múltiples y variados elementos que al parecer permanecen en un mismo estado, pero que es dinámico ya que durante su vida cambia. Es único aunque tenga rasgos comunes con los demás hombres pero no posee exactamente las mismas características que otro hombre. El yo es el resultado de una serie de factores entre los que se pueden señalar: 1.- Los factores biológicos; 2.- Las condiciones y factores psíquicos y 3.- los componentes y factores sociales y culturales. (5)

(4) Simpson Georges, El Hombre en la Sociedad, trad. de Elizabeth Gelin, 4a. ed., Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1972, págs. 80 a 82.

(5) Ob. cit., págs. 257 y 258.

Podemos observar que al igual que en la Filosofía cuando hablamos de persona desde el punto de vista psicológico, no referimos al hombre.

c) ACEPTACION SOCIOLOGICA:

Desde un punto de vista sociológico la persona -- llega a ser considerada como un resultado de la sociedad y de la cultura a la que pertenece. De esta manera nos dice -- que la persona es el hombre, como organismo biológico que -- se transforma en persona, cuando se socializa, cuando participa de la vida social. (6)

La Sociología tiene como objeto de estudio la sociedad y cuando nos da el concepto de persona lo hace en base a ella. También se refiere a la persona como hombre.

2.- CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA.

a) ETIMOLOGIA Y CONCEPTO JURIDICO DE LA PALABRA PERSONA:

Para poder abordar el concepto jurídico de persona, debemos estudiar su etimología porque para poder entender, emplear y precisar el significado de un vocablo debe -

(6) Chinoy Ely, La Sociedad, trad. de Francisco López Cámara, 9a. reimpresión de la 1a. ed. en español, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1978, págs.70 a 83.

mos relacionarlo con su nacimiento.

La palabra persona deriva del latín personare, -- que esta formado por sonare que significa sonar y del prefijo per que significa fuerte, por lo que etimológicamente -- quiere decir sonar fuerte.

La mayoría de los autores sostienen que ésta palabra surge en el teatro romano, aunque algunos otros dicen -- que sus antecedentes son aún más antiguos como Deecke y -- Skutsch quienes remontan sus orígenes al etrusco y manifiestan que se deriva del término etrusco persuna, fundamentando lo anterior en un cuadro mural encontrado en la Tomba -- Degli Aúguri en Tarquinia que data del año 550 a. C. en el que se encuentra un individuo enmascarado repetido en dos -- figuras, llevando cada una la inscripción persu y que como esta repetida no puede ser un nombre propio. Las figuras están enmascaradas de lo que se deduce que de persu (máscara) surge el término persona. Según Altheim persu no significa máscara sino enmascarado pasando a los latinos como persu -- na. (7)

Puede llegar a pensarse también que el término es de origen religioso ya que Persephone era una divinidad --

(7) Citados por Elorduy Eleuterio, Persona e Institución, -- en la Revista de Deusto, Bilbao, España, 1959, Págs. 14 y -- 15.

etrusca la que se cree era portadora de la muerte o podría derivar de pherse, portadora de la luz, por lo que el cuadro encontrado en Terquinia podría relacionarse con algún culto religioso. (8)

Tampoco hay que olvidar que el teatro romano surgió en el griego. En Grecia se utilizaba el término proscopon que significaba delante de la casa, ya que en ese lugar era donde se llevaba a cabo la caracterización. El teatro griego fue el antecedente del romano, en Roma se utilizó el término personare que en un primer momento significó el resonador formado por láminas en forma de lengüetas que permitían la amplificación de la voz, posteriormente el resonador colocado en la máscara y más tarde la máscara misma. (9) Después según era la máscara cómica o trágica el papel que se representaba era cómico o trágico, llegando a identificarse con el papel, más adelante se llegó a considerar como persona al actor que caracterizaba un papel para finalmente designarse con el al ser humano representando su papel en la sociedad. (10)

(8) Elorduy Eleuterio, ob. cit., págs. 16 y 17.

(9) Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XXII, Personas de Existencia Visible, Editorial Ancafo, S.A., Libros Científicos, Buenos Aires, Argentina, 1976, pág. 209.

(10) Muñoz Luis y Salvador Castro Zavaleta, Comentarios al Código Civil, T. II, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1974, pág. 919.

En Roma el término persona comienza a introducirse en el campo del humanismo, de la Filosofía y el Derecho, en la República y el Imperio, el término persona aparece en el lenguaje popular al igual que el de lumen (hombre esclarecido), sinónimo del griego hombre, así como también el -- término caput y corpus. (11)

Veremos ahora como se incorpora este término en el vocabulario jurídico, como ya se señalo en algún momento significó la máscara a través de la cual se descubria el personaje que se estaba caracterizando por lo que el término -- llegó a identificarse con el papel que se realizaba en la obra, para despues designarse con él al propio actor representando un papel, así se incorporo en el lenguaje común, -- llegando a ser la cualidad o función que cada hombre realiza en la sociedad, partiendo de ésto el Derecho incorpora -- en su vocabulario este término dandole un significado particular.

Metafóricamente se emplea el término persona en el Derecho para designar la cualidad o función que se desempeña en el ámbito jurídico.

La persona considerada jurídicamente, presenta -- tres cuestiones a tratar:

(11) Elorduy Eleuterio, ob. cit., pág. 16 y 17.

1a.- Consiste en contestar ¿Qué es la persona en términos jurídicos? cuestión que es contestada por la Filosofía del Derecho, en virtud de que es uno de los conceptos jurídicos-fundamentales.

2a.- Consiste en contestar ¿Quiénes son considerados personas jurídicas?, esta respuesta la encontramos en los diversos ordenamientos positivos.

3a.- Consiste en la pregunta ¿A quiénes y bajo que condiciones debe reconocerseles como personas jurídicas?, esta respuesta es una cuestión de política legislativa. (12)

En este trabajo abordaremos el primero de los cuestionamientos que surgen al hablar de la persona jurídica, es decir, qué es la persona en términos jurídicos.

Debemos de aclarar antes de abordar el concepto de persona algunas situaciones que resultan necesarias en la comprensión de la noción de persona:

La primera de ellas consiste en señalar que cuando hablamos de persona jurídica, nos estamos refiriendo tanto a las individuales como a las colectivas.

La segunda, en que la persona jurídica es el género y la persona jurídica individual y la colectiva son especies, por lo que primero daremos las notas distintivas del género

(12) García Maynes Eduardo, ob. cit., págs. 272 y 273 y Recasens Siches Luis, ob. cit., págs. 260 y 261.

y despues aboradaremos las de cada una de las especies.

La tercera consiste en señalar que el término jurídico no lo utilizamos en contraposición a natural, sino lo entendemos como aquello que concierne al Derecho y forma parte del objeto de estudio de la Ciencia del Derecho, es conveniente aclararlo en virtud de que algunos autores utilizan ambos términos en contraposición, considerando jurídica sólo a la persona colectiva.

Como ejemplo de lo anterior podemos citar a Parrguez Ruíz quien nos dice: "Son personas naturales, los individuos de la especie humana en los cuales la personalidad - constituye una condición inseparable, una adherencia a su - calidad de tales."; por otra parte nos dice: "Las personas-jurídicas, en cambio, son entes de carácter abstracto, inma-teriales, sin existencia córporea."(13)

Tomando en consideración lo señalado por dicho autor llegaríamos a concluir que personas jurídicas solamente son los entes colectivos y los individuales no poseen esa - calidad, podríamos entender entonces que no conciernen al - Derecho, ni forman parte del objeto de estudio de la Ciencia del Derecho, cosa que no podemos admitir.

(13) Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Ediciones Jurídicas, Quito, Ecuador, 1977, pág. 39 y 40.

Hachas las aclaraciones anteriores corresponde - abordar el concepto de persona jurídica, sobre el que existe una gran diversidad de criterios, cada autor cuando nos dice que es la persona jurídica, lo hace en base a la posición filosófica que adopte, esta gran diversidad de posturas es una de las cuestiones que impide encontrar un concepto que sea aceptado en forma más o menos general.

Uno de los fenómenos que se dan en todas las ciencias es precisamente el hecho de que a partir de una Teoría surgen otras que la critican, modifican, complementan y en todo caso adoptan, o sea se da origen a otra Teoría a partir de la cual surgen otras que estudian unas y otras y forman su propia Teoría y así sucesivamente.

En el Derecho también sucede esto, y el concepto de persona jurídica no es la excepción. En este punto a desarrollar que es el concepto de persona jurídica pretendemos encuadrar a cada una de las posturas que han surgido en la siguiente forma.

- 1.- Teoría que considera que el concepto de persona se deriva de un status.
- 2.- Teoría que considera que el concepto de persona jurídica es equivalente al de capacidad.
- 3.- Teoría que considera a la persona como titular de derechos subjetivos.
- 4.- Teoría que considera que la persona es una creación del

Derecho.

5.- Teoría que considera que la persona es una realidad - que el Derecho debe reconocer.

1.- Teoría que considera que el concepto de persona se deriva de un status.

Esta postura prevaleció en Roma en la que no existía el término persona con el significado que actualmente posee, siendo los términos más cercanos a este, los de caput y corpus. Fue aproximadamente hacia el año 100 a. C. -- cuando se incorpora en el vocabulario jurídico el término - persona.

En Roma se consideraba como sujeto de Derecho al - ciudadano romano sui iuris. Esto se derivaba de la condi-ción que se guardaba en relación con la comunidad y la familia. Los estados que se distinguían eran tres:

- a) Status libertatis, de donde surgía la clasificación en - tre hombres libres y esclavos.
- b) Status civitatis, que consistía en el estado que se guardaba como ciudadano, o no ciudadano romano.
- c) Status familiae, que era el estado que se guardaba en relación con la familia, de donde surgía la clasificación en-tre alieni iuris y sui iuris, considerando alieni iuris al que estaba sujeto al poder de pater familias, y sui iuris - al que no estaba sujeto a ningún poder familiar, es decir - al propio pater familias.

En este sentido persona en el Derecho Romano era el hombre libre, ciudadano romano, sui iuris.

Posteriormente esta postura evolucionó en Roma - como lo señalaremos al desarrollar la evolución histórica - del concepto de persona jurídica.

Actualmente este criterio ha sido superado, ya -- que el hombre es persona independientemente del estado que guarde respecto a una comunidad o su familia.

No podemos considerar que el concepto de persona sea una derivación del estado, porque el estado se refiere a situaciones cambiantes y variables en que puede estar la persona en una comunidad, y la persona no es un modo de ser, sino la naturaleza propia de un ser que continúa inseparable durante su existencia. (14)

Podríamos decir que la persona existe y es independiente su existencia del estado que esta posea, el cual surge a partir de la persona y no surge esta a partir del estado.

El sujeto al pertenecer a determinados grupos so-

(14) Castro y Bravo Federico de, Derecho Civil de España, - T. II, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, - España, 1952, pág. 32.

ciales, guarda una posición, que sirve para diferenciarlo-- jurídicamente de las demás personas, pero esta posición parte de la existencia de la persona.

2.- Teoría que considera que el concepto de persona jurídica es equivalente al de capacidad.

Los autores que se ubican dentro de esta Teoría nos dan el concepto de persona diciendo que es aquella capaz de derechos y obligaciones.

Como ejemplo podemos citar a Henri, León y Jean - Mazeaud, cuando nos dicen: "En la lengua del Derecho, la persona es un sujeto de derechos y obligaciones..." (15)

Galindo Garfías: "Al Derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el Derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido se dice que es persona, el sujeto de derechos y obligaciones." (16)

Antonio González: "En nuestros días, persona es -

(15) Lecciones de Derecho Civil, Vol. II, trad. de la 1a. ed. en frances por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1976, - pág. 5.

(16) Derecho Civil, Parte General, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1976, pág. 303.

el ser humano en cuanto capaz de ser titular de derechos y obligaciones." (17)

Nicolás Coviello: El sujeto de los derechos y deberes jurídicos se designa con la palabra persona. La capacidad jurídica, esto es la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y deberes jurídicos, es lo que atribuye a un ser la calidad de persona. Por esto capacidad jurídica, es sinónimo de personalidad." (18)

Jean Carbonier: "Persona en sentido jurídico, es todo ser con capacidad de goce de los derecho ... persona y sujeto de derecho son una misma cosa." (19)

Rafael de Pina y Vara: "Persona es el ser de existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones." (20)

Actualmente todo hombre posee esa capacidad de goce, pero a decir de algunos autores no se puede identificar

(17) Elementos de Derecho Civil, 8a. reimpresión de la 6a. ed., Editorial Trillas, México, 1985, pág. 60.

(18) Doctrina General de Derecho Civil, 4a. ed. revisada -- por Leonardo Coviello, trad. de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. - 155.

(19) Derecho Civil, T. I, Vol. I, trad. de la 1a. ed. francesa por Manuel Ma. Zorrilla Ruíz, Editorial BOSCH, Barcelona, España, 1960, pág. 215.

(20) Elementos de Derecho Civil, Vol. I, 12a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, pág. 200.

el concepto de persona con el de capacidad de goce, ya que está es una manifestación de la persona jurídica.

La crítica que se hace a esta Teoría es que cae en un círculo vicioso: a la pregunta ¿quién es persona? contesta: el capaz de derechos y obligaciones; a la pregunta -- ¿quién es capaz de derechos y obligaciones? responde: la persona. (21)

Podemos agregar a la crítica anterior que no se puede hablar de persona a través de una sola de sus manifestaciones, ya que puede manifestarse también con la capacidad de ejercicio.

3.- Teoría que considera a la persona como titular de derechos subjetivos.

Dentro de esta Teoría podemos ubicar a Paul Oertman el cual nos dice: "La aptitud para ser titular de un derecho subjetivo es lo que se llama capacidad jurídica o personalidad; el ser dotado de esta aptitud se denomina persona." (22)

Aunque posteriormente nos dice que la persona pue

(21) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., pág. 29.

(22) Introducción al Derecho Civil, trad. de la 3a. ed. alemana por Luis Sancho Seral, Barcelona, España, Editorial Labor, S.A., 1933, pág. 50.

de tener además de derechos deberes, aunque en realidad los tenga o no, pero que el concepto de sujeto de derecho (persona) es un concepto de relación, y por lo tanto sólo se explica cuando tiene realmente derechos.

De la misma manera Castan Tobeñas nos dice: "El sujeto de derecho es el portador o titular del derecho subjetivo," (23)

Posteriormente nos dice que la persona no sólo es sujeto de derechos, sino también de obligaciones, pero sucede lo mismo que con Oertman cuando nos dice que además de derechos tiene deberes, pero coloca en primer plano a los derechos subjetivos.

También el Dr. Santos Cifuentes nos dice: "El sujeto de derechos (subjetivos) es la persona" y más adelante "... persona es quien algo significa para el Derecho, por ser titular de un derecho o porque pueda serlo." (24)

En esta Teoría el concepto de persona dependerá de lo que se entienda como derecho subjetivo, por lo que analizaremos lo que se entiende como tal.

(23) Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. II, - 12a. ed., Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1978, pág.- 106.

(24) Enciclopedia Jurídica OMEBA, ob. cit., págs. 208 y 211.

El derecho subjetivo es la pretensión jurídica -  
válida que alguien puede interponer frente a la conducta -  
ajena, es una facultad, un poder que el sujeto posee, facul-  
tad que esta protegida por la ley y que consiste en usar, -  
disponer o exigir de los demas.

Estos derechos subjetivos son ciertas prerrogati-  
vas que una regla de derecho confiere a una persona, prerro-  
gativas de las cuales puede disponer, también se entiende -  
al derecho subjetivo como un interes jurídicamente protegi-  
do.

Pero la persona no sólo tiene derechos, sino que -  
también tiene deberes, siendo esta función la que la Teoría  
que se esta analizando no toma en consideración, es decir, -  
que la persona puede ser sujeto pasivo de la relación, de -  
jando a un lado la capacidad entendida como la aptitud de -  
ser sujeto de derechos y obligaciones, considerando en este  
caso sólo a los derechos, a la persona como sujeto activo -  
de la relación.

Esto llegaría a la absurda conclusión de negar -  
personalidad al que carezca de bienes y admitir una persona  
lidad que crece o disminuye con el número de derechos que -  
se tengan o pierdan." (25)

(25) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., pág. 50.

Más severa resultaría la crítica a este concepto de persona como titular de derechos subjetivos desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho, porque para ella el deber jurídico se encuentra colocado en primer plano, -- siendo la norma jurídica individualizada y que puede llegar a suceder que una norma establezca un deber, pero no cree el derecho subjetivo correspondiente (26), en cuyo caso no se podría hablar de persona jurídica, en el sentido que -- Oertman señala.

Aunque en ocasiones los autores de esta Teoría -- sostienen que toda persona posee derechos subjetivos, pero que puede tener o no deberes, sólo aplican el concepto de persona o sujeto de derecho cuando a este le compete realmente derechos, por lo que cuando las normas sólo establecen deberes no existiría la persona jurídica.

#### 4.- Teoría que considera a la persona como una creación del Derecho.

Uno de los autores más representativos de esta Teoría es Hans Kelsen al que hacen alusión la mayoría de los autores al hablar de la persona jurídica.

Kelsen dentro de su Teoría Pura del Derecho, estu

(26) Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, trad. de la ed. francesa por Moises Nilve, EUDEBA, S.E.M., Buenos Aires, Argentina, 1975, pág. 123.

dia a la persona única y exclusivamente como una noción jurídica, es decir, descarta todas las otras ciencias, toma en consideración sólo el aspecto jurídico, no desconoce sin embargo que existan otras ciencias como las naturales, ni que existan otras ideologías como la política, pero su finalidad es hacer una Teoría eminentemente jurídica, como lo señala en su prefacio a la edición alemana.

De esta manera nos dice que la persona es: "... un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos-subjetivos; un conjunto pues de normas." (27)

Para este autor la persona es una noción, es una elaboración del Derecho, que facilita su estudio, pero que no resulta indispensable ya que inclusive se puede prescindir de ella y que en este caso nos tendríamos que remitir a las normas que regulan la conducta de los individuos cuando determinan sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos.

Podríamos pensar entonces que no es necesaria la persona para el Derecho, más esto resultaría absurdo, puesto que el hombre es quien crea el Derecho, este es una construcción, pero una construcción de la razón humana, es decir, el

(27) Kelsen Hans, ob. cit., pág. 125.

hombre crea al Derecho para regular su vida en sociedad, - crea así las normas, las cuales le asignan derechos y deberes, por tanto si no existe el hombre no hay Derecho, no hay normas. Lo anterior surge a partir de una errónea interpretación de su Teoría ya que el hace una distinción entre hombre y persona, para él, el hombre es una noción de la ciencia natural y no una noción jurídica, cuando se utiliza este término dentro del Derecho no se le confiere el carácter de jurídico, en cambio la noción persona es eminentemente jurídica.

Tomando en consideración lo señalado anteriormente, no es del hombre de lo que se puede prescindir ya que este es una realidad, en todo caso según Kelsen lo que no resulta indispensable es la noción de persona, es decir, ese concepto que elabora la Ciencia del Derecho, del que tan sólo resulta ser un instrumento que facilita su descripción.

Pero no podemos aceptar lo anterior tampoco, y aunque se refiera a la noción de persona, debemos recordar que ese concepto tiene un substrato que es el hombre ya sea en forma individual o colectiva, que es una realidad que existe independientemente del Derecho y que es anterior a él, por otra parte no debemos olvidar que el concepto de persona no es eminentemente jurídico, porque su origen es anterior a la idea que se tenía del hombre como sujeto de Derecho, su origen no es jurídico, sino que el Derecho lo

toma y lo utiliza en forma metafórica, una vez que paso del lenguaje teatral o social.

El porque es un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos resulta de lo siguiente: las normas que regulan la conducta de los individuos le imputan a este obligaciones, responsabilidades y derechos, es decir, la persona es el centro en el que recaen. Por esto la persona es ese conjunto de normas, es el centro de imputación de obligaciones, responsabilidades y derechos que se personifican en ella.

No aceptamos que sólo si las normas imputan obligaciones, responsabilidades y derechos sea cuando exista la persona, la persona es tal por su propia naturaleza y no -- porque el derecho la considere persona, la persona no es un conjunto de normas porque las normas son abstractas y la persona es real.

Recasens Siches haciendo una interpretación de la Teoría Pura del Derecho, nos dice que la personificación a que hace alusión Kelsen es un procedimiento técnico auxiliar de que se vale el Derecho para hacer patente la unidad de un sistema de normas, es en suma la expresión unitaria y abreviada de los contenidos de esas normas. (28)

(28) Ob. cit., págs. 267 y 268.

Pero esa unidad no puede ser solamente un concepto creado por el Derecho, tiene que ser una realidad independiente y esa realidad es el hombre.

Ferrara por su parte nos dice que persona es: ". .. la forma jurídica de unificación de relaciones." (29)

Cuando nos dice que es una forma jurídica, se refiere a que constituye una categoría, es decir, una noción-elaborada por el Derecho, esta noción es independiente del-substrato real que siempre tiene. Una forma de unificación-de relaciones porque sobre la persona recaen éstas.

Las relaciones jurídicas son relaciones humanas + que persiguen un propósito, ya sea individual o colectivo - por lo que esta noción se aplica tanto a los entes indivi - duales como a los colectivos.

Podemos observar que al igual que Kelsen, Ferrara sólo nos da el concepto de persona tomando en cuenta el aspecto jurídico, o por lo menos eso pretende, pero cuando -- nos dice que siempre tiene un substrato real esa forma jurídica, no puede dejar de reconocer que existe una realidad - anterior al Derecho, por lo que no se puede sostener que el

(29) Citado por Recasens Siches Luis, ob. cit., pág.263.

concepto exista en forma independiente de su substrato.

Resulta contradictorio desde la postura que pre -  
tende adoptar cuando señala que las relaciones jurídicas son  
relaciones humanas que persiguen un fin ya sea individual o  
colectivo, porque en este caso esta reconociendo el substra  
to real y a partir de él esta elaborando el concepto jurídi  
co de persona.

Otro autor que puede ubicarse dentro de esta Teo-  
ría es Mazeaud el cual nos dice: "Persona es un sujeto de -  
derechos y obligaciones; es la que vive la vida jurídica. -  
La personalidad es la aptitud para llegar a ser sujeto de -  
derechos y de obligaciones.", podemos considerarlo positi -  
vista porque considera que el legislador es el que determi-  
na a que seres atribuye la aptitud de adquirir derechos y -  
obligaciones y por lo tanto la personalidad es un don de la  
ley. (30)

El punto más criticado de esta Teoría, es precisa-  
mente el considerar una aptitud del legislador determinar a  
quienes considera como personas jurídicas, considerando que  
la personalidad es un don de la ley.

Nosotros consideramos que todo hombre es persona-

(30) Ob. cit., pág. 5.

y que la personalidad no es algo que se pueda atribuir de manera arbitraria, porque es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más que reconocer.

A estas teorías que hemos analizado podríamos llamarles formales, pues sólo atienden al problema d<sup>o</sup>gmatice de Derecho Positivo.

Existen otras Teorías que se contraponen a los criterios que sustentan las Teorías formales, atendiendo al problema ético- jurídico, éstas son las que a continuación analizaremos.

5.- Teoría que considera que la persona es una realidad -- que el Derecho debe reconocer.

Dentro de esta Teoría Federico de Castro y Bravonos dice: "... puede decirse que son personas: el hombre y traslaticiamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica." (31)

Para definir lo que es la persona en términos ju-

(31) Ob. cit., pág. 30.

rídicos considera necesario partir del concepto de persona humana, así como también destacar el significado que tiene en el Derecho, es decir, que se tiene que reconocer en el hombre, en virtud de su condición de ser racional, la situación jurídica que le corresponda como tal.

Para él, el Derecho no se debe apartar de la realidad, porque si lo hace, olvida que no interesa obtener un punto de referencia de las normas para llamarlo persona, si no saber que la norma, al referirse a la persona toma un especial sentido que va a ser interpretado teniendo en cuenta esa previa realidad de la persona.

Lo que sucede es que la función del Derecho Positivo respecto a la persona se da en dos momentos lógicos: - el de la designación y el de la conversión jurídica.

1o.- En la designación se marca una realidad que tiene existencia anterior, propia e independiente del Derecho, esta designación respecto a la persona esta determinada directamente por su origen que se encuentra en el Derecho Natural; por lo que al designarse en la norma se referirá ésta a una realidad social determinada en el "que" y en el "como" por el Derecho Natural.

2o.- En la conversión jurídica se requiere partir de esa realidad, definiéndola jurídicamente, y transformarla así en una realidad jurídica, esa definición jurídica de la realidad social puede hacerse por medio de un concepto que tal vez no corresponda exactamente a su significado real, esto-

sucede porque el concepto resultará tan sólo un medio de referencia impuesto por la técnica de la interpretación jurídica. (32)

El Derecho en este caso lo que hace es dar un valor jurídico a esa realidad y no pretende sustituir una realidad por otra, ya que la realidad va a ser en todo caso la referencia a la que la norma tiene que considerar.

En esta forma la persona no es una abstracción, - ni su concepto, ni su significado, es una realidad considerada jurídicamente por una exigencia impuesta por el Derecho Natural.

Como podemos observar sostiene que la persona es una realidad que el Derecho debe reconocer y de la cual tiene que partir para elaborar un concepto jurídico de persona de esta manera la persona no es una creación del Derecho, - sino una conversión de la realidad social, en realidad jurídica.

La explicación que se hace del concepto jurídico de persona partiendo de los dos momentos lógicos, también es aplicable a la persona jurídica colectiva, porque ésta -

(32) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., págs. 27 y 28.

es una realidad que el Derecho debe reconocer y a partir de la cual tiene que elaborar su concepto jurídico.

En este mismo sentido podemos señalar como partidario de esta corriente a Vallet de Goytisolo, el cual nos dice: "La posición equilibrada ha de considerar que la persona es un concepto metajurídico; un concepto que el Derecho no ha elaborado, ni puede elaborar; anterior al Derecho y que el Derecho recoge. Es un prius, es una categoría ontológica, una realidad por tanto que el Derecho no crea sino que reconoce y valora jurídicamente." (33)

Cuando se habla de posición equilibrada considera que no se debe caer en el error de las Teorías Formales, en considerar a la persona como una creación del Derecho, ni tampoco se debe considerar que sólo sea suficiente conocer la realidad que es el hombre. Lo que se debe hacer, es partir de esa realidad, reconocerla y valorarla jurídicamente para dar un concepto acertado de persona jurídica.

También podemos señalar a Díez-Picazo y a Antonio Guillón quienes sostienen que se debe desterrar la concepción positivista de la idea de persona, pues el hombre y la vida social son la razón del Derecho, un prius respecto a -

(33) Panorama de Derecho Civil, 2a. ed., Editorial BOSCH, - Barcelona, España, 1973, pág. 96.

éste, pues sin hombres y sin vida social el Derecho no existiría. "Todo hombre es persona. La personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico atribuya de manera arbitraria. La personalidad es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más que reconocer." (34)

Por lo señalado en ésta Teoría debemos considerar que al hombre ya sea en forma individual o colectiva corresponde ser persona jurídica, por constituir una realidad -- que se impone al Derecho, por lo que éste debe reconocerlo como tal y valorar jurídicamente esa realidad, sin llegar a pensar que el Derecho pueda atribuir o negar en forma arbitraria que el hombre es persona.

"Niego del modo más absoluto que el ordenamiento jurídico sea árbitro de atribuir o negar la personalidad jurídica al hombre." (35)

Tanto las Teorías Formales como las Realistas son dos aspectos diferentes, dos vertientes del problema de la persona jurídica, pero definitivamente son las Realistas -- las que permiten enlazar los dos puntos de vista (formal y-

(34) Sistema de Derecho Civil, Vol. I, 2a. ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 1978, pág. 259.

(35) Barbero Domenico, Sistema de Derecho Privado, T. I, -- trad. de la 6a. ed. por Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1967, -- pág. 191.

realista) para llegar a conclusiones satisfactorias, facilitando la solución de los problemas de Derecho Positivo, al dar al intérprete la orientación que resulta de la consideración de la dignidad y el valor de la condición humana como lo hace Federico de Castro y Bravo, no oponen al concepto formal de persona jurídica, el concepto realista, como lo hacen las Teorías formales, que consideran a la realidad irreconciliable con las categorías jurídicas, cuando se tiene que partir de un substrato real para elaborar un concepto jurídico, pues este no puede partir de la nada.

b) EVOLUCION HISTORICA DE LA PALABRA PERSONA EN EL AMBITO JURIDICO:

Como ya lo señalamos anteriormente el concepto de persona se ve influenciado por las ideas ius filosóficas, así como también por las condiciones de la época y del lugar de que se trate, por este motivo la evolución de éste concepto se debe en gran medida a las circunstancias antes señaladas.

Actualmente se considera persona jurídica a todo hombre, pero para que esto pueda afirmarse las ideas respecto al concepto de persona hubieron de evolucionar, cabe recordar que el término persona no surgió en el campo jurídico, como lo mencionamos al estudiar su etimología, su origen es de otra naturaleza, teatral para los que consideran que surgió en el teatro, divino para los que consideran --

que surgió en algún culto religioso.

Tuvo que pasar algún tiempo para que al sujeto de derecho se le llamase persona jurídica, utilizando este término metafóricamente para designar con él, el papel que se desempeñaba en el Derecho. Fue hacia el año 100 a. C. cuando el concepto invade el campo del humanismo por la parte del Derecho y la Filosofía. (36)

En la Grecia primitiva el hombre adquiere importancia en el Derecho conforme a la posición que guardaba en una comunidad política, así se consideraba sujeto en cuanto pertenecía al oikos, a la fratria, a la polis. Con la aparición de la filosofía sofista surge la idea de la evidente dignidad del hombre. (37)

En Roma también se siguió el mismo criterio que en Grecia, el ser considerado persona no era consecuencia de la naturaleza humana, sino del estado que se guardaba en relación con la comunidad, estado que tenía el carácter de privilegio o concesión de la ley. Tres eran los estados que se distinguían en el Derecho Romano.

1o.- El status libertatis, de donde surgía la distinción entre hombres libres y esclavos. El que no poseía el estado -

(36) Elorduy, Eleuterio, ob. cit., págs. 16 y 17.

(37) Vallet de Goytisolo Juan, ob. cit., págs. 88 y 94.

de libertad, sufría una *capitis diminutio* máxima.

2o.- El *status civitatis*, que distinguía entre ciudadanos romanos y no ciudadanos romanos. Quien no tenía el estado de ciudadano, padecía una *capitis diminutio* media.

3o.- El *status familiae*, del cual surgía la distinción entre hombres *alieni iuris* y *sui iuris*. El *alieni iuris* era aquel que estaba sujeto a la autoridad del *pater familias*. El *sui iuris* era aquel que no estaba sujeto a ningún poder familiar. El no *sui iuris*, padecía una *capitis diminutio* mínima.

Así en el Derecho Romano era el hombre libre, ciudadano romano, *sui iuris*, el que gozaba de todos los privilegios o concesiones de la ley.

Como ya lo indicamos no existía en un principio - el término *persona* en el lenguaje jurídico, lo más cercano era el término *caput*, durante el período gentilicio. (38)

Ya en el período clásico se utiliza el concepto de *persona*, pero para ser considerada como tal requería de las condiciones antes señaladas.

Hay quienes afirman que históricamente el hombre -

(38) Castan Tobeñas José, ob. cit., pág. 115.

no siempre fue persona, como los esclavos en Roma, porque se les consideraba como realidades humanas incompletas. (39)

Sin embargo aunque algunos textos afirmaban que el esclavo no era persona, por otro lado existían otras disposiciones de las que se derivaba que el esclavo era un ser humano diferente de las cosas, así se le reconocían vínculos de sangre, podía celebrar actos jurídicos en sustitución de su amo, podía contratar deudas, se le reconocía como propietario de su peculio y podía rescatar su libertad.(40)

En el Derecho Romano primitivo se llegó a considerar personas a algunas plantas, a ciertos animales, estatuas e imágenes, en base a esto y a la situación particular de los esclavos, se pretende demostrar que el concepto de persona es una abstracción a la que no le corresponde ninguna realidad. Podríamos revatir este criterio argumentando que esas situaciones se devían a consideraciones filosóficas o sociales, que tenían como objeto el que se derivaran ciertas consecuencias jurídicas, o regular de manera indirecta la conducta de los hombres. (41)

(39) Villoro Toranzo Miguel, el Concepto Jurídico de Persona, en la Revista Lecturas Jurídicas, México, 1962, pág.-42.

(40) Orgaz Alfredo, La Persona Humana, en el Boletín de Derecho Civil, Argentina, 1942, págs. 143 y 144.

(41) Galindo Garfías Ignacio, ob. cit., pág. 307.

Esta situación mejoro con la aparición del Dere - cho de Gentes y el Derecho Natural. (42)

En sus etapas más evolucionadas se distinguían ya las dos especies de personas.

Con la caída de Roma y la aparición del Cristia - nismo la situación de los esclavos comenzo a mejorar notable - mente, en virtud de los principios de igualdad entre los - hombres que esta doctrina postulaba, Con la idea de conside - rar al hombre creado por Dios a su imagen y semejanza, como el ser más perfecto de la tierra, propugno por la igualdad - de los hombres en razón de su naturaleza, sostenía que la - esclavitud fue una institución de Derecho Positivo y no del Natural.

En la Edad Media se les atribuía derechos a Dios - y a los santos, es decir, se les consideraba personas. (43) Pero en este caso también era por consideraciones filosófi - cas y sociales que prevalecieron en esa época. Aunque no se pudo desterrar por completo la desigualdad entre los hom - bres, pues el siervo en ciertos aspectos llegó a equiparar - se al esclavo, las nuevas ideas fueron decisivas en la evo - lución del concepto.

(42) Vallet de Goytisolo Juan, ob. cit., pág. 88.

(43) Oertman Paul, ob. cit., ob. cit., págs. 49 y 50.

En el Renacimiento supuso el humanismo una exageración del valor de la persona humana, individualmente considerada de un modo inmanente y no ya trascendente. (44)

La muerte civil institución que se aplicó en España hasta 1771 y en Francia hasta 1854 y que consistía en la despersonalización de aquel que era condenado, actualmente nos parece intolerable, cuando se recuerda la sentencia del juez teuton: "Besta: Tú quedarás fuera del Derecho. Viuda - es tú mujer; sin padre tus hijos. Tú cuerpo y tú carne son consagrados a las fieras de los bosques, a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo se abren ante tí para que vayas errante por ellos; donde todos tienen paz tú no la tendrás." (45)

Sin embargo no puede considerarse que el condenado a muerte civil no fue persona jurídica, ya que no se negaba que fuera poseedor de personalidad lo que se desconocía era la manifestación de ella, o más bien, podríamos señalar que se suprimía su personalidad en forma parcial ya que debía ser respetada su vida, su integridad física; así como también se le reconocían ciertos derechos como el de recibir alimentos, es decir, aunque se llegaba a decir que

(44) Vallet de Goytisolo Juan, ob. cit., pág. 88.

(45) Enciclopedia Jurídica OMEBA, ob. cit., pág. 214.

no eran personas conservaban derechos inherentes a esa calidad, de los cuales no se podía prescindir.

Después de la Revolución Francesa en Europa las - constituciones que se promulgaron proclamaron los derechos del hombre incorporándolos en los textos políticos. Con esto los derechos del hombre que eran parte del Derecho Natural y por lo tanto inmutables pasan a manos de los que de - tentan el poder, los que pueden cambiarlos en el momento - que estimen oportuno. (46)

Durante la Alemania Nazi, hubo una regresión ya - que sólo en calidad de miembro de la comunidad nacional se tenía personalidad jurídica. (47) Así hasta finales de la - segunda Guerra Mundial el criterio dominante era que la -- persona era una creación del Derecho, ya que se consideraba al Estado como único y omnipotente creador de cualquier de - recho. (48)

En el Derecho Moderno en el que ya desapareció - la esclavitud, se reconoce a los extranjeros derechos civiles y la dependencia familiar no altera la capacidad de de - recho, el ser persona ya no está ligado a la posesión de -

(46) Vallet de Goytisolo Juan, ob. cit., pág. 89.

(47) Idem., pág. 94.

(48) Trabucchi Alberto, Instituciones de Derecho Civil, -- trad. de la 15a. ed. italiana por Luis Martínez Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1967, pág. 78.

cualidad alguna y se le puede considerar como emanación de la naturaleza humana, en el que todo hombre en forma individual o colectiva es persona y no puede ser esclavo, ni cosa objeto de transacción contractual.

### 3.- CLASES DE PERSONAS.

El concepto jurídico de persona podemos considerarlo el género del cual se desprenden dos especies que son: las personas físicas y las personas morales, en este punto a desarrollar nos corresponde abordar el estudio de las especies de la persona jurídica.

#### a) PERSONAS FISICAS:

Las personas físicas suelen designarse también con los términos de personas naturales y personas jurídicas individuales, a nosotros nos parece más acertado este último, por lo que durante este trabajo les designaremos así, en la misma forma que lo hace Recasens Siches y García Maynez entre otros.

De acuerdo a la Teoría que consideramos más acertada y que es la Realista, se dice que la persona jurídica individual es el ser humano, en cuanto sujeto de derecho y que por el simple hecho de serlo posee personalidad jurídica.

Así podemos citar a Villoro Toranzo el cual nos -

dice: "La persona jurídica individual es la realidad de cada hombre valorada con dignidad propia, que la hace acreedora a la protección de todo régimen de Derecho." (49)

Como podemos observar el concepto de persona jurídica individual descansa sobre una realidad que es el ser humano, mas el Derecho no regula toda la conducta del hombre, sino sólo una parte de ella, la conducta propiamente jurídica a la que atribuye determinadas consecuencias.

De esta manera para crear el concepto jurídico de persona individual el Derecho toma los aspectos genéricos, las dimensiones tópicas y funcionarias que son las que vienen en cuestión para el orden jurídico; las dimensiones que se tengan de estrictamente individual e intransferible queda extramuros del Derecho, tan sólo en calidad de garantizada, como libre o ajena a una normación taxativa. (50)

Pero en todo caso siempre se dan los dos momentos lógicos: el de la designación y el de la conversión, es decir, se parte de la realidad la que se valora y define jurídicamente.

Existe la postura contraria, que es aquella que -

(49) ob. cit., pág. 57.

(50) Recasens Siches Luis, ob. cit., págs. 269 y 270.

considera que la persona jurídica individual es simplemente una construcción normativa y así podemos citar a Kelsen para el que: "La persona física es el punto central de un orden-jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un sólo y mismo individuo." (51)

Dice que la persona física no es el hombre como lo considera la doctrina tradicional, porque este no es una noción jurídica que exprese una función específica de derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica; — que cuando en el Derecho se utiliza el término hombre no se hace confiriéndole el carácter de noción jurídica.

El hombre sólo puede ser elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o derechos subjetivos, pero que la persona física carece de existencia real o natural, pues no es un hombre, lo que son reales son las conductas humanas reguladas por normas.

Nos parece contradictoria esta postura pues por una parte habla del hombre y por otra de persona física diciendo que esta carece de existencia real, debemos entender

(51) ob. cit., pág. 126.

que sólo tiene existencia jurídica, pero lo jurídico no pue de partir de la nada, por lo que consideramos que la persona jurídica individual debe partir de la realidad del ser humano, aunque sólo considere para formular el concepto algunos aspectos genéricos que tengan de común los hombres.

b) PERSONAS MORALES:

A las personas morales suelen designarse también con los términos: personas ficticias, abstractas, incorporales, morales, colectivas y sociales y a las que nosotros denominamos colectivas por considerarlo más correcto.

Podemos considerar que las personas jurídicas colectivas son una modalidad de la conducta humana individual y no difiere esencialmente de ella.

Así podemos decir que las personas jurídicas colectivas son: "... organizaciones humanas que se forman para la realización de los fines colectivos y permanentes, a los que el Derecho reconoce como capaces de derechos y obligaciones." (52)

También partimos para dar este concepto de la persona humana, el hombre se reúne con sus semejantes para la-

(52) Castan Tobeñas José, ob. cit., pág. 117.

realizaciones de fines que por sí sólo no podría lograr y - que el Derecho estima valiosos, por lo que elabora el concepto de persona jurídica colectiva, partiendo de una realidad, que es la existencia del hombre como un ser eminentemente social, la cual valora y define jurídicamente.

También existe en este caso la Teoría Formalista la cual sostiene que la persona jurídica colectiva es una creación del Derecho y que se da cuando se designa como -- persona moral "Solamente la unidad de un conjunto de nor - mas a saber, un orden jurídico que regula la conducta de - una pluralidad de individuos." (53)

Podemos observar que aunque pretenden sostener lo contrario tienen que partir de la existencia real del hom - bre al cual designan como individuo ya que sin el hombre no hay persona jurídica colectiva.

De acuerdo con los objetivos que se han trazado - nos interesa la persona jurídica individual principalmente, aunque no podíamos dejar de abordar a la persona jurídica - colectiva por la importancia que esta representa.

Durante el capítulo siguiente abordaremos el pro-

(53) Kelsen Hans, ob. cit., pág. 127.

blema que surge cuando hablamos del principio de la existencia de la persona jurídica individual, pues en este caso, - ni la doctrina, ni el Derecho Positivo se han puesto de -- acuerdo.

CAPITULO II.- MOMENTO EN EL QUE SURGE EL  
PROBLEMA DEL NASCITURUS.

1.- La personalidad y la capacidad.

- a) La personalidad.
- b) La capacidad.

2.- Principio y fin de la personalidad y de la capacidad.

- a) Principio.
- b) Fin.

3.- El concebido no nacido (nasciturus)

- a) Situación del concebido no nacido en el Derecho.
- b) Naturaleza y objetivos de la protección jurídica del concebido.

CAPITULO II.- MOMENTO EN EL QUE SURGE EL  
PROBLEMA DEL NASCITURUS.

Durante este capítulo se hará el planteamiento del problema que nos ocupa, él cual consiste en determinar la situación que le corresponde al concebido no nacido (nascitu - rus) en el Derecho, para lo cual partiremos de lo que estudia mos en el capítulo anterior.

Ya vimos que existen diversas acepciones de la pala bra persona, nos interesa en este caso la jurídica, también - sabemos que existen dos clases de personas jurídicas, las in dividuales y las colectivas, considerando para el desarrollo de este punto a las individuales.

La persona jurídica individual es el hombre, todo - ser humano sin excepción de ninguna naturaleza, de accidente, de raza, de tiempo, estado o calidad es persona, es decir, es una realidad que el Derecho valora y define jurídicamente. Co mo persona jurídica el ser humano posee personalidad ya que - puede actuar en el ámbito jurídico, posee también capacidad - de goce porque en alguna medida es capaz de adquirir derechos y por ende contraer obligaciones, no importa que sean muchos - o pocos los derechos o las obligaciones, basta que pueda ad - quirir uno solo o que los tenga o no, pero siempre estará en aptitud de poseerlos.

Ahora bien, si todo ser humano es persona jurídica,

a partir de qué momento podemos considerarla como tal; a partir de qué momento adquiere personalidad y capacidad de goce; qué situación le corresponde al concebido no nacido en el Derecho en relación con los dos cuestionamientos anteriores. Para contestar estas preguntas, partiremos de lo que es la capacidad y la personalidad.

## 1.- LA PERSONALIDAD Y LA CAPACIDAD.

### a) LA PERSONALIDAD:

La persona es el centro en torno a la cual surgen todos los conceptos jurídicos fundamentales y el Derecho mismo. El Derecho no tiene la posibilidad de crear personas, pero si puede construir el instrumento a través del cual las personas puedan actuar en el tráfico jurídico como sujetos de relaciones jurídicas. Este instrumento al que nos referimos, es lo que conocemos como personalidad.

La personalidad es un concepto íntimamente ligado al concepto de persona, pero no llega a confundirse con él, pues entre la persona y la personalidad hay una distinción, la primera es una realidad existente y la segunda es la manifestación de la esencia de la persona en el ámbito jurídico, lo que permite utilizar el término personalidad en sentido especialmente jurídico.

La personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo, que significa que el suje-

to puede actuar en el mundo del Derecho, constituye una mera posibilidad abstracta para actuar como sujeto activo o pasivo en las relaciones jurídicas que puedan presentarse. La personalidad es única, indivisa y abstracta. (54) Es única porque; es sola en su especie, no hay tipos de personalidad y porque toda persona posee una y solo una personalidad. Es indivisa porque no puede dividirse y es abstracta porque es una cualidad de toda persona.

"La personalidad jurídica no es más que una calificación formal, necesaria y libre, necesaria para el hombre, libre en los demás casos, por efecto de la cual un ente se considera sujeto de derechos." (55)

Es una cualidad formal porque es jurídica, es necesaria en el hombre porque a éste le corresponde como tal, como miembro de la comunidad jurídica y libre en otros casos porque se reconoce o se concede a ciertas organizaciones humanas.

A toda personalidad le corresponde una capacidad de goce que consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones. No debe confundirse, sin embargo, los términos de personalidad y capacidad, pues uno es el substrato (personalidad) y otra una aptitud que descansa sobre el primero.

(54) Galindo Garfías Ignacio, ob. cit., págs. 305 y 306.

(55) Barbero Domenico, ob. cit., pág. 190.

Para distinguir los dos conceptos debemos tener en cuenta que la personalidad es subjetiva y constituye la abs-tracta idoneidad para devenir en titular de relaciones jurídicas: es la titularidad potencial de una serie indeterminada de relaciones. Por otra parte la capacidad es la medida de tal idoneidad que delimita los contornos de la personalidad (razón por la que por ejemplo la capacidad jurídica de los entes morales es más limitada que la de las personas físi-cas) (56). Podríamos agregar en todo caso que no se puede hablar de mayor o menor personalidad o de personalidad plena, limitada o atenuada porque sería confundir los términos antes mencionados.

La personalidad como ya lo dijimos es un substrato, mientras que la capacidad se puede medir en grados y en este caso si podemos hablar de mayor o menor capacidad.

Hechas estas aclaraciones continuaremos con el análisis de la capacidad, partiendo de que todo ser humano es persona jurídica y como tal posee personalidad, lo que le permite manifestarse en el ámbito jurídico, como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas y por lo tanto tiene capacidad.

(56) Trabuchi Alberto, ob. cit., pág. 78.

## b) LA CAPACIDAD:

Debemos distinguir en este caso, entre la capacidad como atributo y la capacidad como elemento.

La capacidad de goce es la que constituye un atributo de la persona, es decir, es algo imprescindible, esencial y constante en ella; y toda persona la posee por el simple hecho de serlo.

A la capacidad como atributo también suele designarse con los términos: capacidad de goce, en razón de que toda persona posee la aptitud de gozar de derechos y por ende de obligaciones; capacidad natural porque se considera que es un atributo que el hombre posee por su propia naturaleza y por que la tiene todo hombre, pero en este sentido se pueden presentar confusiones ya que puede interpretarse el término natural como contrario a jurídico; capacidad jurídica porque se encuentra reconocida por el Derecho, respecto a esto debemos recordar que también la capacidad de obrar esta sancionada por el ordenamiento jurídico; también suele llamarse como capacidad de goce de derechos, en este caso debemos señalar que el hombre no solo esta en aptitud de adquirir derechos, sino también obligaciones. Consideramos que el término más acertado es el de capacidad de goce.

Hay autores que consideran que la capacidad de goce es lo mismo que la personalidad y utilizan ambos términos como sinónimos. También hay quienes hablan ya sea de capacidad de goce o de personalidad. Por el contrario hay quien conside

ra que la capacidad de goce no es igual a la personalidad por lo que utilizan los términos con un significado propio.

Entre los autores que consideran que la capacidad de goce es lo mismo que la personalidad tenemos a Roberto de Ruggiero quien nos dice: "Distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de personalidad es la capacidad de obrar..." para este autor por tanto la capacidad jurídica y la personalidad es: "...la idoneidad para ser sujeto de derechos..." (57)

Pina y Vara dice: "En relación con la persona física, se hace referencia a su personalidad, o sea, a su aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Considérese pues la personalidad como capacidad jurídica." (58)

Nicolas Coviello: "El sujeto de los derechos y de los deberes jurídicos se designa con la palabra persona. La capacidad jurídica, esto es, la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y deberes jurídicos, es lo que atribuye a un ser la calidad de persona. Por esto capacidad jurídica es sinónimo de personalidad." (59)

(57) Instituciones de Derecho Civil, Vol. I, trad. de la 4a. ed. italiana por Ramón Serrano Sermeño y José Santa-Cruz Teijeiro, Editorial Reus, Madrid, España, 1929, pág. 339.

(58) Ob. cit., pág. 208.

(59) Ob. cit., pág. 155.

También Antonio González considera que son sinónimos (60) y Giuseppe Branca sostiene lo mismo al decir: "Personalidad o capacidad jurídica es pues aptitud de adquisición de derechos." (61)

Por otra parte hay quienes se refieren, ya sea, a la capacidad de goce o a la personalidad sin hacer ninguna aclaración al respecto.

En este sentido podemos señalar a Vallet de Goytiso lo que sólo habla de capacidad jurídica para él cual esta debe entenderse como: "... la aptitud para ser sujeto de derecho ..." y como: "...una cualidad esencial de la persona."(62)

Castan Tobeñas por el contrario sólo habla de personalidad y para él debe entenderse como tal a: "... la aptitud para ser sujeto activo o pasivo; de relaciones jurídicas."(63)

No se puede hablar sólo de capacidad de goce o de personalidad, ni mucho menos utilizar estos términos en forma indistinta, en todos los casos se debe hacer la aclaración -

(60) Ob. cit., pág. 60..

(61) Instituciones de Derecho Privado, trad. de la 6a. ed. italiana por Pablo Macedo, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, pág. 21.

(62) Ob. cit., pág. 96.

(63) Ob. cit., pág. 114 y 115.

pertinente y señalar que postura se adopta y porque.

Finalmente, existen autores que hacen una distinción tajante entre capacidad de goce y personalidad, dando a cada término una significación especial, en este caso sólo daremos el concepto de capacidad de acuerdo a cada autor, pues el de personalidad lo abordamos en el punto anterior.

Podemos considerar que la capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y contraer obligaciones, esta aptitud viene aparejada a la personalidad que consiste en una cierta calidad, la calidad de persona. (64)

La capacidad jurídica debe considerarse como la medida de la idoneidad para ser titular de relaciones jurídicas, que marca los contornos de la personalidad. La abstracta idoneidad de ser titular de relaciones jurídicas es lo que constituye la personalidad. De esta manera los conceptos de capacidad y de personalidad no significan lo mismo, la primera se refiere a situaciones concretas y la segunda es abstracta. (65) La capacidad es susceptible de medirse por grados, es decir, se puede ser más o menos capaz, situación que no se presenta con la personalidad porque no se puede ser más o menos persona. (66)

(64) Parraguez Ruíz Luis, ob. cit., págs. 37 y 38.

(65) Galindo Garfías Ignacio, ob. cit., pág. 306.

(66) Barbero Domenico, ob. cit., pág. 190 y 191.

De lo manifestado anteriormente, podemos deducir - que la capacidad de goce no es lo mismo que la personalidad - y que estos términos no pueden utilizarse como sinónimos pues la personalidad es el substrato en el que se apoya la capacidad.

Existen diversas definiciones respecto a lo que puede considerarse como capacidad de goce entre las que podemos mencionar las siguientes: la que considera que es la posible posesión de derechos; o la que la concibe como la capacidad de tener derechos; también se llega a entender como la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas; o bien la que la considera como la posibilidad de ser sujeto de Derecho; y también se dice que consiste en la aptitud o idoneidad de poseer derechos y contraer obligaciones.

Consideramos que la definición acertada de la capacidad de goce es la que la considera como la aptitud o idoneidad de poseer derechos y obligaciones, ya que en esta se encuentran las demás definiciones, la posibilidad de tener derechos, así como contempla la doble actitud que puede asumir el sujeto de derecho, ya sea como sujeto activo o pasivo de la relación jurídica.

Como ya lo mencionamos, la capacidad de goce es un atributo, una cualidad que el ser humano posee por el simple hecho de serlo, no constituye por lo tanto un derecho, sino el presupuesto de todos los derechos.

Sin embargo para la capacidad de goce no interesa - que se tengan o no derechos y obligaciones porque no implica necesariamente la efectiva titularidad, tampoco importa que - sean muchos o pocos los derechos y obligaciones que una persona tenga, con la simple posibilidad de poseerlos se tiene capacidad. Tampoco interesa para tal efecto que se trate del - más importante o insignificante de los derechos.

Cuando se dice que una persona es capaz no significa que tenga todos los derechos, ni tampoco todas las obligaciones. Podemos afirmar que no existe persona que carezca de capacidad y que no existe persona que posea todos los derechos y obligaciones, porque en ninguno se darán lo supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles. Tampoco significa que todas las personas posean idénticos derechos y obligaciones.

En principio toda persona tiene la plena capacidad de goce, sin embargo, algunas personas, se ven privadas de - ciertos derechos por lo que en este caso no se posee la plena capacidad, por lo que podemos decir que la capacidad puede - ser plena o parcial, de tal manera que quien es capaz de derechos en general puede no serlo con relación a ciertos derechos.

Decir que toda persona posee, en principio plena capacidad de goce, significa que puede adquirir derechos, conservarlos o disponer de ellos, así como también puede conservarlos -

traer obligaciones, pero no significa que pueda ejercer por si misma sus derechos y cumplir sus obligaciones, para ello necesita tener capacidad de ejercicio.

La capacidad como elemento es la capacidad de ejercicio y se le considera como un elemento, pues para la validez de los actos se requiere de ella, también suele designarsele como capacidad de obrar. Consiste en la aptitud o idoneidad que un individuo tiene para adquirir y ejercitar sus derechos, así como asumir y cumplir sus obligaciones por si mismo.

"Podemos definir brevemente, la capacidad de ejercicio, diciendo que es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente". (67)

Toda persona tiene capacidad de goce, pero no todas tienen capacidad de ejercicio, en razón de que la primera se posee sólo por el hecho de ser persona y la segunda en cambio depende de ciertas cualidades que el ordenamiento jurídico toma en consideración.

Las cualidades que el ordenamiento jurídico toma en

(67) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, T. I, Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1962, pág. 164.

cuenta para determinar la capacidad de ejercicio son, la edad en virtud de que una persona muy joven no posee el dicerni- miento necesario para decidir conforme a sus intereses y también toma en consideración las facultades mentales, ya que una persona privada de su inteligencia no puede decidir por sí misma lo que le convenga.

De esta manera se considera que tienen capacidad de ejercicio todas las personas que no estén exceptuadas por la ley. Generalmente son capaces de participar directamente de la vida jurídica, los mayores de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales.

La capacidad de ejercicio puede ser plena y en principio quien posee capacidad de ejercicio se considera plena mente capaz, pues ésta, se refiere de manera indeterminada al conjunto de actos jurídicos, sin especificar la clase y naturaleza de ellos, por lo que se habilita al sujeto para realizar con plena eficacia cualquier acto jurídico, pero puede su ceder que algunos actos requieran por su naturaleza una especial condición o aptitud, es decir, que la ley exija una capa cidad especial para su realización.

Cuando una persona no tiene la capacidad de ejercicio se dice que es incapaz de realizar por sí misma los actos jurídicos y en caso de realizarlos no son eficaces, ni plenamente válidos.

La incapacidad de ejercicio tiene un objetivo protector y esta dirigido a aquellas personas que por su inexperiencia o su estado mental pueden verse afectadas en sus intereses cuando celebran algún acto.

Las personas que por razón de su edad, o de sus condiciones mentales estan sometidas a una incapacidad de obrar, son aptas para adquirir derechos, pero no para ejercerlos por sí mismas, esto no significa que este impedida la realización de los actos necesarios para el logro de sus intereses y para el ejercicio y defensa de sus derechos y de su patrimonio. Para ello la ley establece un sistema auxiliar de la incapacidad de ejercicio que consiste en la participación de otra que realice los actos necesarios para proteger los intereses del incapaz.

Estos sistemas son la representación legal que consiste en la designación de una persona que represente al incapacitado y él que realizara los actos necesarios en nombre e interés del incapaz; la asistencia que consiste en la concur - rrencia de otras personas que colaboren con el que es limitadamente capaz, en la realización del acto jurídico; y la auto rización en cuyo caso se requiere para la eficacia de los actos jurídicos del incapaz, la existencia de una autorización concedida por órganos públicos.

## 2.- PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD Y DE LA CAPACIDAD.

### a) PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD Y DE LA CAPACIDAD:

Todo hombre es persona jurídica, por lo tanto posee personalidad, es decir, puede actuar en el mundo del derecho, también como tal tiene capacidad de goce entendida ésta como la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. El presupuesto de la personalidad y de la capacidad es la existencia del ser humano como persona jurídica, por esto es sumamente importante determinar cuál es el principio de la existencia de la persona jurídica, pues ese también será el principio de la personalidad y de la capacidad de goce.

Precisamente es aquí en donde surge el problema de determinar qué situación le corresponde al concebido y no nacido en el Derecho.

También en relación con éste punto hay varias direcciones teóricas, algunas consideran que la existencia de la persona jurídica se inicia con la concepción, otras consideran que se inicia con el nacimiento y otras más consideran que se inicia en el momento en que se cumplen los requisitos que algunas legislaciones exigen.

1.- Dirección teórica que considera que la existencia de la persona se inicia con la concepción.

El embrión humano es persona, tiene una capacidad -

mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derechos, - tiene personalidad antes de nacer para ciertas consecuencias de derecho, que son, capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación. Se le reconoce personalidad bajo una condición resolutoria negativa. Es persona desde el momento de la concepción pero en el caso de que se cumpla con la condición resolutoria, su personalidad se extingue con efecto retroactivo, por lo que si se realiza ese hecho futuro e incierto (que nazca viable), será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.(69)

Si consideramos que el embrión humano es persona jurídica, por lo tanto reconocemos que desde la concepción un - un ser posee personalidad y capacidad. Pero este autor nos dice que el concebido no nacido tiene personalidad sólo para - ciertas consecuencias jurídicas, debemos entonces entender - que fuera de los casos que él señala, no tiene personalidad, - no tiene capacidad y por lo tanto si no se trata de donaciones, legados y herencias no es persona jurídica.

Si aceptáramos dicha postura, sería admitir que el Derecho sólo considera que es persona jurídica cuando se trata de los casos que éste autor señala y que fuera de ellos no tiene ninguna posibilidad de actuar como sujeto de derechos.- Esto que acabamos de señalar no es admisible, no es acorde - con el fin del Derecho, no es justo, pues si bien, la persona

(69) Rojina Villegas Rafael, ob. cit., págs. 159 a 161.

lidad es la posibilidad abstracta de actuar como sujeto activo de relaciones jurídicas, no podemos limitarla a los casos señalados, es decir, no podemos hablar de personalidad limitada, porque no se puede considerar a un ser como persona limitativamente. Por otra parte tampoco debemos considerar que la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones se limite a esos casos.

También nos dice este autor que la personalidad del embrión humano esta sujeta a una condición resolutoria negativa, que en caso de que se cumpla, su personalidad se extingue con efecto retroactivo.

Respecto a esto señalaremos que la existencia de la persona jurídica no puede estar sujeta a otra condición distinta a la existencia del ser humano propiamente dicho. Por otra parte qué debemos entender por extinción de la personalidad con efecto retroactivo, en caso de que el embrión humano nazca no viable. Como tal debemos entender que como resultado de que se nazca no viable se extingue la personalidad desde el momento de la concepción, ya que retroactivo significa, que obra o tiene efecto sobre el pasado, es decir, regresar, volver atras. En este caso nunca se adquirió la personalidad ni desde la concepción, ni en ningún momento, no existió persona jurídica individual.

Es contradictoria esta postura pues si se adquirió la personalidad en el momento de la concepción, no sería posi

ble considerar que si se nació no viable, es como si nunca hubiera existido persona jurídica, pues el principio es que la persona jurídica existe, tiene personalidad, capacidad de goce y cuando se extinguen, la persona jurídica existió.

2.- Dirección teórica que considera que la existencia de la persona se inicia con el nacimiento.

En la doctrina el criterio general que se sostiene, es el de considerar que la personalidad y la capacidad, se adquieren por el nacimiento, por lo tanto se es persona desde que se nace. Nacer significa salir del vientre de la madre, pero para que se inicie la existencia de la persona jurídica individual no sólo se requiere aflorar al exterior, sino es necesario comenzar a vivir por cuenta propia e independiente.

El nacimiento es un hecho natural al que se le atribuyen consecuencias jurídicas muy importantes, entre las que podemos citar:

La primera y tal vez más importante es la de que a partir del nacimiento con vida podemos hablar de un ser humano, con independencia y existencia propia, que es el presupuesto de la existencia de la persona jurídica.

La segunda, que es consecuencia de la anterior, consiste en que a partir de ese momento adquiere personalidad, pues es entonces cuando comienza a manifestarse dentro del Derecho y adquiere la abstracta posibilidad de actuar como su

jeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas.

La tercera es que a partir de ese momento se considera que tiene capacidad de goce, es decir, la aptitud o idoneidad de poseer derechos y contraer obligaciones.

La cuarta es que a partir del inicio de la vida autónoma empieza a contar la edad de las personas a través de toda su vida, cuestión muy importante porque repercute en el ámbito civil, penal y político.

Como ya lo señalamos, la existencia de la persona jurídica individual se inicia con el nacimiento con vida, por lo que tenemos que estudiar que es éste. También señalamos que el nacimiento consiste en salir del claustro materno, en aparecer y entrar a la vida independiente y sobre este punto (existencia propia e independiente) hay algunas posturas que a continuación señalaremos.

Algunos autores consideran que: "La personalidad comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno; pues éste es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que le corresponde a la madre. Por eso no basta que salga únicamente la cabeza; pero por otra parte no es necesario que se haya cortado el cordón umbilical. Por lo demás, es indiferente que el nacimiento ha-

ya acontecido de modo natural o por intervención quirúrgica". (70)

Por otra parte hay autores, entre ellos Savigny, - que consideran que la capacidad comienza en el momento del nacimiento mismo, esto es, desde que el individuo se separa completamente de la madre y logra sobrevivir por si mismo. (71)

Nosotros también consideramos que para hablar de la existencia de una persona jurídica se requiere el nacimiento, que no sólo consiste en salir del vientre materno, sino que - requiere para ser consumado, que el producto de la concepción se haya independizado de la madre y para ello es necesario - que el cordón umbilical se haya cortado y que el nuevo ser sobreviva.

Lo anterior lo sostenemos en virtud de que mientras el producto de la concepción se encuentre en el claustro no - se oxigena por sus pulmones, ni se nutre por medio de su aparato digestivo. La sangre del producto sale y vuelve a través del cordón umbilical nutriéndose por ósmosis mediante la placenta, en este caso hay vida, pero no hay un ser independien-

(70) Coviello Nicolas, ob. cit., pág. 158 y 159.

(71) Sistema de Derecho Romano Actual, T. I, trad. del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, Góngora y Compañía Editores, Madrid, España, - 1976, págs. 273 y 275.

te, pues el feto no realiza por sí sólo sus funciones vitales, lo mismo sucede cuando el feto ha salido pero no se ha cortado el cordón umbilical, pues todavía recibe el impulso vital de la madre, por el contrario cuando se corta el cordón comienza a funcionar su aparato respiratorio, se abren las cavidades pulmonares, empieza a respirar y su sangre se oxigena, también su aparato digestivo comenzará a funcionar y ya no se alimentará por ósmosis. Así la persona jurídica individual comienza a existir por sí misma, pero si el feto después de que se realiza el corte, no pudo respirar, no sobrevivió, no surgió la persona.

En el caso de que al cortarse el cordón umbilical el feto no nazca con vida, no comenzó la existencia de la persona jurídica individual, tampoco surgió la personalidad, ni la capacidad de goce, pues no existe el presupuesto de tales calidades, no hay ser a quien pueda atribuirse.

3.- Dirección teórica que considera que la existencia de la persona se inicia cuando se cumplen los requisitos que algunas legislaciones exigen.

"Para que el nacido obtenga personalidad, se exige no sólo el fenómeno biológico que por seccionamiento del cordón umbilical da al nacido la posibilidad de vida independiente de la madre, sino además se requiere el ingreso del nacido en la vida jurídica, para lo que no basta el fenómeno biológico, sino que se exige que tenga figura humana y que viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno; pre-

supuesto, claro es, el nacimiento de un ser vivo". (72)

Entre los requisitos que comunmente se exigen son: nacer viable, vivir veinticuatro horas y tener figura humana.

La viabilidad consiste en la aptitud del niño de vivir fuera del medio materno, es decir, para tener una vida propia, independiente de la vida de la madre. (73) La viabilidad se ha entendido en dos sentidos, como madurez fetal, es decir, como el grado de desarrollo intrauterino que le permite tener al feto la mínima aptitud para conservar y continuar con vida (viabilidad propia); también se ha entendido como la salud o carencia de vicios orgánicos que le impidan continuar con vida (viabilidad impropia), por lo que nacer viable significa, nacer con capacidad de vivir.

Vivir veinticuatro horas, en algunas legislaciones se requiere que exista vida humana en su natural funcionamiento, durante un tiempo determinado, contado a partir de la rotura del cordón umbilical.

(72) Santos Briz Jaime, Derecho Civil, Teoría y Práctica, T.I, s. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1978, pág. 368.

(73) Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, - Parte General, 6a. ed., Librería y Casa Editora de Jesús Me - néndez, Buenos Aires Argentina, 1940, pág. 204.

(73) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., págs. 105 y 106.

El establecer como requisito que el niño tenga figura humana puede considerarse como una reminiscencia de la preocupación que existía en tiempos pasados sobre la posibilidad de que pudieran nacer de una mujer seres que no fueran humanos; por otra parte llega a considerarse que este requisito consiste en una fórmula popular y expresiva que excluye de la condición de nacidos a seres que aunque nazcan vivos no pueden considerarse personas por tener deformaciones groseras y visibles que subsistan por algún tiempo pero tengan imposibilidad de vivir; también porque no tengan el grado de desarrollo intrauterino suficiente que aunque no produzca en algunos casos la muerte inmediata, la falta de forma humana manifiesta su ineptitud de vivir. (75)

Actualmente parece absurdo el hecho de que puedan nacer de una mujer seres que no sean humanos; por lo que no es admisible dicha fórmula. Por otra parte un ser humano que nace con deformidades, por más monstruosas que sean, no puede dejar de considerarse persona, pues siempre tendrá los derechos mínimos de conservación, de respeto a su vida, a su integridad corporal, a recibir alimentos, a ser protegido y atendido, e inclusive puede tener patrimonio, puede ser representado, etc.

(75) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., pág. 105.

Todos estos requisitos tienen antecedentes, sobre todo en el Derecho Romano y en la legislación española, los cuales han influido en forma muy importante en el Derecho actual, como lo veremos más adelante. En Roma los proculeyanos exigían el llanto como signo de vida; los sabinianos requerían el nacimiento perfecto pero negaban la capacidad, a los monstruos y prodigios, este criterio fue aceptado por Justiniano, los germanos exigían que viviera nueve días y se le pusiera nombre. (76)

En el Derecho Romano la existencia de las personas principiaba con el nacimiento (Digesto, Lib. 1o., Tít. 5o., - Ley 7a.) y se tuvo en cuenta la situación de madurez del feto (Digesto, Lib. 4o., Tít. 9o., Ley 5a., "partus maturus"; Lib. 4o., Tít. 9o., Ley 1a. "pleni temporis") pero en este caso existe discusión en cuanto a si se consideraba o no como requisito que había de concurrir con el nacimiento, pues podría estar relacionado con la legitimidad.

En la legislación española se exigía que el recién nacido viviera diez días y que fuera bautizado (Fuero Juzgo - L. 18, Tít. 2o., Lib. 4o.); El Fuero Real exigía también el bautismo (L. 3a., Tít. 6o., Lib. 3o.); Las partidas exigían -

(76) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., pág. 105.

que naciera con figura humana (P. 4a., Ley 23, Tít. 4o. y 5o. y P. 6a., Ley 6a. Tít. 16); las Leyes del Toro por su parte exigía que naciera vivo, que viviera veinticuatro horas y recibiera el bautismo (Ley 13).

La existencia de la persona jurídica individual, así como el principio de la personalidad y de la capacidad de goce no puede estar sujeta a otra condición que no sea la existencia del ser humano con vida propia e independiente, no se puede por lo tanto condicionar, ni establecer ningún requisito para su adquisición.

Lo que sucede con los requisitos es que sirven para establecer la distinción entre el momento del nacimiento y el momento en que éste comienza a producir efectos civiles.(77)

Consideramos que el momento en que el nacimiento comienza a producir efectos civiles, es cuando el nacimiento se ha consumado, es decir, cuando el feto ha nacido con vida y la conserva en total independencia de su madre cuando se ha cortado el cordón umbilical, rompiendo el lazo de dependencia del feto con su prógenitora; es entonces cuando surge el presupuesto indispensable para la existencia de la persona jurídica que consiste en la existencia del ser humano, es enton -

(77) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., pág. 103.

cas cuando surge la personalidad y la capacidad de goce y cuando comienza a surtir efectos civiles el nacimiento.

Si se establecieron o se establecen requisitos para reputar a un ser como nacido es con el objeto de evitar dudas y litigios sobre el hecho de que el feto haya nacido vivo o no y sobre su identidad y también como una forma de limitar los casos en que un niño que muere momentos después de haber nacido cambie la trayectoria de la sucesión de los bienes.

Aunque en principio podemos considerar que se cumple con los objetivos que se fijaron al establecer ciertos requisitos para reputar a un ser como nacido, debemos señalar que actualmente es más fácil probar que un niño ha nacido vivo, que el probar que vivió veinticuatro horas, pues en el primer caso existen pruebas médicas fehacientes y en el segundo caso se tendrá que atender a las declaraciones que sobre la hora del nacimiento y muerte hagan los interesados. En el caso de la figura humana consideramos que no es admisible por las cuestiones que ya señalamos. En el caso de la viabilidad los nuevos adelantos médicos pueden lograr que un feto que no tiene el grado de desarrollo intrauterino que se consideraba indispensable para que pudiera ser capaz de vivir (180 días de gestación), sobreviva en forma independiente de su madre, también ha logrado grandes avances para permitir que un ser con deformidades que antes impedían su supervivencia, llegue a ser una persona con posibilidades de vivir e inclusive llegar a ser una persona casi normal.

b) FIN DE LA PERSONALIDAD Y DE LA CAPACIDAD:

Como ya lo señalamos la persona jurídica individual, su personalidad y capacidad surgen con el nacimiento, ahora nos corresponde abordar en qué momento deja de existir la persona, así como también, cuándo tiene lugar el fin de la personalidad y la capacidad de goce.

La existencia de la persona jurídica individual, su personalidad y su capacidad de goce surgen en el momento en que se verifica un hecho natural, también la persona deja de existir, en el momento en que se verifica otro hecho natural, por lo tanto en ese mismo momento se extingue la personalidad y capacidad de goce.

La muerte es el hecho natural al que nos referimos en el párrafo anterior y al que se le atribuyen importantes consecuencias jurídicas, entre las que podemos señalar:

El fin de la existencia de la persona jurídica individual, pues su presupuesto necesario es la existencia del ser humano y cuando este fallece, desaparece ese presupuesto.

También marca el momento en que se extingue la personalidad, pues no existiendo persona, no hay quien pueda proyectarse en el ámbito jurídico, ni hay quien pueda actuar dentro del Derecho.

Con la muerte también se extingue la capacidad de -

goce, pues ya no hay ser al que se le pueda considerar con aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones.

Si a partir del nacimiento comienza a transcurrir - la edad de las personas es hasta la muerte cuando deja de contarse.

En materia de sucesiones tiene una importancia trascendental, pues cuando la persona jurídica individual muere, los derechos no personalísimos que ella poseía en vida y que conservo hasta ese momento deben ser transmitidos a sus herederos, ya sea en la forma que estipulo en vida, o en caso de no existir disposición, en la forma que establece la ley.

Tradicionalmente se considera que la muerte es el - instante en que cesa de latir el corazón, aunque con el transplante de organos ha surgido otra tesis, para la cual la muerte se produce en el momento en que falta toda actividad cerebral. (78) También llega a considerarse que la muerte consiste en la desaparición de las funciones vitales de un indivi - duo. (79)

En una forma más precisa podemos señalar que la - muerte consiste en un hecho biológico que implica el cese de

(78) Díez-Picazo Luis y Antonio Guillón, ob. cit., pág. 270.

(79) Parraguez Ruiz Luis, ob. cit., pág. 49.

la vida orgánica como consecuencia de la paralización definitiva e irreversible de las funciones vitales como son la respiración y el latir del corazón, es en este momento cuando la persona jurídica individual deja de existir.

En ocasiones se ha pretendido demostrar que la personalidad no se extingue con la muerte, en base a las disposiciones que existen en relación con la tutela del cadáver, pero éstas tienen el objeto de protegerlo en atención a los sentimientos de los familiares que viven y del respeto que siempre se ha tenido a los muertos. También se ha pretendido demostrar, tomando como fundamento las disposiciones relativas a la tutela de la voluntad del que ha fallecido, sin embargo, aunque esas disposiciones existen, no se hacen valer como un reconocimiento de la personalidad de los muertos, sino, como reconocimiento de la facultad que la persona poseía en vida de determinar y regular su propia sucesión.

La muerte de una persona puede ser un hecho que se puede acreditar plenamente, sin embargo, existen casos en los que no hay forma fehaciente de demostrarlo, pero hay circunstancias que permiten suponerla, así sucede cuando una persona se ausenta por largo tiempo o desaparece en un accidente pero su cadáver no es encontrado, en estos casos se habla de las instituciones de declaración de ausencia o presunción de muerte, que jamás llegan a equipararse a la muerte real.

Otros casos que se estudian dentro de este punto son los de conmorienencia y premorienencia, que surgen cuando dos

o más personas llamadas a suceder han fallecido con ocasión de un mismo hecho y se ignora quien murió primero.

### 3.- EL CONCEBIDO NO NACIDO.

#### a) SITUACION DEL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL DERECHO:

Para iniciar el estudio de este punto señalaremos en primer lugar lo que es el concebido no nacido. La concepción es la acción o efecto de concebir, desde un punto de vista biológico consiste en el momento en que la célula femenina (óvulo) es fecundada por la célula masculina (espermatozoide), precisamente el concebido es el resultado de la conjunción de dichas células. Durante los primeros meses de gestación, al producto de la concepción se le conoce comunmente como em - brión, hasta que ha adquirido la conformación característica de la especie (dos meses), después de dicho período ya comienzan a formarse los miembros y a reconocerse la figura humana y es cuando se le denomina feto, hasta el momento en que na - ce.

Dentro del campo del Derecho no se atiende a la distinción existente entre embrión y feto, por lo que la situación del concebido es regulada jurídicamente considerándolo como tal desde el momento de la concepción hasta que nace. El período comprendido entre la concepción y el nacimiento es lo que conocemos como embarazo. Al estado que tiene la mujer em-

barazada se le llama preñez.

El momento en que se nace es un hecho que puede ser probado fehacientemente, sin embargo, no sucede lo mismo con el momento de la concepción, aunque la ciencia médica ha lo - grado importantes adelantos al respecto, por ésto, ante la - trascendencia que representa el momento de la concepción, el Derecho ha establecido una presunción fijando éste momento en - tre un mínimo (180 días) y un máximo (300 días) de duración - del embarazo en el que se excluye el día del nacimiento, to - mando en consideración que la gestación del ser humano desde - su concepción hasta el momento del nacimiento tiene una dura - ción sensiblemente igual en todas las mujeres. (80)

Actualmente esta presunción se establece en la gene - ralidad de los países, aunque en algunos casos con ligeras va - riaciones, los antecedentes de esta presunción los encontra - mos en el Digesto (Lib. 1o., Tít. 5o., Ley 12 y Lib. 38o., - Tít. 16, Ley 3a.) y en las Partidas (P. 4a., Tít. 23, Ley 4a.)

Una vez que estudiamos lo que es el concebido no - nacido corresponde abordar su situación jurídica. El problema de determinar la situación que le corresponde en el Derecho - surge cuando se estudia el momento en el que comienza a exis - tir la persona jurídica individual, así como también cuando - se habla del inicio de la personalidad y de la capacidad de -

(80) Salvat Raymundo, ob. cit., pág. 191.

goce, pues como ya lo señalamos en relación con este punto - existen autores que consideran que desde la concepción hay - persona jurídica, por el contrario, otros sostienen que sólo - a partir del nacimiento se puede hablar de la persona jurídica. Tomando en consideración lo anterior podemos deducir que - en relación con la situación del concebido no nacido hay dos - posturas:

a) La que considera que el concebido no nacido es - persona. Dentro de esta postura, existen a su vez diversos - criterios de los cuales deducimos que se considera al concebido no nacido directa o indirectamente persona jurídica.

Uno de estos criterios es el que sostiene que el nacimiento no da origen a la capacidad, sino que ésta se origina con la concepción, por lo que el concebido adquiere los derechos desde el momento de la concepción, agregando además - que su capacidad esta sujeta a una condición resolutoria negativa consiste en no nacer con los requisitos que la ley establece. Cuando estudiamos el inicio de la personalidad y de la capacidad tuvimos la oportunidad de analizar lo que Rojina Villegas manifiesta y que es en este sentido.

Como lo señalamos en ese momento, consideramos que - el concebido no nacido no es persona jurídica, pues para que - ésta exista se necesita un ser independiente.

Otro criterio es el que sostiene que desde el momen

to de la concepción se puede ser titular de derechos (81), en este caso se llega a hablar de personalidad o capacidad anticipada, condicional, provisional o limitada.

Respecto a este criterio consideramos que cuando se sostiene que un ser simplemente concebido puede ser titular de derechos es porque tiene capacidad y personalidad y por lo tanto es persona ya que no podemos aceptar que se atribuyan derechos y no exista persona jurídica a la que se le atribuyan, por otra parte, tampoco hay persona jurídica que no posea personalidad y capacidad.

Si aceptamos lo anterior sería contrario al concepto que tenemos de persona y olvidaríamos que la capacidad no consiste solo en la aptitud o idoneidad de ser titular de derechos sino que también de obligaciones; que no se puede ser persona en forma anticipada pues se requiere para que se considere como tal el haber nacido; que la única condición a que esta sujeta la existencia de la persona jurídica, es el nacer con vida; que la persona no puede serlo en forma provisional, al estar solamente concebido pues aún no existe y; finalmente respecto a considerar persona a un ser en forma limitativa de de bemos recordar que se es o no persona jurídica.

(81) Ripert George y Jean Boulanger, Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, Parte General, T. I, trad. de Delia García Daireaux, Editorial la Ley, Buenos Aires, Argentina, 1979, pág. 310.

No estamos de acuerdo con esta postura, pues consideramos que surge del error de asimilar vida humana con persona humana, cuando lo cierto es que aunque hay vida desde el momento de la concepción, sólo existirá la persona desde el nacimiento, pues es en ese momento cuando surge el supuesto de la persona jurídica, el que consiste en la existencia de un ser humano con vida individual y autónoma. (82)

b) La otra postura considera que el concebido no nacido no es persona. Si la existencia de la persona jurídica individual se determina por el nacimiento y no por la concepción, de todas formas el Derecho no puede desinteresarse del concebido no nacido, pues constituye la esperanza de una futura persona. Antes del nacimiento si bien no existe persona jurídica, si existe vida que aunque no es independiente, pues se encuentra ligada a la madre, necesita ser protegida por el Derecho. Esta situación es la que corresponde al concebido no nacido, la de ser tutelado por el ordenamiento jurídico sin que se llegue a considerar por ello persona.

Respecto a esta postura existen algunos criterios que tratan de explicar el por qué, si el concebido no nacido no es persona, existen disposiciones jurídicas al respecto.

Algunos consideran que se trata de una ficción jurídica o dogmática, ya que si el concebido no es persona, no se

(82) Orgaz Alfredo, ob. cit., pág. 152.

puede hablar de su personalidad o capacidad, porque ni puede registrar relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se llama pupilo. (83)

En este caso se pierde el punto de partida, no se establece porque existen las disposiciones jurídicas que regulan la situación del concebido no nacido, no dicen porque es necesario establecer una ficción. Por otra parte el concebido y la persona jurídica no son una ficción, son una realidad que requiere ser tutelada aunque en forma distinta.

Otros más tratan de explicarlo a través del derecho subjetivo, pues para ellos, en este caso hay un derecho subjetivo sin sujeto (84); o llegan a considerar que no se puede hablar de derechos subjetivos ya que el sujeto todavía no existe y que las normas se establecen para regular las expectativas de derechos que el que ha de nacer puede adquirir al llegar a ser una persona, por lo que la situación del que ha de nacer, jurídicamente se configura como un estado transitorio subordinado a la realización de un acontecimiento incierto y futuro (el nacimiento) (85). Si por expectativa entende-

(83) Savigny M.F.C. de, ob. cit., pág. 279.

(84) Windscheid citado por Oertman Paul, ob. cit., pág. 49.

(85) Rotondi Mario, Instituciones de Derecho Privado, trad. de la 6a. ed. en Italiano por Francisco P. Villavicencio, Editorial Labor, S.A., Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, Montevideo, 1953, pág. 157.

mos la espera fundada en promesas o probabilidades del acontecimiento de un suceso, podremos observar que no se trata de expectativas de derecho sino que se trata de derechos actuales ya existentes, que lo que podría considerarse como expectativa es el nacimiento con vida del concebido.

Finalmente señalaremos la corriente que sostiene que no se trata de derechos que carecen de sujeto, ni de derechos futuros, expectantes o eventuales, lo que ocurre es que el sujeto está momentáneamente indeterminado; son derechos que esperan un momento futuro y próximo para la determinación del titular, por lo que quedan simplemente reservados para el momento del nacimiento: si el concebido nace vivo la adquisición se produce; si nace muerto se frustra la adquisición por falta de sujeto y los derechos que le estaban reservados pasan a las otras personas designadas o revierten a sus anteriores titulares. (86)

Todos estos criterios son acertados en cuanto consideran que el concebido no nacido no es persona, pero cuando tratan de explicar las disposiciones relativas a él, no son claros y precisos y sus fundamentos son endeblés. Lo que da respuesta a esa serie de disposiciones relativas al concebido,

(86) Orgaz Alfredo, ob. cit., págs. 152 y 153.

es que el Derecho no puede desatender la vida humana durante su gestación y por lo tanto la tutela como una esperanza de persona. Protección jurídica es lo que el Derecho concede al nasciturus, pero no como una concesión graciosa, sino como una necesidad que impone la existencia de vida humana.

La protección se hace por medio de una serie de disposiciones que dentro del Derecho Público se traduce en la tutela de su vida, garantizando su completa gestación y desarrollo, así como su nacimiento, por lo que se castiga el aborto como un delito que atenta contra la vida.

En el Derecho Privado también se establecen una serie de disposiciones tendientes a la protección de sus intereses futuros, los que llegará a adquirir cuando nazca con vida. Es en el Derecho Civil en donde es más difícil la comprensión de la tutela jurídica, generalmente por las relaciones en las que se aplica y que son principalmente de tipo patrimonial en materia de sucesiones.

#### b) NATURALEZA Y OBJETIVOS DE LA PROTECCION JURIDICA DEL CONCEBIDO:

Encontrar la naturaleza jurídica de la protección que se da al nasciturus consiste en determinar el origen y carácter de dicha protección. Consiste en contestar en por qué se da protección al concebido no nacido si no es persona jurídica.

El concebido no nacido no es persona jurídica pues carece de autonomía, pero constituye una esperanza de hombre, en virtud de ello el Derecho tiene la obligación de protegerlo. También podemos señalar que con la concepción surge la vida humana y es el concebido el resultado de esa concepción por lo que el Derecho no puede permanecer indiferente ante ese hecho.

El Derecho concede protección al nasciturus por cuestiones de justicia, pensemos en este momento en la situación que se generaría si un hombre manifiesta su voluntad de dejar como herederos a sus hijos, pero en el momento en el que fallece ignora que su esposa se encuentra embarazada, en este caso los bienes se dividirían únicamente entre los hijos que vivían a la muerte del testador, por considerar que el concebido como no ha nacido aún, no es persona jurídica y por lo tanto no tiene personalidad ni capacidad de goce. Esta situación sería totalmente injusta, pues en el caso de que el nacimiento se verificará tendría exactamente los mismos derechos que sus hermanos, pero por no haber nacido se vería privado de ellos. El Derecho para evitar que se presenten tales situaciones establece una serie de disposiciones tendientes a impedir que el concebido sea perjudicado por no haber nacido.

Otro de los motivos que explican la existencia de normas de derecho que regulan la situación del concebido en una forma distinta a la situación de la persona jurídica, es evitar que la concepción se considere el hecho que determine

la existencia de la persona jurídica que marque el principio de la capacidad y de la personalidad. Ya señalamos anteriormente que es el nacimiento el hecho determinante de la existencia de la persona jurídica y por lo tanto el principio de la personalidad y capacidad de goce.

Ahora bien el Derecho se fija en la vida intrauterina con tres objetivos: para asegurarse de su existencia; para condicionar y proteger su libre desenvolvimiento y para reconocerle ciertos derechos en el orden civil. (87) Los dos primeros objetivos corresponden al Derecho Penal y el tercero al Derecho Civil, aunque nosotros señalaríamos al respecto que no se le reconocen derechos al concebido, sino que regula la posibilidad de que los llegue a adquirir cuando nazca.

El alcance y límite de la protección jurídica al concebido se determina por su finalidad y como podemos observar para encontrar su naturaleza jurídica debemos entender a los objetivos que se persiguen.

(87) Manresa y Navarro José Ma., Comentarios al Código Civil-Español, T. I, 6a. ed. corregida y aumentada por Santiago Chamorro Piñero, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1943, pág. 267.

CAPITULO III.- EL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL DERECHO  
CIVIL MEXICANO Y EN OTROS PAISES.

1.- Antecedentes.

2.- Derecho Civil Mexicano.

- a) Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal.
- b) Artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal.
- c) Disposiciones protectoras de la condición del concebido -  
cuando nazca.
- d) Efectos para los que se considera nacido al nasciturus.
- e) Medidas que se deben adoptar cuando la viuda queda en cin-  
ta.

3.- Protección al concebido no nacido en otros países.

- a) España.
- b) Argentina.
- c) Italia.

### CAPITULO III.- EL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO Y EN OTROS PAISES.

Con el afán de proteger al concebido no nacido el Derecho ha creado una serie de mecanismos tendientes a regular su situación, algunas disposiciones protegen su vida durante el período de la gestación, castigando el aborto; otras más evitan que se vea afectado por no haber nacido y que sea despojado de los derechos que legalmente le corresponderían en caso de haberse verificado el nacimiento. Durante el desarrollo de este capítulo analizaremos las que se encuentran contempladas dentro del Derecho Civil.

#### 1.- ANTECEDENTES:

Al regular la situación del concebido no nacido, se crearon algunas instituciones jurídicas, algunas de las cuales han trascendido hasta nuestros días y en torno de las que han surgido interesantes polémicas, respecto a su interpretación.

Los antecedentes más importantes los encontramos en el Derecho Romano. En Roma al concebido no nacido se le designa con el vocablo "nasciturus" que significa el ser que va a nacer, no poseía personalidad, ni capacidad, es decir, no era considerado persona jurídica. En este sentido el Digesto-

lo consideró como una parte del cuerpo de la madre "mulieris-partio vel viscerum" (D. Lib. 25, Tít. 4o., Ley 1a.); "pars -viscerum matris" (D. Lib. 35, Tít. 2o., Ley 9a.).

Sin embargo, aunque el nasciturus no era persona jurídica el Derecho Romano no desatendió la vida humana durante el período de la gestación, con un gran sentido de justicia y de equidad estableció una serie de disposiciones tendientes a proteger al concebido no nacido y evitar que se viera afectado por no haber nacido. Es aquí en donde surge el antecedente más importante sobre la protección del "nasciturus" y que ha servido de inspiración a muchas de las actuales legislaciones, nos estamos refiriendo al adagio que considera al concebido - como si ya hubiera nacido, para todo lo que le sea favorable- "Nasciturus pro iam nato habetur quoties de commodis ejus - agitur" (D. Lib. 1o., Tít. 5o., Ley 7a.).

Se trata de una ficción, es decir, se da existencia real a lo que no la tiene, porque el "nasciturus" no ha nacido, pero se simula que sí cuando es en su beneficio.

De esta forma el Derecho Romano admitía que el hijo "in utero" concurriera a la herencia paterna (D. Lib. 38, Tít. 16a., Ley 3 y 9) y después en general, a la sucesión legítima (D. Lib. 1o., Tít. 5o., Ley 26) para evitar que quien nace al morir o después de la muerte de su padre no pueda heredarle ni concurrir en la herencia con sus hermanos. Esto dió origen a otra consideración pues si el padre había testado nombrando -

herederos a sus hijos, el nacimiento del póstumo rompería el testamento, como preterido. (88) Se comienza a hablar del póstumo "de post humus", designándose así a los hijos que nacían después de la muerte de su padre o después de que éste había hecho el testamento.

Posteriormente los beneficios se extendieron a los concebidos en general y por póstumo, se llegó a entender a los concebidos que al nacer podrían llegar a adquirir algún beneficio.

Esta ficción ha tratado de ser utilizada como prueba para quien argumenta que el considerarlo como si ya hubiera nacido significa considerarlo persona, pero debemos interpretarla con precaución y en relación con otros textos romanos, pues de lo contrario no entenderíamos el verdadero sentido que en el Derecho Romano se dió a la situación del concebido no nacido, por esto, consideramos sumamente interesante transcribir la interpretación que hace Castan Tobeñas: "El verdadero principio es el siguiente: El concebido no es actualmente persona; siendo empero siempre una persona eventual, in fieri, se le reservan y se tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido y además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento del nacimiento", (89) es decir, era consi

(88) Castro y Bravo Federico de, ob. cit., 106.

(89) Ob. cit., pág. 119.

derado una esperanza de hombre "spes hominis" y no una persona, los derechos se le atribuían hasta que nacían con vida y en tanto los derechos eran reservados "portio in suspenso - esset debet"; "omnia ei iura integra reservarent" (D. Lib. 5, Tít. 4o., Ley 3a.).

Pero desde el momento de la concepción hasta que se verificaba el nacimiento, había un lapso de tiempo durante el cual era necesario dictar una serie de medidas para cuidar - los bienes y así se nombraba un "curator ventris" a quien le correspondía la custodia de los bienes "in custodia bonorum - curator" (D. Lib. 37, Tít. 1o., Ley 9 y 17).

También en este caso se trato de demostrar con la - figura del "curator ventris" que el "nasciturus" era persona-jurídica, pues se consideró como representante del "nascitu - rus"; desde este punto de vista el presupuesto de la represen - tación es la existencia de una persona jurídica con personali - dad, a la que se le atribuyen derechos, susceptible de ser re - presentada.

Pero este argumento tampoco es válido, pues el cura - dor se nombraba por la posibilidad que existía de que el con - cebido naciese y su función era la tutela de los bienes, los - que como ya señalamos se reservaban hasta que el concebido na - ciera y pudieran atribuirse. La prueba de esta aseveración la encontramos en el Digesto cuando señala que no es pupilo el - "nasciturus" "non est pupillus qui in utero est" (D. Lib. 50,

Tít. 16a., Ley 16).

El Derecho Romano también dispuso una serie de medidas para evitar fraudes en esta materia, así la mujer debía - denunciar su embarazo a los parientes del marido y repetir la denuncia en forma periódica, era vigilada y sometida a continuos reconocimientos (D. Lib. 25, Tít. 4o., Ley 1a. y 4a.).

En La Ley de las Siete Partidas nos encontramos - con algunas disposiciones inspiradas en el Derecho Romano tendientes a proteger al concebido no nacido, así podemos señalar "Des mientre que estuviese la criatura en el vientre de - su madre, toda cosa que se faga o diga a pro de ella, aprovechase ende, bien assí como si fuesse nacida; mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas, non le - empesce" (P 4a., Tít. 23, Ley 3a.). Como podemos observar es la misma ficción consignada en el Derecho Romano, se le tiene como nacido para lo que le favorece.

Al igual que en el Digesto la palabra póstumo se - utilizaba para designar a los hijos que nacían después de la muerte de su padre o después de confeccionado el testamento: "Posthumus es llamado en latín propiamente el moco que nace - después de la muerte de su padre. E dessa misma manera puede ser llamado al fijo que nació despues que el padre ha fecho - el testamento postrimero" (P 6a., Tít. 1, Ley 20).

En materia de sucesiones la existencia del "nascitu

rus" impedía que el pariente a quien le correspondería la herencia entrara en posesión de los bienes. La herencia se encontraba entonces en situación de suspenso, hasta que el nacimiento se verificará con las condiciones exigidas: "non debent entrar la heredad del finado; ante debe esperar a que la mu - jer escaezca" (P 6a, Tít. 6, Ley 16).

Los requisitos que se exigían para atribuir los derechos al "nasciturus" era nacer con vida y con figura humana (P 4a., Tít. 4o., Ley 23 y P 6a, Tít. 16, Ley 6a).

También se nombro un "curator ventris" y se dictaron medidas similares a las del Derecho Romano para evitar fraudes en esta materia (P. 6a. Tít. 6o., Ley 17).

En la Ley 13 de Toro encontramos la siguiente disposición: "Mandamos que tal fijo se diga no abortivo cuando nació vivo todo é que á lo menos, después de nacido, vivió veinticuatro horas naturales, é fué bautizado antes que muriese: - y si de otra manera nascido, murió dentro de dicho término o no fué bautizado, mandamos que tal fijo sea habido por abortivo y no pueda heredar a sus padres ni a sus madres ni a sus ascendientes; pero si por la ausencia del marido o por tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo en que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurren en el dicho fijo las cualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo".

De lo anterior podemos deducir que la Ley 13 del Toro no consideraba que el concebido no nacido fuera persona, - pues requería para tal efecto el nacimiento con vida y para que heredara exigía que el nacido viviera veinticuatro horas y fuera bautizado de lo contrario consideraba al hijo como - abortivo.

Actualmente son tres los sistemas que en materia - civil se adoptan para regular la situación del concebido no-nacido: el primero consiste en que después de establecer que la capacidad se adquiere con el nacimiento consagra la ficción de considerar al concebido como si ya hubiera nacido para los efectos que le sean favorables; el segundo establece un capítulo específico para regular la situación del concebido no nacido; el tercer sistema establece que el nacimiento es el hecho que marca el principio de la capacidad, posteriormente establece una serie de disposiciones de las que se desprende que se otorga protección al concebido no nacido, pero no consagra la ficción romana.

## 2.- DERECHO CIVIL MEXICANO.

Estudiaremos ahora las disposiciones que en el Derecho Civil Mexicano se establecen para regular la situación -

del concebido no nacido, pero siendo la concepción y el nacimiento dos hechos íntimamente vinculados y relacionados a su vez con los conceptos de persona jurídica, capacidad de goce y personalidad, así como con el principio de la existencia de la persona jurídica, los estudiaremos en forma conjunta.

a) ARTICULO 22 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL:

Nuestro Código Civil comienza por decirnos que la capacidad se adquiere por el nacimiento y después consagra la ficción romana y así en el artículo 22 señala: "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". (90)

Este artículo se refiere a la capacidad de goce, es decir, a la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, aptitud que toda persona posee por el simple hecho de serlo.

Establece el momento en que la capacidad de goce se adquiere y en consecuencia el momento que marca el princi-

(90) En los Códigos Civiles de 1870, artículo 12 y en el de 1884, artículo 11 se establece la misma disposición.

pio de la existencia de la persona jurídica y de la personalidad. El momento a que se refiere este artículo es el nacimiento el cual consiste en el hecho de que el producto de la concepción sale del vientre de la madre, aflorando a la vida externa en forma independiente, considerando que el nacimiento se verifica cuando se ha cortado el cordón umbilical y el concebido subsiste en forma independiente de su madre. Esto último lo comprobaremos cuando hagamos el análisis del artículo 337.

La segunda parte de éste artículo es la que suele prestarse a confusiones pues siguiendo la tradición del Derecho Romano, consagra la ficción "Nasciturus pro iam nato habetur quoties de commodis ejus agitur"; con ligeras variaciones, y decimos que puede prestarse a confusiones pues hay quien considera que tener al individuo como si ya hubiera nacido significa que desde el momento de la concepción se adquiere la capacidad de goce, de lo que se deduce que a partir de entonces existe la persona jurídica.

Consideramos que no debe hacerse una interpretación equivocada de este precepto, pues el Código es tajante al considerar que el nacimiento es el único hecho que marca el momento en que se adquiere la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, pues dice: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento...", lo cual constituye el principio general.

Después de establecer el principio general utiliza-  
la conjunción adversativa "pero" que significa que a pesar de  
que por el nacimiento se adquiere la capacidad, el Derecho -  
desde el momento de la concepción otorga protección al conce-  
bido. De esta forma reforzamos lo sostenido en el capítulo an-  
terior cuando manifestamos que se puede hablar de persona ju-  
rídica sólo cuando existe un ser humano con vida independien-  
te y es a partir del nacimiento cuando se da ese presupuesto.  
Por otra parte el Derecho aunque no considera al concebido co-  
mo persona lo protege y para ello establece la ficción romana  
de considerarlo como si ya hubiera nacido para los efectos -  
que el Código declara.

El espíritu de la Ley lo encontramos cuando estable-  
ce: "... pero desde el momento en que un individuo es concebi-  
do, entra bajo la protección de la ley... ", este es el verda-  
dero objetivo del Código, otorgar protección al ser que aún -  
no ha nacido, pero que ya se encuentra concebido, es decir -  
que ya tiene vida aunque no sea independiente.

La parte final de este precepto establece que al -  
concebido se le tiene por nacido para los efectos declarados-  
en el Código, esta es la pequeña variación que existe en rela-  
ción con el adagio romano, pues para este último se le tiene-  
por nacido para lo que le sea favorable, creemos que esta di-  
ferencia es sólo por cuestiones de redacción, pues nuestro -  
Código lo considera nacido para efectos favorables.

El término "efectos favorables" en el Derecho Roma-

no marcó el carácter de equidad en el que estaba inspirado y que nuestro Código recogió, sin embargo, no significa que en cada situación que afecte al concebido se tenga que separar - lo favorable de lo desfavorable para él. El verdadero sentido es que no pueden afectarlo los efectos que por sí solos aca- - reen consecuencias que lo perjudiquen.

Nuestro Código establece en el artículo 22 que sólo se le tendrá como nacido para los efectos que él declara, lo que nos hace pensar que fuera de los casos señalados por la ley no hay otros efectos para los que se considere nacido al concebido, es decir que se establecen en forma limitativa y no enunciativa.

Es necesario que nuestro Código deje atrás la fic- - ción romana y regule la situación del concebido no nacido con estricto apego a la realidad, evitando erróneas interpretacio- - nes del artículo 22. El concebido no nacido es una realidad, un ser que no tiene vida propia ni independiente, que no es persona jurídica, pero que por la trascendencia que representa él, el Derecho debe proteger sin que para ello deba recu- - rrir a ficciones que tal vez en su momento se justificaron pero que ahora resulta innecesario pues es falso, por lo que la regulación de la situación del concebido debe evolucionar.

b) ARTICULO 337 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL:

El artículo 22 del Código Civil debe ser interpreta- - do en relación con este precepto, pues uno marca el principio y el otro el fin de la protección del concebido no nacido co-

mo tal, de esta forma establece: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido al feto que, desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".(91)

Precisamente cuando se verifica el nacimiento, es el momento en el que termina la protección del concebido, ya que sólo a partir de entonces existe un ser independiente y autónomo al que se le protege como persona jurídica. También podemos decir que termina la protección del concebido cuando se produce el aborto o cuando se cumple alguno de los requisitos que este artículo exige para reputar al feto nacido.

Cuando hicimos el análisis del artículo 22, manifestamos que el nacimiento se verifica cuando es cortado el cordón umbilical y nos apoyamos en este artículo, cuando considera nacido sólo al feto que se desprende completamente del

(91) En el Código Civil de 1870, artículo 327 se establecía: "Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales. Si dentro de este período de tiempo fuere presentado vivo al Registro Civil, se tendrá como nacido." En el Código Civil de 1884, artículo 303 se establecía: "para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nace con figura humana y que, o vive veinticuatro horas naturales, o es presentado vivo al Registro Civil."

vientre materno para lo cual es necesario que se corte el cor  
dón umbilical pues sólo entonces existe independencia entre -  
la madre y el hijo.

Nuestro Código además de la separación completa del-  
feto exige otros requisitos para reputarlo nacido y son que -  
viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno ma-  
terno o que sea presentado vivo al Registro Civil, lo ante -  
rior sirve de apoyo a algunos autores que consideran que esos  
requisitos son necesarios para que el nacimiento produzca los  
efectos jurídicos a que nos referimos en el capítulo anterior  
y así hablan de nacimiento jurídico.

El primero de los requisitos que este artículo exi-  
ge puede tener dos explicaciones. Exigir que el feto viva -  
veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno-  
puede ser una forma de seguir la teoría de la viabilidad, -  
pues durante este lapso de tiempo, puede observarse si el ni-  
ño tiene posibilidades de prolongar su vida, aunque en este -  
caso no se puede precisar si se trata de viabilidad propia o  
impropia o de ambas. También puede ser que si se exige un pe-  
ríodo de tiempo determinado de vida independiente, sea por re  
miniscencias históricas, por conservar la tradición de algunas  
legislaciones como el Fuero Juzgo o Las Partidas.

En cuanto al segundo de esos requisitos, es decir, -  
a ser presentado vivo al Registro Civil, creemos que se exige  
como una forma de comprobar que se verificó el nacimiento y -  
el niño subsistió en forma independiente.

Nuestro Código exige que se cumpla uno u otro de los requisitos, ya sea que el niño viva veinticuatro horas des - prendido por completo del vientre de su madre o que aunque no haya vivido ese lapso de tiempo haya sido presentado vivo al - Registro Civil.

Aunque ya lo expresamos oportunamente, en este mo - mento reiteramos nuestra opinión en el sentido de que esos re - quisitos no tienen razón de ser, pues debiera bastar para el - Derecho, la separación completa del feto y que este logre sub - sistir en forma independiente de su madre. Sostenemos esta - opinión porque consideramos que cuando se establecieron requi - sitos para reputar al feto como nacido fue con el objeto de - que se pudiera demostrar fehacientemente que el nacimiento - con vida se había verificado y evitar que un niño que muere - momentos después de haber nacido adquiriera derechos y no para - que el nacimiento produzca sus efectos, pero actualmente es - más fácil demostrar que un niño ha nacido vivo, que demostrar que vivió veinticuatro horas, ya que en este último caso se - tendrá que atender a las declaraciones que sobre la hora del - nacimiento hagan los interesados. En cuanto a exigir que sea - presentado vivo al Registro Civil puede ser que en el momento en que el niño este aflorando a la vida externa sea presenta - do al Registro Civil.

Por otra parte consideramos que establecer requi - sitos para considerar a un niño como nacido, es contrario - al espíritu de la Ley, que consiste en otorgar protección -

jurídica al concebido, pues puede dar origen a injusticias, -  
ya que con la finalidad de que el nacimiento produzca sus -  
efectos y gracias a los avances médicos puede prolongarse la-  
vida de un niño que por su falta de desarrollo o defectos or-  
gánicos no podría subsistir, por el contrario con el propósi-  
to de evitar que se produzcan esos efectos puede cortarse la-  
vida de un niño. Por lo que toca al requisito de que sea pre-  
sentado vivo al Registro Civil, se trata como en el caso ante  
rior de situaciones o condiciones ajenas al niño.

Un aspecto que nos preocupa en este sistema, es el-  
hecho que podría presentarse cuando un niño que logró sobrevi-  
vir veintidos horas y que no fue presentado vivo al Registro-  
Civil. De acuerdo con la teoría que hemos aceptado si el niño  
logró subsistir en forma independiente, es persona jurídica -  
y el Derecho no puede sostener lo contrario porque no sería -  
congruente con la realidad, en este momento deja de ser feto-  
biológicamente y deja de serlo jurídicamente, por lo que con-  
sideramos que es incorrecto hablar de feto que enteramente -  
desprendido del seno materno vive veinticuatro horas o es pre  
sentado vivo al Registro Civil.

En cuanto a la última parte de este precepto, exige  
que para poder entablar demanda sobre la paternidad del ser -  
que ha nacido, se haya cumplido alguno de los requisitos a -  
los que hace alusión, esto significa que durante el período -  
de la gestación, cuando el feto nació muerto, cuando no vivió  
veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno,-

o no fue presentado vivo al Registro Civil, no puede haber litigio. Lo anterior resulta lógico pues el espíritu del artículo 22 es proteger al concebido no nacido y en tal virtud, para este efecto no se le considera nacido porque se vería perjudicado.

Creemos que el legislador tuvo como finalidad al establecer esta última parte, evitar juicios infructuosos, pues sólo a partir de que se reputa nacido jurídicamente a un ser, tendría razón o sería justificable entablar demanda sobre la paternidad, pues hasta entonces el nacimiento produciría sus efectos para el Derecho.

c) DISPOSICIONES PROTECTORAS DE LA CONDICION DEL CONCEBIDO -  
CUANDO NAZCA:

Nuestro Código establece una serie de disposiciones con el objeto de asegurar la condición del concebido cuando nazca, aunque no regula eminentemente una situación del "nasciturus", tiene íntima relación con él, pues habla de los períodos de concepción y determina su condición por el momento en que es concebido, entre estos preceptos podemos señalar los siguientes.

Artículo 324: "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 nuli-

dad 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". (92)

De esta forma se determina la calidad de hijo nacido de matrimonio por el momento de la concepción y no por el del nacimiento.

También el artículo 328 contiene una disposición similar al establecer: "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I. Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fué firmada por él, o contiene su declaración de no saber-firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

(92) En los Códigos Civiles de 1870, artículo 34 y en el de - 1884, artículo 290 se establece la misma disposición.

IV.- Si el hijo nació capaz de vivir."

En este caso se trata de una medida de protección - establecida en favor del hijo de la mujer casada, por medio - de una presunción legal de paternidad, quedando de esta forma establecido el estado civil de los hijos de matrimonio.

De la misma forma se determina la condición de hijo-nacido del concubinato en el artículo 383: "Se presumen hijos nacidos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

III.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes - al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concu**u**bina.

Sólo si se cumplen los requisitos que exige el artíuculo 337 para reputar al feto nacido podrán computarse los peuríodos a que se refieren estos artículos, los cuales se contaurán a partir del momento en que se verifica el nacimiento comupleto y no cuando se le reputa nacido. Como podemos observar-se refieren a la presunción establecida desde el Derecho Romauno que considera que el período de gestación es relativamente igual en todas las mujeres, no menor de ciento ochenta días, - ni mayor de trescientos.

Dentro del capítulo relativo a la legitimación en-contramos el artículo 354 que dispone: "El matrimonio subse-

cuenta de los padres hace que se tenga como nacidos del matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración." y el artículo 359 en relación con el anterior señala: "Pueden gozar - también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer esta - en cinta, o que lo reconoce si aquella estuviere en cinta."

Este último precepto contempla una medida similar a la del artículo 328 y tiene como finalidad establecer el estado de hijo nacido de matrimonio al hijo que no ha nacido, pero que ya se encuentra concebido al momento de celebrarse el matrimonio. Esto refuerza lo establecido por el artículo 328-fracción II al establecer una presunción de paternidad cuando al casarse el padre sabía del embarazo de su futura consorte.

Dentro del capítulo relativo al reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio encontramos otra disposición similar a las anteriores y así el artículo 364 nos dice: "Puede reconocerse al hijo que no ha nacido..."

Hay que interpretar este precepto con precaución, - pues si lo hacemos en el sentido literal, podría parecer que antes de que nazca el concebido, puede ser reconocido legalmente por el padre, entendemos que el verdadero significado es que puede ostentarse como padre aunque el nacimiento no se haya verificado.

## d) EFECTOS PARA LOS QUE SE CONSIDERA NACIDO AL NASCITURUS:

El artículo 22 que ya analizamos señala que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene como nacido para los efectos que el Código declara, por lo que ahora analizaremos cuales son esos efectos.

Tal vez el más importante y trascendente efecto, es considerarlo nacido para ser instituido heredero, es decir, para que pueda adquirir los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte del autor de la herencia, de esta forma el artículo 1314 dispone: "Son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337". (93)

El principio general se desprende de la interpreta-

(93) En el Código Civil de 1870, artículo 3426 y en el de 1884, artículo 3289 establecen: "Por falta de personalidad son incapaces para adquirir por testamento o por intestado los que no esten concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o que aun cuando lo estén, no sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo (327 y 303 respectivamente), o nacieren después de trescientos días contados desde la muerte de aquel".

ción de este precepto y así podemos afirmar que son capaces - para heredar los que esten concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, siempre y cuando nazcan y cumplan - con alguna de las condiciones exigidas por el artículo 337.

De este precepto podemos hacer importantes deducciones, no solo establece la posibilidad de que un ser simplemente concebido se considere nacido para ser instituido heredero, sino que corrobora lo que hemos afirmado respecto a que el "nasciturus" no es persona jurídica y que es hasta el nacimiento cuando adquiere personalidad, que según lo establece el artículo 337 es cuando después de nacido vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil, cumpliendo cualquiera de esos requisitos al feto se le reputa nacido.

La primera parte de este artículo podría prestarse a confusiones pues contempla como uno de los casos en que no se puede heredar por falta de personalidad, el no estar concebido al momento de la muerte del autor de la sucesión, lo que nosotros interpretando a contrario sensu entendimos como la posibilidad que tiene el ser simplemente concebido de ser instituido heredero, sin embargo la segunda parte aclara lo anterior cuando exige que el concebido nazca viable conforme lo establece el artículo 337.

También de lo establecido por este precepto deducimos que nuestro Código sigue la teoría de la viabilidad al establecer: "... viables conforme a lo dispuesto por el artículo

lo 337."; aunque podríamos cuestionar lo anterior, pues ya vimos que pueda ser también que obedezca a razones históricas, - exigir que el nacido viva veinticuatro horas enteramente des- prendido del seno materno y en cuanto al requisito de ser presentado vivo al Registro Civil no encontramos ninguna relación con la viabilidad.

Se le considera nacido para ser instituido legata - rio, entendiendo por legado a "... la transmisión gratuita y - a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en - una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de - una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que se determinen posteriormente." (94)

El concebido no nacido puede ser instituido legata - rio, siempre y cuando se encuentre concebido a la muerte del - autor de la herencia y nace viable conforme a lo dispuesto -

(94) Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, T. IV, - Sucesiones, 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, - pág. 75.

por el artículo 337, pues las mismas disposiciones que regulan su situación en materia de sucesiones le son aplicables como lo establece el artículo 1391: "cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se registrarán por las mismas normas que los herederos." (95)

El artículo 2357, establece la posibilidad de que el nasciturus pueda ser instituido donatario: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que acuella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337." (96)

En esta materia existen varias disposiciones relacionadas con el nasciturus y así tenemos:

El artículo 2359: "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-

(95) En los Códigos Civiles de 1870, artículo 3527 y en el de 1884, artículo 3348 se establece la misma disposición.

(96) En los Códigos Civiles de 1870, artículo 2749 y en el de 1884, artículo 2631, se establece la misma disposición.

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." (97)

El primer párrafo de este precepto establece como causa de revocación de la donación, que le sobrevengan hijos al donante, pero requiere para ello que el concebido nazca con alguno de los requisitos a que se refiere el artículo 337, en este caso considera a dichos requisitos como condiciones de viabilidad. Consideramos que exige las condiciones del artículo 337, porque es hasta ese momento cuando según nuestro Código, principia la existencia de la persona jurídica.

La última parte, establece como causa de revocación el nacimiento de un hijo póstumo durante los cinco años siguientes a la donación.

El artículo 2362 establece: "Rescindida la donación

(97) En el Código Civil de 1870, artículo 2753 se establece la misma disposición a excepción de lo relativo al póstumo, que no lo contempla. En el de 1884, artículo 2634 se establece la misma disposición.

por superveniencia de hijos, serán restituidos al donante los bienes donados, o su valor si han sido enajenados antes del nacimiento de los hijos."

El artículo 2365 establece: "El donatario hace suyos los frutos de los bienes donados hasta el día en que se le notifique la revocación o hasta el día del nacimiento del hijo póstumo, en su caso."

El artículo 2366 dispone: "El donante no puede renunciar anticipadamente el derecho de revocación por superveniencia de hijos."

Finalmente el artículo 2367 establece: "La acción de revocación por superveniencia de hijos corresponde exclusivamente al donante y al hijo póstumo, pero la reducción por razón de alimentos tienen derecho de pedirla todos los que sean acreedores alimentistas."

Esta serie de disposiciones establecen la posibilidad de que el concebido no nacido pueda ser instituido donatario, pero podrá adquirir la donación hasta que nazca vivo y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno o sea presentado vivo al Registro Civil, antes de que se verifiquen alguna de las condiciones no es persona y no tiene capacidad para ser donatario.

d) MEDIDAS QUE SE DEBEN ADOPTAR CUANDO LA VIUDA QUEDA EN CINTA:

Siguiendo la tradición Romana y de las Siete Partidas, nuestro Código contempla una serie de medidas con el objeto de proteger al concebido en tanto se verifique el nacimiento y proteger los intereses que legalmente le corresponden cuando nazca, todas con el objeto de evitar que se vea perjudicado por no haber nacido.

Al establecer esta serie de medidas nuestro Código no sólo protege al nasciturus sino que también protege a las personas que pudieran tener un derecho que disminuyera o desapareciera por el nacimiento del concebido y deben aplicarse por analogía en cualquier caso en los que la mujer este embarazada y en los que del nacimiento dependa la trayectoria de un derecho.

Debemos recordar en este momento la Teoría del póstumo y lo que se entiende como tal. En un principio se le llama póstumo al hijo que nacia después de la muerte de su padre o después de que éste había realizado el testamento y posteriormente a los concebidos que al nacer podrían llegar a adquirir algún beneficio, las medidas que a continuación señalaremos se adoptan precisamente cuando se tiene conocimiento de la existencia del póstumo.

El artículo 1638 dispone: "Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado en cinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del -

término de cuarenta días para que notifique a los que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo." (98)

Este artículo no resulta muy claro pues pueden pasar meses sin que la viuda se de cuenta de que esta embarazada y por lo tanto no es fácil computar los cuarenta días a que hace referencia, por otra parte, entre las personas que podemos considerar como interesados tenemos a los herederos, legatarios, donatarios, acreedores, etc.

Este aviso sirve para advertir a los interesados, con el objeto de que se adopten las medidas preventivas de protección al concebido y evitar los efectos directos e inmediatos de la sucesión. Lo importante en este caso es el conocimiento del estado de la mujer.

El artículo 1639 establece: "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 substitución de infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es.

(98) En el Código Civil de 1870, artículo 3893 y en el de 1884, artículo 3637 se establece la misma disposición.

Cuidará el juez de que las medidas que dicte no -  
ataquen el pudor ni a la libertad de la viuda." (99)

La importancia que representa el hecho de que se -  
permita la posibilidad de que el nasciturus pueda ser insti -  
tuido heredero o legatario, puede dar origen a situaciones -  
que lo perjudiquen a él o a los interesados en la herencia. -  
Estas situaciones son principalmente las siguientes:

La suposición del parto que consiste en simular la -  
existencia de un parto que no ha tenido lugar.

La substitución de infante que consiste en hacer pa -  
sar a una criatura por otra.

Que se haga pasar por viable la criatura que no lo -  
es, esta consiste en hacer creer que el niño vivió veinticuá -  
tro horas enteramente desprendido del seno materno o que fue -  
presentado vivo al Registro Civil, con el objeto de que se con -  
sidere que tuvo capacidad y que adquirió la herencia, el lega -  
do o la donación.

(99) En el Código Civil de 1870, artículos 3894 y 3895 y en -  
el de 1884, artículos 3638 y 3639 se establece la misma dispo -  
sición.

Otra situación que puede presentarse y que este precepto no contempla es la ocultación o supresión del parto que consiste en ocultar o suprimir el producto de la concepción para evitar que al nacer y cumplir con los requisitos que establece el artículo 337 adquiriera algún derecho.

El último párrafo, nos hace recordar las medidas que adopta el Digesto y Las Siete Partidas y que atentaban contra la dignidad de la mujer, pero afortunadamente nuestro Derecho, elevando el concepto de la mujer ha tratado de evitar con esta disposición que la mujer se vea afectada en su pudor y libertad.

El artículo 1640 dispone: "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 precisamente en un médico o en una partera." (100)

Cuando a la muerte del marido, la viuda no da aviso

(100) En los Códigos de 1870 y 1884 no se contempla esta disposición.

al juez de que se encuentra en cinta dentro de los cuarenta - días que concede el artículo 1638, esta obligada a hacerlo - cuando esta próxima a dar a luz, con el objeto de que el juez lo haga del conocimiento de los interesados.

En el segundo párrafo establece que los interesados pueden pedir al juez que nombre a un médico o partera para - que se cerciore de la veracidad del alumbramiento.

La medida establecida en este precepto no ataca el - pudor ni la libertad de la mujer y por otra parte constituye una garantía de legalidad, tanto para la madre como para los - interesados, que tiene como objeto verificar que es cierto el parto que ha tenido lugar y que la madre del recién nacido es la persona que se indica como tal, evita dudas sobre la ver - dad y condiciones del parto que darían origen a litigios in - fructuosos y perjudiciales para la integración familiar.

El artículo 1641 establece: "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." (101)

(101) En el Código Civil de 1870, artículo 3898 y en el de - 1884, artículo 1884, artículo 3642 se establece la misma dis - posición.

Este artículo dispensa a la viuda de la obligación a que la sujeta el artículo 1638, siempre y cuando el marido haya reconocido la preñez de su consorte, pero no de la obligación de dar aviso cuando este próximo el parto como lo establece el artículo 1640.

En este caso, nuestro Código si permite que el padre reconozca que es el padre del hijo que espera su esposa aún antes de de este nazca, sin embargo, no permite que se entable litigio sobre la paternidad sino hasta que nazca, viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno o sea presentado vivo al Registro Civil.

El artículo 1642 establece: "La omisión de la madre no perjudica a la legitimidad del hijo, si por otros medios legales puede acreditarse." (102)

Lo anterior resulta lógico pues no debe afectar la condición de hijo el incumplimiento de la madre a las obligaciones que le imponen los artículo 1638 y 1640, pues se trata de situaciones que le son ajenas, pero establece que siempre y cuando por otros medios legales pueda acreditarse su legiti

(102) En el Código Civil de 1870, artículo 3902 y en el de - 1884, artículo 3646 se establece la misma disposición.

midad, sin establecer caules podrían ser.

El artículo 1643: "La viuda que quedare en cinta, - aun cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria." (103)

También en materia de alimentos el artículo 1644 - establece: "Si la viuda no cumple con lo dispuesto en los artículos 1638 y 1640, podrán los interesados negarle los ali - mentos cuando tenga bienes; pero si por averiguaciones poste - riores resultare cierta la preñez, se deberá abonar los ali - mentos que dejaron de pagarse." (104)

El artículo 1645 por su parte establece: "La viuda - no está obligada a devolver los alimentos percibidos, aun - cuando haya habido aborto o no resulte cierta la preñez, salvo el caso en que ésta hubiere sido contradicha por dictamen - pericial." (105)

Y finalmente en materia alimenticia el artículo - 1646 señala: El juez decidirá de plano todas las cuestiones -

(103) En el Código Civil de 1870 artículo 3899 y en el de 1884 artículo 3643 se establece la misma disposición.

(104) En el Código Civil de 1870, artículo 3900 y 3901 y en el de 1884 artículos 3644 y 3645 se establece la misma disposi - ción.

(105) En el Código Civil de 1870 artículo 3903 y en el de 1884 artículo 3647 se establece la misma disposición.

relativas a alimentos conforme a los artículos anteriores, re solviendo en caso dudoso en favor de la viuda." (106)

El artículo 1647 establece: "Para cualquiera de las diligencias que se practiquen conforme a lo dispuesto en este capítulo deberá ser oída la viuda." (107)

Tal vez una de las medidas más importantes es la - que establece el artículo 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." (108)

Estas medidas se deben adoptar cuando a la muerte - del marido la viuda queda en cinta y una vez que tiene verifi- cativo el nacimiento y el nacido cumple con alguno de los re- quisitos a que se refiere el artículo 337 tendrá derecho a - heredar y al efecto son aplicados los artículos 324, 325, 329 a 336 con el objeto de verificar si es hijo del marido.

(106) En el Código Civil de 1870, artículo 3904 y en el de - 1884, artículo 3648 se establece la misma disposición.

(107) En el Código Civil de 1870, artículo 3908 y en el de - 1884, artículo 3652 se establece la misma disposición.

(108) En el Código Civil de 1870, artículo 3907 y en el de - 1884, artículo 3657 se establece la misma disposición.

Por otra parte y no obstante que nuestro Código establece que estas medidas deben adoptarse cuando la viuda queda en cita, consideramos que por analogía son aplicables cuando el concebido por carecer de personalidad se ve imposibilitado de adquirir algún derecho, hasta en tanto se produzca el nacimiento, aunque tal derecho no provenga de su padre.

### 3.- PROTECCION AL CONCEBIDO NO NACIDO EN OTROS PAISES.

#### a) ESPAÑA:

En el Código Civil Español al igual que en el Derecho Civil Mexicano, después de establecer que el nacimiento determina la personalidad, consagra la ficción romana y de esta forma el artículo 29 establece lo siguiente: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente."

Las únicas diferencias que encontramos son de forma y no de fondo y consisten en que en este caso se habla de personalidad, pero como ya lo hemos señalado, tanto la capacidad como la personalidad se determinan con el nacimiento. La otra diferencia consiste en que utiliza el término "efectos favorables" y en nuestro Código se habla de "para los efectos declarados en el presente código", pero el objetivo que persiguen es el mismo.

El artículo 30 establece: "Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y - viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno - materno."

Al igual que en el Derecho Civil Mexicano establece como condición para reputar al feto como nacido que viva ente ramente desprendido del seno materno durante veinticuatro ho- ras pero además exige que el feto tenga figura humana, exigen- cia que afortunadamente nuestra legislación ha dejado atrás, - evolucionando en este sentido, pues por más deforme que sea - la criatura no dejara de ser persona jurídica.

Por otra parte el artículo 745 considera como criatu- ras abortivas a aquellas que no reúnen las circunstancias ex- presadas en el artículo 30 y en este caso son incapaces para- suceder.

También establece una serie de disposiciones con - el objeto de asegurar la condición del concebido cuando naz- ca y establece la misma presunción que en nuestro Derecho, con siderando que el período de gestación no es menor de ciento - ochenta días ni mayor de trescientos y como ejemplo podemos - citar lo dispuesto por el artículo 108: "Se presumiran hijos- legítimos, los nacidos después de ciento ochenta días siguien tes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitira otra prueba - que la de la imposibilidad física del marido para tener acce-

so con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo."

El artículo 625 permite hacer donaciones a los concebidos no nacidos y el artículo 627 establece que: "Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiere verificado ya su nacimiento."

En este artículo aparece una situación que nuestro Código no contempla y es la posibilidad de que las donaciones que se hacen al concebido no nacido pueden ser aceptadas por quienes serían sus representantes en caso de que se hubiere verificado el nacimiento, y aunque lo anterior ha querido utilizarse como fundamento para sostener que el "nasciturus" es persona, pues es susceptible de representación, el término "representarían" resuelve la confusión, pues se refiere al futuro y no al presente.

Consideramos que si nuestro Código no contempla esta posibilidad es porque la donación que se hace a los concebidos cuando no han nacido, podrá aceptarse sólo hasta que el nacimiento se haya verificado y se cumpla con los requisitos que exige para reputar al feto como nacido.

El artículo 64 establece: "Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocado por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos -

siguientes:

lo. Que el donante tenga, después de la donación hijos legítimos o legítimados, o naturales reconocidos, aunque sean póstumos."

Al igual que en nuestro Código Civil (artículo 2359) establece como una causa de revocación de las donaciones la superveniencia de hijos al donante.

El artículo 814 protege su calidad de heredero forzoso, al establecer que su preterición anula la institución de heredero.

También el Código Civil Español establece una serie de medidas que deben adoptarse cuando la viuda queda en cinta y son:

El artículo 959 le impone a la viuda cuando crea haber quedado en cinta, la obligación de hacerlo del conocimiento de los que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo, en nuestro Código Civil se le impone la obligación de avisarle al juez.

En el artículo 960 se establece la posibilidad de que los interesados pidan al juez que dicte las medidas convenientes para evitar la suposición del parto o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es, cuidando que las medidas que dicte no ataquen el pudor ni la libertad de la viu-

da, el juez hará el nombramiento que deberá recaer en un fa -  
cultativo o mujer, a diferencia de nuestro derecho, en el -  
cual sólo se contempla la posibilidad de que sea el juez -  
quien directamente deba hacer el nombramiento.

El artículo 962 señala que la omisión de las dili -  
gencias establecidas en el artículo 954 y 961 no afecta la le  
gítimidad del parto, la cual si fuere impugnada podrá acredi  
tarse por la madre o el hijo.

El artículo 963 dispone que cuando el marido hubie -  
re reconocido en documento público o privado la certeza de la  
preñez de su esposa, esta no estara obligada a dar conocimien  
to de su preñez a los interesados.

El artículo 964 estipula el derecho que tiene la -  
viuda de ser alimentada de los bienes hereditarios.

El artículo 965 establece que debera proveerse a -  
la seguridad y administración de los bienes hasta que se veri  
fique el parto, o se adquiriera la certidumbre de que éste no -  
tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasa  
do con exceso el término máximo para la gestación, el 966 dis  
pone que hasta que cualquiera de esos hechos se cumplan se -  
suspenderá la división de la herencia, la administración cesa  
ra cuando alguna de ellas se cumpla.

## b) ARGENTINA:

El Código Civil Argentino regula la situación del "nasciturus" de una forma muy particular, estableciendo dentro del Libro Primero relativo a las Personas un Título específico denominado de las personas por nacer.

En el artículo 63 define a las personas por nacer como aquellas que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno, en el artículo 64 establece la posibilidad de que pueden ser representados siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia. En el artículo 69 establece que tal representación cesara el día del parto, si el hijo nace con vida y comenzará entonces la de los menores, o antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo que el mismo código establece.

Cabe hacer notar que al referirse al "nasciturus" utiliza el término "persona" y por otra parte habla de representación, lo que ha servido de base para que algunos autores sostengan que el Código Civil considera capaces a los concebidos no nacidos.

El artículo 65 señala que se tendrá por reconocido el embarazo de la madre por la simple declaración de ella o del marido, o de otras partes interesadas y en el artículo 66 considera como tales a los parientes en general del no nacido y todos aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediera el parto, o si el hijo no naciera vivo o si -

antes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio, así como a los acreedores de la herencia y al ministerio de menores.

Creemos que al hablar de personas interesadas, se refiere a aquellas que pueden tener algún derecho en los bienes que el "nasciturus" va a adquirir o que tengan el deber de protegerlo.

Al igual que en nuestro Código Civil, el artículo 67 del Código Civil Argentino establece que antes del nacimiento no se puede suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido, ni sobre la suposición del parto y también establece que los interesados tienen derecho a pedir que se adopten las medidas policiales necesarias. En el artículo 68 establece que tampoco la mujer embarazada o reputada como tal, podrá suscitar litigio para contestar su embarazo declarado por el marido o por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación del concebido no nacido.

También regula su situación a través de lo establecido en el Título IV denominado de la existencia de las personas antes del nacimiento y así establece en el artículo 70 que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y que antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido, que esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por-

unos instantes después de estar separado de su madre.

En el artículo 72 se establece que no importara que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla o - mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo, es decir, que para que el concebido al nacer adquiriera irrevocablemente los derechos bastara tan sólo que viva por unos instantes, sin exigir la viabilidad propia ni la impropia.

Para reputar como cierto el nacimiento con vida, el artículo 73 establece que es suficiente que las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos o hubiesen observado otros signos de vida.

El artículo 74 señala que si el concebido muriese - antes de haber estado totalmente separado de su madre, se considera como si no hubiese existido. El artículo 75 establece que cuando exista duda respecto a que si nació con vida o no, se presume que nació con vida, a quien alegare lo contrario le correspondera probarlo.

El artículo 76 establece que la época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio comprendido entre el máximo y mínimo de la duración del - embarazo, el artículo 77 señala que el máximo es de trescientos días y el mínimo es de ciento ochenta días excluyendo el día del nacimiento, sin que se admita prueba en contrario.

El artículo 78 establece una medida protectora de la mujer que queda en cinta señalando que no tendrá jamás lugar el reconocimiento del embarazo, ni otras diligencias como el depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar, ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimiento de éste o de las partes interesadas.

También establece reglas tendientes a asegurar la condición del concebido cuando nazca y así el artículo 234 establece que se suponen concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieran después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre y los póstumos que nacieren dentro de trescientos días contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fue anulado.

Las medidas que deben adoptarse cuando la viuda que da en cinta se encuentran contempladas en los artículos 281 y 282, el primero de ellos señala que la mujer que muere el marido, se creyera embarazada tiene la obligación de denunciarlo a los que, no existiendo el hijo póstumo, serían llamados a suceder al difunto. Los interesados pueden pedir todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar que el parto es efectivo y ha tenido lugar en el tiempo en que el hijo debe ser tenido por legítimo, el segundo consagra el derecho que tiene la madre a que de los bienes que han de corresponder al

póstumo se le asigne lo necesario para los gastos que se causaren con el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte que la mujer no ha estado embarazada no estara obligada a restituir lo que hubiere recibido.

En materia de sucesiones el artículo 3324 establece que el hijo simplemente concebido es capaz de suceder - siempre y cuando nazca vivo y también puede ser instituido - donatario.

c) ITALIA:

El artículo 10. señala que la capacidad jurídica - se adquiere desde el momento del nacimiento y los derechos - que la Ley reconoce en favor del concebido se subordinan al - evento de su nacimiento.

También se establece como período de gestación el - de trescientos días como máximo y ciento ochenta días como - mínimo de duración del embarazo, como lo establece el artícu - lo 232, al considerar hijo del marido a los nacidos dentro - de ese período.

El artículo 462 dispone que son capaces de suceder los concebidos en el momento de la apertura de la sucesión y se presume ya concebido en el momento de la apertura de la - sucesión quien ha nacido dentro de los trescientos días des - de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata y el ar - tículo 784 señala que la donación puede ser hecha en favor -

del solamente concebido.

El artículo 643 establece que la administración de los bienes que le corresponderían al concebido en caso de haber nacido la ejercerá el padre y en defecto la madre, y el artículo 320 señala que el padre puede aceptar o renunciar la herencia, donación o legado del hijo concebido.

En el artículo 715 se establece como impedimento para que se lleve a cabo la división de la herencia, si el llamado a suceder no ha nacido y el artículo 687 establece que la superveniencia de hijos y el póstumo anula la disposición testamentaria.

## CONCLUSIONES

- 1.- La persona jurídica individual es el ser humano con vida individual y autónoma.
- 2.- El momento que marca el principio de la existencia de la persona jurídica individual, así como el que marca el principio de su personalidad y capacidad de goce es el nacimiento.
- 3.- El nacimiento es el hecho biológico que se verifica cuando el producto de la concepción sale del vientre materno y logra subsistir por si mismo, con independencia de su progenitora.
- 4.- El concebido no nacido no es persona jurídica individual, no posee personalidad, ni capacidad de goce, sin embargo el Derecho lo protege por respeto a la vida humana.
- 5.- Las disposiciones que en materia civil regulan la situación del concebido no nacido, no constituyen un reconocimiento de su existencia como persona jurídica, sino que tiene como objeto protegerlo y evitar que se vea perjudicado por no haber nacido y despojado de sus derechos que legalmente le corresponderían en caso de haberse verificado su nacimiento.
- 6.- Nuestro Derecho Civil, necesita evolucionar al regular -

la situación que le corresponde al concebido no nacido y alejarse de viejas ficciones que suelen prestarse a confusiones y falsas interpretaciones, regulando la situación del concebido con estricto apego a su realidad biológica y jurídica por lo que proponemos la siguiente redacción del artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal:

"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.

Los derechos que legalmente le corresponderían al concebido no nacido en caso de haberse verificado su nacimiento, quedan reservados hasta que ese se verifique."

7.- En tanto no se reforme nuestro Código Civil el artículo 22 debe interpretarse con precaución y en relación con el artículo 337.

8.- Para que el nacimiento produzca jurídicamente sus efectos basta que el concebido al salir del vientre materno logre sobrevivir aunque sea por solo unos instantes, por lo que proponemos la siguiente redacción del artículo 337:

"Para los efectos legales se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno logra sobrevivir aunque sea solo por unos instantes. Antes de que se verifique el nacimiento, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

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

## I.- TEXTOS CONSULTADOS:

- 1.- Barbero Domenico, Sistema de Derecho Privado, T.I, trad. de la 6a. ed., por Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1967.
- 2.- Branca Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, trad. de la 6a. ed. italiana por Pablo Macedo, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.
- 3.- Carbonier Jean, Derecho Civil, T.I, Vol. I, trad. de la 1a. ed. francesa por Manuel M. Zorrilla Ruíz, Editorial-BOSCH, Barcelona, España, 1960.
- 4.- Castán Tobeñas José, Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. II, 12a. ed., Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1978, con adiciones de José Luis de los Mozos.
- 5.- Castro y Bravo Federico de, Derecho Civil de España, T. II, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1952.
- 6.- Coviello Nicolás, Doctrina General de Derecho Civil, 4a. ed., revisada por Leonardo Coviello, trad. de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica, Editorial Hispano-Americana, México, 1938.

- 7.- Chinoy Ely, La Sociedad, Trad. de Francisco López Camara, 9a. reimpression de la la. ed. en español, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- 8.- Díez-Picazo y Antonio Guillón, Sistema de Derecho Civil, Vol. I, 2a. ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 1978.
- 9.- Galindo Garfías Ignacio, Derecho Civil, Parte General, 2a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1976.
- 10.- García Maynes Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 3la. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.
- 11.- González Antonio, Elementos de Derecho Civil, 8a. reimpression de la 6a. ed., Editorial Trillas, México, 1985.
- 12.- Kelsen Hans, Teoria Pura del Derecho, trad. de la ed. - francesa por Moises Nilve, EUDEBA, S.E.M., Buenos Aires, Argentina, 1975.
- 13.- Manresa y Navarro José Ma., Comentarios al Código Civil Español. T. I, 6a. ed., corregida y aumentada por Santiago Chamorro Piñeiro, Instituto Editorial Reus, Madrid, - España, 1943.
- 14.- Muñoz Luis y Salvador Castro Zavaleta, Comentarios al - Código Civil, T. II, Cárdenas Editor y Distribuidor, - México, 1974.

- 15.- Mazeaud Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Vol. II, trad. de la 1a. ed. en francés por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, - Buenos Aires, Argentina, 1976.
- 16.- Oertman Paul, Introducción al Derecho Civil, trad. de la 3a. ed. alemana por Luis Sancho Seral, Barcelona, Es España, Editorial Labor, S.A., 1933.
- 17.- Parraguez Ruíz Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Ediciones Jurídicas, Quito Ecuador, 1977.
- 18.- Pina y Vara Rafael de, Elementos de Derecho Civil, Vol. I, 12a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- 19.- Recasens Siches Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, 6a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.
- 20.- Ripert George y Jean Boulanger, Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, Parte General, T. I, trad. de Delia García Daireaux, Editorial la Ley, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- 21.- Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, T.- I, Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1962.
- 22.- Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, T. IV, - Sucesiones, 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, - 1981.

- 23.- Rotondi Mario, Instituciones de Derecho Privado, trad.- de la 6a. ed. en italiano por Francisco F. Villavicen - cio, Editorial Labor, S.A., Barcelona, Madrid, Buenos - Aires, Río de Janeiro, Montevideo, 1953.
- 24.- Ruggiero Roberto de, Instituciones de Derecho Civil, - Vol. I, Trad. de la 4a. ed. italiana por Ramón Serrano- Sermeño y José Santa-Cruz Teijeiro, Editorial Reus, S.A. Madrid, España, 1929.
- 25.- Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, 6a. ed., Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, Argentina, 1940.
- 26.- Santos Briz Jaime, Derecho Civil, Teoría y Práctica, T. I, s. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1978.
- 27.- Savigny M.F.C. de, Sistema de Derecho Romano Actual, T. I, trad. del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al cas tellano por Jacinto Mesías y Manuel Poléy, Góngora y - Compañía Editores, Madrid, España, 1978.
- 28.- Simpson Georges, El Hombre en la Sociedad, trad. de Eli zabeth Gelin, 4a. ed., Editorial Paidós, Buenos Aires, - Argentina, 1972.
- 29.- Trabuchi Alberto, Instituciones de Derecho Civil, trad.

de la 15a. ed. italiana por Luis Martínez Calcerrada, -  
 Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, -  
 1967.

30.- Vallet de Goytisolo. Juan, Panorama de Derecho Civil, 2a.  
 ed., Editorial BOSCH, Barcelona, España, 1973.

## II.- REVISTAS:

- 1.- Doral José A., Concepto Filosófico y Concepto Jurídico de  
 Persona, Revista Persona y Derecho, Pamplona España, 1975.
- 2.- Elorduy Eleuterio, Persona e Institución, Revista de Deus  
 to, Bilbao, España, 1959.
- 3.- Orgaz Alfredo, La Persona Humana, en el Boletín de Dere-  
 cho Civil, Argentina, 1942.
- 4.- Villoro Toranzo Miguel, El Concepto Jurídico de Persona,  
 en la Revista Lecturas Jurídicas, México, 1962.

## III.- ENCICLOPEDIAS:

- 1.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Ancalo, S.A., Li-  
 bros Científicos, Buenos Aires, Argentina, 1976, T. XXII.

## IV.- LEGISLACION:

- 1.- Digesto.

- 2.- Las Siete Partidas.
- 3.- Ley 13 de Toro.
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal de 1870.
- 5.- Código Civil para el Distrito Federal de 1884.
- 6.- Código Civil para el Distrito Federal de 1928.
- 7.- Código Civil Argentino.
- 8.- Código Civil Español.
- 9.- Código Civil Italiano.